

Tobias Reinbacher

# Strafrecht im Mehrebenensystem

Modelle der Verteilung strafrechtsbezogener Kompetenzen



Nomos

Band 9

---

Neue Schriften zum Strafrecht



**Nomos**

Herausgegeben von

Prof. Dr. Knut Amelung, Technische Universität Dresden  
Prof. Dr. Martin Böse, Universität Bonn  
Prof. Dr. Gunnar Duttge, Universität Göttingen  
Prof. Dr. Dres. h.c. Urs Kindhäuser, Universität Bonn  
Prof. Dr. Claus Kreß, Universität Köln  
Prof. Dr. Lothar Kuhlen, Universität Mannheim  
Prof. Dr. Ursula Nelles, Universität Münster  
Prof. Dr. Dr. h.c. Ulfrid Neumann, Universität Frankfurt am Main  
Prof. Dr. Henning Radtke, Universität Hannover  
Prof. Dr. Klaus Rogall, Freie Universität Berlin  
Prof. Dr. Helmut Satzger, Universität München  
Prof. Dr. Brigitte Tag, Universität Zürich  
Prof. Dr. Thomas Weigend, Universität Köln  
Prof. Dr. Wolfgang Wohlers, Universität Zürich  
Prof. Dr. Rainer Zaczek, Universität Bonn

*Tobias Reinbacher*

# **Strafrecht im Mehrebenensystem**

*Modelle der Verteilung strafrechtsbezogener Kompetenzen*

Nomos Verlagsgesellschaft

*PD Dr. Tobias Reimbacher, geb. 1972; studierte Rechtswissenschaft und Anglistik in Frankfurt/Main und Mainz; 2000 1. Staatsexamen in Hessen, 2001-2003 Referendariat am KG; 2003 2. Staatsexamen in Berlin; 2006 Promotion an der Humboldt-Universität zu Berlin; zwischen 2008 und 2011 Forschungsaufenthalte an der Harvard Law School, Cambridge, MA, USA, an der University of Toronto, Kanada, und am King's College, London, UK; im Januar 2014 Habilitation an der Humboldt-Universität zu Berlin.*

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Gedruckt mit Unterstützung des Förderungs- und Beihilfefonds Wissenschaft der VG WORT.

© 2014 Nomos Verlagsgesellschaft Baden-Baden

Printed in Germany. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten.

Schrift: Sabon 9,3 auf 11,6 pt. Das Buch wurde auf alterungsbeständigem Werkdruckpapier gedruckt und fadengeheftet.

ISBN 978-3-8487-1255-7 (Print)

ISBN 978-3-8452-5366-4 (ePDF)

*Für Kristina*



## Vorwort

Diese Arbeit wurde von der Juristischen Fakultät der Humboldt-Universität zu Berlin im Oktober 2013 als Habilitationsschrift angenommen. Sie hat nach Überarbeitung und Aktualisierung nun den Stand Anfang März 2014. Später erschienene Beiträge, Entscheidungen und Entwicklungen konnten leider nicht mehr eingearbeitet werden. Wenn man eine so umfangreiche Arbeit vorlegt, die über einen langen Zeitraum hinweg erstellt wurde, liegt es auf der Hand, dass dieses Unterfangen nicht ohne die Unterstützung einer Vielzahl an Personen möglich gewesen wäre. Dies gilt umso mehr, als diese Arbeit einen rechtsvergleichenden Teil enthält, welcher drei Forschungsaufenthalte im Ausland sowie eingehende Diskussionen mit dortigen Fachleuten erforderte. Somit muss auch dieses Vorwort etwas umfangreicher ausfallen, da ich sehr vielen Personen aufrichtigen Dank schulde.

Da ist zuvorderst mein Lehrer, Herr *Prof. Dr. Bernd Heinrich*, dessen Unterstützung sich kaum in Worten wiedergeben lässt. Er hat mich ermutigt, wenn es nötig war, zeitliche Freiräume geschaffen, wenn ich sie brauchte, und stets ein offenes Ohr gehabt, wenn es um rechtliche, organisatorische oder gar persönliche Fragen ging. Ich danke dafür von Herzen. Ferner danke ich Herrn *Prof. Dr. Martin Heger*, der mich ebenfalls schon während der Arbeit begleitet und mir Gutachten für Stipendien erstellt hat, mir mit Rat und Tat zur Seite stand und letztlich auch das Zweitgutachten in bemerkenswerter Geschwindigkeit erstellt hat.

Sodann müssen die vielen Wissenschaftlerinnen und Wissenschaftler im In- und Ausland erwähnt werden, deren Hinweise für mich von unschätzbarem Wert und unerlässlich für das Verständnis der jeweiligen Rechtsordnung waren. So danke ich für Gespräche über das deutsche Verfassungsrecht an der Humboldt-Universität zu Berlin Herrn *Prof. Dr. Dieter Grimm*, Herrn *Prof. Dr. Christoph Möllers*, Herrn *Prof. Dr. Ingolf Pernice* und Herrn *Dr. Mattias Wendel*. Des Weiteren bin ich Herrn *Prof. Daniel Meltzer*, Harvard Law School, Herrn *Prof. Markus D. Dubber*, University of Toronto, sowie Herrn *Prof. Benjamin Bowling*, King's College London, für die jeweils sehr freundliche Aufnahme, Betreuung und Unterstützung während meiner Auslandsaufenthalte zu großem Dank verpflichtet. Bei diesen Forschungsaufenthalten in den USA, in Kanada und im Vereinigten Königreich von Großbritannien und Nordirland habe ich aber auch mit weiteren Personen ausführlich diskutiert, die mir das jeweilige System nahe gebracht und meine dringenden Fragen beantwortet haben. Daher bedanke ich mich herzlich bei Herrn *Prof. Eric Barendt*, University College London, Herrn *Prof. Chris Himsworth*, University of Edinburgh, Herrn *Prof. Alex Kreit*, Thomas Jefferson School of Law, San Diego, Herrn *Prof. Gerry Maher*, University of Edinburgh, Herrn *Prof. Valsamis Mitsilegas*, Queen Mary University, London, Herrn *Prof. Kent Roach*, University of Toronto, und Herrn *Prof. Alan Trench*, University of Ulster, für die wichtigen

Konversationen und Erklärungen. Für Vorgespräche und wertvolle Hinweise danke ich ferner Herrn *Prof. Dr. Klaus Marxen*, Humboldt-Universität zu Berlin, Herrn *Prof. Dr. Ulrich Sieber*, Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht, Freiburg i.Br., Herrn *Dr. Christoph Burchard, LL.M. (NYU)*, Ludwig-Maximilians-Universität München, sowie Herrn *Dr. Oliver Eberl*, Technische Universität Darmstadt.

Dass die Arbeit in dieser Form veröffentlicht werden kann, verdanke ich wiederum dem Beistand Dritter. So danke ich Herrn *Prof. Dr. Johannes Rux* für seine Unterstützung sowie den Herausgeberinnen und Herausgebern der Reihe *Neue Schriften zum Strafrecht* für die Aufnahme meines Werkes. Ferner bedanke ich mich bei Frau *Frauke Schafft, M.A.*, vom Nomos Verlag für Ihre große Hilfe und Geduld. Für die wichtige und beschwerliche Arbeit des Korrekturlesens danke ich ganz herzlich meiner Mutter *Brigitte Reinbacher-Kaulen*. Überhaupt gilt mein besonderer Dank meinen Eltern, die mich während der gesamten Zeit mental wie finanziell unterstützt haben. In letzterer Hinsicht danke ich ferner der VG WORT und der FAZIT-Stiftung für die Übernahme der Druckkosten dieses Buches. Im Hinblick auf meine Auslandsaufenthalte in Cambridge, USA, und in London, UK, danke ich ganz herzlich dem Deutschen Akademischen Austauschdienst (DAAD), der mich im Rahmen seines Postdoc-Programmes mit zwei großzügigen Forschungstipendien ausgestattet hat.

Am meisten danke ich aber schließlich meiner Frau *Kristina Frick* für ihren Humor, ihr Verständnis und ihre Begleitung während all der Jahre.

Dr. Tobias Reinbacher

Berlin, März 2014

---

## Inhaltsübersicht

Abkürzungsverzeichnis .....	21
Einleitung .....	35
1. Kapitel Grundlagen .....	41
A. Strafrecht Begriffsbestimmung und Begrenzung des Untersuchungsgegenstandes .....	42
B. Mehrebenensysteme Begriffsbestimmung und Begrenzung des Untersuchungsgegenstandes .....	54
2. Kapitel Verteilung der Strafgewalt in staatlichen und überstaatlichen Mehrebenensystemen – Fragen der demokratischen Legitimität und Souveränität .....	77
A. Dezentralisierter Unionsstaat und „devolution“ .....	80
B. Bundesstaat .....	85
C. Europäische Union .....	105
3. Kapitel Exemplarische Darstellung der Verteilung strafrechtlicher Kompetenzen in staatlichen Mehrebenensystemen .....	191
A. Bundesrepublik Deutschland .....	194
B. Vereinigte Staaten von Amerika .....	282
C. Kanada .....	306
D. Das Vereinigte Königreich von Großbritannien und Nordirland .....	330

4. Kapitel Das gegenwärtige System der Verteilung der Strafrechtskompetenzen in der EU .....	365
A. Konstitutioneller Hintergrund .....	365
B. Aufteilung der Strafrechtskompetenz zwischen den Ebenen .....	456
C. Interaktion der Ebenen .....	509
D. Zusammenfassung .....	562
5. Kapitel Versuch einer Systematisierung .....	565
A. Überblick über Vor- und Nachteile einer (föderativen) Verteilung von Kompetenzen in einer Rechtsordnung mit mehreren politischen Ebenen .....	566
B. Auswahlkriterien und Parameter der Beurteilung .....	572
C. Komparative Analyse der untersuchten staatlichen Systeme .....	630
D. Abstrakte Modelle (Auswahl) .....	662
6. Kapitel Übertragung auf die EU, Analyse des Systems und Perspektiven .....	733
A. Das europäische Mischmodell .....	733
B. Analyse .....	737
C. Thesen zu den Perspektiven der Kompetenzordnung .....	763
Schlussbemerkungen und Ergebnisse .....	803
Literaturverzeichnis .....	807

## Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis .....	21
Einleitung .....	35
1. Kapitel Grundlagen .....	41
A. Strafrecht Begriffsbestimmung und Begrenzung des Untersuchungsgegenstandes .....	42
I. Strafrecht im weiteren und im engeren Sinne .....	42
II. Begrenzung des Untersuchungsgegenstandes .....	51
1. Kriminalstrafrechtliche Kompetenzen .....	51
2. Strafverfahrensrecht und Strafverfolgung .....	52
B. Mehrebenensysteme Begriffsbestimmung und Begrenzung des Untersuchungsgegenstandes .....	54
I. Entstehung des Begriffes und Adaption .....	54
II. Mehrebenensystem als rechtliche Kategorie .....	61
III. Charakter der Ebenen .....	66
IV. Strafrecht im Mehrebenensystem versus strafrechtliches Mehrebenensystem .....	72
V. Begrenzung der Untersuchung .....	73
2. Kapitel Verteilung der Strafgewalt in staatlichen und überstaatlichen Mehrebenensystemen – Fragen der demokratischen Legitimität und Souveränität .....	77
A. Dezentralisierter Unionsstaat und „devolution“ .....	80
B. Bundesstaat .....	85
I. Abgrenzung zum Staatenbund .....	85

II. Entstehungsgründe .....	88
III. Charakteristika des Bundesstaates .....	90
IV. Kompetenzverteilung, demokratische Legitimation und Souveränität .....	91
V. Unterschiedliche Möglichkeiten der Verteilung der Strafrechtskompetenz .....	103
C. Europäische Union .....	105
I. Einordnung als politisches System sui generis .....	105
II. Die autonome Rechtsordnung der EU .....	107
III. Demokratie in der EU – Frage der demokratischen Legitimation strafrechtsbezogener europäischer Hoheitsakte .....	108
1. Der Bedarf an demokratischer Legitimation der Hoheitsgewalt der EU .....	108
2. Zwei Legitimationsmodelle .....	113
a) Demokratische Legitimation ausschließlich durch die Mitgliedstaaten .....	114
b) Doppelte demokratische Legitimation .....	118
3. Die Diskussion um eine unmittelbare demokratische Legitimation auf der Ebene der EU .....	120
a) Organisches vs. individualistisches Konzept der Demokratie .....	120
b) Funktionsbedingungen der Demokratie .....	125
aa) Gemeinsame Identität und Solidarität .....	125
bb) Politische Öffentlichkeit .....	128
c) Demokratische Gleichheit und Europäisches Parlament ....	130
d) Bürgernähe der Entscheidungen .....	132
4. Demokratiefähigkeit und status quo .....	132
IV. Probleme einer zentralen strafrechtsbezogenen Kompetenz der EU .....	134
1. „Souveräne Staatlichkeit“ als Integrationssschranke im Hinblick auf das Strafrecht im Urteil des BVerfG zum Vertrag von Lissabon .....	134
a) Der vielschichtige Begriff „Souveränität“ .....	134
b) Relativierung der souveränen Staatlichkeit .....	138
c) Moderne Konzepte .....	142
d) Der Ansatz des BVerfG .....	145
e) Das Ziel des BVerfG: Schutz der Demokratie durch „souveräne Staatlichkeit“ .....	149
f) Europäische Demokratie und Verfassungsverbund .....	153
g) Das Strukturprinzip der Subsidiarität .....	156

2. Strafrecht als Autonomiebereich der Mitgliedstaaten? .....	159
a) Die Liste der mitgliedstaatlichen Reservate im Lissabon-Urteil .....	159
b) Präzisierung des Strafrechtsvorbehaltes der Lissabon-Entscheidung .....	162
c) „Strafrechtsspezifische“ Einwände der Strafrechtswissenschaft .....	164
aa) Europäisches Strafrecht und Gesetzesvorbehalt .....	165
bb) Europäisches Strafrecht und staatliches Gewaltmonopol .....	175
cc) Europäisches Strafrecht und Kulturbindung .....	179
3. Zusammenfassende Stellungnahme und Perspektiven für diese Untersuchung .....	184
3. Kapitel Exemplarische Darstellung der Verteilung strafrechtlicher Kompetenzen in staatlichen Mehrebenensystemen .....	191
A. Bundesrepublik Deutschland .....	194
I. Konstitutioneller Hintergrund .....	194
1. Überblick .....	194
2. Historische Entwicklung der Verfassung und der Strafrechtskompetenz .....	197
a) Der Deutsche Bund .....	198
b) Der Norddeutsche Bund (1866/1867) und das Deutsche Reich (1870/1871) .....	207
c) Die Weimarer Republik .....	217
d) Die nationalsozialistische Diktatur .....	219
e) Das Grundgesetz .....	222
II. Aufteilung der Strafrechtskompetenz zwischen den Ebenen .....	233
1. Rechtssetzungskompetenz .....	233
a) Legislative Bundeskompetenz .....	234
aa) „Strafrecht“ .....	234
bb) „Gerichtsverfassung“ und „gerichtliches Verfahren“ ..	245
cc) Weitere strafrechtsbezogene Zuständigkeiten des Bundes aus anderen Kompetenztiteln .....	247
b) Bereiche des Landesstrafrechts .....	254
aa) „Strafrecht“ .....	254
bb) „Presserecht“ .....	257
cc) Ordnungswidrigkeiten .....	265
dd) Gefahrenabwehr .....	266

ee) Strafvollzug .....	267
2. Gerichtszuständigkeit und Strafverfolgungskompetenz .....	267
a) Strafgerichtsbarkeit .....	267
b) Polizeibehörden und Staatsanwaltschaft .....	270
aa) Grundsatz der dezentralen Strafverfolgung .....	270
bb) Zentrale Behörden .....	272
III. Interaktion der Ebenen .....	274
1. Verhältnis der Rechtsnormen .....	274
2. Verfolgungszuständigkeit und Kooperation der Ebenen .....	278
3. Doppelbestrafung .....	280
IV. Zusammenfassung .....	280
B. Vereinigte Staaten von Amerika .....	282
I. Konstitutioneller Hintergrund .....	282
II. Aufteilung der Strafrechtskompetenz zwischen den Ebenen .....	286
1. Rechtssetzungskompetenz .....	286
a) Grundsatz der dezentralen Strafrechtskompetenz der Einzelstaaten .....	286
b) Das Bundesstrafrecht .....	289
2. Gerichtszuständigkeit und Strafverfolgungskompetenz .....	297
a) Dezentrale Strafverfolgung und Strafgerichte .....	297
b) Zentrale Strafrechtspflege .....	297
III. Interaktion der Ebenen .....	298
1. Verhältnis der Rechtsnormen .....	298
2. Verfolgungszuständigkeit und Kooperation der Ebenen .....	301
3. Doppelbestrafung .....	303
IV. Zusammenfassung .....	304
C. Kanada .....	306
I. Konstitutioneller Hintergrund .....	306
II. Aufteilung der Strafrechtskompetenz zwischen den Ebenen .....	312
1. Rechtssetzungskompetenz .....	312
a) Umfang der Kompetenz des Bundes für das „Strafrecht“ ..	312
b) Legislative Sanktionskompetenz der Provinzen .....	316
c) Strafprozessrecht .....	318
2. Gerichtszuständigkeit und Strafverfolgungskompetenz .....	318
a) Strafgerichtsbarkeit .....	318
b) Strafverfolgung .....	319
III. Interaktion der Ebenen .....	321
1. Verhältnis der Rechtsnormen .....	321
2. Verfolgungszuständigkeit und Kooperation der Ebenen .....	325

3. Doppelbestrafung .....	326
IV. Zusammenfassung .....	328
D. Das Vereinigte Königreich von Großbritannien und Nordirland .....	330
I. Konstitutioneller Hintergrund .....	330
1. Überblick .....	330
2. Historische Hintergründe der Kompetenzverteilung .....	335
a) Schottland .....	336
b) Nordirland .....	339
c) England und Wales – gemeinsames Rechtssystem und devolution durch GWA 1998 und GWA 2006 .....	341
II. Aufteilung der Strafrechtskompetenz zwischen den Ebenen .....	343
1. Rechtssetzungskompetenz .....	343
a) Schottland .....	344
b) Nordirland .....	346
c) Wales .....	347
d) Zentrale Gesetzgebung in Westminster .....	348
e) „Strafanwendungsrecht“ .....	350
2. Gerichtszuständigkeit und Strafverfolgungskompetenz .....	351
a) Strafgerichtsbarkeit .....	351
b) Strafverfolgung .....	354
III. Interaktion der Ebenen .....	355
1. Verhältnis der Rechtsnormen .....	355
2. Verfolgungszuständigkeit und Kooperation der Behörden .....	356
3. Doppelbestrafung .....	358
IV. Zusammenfassung .....	361
4. Kapitel Das gegenwärtige System der Verteilung der Strafrechtskompetenzen in der EU .....	365
A. Konstitutioneller Hintergrund .....	365
I. Überblick .....	365
II. Historische Entwicklung der europäischen Integration und der strafrechtlichen Kompetenzen .....	370
1. Der Europarat, 1949 .....	372
2. Die EGKS, 1951 .....	373
3. Verträge von Rom, 1957: EWG und EAG .....	374
4. Die Einheitliche Europäische Akte, 1986 .....	377
5. Der Vertrag von Maastricht, 1992: EU und EG .....	385
6. Der Vertrag vom Amsterdam, 1997 .....	390

7. Der Vertrag von Nizza, 2001 .....	398
8. Der gescheiterte Verfassungsvertrag, 2004 .....	408
9. Der Vertrag von Lissabon, 2007 .....	412
III. Grundsätze der Kompetenzordnung .....	415
1. Strukturprinzipien .....	415
a) Die föderative Grundstruktur .....	415
b) Achtung der Gleichheit und nationalen Identität der Mitgliedstaaten und Pflicht zur loyalen Zusammenarbeit ..	416
2. Handlungsermächtigung der EU, Reichweite und Auslegung ..	422
a) Das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung .....	422
b) Effet utile als Auslegungsgrundsatz .....	424
c) Implied Powers .....	425
d) Flexibilitätsklausel des Art. 352 AEUV .....	427
3. Arten von Zuständigkeiten .....	428
4. Kompetenzausübungsschranken .....	431
a) Subsidiarität .....	431
b) Verhältnismäßigkeit .....	438
c) Strafrechtsspezifischer Schonungsgrundsatz .....	445
IV. „Europäisches Strafrecht“ de lege lata .....	448
1. Kriminalstrafrecht in der EU .....	448
2. Punitive Sanktionen .....	452
3. Europäisierung des Strafrechts der Mitgliedstaaten, Kooperation und Koordination der Verfahren .....	453
4. Konventionen des Europarates .....	454
B. Aufteilung der Strafrechtskompetenz zwischen den Ebenen .....	456
I. Rechtssetzungskompetenz .....	456
1. Dezentrale Kompetenz .....	456
2. Legislative Kompetenzen der EU .....	457
a) Erlass kriminalstrafrechtlicher Normen im Verordnungswege .....	458
aa) Straftaten zu Lasten der finanziellen Interessen der EU .....	458
bb) Zollwesen .....	466
cc) Menschenhandel .....	467
dd) Weitere Bereiche .....	469
b) Harmonisierungskompetenzen im materiellen Strafrecht ...	469
aa) Besonders schwere grenzüberschreitende Kriminalität nach Art. 83 Abs. 1 AEUV .....	471
bb) Durchführung von EU-Recht nach Art. 83 Abs. 2 AEUV .....	478

cc) „Notbremse“ nach Art. 83 Abs. 3 AEUV .....	482
dd) Weitere Harmonisierungskompetenzen im materiellen Recht .....	484
c) Strafverfahrensrecht .....	486
d) Polizeiliche Zusammenarbeit .....	496
II. Gerichtszuständigkeit und Strafverfolgungskompetenz .....	498
1. Strafgerichtsbarkeit .....	498
2. Strafverfolgung .....	499
a) Grundsatz der dezentralen Strafverfolgung .....	499
b) Zentrale Behörden .....	503
C. Interaktion der Ebenen .....	509
I. Europäisierung der mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen .....	509
1. Harmonisierungsrichtlinien der EU .....	509
2. Assimilierung der Rechtsordnungen .....	510
3. Neutralisierung nationaler Strafvorschriften .....	515
4. Unionsrechtskonforme Auslegung .....	516
II. Verhältnis der Ebenen im Kollisionsfall .....	521
1. Anwendungsvorrang des Unionsrechts .....	521
2. Strafrechtsbegrenzende Wirkung .....	526
III. Verfolgungszuständigkeit, Kooperation und Koordination der Ebenen .....	529
1. Kompetenzkonflikte und Möglichkeiten der Auflösung .....	530
2. Rechtshilfe in der EU auf der Grundlage gegenseitiger Anerkennung .....	536
a) Traditionelle Auslieferung und Europäischer Haftbefehl ...	537
b) Vollstreckungshilfe .....	545
c) Nachteile, operative Maßnahmen und Beweisgewinnung ...	546
3. Operative Zusammenarbeit bei der Ermittlung .....	556
IV. Doppelbestrafung .....	556
D. Zusammenfassung .....	562
5. Kapitel Versuch einer Systematisierung .....	565
A. Überblick über Vor- und Nachteile einer (föderativen) Verteilung von Kompetenzen in einer Rechtsordnung mit mehreren politischen Ebenen ..	566

B. Auswahlkriterien und Parameter der Beurteilung .....	572
I. Entwicklung allgemeiner Kriterien für die Verteilung strafrechtsbezogener Kompetenzen .....	572
II. Nähere Erläuterung der Verteilungskriterien .....	575
1. Demokratie .....	575
2. Effektivität .....	581
3. Lokale Vielfalt und Autonomie der Einzelstaaten .....	599
4. Rechtsstaatlichkeit und Beschuldigtenrechte .....	610
III. Zusammenfassung .....	628
C. Komparative Analyse der untersuchten staatlichen Systeme .....	630
I. Verfassungstheorie und Verteilung der Kompetenzen in der Praxis .....	630
1. Rechtssetzungskompetenz .....	631
2. Strafverfolgungskompetenzen .....	635
II. Betrachtung anhand der Parameter .....	636
1. Demokratie .....	636
2. Effektivität .....	639
3. Lokale Vielfalt und Autonomie der Einzelstaaten .....	647
4. Rechtsstaatlichkeit und Beschuldigtenrechte .....	654
5. Zusammenfassung .....	660
D. Abstrakte Modelle (Auswahl) .....	662
I. Einleitung und Modellübersicht .....	662
II. Modellbildung und Analyse .....	666
1. Systeme mit nur einer Ebene .....	666
a) Ausschließlich zentrale Kompetenz .....	666
b) Ausschließlich dezentrale Kompetenz .....	670
2. Systeme mit einer funktionellen Aufteilung der Kompetenzen ..	677
a) Grundmodell: zentrale Gesetzgebung, dezentrale Strafverfolgung und Gerichte .....	677
b) Abwandlung: Ergänzung durch zentrale Gerichte .....	682
c) Abwandlung: Ergänzung durch zentrale Strafverfolgungsbehörden .....	684
d) Abwandlung: Weitere Differenzierung zwischen Rechtsprechung und Strafverfolgungsbehörden .....	685
e) Grundmodell: dezentrale Gesetzgebung, zentrale Strafverfolgung und Gerichte .....	688
3. Trennmodelle .....	690
a) Partielle Kompetenzen der zentralen Ebene bei grundsätzlicher Zuständigkeit der Einzelstaaten .....	691

b) Andere Verteilungsarten im Trennmodell .....	700
4. Aufteilung der Gesetzgebung, Strafverfolgung nur durch eine Ebene .....	702
a) Grundmodell: Grundsätzlich dezentrale Gesetzgebung, einzelne Rechtssetzungskompetenzen des Bundes, dezentrale Strafverfolgung und Gerichte .....	703
b) Abwandlung: Ergänzung durch zentrale Gerichte und/oder Behörden .....	707
c) Grundmodell: Grundsätzlich zentrale Gesetzgebung, einzelne Rechtssetzungskompetenzen der dezentralen Einheiten, dezentrale Strafverfolgung und Gerichte .....	709
d) Abwandlung: Ergänzung durch zentrale Gerichte und/oder Behörden .....	713
e) Grundmodell: Konkurrierende Gesetzgebung, dezentrale Strafverfolgung und Gerichte .....	714
f) Grundmodell: Grundsätzlich dezentrale Gesetzgebung, einzelne Rechtssetzungskompetenzen der zentralen Ebene, zentrale Strafverfolgung und Gerichte .....	716
5. Assimilierungs- und Harmonisierungskompetenzen der zentralen Ebene .....	718
a) Grundmodell: Assimilierungs- und Harmonisierungskompetenzen der zentralen Ebene, dezentrale Gesetzgebung und dezentrale Strafverfolgung und Gerichte .....	718
b) Abwandlung: Ergänzung durch zentrale Gerichte und/oder Behörden .....	729
6. Kapitel Übertragung auf die EU, Analyse des Systems und Perspektiven .....	733
A. Das europäische Mischmodell .....	733
B. Analyse .....	737
I. Demokratie .....	737
II. Effektivität .....	739
III. Vielfalt und Autonomie der Mitgliedstaaten .....	748
IV. Rechtsstaatlichkeit und Beschuldigtenrechte .....	754

C. Thesen zu den Perspektiven der Kompetenzordnung .....	763
I. These: Ein Ausgleich der Parameter führt zu geteilter Zuständigkeit .....	763
1. Rechtssetzung .....	764
2. Strafverfolgung und Gerichte .....	766
II. These: Das Mischmodell ermöglicht größere Flexibilität im Einzelfall .....	769
III. These: Der Ausbau der Demokratie auf der zentralen Ebene ist erforderlich .....	770
IV. These: Die Steigerung der Effektivität und der Schutz der Beschuldigten können weitere Kompetenzen der EU erfordern .....	776
1. Rechtssetzung .....	776
a) Materielles Recht .....	776
b) Verfahrensrecht .....	783
2. Strafverfolgung und Gerichte .....	796
 Schlussbemerkungen und Ergebnisse .....	 803
 Literaturverzeichnis .....	 807

## Abkürzungsverzeichnis

a.A.	andere Ansicht
ABA	American Bar Association
ABl.	Amtsblatt (EU)
Abs.	Absatz
AC	Appeals Cases, Entscheidungssammlung
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
a.F.	alte Fassung
AG	Amtsgericht
A.G.	Attorney General
AIDP	Association International de Droit Pénal
Allg.	Allgemein/e/s
Am. Crim. L. Rev.	American Criminal Law Review, Zeitschrift, zitiert nach Band und Jahrgang
Amend.	Amendment, Zusatzartikel der U.S. Constitution
Am. J. of Crim. Justice	American Journal of Criminal Justice, Zeitschrift, zitiert nach Band und Jahrgang
Am. U. L. Rev.	American University Law Review, Zeitschrift, zitiert nach Band und Jahrgang
Anm.	Anmerkung
Annals Am. Acad. Pol. & Soc. Sci.	Annals of the American Academy of Political & Social Sciences, Zeitschrift, zitiert nach Band und Jahrgang
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts, Zeitschrift, zitiert nach Band und Jahrgang
arg. ex	argumentum ex
Art.	Artikel
ASOG	Allgemeines Sicherheits- und Ordnungsgesetz (Berlin)
AsylVfG	Asylverfahrensgesetz
AT	Allgemeiner Teil

AufenthaltsG	Gesetz über den Aufenthalt, die Erwerbstätigkeit und die Integration von Ausländern im Bundesgebiet
Aufl.	Auflage
AuslG	Gesetz über die Einreise und den Aufenthalt von Ausländern
BAG	Bundesarbeitsgericht
BayPAG	Bayerisches Polizeiaufgabengesetz
BayPrG	Bayerisches Pressegesetz
BBl.	Bundesblatt (Schweiz)
Bd.	Band
Beck OK GG	Beck'scher Online-Kommentar zum GG
Beck OK StGB	Beck'scher Online-Kommentar zum StGB
Beck OK StPO	Beck'scher Online-Kommentar zur StPO
Begr.	Begründer
Beschl.	Beschluss
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHSt	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Strafsachen
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen
BGVBl.	Bayerisches Gesetz- und Verordnungsblatt
BKA	Bundeskriminalamt (auch: Bundeskriminalpolizeiamt)
BKAG	Gesetz über das Bundeskriminalamt und die Zusammenarbeit des Bundes und der Länder in kriminalpolizeilichen Angelegenheiten
B.N.A. Act	British North America Act
BNatSchG	Bundesnaturschutzgesetz
BPol	deutsche Bundespolizei
BPolG	Gesetz über die Bundespolizei
BrbgPG	Brandenburgisches Pressegesetz
BT	Besonderer Teil
BT-Drs.	Bundestagsdrucksache
BtMG	Betäubungsmittelgesetz
Buff. Crim. L. Rev.	Buffalo Criminal Law Review, Zeitschrift, zitiert nach Band und Jahrgang

B.U.L. Rev.	Boston University Law Review, Zeitschrift, zitiert nach Band und Jahrgang
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungssammlung des Bundesverfassungsgerichts
BVerfSchG	Gesetz über die Zusammenarbeit des Bundes und der Länder in Angelegenheiten des Verfassungsschutzes und über das Bundesamt für Verfassungsschutz
bzgl.	bezüglich
c.	chapter (bei Normen)
Calif. L. Rev.	California Law Review, Zeitschrift, zitiert nach Band und Jahrgang
Can. Bar Rev.	Canadian Bar Review, Zeitschrift, zitiert nach Band und Jahrgang
Can. Pub. Admin.	Canadian Public Administration, Zeitschrift, zitiert nach Band und Jahrgang
CCC	Canadian Criminal Cases, Entscheidungssammlung
Chap. L. Rev.	Chapman Law Review, Zeitschrift, zitiert nach Band und Jahrgang
Circ.	Circuit, Gerichtsbezirk
CJ	Corpus Juris
C.J.	Chief Justice (Vorsitzende/r Richter/in)
CJPO Act	Criminal Justice and Public Order Act (UK)
cl.	clause (bei Normen)
Cm.	Command Papers, Sammlung von Veröffentlichungen der Regierung im Vereinigten Königreich von Großbritannien und Nordirland
Colum. Hum. Rts. L. Rev.	Columbia Human Rights Law Review, Zeitschrift, zitiert nach Band und Jahrgang
Colum. L. Rev.	Columbia Law Review, Zeitschrift, zitiert nach Band und Jahrgang
CONV	Dokumente des Europäischen Konvents
Crim. L. Rev.	Criminal Law Review, Zeitschrift, zitiert nach Band und Jahrgang
DAJV-NL	Newsletter der Deutsch-Amerikanischen Juristen-Vereinigung, Zeitschrift, zitiert nach Jahrgang

DBA	Deutsche Bundesakte
DEA	Drug Enforcement Administration (USA)
ders.	derselbe
DGN	Devolution Guidance Notes (UK)
d.h.	das heißt
dies.	dieselbe/n
diesbzgl.	diesbezüglich/e/en
DAJV-NL	Deutsch-Amerikanische Juristenvereinigung-Newsletter, Zeitschrift, zitiert nach Jahrgang
DLR	Dominion Law Reports, Entscheidungssammlung
DNA	Deoxyribonucleic Acid (deutsch: Desoxyribonukleinsäure)
DÖV	Die Öffentliche Verwaltung, Zeitschrift, zitiert nach Jahr- gang
DRiG	Deutsches Richtergesetz
EAG	Europäische Atomgemeinschaft
EAGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Atomgemeinschaft
EBA	Europäische Beweisanzordnung
ebd.	ebenda
ECA	European Communities Act (UK)
Edin. L. Rev.	Edinburgh Law Review, Zeitschrift, zitiert nach Band und Jahrgang
EEA	Einheitliche Europäische Akte
EG	Europäische Gemeinschaft
EGBGB	Einführungsgesetz zum BGB
EGKS	Europäische Gemeinschaft für Kohle und Stahl
EGKSV	Vertrag über Gründung der Europäischen Gemeinschaft für Kohle und Stahl
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
EGMRE	Entscheidungssammlung des EGMR
EGStGB	Einführungsgesetz zum StGB
EGStPO	Einführungsgesetz zur StPO
EGV	Vertrag über die Europäische Gemeinschaft
Einl.	Einleitung

---

EJN	Europäisches Justizielles Netz
EL	Ergänzungslieferung
EMRK	Europäische Menschenrechtskonvention
endg.	endgültig
EnzEuR	Enzyklopädie Europarecht
EPG	Europäische Politische Gemeinschaft
EPZ	Europäische Politische Zusammenarbeit
ERÜ	Europäisches Rechtshilfeübereinkommen
EStA	Europäische Staatsanwaltschaft
etc.	et cetera
EU	Europäische Union
EUBestG	EU-Bestechungsgesetz
EuCLR	European Criminal Law Review, Zeitschrift, zitiert nach Jahrgang
eucrim	The European Criminal Law Associations Forum, Zeitschrift, zitiert nach Jahrgang
EuG	Gericht der Europäischen Union
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EuGRZ	Europäische Grundrechte-Zeitschrift, zitiert nach Jahrgang
EuHbG	Europäisches Haftbefehlsgesetz
EuR	Europarecht, Zeitschrift, zitiert nach Jahrgang
EuR-Beiheft	Beiheft zur EuR, zitiert nach Jahrgang
Eurojust	Europäische Stelle für justizielle Zusammenarbeit
Europ.	Europäische/s
Europol	Europäisches Polizeiamt
EuropolÜ	Europolübereinkommen
EUV	Vertrag über die Europäische Union
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht, zitiert nach Jahrgang
EVG	Europäische Verteidigungsgemeinschaft
EWG	Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
EWGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Wirtschaftsge- meinschaft

EZB	Europäische Zentralbank
FBI	Federal Bureau of Investigation (USA)
f.; ff.	folgende Seiten
Fn.	Fußnote
FS	Festschrift
GA	Goldammer's Archiv für Strafrecht, Zeitschrift, zitiert nach Jahrgang <i>oder</i> Generalanwalt beim EuGH
GAG	bayrisches Gemeindeabgabengesetz
GASP	Gemeinsame Außen- und Sicherheitspolitik
GBA	Generalbundesanwalt
GBL	Gesetzblatt
Gestapo	Geheime Staatspolizei
GG	Grundgesetz
ggf.	gegebenenfalls
GIA	Government of Ireland Act (UK)
GLJ	German Law Journal, Zeitschrift, zitiert nach Band und Jahrgang
GRC	Charta der Grundrechte der EU
GS	Gedenkschrift
GVBl.	Gesetz- und Verordnungsblatt Berlin
GVG	Gerichtsverfassungsgesetz
GWA	Government of Wales Act
Harvard L. Rev.	Harvard Law Review, Zeitschrift, zitiert nach Band und Jahrgang
Hastings L.J.	Hastings Law Journal, Zeitschrift, zitiert nach Band und Jahrgang
Hdb.	Handbuch
HL	House of Lords
HL Deb.	House of Lords Debates (UK), Sammlung
h.M.	herrschende Meinung
HPresseG	Hessisches Pressegesetz
HRA	Human Rights Act (UK)
HRRS	Online-Zeitschrift für Höchstrichterliche Rechtsprechung zum Strafrecht, zitiert nach Jahrgang

Hrsg.	Herausgeber
hrsg.	herausgegeben
HSMO	Her Majesty's Stationery Office, Staatsverlag (UK)
HSOG	Hessisches Gesetz über die öffentliche Sicherheit und Ordnung
HStR	Handbuch des Staatsrechts
i.E.	Im Ergebnis
IGH	Internationaler Gerichtshof
i.H.a.	im Hinblick auf
IngG	Ingenieurgesetz
Intern.	Internationale/s
IPO	Instrumentum Pacis Osnabrucense
IRG	Gesetz über die internationale Rechtshilfe
i.V.m.	in Verbindung mit
J.	Justice (Richter/in)
J. Crim. L. & Criminology	Journal of Criminal Law & Criminology, Zeitschrift, zitiert nach Band und Jahrgang
JGG	Jugendgerichtsgesetz
JMStV	Jugendmedienschutz-Staatsvertrag
JR	Juristische Rundschau, Zeitschrift, zitiert nach Jahrgang
JURA	Juristische Ausbildung, Zeitschrift, zitiert nach Jahrgang
Jur. Rev.	Juridical Review, Zeitschrift, zitiert nach Band und Jahrgang
JuS	Juristische Schulung, Zeitschrift, zitiert nach Jahrgang
JZ	Juristenzeitung, Zeitschrift, zitiert nach Jahrgang
Kap.	Kapitel
KJ	Kritische Justiz, Zeitschrift, zitiert nach Jahrgang
KK OWiG	Karlsruher Kommentar zum OWiG
KK StPO	Karlsruher Kommentar zur StPO
KOM	Europäische Kommission
KritV	Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, Zeitschrift, zitiert nach Jahrgang
Law & Contemp. Probs.	Law & Contemporary Problems, Zeitschrift, zitiert nach Band und Jahrgang

Leg. Per.	Legislaturperiode
LG	Landgericht
LIBE-Ausschuss	Ausschuss des Europäischen Parlaments für Bürgerliche Freiheiten, Justiz und Inneres
lit.	Littera = Buchstabe
LJ	Lord Justice (Richter/in in England/Wales)
LK	Leipziger Kommentar zum StGB
LPG	Landespressegesetz
LuftSiG	Luftsicherheitsgesetz
Manitoba L.J.	Manitoba Law Journal, Zeitschrift, zitiert nach Band und Jahrgang
McGill L.J.	McGill Law Journal, Zeitschrift, zitiert nach Band und Jahrgang
Michigan L.J.	Michigan Law Journal, Zeitschrift, zitiert nach Band und Jahrgang
MJ	Maastricht Journal of European and Comparative Law, Zeitschrift, zitiert nach Band und Jahrgang
MoU	Memorandum of Understanding (UK)
MüKo StGB	Münchener Kommentar zum StGB
MüKo ZPO	Münchener Kommentar zur ZPO
MV	Mecklenburg-Vorpommern
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
NCA	National Crime Agency (UK)
N.C.L. Rev.	North Carolina Law Review, Zeitschrift, zitiert nach Band und Jahrgang
Neuauf.	Neuaufgabe
NI	Northern Ireland
NIA	Northern Ireland Act
NIO	Northern Ireland Office
NJECL	New Journal of European Criminal Law, Zeitschrift, zitiert nach Jahrgang
NJW	Neue Juristische Wochenschrift, Zeitschrift, zitiert nach Jahrgang

---

NK	Nomos Kommentar zum StGB <i>oder</i> Neue Kriminalpolitik, Zeitschrift, zitiert nach Jahrgang
No.	Number
Notre Dame L. Rev.	Notre Dame Law Review, Zeitschrift, zitiert nach Band und Jahrgang
Nr.	Nummer
NRW	Nordrhein-Westfalen
NS	Nationalsozialismus; nationalsozialistisch/e/r
NStZ	Neue Zeitschrift für Strafrecht, zitiert nach Jahrgang
NStZ-RR	Neue Zeitschrift für Strafrecht, Rechtsprechungs-Report, zitiert nach Jahrgang
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht, zitiert nach Jahrgang
Nw. U. L. Rev.	Northwestern University Law Review, Zeitschrift, zitiert nach Band und Jahrgang
öff.	öffentliche/n/s
OH	Outer House (erstinstanzliches Gericht in Schottland)
Ohio St. J. Crim. L.	Ohio State Journal of Criminal Law, Zeitschrift, zitiert nach Band und Jahrgang
Ohio St. L.J.	Ohio State Law Journal, Zeitschrift, zitiert nach Band und Jahrgang
OLAF	Office Européen de Lutte Antifraude
OLG	Oberlandesgericht
Osgoode Hall L.J.	Osgoode Hall Law Journal, Zeitschrift, zitiert nach Band und Jahrgang
OWi	Ordnungswidrigkeit/en
OWiG	Gesetz über Ordnungswidrigkeiten
PACE Act	Police and Criminal Evidence Act (UK)
para.	paragraph (bei Gesetzen)
PC	Privy Council
P.C.I.J.	Permanent Court of International Justice
PJZ	Polizeiliche und Justizielle Zusammenarbeit
PJZS	Polizeiliche und Justizielle Zusammenarbeit in Strafsachen
P.L.	Public Law, Zeitschrift, zitiert nach Band und Jahrgang

P.O.G.G.	Peace, Order, and good Government of Canada
PolG	Polizeigesetz
PPS	Public Prosecution Service (British Columbia, Nova Scotia und Quebec)
PPSC	Public Prosecution Service of Canada
PressG	Pressegesetz
PV	Prümer Vertrag
PVS	Politische Vierteljahresschrift, Zeitschrift, zitiert nach Jahrgang
QB	Queen's Bench, Entscheidungssammlung (UK)
Queen's L.J.	Queen's Law Journal, Zeitschrift, zitiert nach Band und Jahrgang
Ratsdok.	Ratsdokument
RB	Rahmenbeschluss
RBA	Rheinbundakte
RCMP	Royal Canadian Mounted Police
RG	Reichsgericht
RGBL	Reichsgesetzblatt
RGSt	Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen
RKG	Reichskammergericht
RL	Richtlinie
RL-E	Richtlinien-Entwurf
Rn.	Randnummer
RPG	Reichsgesetz über die Presse
Rs.	Rechtssache
R.S.C.	Revised Statutes of Canada, Gesetzessammlung
R.S.O.	Revised Statutes of Ontario, Gesetzessammlung
RStGB	Reichsstrafgesetzbuch
RUC	Royal Ulster Constabulary (NI)
Rutgers L.J.	Rutgers Law Journal, Zeitschrift, zitiert nach Band und Jahrgang
RV	deutsche Reichsverfassung
Rz.	Randziffer

S.	Seite (bei Literaturangaben) oder Satz (bei Gesetzen)
s.	section (bei Gesetzen)
SA	Scotland Act (UK) oder Sachsen-Anhalt
S.C.	Statutes of Canada, Gesetzessammlung (Kanada) <i>oder</i> Court of Session Cases, Entscheidungssammlung (UK)
SCA	Serious Crime Act (UK)
SCC	Scottish Constitutional Convention
sched.	schedule (Anhang bei Gesetzen)
SCR	Supreme Court Reports (Kanada), Entscheidungssammlung
SDÜ	Übereinkommen zur Durchführung des Übereinkommens von Schengen
SFO	Serious Fraud Office (UK)
SIS	Schengener Informationssystem
SK	Systematischer Kommentar zum StGB
Slg.	Sammlung (der Entscheidungen des EuGH)
SLT	Scots Law Times, Entscheidungssammlung
SMG	Saarländisches Mediengesetz
SNP	Scottish National Party
SOCA	Serious and Organised Crime Agency (UK)
sog.	so genannte/n
SprengG	Gesetz über explosionsgefährliche Stoffe
ss.	sections (bei Gesetzen)
StA	Staatsanwaltschaft
StGB	Strafgesetzbuch
StPO	Strafprozessordnung
StraFo	Strafverteidiger Forum, Zeitschrift, zitiert nach Jahrgang
St. Thomas L. Rev.	St. Thomas Law Review, Zeitschrift, zitiert nach Band und Jahrgang
SÜ	Übereinkommen von Schengen
StV	Strafverteidiger, Zeitschrift, zitiert nach Jahrgang
StVollzG	Strafvollzugsgesetz
StWStP	Staatswissenschaften und Staatspraxis, Zeitschrift, zitiert nach Band und Jahrgang

Suppl.	Supplementum
Syracuse L. Rev.	Syracuse Law Review, Zeitschrift, zitiert nach Band und Jahrgang
TPG	Pressegesetz Thüringen
u.	und
UA.	Unterabsatz
u.a.	unter anderem <i>oder</i> und andere
UCLAF	Unité de Coordination pour la Lutte Anti-Fraude
U. Colo. L. Rev.	University of Colorado Law Review, Zeitschrift, zitiert nach Band und Jahrgang
UK; U.K.	United Kingdom
UN	United Nations
UN-Charta	Charta der United Nations
UrhG	Urheberrechtsgesetz
U.S.	United States Supreme Court Reports (Sammlung der Entscheidungen des U.S. Supreme Courts), zitiert nach Band und Jahr
USA	United States of America
USAM	United States Attorneys' Manual
U.S.C.	United States Code
U.S. Const.	United States Constitution
U.T. L.J.	University of Toronto Law Journal, Zeitschrift, zitiert nach Band und Jahrgang
U.T. Fac. of Law Rev.	University of Toronto Faculty of Law Review, Zeitschrift, zitiert nach Band und Jahrgang
u.U.	unter Umständen
v.	versus (bei Gerichtsentscheidungen); vom (bei der Angabe des Datums bei Beschlüssen und Urteilen); von (bei Namen)
v.a.	vor allem
Vand. L. Rev.	Vanderbilt Law Review, Zeitschrift, zitiert nach Band und Jahrgang
vgl.	vergleiche
VO	Verordnung
VOBIBZ	Verordnungsblatt für die Britische Zone

---

Vol.	Volume
Vorbem.	Vorbemerkung
VStGB	Völkerstrafgesetzbuch
VVDStrL	Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer, Zeitschrift, zitiert nach Band und Jahrgang
VVE	Vertrag über eine Verfassung für Europa
WaffG	Waffengesetz
wistra	Zeitschrift für Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, zitiert nach Jahrgang
WRV	Weimarer Reichsverfassung
WSA	Wiener Schlussakte
ZaöRV	Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, zitiert nach Band und Jahrgang
z.B.	zum Beispiel
ZBJI	Zusammenarbeit in den Bereichen Innen- und Justizpolitik
ZEuS	Zeitschrift für Europarechtliche Studien, zitiert nach Jahrgang
ZgesStW	Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft, zitiert nach Band und Jahrgang
Ziff.	Ziffer
ZIS	Zeitschrift für internationale Strafrechtsdogmatik, zitiert nach Jahrgang
ZJS	Zeitschrift für das juristische Studium, zitiert nach Jahrgang
ZPO	Zivilprozessordnung
ZRG GA	Zeitschrift für Rechtsgeschichte Germanische Abteilung, zitiert nach Band und Jahrgang
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik, zitiert nach Jahrgang
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, zitiert nach Band und Jahrgang



## Einleitung

Diese Arbeit soll einen Diskussionsbeitrag zu einem äußerst komplexen Thema leisten. Sie behandelt mögliche Modelle der Verteilung strafrechtsbezogener Kompetenzen in föderalen oder quasi-föderalen politischen Mehrebenensystemen. Dabei wird der Begriff der Kompetenz durchaus weit verstanden und demgemäß die Strafgewalt in ihrem gesamten dreigeteilten Ausmaß als *jurisdiction to prescribe*, *jurisdiction to adjudicate* und *jurisdiction to enforce*<sup>1</sup> in Betracht genommen. Bei einer solch weiten Thematik vermag die Untersuchung nur einen Ausschnitt der Vielzahl real-existierender Systeme zu behandeln und letztlich nur einen bescheidenen Überblick zu leisten. Dennoch soll das Erkenntnisinteresse nicht verborgen bleiben: Es geht um mögliche Verteilungsmodelle für die Europäische Union. Diese bildet den besonderen Fokus der Untersuchung, was auch erklären möge, warum ihr jeweils die ausführlichste Darstellung gewidmet ist.

Wer sich mit der europäischen Verfassung beschäftigt, muss sich darüber im Klaren sein, dass ein solches Unterfangen, mehr noch als dies bei juristischen Arbeiten, die nicht gerade ein historisches Feld behandeln, gewöhnlich der Fall ist, kaum mehr als eine Momentaufnahme sein kann. Wer hätte noch vor der Jahrtausendwende gedacht, dass die europäischen Verträge einmal tatsächlich explizite strafrechtliche Kompetenzen vorsehen würden? Es sind turbulente Zeiten, in denen dieses Buch geschrieben wurde. Wieder einmal hört man überall von der Wirtschaftskrise, die EU steht insbesondere im Rahmen der Währungsunion vor schweren Aufgaben, nicht wenige würden sagen: vor einer Zerreißprobe. Wohin ihr Weg führt, ist unklar. Bislang war es ein stetiger Weg des Zusammenwachsens, der Selbstfindung der europäischen Bürgerinnen und Bürger.<sup>2</sup> Diese lernen, sich als solche zu verstehen. Dabei muss die Krise nicht hinderlich sein, denn sie kann das Bewusstsein für die gemeinsamen Probleme schärfen. Manche sehen in der Finanzkrise sogar die Chance einer stärkeren strafrechtlichen Integration.<sup>3</sup>

Der Übergang vom Völkerrecht zur Rechtsordnung der Bürgerinnen und Bürger im supranationalen föderalen politischen System verläuft nicht immer geradlinig. Zu Beginn dieser Arbeit war nicht einmal klar, ob der Vertrag von Lissabon tatsächlich angenommen würde. Dabei steht auch und gerade die Allokation der

1 Vgl. auch das US-amerikanische Restatement (Third) of Foreign Relations Law § 401 (1987), worin nach *jurisdiction to prescribe*, *jurisdiction to adjudicate* und *jurisdiction to enforce* differenziert wird; zur Unterscheidung vgl. auch *Deutscher*, S. 33; *Jeßberger*, Geltungsbereich, S. 9 ff.; *Tiedemann*, NJW 1993, 23, 24; *ders.*, FS Roxin, 2001, S. 1403; *Vogel*, in: Dannecker, Subventionsbetrug, S. 172.

2 In dieser Arbeit wird bei der Bezeichnung der Personen auch oftmals nur die männliche Form genannt. Gemeint sind natürlich immer sowohl die männlichen, wie auch die weiblichen Personen. Der Verzicht auf die weibliche Form soll dabei lediglich einen angenehmen Lesefluss gewährleisten und überflüssige grammatikalische Komplikationen vermeiden.

3 *Gómez-Jara*, EuCLR 2013, 170.

Kompetenzen im Vordergrund, denn diese beinhalten die Verteilung von politischer Macht.<sup>4</sup>

So standen die Gründungsväter der U.S. Constitution in Philadelphia vor der Entscheidung, wie sie eine „engere Union“ als unter den Articles of Confederation durchsetzen, wie sie eine starke Union schaffen, diese aber gegenüber den „souveränen“ Einzelstaaten begründen sollten. Auch Bismarck war bemüht, in der deutschen Reichsverfassung des Jahres 1870/71 die „befeundeten Fürsten“, die Staatsoberhäupter der deutschen Staaten, in den Gesamtverbund zu integrieren, der gleichwohl ein Nationalstaat sein sollte. In Kanada ging es u.a. darum, die Kultur und die politischen Ansprüche der englisch- und der französischstämmigen Bevölkerung zu versöhnen. Der Act of Union des Jahres 1707 zwischen England und Schottland schuf zwar einen Unionsstaat mit nur einem Parlament in Westminster, die Vertragsschließenden achteten aber genau darauf, dass Schottland in gewichtigen Bereichen eigenständig blieb. In ähnlicher Weise muss auch und gerade die EU bei der Frage der Machtverteilung gewichtige Interessen ausgleichen. Dabei spielt das Strafrecht keine kleine Rolle, da Gewaltmonopol und Strafgewalt als besonders bedeutsame Aufgaben des Staates verstanden werden, auf welche er nur ungerne zu Gunsten einer anderen Ebene verzichtet.

Schon diesen einleitenden Worten wird mancher entgegenhalten, dass hier verglichen werde, was gar nicht vergleichbar sei. Weder könne ein Unionsstaat wie das Vereinigte Königreich von Großbritannien und Nordirland mit Bundesstaaten wie Deutschland, Kanada oder den USA zusammengebracht werden, noch seien staatliche Systeme und die überstaatliche EU einer komparativen Analyse zugänglich. Es ist die Gegenthese dieser Arbeit, dass dies doch möglich ist und dass ein Vergleich trotz der gewichtigen Divergenzen wissenschaftlich durchaus Gewinn bringend sein kann.<sup>5</sup> Selbst wer die grundsätzliche Verschiedenheit der Systeme betont, muss schließlich zunächst einmal verglichen haben. Diese Untersuchung orientiert sich dabei an Erkenntnissen der Politikwissenschaft, welche letztlich sämtliche hier behandelten Verbünde als politische Mehrebenensysteme begreift. Dieses Konzept verlangt ein politisches System, in welchem Kompetenzen auf mehrere Ebenen verteilt sind und in dem auf demokratisch legitimierte Weise für die Bürgerinnen und Bürger auf diesen verschiedenen Ebenen verbindliche Entscheidungen getroffen werden können. Akzeptiert man diesen erläuterungsbedürftigen und im Rahmen dieser Abhandlung selbstverständlich auch näher erklärten Ansatz, so lässt sich eine Denkblockade durchbrechen und es lassen sich erstaunliche Gemeinsamkeiten, aber natürlich auch gewichtige Unterschiede, im Rahmen der komparativen Analyse feststellen. Zu diesem Zwecke untersucht diese Arbeit zunächst

4 Vgl. *Pernice*, JZ 2000, 866, 867: „Kompetenzfragen sind Machtfragen“ und *Nettesheim*, EuR 1993, 243: „Kompetenzkonflikte sind Machtkonflikte“.

5 So auch *Kobler-Koch/Conzelmann/Knodt*, S. 18.

unterschiedliche bestehende Systeme, versucht sodann Verteilungskriterien zu entwickeln, entwirft im Anschluss abstrakte Modelle der Verteilung und überträgt schließlich die Ergebnisse auf die EU.<sup>6</sup> Dabei bedient sie sich der folgend dargestellten Vorgehensweise. Zunächst werden im 1. Kapitel terminologische Fragen geklärt, wobei einerseits erläutert wird, welche Bereiche im Rahmen dieser Untersuchung als „Strafrecht“<sup>7</sup> erfasst werden und andererseits welche Systeme als Mehrebenensysteme<sup>8</sup> in die Betrachtung einfließen sollen. In diesem Zusammenhang wird das Konzept des Mehrebenensystems näher dargestellt.

Das darauf folgende 2. Kapitel widmet sich einigen wichtigen Vorüberlegungen, welche die Verteilung von Kompetenzen und Strafgewalt in den verschiedenen Systemen betreffen. Hier geht es darum, noch einmal auf die Unterschiede hinzuweisen, die konkret untersuchten Systeme zu kategorisieren und Probleme der demokratischen Legitimation und der Souveränität im Mehrebenensystem zu behandeln, welche quasi „vor die Klammer gezogen“ werden. Hier werden Unionsstaat,<sup>9</sup> Bundesstaat<sup>10</sup> und Europäische Union<sup>11</sup> noch einmal getrennt behandelt.

Das 3. Kapitel beschäftigt sich sodann mit konkreten staatlichen Systemen. Zunächst werden drei bundesstaatliche Verteilungskonzepte vorgestellt. Diese bilden tatsächlich drei grundverschiedene konstitutionelle Modelle ab. Betrachtet man nur den Verfassungstext, so ordnet in Deutschland<sup>12</sup> das GG die Strafgesetzgebung konkurrierend zwischen den Ebenen an, in den USA<sup>13</sup> weist die U.S. Constitution sie grundsätzlich der dezentralen Ebene zu und in Kanada<sup>14</sup> ist sie nach dem Wortlaut der Verfassung grundsätzlich zentralisiert. Zudem liegt ein gewichtiger Unterschied darin, dass in Deutschland und Kanada die dezentralen Ebenen auch das Bundesrecht vollziehen, während in den USA ein Trennsystem besteht, in welchem jede Ebene ihr Recht selbst mit Gerichten und Behörden durchsetzt und daher auch eine eigenständige Strafverfolgung nach ihren eigenen Normen betreibt. Diese diametralen Gegensätze haben die Auswahl der Systeme entscheidend mitbestimmt. Alleine der Wortlaut der Verfassung gibt jedoch inzwischen kaum noch ein treffliches Bild ab. Die Modelle haben sich vielmehr entwickelt und von ihrer ursprünglichen Anordnung der Kompetenzen weit entfernt. In Deutschland hat die Gesetzgebung sich nahezu vollständig zentralisiert, in den USA ist ein umfangreiches paralleles Bundesstrafrecht entstanden und in Kanada erlassen inzwischen auch die Provinzen Quasi-Strafrecht. Jede Verfassungsordnung befindet sich in einem Pro-

6 Insoweit sei auch auf die Arbeit von *Sieber*, ZStW 121 (2009), 1, hingewiesen, welcher diese Untersuchung ganz wesentliche Erkenntnisse und Anregungen verdankt.

7 1. Kapitel A.

8 1. Kapitel B.

9 2. Kapitel A.

10 2. Kapitel B.

11 2. Kapitel C.

12 3. Kapitel A.

13 3. Kapitel B.

14 3. Kapitel C.

zess und unterliegt anderen Rahmenbedingungen. Daher werden jeweils die historischen Hintergründe und politischen Zusammenhänge erläutert, ohne welche ein Verständnis schwer möglich wäre. Hätte *Binding* sich nicht durch seine späteren Schriften zur Vernichtung lebensunwerten Lebens in Misskredit gebracht, so hätte sich ein Zitat als einleitender Satz für diese Arbeit durchaus angeboten, das die gefundenen Ergebnisse gut beschreibt. Er schrieb im Jahr 1885: „Wer das Strafrecht hat, darüber denken verschiedene Zeiten verschieden“.<sup>15</sup>

Im Anschluss an die Bundesstaaten folgt als Kontrast das System des Vereinigten Königreiches von Großbritannien und Nordirland.<sup>16</sup> Dieses verfügt schon von vorneherein über eine „politische Verfassung“,<sup>17</sup> die daher einen besonders flexiblen Charakter hat. Hier hat die *devolution* den Mehrebenencharakter der Verfassungsordnung maßgeblich verändert und auch den dezentralen Ebenen wichtige Strafrechtskompetenzen eingeräumt. Auch hier gilt es, die historischen Zusammenhänge vorab zu beleuchten.

Das 4. Kapitel widmet sich sodann der EU. Wie eingangs erwähnt, fällt diese Darstellung umfangreicher aus als diejenige der staatlichen Systeme, was dem konkreten Erkenntnisinteresse geschuldet ist. Die Arbeit ist an der EU ausgerichtet und soll letztlich einen Beitrag zur Diskussion um ihre Verfassungsordnung liefern. Das Kapitel ist gleichwohl systematisch genauso aufgebaut wie das vorangegangene, indem wiederum verfassungsmäßige Grundlagen und der historische Kontext den Eingang bilden,<sup>18</sup> bevor die konkrete Verteilung<sup>19</sup> dargestellt und abschließend die Interaktion der Ebenen<sup>20</sup> untersucht wird. Trotz seines Umfanges erhebt dieses Kapitel keinen Anspruch auf absolute Vollständigkeit. Hier sei auf die einschlägigen Werke zum Europäischen Strafrecht verwiesen. Insbesondere geht es weniger darum, den gesamten *Acquis* europäischer Gesetzgebung im Strafrecht wiederzugeben, sondern lediglich um die Darstellung des Kompetenzmodells.

Das 5. Kapitel versucht nun, die untersuchten Modelle trotz ihrer Besonderheiten zusammenzuführen, zu vergleichen und zu analysieren und letztlich zu systematisieren. Dabei werden zunächst die Vorteile einer föderalen oder quasi-föderalen Kompetenzverteilung aufgeführt.<sup>21</sup> Sodann werden Parameter vorgestellt, welche die Entscheidung über die Verteilung der Kompetenzen beeinflussen können.<sup>22</sup> Tatsächlich ist jede Beurteilung und Bewertung der Systeme unmöglich, wenn nicht zuvor Kriterien entwickelt werden, nach welchen diese vorgenommen

15 *Binding*, Handbuch des Strafrechts Bd. 1 (1885), S. 188.

16 3. Kapitel D.

17 *Barendt*, S. 34; vgl. aber auch zum Wandel derselben zur „*law-based constitution*“ *Sydow*, ZaöRV 2004, 65, 83 ff.

18 4. Kapitel A.

19 4. Kapitel B.

20 4. Kapitel C.

21 5. Kapitel A.

22 5. Kapitel B.

werden kann. Danach folgt eine komparative Analyse der ausgewählten und im 3. Kapitel dargestellten staatlichen Modelle.<sup>23</sup> Im Anschluss daran werden abstrakte Modelle gebildet und evaluiert.<sup>24</sup> Der Erkenntnisgewinn soll darin liegen, dass die jeweiligen Systemkonstruktionen aus ihrem singulären Umfeld isoliert werden können. Auf diese Weise lassen sich Grund- und Idealmodelle entwerfen, anhand derer wiederum Vor- und Nachteile herausgestellt werden können.

Das 6. Kapitel überträgt schließlich diese Ergebnisse auf die EU. Hier wird zunächst das derzeitige Modell in den Kanon der abstrakten Modelle eingeordnet,<sup>25</sup> dem es sich jedoch durch seinen besonderen Mischcharakter entzieht. Es folgt, wie bei den anderen Modellen, eine Analyse anhand der entwickelten Parameter.<sup>26</sup> Da sich daraus einige Defizite ergeben, welche das System aktuell noch aufweist, schließt diese Abhandlung mit Thesen zu Veränderungsmöglichkeiten im Hinblick auf eine zukünftige Kompetenzordnung der EU.<sup>27</sup>

---

23 5. Kapitel C.

24 5. Kapitel D.

25 6. Kapitel A.

26 6. Kapitel B.

27 6. Kapitel C.



---

## 1. Kapitel Grundlagen

Das erste Kapitel ist der Darstellung wichtiger Grundlagen dieser Untersuchung gewidmet. Am Anfang steht dabei die Klärung terminologischer Fragen. Gerade in einer Abhandlung zum Thema „Strafrecht im Mehrebenensystem“ ist es unerlässlich, zu Beginn zu klären, welche Bereiche mit dem Begriff „Strafrecht“ und welche politischen Gebilde als „Mehrebenensysteme“ erfasst und bezeichnet werden sollen, da beide Begriffe teilweise sehr unterschiedlich verstanden werden. Daneben ist die Darstellung von Grundlagen notwendig, da ihr Verständnis das Fundament der Erörterung bildet, sie aber gleichwohl, zumindest teilweise, anderen Disziplinen entstammen, sodass die genaue Kenntnis der Materie keineswegs vorausgesetzt werden kann.

## A. Strafrecht

### Begriffsbestimmung und Begrenzung des Untersuchungsgegenstandes

#### I. Strafrecht im weiteren und im engeren Sinne

Diese Arbeit untersucht die Verteilung strafrechtsbezogener Kompetenzen in Mehrebenensystemen. Dies setzt voraus, dass zu Anfang festgelegt wird, welche Bereiche hierbei terminologisch als „Strafrecht“ erfasst werden sollen. Ein universal anerkannter Begriff des „Strafrechts“ existiert nicht. Generell lässt sich sagen, dass das Strafrecht unter den Oberbegriff der Sanktionen fällt, mit denen auf einen Normverstoß reagiert wird. Dass jedoch z.B. überwiegend davon ausgegangen wird, das Recht der EU enthalte heute noch kein echtes Kriminalstrafrecht,<sup>1</sup> hängt mit einem bestimmten Verständnis dieses Begriffes zusammen.

Wird unter einer Sanktion ganz allgemein jede nachteilige Folge verstanden, die gegen denjenigen ausgesprochen und durchgesetzt wird, der gegen die Vorgaben einer Vorschrift verstößt,<sup>2</sup> so erfasst dieser Begriff nicht nur strafrechtliche, sondern auch rein verwaltungsrechtliche Maßnahmen oder gar zivilrechtlichen restitutiven Schadensersatz. Zu Recht werden Sanktionen aber nur dann dem „Strafrecht“ zugeordnet, wenn sie „punitiv“ sind, also jedenfalls auch eine repressive Wirkung haben.<sup>3</sup> Auf die Strafzwecke soll hier nicht näher eingegangen werden. Generell ist aber davon auszugehen, dass im deutschen Strafrecht die so genannte „Vereinigungstheorie“ dominiert, nach der die Strafe neben spezial- und general-präventiven Zwecken auch eine repressive Funktion erfüllt, wenngleich diese Theorie mit unterschiedlichen Akzenten vertreten wird.<sup>4</sup> Danach muss also jedenfalls auch eine repressive Wirkung verfolgt werden, damit eine Maßnahme als „Strafrecht“ qualifiziert werden kann.<sup>5</sup>

Strafrechtliche Sanktionen sind somit insbesondere nach ihrem Zweck und ihrer Wirkung von den sonstigen rein präventiven (z.B. des Polizeirechts) oder restitutiven Maßnahmen (z.B. Schadensersatz) zu unterscheiden.<sup>6</sup> Stellt man auf die zumindest auch repressive Zufügung eines Übels zur Durchsetzung einer bestimmten

1 So etwa *Hecker*, Europ. Strafrecht, § 1 Rn. 39; *Rosenau*, ZIS 2008, 9; *Satzger*, Intern. u. Europ. Strafrecht, § 7 Rn. 2; *Vogel*, in: *Sieber/Brüner/Satzger/v. Heintschel-Heinegg*, § 5 Rn. 1; siehe dazu ausführlich 4. Kapitel A. IV. 1.

2 *Heitzer*, S. 6; *Satzger*, Europäisierung, S. 59; ausführlich zum Begriff der Sanktion im Recht der EU *Bitter*, passim.

3 *Heitzer*, S. 38; *Satzger*, Intern. und Europ. Strafrecht, § 8 Rn. 5 ff.; *Schramm*, ZJS 2010, 615; *ders.*, Intern. Strafrecht, 4. Kapitel Rn. 2; so auch *Hecker*, Europ. Strafrecht, § 4 Rn. 66, wenn seine Höhe „auf eine repressive Zwecksetzung schließen lässt“.

4 Vgl. dazu statt Vieler BVerfGE 45, 187, 253 ff.; BGHSt 20, 264, 266 f.; 24, 40, 42; *Ambos/Steiner*, JuS 2001, 9, 12; *Heinrich*, AT, Rn. 19; *Jescheck/Weigend*, § 8 V; *Rengier*, AT, § 3 Rn. 21 ff.; *Wessels/Beulke/Satzger*, Rn. 12; kritisch zu jeder Form der Vergeltung indes *Roxin*, AT I, § 3 Rn. 8 ff., 44 ff.

5 *Satzger*, Europäisierung, S. 70.

6 *Heitzer*, S. 38 ff.; ebenso *Satzger*, Europäisierung, S. 70; vgl. im Hinblick auf das englische/walisische Recht *Forster*, in: *Sieber/Cornils*, S. 162 f.; bzgl. des schottischen Rechts *Summers*, in: *Sieber/Cornils*, S. 577 f.

Verhaltensvorgabe ab, so lässt sich grundsätzlich jede so geartete punitive Sanktion unter einen weiten Begriff des Strafrechts fassen.<sup>7</sup> Auch der EGMR wendet beispielsweise die Verfahrensgarantie des Art. 6 EMRK bei repressiven Sanktionen oder bei Sanktionen mit einem bestimmten Schweregrad<sup>8</sup> an, sodass etwa auch Ordnungswidrigkeiten im Sinne des deutschen Rechts erfasst sind.<sup>9</sup> Es erscheint insgesamt auch konsequent, sämtliche punitiven Sanktionen in einen weiten Strafrechtsbegriff zu integrieren. Denn der Ausschluss von Sanktionen außerhalb des „klassischen Kriminalstrafrechts“ liefe Gefahr, zu verkennen, dass auch dem nicht-kriminalstrafrechtlichen Übel einer hoheitlichen Maßnahme aus der Sicht des Betroffenen durchaus ein strafender Charakter zukommen kann.

Nach einem solchen Verständnis sieht auch das Recht der EU bereits eine Vielzahl unterschiedlicher punitiver Sanktionen und damit zumindest Strafrecht im weiteren Sinne vor.<sup>10</sup> Als solche Rechtsfolgen sind zunächst Geldbußen und andere finanzielle Sanktionen einzustufen, die verhängt werden können, um die Durchsetzung europäischen Rechts zu gewährleisten. Wie auch in anderen Rechtsordnungen wären materielle Vorschriften, die nicht mit Sanktionen gegen Missbrauch bewehrt sind, kaum effektiv und ihre Geltung wäre nicht gesichert.<sup>11</sup>

Gleichwohl gilt es, vom Strafrecht im weiteren Sinne das Kriminalstrafrecht als Strafrecht im engeren Sinne zu unterscheiden und besonders zu betrachten, da eine entsprechende Gesetzgebung legitimatorisch andere Voraussetzungen zu erfüllen hat<sup>12</sup> und der Ausspruch einer Kriminalstrafe für den Betroffenen durchaus andere Konsequenzen mit sich bringt als das Verhängen einer Geldbuße. Schließlich wurde gerade bzgl. der EU lange Zeit darüber gestritten, ob ihr kriminalstrafrechtliche Kompetenzen zustehen (sollen), insbesondere im Hinblick auf die demokratische Legitimation einer Setzung von Kriminalstrafrecht und den diesbezüglich durch die Nationalstaaten behaupteten Eingriff in ihre „Souveränität“,<sup>13</sup> während die Befugnis für nicht-kriminalstrafrechtliche Sanktionen ihr ohne große Gegenwehr zu-

7 Vgl. *Tiedemann*, FS Lenckner, 1998, S. 413, der die punitiven EG-Sanktionen als quasi-strafrechtlich bezeichnete.

8 *Valerius*, in: Beck OK StPO, Stand: 30.9.2013, Art. 6 EMRK Rn. 2.

9 EGMR NStZ 1984, 269, 270.

10 Vgl. die Beispiele bei *Satzger*, Europäisierung, S. 60 ff.; *ders.*, Intern. u. Europ. Strafrecht, § 8 Rn. 2 ff. Siehe ferner die umfangreiche Bestandsaufnahme der Sanktionen des damaligen EG-Rechts inklusive einer Einordnung bei *Böse*, Strafen und Sanktionen, S. 49 ff., 137 ff.; *Deutscher*, S. 79 ff., 170 ff.; *Heitzer*, S. 47 ff.; siehe auch unten 4. Kapitel A. IV. 2. *Bitter*, S. 243, definiert die Sanktion im EU-Recht als „eine ein Rechtssubjekt belastende hoheitliche Reaktion auf ein unionsrechtswidriges Verhalten, die eine repressiv-punitiv Wirkung entfalten soll und über die bloße (Wieder-)Herstellung des rechtmäßigen Zustands und die Kompensation verwirklichter Schäden hinausgeht“; vgl. auch *Fromm*, Der strafrechtliche Schutz der Finanzinteressen, S. 72 ff.; *F. Meyer*, Strafrechtsgenese, S. 60; *Vogel*, in: Dannecker, Subventionsbetrug, S. 172 ff.; *Weigend*, ZStW 105 (1993), 774, 780.

11 *Jung*, in: Calliess/Ruffert, Art. 103 AEUV Rn. 20; *Satzger*, Europäisierung, S. 59; *Vogel*, in: Dannecker, Subventionsbetrug, S. 171; zur Fundierung des Verständnisses, dass Recht ohne Sanktion nicht bestehen kann, in der Philosophie der Aufklärung siehe *Bitter*, S. 1, 18 ff.; für *Tiedemann*, ZStW 116 (2004), 945, 946, wäre eine Regel ohne Sanktion gar eine „wirkungslose *lex imperfecta*“.

12 *Braun*, Europäische Strafgesetzlichkeit, S. 273 ff.; *F. Meyer*, Strafrechtsgenese, S. 58.

13 Dazu noch ausführlich unten 2. Kapitel C. IV.

gebilligt wird, da das europäische Recht sonst einer hinreichenden Verbindlichkeit entbehren würde. Könnte man hier gar keine Unterscheidung treffen, so würde sich die gesamte Diskussion erübrigen, da dann schon seit langem strafrechtliche Kompetenzen der EU bestünden und „Strafrecht“ gesetzt würde, z.B. in Form von Geldbußen im Agrar- oder Wettbewerbsrecht.

Davon gehen aber weder die europäischen Institutionen selbst noch die h.M. in den Mitgliedstaaten aus. Der EuGH betonte in der Entscheidung zum Umweltstrafrecht<sup>14</sup> selbst, dass der Erlass von „Strafrecht“ grundsätzlich nicht in den Zuständigkeitsbereich der EG falle. Damit kann er nur ein von den sonstigen Sanktionen abweichendes echtes Kriminalstrafrecht gemeint haben, denn die EU ordnet bereits seit Jahren Bußgelder an, etwa im Kartell- und Wettbewerbsrecht nach Art. 23 Abs. 2 lit. a) VO (EG) Nr. 1/2003<sup>15</sup> bei Verstößen gegen die Art. 101, 102 AEUV. Ferner hat die Kommission in ihrem Vorschlag für eine Richtlinie über den strafrechtlichen Schutz der Umwelt auf den Unterschied des Kriminalstrafrechts zu anderen „Strafen“ und Geldbußen abgestellt.<sup>16</sup> Auch enthalten die entsprechenden Verordnungen teilweise selbst den Hinweis, dass die darin enthaltenen Sanktionen nicht als „Strafrecht“ anzusehen seien.<sup>17</sup> Dabei sollten dann aber nicht nur Strafrecht und Verwaltungssanktion, sondern vielmehr auch Strafrecht im weiteren und im engeren Sinne getrennt werden.<sup>18</sup> Denn immerhin erkennt, wie erläutert, auch der EGMR an, dass strafrechtliche Garantien für Sanktionen gelten können, die nur Strafrecht im weiteren Sinne bilden,<sup>19</sup> sodass zwischen reinem Verwaltungsrecht und Kriminalstrafrecht eine „Zwischenkategorie“ besteht.<sup>20</sup>

Gerade im Kontext des „Europäischen Strafrechts“ hat es sich daher inzwischen durchgesetzt, zwischen einem Strafrecht im weiteren Sinne, das auch Geldbußen und sonstige punitive Sanktionen erfasst, und einem Strafrecht im engeren Sinne, das nur das Kriminalstrafrecht betrifft, zu differenzieren.<sup>21</sup> Präzise muss man daher

14 EuGH Slg. 2005, I-7879, I-7925 – *Kommission/Rat* (Rs. C-176/03) („Umweltstrafrecht“).

15 Verordnung (EG) Nr. 1/2003 des Rates vom 16.12.2002 zur Durchführung der in den Artikeln 81 und 82 des Vertrages niedergelegten Wettbewerbsregeln, ABl. 2003 Nr. L 1, S. 1.

16 KOM 2007 (51) endg., S. 2; vgl. auch *F. Meyer*, Strafrechtsgenese, S. 72.

17 So etwa Art. 23 Abs. 5 VO (EG) Nr. 1/2003; vgl. auch schon *Vogel*, in: Dannecker, Subventionsbetrug, S. 171; *Weigend*, ZStW 105 (1993), 774, 779; zur Abgrenzung ferner *Tiedemann*, NJW 1993, 49; *ders.*, ZStW 116 (2004), 945, 947 ff.

18 *Tiedemann*, NJW 1993, 49.

19 EGMR 1, 178, 190 – *Engel/Niederlande*; vgl. auch *Tiedemann*, NJW 1990, 2226, 2229 f.; *ders.*, NJW 1993, 49; *Vogel*, in: Dannecker, Subventionsbetrug, S. 181.

20 *Satzger*, in: *Tiedemann*, Freiburg-Symposium, S. 78; *Tiedemann*, NJW 1993, 49.

21 *Ambos*, Intern. Strafrecht, § 9 Rn. 7; *Böse*, Strafen und Sanktionen, S. 140 ff., 336 f.; *ders.*, in: *ders.*, *EnzEuR Bd. 9*, § 4 Rn. 5; *Deutscher*, S. 86 ff., 170 ff.; *Dorra*, S. 24 ff.; *Fromm*, Der strafrechtliche Schutz der Finanzinteressen, S. 66 ff.; *Hecker*, Europ. Strafrecht, § 4 Rn. 61 ff.; *Rosenau*, ZIS 2008, 9; *Safferling*, Intern. Strafrecht, § 9 Rn. 7; *Satzger*, Europäisierung, S. 72 ff.; *ders.*, Intern. u. Europ. Strafrecht, § 7 Rn. 2, § 8 Rn. 9; *ders.*, JuS 2004, 943, 947; *Schramm*, Intern. Strafrecht, 4. Kapitel Rn. 2; ferner *Böse*, Strafen und Sanktionen, S. 46, der allerdings vorschlägt, den Begriff „Strafrecht“ auf das Kriminalstrafrecht im engeren Sinne zu beschränken und im Übrigen von „punitive Sanktionen“ zu sprechen;

sagen, dass die EU mit ihren Geldsanktionen schon seit langem über Kompetenzen im Hinblick auf das „Strafrecht“ im weiteren Sinne verfügt und diese auch nutzt. Im Hinblick auf das Kriminalstrafrecht im engeren Sinne stehen ihr echte Gesetzgebungsbefugnisse zur Setzung unmittelbar wirkenden Kriminalstrafrechts jedoch erst seit dem Vertrag von Lissabon zu, während sie diesbezüglich zuvor immerhin schon mit Harmonisierungskompetenzen ausgestattet war.<sup>22</sup>

Problematisch ist allerdings, dass auch über den Begriff des Kriminalstrafrechts keine Klarheit besteht, da auch diesbezüglich keine allgemeingültige staatenübergreifende Definition existiert. Das Problem liegt darin, dass jede Rechtsordnung ihre Begriffe autonom bestimmt und dabei u.a. darüber entscheidet, was sie unter die Terminologie (Kriminal-)Strafrecht fassen will. Daher ist eine international einheitlich geltende Begrifflichkeit nicht zu erwarten. Eine solche könnte man höchstens bei überstaatlichen Institutionen erhoffen. Jedoch bedient sich auch der EGMR hinsichtlich der Begriffe der strafrechtlichen Anklage sowie der Strafe in den Art. 6, 7 EMRK einer autonomen Auslegung der Konventionsbestimmungen in einer Einzelfallrechtsprechung. Diese ist auf die EMRK zugeschnitten und beschränkt, kann daher vom Verständnis der Staaten abweichen, um die Garantien durchzusetzen,<sup>23</sup> und verfolgt nicht das Ziel einer universellen Begriffsbestimmung.<sup>24</sup> Hierbei bildet die Einordnung durch das staatliche Recht ein Indiz, ferner werden die Art der Zuwiderhandlung sowie der Schweregrad der angedrohten Sanktion berücksichtigt.<sup>25</sup>

Auch in der EU, immerhin ein staatenübergreifender Bund, muss eine eigenständige Begriffsbestimmung vorgenommen werden.<sup>26</sup> Wenn über Unionskompetenzen im Strafrecht debattiert wird, so ist es gerade Basis der Diskussion, dass ein unionsrechtlicher Begriff verwendet wird. Denn es darf nicht jeder Mitgliedstaat sein eigenes Verständnis zu Grunde legen, wenn man eine konsistente Antwort erhalten will, weil die EU sonst aus der Sicht eines Mitgliedstaates über kriminalstrafrechtliche Kompetenzen verfügen, in anderen Mitgliedstaaten diese Sichtweise aber gerade abgelehnt würde.<sup>27</sup> Jedoch ist auch hier eine klare Festlegung des Be-

vgl. auch *Heger*, Europäisierung des Umweltstrafrechts, S. 34 f.; *Hugger*, S. 21; *Tiedemann*, NJW 1993, 23, 27; *ders.*, NJW 1993, 49; *Vogel*, in: Dannecker, Subventionsbetrug, S. 171 – a.A. *Heitzer*, S. 17 f., 33 f., 164; ferner *Klip*, ZStW 117 (2005), 889, 896; *ders.*, Europ. Crim. L., S. 171, der das Kartellbußgeldrecht mit Blick auf die Rechtsprechung des EGMR als „Strafrecht“ („*criminal law*“) versteht; siehe auch noch unten 4. Kapitel A. IV. 1.

22 Dazu ausführlich unten 4. Kapitel A. I. und II.

23 *F. Meyer*, Strafrechtsgenese, S. 61 ff.; *Meyer-Ladewig*, EMRK, Art. 6 Rn. 21; Art. 7 Rn. 16.

24 *F. Meyer*, Strafrechtsgenese, S. 63.

25 EGMRE 1, 178, 190 – *Engel/Niederlande*; EGMR NStZ 1984, 269 – *Öztürk/Deutschland*; vgl. *Hugger*, S. 66; *Klip*, Europ. Crim. L., S. 2; *Meyer-Ladewig*, EMRK, Art. 6 Rn. 23.

26 *Hecker*, Europ. Strafrecht, § 4 Rn. 63; *Hugger*, S. 67 f.; *Klip*, Europ. Crim. L., S. 169 f.; *Satzger*, Europäisierung, S. 74; *ders.*, in: *Tiedemann*, Freiburg-Symposium, S. 79; *ders.*, Intern. u. Europ. Strafrecht, § 8 Rn. 9; *Wasmeier/Jour-Schröder*, in: von der Groeben/Schwarze, Art. 29 EUV Rn. 21; vgl. dazu auch *Globke*, in: *Brunhöber/Höffler/Kaspar/Reinbacher/Vormbaum*, S. 57, 65 ff.

27 *Satzger*, Europäisierung, S. 74.

griffes Kriminalstrafrecht noch nicht erfolgt, schon gar nicht als Legaldefinition. Ein allgemeiner terminologischer Konsens dürfte unter den Mitgliedstaaten der EU auch kaum herrschen.<sup>28</sup>

Ein rein formeller Ansatz anhand der Bezeichnung der Sanktion in den jeweiligen Rechtsakten führt hier nicht weiter.<sup>29</sup> Zwar ist es im deutschen Verständnis üblich, kriminalstrafrechtliche Sanktionen „Strafen“ zu nennen, während auf reine Ordnungsverstöße das „Bußgeld“ folgt. Jedoch kann im Hinblick auf andere Rechtsordnungen alleine die Bezeichnung aus verschiedenen Gründen nicht weiterhelfen.<sup>30</sup> So mag in der deutschen Übersetzung etwa in Art. 103 Abs. 2 a) AEUV der Begriff Geldbuße verwendet werden,<sup>31</sup> während sich in der englischen Fassung der Terminus „fine“ findet, der dort indessen eine andere, nämlich auch kriminalstrafrechtliche, Bedeutung haben kann.<sup>32</sup> Insoweit ist die Abgrenzung der Terminologie in anderen Staaten eben gerade nicht so eindeutig wie in Deutschland.

Auch darf alleine die Etikettierung nicht Ausschlag gebend sein, wenn der materielle Gehalt doch kriminalstrafrechtlicher Art ist.<sup>33</sup> Denn sonst könnte der jeweilige Gesetzgeber eine materiell strafrechtliche Sanktion dem strafrechtlichen Verfahren und den entsprechenden Garantien schlichtweg durch eine anderweitige Bezeichnung entziehen. Es ist schließlich zu bedenken, dass nicht alle Rechtsordnungen über ein eigenständiges Ordnungswidrigkeitenrecht verfügen. In Deutschland sind Kriminalstrafrecht und Ordnungswidrigkeiten in verschiedenen Gesetzen kodifiziert bzw. im Nebenstrafrecht immerhin unterschiedlich ausgewiesen. Dies ist in anderen Rechtsordnungen jedoch nicht immer der Fall.<sup>34</sup>

Verschiedentlich hat man sich daher zu Recht um einen rechtsvergleichenden Zugang zur Terminologie verdient gemacht,<sup>35</sup> insbesondere mit dem Erkenntnisziel, die Kompetenzen der EU zu klären. Wenn auch nicht in allen Rechtsordnungen ein eigenständig kodifiziertes und abzugrenzendes Ordnungswidrigkeitenrecht besteht, so verfügt doch jeder Staat immerhin über ein Kriminalstrafrecht, *criminal*

28 *Wasmeier/Jour-Schröder*, in: von der Groeben/Schwarze, Art. 29 EUV Rn. 22.

29 *Böse*, Strafen und Sanktionen, S. 142; *Fromm*, Der strafrechtliche Schutz der Finanzinteressen, S. 74 f.; *Satzger*, Europäisierung, S. 82 f.; vgl. auch *Sieber*, ZStW 103 (1991), 957, 972, bzgl. der Abgrenzung von EG-Strafrecht und EG-Zwangsmaßnahmen: „Etikettenschwindel“.

30 *Hecker*, Europ. Strafrecht, § 4 Rn. 60; so auch *Satzger*, Europäisierung, S. 64 ff., in Bezug auf die Abgrenzung von punitiven Sanktionen und solchen nicht-strafrechtlicher Art.

31 Es herrscht die Auffassung, dass damit eben kein Kriminalstrafrecht gemeint ist; vgl. nur *Jung*, in: Callies/Ruffert, Art. 103 AEUV Rn. 23; *Ritter*, in: Immenga/Mestmäcker, Art. 103 AEUV Rn. 13. Dies hat auch die EG klargestellt in Art. 23 Abs. 5 der VO (EG) Nr. 1/2003 des Rates vom 16.12.2002 zur Durchführung der in den Artikeln 81 und 82 des Vertrages niedergelegten Wettbewerbsregeln, ABl. 2003 Nr. L 1, S. 1.

32 Vgl. etwa für Schottland *Summers*, in: Sieber/Cornils, S. 559; „Fine“ ist eine Geldstrafe, die bei Nichtbezahlung in eine Freiheitsstrafe umgewandelt werden kann; vgl. auch *Tiedemann*, ZStW 116 (2004), 945, 947.

33 *Satzger*, Europäisierung, S. 64 ff., 82 f.

34 *Heitzer*, S. 13; *Satzger*, Europäisierung, S. 59.

35 *Hecker*, Europ. Strafrecht, § 4 Rn. 63; *Heitzer*, S. 13 ff.; *F. Meyer*, Strafrechtsgenese, S. 68 ff.; *Satzger*, Europäisierung, S. 75 ff.; *ders.*, Intern. u. Europ. Strafrecht, § 8 Rn. 9; *Wasmeier/Jour-Schröder*, in: von der Groeben/Schwarze, Art. 29 EUV Rn. 22; vgl. auch *Böse*, Strafen und Sanktionen, S. 36, Fn. 5.

law, und eine Vorstellung darüber, was darunter – in Abgrenzung etwa zu Zivil- oder Verwaltungsrecht – zu verstehen sein soll.<sup>36</sup> Diese im Hinblick auf die EU gewonnenen Erkenntnisse sollen auch hier zu Grunde gelegt werden, da einerseits die EU einen ganz wesentlichen Fixpunkt dieser Erörterung und andererseits gerade ein staatenübergreifendes System bildet, das somit auch eines staatenübergreifenden Begriffes bedarf.

Generalisierend dürften nach vergleichender Betrachtung der Gemeinsamkeiten gewisse Indizien für das Vorliegen von Kriminalstrafe festzustellen sein.<sup>37</sup> Hiernach ist zunächst davon auszugehen, dass unter Kriminalstrafrecht regelmäßig eine zumindest auch repressive staatliche Maßnahme verstanden wird, die eine besonders geartete hoheitliche Sanktion auf ein bestimmtes Verhalten im Rahmen eines bestimmten Verfahrens darstellt und eine öffentliche Missbilligung der Tat beinhaltet.<sup>38</sup> Auch wenn den Rechtsordnungen eine Vielzahl unterschiedlicher Strafen bekannt sein mag,<sup>39</sup> so sind klassische Typen der „Kriminalstrafen“ jedenfalls die Todesstrafe, die Freiheitsstrafe und die Geldstrafe,<sup>40</sup> wobei in Europa nur noch die beiden zuletzt genannten eine Rolle spielen, während in den USA in verschiedenen Einzelstaaten sowie im Recht des Bundes durchaus auch noch die Todesstrafe anzutreffen ist.<sup>41</sup> Bei der Todes- und Freiheitsstrafe dürfte der kriminalstrafrechtliche Charakter feststehen. Letztere ist von Freiheitsentziehungen (des Polizeirechts) mit rein präventiver Zielsetzung sowie von der Erziehungshaft,<sup>42</sup> um etwa die Zahlung einer Geldbuße zu bewirken, zu unterscheiden.<sup>43</sup>

Schwieriger zu beurteilen ist die Lage aber bei den Geldstrafen, denn diese sind abzugrenzen von den sonstigen finanziellen Sanktionen, in Deutschland etwa von der Geldbuße im Sinne des Ordnungswidrigkeitenrechts. Hier bietet, wie bereits ausgeführt, alleine die formale Bezeichnung keine (staatenübergreifende) Lösung. Es ist vielmehr auf materielle Kriterien abzustellen. Eine kriminalstrafrechtliche Sanktion dürfte jedenfalls dann vorliegen, wenn die Geldsanktion gegebenenfalls in eine Freiheitsstrafe umgewandelt werden kann, da dies zum Ausdruck bringt, dass sie den Charakter der – unzweifelhaft kriminalstrafrechtlichen – Freiheitsstrafe teilt.<sup>44</sup>

36 Satzger, Europäisierung, S. 75.

37 Vgl. etwa Dorra, S. 25 f.; Satzger, Europäisierung, S. 75 ff.

38 Vgl. ähnlich Böse, Strafen und Sanktionen, S. 35.

39 Vgl. nur im deutschen Recht die (verfassungswidrige) Vermögensstrafe, § 43a StGB, oder die Nebenstrafe des Fahrverbots, § 44 StGB. Im US-amerikanischen Recht sind sog. „shame sanctions“ bekannt; vgl. dazu Jüngel, passim; Kubiciel, ZStW 118 (2006), 44; F. Meyer, Strafrechtsgenese, S. 79; vgl. zu Sanktionen des englisch/walisischen Rechts Forster, in: Sieber/Cornils, S. 162 ff.

40 Heitzer, S. 9; F. Meyer, Strafrechtsgenese, S. 64.

41 Siehe unten 3. Kapitel B. II. 1. a).

42 Vgl. etwa § 96 OWiG zur Anordnung von Haft zur Erziehung der Zahlung einer Geldbuße.

43 Satzger, Europäisierung, S. 76.

44 Hecker, Europ. Strafrecht, § 4 Rn. 63; Safferling, Intern. Strafrecht, § 9 Rn. 7; Satzger, Europäisierung, S. 76 f.; ders., Intern. u. Europ. Strafrecht, § 8 Rn. 9.

Daneben wird von vielen hinsichtlich des Unterschiedes zwischen Kriminalstrafe und reiner Ordnungssanktion darauf abgestellt, dass Erstere ein besonderes sozial-ethisches Unwerturteil ausspricht.<sup>45</sup> Zwar können auch Geldbußen in einer solchen Höhe verhängt werden, dass sie einen empfindlichen Nachteil für den Betroffenen bedeuten, den dieser durchaus als Strafe empfinden mag, jedoch wird der soziale Tadel nicht in gleich intensiver Weise zum Ausdruck gebracht wie bei der kriminalstrafrechtlichen Verurteilung, die eine besondere öffentliche Missbilligung beinhaltet und diese in einem bestimmten öffentlichen Verfahren ausdrückt.

Dies hat etwa das deutsche BVerfG in einer Reihe von Entscheidungen ausdrücklich erklärt.<sup>46</sup> Reine Ordnungsverstöße verlangen nach einer Sanktion, um die Effektivität der Norm sicherzustellen, jedoch nicht nach einer Kriminalstrafe, da ihr Unrechtsgehalt wesentlich geringer ist. Das BVerfG erklärte daher, nur die Kriminalstrafe sei wegen des ethischen Schuldvorwurfes eine „echte Strafe“.<sup>47</sup> Ähnliche Ausführungen finden sich in der deutschen Literatur,<sup>48</sup> aber auch in den auf dem englischen oder anglo-amerikanischen Verständnis beruhenden Rechtsordnungen.<sup>49</sup> Es ist im deutschen Recht jedoch seit langer Zeit umstritten, ob Kriminalstraftat und Ordnungswidrigkeit sich im Hinblick auf das ethische Urteil qualitativ oder nur quantitativ unterscheiden.<sup>50</sup>

Das BVerfG folgt einer gemischt qualitativ-quantitativen Abgrenzung, nach welcher sich Straftat und Ordnungswidrigkeit im Kernbereich qualitativ unterscheiden, in Grenzbereichen hingegen nur quantitativ.<sup>51</sup> Letzteres kommt dadurch zum Ausdruck, dass es dem Gesetzgeber in diesen Fällen überlassen bleibt, die Entscheidung zu treffen, mit welcher Sanktion er das betreffende Verhalten belegt, sodass ihm ein Spielraum zwischen Kriminalstrafe und Geldbuße verbleibt. In Deutschland wird daher auch das Recht der Ordnungswidrigkeiten unter die Kompetenz für das „Strafrecht“ in Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG gefasst.<sup>52</sup> Dies wird insofern

45 BVerfGE 27, 18, 29; 123, 267, 408; *Ambos*, Intern. Strafrecht, § 9 Rn. 7; *Böse*, Strafen und Sanktionen, S. 337; *Calliess*, ZEuS 2008, 3, 5; *Deutscher*, S. 86 f.; *Dorra*, S. 25; *Hecker*, Europ. Strafrecht, § 4 Rn. 63; *Hugger*, S. 63; *Rosenau*, ZIS 2008, 9; *Satzger*, Europäisierung, S. 77; *ders.*, FS Roxin, 2011, S. 1516; *ders.*, Intern. u. Europ. Strafrecht, § 8 Rn. 9; *Wasmeier/Jour-Schröder*, in: von der Groeben/Schwarze, Art. 29 EUV Rn. 25; ausführlich *F. Meyer*, Strafrechtsgenese, S. 65 ff.

46 Vgl. nur BVerfGE 22, 49, 79; 27, 18, 30 ff.; 96, 10, 25; vgl. dazu *Bohnert*, in: KK OWiG, Einl. Rn. 82 ff.

47 BVerfGE 22, 49, 79.

48 Vgl. statt Vieler *Ambos*, Intern. Strafrecht, § 9 Rn. 7; *Calliess*, ZEuS 2008, 3, 5; *Hecker*, Europ. Strafrecht, § 4 Rn. 63; *Satzger*, Europäisierung, S. 77; *ders.*, Intern. u. Europ. Strafrecht, § 8 Rn. 9; *Wasmeier/Jour-Schröder*, in: von der Groeben/Schwarze, Art. 29 EUV Rn. 25; ausführlich *F. Meyer*, Strafrechtsgenese, S. 65 ff.; vgl. ferner die vielen Verweise bei *Bohnert*, in: KK OWiG, Einl. Rn. 89 ff.; zur sozial-ethischen Funktion des Strafrechts siehe *Welzel*, § 1 I; vgl. auch *Landau*, NStZ 2013, 194, 195.

49 Vgl. etwa zur Sicht im Vereinigten Königreich von Großbritannien und Nordirland *Ashworth/Horder*, S. 2: „social condemnation“; *Ormerod*, S. 15: „moral condemnation of the community“; zur Sicht in den USA *Dressler*, S. 2: „moral condemnation of the community“.

50 Vgl. dazu *Böse*, Strafen und Sanktionen, S. 38 ff.; *Bohnert*, in: KK OWiG, Einl. Rn. 50 ff.; *Deutscher*, S. 155 ff.; *Hugger*, S. 64; *Rogall*, in: KK OWiG, Vor § 1 Rn. 2.

51 Vgl. *Böse*, Strafen und Sanktionen, S. 38 ff.; *Bohnert*, in: KK OWiG, Einl. Rn. 82 ff.; *Rogall*, in: KK OWiG, Vor § 1 Rn. 2.

52 Siehe dazu noch unten 3. Kapitel A. II. 1. a) aa).

als problematisch empfunden, als sich das Verfahren unterscheidet, da Geldbußen des Ordnungswidrigkeitenrechts von der Verwaltung, Kriminalstrafen hingegen nur vom Strafgericht verhängt werden können, sodass es also gerade auch um die Frage des Richtervorbehaltes geht.<sup>53</sup> Allerdings entscheidet nach § 68 Abs. 1 OWiG aber auch hier der Strafrichter bei einem Einspruch gegen den Bußgeldbescheid. Nach der Ansicht des BVerfG muss (nur) der Kernbereich des Strafrechts den Strafgerichten vorbehalten sein, während in den Grenzbereichen die Bewertung des Unwerturteils schwankt und vom Gesetzgeber im Einzelfall getroffen werden darf.<sup>54</sup> Jedenfalls in diesen Randbereichen ist die Unterscheidung anhand des Unwerturteils demnach nur quantitativ. Ob sie im Kernbereich qualitativ ist, indem das Quantitative ins Qualitative übergeht,<sup>55</sup> oder ob der Gesetzgeber hier von vorneherein kein Ermessen hat, ist dabei weiterhin unklar, jedoch für die Zwecke dieser Abhandlung nicht entscheidend. Wichtig ist, dass das sozial-ethische Unwerturteil und das Ausmaß des Schuldvorwurfes jedenfalls divergiert und die Bereiche grundsätzlich abgrenzbar sind.<sup>56</sup>

Auch in Institutionen der EU findet diese Sicht Unterstützung. So hat etwa die Kommission in ihrem Vorschlag für eine Richtlinie über den strafrechtlichen Schutz der Umwelt die gegenüber sonstigen Sanktionen deutlich stärker abschreckende Wirkung des Kriminalstrafrechts einerseits mit der Möglichkeit der Freiheitsstrafe, andererseits aber auch mit der besonderen gesellschaftlichen Missbilligung, die sich im Strafurteil ausdrückt, begründet.<sup>57</sup> In ähnlicher Weise äußerte sich auch der Generalanwalt *Jacobs* in einem seiner Schlussanträge in einem Verfahren vor dem EuGH: Der Zweck einer Strafsanktion gehe über die schlichte Abschreckung hinaus und umfasse weiterhin die gesellschaftliche Missbilligung des Verhaltens.<sup>58</sup>

Es kommt, wie erwähnt, hinzu, dass die Geldbußen für die Ahndung des Ordnungsunrechts regelmäßig durch die Verwaltung, kriminalstrafrechtliche Sanktionen hingegen stets durch ein Strafgericht ausgesprochen werden.<sup>59</sup> Daher lässt sich auch das besondere Verfahren als Unterscheidungsmerkmal heranziehen.<sup>60</sup> Ein weiteres Indiz ist die regelmäßig erfolgende Eintragung der Kriminalstrafe in ein Strafregister sowie die Beachtung des Schuldprinzips, auch wenn Letzteres nicht in

53 Kritisch *Bohnert*, in: KK OWiG, Einl. Rn. 96 ff.

54 BVerfGE 27, 18, 28 ff.; dazu *Böse*, Strafen und Sanktionen, S. 39 f.; *Bohnert*, in: KK OWiG, Einl. Rn. 82 ff.

55 Vgl. *Böse*, Strafen und Sanktionen, S. 40; *Bohnert*, in: KK OWiG, Einl. Rn. 108.

56 Vgl. auch *Böse*, Strafen und Sanktionen, S. 40.

57 KOM 2007 (51) endg., S. 2; vgl. auch *F. Meyer*, Strafrechtsgenese, S. 72.

58 *GA Jacobs*, Schlussanträge in der Rs. C-240/90, EuGH Slg. 1992, I-5404, I-5408.

59 Vgl. *Böse*, Strafen und Sanktionen, S. 336; *Dorra*, S. 26; *Satzger*, Europäisierung, S. 78; für *Fromm*, Der strafrechtliche Schutz der Finanzinteressen, S. 78 f., ist dies sogar das maßgebliche Abgrenzungskriterium; zu verfassungsrechtlichen Bedenken *Bohnert*, in: KK OWiG, Einl. Rn. 96 ff.; zur Zuständigkeit der Strafgerichte in den jeweiligen Rechtsordnungen unten das 3. Kapitel.

60 So für England/Wales *Forster*, in: Sieber/Cornils, S. 161; für Schottland *Summers*, in: Sieber/Cornils, S. 577.

allen Rechtsordnungen und für alle Straftaten gleichermaßen gilt.<sup>61</sup> Das Schuldprinzip findet jedoch sowohl in Art. 6 Abs. 2 EMRK als auch in Art. 48 Abs. 1 GRC Erwähnung, sodass es in der EU als allgemeiner Rechtsgrundsatz angesehen wird.<sup>62</sup> Entfaltet es Geltung, so spricht dies jedenfalls für das Vorliegen einer Kriminalstrafe, was nicht heißt, dass nicht auch Maßregeln wie die deutsche Sicherungsverwahrung vom Begriff des Strafrechts erfasst sein können.

Daneben wird angeführt, dass für kriminalstrafrechtliche Sanktionen das Gesetzlichkeitsprinzip gelte.<sup>63</sup> In dieser Hinsicht ist jedoch Vorsicht hinsichtlich des Inhalts desselben geboten, zumal in einigen Rechtsordnungen, die auf dem *common law* aufbauen, wie etwa in einigen Gliedstaaten der USA<sup>64</sup> oder im Vereinigten Königreich von Großbritannien und Nordirland,<sup>65</sup> weiterhin nicht kodifizierte so genannte *common law crimes* existieren,<sup>66</sup> sodass etwa der Begriff des Art. 7 Abs. 1 EMRK auch ungeschriebenes Recht erfasst.<sup>67</sup> Ferner gilt z.B. das Gesetzlichkeitsprinzip des Art. 103 Abs. 2 GG auch für Geldbußen des Ordnungswidrigkeitenrechts.<sup>68</sup> Es ist also allenfalls ein Indiz.

Auf diesen Befunden aufbauend wurden Kriterien entwickelt, nach denen sich ein Kern des Kriminalstrafrechts in der EU bestimmen lässt,<sup>69</sup> die auch für diese Untersuchung taugen. Zusammengefasst muss es sich hiernach jedenfalls um punitive Sanktionen handeln, die als Rechtfolge Todes-, Freiheits- oder Geldstrafe vorsehen, wobei Letztere jedenfalls dann kriminalstrafrechtlichen Charakter hat, wenn sie in eine Freiheitsstrafe umwandelbar ist. Ferner müssen diese Sanktionen ein besonderes sozial-ethisches Unwerturteil beinhalten und durch ein Strafgericht in einem besonderen Verfahren festgesetzt werden. Das Kriminalstrafrecht sanktioniert schwere Eingriffe in Rechtsgüter und Freiheitsrechte, die mit einer besonderen Sanktion zu ahnden sind, um die Normgeltung wieder herzustellen und das Unrecht ausreichend zu ahnden. Das Strafrecht ist fragmentarisch und schützt nur die elementaren Werte der Gemeinschaft.<sup>70</sup> Es dient etwa dem Schutz des Staates, aber auch den Individualrechtsgütern Leben, körperliche Unversehrtheit oder Eigentum.<sup>71</sup>

61 Satzger, Europäisierung, S. 78, mit Hinweis auf Abweichungen im englischen Recht in Fn. 423.

62 Böse, Strafen und Sanktionen, S. 150; Satzger, Europäisierung, S. 178.

63 Heitzer, S. 10; Satzger, Europäisierung, S. 78.

64 Siehe unten 3. Kapitel B. II. 1. a).

65 So insbesondere im schottischen Recht; siehe unten 3. Kapitel D. II. 1. a).

66 Darauf weist Satzger, Europäisierung, S. 78, Fn. 422, selbst hin, führt jedoch aus, dass die auf dem *common law* basierenden Systeme eine ähnliche Rechtssicherheit durch die Präjudizien erzielen.

67 Meyer-Ladewig, EMRK, Art. 7 Rn. 7.

68 BVerfGE 38, 348, 371; Schmid-Aßmann, in: Maunz/Dürig, 69. EL 2013, Art. 103 Rn. 195.

69 Dorra, S. 24 ff.; Hecker, Europ. Strafrecht, § 4 Rn. 63; Satzger, Europäisierung, S. 79; vgl. auch Böse, Strafen und Sanktionen, S. 40, 139 ff., 336 f.

70 Welzel, § 1 I.

71 Welzel, § 1 I.

## II. Begrenzung des Untersuchungsgegenstandes

### 1. Kriminalstrafrechtliche Kompetenzen

Im Rahmen dieser Abhandlung sollen die kriminalstrafrechtlichen Kompetenzen im Vordergrund stehen. Das Kriminalstrafrecht beansprucht einen stärkeren legitimatorischen Aufwand und wird als wichtiger Bestandteil des Gewaltmonopols (des Staates) verstanden.<sup>72</sup> Auch hat der Einsatz des Kriminalstrafrechts wegen seiner gravierenden freiheitsbeschränkenden und stigmatisierenden Wirkung für den Verurteilten und des sozial-ethischen Unwerturteils nur als *ultima ratio* zu erfolgen,<sup>73</sup> wenn ein bestimmtes Verhalten in besonderer Weise sozialschädlich und „für das geordnete Zusammenleben der Menschen unerträglich, seine Verhinderung daher besonders dringlich ist“.<sup>74</sup> Daher ist auch der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz in besonderem Maße zu berücksichtigen. Strafbarkeit setzt, zumindest nach deutschem Verständnis, Schuld voraus, also eine persönliche Vorwerfbarkeit, die selbst wiederum Ausdruck des eigenverantwortlichen Handelns ist.<sup>75</sup> Damit ist die mit der Strafe verbundene gesellschaftliche Missbilligung der betreffenden Handlung auch ein besonderer Eingriff in die Willensfreiheit. Da der kriminalstrafrechtliche Rechtsgüterschutz sich insoweit fragmentarisch nur auf den unverzichtbaren Teil beschränkt und das sozial-ethische Unwerturteil betont, welche Rechtsgüter für eine bestimmte Rechtsordnung unverzichtbar sind, kommt darin auch und gerade der Kernbestand der Werte und Grundauffassungen einer bestimmten Gesellschaft zum Ausdruck. All diese Aspekte rechtfertigen eine gesonderte Behandlung des Kriminalstrafrechts.

Andererseits wird die Unterscheidung zwischen Kriminalstrafrecht und Strafrecht im weiteren Sinne gerade kompetenzbezogen nicht so streng durchgehalten, wie der weitere Verlauf der Arbeit, insbesondere der rechtsvergleichende Teil, zeigen wird. Die kompetenzmäßige Trennung zwischen echtem Kriminalstrafrecht und dem Polizei-, Verwaltungs- und Ordnungsstrafrecht wurde z.B. in Deutschland im Zuge der Arbeiten zum StGB 1871 im Hinblick auf die Gesetzgebungskompetenz aufgegeben.<sup>76</sup> Daher werden auch Sanktionen für Verstöße gegen öffentlich-rechtliche Normen, die so genannten „Polizei-Übertretungen“, seitdem kompe-

72 Siehe dazu noch ausführlich unten 2. Kapitel C. IV. 2. c) bb).

73 Vgl. statt Vieler European Criminal Policy Initiative, Manifest zur Europäischen Kriminalpolitik, Unterpunkt I. 2., ZIS 2009, 697, 698; Prittwitz, in: Ambos, Europ. Strafrecht, S. 34; Satzger, ZRP 2010, 137, 138; Schönemann, in: ders., Alternativentwurf, S. 78 f.; ders., GA 2004, 193, 197; ders., ZIS 2007, 528, 529; speziell im Hinblick auf das Umweltstrafrecht Heger, Europäisierung des Umweltstrafrechts, S. 90.

74 BVerfGE 120, 224, 240.

75 Schmid-Aßmann, in: Maunz/Dürig, 69. EL 2013, Art. 103 Rn. 165; Welzel, § 19 II.

76 BVerfGE 23, 113, 123; 27, 18, 32; Heitzer, S. 11; Schubert, FS Gmür, 1983, S. 165 ff.; siehe ferner unten 3. Kapitel A. I. 2. b) und 3. Kapitel A. II. 1. a) aa).

tenzrechtlich als „Strafrecht“ (im weiteren Sinne) behandelt,<sup>77</sup> sodass unter den kompetenzmäßigen Begriff des Strafrechts in Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG auch das Ordnungswidrigkeitenrecht fällt.<sup>78</sup>

Straftaten und Ordnungswidrigkeiten unterscheiden sich jedoch weiterhin nach ihrer Rechtsfolge, dem Verfahren, dem Gehalt des sozial-ethischen Unwerturteils und der Intensität des Schuldvorwurfes, der einem bestimmten Verhalten zugeschrieben wird.<sup>79</sup> Die Entscheidung, welche Sanktionsart – Kriminalstrafe oder bloße Geldbuße – er einem bestimmten von der Norm abweichenden Verhalten konkret zumessen will, bleibt in Deutschland damit dem Gesetzgeber überlassen,<sup>80</sup> d.h. regelmäßig dem Bund, und wird nicht etwa bereits durch die Kompetenzverteilung beeinflusst.

Bei der Betrachtung des kanadischen Systems<sup>81</sup> fällt auf, dass eine Unterscheidung zwischen Kriminalstrafrecht und sonstigem Ordnungsstrafrecht nach der Verfassung zwar weiterhin notwendig ist, da nur der Bund explizit die ausschließliche Strafrechtskompetenz hat, die kanadischen Provinzen jedoch Verstöße gegen ihre Vorschriften nach s. 92 (15) Constitution Act 1867 ahnden dürfen. Da die Provinzen dabei aber sogar Freiheitsstrafen verhängen dürfen, sodass sich hier die Sanktion alleine nicht vom kompetenzmäßigen Begriff „Strafrecht“ im Sinne der Verfassung unterscheidet, spricht man dort zu Recht immerhin von „Quasi-Strafgesetzen“ der Provinzen.<sup>82</sup> Die Besonderheiten der jeweiligen Rechtsordnung im Hinblick auf die Sanktionen werden daher Erwähnung finden, eine Erörterung des Strafrechts im weiteren Sinne wird jedoch jeweils nur cursorisch und am Rande erfolgen.

## 2. Strafverfahrensrecht und Strafverfolgung

Neben den Kompetenzen zum Erlass kriminalstrafrechtlicher Normen beschäftigt sich diese Abhandlung jedoch auch mit der Strafverfolgung. Sie hat die Strafgewalt insgesamt im Blick und widmet sich daher neben der Setzung von materiellem Kri-

77 BVerfGE 23, 113, 123; 27, 18, 32; *Oeter*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Art. 74 Rn. 14; *Tiedemann*, AöR 89 (1964), 56, 59; so auch schon *Haenel*, Deutsches Staatsrecht I (1892), S. 467 ff.

78 BVerfGE 23, 113, 124; 27, 18, 32 f.; *Degenhart*, in: Sachs, Art. 74 Rn. 11; *Eser/Hecker*, in: Schönke/Schröder, Vorbem. § 1 Rn. 36; *Groß*, NStZ 1994, 312, 313; *Jescheck/Weigend*, § 13 I 1; *Kühl*, in: Löffler, Vor § 20 ff. Rn. 12; *Kunig*, in: v. Münch/Kunig, Art. 74 Rn. 12; *Maunz*, in: Maunz/Dürig, 69. EL 2013, Art. 74 Rn. 65; *Maurach/Zipf*, AT 1, § 8 III Rn. 13; *Oeter*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Art. 74 Rn. 16; *Pieroth*, in: Jarass/Pieroth, Art. 74 Rn. 5; *Rogall*, in: KK OWiG, § 2 Rn. 3, 4; *Stettner*, in: Dreier, Suppl. 2007, Art. 74 Rn. 22; *Weber*, FS Tröndle, 1989, S. 348; ausführlich zu dieser Frage *Tiedemann*, AöR 89 (1964), 56, sowie unten 3. Kapitel A. II. 1. a) aa).

79 BVerfGE 27, 18, 30 ff.; 96, 10, 26; vgl. ausführlich zur Abgrenzung *Bohnert*, in: KK OWiG, Einl. Rn. 50 ff.; *Deutscher*, S. 153 ff.; siehe auch bereits oben 1. Kapitel A. I.

80 *Deutscher*, S. 155.

81 Siehe unten 4. Kapitel C.

82 *Colvin/Anand*, S. 4: „quasi-criminal offences“; *Monahan*, S. 345: „quasi-criminal legislation“; siehe unten 3. Kapitel C. I.

minalstrafrecht einerseits auch den Kompetenzen zum Erlass strafverfahrensrechtlicher Normen sowie andererseits der konkreten Gerichts- und Verfolgungszuständigkeit im Hinblick auf Polizei und Staatsanwaltschaft. Auch diesbezüglich ist die Untersuchung jedoch begrenzt auf das Kriminalstrafrecht, sodass auch hier Hinweise auf die Vollstreckung von Ordnungswidrigkeiten und sonstigem Strafrecht im weiteren Sinne nur spärlich erfolgen. Das Strafvollzugsrecht wird, dem Umfang der Arbeit geschuldet, insgesamt ausgeklammert.

## B. Mehrebenensysteme

### Begriffsbestimmung und Begrenzung des Untersuchungsgegenstandes

#### I. Entstehung des Begriffes und Adaption

Termini wie „Bundesstaat“<sup>83</sup> oder selbst „Staat“<sup>84</sup> sind auf die EU (noch) nicht ohne weiteres übertragbar. Dies wird vielfach u.a. an der fehlenden umfassenden Allzuständigkeit festgemacht, da die EU nur nach dem Prinzip der begrenzten Einzelmächtigung tätig wird.<sup>85</sup> Zudem mangelt es der EU nach h.M. bislang auch an einem eigenen „Staatsvolk“.<sup>86</sup> Gewichtig erscheint ferner das Argument, dass der EU ein staatliches Gewaltmonopol im Sinne einer Anwendung polizeilicher Gewalt nach innen oder militärischer Gewalt nach außen fehlt.<sup>87</sup>

Will man sie indessen mit staatlichen Systemen vergleichen, so bedarf es eines übergeordneten Rahmens. Es ist ein Verdienst der Sozial- und Politikwissenschaften, diesen mit dem Konzept des politischen Mehrebenensystems geliefert zu haben. Dieses ermöglicht es nämlich auf der einen Seite, durch einen neutralen Blickwinkel einen Vergleichsrahmen zu liefern, auf der anderen Seite wird erst durch die Akzeptanz der EU als politisches System die grundsätzliche Annahme einer demokra-

83 Zwar mag umstritten sein, ob die Europäische Union sich auf dem Weg zu einem europäischen Bundesstaat befindet. In den Anfangsjahren schien das Ziel eines europäischen Bundesstaates durchaus offen. So nannte etwa *Walter Hallstein* im Jahr 1969 sein Buch über die EG: Der unvollendete Bundesstaat; vgl. auch die Darstellung der Ziele der Gründungsväter bei *Frowein*, EuR 1995, 315; *Oeter*, in: v. Bogdandy/Bast, S. 76 ff.; *Peters*, S. 180 f. Einigkeit besteht jedoch darüber, dass jedenfalls die überkommene Konzeption des Bundesstaates zzt. noch nicht passt; vgl. nur BVerfGE 123, 267, 370: „Nicht nur aus der Sicht des Grundgesetzes handelt es sich bei der Beteiligung Deutschlands an der Europäischen Union [...] nicht um die Übertragung eines Bundesstaatsmodells auf die europäische Ebene, sondern um die Erweiterung des verfassungsrechtlichen Föderalmodells um eine überstaatlich kooperative Dimension“; ferner *Benz*, in: *Jachtenfuchs/Kohler-Koch*, S. 317; *Calliess*, in: *Calliess/Ruffert*, Art. 1 EUV Rn. 29; *Deutscher*, S. 31; *Ipsen*, Staatsrecht I, § 3 Rn. 43, 58; *Pernice*, Verhältnis, S. 10; *Starck*, in: Härtel, Hdb. Föderalismus I, § 1 Rn. 42.

84 Vgl. zuletzt BVerfGE 123, 267, 371: „Ein auf Staatsgründung zielender Wille ist nicht feststellbar“; zur Nicht-Staatlichkeit der EU vgl. auch *Oppermann*, in: *Oppermann/Classen/Nettesheim*, § 4 Rn. 18 ff. mit weiteren Argumenten; ferner *Deutscher*, S. 32 m.w.N.

85 *Oppermann*, in: *Oppermann/Classen/Nettesheim*, § 4 Rn. 21; zum Prinzip der begrenzten Einzelmächtigung ausführlich unten 4. Kapitel A. III. 2. a).

86 Vgl. BVerfGE 89, 155, 188; *Calliess*, in: *Calliess/Ruffert*, Art. 1 EUV Rn. 29; *Classen*, Demokratische Legitimation, S. 92; *Grimm*, JZ 1995, 581, 584 ff.; *Herdegen*, Völkerrecht, § 8 Rn. 32; *Ipsen*, Staatsrecht I, § 3 Rn. 59; *ders.*, Völkerrecht, § 5 Rn. 5; *Jachtenfuchs/Kohler-Koch*, in: *dies.*, S. 20; *Noltenius*, ZStW 122 (2010), 604, 622; *Peters*, S. 103; *Scholz*, in: *Maunz/Dürig*, 69. EL 2013, Art. 23 Rn. 44; vgl. auch *Jürgens*, S. 24. Dies schließt jedoch nicht aus, dass es Unionsbürgerinnen und Unionsbürger gibt, durch welche demokratische Legitimität vermittelt werden kann; vgl. insbesondere *Oeter*, ZaöRV 55 (1995), 659, 686; *ders.*, in: v. Bogdandy/Bast, S. 92 ff.; *Pernice*, Die Verwaltung 29 (1993), 449, 476 ff.; *ders.*, EuR 1996, 27, 30; *ders.*, JZ 2000, 866, 870; *ders.*, VVDStRL 60 (2001), 148, 164; *ders.*, Verhältnis, S. 13 ff.; zur „dualen Legitimation“ in der EU vgl. *Pernice*, in: *Dreier*, Art. 23 Rn. 53 f.; *Uerpman-Witzack*, in: v. Münch/Kunig, Art. 23 Rn. 14; siehe zur Frage des „Volkes“ der Union ferner unten 2. Kapitel C. III. 3. a).

87 *F.C. Mayer*, ZaöRV 63 (2003), 59, 61 f.; *Pernice*, AöR 136 (2011), 185, 193, 199.

tischen Willensbildung als Selbstbestimmung der Menschen innerhalb einer politischen Gemeinschaft möglich, ohne dass diese den Staat voraussetzt.<sup>88</sup>

Bereits seit Beginn der 1990er Jahre wird in den Sozialwissenschaften die Terminologie „*multi-level governance*“ verwandt.<sup>89</sup> Sie wurde ursprünglich in der Europaforschung entwickelt, um das Regieren in einem politischen System in der spezifischen Organisationsstruktur der Europäischen Union zu umschreiben, welches sich zwar einerseits grundsätzlich von dem innerhalb eines (National-)Staates unterscheidet,<sup>90</sup> andererseits aufgrund des supranationalen Charakters des Unionsrechts<sup>91</sup> aber auch von gewöhnlichen völkerrechtlichen Bündnissen. Sie ist durch die überkommenen Kategorien der Staatenverbindungen nicht hinreichend beschrieben.<sup>92</sup> Der zu ihrer Erklärung eingeführte Begriff des politischen „Mehrebenensystems“, die deutsche Übersetzung des ersten Teiles der englischen Bezeichnung, hat seitdem eine rasante Karriere gemacht und in verschiedenen anderen Disziplinen Anwendung gefunden, so etwa in der Föderalismusforschung, seit geraumer Zeit aber auch in der Rechts-,<sup>93</sup> jüngst sogar in der Strafrechtswissenschaft.<sup>94</sup> Es verwundert nicht, dass er dabei, je nach Fachrichtung, Analyseziel oder Forschungsansatz durchaus unterschiedlichen Lesarten unterworfen ist.

Die Europaforschung bediente sich des Begriffes „*multi-level governance*“, um ein neues Phänomen zu beschreiben. Denn die EU ist durch eine Besonderheit des Regierens und der Ausgestaltung ihrer Entscheidungsprozesse gekennzeichnet, welche sich von den zuvor bekannten Formen unterscheiden: die Verflechtung von Staaten zu einem politischen System, in welchem Entscheidungen durch eine spezifische Mehrebenenpolitik getroffen werden, bei welcher die Interdependenz der

88 Vgl. dazu *F. Meyer*, Demokratieprinzip, S. 65 ff.

89 Vgl. statt Vieler *Benz*, Politik in Mehrebenensystemen, passim; *ders.*, in: *Benz/Dose*, S. 111 ff.; *Jachtenfuchs/Kohler-Koch*, in: *dies.*, S. 18 ff.; *Kohler-Koch/Conzelmann/Knodt*, S. 170 ff.

90 *Benz*, Politik in Mehrebenensystemen, S. 16; *König/Rieger/Schmitt*, in: *dies.*, S. 16 ff.; *Kohler-Koch/Conzelmann/Knodt*, S. 170.

91 Unter Supranationalität des Unionsrechts wird hier in umfassender Weise sowohl seine unmittelbare Durchgriffswirkung auf die Unionsbürgerinnen und Unionsbürger als auch sein Vorrang vor dem mitgliedstaatlichen Recht verstanden; vgl. zu dieser – nicht ganz einheitlich so verstandenen – Sichtweise *Nettesheim*, in: *Oppermann/Classen/Nettesheim*, § 9 Rn. 12; siehe ferner ausführlich unten 2. Kapitel C. II.

92 *Herdegen*, Völkerrecht, § 8 Rn. 32; *Oppermann*, in: *Oppermann/Classen/Nettesheim*, § 4 Rn. 4; *Zippelius/Würtenberger*, § 14 Rn. 2; vgl. auch *Jachtenfuchs/Kohler-Koch*, in: *dies.*, S. 18, und *Benz*, in: *Jachtenfuchs/Kohler-Koch*, S. 317: „politisches System sui generis“.

93 Vgl. nur statt Vieler *Classen*, Demokratische Legitimation, S. 92; *Jürgens*, S. 24 ff.; *Lindner*, JURA 2008, 401; *F. C. Mayer*, Kompetenzüberschreitung, S. 31 ff.; *Oppermann*, in: *Oppermann/Classen/Nettesheim*, § 4 Rn. 23; *Pernice*, in: *Dreier*, Art. 23 Rn. 17; *Schliesky*, S. 474 ff.; kritisch hinsichtlich der Verwendung des Begriffes für die EU wegen der „territorialen Fixierung“ der Terminologie *Peters*, S. 189 ff.

94 So etwa bei *Heger*, Europäisierung des Umweltstrafrechts, S. 1; *F. Meyer*, Demokratieprinzip, S. 16; *ders.*, Strafrechtsgenese, S. 48 ff., 606 ff.; *Paeffgen*, ZStW 118 (2006), 275; *Sieber*, ZStW 119 (2007), 1, 12; *ders.*, ZStW 121 (2009), 1, 24; *ders.*, in: *Sieber/Brüner/Satzger/v. Heintschel-Heinegg*, Einführung Rn. 13, 188, die den Begriff allerdings in Bezug auf strafrechtliche Mehrebenensysteme gebrauchen; siehe zur Unterscheidung unten 1. Kapitel B. V.

Ebenen eine entscheidende Rolle spielt und nationale Parlamente, Regierungen und die europäischen Organe zusammenwirken.

Ein politisches System erfüllt die Funktionen, einerseits für die gesamte politische Gemeinschaft verbindliche Entscheidungen in festen Institutionen zur effektiven Regelung wichtiger öffentlicher Belange zu treffen und dabei andererseits durch regelmäßige Partizipation der Bürgerinnen und Bürger politische Herrschaft demokratisch zu legitimieren, indem politische Entscheidungen und ihre Interessen fortlaufend angepasst werden.<sup>95</sup> Ein System setzt sich aus einzelnen Teilen zusammen, die in einer bestimmten Struktur und in bestimmten Interaktionsmustern Entscheidungen treffen.<sup>96</sup> Es wird zum politischen System, wenn es die Funktion erfüllt, allgemein verbindliche Regeln zur Bewältigung öffentlicher Probleme und Belange festzulegen und diesbezüglich legitime Herrschaft zu erzeugen.<sup>97</sup> Wenn die EU von der Politikwissenschaft als politisches System bezeichnet wird, so wird damit zum Ausdruck gebracht, dass sie unter den gleichen Aspekten betrachtet werden soll wie Staaten.<sup>98</sup> Tatsächlich erfüllt die EU – ebenso wie die hier untersuchten staatlichen Organisationsformen – die genannten Voraussetzungen eines politischen Systems,<sup>99</sup> da hier in supranationalen Institutionen Hoheitsrechte mit verbindlicher Wirkung für die Bürgerinnen und Bürger ausgeübt werden, welche sich jedoch legitimatorisch in verschiedener Weise in den Entscheidungsprozess einbringen können.

Im modernen politischen Mehrebenensystem können diesbezüglich staatliche und supranationale Akteure, aber auch unterschiedliche Handlungsebenen, zusammentreffen. In der Struktur des politischen Systems der EU wirken u.a. etwa das Europäische Parlament als supranationale und der Rat als Gremium der mitgliedstaatlichen Interessenvertretung zusammen. Ferner sind die nationalen Parlamente im Rahmen der Umsetzung von Rechtsakten beteiligt. Die Kommission verfolgt wiederum das Ziel supranationaler Handlungsfähigkeit, EuGH und EuG gewährleisten die Auslegung des supranationalen Rechts etc. Daher sind etwa für die Frage der demokratischen Legitimität der Rechtsakte der EU nicht nur die einzelnen Organe zu betrachten, sondern es ist das Gesamtsystem in den Blick zu nehmen, sodass neben den europäischen Institutionen auch die Parlamente der Mitglied-

95 Zum Begriff des politischen Systems *Kohler-Koch/Conzelmann/Knodt*, S. 111; *F. Meyer*, Demokratieprinzip, S. 66 ff.

96 *Kohler-Koch/Conzelmann/Knodt*, S. 111, definieren System als „eine aus einzelnen Teilen (Elementen) gebildete Einheit, die einem bestimmten Organisationsprinzip verpflichtet ist, aus dem sich die Anordnung der Elemente zueinander (Struktur), ihre Interaktionsmuster (Prozesse) und Interaktionsergebnisse (Entscheidungsinhalte) ergeben“.

97 *Kohler-Koch/Conzelmann/Knodt*, S. 111.

98 *Kohler-Koch/Conzelmann/Knodt*, S. 111.

99 Zur Einordnung der EU als politisches System *Graf Kielmansegg*, in: *Jachtenfuchs/Kohler-Koch*, S. 52 f.; *Jachtenfuchs/Kohler-Koch*, in: dies., S. 18; *Kohler-Koch/Conzelmann/Knodt*, S. 111; vgl. ferner *F. Meyer*, Demokratieprinzip, S. 70 ff. Auch das BVerfGE 123, 267, 356, bezeichnete die EU als politisches System.

staaten weiterhin eine Bedeutung behalten.<sup>100</sup> Die Einordnung der EU als politisches System schafft daher nicht nur die Grundvoraussetzung dafür, dass legitime Herrschaft außerhalb des Staates überhaupt akzeptiert werden kann, sondern ermöglicht auch den Vergleich mit den Nationalstaaten.<sup>101</sup>

Denn auch innerhalb von Staaten vollzieht sich eine zunehmende Aufteilung auf Herrschaftsebenen. Nicht nur sind föderative Bundesstaaten weltweit häufig anzufinden,<sup>102</sup> sondern inzwischen durchläuft auch ein Unionsstaat wie das Vereinigte Königreich von Großbritannien und Nordirland einen – auch durch die Mitgliedschaft in der Europäischen Union bedingten – Prozess der Dezentralisierung und Parzellierung von Herrschaft, bezeichnet als *devolution*, durch welchen Regierungsmacht delegiert und ein Mehrebenencharakter herausgebildet bzw. gestärkt und eine größere Bürgernähe gewährleistet wird.<sup>103</sup> Daher wird auch im Hinblick auf das Vereinigte Königreich von Großbritannien und Nordirland inzwischen von „*multi-level governance*“ gesprochen.<sup>104</sup> Insofern entstehen also auch innerstaatliche Mehrebenensysteme. Sämtliche hier untersuchten Systeme haben daher die Aufteilung von Herrschaftskompetenzen auf verschiedene Ebenen gemeinsam.<sup>105</sup> Die Machtverteilung zwischen diesen Ebenen kann auch strafrechtliche Kompetenzen betreffen.

Ferner ist mit der Qualifizierung der EU als politisches Mehrebenensystem auch eine Anerkennung der Realität im modernen Staatenverkehr verbunden, in welchem die nationalstaatliche Entscheidungsgewalt zunehmend nicht mehr isoliert und in voller, andere ausschließender „Souveränität“ im Sinne der Weltordnung des Westfälischen Friedens<sup>106</sup> autonom ausgeübt werden kann, sondern nur im Zusammenspiel mit anderen Staaten und supranationalen Ebenen.<sup>107</sup> Der Nationalstaat kann im Zeitalter der Globalisierung viele Aufgaben auch gar nicht mehr im Alleingang bewältigen.<sup>108</sup> Anders gesagt: Probleme überschreiten die territorialen Grenzen einer Ebene und machen daher auch eine ebenenüberschreitende Lösung erforderlich. Dies ist der Hintergrund des Zusammenschlusses und der Herausbildung von verschiedenen Handlungsebenen.

Im Mehrebenensystem wirken zur Behandlung der gesellschaftlichen Probleme mehrere Ebenen zusammen, Kompetenzen wie auch Entscheidungen sind verflocht-

100 Siehe zur doppelten Legitimität der Rechtsakte der EU noch ausführlich unten 2. Kapitel C. III. 2. b).

101 Benz, Politik in Mehrebenensystemen, S. 17; Kohler-Koch/Conzelmann/Knodt, S. 111.

102 Dazu Anderson, S. 13.

103 Siehe dazu noch ausführlich unten 2. Kapitel A. und 3. Kapitel D. I.

104 Leach/Percy-Smith, S. 5, 210 ff.; Winetrobe, in: Hazell/Rawlings, S. 67; vgl. ferner Banforth/Leyland, in: dies., S. 2, sowie Leyland, S. 62: „*multi-layered constitution*“.

105 Benz, Politik in Mehrebenensystemen, S. 17.

106 Siehe dazu noch unten 3. Kapitel A. I. 2. a).

107 Habermas, Die postnationale Konstellation, S. 107.

108 Calliess, HStR IV, § 83 Rn. 4; Habermas, Die postnationale Konstellation, S. 105 ff.; Hobe, Der Staat 37 (1998), S. 521 ff.; Peters, S. 132; Zuleeg, NJW 2000, 2846, 2851; vgl. dazu auch F. Meyer, Demokratieprinzip, S. 68.

ten, politische Zuständigkeiten zweckmäßigerweise dort angesiedelt, wo sie einen effektiven Einsatz erwarten lassen. Es geht also stets auch um die effektive Erfüllung öffentlicher Aufgaben auf verschiedenen Handlungsebenen.<sup>109</sup> Durch die Kooperation in transnationalen Netzwerken wird die „Problemlösungskapazität“<sup>110</sup> des Staates erhöht. Auch wenn etwa in der EU anfänglich andere Motive im Vordergrund standen, nämlich die Pazifizierung der Staaten nach dem Zweiten Weltkrieg,<sup>111</sup> so lässt sich der besondere Vorteil heute in der Eröffnung supranationaler Handlungsspielräume begreifen.<sup>112</sup> Dies gilt aber nicht nur im Hinblick auf Wirtschaft oder Umweltschutz, sondern letztlich auch im strafrechtsrelevanten Bereich hinsichtlich solcher Kriminalitätsfelder, in welchen, wie beim internationalen Drogenhandel oder anderen Formen des internationalen Verbrechens, das Poröswerden der Staatsgrenzen ausgenutzt wird.<sup>113</sup>

In der Politikwissenschaft<sup>114</sup> wird der Begriff „*multi-level governance*“ wie folgt charakterisiert: Zunächst erfordert er ein politisches System, in welchem Kompetenzen und Ressourcen auf verschiedene Ebenen aufgeteilt sind. Die Ebenen des Systems können dabei sowohl staatliche (z.B. Bund und Länder in einem Bundesstaat) als auch supranationale Ebenen (z.B. die Europäische Union) sein. Hier mag man also bereits den Terminus „Ebene“ unterschiedlich beurteilen.<sup>115</sup> Einerseits lassen sich territoriale Einheiten darunter verstehen, andererseits aber auch, in einem wesentlich weiteren Sinne, unterschiedliche (Ver-)Handlungs- oder Entscheidungsebenen, auch bezeichnet als „Arenen“.<sup>116</sup> Der Oberbegriff „Mehrebenensystem“ ist beiden Sichtweisen zugänglich. Hinsichtlich der Unterscheidung territorialer Ebenen, wie etwa EU – Mitgliedstaat oder Bund – Gliedstaat, geht es um die konkrete Kompetenzverteilung zwischen diesen Ebenen. Werden die Ebenen hingegen stärker vom Blickwinkel der Verschränkung der politischen Handlungsarenen betrachtet, so geht es um die Analyse der Interdependenz der Willensbildungsprozesse auf supranationaler und nationalstaatlicher Ebene.<sup>117</sup>

Des Weiteren setzt „*multi-level governance*“ voraus, dass die politischen Prozesse die Ebenen überschreiten und dabei durch die Koordination der Ebenen bedingt sind. Die Ebenen müssen also auch in spezifischer Form aufeinander bezogen sein. Diese Interdependenz der Ebenen wird, insbesondere in der Föderalismusfor-

109 So etwa im Hinblick auf die EU *Pernice*, in: Dreier, Art. 23 Rn. 20; siehe auch schon *ders.*, NJW 1990, 2409, 2411.

110 Begriff nach *Herzog/Grzeszick*, in: Maunz/Dürig, 69. EL 2013, Art. 20 IV Rn. 28; *Peters*, S. 161.

111 Vgl. unten 4. Kapitel A. II.

112 *Habermas*, Zur Verfassung Europas, S. 46.

113 Dazu *Sieber*, ZStW 119 (2007), 1, 4 ff.; *ders.*, ZStW 121 (2009), 1, 3 f.

114 *Benz*, Politik in Mehrebenensystemen, S. 17 f.; *ders.*, in: *Benz/Dose*, S. 111 ff.

115 Zum Verständnis der Ebenen in dieser Arbeit siehe noch sogleich unten 1. Kapitel B. III.

116 *Kobler-Koch/Conzelmann/Knodt*, S. 171.

117 *Kobler-Koch/Conzelmann/Knodt*, S. 171.

schung, teilweise auch etwas pejorativ als „Politikverflechtung“<sup>118</sup> bezeichnet und als problematisch im Hinblick auf die demokratische Legitimation von Hoheitsakten empfunden.<sup>119</sup> Gemeint ist, dass politische Entscheidungen in vielen Feldern nicht mehr autonom durch die jeweilige Ebene, sondern nur durch eine Kooperation mit anderen Ebenen getroffen werden können und diese Verhandlung häufig intergouvernemental abläuft.<sup>120</sup> Dadurch steht – für diesen Forschungsansatz – nicht eine hierarchische oder jedenfalls getrennte Anordnung der Ebenen, sondern ihre notwendige Koordination und „Verflechtung“, im Vordergrund. Ferner ist „*multi-level governance*“ dadurch gekennzeichnet, dass besondere und unterschiedliche Strukturen („Regelsysteme“) innerhalb der einzelnen Ebenen bestehen, welche den internen und den ebenenübergreifenden Entscheidungsprozess und dadurch auch das Verhältnis der Ebenen untereinander beeinflussen und eine komplexe Koordination notwendig machen.

Schließlich soll der Tatsache Rechnung getragen werden, dass, anders als etwa bei einer rein intergouvernementalen Zusammenarbeit, auch private Akteure bei den Entscheidungsprozessen eine Rolle spielen (können).<sup>121</sup> Gerade die Privatisierung vieler Sektoren des Wohlfahrtsstaates erfordert, dass der moderne Staat auch mit Privatpersonen verhandeln, kooperieren und kontrahieren muss, was u.a. auch dazu führt, dass sich das Regieren insgesamt verändert und zunehmend vom „kooperativen Staat“<sup>122</sup> gesprochen wird, in Abgrenzung etwa zur ehemals hierarchisch souveränen Rechtssetzung und Durchsetzung. Letzterer Aspekt soll durch die Terminologie „*governance*“ – in Abgrenzung zu „*government*“ – zum Ausdruck gebracht werden.<sup>123</sup>

Auch der Begriff „*governance*“ wird jedoch sehr unterschiedlich verstanden und von verschiedenen Fachrichtungen anders verwendet.<sup>124</sup> Er hat aber jedenfalls zwei vorherrschende Bedeutungen. Zum einen fungiert er als Oberbegriff für verschiedene Formen der sozialen Handlungskoordination, zum anderen soll hiermit im

118 Vgl. statt Vieler *König/Rieger/Schmitt*, in: dies., S. 16; *Laufer/Münch*, S. 247 ff.; *Scharpf/Reisert/Schnabel*, S. 13 ff.; *Starck*, in: Härtel, Hdb. Föderalismus I, § 1 Rn. 30. So sollte auch die Föderalismusreform I des Jahres 2006 insbesondere der „Entflechtung“ (von Zuständigkeiten) dienen; vgl. BT-Drs. 16/813, S. 1, 7.

119 Vgl. dazu *Benz*, PVS 2009, 3.

120 Aus diesem Grund wird teilweise sogar die Vereinbarkeit von föderaler Kompetenzverteilung und Demokratie insgesamt bezweifelt; vgl. dazu *Benz*, PVS 2009, 3, 4 m.w.N.; vgl. auch *Möllers*, Die drei Gewalten, S. 191 f.

121 *Engi*, Der Staat 47 (2008), 573, 576; *Mayntz*, in: *Benz/Dose*, S. 37 ff. Vgl. zur Beteiligung privater Akteure durch Delegation und Externalisierung von staatlichen Aufgaben und den damit verbundenen Fragen demokratischer Legitimation in modernen Staaten *Lübbe-Wolff*, VVDStrL 60 (2001), 246, 266 ff.

122 *Peters*, S. 134.

123 *Peters*, S. 176 f.; vgl. auch *F. Meyer*, Strafrechtsgenese, S. 48 ff.

124 Ausführlich zum Begriff „*governance*“ *Benz/Dose*, in: dies., S. 13 ff.; *Engi*, Der Staat 47 (2008), 573, 576 f.; *Mayntz*, in: *Benz/Dose*, S. 37 ff.; *F. Meyer*, Strafrechtsgenese, S. 48 ff.; *Peters*, S. 176 f.; vgl. zur Transformation des Staates *Bieling/Deppe*, in: *Jachtenfuchs/Kohler-Koch*, S. 513 ff.; speziell zu „*governance*“ in der Europäischen Union *Jachtenfuchs/Kohler-Koch*, in: *Benz/Dose*, S. 69 ff.

Zusammenhang mit der Regelung kollektiver Belange verdeutlicht werden, dass diese nicht nur hierarchisch oder rein staatlich erfolgen kann.<sup>125</sup> Das Konzept „*governance*“ beschreibt damit die Transformation des staatlichen Handelns und die veränderte Art und Weise der kollektiven und kooperativen Regelung in modernen politischen Systemen. Die Bezeichnung „*multi-level governance*“ ist also eine Erweiterung gegenüber dem Terminus „Mehrebenensystem“.<sup>126</sup> Regieren im Netzwerk funktioniert auf andere Weise und untersteht nicht unbedingt einer hierarchischen Anordnung der Ebenen, welche sich vielmehr auch überlagern können.<sup>127</sup> Verhandlung und Koordination der Politik treten an die Stelle einseitig-hierarchischer Normsetzung.

Im Mehrebenensystem stellt sich eine Vielzahl spezifischer Probleme.<sup>128</sup> So kann erstens die Konstituierung der Ebenen in den Blick genommen werden, sodass etwa diskutiert werden kann, ob eine (supranationale) Verfassung vorliegt, wie sie zustande gekommen ist und wer ihr Legitimationssubjekt ist.<sup>129</sup> Die politik-wissenschaftliche Betrachtung konzentriert sich zweitens v.a. auf die Art und Weise wie politische Macht konkret ausgeübt wird, wie also politische Prozesse entstehen und welche Akteure auf welche Art und Weise zusammenwirken. Bei der rechtlichen Analyse geht es hingegen primär um die Beurteilung des rechtlichen Rahmens.<sup>130</sup> Drittens spielt – gerade bei überstaatlichen Systemen wie der EU – die Frage der demokratischen Legitimation der Ausübung von Herrschaft in Mehrebenensystemen eine große Rolle, was insbesondere auch im Hinblick auf strafrechtsbezogene Hoheitsbefugnisse bedeutsam ist.<sup>131</sup> Diese Fragen werden hier zwar sämtlich in gewissem Umfang in die Betrachtung einfließen. Diese Arbeit widmet sich jedoch vorrangig einem vierten Aspekt, nämlich dem Kompetenzverteilungsproblem.

Sie behandelt dabei die Verteilung von Hoheitsrechten, nämlich von strafrechtlichen Kompetenzen als spezifischem Ausdruck öffentlicher Gewalt, zwischen einzelnen Hoheitsträgern innerhalb eines politischen Gesamtgebildes und betrachtet dabei mehrere nationalstaatliche Mehrebenensysteme sowie die supranationale EU. Kurz gesagt soll es also um die Verteilung strafrechtlicher Zuständigkeit in politischen Herrschaftsverbänden gehen, in welchen unterschiedliche Ebenen zur Ausübung von Hoheitsrechten bestehen. Zwar ist die Strafgewalt in der Vergangenheit eine primär staatliche Kompetenz gewesen. Gleichwohl geht es in dieser Arbeit nicht alleine um „staatliche Mehrebenensysteme“ oder „Mehrebenenstaaten“, auch wenn die Ausübung von öffentlichen Hoheitsrechten untersucht wird, da auch und gerade die nicht-staatliche supranationale EU erfasst sein soll. Werden

125 *Engi*, Der Staat 47 (2008), 573, 576; *Mayntz*, in: Benz/Dose, S. 37.

126 In diese Richtung *Benz*, in: Benz/Dose, S. 111 ff.

127 Dazu *Peters*, S. 215 ff.

128 *Benz*, Politik in Mehrebenensystemen, S. 18.

129 Vgl. dazu noch unten 2. Kapitel C. IV. 1. f).

130 Vgl. *Bradley*, in: Jowell/Oliver, S. 26.

131 Vgl. dazu ausführlich *F. Meyer*, Strafrechtsgenese, passim.

staatliche Hoheitsrechte auf eine andere Ebene übertragen, so wird diese dadurch nicht zwangsläufig selbst zu einem Staat.<sup>132</sup> Dies ist z.B. eine wesentliche Erkenntnis des Völkerrechts.

Wenn wenigstens zwei unterschiedliche Ebenen zur Ausübung hoheitlicher Befugnisse innerhalb eines politischen Gebildes installiert sind, so ist von einem „Mehrebenensystem“ zu sprechen. Diese Bezeichnung sollte dann aber von der Terminologie „*multi-level governance*“ unterschieden werden. Denn Letztere setzt zwar das Bestehen eines Mehrebenensystems voraus, da es auch dort grundsätzlich um die Machtverteilung zwischen Ebenen geht, das Untersuchungsziel der „*governance*“-Forschung hat jedoch noch weitere bzw. andere Komponenten im Blick, wie die Politikverflechtung oder das Mitwirken privater Akteure am Willensbildungsprozess, welche hier zu vernachlässigen sind. Denn hier soll es weder um die Frage der Entwicklung politischer Entscheidungen, also die Problematik der Verflechtung der Willensbildungsprozesse, noch um die Koordination der Interessen der jeweils beteiligten Akteure oder um das Phänomen der Transformation der Staatlichkeit im Allgemeinen gehen. Vielmehr steht die konkrete Kompetenzverteilung im Hinblick auf das Strafrecht zwischen den Ebenen eines politischen Mehrebenensystems im Fokus dieser Abhandlung. Im Übrigen ist strafrechtliche Normsetzung weiterhin Domäne der Hoheitsträger, sodass Privatpersonen in diesem Bereich, anders als etwa im Rahmen der Leistungsverwaltung, kaum eine Rolle spielen. Daher wird in dieser Abhandlung auch nur von „Mehrebenensystemen“, nicht aber von „*multi-level governance*“, die Rede sein.

## II. Mehrebenensystem als rechtliche Kategorie

Dass die Übertragung des politikwissenschaftlichen Topos Mehrebenensystem hilfreich für die Umschreibung des Untersuchungsgegenstandes in einer juristischen Arbeit sein kann, bedarf näherer Erläuterung, denn schließlich handelt es sich hierbei nicht um einen originär rechtlichen Terminus. Seine Adaption in der Rechtswissenschaft erweist sich jedoch gerade deshalb als gerechtfertigt, weil er zum einen geeignet ist, einen Oberbegriff für verschiedene Formen der Organisation von Herrschaft in unterschiedlichen politischen Systemen zu liefern, und weil dabei zum anderen überkommene rechtliche Kategorien vermieden oder gar überwunden werden können, durch welche sich die Phänomene der modernen Staatenwelt nicht mehr hinreichend erfassen lassen.

Mag der Begriff Mehrebenensystem in der Politikwissenschaft auch durchaus eine andere Bedeutung haben oder jedenfalls ein abweichendes Forschungsziel beinhalten, so erscheint es doch möglich, ihn bei einer formal-juristischen Betrachtungsweise der Organisation eines Herrschaftssystems auch so zu benutzen, dass

---

132 Vgl. Herdegen, Völkerrecht, § 8 Rn. 32, in Bezug auf die Europäische Union.

mit ihm lediglich zum Ausdruck gebracht wird, dass dieses Machtgefüge verschiedene politische Ebenen für die Ausübung von Hoheitsrechten vorsieht. Nur dieser Aspekt ist hier gemeint. Die mehr oder minder starke praktische wie politische Verflechtung der Ebenen, ein wichtiges Merkmal des sozialwissenschaftlichen Ansatzes, steht dem nicht entgegen, denn sie bedeutet nicht, dass nicht dennoch zuvor eine formale Kompetenzverteilung zwischen den Ebenen erfolgen kann und muss.<sup>133</sup> Das Interesse der Rechtswissenschaft gilt den rechtlichen Fragen des Mehrebenensystems, so etwa der Kompetenzverteilung oder der Legitimität des hoheitlichen Handelns. Daher ist die Analyse in dieser Arbeit den normativen Zusammenhängen und kompetenziellen Grundlagen der Ausübung hoheitlicher Befugnisse in Form der Strafgewalt gewidmet.

Wird die Übernahme dieser Terminologie vorgeschlagen, so soll dabei erstens nicht verkannt werden, dass in der Politikwissenschaft durchaus andere Untersuchungsinteressen mit dem Begriff verbunden werden,<sup>134</sup> welche, wie bereits dargestellt wurde, hier indes zu vernachlässigen sind. Zweitens sollen auch die Unterschiede zwischen staatlichen und zwischenstaatlichen Mehrebenensystemen, die hier analysiert werden, nicht geleugnet werden. Sie werden in die Betrachtung einfließen, dieselbe jedoch eben nicht schon a priori ausschließen. Drittens ist aber zu begründen, warum als Oberbegriff für die Analyse andere, originär rechtliche Termini, insbesondere des Staats- oder Völkerrechts, nicht gleichermaßen zielführend sind. Der Grund liegt kurz gesagt darin, dass die überkommenen juristischen Begriffe und Kategorien sämtlich keinen gleichsam umfassenden wie „neutralen analytischen Rahmen“<sup>135</sup> zu bieten vermögen.<sup>136</sup>

So ließe sich zwar zunächst daran denken, im Hinblick auf das politische „Ordnungsprinzip“<sup>137</sup> und die politische Idee staatstheoretisch von Föderalismus und hinsichtlich der hier besonders relevanten rechtlichen Struktur der Verbände staatsrechtlich von Bundesstaaten zu sprechen,<sup>138</sup> denn auch föderales und bundesstaatliches Prinzip sind durch die Verbindung von (staatlichen) Ebenen und die Aufteilung von Kompetenzen zwischen denselben gekennzeichnet. Im Bundesstaat – als konkreter und besonders starker Form eines föderalen Systems – ist der Mehrebenencharakter sogar besonders ausgeprägt, da schon konstruktiv und systemimmanent ein Zusammenschluss von unteren Gebietskörperschaften (z.B. Ländern, Gliedstaaten, Provinzen oder Kantonen) zu einem Gesamtstaat erfolgt, wobei die

133 F.C. Mayer, Kompetenzüberschreitung, S. 57.

134 Vgl. *Jachtenfuchs/Kobler-Koch*, in: dies., S. 11 ff.; *König/Rieger/Schmitt*, in: dies., S. 15.

135 *König/Rieger/Schmitt*, in: dies., S. 15.

136 Vgl. auch F.C. Mayer, Kompetenzüberschreitung, S. 38 ff.

137 *Stern*, Staatsrecht I, S. 660; vgl. auch *Laufer/Münch*, S. 16, und *Sommerrmann*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Art. 20 Rn. 24: „Organisationsprinzip“.

138 Zu dieser Unterscheidung *Sommerrmann*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Art. 20 Rn. 24; *Stern*, Staatsrecht I, S. 660; vgl. auch *Herzog/Grzeszick*, in: Maunz/Dürig, 69. EL 2013, Art. 20 IV Rn. 18; *Huster/Rux*, in: Beck OK GG, Stand: 1.11.2013, Art. 20 Rn. 5; *Laufer/Münch*, S. 16; F.C. Mayer, Kompetenzüberschreitung, S. 43; *Zippelius/Würtenberger*, § 14 Rn. 8.

staatliche Gewalt vertikal zwischen diesen territorialen Ebenen aufgeteilt ist.<sup>139</sup> Moderne Bundesstaaten zeichnen sich zudem durch eine zunehmende Verflechtung der Ebenen aus. Diese besondere Art der Entscheidungsfindung und Kooperation hat in der politischen Theorie dazu geführt, den insoweit neuen Begriff des Mehrebenensystems auch auf Bundesstaaten anzuwenden.<sup>140</sup>

Für Bundesstaaten ist jedoch die Staatlichkeit beider Ebenen nach der inzwischen jedenfalls im deutschen Staatsrecht überwiegenden Ansicht konstitutiv,<sup>141</sup> während dies bei einem überstaatlichen Gebilde nicht der Fall ist, auch wenn hier jeweils die dezentrale Ebene Staatscharakter hat. Der Terminus Bundesstaat versagt daher insbesondere auch (noch) im Hinblick auf die EU, denn diese ist, wie bereits angeführt,<sup>142</sup> kein supranationaler Staat, auch wenn lange Zeit vielfach davon ausgegangen wurde, sie sei auf dem Wege zum föderalen Bundesstaat.<sup>143</sup> Das BVerfG ist dieser Zielrichtung zuletzt sogar ausdrücklich entgegengetreten, indem es feststellte, dass zumindest die für Deutschland handelnden Organe unter Geltung des Grundgesetzes nicht ohne weiteres berechtigt seien, Deutschland in einen europäischen Bundesstaat eintreten zu lassen.<sup>144</sup>

Die EU vereinigt derzeit zwar gewisse bundesstaatliche Strukturen mit solchen von Staatenbünden,<sup>145</sup> sie muss aber kein Staat werden. Weder ist die vollständige Übertragung des Gewaltmonopols noch eine staatliche Allzuständigkeit notwendig, wenn man sie als notwendige Erweiterung der Handlungskapazitäten in bestimmten transnationalen Bereichen über den Einzelstaat hinaus begreift. Das Konzept des politischen Systems, das oben erläutert wurde,<sup>146</sup> setzt Staatlichkeit nämlich nicht voraus, sondern nur die Erfüllung bedeutsamer öffentlicher Aufgaben in gefestigtem institutionellen Rahmen, in welchem die Bürgerinnen und Bürger auf die Entscheidungen Einfluss nehmen können und eine Interaktion zwischen Ergebnissen und Bedürfnissen besteht.<sup>147</sup>

Der Vorteil des Begriffes „Mehrebenensystem“ liegt daher in seiner gegenüber dem Konzept des Bundesstaates größeren Weite bzw. in seiner Loskoppelung von der Staatlichkeit des Gebildes insgesamt. Er ist zwar ohne Schwierigkeit auf Bundesstaaten anwendbar und umfasst diese, ist aber nicht auf sie beschränkt, sondern vielmehr im Hinblick auf die Eigenständigkeit der Ebenen nach oben wie nach

139 Ipsen, Staatsrecht I, § 9 Rn. 536; v. Münch/Mager, Rn. 690; Sommermann, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Art. 20 Rn. 21; Stein/Frank, § 13 V; Zippelius/Würtenberger, § 14 Rn. 28; siehe zum Bundesstaat als Mehrebenensystem noch unten 2. Kapitel B.

140 Benz, Politik in Mehrebenensystemen, S. 16.

141 Vgl. nur BVerfGE 36, 342, 360 f.; Badura, Staatsrecht, Teil D. Rn. 69 f.; Stern, Staatsrecht I, S. 645, 651; Zippelius/Würtenberger, § 14 Rn. 5 m.w.N.

142 Siehe bereits oben 1. Kapitel B. I.

143 Vgl. dazu Frowein, EuR 1995, 315; Jachtenfuchs/Kohler-Koch, in: dies., S. 20; Oeter, in: v. Bogdandy/Bast, S. 76 ff.; Peters, S. 180 f.; Terhechte, EuR-Beiheft 2010, 135, 136.

144 BVerfGE 123, 267, 347 f.

145 Benz, in: Jachtenfuchs/Kohler-Koch, S. 317; Oeter, in: v. Bogdandy/Bast, S. 81.

146 Oben 1. Kapitel B. I.

147 Vgl. F. Meyer, Demokratieprinzip, S. 66 f.

unten offener. So reduziert er sich eben einerseits nicht auf Staaten, sondern ermöglicht die Einbeziehung staatenübergreifender supranationaler, gegenüber dem Bundesstaat lockererer Staatenverbindungen. Andererseits sind aber auch solche politischen Gebilde nicht von der Analyse ausgeschlossen, deren Organisationsform einen dezentralisierten Einheits- oder Unionsstaat<sup>148</sup> konstituiert. Denn selbst Einheitsstaaten müssen ihre Staatsaufgaben auf untere Verwaltungseinheiten (z.B. „counties“ oder „departements“) verteilen, da eine rein zentrale Herrschaft jedenfalls ab einer gewissen Größe und Komplexität des staatlichen Gebildes kaum möglich ist.

In ähnlicher Weise ist das Konzept nicht auf föderative Systeme beschränkt. Zwar kommt auch dem politischen Konzept des Föderalismus eine unbestreitbare Elastizität zu, sodass es sich einerseits auch auf Staaten anwenden lässt, die nicht bundesstaatlich organisiert sind,<sup>149</sup> oder andererseits sogar von einem Zusammenhang mit der Staatlichkeit insgesamt losgelöst ist,<sup>150</sup> sodass zunehmend zu Recht die föderalen Merkmale der Europäischen Union hervorgehoben werden.<sup>151</sup> So attestiert nicht zuletzt Art. 23 Abs. 1 S. 1 GG der EU, sie sei „föderativen Grundsätzen [...] verpflichtet“. Tatsächlich ist die EU als ein supranationales föderales Mehrebenensystem anzusehen.<sup>152</sup> Auch wird die Analyse in dieser Arbeit sich auf eine föderale bzw. quasi-föderale Kompetenzverteilung zwischen den Ebenen eines politischen Systems konzentrieren.<sup>153</sup>

Die Verwendung des Begriffes „Mehrebenensystem“ erlaubt letztlich aber die Berücksichtigung einer Vielzahl unterschiedlicher Systeme, sei es auf nationalstaatlicher, sei es auf transnationaler Ebene, ohne auf den Terminus Föderalismus als Oberbegriff angewiesen zu sein. Sollen nämlich insbesondere auch (noch) nicht vollständig föderalisierte Systeme wie das Vereinigte Königreich von Großbritannien und Nordirland mit in die Analyse einfließen, so bietet sich die Verwendung eines übergreifenden neuen Begriffes an, der neben föderativen Staaten auch andere

148 Vgl. *Benz*, Politik in Mehrebenensystemen, S. 14; *Leach/Percy-Smith*, S. 210 ff., hinsichtlich des Vereinigten Königreiches von Großbritannien und Nordirland; vgl. zum Begriff auch *Jellinek*, Staatenverbindungen (1882), S. 276 f.

149 *Lauffer/Münch*, S. 35 ff.; vgl. auch *Herzog/Grzeszick*, in: Maunz/Dürig, 69. EL 2013, Art. 20 IV Rn. 18, zur Möglichkeit föderaler Strukturen in Einheitsstaaten; ausführlich zur Frage der immerhin „quasi-föderalen“ Struktur des Vereinigten Königreiches von Großbritannien und Nordirland *Bogdanor*, *Devolution*, S. 290, 295; vgl. auch *Himsworth/Munro*, S. XVIII: „semi-federal“; zum Vergleich mit der Föderation siehe *Alder*, S. 188 f.; *Barendt*, S. 59 ff.; *Bogdanor*, *Devolution*, S. 287 ff.; sowie unten 1. Kapitel B. IV. und 3. Kapitel D. I.

150 Dazu *F.C. Mayer*, Kompetenzüberschreitung, S. 43; *Peters*, S. 183 ff.; auch BVerfGE 123, 267, 370, stellt fest, dass es sich bei der Europäischen Union um eine „Erweiterung des verfassungsrechtlichen Föderalmodells um eine überstaatlich kooperative Dimension“ handle.

151 Vgl. etwa *Anderson*, S. 11, 18; *Badura*, Staatsrecht, Teil D. Rn. 82; *Barendt*, S. 79 ff.; *Beaud*, *Der Staat* 35 (1996), 45, 47; *Nida-Rümelin*, in: Härtel, Hdb. Föderalismus I, § 5 Rn. 14; *Oppermann*, in: *Oppermann/Classen/Nettesheim*, § 4 Rn. 2; *Pernice*, in: *Dreier*, Art. 23 Rn. 24; *Scholz*, in: Maunz/Dürig, 69. EL 2013, Art. 23 Rn. 44; *Zippelius/Würtenberger*, § 15 Rn. 72; *Zuleeg*, NJW 2000, 2846.

152 *Nettesheim*, in: v. Bogdandy/Bast, S. 397; *Pernice*, in: *Dreier*, Art. 23 Rn. 24; *Peters*, S. 182 ff.; *Zuleeg*, NJW 2000, 2846, 2851; vgl. auch *Oeter*, in: v. Bogdandy/Bast, S. 81 ff.

153 Siehe die Begrenzung der Arbeit unten 1. Kapitel B. VII.

politische Organisationsformen erfasst. Somit werden sowohl der Einsatz des Topos „Mehrebenensystem“ als auch seine Definition in dieser Arbeit durchaus zielorientiert vorgenommen. Die Verteilung von Herrschaftskompetenzen auf eigenständige Hoheitsträger, die in Ebenen unterteilte Organisation des politischen Gesamtgebildes,<sup>154</sup> ist dann der kleinste gemeinsame Nenner sämtlicher Systeme. Selbst dezentralisierte Einheitsstaaten lassen sich darunter subsumieren, wenn und soweit auch dort auf den dezentralen Ebenen eigenständige Hoheitsgewalt ausgeübt wird.<sup>155</sup>

Neben diesen besonderen Vorteilen der Dynamik und Modernität sowie der Offenheit gegenüber sehr verschiedenen Formen und Modellen lassen sich somit gleichzeitig semantische Altlasten entsorgen, sodass politisch aufgeladene Termini wie „Staat“ oder „Souveränität“ als Einordnungsbegriffe keine konstituierenden Merkmale des Mehrebenensystems bilden. Verschiedene Zeitalter haben unterschiedliche Begriffe geprägt. Beherrschte die Souveränität des personalen Herrschers im 16. und 17. Jahrhundert den politischen Diskurs, so waren im 18. und 19. Jahrhundert Nationalstaats- und Volkssouveränität entscheidend, der Föderalismus trat spätestens seit der nord-amerikanischen Unabhängigkeit als besonderes politisches Leitbild hervor, auch wenn er seine Vorläufer in der Antike findet.<sup>156</sup> Seit dem ausgehenden 20. Jahrhundert widmet sich die Aufmerksamkeit jedoch neuen Formen des Zusammenlebens in einer zunehmend vernetzten wie internationalisierten Welt, welche sich auch durch das Übertragen von staatlichen Hoheitsrechten auf supranationale Herrschaftsebenen von vergangenen Epochen deutlich abhebt.

Dass neue Begrifflichkeiten entstehen, liegt in der Natur der Sache. Es soll hier nicht für die undifferenzierte Übernahme neuer Topoi gestritten, wohl aber die Vorteilhaftigkeit der terminologischen Reform in diesem speziellen historischen Kontext unterstrichen werden. Das Analysekonzept „Mehrebenensystem“ erweist sich jedenfalls als genereller und damit „neutraler“<sup>157</sup> und enthebt gleichzeitig von der genauen staatsrechtlichen Einordnung eines bestimmten Modells.

Nach alledem soll der Begriff „Mehrebenensystem“ hier ein politisches System beschreiben, in welchem hoheitliche Kompetenzen und Ressourcen dem Grundsatz nach auf wenigstens zwei unterschiedliche Ebenen verteilt sind, wobei wiederum ausschließlich die Allokation einer Spezialzuständigkeit, nämlich der Kompetenz für das Strafrecht, in Betracht genommen wird. Hierbei spielt es keine Rolle, dass diese Ebenen im Mehrebenensystem hinsichtlich ihrer Entscheidungsprozesse und Aufgabenerfüllung zunehmend „verflochten“ sind. Denn die „Politikverflech-

---

154 Benz, *Politik in Mehrebenensystemen*, S. 14.

155 Benz, *Politik in Mehrebenensystemen*, S. 14; siehe bereits oben 1. Kapitel B. I.

156 Vgl. zu den philosophischen Grundlagen des Föderalismus *Nida-Rümelin*, in: Härtel, Hdb. Föderalismus I, S. 145 ff.

157 *König/Rieger/Schmitt*, in: dies., S. 15; *F.C. Mayer*, *Kompetenzüberschreitung*, S. 34.

tion“<sup>158</sup> verändert zwar die Art und Weise der Entscheidungsfindung, verhindert jedoch nicht die grundsätzliche Unterscheidbarkeit der Ebenen.<sup>159</sup> Politische und formal-juristische Betrachtung sind, so könnte man sagen, eben so verschieden, dass eine politische Abhängigkeit der Entscheidungsprozesse nicht zwangsläufig dazu führt, dass die rechtlichen Grundlagen der Zuordnung des Aufgabenbereiches entfallen. Ferner können auch einzelne Hoheitsrechte übertragen werden, ohne dass die ursprüngliche Hoheitsebene selbst verschwindet. Selbst die politischen Theorien, welche sich mit der Politikverflechtung auseinandersetzen, gehen zunächst einmal als Grundvoraussetzung von der Existenz getrennter Ebenen aus, die dann im Rahmen politische Prozesse zunehmend interagieren.<sup>160</sup>

*Übersicht: Analyse-Voraussetzungen „Mehrebenensystem“*

- Politisches System
- mindestens zwei eigenständige Kompetenzebenen (zentral – dezentral), auf welche hoheitliche Kompetenzen verteilt sind

Da es hier jedoch um die Einordnung des Strafrechts in einem solchen Herrschaftsgebilde gehen soll, ist es im Rahmen dieser Abhandlung allerdings eine weitere und spezifische Voraussetzung für ein zu betrachtendes Mehrebenensystem, dass dort faktisch auch auf das Strafrecht bezogene Zuständigkeiten bestehen. Aus der Perspektive der horizontalen Gewaltenteilung lassen sich dabei wiederum verschiedene hoheitliche Funktionen ausmachen. So sind unterschiedliche legislative, exekutive oder judikative Kompetenzebenen denkbar. Es ist jedoch keine zwingende Voraussetzung, dass die entsprechenden strafrechtlichen Zuständigkeiten auch tatsächlich auf unterschiedliche Ebenen verteilt sind.<sup>161</sup> Denn die hier angestellten Überlegungen sollen gerade einen Beitrag zur Beantwortung der Frage nach der möglichen Verteilung dieser spezifischen Herrschaftsmacht liefern. Hierbei sind die vollständige Zentralisierung oder Dezentralisierung der Kompetenz nur zwei unter vielen möglichen Konzepten.

### III. Charakter der Ebenen

Das bisher Ausgeführte lässt schließlich gewisse Schlüsse und Prämissen im Hinblick auf den Charakter der Ebenen im hier verstandenen Sinne zu. Bei den unteren Ebenen handelt es sich jeweils um unterschiedliche öffentlich-rechtliche Korporationen, welche zu einem politischen Gesamtgebilde vereinigt sind, sodass eine wei-

158 Vgl. statt Vieler *König/Rieger/Schmitt*, in: dies., S. 16; *Laufer/Münch*, S. 247 ff.; *Scharpf/Reissert/Schnabel*, S. 13 ff.; *Starck*, in: Härtel, Hdb. Föderalismus I, § 1 Rn. 30.

159 *F.C. Mayer*, Kompetenzüberschreitung, S. 57.

160 *F.C. Mayer*, Kompetenzüberschreitung, S. 37.

161 Vgl. hierzu ausführlicher unten 1. Kapitel B. IV.

tere, zentrale Ebene, eine Zentralgewalt, entsteht. Als „Mehrebenensystem“ kommen die in Frage stehenden politischen Gesamtverbindungen aber nur dann in Betracht, wenn sie weiterhin zumindest theoretisch mehrere politische Ebenen für die Ausübung der Hoheitsgewalt vorsehen. Mehrebenensysteme können dabei eine Vielzahl an Ebenen aufweisen. In der Europäischen Union lassen sich z.B. unter Einbeziehung des deutschen Bundesstaates mindestens drei politische Ebenen ausmachen: Europäische Union – Mitgliedstaat – Bundesland.<sup>162</sup> Die Anzahl der Ebenen hängt allerdings mit dem Verständnis des Terminus „Ebene“ zusammen. Eine Ebene im hier behandelten Sinne hat die Voraussetzung, dass ihr eine jedenfalls partielle hoheitliche Entscheidungsmacht innerhalb eines eigenständigen Zuständigkeitsbereiches zukommt, sodass sie ein hoheitlicher Träger eigener Rechte und Pflichten ist. Im Hinblick auf die Organisation der Herrschaftsordnung geht es dabei um die Zuteilung der Verbandskompetenz an eine Ebene. Reduziert man das Verständnis des Mehrebenensystems auf dieses Kriterium, so lassen sich verschiedene Merkmale als nicht-konstitutiv ausscheiden.

So ist zunächst die Qualifizierung als „Staat“ kein erforderliches Charakteristikum einer Ebene in den hier untersuchten Mehrebenensystemen. Dies gilt sowohl für die zentrale als auch für die dezentrale Ebene. Der Begriff „Staat“ wird sehr unterschiedlich verstanden und definiert, so etwa im politikwissenschaftlichen, im staatstheoretischen, aber auch im staats- und verfassungs- oder völkerrechtlichen Sinne. Auch mag sich das moderne Bild des Staates weit entfernt haben von historischen und klassischen Begriffen.<sup>163</sup> Hier ist keineswegs der Ort einer Neu-Definition des Staatsbegriffes. Es genügt festzuhalten, dass das Konzept des politischen Mehrebenensystems eine Staatlichkeit der Ebenen gerade nicht verlangt.<sup>164</sup> Schon die allgemeine Definition des politischen Systems in der Politikwissenschaft, die oben<sup>165</sup> angeführt wurde, setzt Staatlichkeit nicht voraus, da mit der Terminologie gerade ausgedrückt wird, dass es um die Einbeziehung der EU geht, welche mit nationalstaatlichen Systemen in Vergleich gebracht werden soll. Zwar war in der Vergangenheit – zumindest seit dem ausgehenden 18. Jahrhundert – der Staat die vornehmliche Organisationsform der europäischen Gesellschaften. Die jüngere Entwicklung der Organisation politischer Herrschaft hat jedoch auch andere Formen hervorgebracht.<sup>166</sup>

Zum einen werden bei supranationalen Verbänden, aber auch bei völkerrechtlichen Staatenverbindungen wie dem Staatenbund, zwar Hoheitsrechte auf die zentrale Ebene übertragen, gleichwohl wird die zentrale Ebene nach ganz herrschender

162 Vgl. etwa *Scholz*, in: Maunz/Dürig, 69. EL 2013, Art. 23 Rn. 44.

163 *Benz*, Politik in Mehrebenensystemen, S. 13; *Ipsen*, Staatsrecht I, § 1 Rn. 4.

164 Vgl. auch *F. Meyer*, Demokratieprinzip, S. 67 ff.

165 1. Kapitel B. I.

166 Vgl. auch *F. Meyer*, Demokratieprinzip, S. 67 ff.

Ansicht dadurch nicht notwendigerweise selbst zu einem „Staat“. <sup>167</sup> Im Völkerrecht <sup>168</sup> ist Ausgangspunkt diesbezüglich immer noch die von *Jellinek* <sup>169</sup> entwickelte „Drei-Elemente-Lehre“, nach welcher ein „Staat“ ein Staatsgebiet, ein Staatsvolk und eine Staatsgewalt voraussetzt. Mittels dieser Lehre lässt sich immerhin normativ bestimmen, wann einem Personenverband völkerrechtliche Anerkennung zukommen kann. Es wurde bereits angeführt, <sup>170</sup> dass die EU kein Staat ist. Sie zeichnet sich u.a. gerade dadurch aus, dass keine Kongruenz von Territorium und umfassender Staatsgewalt besteht, sondern nur eine begrenzte Einzelzuständigkeit. Überdies verfügt sie auch nicht über ein umfassendes Gewaltmonopol, etwa zur eigenständigen Strafverfolgung.

Zum anderen ist aber auch die „Staatlichkeit“ der unteren Ebenen innerhalb von Gesamtstaatsgebilden nicht immer eindeutig. Diese kann zunächst schon in Bezug auf Bundesstaaten fraglich sein, denn die Unterordnung eines Staates unter einen Gesamtstaat wurde seit jeher als problematisch angesehen und hat letztlich auch dazu geführt, dass das Verständnis des Staatsbegriffes stark variiert. <sup>171</sup> Dies gilt nicht nur für die möglichen Divergenzen zwischen dem Staatsbegriff des Völkerrechts und der Sicht des jeweiligen Verfassungsrechts, sondern auch innerhalb dieser Disziplinen und hängt u.a. damit zusammen, inwieweit die „Souveränität“ als Wesensmerkmal eines Staates angesehen wird. Aus völkerrechtlicher Sicht dürfte es sich etwa bei den Bundesländern in Deutschland, den Gliedstaaten in den USA oder den Provinzen in Kanada nicht um „echte Staaten“ handeln. <sup>172</sup>

Dies wird hingegen aus der Perspektive des jeweiligen Verfassungsrechts durchaus anders beurteilt. So gehen etwa US-amerikanisches und deutsches Staats- und Verfassungsrecht davon aus, dass neben der zentralen Ebene auch die Gliedstaaten und Bundesländer Staatscharakter haben. <sup>173</sup> Noch problematischer ist die Beurteilung allerdings bei dezentralisierten Einheitsstaaten. So dürfte im Rahmen des Gesamtstaates des Vereinigten Königreiches von Großbritannien und Nordirland jedenfalls der völkerrechtliche Staatscharakter der Ebenen Nordirland, Schottland

167 *Jellinek*, Staatenverbindungen (1882), S. 178; *Sommermann*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Art. 20 Rn. 22; *Stern*, Staatsrecht I, S. 654; *Zippelius/Würtenberger*, § 14 Rn. 3; siehe zum Staatenbund noch unten 2. Kapitel B. I.

168 Dazu *Herdegen*, Völkerrecht, § 8 Rn. 3 f.; *Ipsen*, Staatsrecht I, § 1 Rn. 5; *ders.*, Völkerrecht § 5 Rn. 2 ff.

169 *Jellinek*, Allg. Staatslehre (3. Aufl. 1928; Neuauf. 1960), S. 394 ff.

170 Oben 1. Kapitel B. I.

171 Siehe dazu noch unten 2. Kapitel B. IV.

172 Vgl. etwa *Herdegen*, Völkerrecht, § 8 Rn. 2 ff.; v. *Münch/Mager*, Rn. 689.

173 Vgl. für die heutige deutsche Sicht BVerfGE 1, 14, 34; 60, 175, 207; *Herzog/Grzeszick*, in: Maunz/Dürig, 69. EL 2013, Art. 20 IV Rn. 15, 35; *Huster/Rux*, in: Beck OK GG, Stand: 1.11.2013, Art. 20 Rn. 7; *Laufer/Münch*, S. 16; *Sommermann*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Art. 20 Rn. 26; *Stern*, Staatsrecht I, S. 644 f., 651, 667; *Zippelius/Würtenberger*, § 14 Rn. 5; in den Vereinigten Staaten streitet schon der Name dieses Staatsgebildes für diese Sicht, ferner spricht die U.S. Constitution durchgängig von den *States*; näher zum US-amerikanischen Recht unten 3. Kapitel B.

oder Wales wiederum fraglich sein.<sup>174</sup> Gleichwohl sollen sowohl die Bundesrepublik Deutschland, die USA, das Vereinigte Königreich von Großbritannien und Nordirland als auch die EU als Mehrebenensysteme in die Betrachtung einfließen, welche daher gerade nicht auf (Bundes-)Staaten beschränkt ist. In jedem dieser Systeme werden öffentliche Aufgaben auf verschiedenen Ebenen erfüllt. Das Mehrebenenkonzept ist daher sowohl offen für bündische Systeme, in welchen sich Staaten derart verbinden, dass die zentrale Ebene nicht zum „Staat“ avanciert, obwohl Hoheitsrechte auf Bundesorgane übertragen werden, als auch für Staaten, in denen die dezentrale Ebene keinen Staatscharakter hat. Denn entscheidend für ein Mehrebenensystem ist lediglich die Verteilung von Herrschaftsmacht auf verschiedene hoheitliche Entscheidungsträger. Daraus folgt, dass die Ebenen im Mehrebenensystem keinen Staatscharakter haben müssen. Es ist ein bedeutsamer „Perspektivenwechsel“<sup>175</sup> des Mehrebenenansatzes, dass er auf politische Ebenen blickt und nicht auf Staaten.

Aus dem gleichen Grunde ist eine „Voll-Souveränität“ im Sinne vollständiger völkerrechtlicher Unabhängigkeit nach außen und höchster Befehlsgewalt nach innen<sup>176</sup> für die Annahme einer zentralen oder dezentralen „Ebene“ in dieser Abhandlung nicht erforderlich. Generell erscheint es fraglich, ob die Klärung des Vorhandenseins einer solchen bei der Betrachtung einer auf Ebenen verteilten und koordiniert ausgeübten Hoheitsgewalt überhaupt noch erfolgen muss. Selbst wenn man aber davon ausginge, dass es in jedem politischen System eine Ebene geben muss, die souverän ist, so dürfte insbesondere aus der Sicht des Völkerrechts eine solche nicht unbedingt jeder politischen Ebene zukommen. Dieses würde den unteren Ebenen im Bundes- oder im dezentralisierten Einheitsstaat nämlich z.B. keine (völkerrechtliche) Souveränität attestieren. Gleichwohl handelt es sich jeweils um politische Mehrebenensysteme, da Herrschaft auf mehreren Ebenen ausgeübt wird.

Verlässt man die Ebene des Völkerrechts, so wird die Frage der Souveränität der dezentralen Ebenen aber auch im Verfassungsrecht der einzelnen Systeme durchaus nicht einheitlich beantwortet.<sup>177</sup> Es fragt sich schon, ob es eine solche in einem gewaltenteiligen Modell überhaupt geben kann. Sieht man Souveränität als teilbar an, so kann sie auf beiden Ebenen angesiedelt sein, ist sie ultimatim und unteilbar, wie dies insbesondere das Verständnis des Einheitsstaates und der Parlamentssouveränität ist,<sup>178</sup> so kann sie nur einer Ebene des Systems zukommen. Bei Staaten-

174 Vgl. dazu Alder, S. 182; Malanczuk, S. 75 ff.; vgl. auch Forster, in: Sieber/Cornils, S. 129: Keine Staaten sondern Landesteile; Summers, in: Sieber/Cornils, S. 553: Schottland kein souveräner Staat; allgemein zum Staatscharakter der unteren Ebenen im Einheitsstaat Sommermann, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Art. 20 Rn. 22; zum Vereinigten Königreich von Großbritannien und Nordirland vgl. ferner unten 3. Kapitel D.

175 Benz, Politik in Mehrebenensystemen, S. 15.

176 Vgl. zu diesem Begriffsverständnis Meyer/Anschütz (1919; Neuauf. 2005), S. 24; Peters, S. 127; Quaritsch, Souveränität, S. 23; Randelzhofer, HStR II, 3. Aufl. 2004, § 17 Rn. 23; Schliesky, S. 57.

177 Dazu noch unten 2. Kapitel B. IV.

178 Siehe unten 2. Kapitel A.

verbindungen ist die „Souveränitätsfrage“ seit Jahrhunderten umstritten. Sieht man die Souveränität schon als konstitutives Merkmal eines Staates insgesamt an, so lässt sie sich wiederum nicht trennen von der Einordnung einer Ebene als Staat bzw. bedingt dieselbe. Aber auch wenn man den Staatsbegriff von der Souveränität lösen will, wie dies seit *Jellinek*<sup>179</sup> z.B. im deutschen Staatsrecht für möglich gehalten wird, ist man weit entfernt von einer klaren Konturierung dieser Terminologie. Ungeklärt ist aber nicht nur, ob die Gliedstaaten eines Bundesstaates (teil-)souverän bleiben, sondern auch inwieweit ein solches Attribut einer supranationalen Ebene zugeschrieben werden kann.<sup>180</sup> Gerade im Rahmen der EU wird demgemäß seit geraumer Zeit darüber gestritten, wie die Souveränitätsfrage zu beurteilen ist.<sup>181</sup> Diesen Fragen wird sich diese Untersuchung in gegebenem Umfang widmen, denn sie betreffen auch und gerade die konkrete Ausgestaltung eines Systems. Schon hier soll jedoch erwähnt werden, dass es bei der Souveränitätsfrage aus der Perspektive der Volkssouveränität um die Organisation der Demokratie und die Legitimität der Herrschaft geht.<sup>182</sup> Das demokratische Mehrebenensystem ermöglicht eine Selbstverwirklichung auf verschiedenen Ebenen und ist dabei ausgerichtet auf effektive arbeitsteilige Aufgabenerfüllung im Hinblick auf ebenenüberschreitende Probleme.

Jedenfalls muss die Frage der Souveränität auf der ersten Stufe, der Einordnung eines politischen Gebildes als Mehrebenensystem, noch nicht geklärt werden. Denn es wäre zumindest theoretisch möglich, zwei Mehrebenensysteme zu vergleichen, wenn bei einem die zentrale und beim anderen die dezentrale Ebene alleine souverän ist. Dies würde beide Systeme noch nicht für die Analyse disqualifizieren. Es ist demnach keine Voraussetzung einer „Ebene“ im hier angenommenen Sinne, dass das Völkerrecht oder die herrschende Doktrin der jeweiligen Rechtsordnung ihr die alleinige Souveränität zuschreibt,<sup>183</sup> oder anders formuliert: Es müssen jedenfalls nicht zwingend beide Ebenen des Systems vollsouveräne Staaten im völkerrechtlichen Sinne sein. Denn das Mehrebenenkonzept verlangt lediglich die Aufteilung von Kompetenzen auf politische Ebenen.

Damit ist aber an dieser Stelle der Untersuchung noch keine Entscheidung darüber getroffen, ob der Souveränität nicht dennoch eine wichtige Bedeutung im Hinblick auf die konkrete Verteilung der strafrechtsbezogenen Kompetenzen innerhalb eines organisierten politischen Gebildes zukommen kann, wie dies etwa das BVerfG<sup>184</sup> in seiner Lissabon-Entscheidung im Hinblick auf die EU betont hat.

179 *Laufer/Münch*, S. 16; *Zippelius/Württemberg*, § 14 Rn. 5; vgl. dazu noch unten 2. Kapitel B. IV. und 3. Kapitel A. I. 2. b).

180 Vgl. dazu schon *Jellinek*, *Staatenverbindungen* (1882), S. 184; ferner *F.C. Mayer*, *Kompetenzüberschreitung*, S. 46; kritisch noch *Verdross/Simma*, § 37.

181 Dazu noch unten 2. Kapitel C. IV. 1.

182 *Oeter*, *ZaöRV* 55 (1995), 659; *ders.*, in: v. Bogdandy/Bast, S. 97; siehe dazu unten 2. Kapitel C. IV. 1. f).

183 Vgl. auch *F.C. Mayer*, *Kompetenzüberschreitung*, S. 46.

184 BVerfGE 123, 267.

Konsequenterweise ist ferner die (unbeschränkte) Völkerrechtssubjektivität, welche etwa den Gliedstaaten eines Bundesstaates oder den Ebenen im Unionsstaat fehlen mag,<sup>185</sup> kein notwendiges Merkmal einer Ebene.

Es ist vielmehr ausreichend, dass die politische Ebene einen Kompetenzträger und eine eigenständige Entscheidungsebene im Rahmen eines organisierten Verbandes bildet. Der Blick auf sämtliche hier behandelten Systeme verdeutlicht, dass im Rahmen eines solchen Gefüges auch nicht beide Ebenen eine so genannte „Kompetenz-Kompetenz“, also die Macht zur Erweiterung der eigenen Zuständigkeiten, haben. Dies gilt naturgemäß besonders im Unionsstaat des Vereinigten Königreiches von Großbritannien und Nordirland, in welchem das Parlament in Westminster zumindest verfassungstheoretisch auch in den auf die dezentrale Ebene übertragenen Bereichen weiterhin die Kompetenz zur Gesetzgebung und damit letztlich auch zur Rücknahme der *devolution* besitzt.<sup>186</sup> Der Begriff der Kompetenz-Kompetenz ist denn auch eher zugeschnitten auf hierarchisch gegliederte Gebilde wie den Einheitsstaat. Für die EU ist diese Frage zwar noch nicht abschließend geklärt, das BVerfG<sup>187</sup> entschied jedoch jüngst, dass der EU selbst eine „Kompetenz-Kompetenz“ trotz der Existenz von Art. 352 AEUV nicht zukomme. Unabhängig von der Klärung dieser Frage folgt daraus, dass die „Kompetenz-Kompetenz“ wiederum kein notwendiges Merkmal einer Ebene im Mehrebenensystem bildet. Auch diese Frage muss also für die Einordnung nicht entschieden werden, denn ohnehin könnten jedenfalls nicht beide Ebenen über eine solche Macht der Entscheidung über die Verteilung der Zuständigkeiten verfügen.

Aus ebendiesen Gründen folgt auch, dass es ebenso nicht erforderlich ist, dass das eigene Recht nicht wieder entzogen werden kann. Denn wenn in den angeführten Beispielen eine Ebene über eine „Kompetenz-Kompetenz“ verfügen sollte, so bedeutete dies, dass die andere Ebene ihre verfassungsmäßigen Zuständigkeiten durch Verfassungsänderung auch wieder verlieren kann. Faktisch besteht aber durch die konkrete Organisation der Kompetenzverteilung im *status quo* eine Mehrebenenstruktur. Dem steht nicht entgegen, dass sie in der Zukunft (verfassungs-)theoretisch beseitigt werden kann, wie etwa im Hinblick auf die „*devolution*“ im Vereinigten Königreich von Großbritannien und Nordirland.

185 Dazu *Herdegen*, Völkerrecht, § 8 Rn. 30; *Ipsen*, Völkerrecht § 5 Rn. 21.

186 Vgl. etwa s. 28 (7) SA 1998: „*This section does not affect the power of the Parliament of the United Kingdom to make laws for Scotland*“; ebenso in s. 5 (6) NIA 1998 und s. 107 (5) GWA 2006; dazu *Barendt*, S. 59; *Bogdanor*, *The New British Constitution*, S. 112 f.; *Sydow*, ZaöRV 2004, 65, 80.

187 BVerfGE 123, 267, 392 ff.; ebenso *Ipsen*, Staatsrecht I, § 3 Rn. 58; vgl. auch bereits BVerfGE 89, 155, 192; dazu *Grzeszick*, in: Maunz/Dürig, 69. EL 2013, Art. 20 II Rn. 279; siehe aber auch *Habermas*, Zur Verfassung Europas, S. 70; dazu ausführlich unten 2. Kapitel C. IV. 1. d).

#### IV. Strafrecht im Mehrebenensystem versus strafrechtliches Mehrebenensystem

Sind die konstituierenden Elemente erfüllt, so ist das jeweilige (national-)staatliche oder supranationale System für die Analyse qualifiziert. Erst dann kann die tatsächliche Verteilung der strafrechtsbezogenen Kompetenzen untersucht werden. Damit ist aber noch keine Aussage darüber getroffen, dass tatsächlich auch eine Aufteilung der Strafgewalt innerhalb des Systems erfolgt. Vielmehr bilden auch die vollständige Zentralisierung oder Dezentralisierung strafrechtlicher Kompetenz eine mögliche Option. Das Mehrebenensystem bleibt nämlich insgesamt erhalten, solange beide Ebenen weiterhin jedenfalls über irgendwelche Kompetenzen verfügen, auch wenn diese nicht-strafrechtlicher Art sind.

Es sollen hier daher nicht nur „strafrechtliche Mehrebenensysteme“<sup>188</sup> betrachtet werden, in welchen also die auf das Strafrecht bezogenen Zuständigkeiten tatsächlich auf mehreren Ebenen ausgeübt werden, sondern auch solche Modelle, bei denen dies gerade nicht geschieht, vorausgesetzt es handelt sich dennoch insgesamt um ein politisches Mehrebenensystem. Denn wenn die Frage, auf welche Ebene strafrechtliche Kompetenzen in einem Mehrebenensystem überhaupt übertragen werden können oder sollten, den Fokus der Analyse bildet, so ist diese damit denklogischerweise auch offen für „strafrechtliche Einebenensysteme“,<sup>189</sup> d.h. solche supranationalen oder staatlichen Herrschaftsverbünde, in welchen trotz des grundsätzlichen Bestehens mehrerer Kompetenzträger das Strafrecht nur einer Ebene zugewiesen ist. Angenommen ein Mehrebenenstaat konzentriert, wie etwa Kanada,<sup>190</sup> die strafrechtliche Gesetzgebungskompetenz ausschließlich auf einer Ebene, z.B. der zentralen Bundesebene, so handelt es sich – zumindest von der Verfassungsstruktur her besehen – um ein legislatives strafrechtliches Einebenensystem.

Dennoch kann es in die Analyse einbezogen werden, da Kanada insgesamt ein föderativer Bundesstaat, damit also ein politisches Mehrebenensystem, ist und weil dann gerade die spezifischen Gründe der Entscheidung für eine Allokation der strafrechtlichen Gesetzgebungskompetenz auf der zentralen Ebene betrachtet werden können. Gleiches gilt in Bezug auf die anderen Gewalten. Ist die Strafjustiz z.B. ausschließlich dezentral organisiert, wie etwa derzeit in der EU,<sup>191</sup> so erlaubt das hier zu Grunde gelegte Analysekonzept auch die Einbeziehung dieses Modells, selbst wenn es sich diesbezüglich dann wiederum um ein strafrechtliches Einebenensystem im Bereich der Rechtsprechung handeln mag.

Aus demselben Grunde soll auch nicht von „Mehrebenensystemen im Strafrecht“ die Rede sein. Eine solche Bezeichnung oder Blickrichtung würde nämlich

188 Vgl. zu solchen etwa Sieber, ZStW 121 (2009), 1, 16 ff.; ders., in: Sieber/Brüner/Satzger/v. Heintschel-Heinegg, Einführung Rn. 13.

189 Zu diesem Begriff Sieber, ZStW 121 (2009), 1, 25.

190 Vgl. zur Analyse des kanadischen Strafrechtssystems unten 3. Kapitel C.

191 Vgl. zur Europäischen Union noch unten das 4. Kapitel.

zusätzlich implizieren, dass „das Strafrecht“ losgelöst vom jeweiligen Politik- oder Aufgabenbereich zu beurteilen wäre. Eine solche Kategorisierung mag zwar nach dem deutschen Grundgesetz, welches sich einer „statischen Zuständigkeitsverteilung“<sup>192</sup> bedient, durchaus möglich sein, da dieses in Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG z.B. die Gesetzgebungskompetenzen nach „Materien“<sup>193</sup> zuweist und das Strafrecht insgesamt als solche begreift. Sie entspricht aber beispielsweise nicht dem anglo-amerikanischen Verständnis, denn nach diesem bilden strafrechtliche Sanktionen nur eine unter verschiedenen Maßnahmen zur Verfolgung eines bestimmten Zieles. Folglich weist die U.S. Constitution auch nicht „das Strafrecht“ als Gesamtgegenstand einer Ebene zu, sondern zählt Einzelzuständigkeiten des Bundes auf, sodass Gesetze, welche auf diese Kompetenzen gestützt werden, mit strafrechtlichen Bestimmungen versehen werden können.<sup>194</sup> Die Strafrechtskompetenz folgt dann nur aus einer sonstigen Zuständigkeit für ein bestimmtes Feld. Im US-amerikanischen Verfassungssystem sind also nur einzelne Aspekte der Strafgesetzgebung, Strafjustiz und Strafverfolgung auf die Ebenen verteilt.

Der Ausdruck „Mehrebenensysteme im Strafrecht“ als Oberbegriff für diese Abhandlung erschiene daher insgesamt bestenfalls missverständlich bzw. zu sehr von einem deutschen Verständnis vorgeprägt. Das Analysekonzept „Strafrecht im Mehrebenensystem“ setzt stattdessen das Bestehen eines politischen Mehrebenensystems voraus und fokussiert erst danach die Blickrichtung auf die Strafrechtskompetenz als speziellem Ausdruck der Herrschaftsgewalt in diesem Gebilde. Dies bedeutet aber auf der anderen Seite nicht, dass nicht auch und gerade durch die Zuweisung einer spezifischen strafrechtlichen Jurisdiktion auf eine (andere) Ebene ein rechtliches Mehrebenensystem erst entsteht. Wenn eine Staatengemeinschaft sich etwa entschließt, eine (übergeordnete) Instanz zur Strafrechtssetzung durch Übertragung entsprechender Hoheitsrechte auf der internationalen Ebene zu etablieren, so wird dadurch ein rechtliches Mehrebenensystem für einen bestimmten Sektor geschaffen, wie z.B. im Völkerstrafrecht.

## V. Begrenzung der Untersuchung

Diese Arbeit behandelt nur einen Teilausschnitt des umfangreichen Themenfeldes Strafrecht im Mehrebenensystem. Sie untersucht nämlich nur ausgewählte staatliche Mehrebenensysteme und die EU. Letztlich konzentriert sie sich damit auf ein bestimmtes Erkenntnisziel, nämlich auf die Herausarbeitung von Verschiedenheiten und Gemeinsamkeiten dieser staatlichen Systeme mit der nicht-staatlichen EU. Auch wenn zwischen staatlichen und supranationalen Systemen grundlegende Un-

192 Satzger, Intern. und Europ. Strafrecht, § 9 Rn. 3.

193 Badura, Staatsrecht, Teil D. Rn. 78, Teil F. Rn. 28.

194 Ausführlich dazu Reinbacher, Das Strafrechtssystem der USA, passim; vgl. ferner unten 3. Kapitel B.

terschiede bestehen, wird die Untersuchung zeigen, dass teilweise auch überraschende Parallelen auftreten. Die Analyse wird daher etwa Internationale Organisationen wie die Vereinten Nationen, den Europarat oder die Organisation für wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung, das Völkerstrafrecht oder lose Staatenbünde auslassen bzw. nur in Querverweisen aufgreifen, wenn dies opportun erscheint. Internationale Organisationen haben z.B. qualitativ andere Probleme im Hinblick auf die Legitimation der Strafrechtssetzung zu erfüllen. Zur Untersuchung der diesbezüglichen Fragen sei auf die umfassende Erörterung von *F. Meyer* verwiesen.<sup>195</sup>

Damit soll nicht unbedingt zum Ausdruck gebracht werden, dass die EU nun auf dem Weg zur (Bundes-)Staatlichkeit ist, sodass diese Arbeit schon einmal vorab klärt, welche Modelle zur Verfügung stünden, wenn dieses Ziel erreicht ist. Sie kann so gelesen werden, wenn man Strafrechtssetzung generell unter den Vorbehalt der Staatlichkeit stellen will.<sup>196</sup> Diese Ansicht bildet jedoch nicht die Grundlage dieser Erörterung. Es ist nämlich nicht ausgeschlossen, dass im europäischen Mehrebenensystem noch auf lange Sicht Herrschaftsgewalt jenseits des Staates ausgeübt wird. Jedenfalls würde beim Übergang in den europäischen Bundesstaat die hier vorgenommene Analyse aber nicht obsolet.

Die drei betrachteten Bundesstaaten und auch die EU verfolgen dabei eine föderale Organisation der Hoheitsgewalt, indem sie beiden Ebenen in verfassungsmäßig abgesicherter Weise Kompetenzen zuweisen. Da im Vereinigten Königreich von Großbritannien und Nordirland jedenfalls vom Grundsatz her weiter die Parlamentsouveränität gilt und die *devolution* der Zuständigkeiten nur politisch gesichert ist, besteht insofern zwar ein grundlegender Unterschied, letztlich ist jedoch auch hier *de facto* eine „quasi-föderale“ Aufteilung von Herrschaft zu finden.<sup>197</sup> Daher betrachtet diese Arbeit auch nur eine solche föderale bzw. föderationsähnliche Kompetenzverteilung im politischen Mehrebenensystem. Der Terminus Mehrebenensystem erlaubt, wie bereits erläutert,<sup>198</sup> auch die Einbeziehung von (noch) nicht vollständig föderalisierten sowie von nicht-staatlichen Gebilden.

Des Weiteren ist die Untersuchung, insbesondere im Hinblick auf die Modellbildung, auf zwei Ebenen begrenzt. Zwar lässt sich in der EU sogar von einem Vier-Ebenen-System sprechen,<sup>199</sup> wenn man die EU als zentrale Ebene behandelt und sodann etwa die dezentrale Ebene des Mitgliedstaates Bundesrepublik Deutschland weiter aufgliedert und neben der Bundes- und Landesebene auch die Kommunen berücksichtigt. Gemeinden als Selbstverwaltungskörper sind in der Regel jedoch

195 *F. Meyer*, Strafrechtsgenese, passim.

196 Vgl. nur die Stimmen, die im 2. Kapitel C. IV. 2. c) bb) zu Wort kommen.

197 So etwa *Bogdanor*, *Devolution*, S. 290, 295; vgl. auch *Himsworth/Munro*, S. XVIII: „*semi-federal*“.

Dies wird unten noch ausführlich erläutert; vgl. unten 2. Kapitel A. sowie 3. Kapitel D. I.

198 Siehe oben 1. Kapitel B. II.

199 *Benz*, *Politik in Mehrebenensystemen*, S. 27.

staatsrechtlich nur Teile des jeweiligen Gliedstaates und üben keine eigenen Rechte aus, sondern handeln im Namen oder jedenfalls unter Aufsicht desselben.<sup>200</sup> Es ist eine Besonderheit des deutschen Rechts, dass auch den Gemeinden durch Art. 28 GG eine verfassungsrechtlich gesicherte Position zukommt. Schließlich ist es zwar so, dass auch die lokale Ebene Bußgelder verhängen kann, in Kanada, den USA, aber auch im Vereinigten Königreich von Großbritannien und Nordirland werden etwa auf lokaler Ebene „*by-laws*“ erlassen, welche auch „*offences*“ als Sanktion zur wirksamen Durchsetzung der Bestimmungen kreieren können. Da es sich bei den dort festgelegten „*fines*“ jedoch in der Regel nur um Strafrecht im weiteren Sinne handeln dürfte, fallen sie schon deshalb aus der Analyse, weil hier nur das Kriminalstrafrecht behandelt werden soll.<sup>201</sup>

Selbst wenn einmal mehr als zwei Ebenen des Gesamtsystems kriminalstrafrechtliche Sanktionen verhängen können, so interessiert hier jedoch insgesamt nur die Frage „zentral oder dezentral?“, zu deren Beantwortung die Betrachtung von zwei Ebenen grundsätzlich genügt. Die noch weiter gehende Aufsplitterung hat dann keine darüber hinausgehende Aussagekraft mehr. Denn wenn die verfassungspolitische Entscheidung „dezentral“ lautet, so kann dies durchaus bedeuten, dass dann noch weiter aufgeteilt werden kann. Das System hat sich dann nämlich für eine grundsätzlich dezentrale Ausrichtung entschieden und kann daraufhin die konkrete weitere Ausprägung vornehmen. Insofern genügt diesbezüglich der Hinweis, dass die Einzelstaaten zuständig sind, diese untergliedern dann u.U. weiter.

---

200 Vgl. auch *Jellinek*, Staatenverbindungen (1882), S. 40 ff.

201 Siehe zu dieser Begrenzung bereits oben 1. Kapitel A. II. 1.



## 2. Kapitel

### Verteilung der Straf Gewalt in staatlichen und überstaatlichen Mehrebenensystemen – Fragen der demokratischen Legitimität und Souveränität

Politische Systeme, in denen hoheitliche Macht auf unterschiedlichen Ebenen ausgeübt wird, können auf vielfältige Weise entstehen, etwa durch den Zusammenschluss von autonomen Staaten oder durch die Dezentralisierung eines zuvor einheitlich strukturierten Staatswesens. Oftmals mag es sich dabei weiterhin um staatliche Gebilde handeln, häufig mögen zentrale und dezentrale Ebenen, zuweilen auch eine hierarchische Struktur anzutreffen sein. Daneben sind aber, wie gerade durch die EU exemplifiziert, auch supranationale Zusammenschlüsse zu Mehrebenenstrukturen sowie eine nicht-hierarchische Koexistenz der Ebenen möglich. Mehrebenensysteme lassen ferner sehr verschiedene Arten der Verteilung strafrechtsbezogener Kompetenzen zu.<sup>1</sup> Dabei kann eine effektive Problemlösung in verschiedenen Bereichen letztlich die Zuweisung von Aufgaben an verschiedene Ebenen und damit eine Aufteilung der Zuständigkeit erfordern.

Moderne Mehrebenensysteme sehen sich des Weiteren im Hinblick auf die Kriminalitätsbekämpfung aber auch regelmäßig mit ähnlichen Problemen konfrontiert.<sup>2</sup> Erstens überschreiten Straftäter und Straftaten Grenzen zwischen den Staaten oder dezentralen Ebenen, sodass diese alleine dem Phänomen nicht Herr werden können.<sup>3</sup> Regelungen auf der zentralen Ebene können hier eine Lösung bieten. Zweitens stehen jeder Ebene eigene Rechtsgüter zu, wie etwa im Hinblick auf ihren Bestand, ihre politischen Organe sowie ihre Finanzmittel, deren Schutz sie wiederum verfolgen will, auch mit strafrechtlichen Mitteln.<sup>4</sup> Drittens kann es sein, dass sich gemeinsame Werte entwickeln, die einheitlich, d.h. zentral, geschützt werden müssen.<sup>5</sup> Viertens kann auf jeder Ebene auch die Durchführung bestimmter Politiken und der diesbezügliche Rechtsgüterschutz es erfordern, dass eine strafrechtliche Absicherung erfolgt. Auf der anderen Seite kann es gerade Ziel sein, Menschen-, Bürger- und Freiheitsrechte, aber auch die Rechte der Beschuldigten einheitlich zu schützen, sodass auch hier zentrale Regelungen notwendig werden können.<sup>6</sup>

1 Zu verschiedenen abstrakten Möglichkeiten der Kompetenzverteilung innerhalb eines Mehrebenensystems siehe noch unten ausführlich das 5. Kapitel.

2 Siehe noch unten 5. Kapitel B. II. 2.

3 Sieber, ZStW 119 (2007), 1, 4 ff.; ders., ZStW 121 (2009), 1, 3 f.; ders., in: Sieber/Brüner/Satzger/v. Heintschel-Heinegg, Einführung Rn. 204 ff.

4 Gröbblinghoff, S. 38 ff.; Hefendehl, in: Schönemann, Alternativentwurf, S. 84; Heger, ZIS 2007, 547, 550; Schönemann, in: ders., Alternativentwurf, S. 80; Sieber, ZStW 121 (2009), 1, 5; ders., in: Sieber/Brüner/Satzger/v. Heintschel-Heinegg, Einführung Rn. 208 ff.; Tiedemann, NJW 1990, 2226, 2231 f.

5 Sieber, ZStW 121 (2009), 1, 6.

6 Sieber, ZStW 121 (2009), 1, 8 ff.

All diese Fragen betreffen etwa Bundesstaaten in ähnlicher Weise wie die föderale EU oder den dezentralisierten Unionsstaat des Vereinigten Königreiches von Großbritannien und Nordirland. Daher stellen sich, unabhängig von der konkreten Organisationsform, ähnliche Herausforderungen. Gerade darin liegen Grund und Rechtfertigung der Einbeziehung sowohl staatlicher als auch supranationaler Systeme in die Analyse. Es handelt sich hier nicht um einen Vergleich von Äpfeln und Birnen, sondern um die Akzeptanz der sich verschiebenden Grenzen. Das Mehrebenenkonzept erkennt an, dass die überkommenen völker- und staatsrechtlichen Verbindungen sich zunehmend annähern und ineinander übergehen, sodass Unterscheidungen schwierig werden. Dies gilt nicht nur für konkrete staatliche oder internationale Systeme, sondern auch für dahinter stehende politische Konzepte, wie etwa das föderative Prinzip. Der Terminus Mehrebenensystem umfasst ein ganzes Spektrum von der Staatenverbindung bis hin zum dezentralisierten Unionsstaat.<sup>7</sup>

So nähern sich etwa sowohl die EU als auch das Vereinigte Königreich von Großbritannien und Nordirland einem föderalen (Bundes-)Staat an, wenngleich aus zwei verschiedenen Richtungen. Die EU verbindet Strukturen des Staatenbundes mit solchen des Bundesstaates, das Vereinigte Königreich von Großbritannien und Nordirland solche des Einheitsstaates mit der Föderation. Erstere lässt sich bereits jetzt als föderal,<sup>8</sup> Letzteres immerhin als „quasi-föderal“<sup>9</sup> bezeichnen. Auch werden die klassischen bündischen Systeme jeweils so unterschiedlich interpretiert und ausgestaltet, dass einerseits die Einordnung eines bestimmten Gefüges unter einen der tradierten Oberbegriffe durchaus problematisch sein kann und sich andererseits deshalb auch aus der Bezeichnung noch keine allgemeingültigen Schlüsse ziehen lassen. *Wheare* hielt beispielsweise das Deutsche Reich von 1870/1871 noch für so stark von Preußen dominiert, die Bundesrepublik Deutschland nach 1949 hingegen für so zentralisiert, dass er in beiden Fällen nur eine „quasi-föderale“ Regierungsform verwirklicht sehen mochte,<sup>10</sup> wenngleich die herrschende deutsche Staatstheorie beide als föderale Bundesstaaten einstuft. Im Rahmen einer abstrakten Betrachtung ließe sich daher die traditionelle Einordnung vollständig vernachlässigen und schlicht von einem Mehrebenensystem sprechen.

Dies ist aber erstens dann nicht möglich, wenn das jeweilige System konkret erklärt werden soll. Denn dann spielt es eine Rolle, welche Ausgestaltung es durch den jeweiligen Verfassungsgeber erhalten hat, welches Element der Staatenverbin-

7 Vgl. zu diesem Spektrum auch *Alder*, S. 188 f., der indessen nicht den Begriff Mehrebenensystem verwendet; siehe bereits oben 1. Kapitel B. II.

8 *Nettesheim*, ZEuS 2002, 507; *ders.*, in: v. Bogdandy/Bast, S. 397; *Pernice*, in: Dreier, Art. 23 Rn. 24; *Peters*, S. 182 ff.; *Zuleeg*, NJW 2000, 2846, 2851; vgl. auch *Oeter*, in: v. Bogdandy/Bast, S. 81 ff.; siehe bereits oben 1. Kapitel B. II.

9 So etwa *Bogdanor*, *Devolution*, S. 290, 295; vgl. auch *Himsworth/Munro*, S. XVIII: „semi-federal“.

10 *Wheare*, S. 6, 29 f. (bzgl. des Deutschen Reiches von 1870/71) und S. 26 (bzgl. der Bundesrepublik Deutschland).

dung also stärker betont wurde, so etwa die Frage, ob und wie viel „Souveränität“ der Ebenen, im modernen demokratischen Sinne: des Volkes der konstituierenden Teile,<sup>11</sup> bestehen soll. Denn jedes Übertragen von Hoheitsrechten, insbesondere Gesetzgebungskompetenzen, auf die andere Ebene hat Einfluss auf die konkrete Handlungsfähigkeit und die Einflussmöglichkeiten der Bürgerinnen und Bürger. Zweitens bestimmt die Nähe zu einem bestimmten klassischen Konzept bzw. einer bestimmten Auffassung vom Charakter der Verbindung die Anwendungsvoraussetzungen eines Modells. Drittens macht es gerade die immer wieder betonte enge Anbindung des Strafrechts an „Souveränität“ und demokratische Legitimität notwendig, im gebotenen Umfang auch über diese Elemente der Mehrebenensysteme nachzusinnen. Es erscheint deshalb hilfreich, die hier behandelten Modelle des dezentralisierten Einheitsstaates,<sup>12</sup> des Bundesstaates<sup>13</sup> sowie des relativ jungen Systems der EU,<sup>14</sup> die Auswirkung der jeweiligen Ausprägung auf die strafrechtliche Kompetenzverteilung und die Probleme der demokratischen Legitimität und Souveränität skizzenhaft darzustellen, soweit sie sich als Modifikatoren oder gar Hindernisse einer bestimmten Strafrechtsordnung im Mehrebenensystems erweisen können.

Dieses zweite Kapitel mag daher als eine Art Allgemeiner Teil dieser Arbeit verstanden werden, der die verfassungstheoretischen Grundlagen liefern soll, welche für die spätere Darstellung und Analyse der konkreten Mehrebenensysteme notwendig sind, diese dann aber nicht mehr weiter belasten sollen. Eine umfassende, lückenlose und abschließende staats- und verfassungstheoretische Erörterung darf hier jedoch dem Umfang der Arbeit geschuldet nicht erwartet werden. Nur die Darstellung von Grundlagen ist auch hier das Ziel.

---

11 Siehe noch unten 2. Kapitel C. IV. 1. c) und e).

12 Siehe dazu 2. Kapitel A.

13 Siehe dazu 2. Kapitel B.

14 Siehe dazu 2. Kapitel C.

### A. Dezentralisierter Unionsstaat und „devolution“

Zunächst kann als klassische Form der hier behandelten Mehrebenensysteme der dezentralisierte Unionsstaat des Vereinigten Königreiches von Großbritannien und Nordirland genannt werden. Er ist durch Vereinigung der konstituierenden, vormals souveränen Staaten dergestalt entstanden, dass sie sich dem Gesamtstaat untergeordnet haben. In Großbritannien geschah dies etwa durch den Unionsvertrag (Treaty of Union), der 1706/1707 zwischen England/Wales und Schottland geschlossen wurde und in welchem das englische und das schottische Parlament aufgelöst wurden, sodass das Gesamtvolk nur noch Mitglieder des Unterhauses (House of Commons) eines einheitlichen britischen Parlaments in Westminster, London (kurz: Westminster), wählen konnte.<sup>15</sup> Präziserweise ist mit der Bezeichnung „Parlament“ eigentlich „*King/Queen in Parliament*“ gemeint, sodass House of Lords, House of Commons und Monarch mit dem Begriff zusammengefasst sind.<sup>16</sup> Das so bezeichnete Parlament fungierte fortan als alleiniger Gesetzgeber. Im Vereinigten Königreich von Großbritannien und Nordirland liegt nach der orthodoxen verfassungsrechtlichen Doktrin der „Parlamentssouveränität“, welche im 19. Jahrhundert insbesondere von *Dicey* geprägt wurde,<sup>17</sup> die Souveränität einzig beim zentralen Parlament in Westminster. Diesem kommen demnach auch zunächst einmal sämtliche strafrechtlichen Rechtssetzungskompetenzen zu.

Jedoch hat das Vereinigte Königreich von Großbritannien und Nordirland durch die im Jahr 1998 beschlossene und im Folgejahr eingeleitete so genannte „*devolution*“ einen Transfer hoheitlicher Macht von der zentralen auf die dezentralen Ebenen Nordirland, Schottland und Wales und deren demokratisch legitimierte Parlamente, das schottische Parlament (Holyrood), die Northern Ireland Assembly und die National Assembly for Wales, als neue Art der Delegation der Staatsgewalt vollzogen, welche in dieser Form einzigartig ist. Im Zuge der „*devolution*“ wurden nicht unbeträchtliche legislatorische Befugnisse übertragen.<sup>18</sup>

Dies erfolgte nicht zuletzt auch aus der Erkenntnis heraus, dass moderne Staatswesen demokratisch und damit bürgernah ausgestaltet sein müssen. Aufgaben des lokalen Bereiches, die nur diesen betreffen und welche dieser eigenständig bewältigen kann, sollten ihm überlassen bleiben, sodass die Bürgerinnen und Bürger ihr direktes Lebensumfeld gestalten können. Diesem Prinzip sind föderative Systeme regelmäßig verschrieben.<sup>19</sup> Auch im Vereinigten Königreich von Großbritannien und Nordirland hat u.a. aus diesen Erkenntnissen ein Föderalisierungsprozess ein-

15 Dazu *Bogdanor*, *Devolution*, S. 9 ff.; *Wicks*, S. 31 ff.; ferner noch ausführlicher unten 3. Kapitel D. I.

16 *Barendt*, S. 88; *Dicey* (1915; Neuauf. 1982), S. 3; vgl. auch *Classen*, *Demokratische Legitimation*, S. 91.

17 *Dicey* (1915; Neuauf. 1982), S. 3 ff.; vgl. dazu ausführlich *Barendt*, S. 86 ff.; *Bradley*, in: *Jowell/Oliver*, S. 35 ff.; *Bradley/Ewing*, S. 48 ff.; *Leyland*, S. 37 ff.; *Sydow*, *ZaöRV* 2004, 65, 74 f.

18 Siehe dazu noch ausführlich unten 3. Kapitel D.

19 *Laufer/Münch*, S. 28; siehe noch unten 5. Kapitel A.

gesetzt. Aber auch wenn im „*devolved state*“ des Vereinigten Königreiches den unteren Ebenen autonome Entscheidungsbereiche zukommen, ist diese Staatsform zumindest verfassungsrechtlich (noch) von föderalem Prinzip und Bundesstaat zu unterscheiden.<sup>20</sup>

Zunächst hängen Art und Ausmaß der Dezentralisierung sowie der Umfang der Kompetenzen maßgeblich von der Entscheidung der zentralen Ebene ab, die *devolution* wurde per einfachem Gesetz des Parlaments in Westminster eingeführt und könnte durch ein solches auch wieder beseitigt werden,<sup>21</sup> während im Bundesstaat die Kompetenzverteilung Bestandteil der kodifizierten Verfassung ist, welche nur durch einen qualifizierten Prozess geändert werden kann.<sup>22</sup> Demzufolge sind Kompetenzen der dezentralen Ebene nur durch die Zentrale übertragen („*devolved*“), eine verfassungsmäßige Gewaltenteilung, wie im Bundesstaat, findet streng genommen nicht statt.<sup>23</sup> Es handelt sich also weniger um eine Aufteilung der Staatsgewalt („*division of power*“) als vielmehr um eine Verteilung derselben („*devolution of power*“). Daher kann Westminster verfassungsrechtlich zumindest theoretisch ohne weiteres auch weiterhin in sämtlichen übertragenen Bereichen tätig werden.<sup>24</sup>

Weitere Folge ist, dass nur Gesetze der dezentralen Ebene „*ultra vires*“ sein können und auch nur diese daher einer entsprechenden verfassungsgerichtlichen Kontrolle durch den Supreme Court of the United Kingdom unterliegen, da Westminster konstitutionell allzuständig bleibt, seine Kompetenzen also theoretisch unbeschränkt sind und seine Gesetze von den Gerichten zu akzeptieren sind. Des Weiteren benötigen auch dezentral erlassene Gesetze die Zustimmung des zentralen Königshauses („*royal assent*“). Auffällig ist ferner die asymmetrische Verteilung der Kompetenzen,<sup>25</sup> denn durch die *devolution* wurden Schottland, Nordirland und Wales in sehr unterschiedlichem Umfang Zuständigkeiten zugewiesen, während ein Bundesstaat regelmäßig auf Gleichbehandlung der Gliedstaaten bedacht ist. Nicht nur unterscheiden sich die übertragenen Bereiche quantitativ, sondern sie variieren auch inhaltlich sehr stark, was sich auch im Hinblick auf das Strafrecht auswirkt. Es ist ferner darauf hinzuweisen, dass England als weiteres konstituierendes Land ganz im Gegensatz zu Nordirland, Schottland und Wales über kein Parlament verfügt, sondern weiterhin dem zentralisierten Parlament in Westminster untersteht, also letztlich gar keine dezentrale Kompetenzebene bildet. Im „de-

20 Zum Vergleich mit der Föderation siehe *Alder*, S. 188 f.; *Barendt*, S. 59 ff.; *Bogdanor*, *Devolution*, S. 287 ff.; *Starck*, in: Härtel, Hdb. Föderalismus I, § 1 Rn. 2; *Wheare*, S. 13.

21 *Barendt*, S. 59; *Brazier*, S. 112; *Cornes*, in: Bamforth/Leyland, S. 115; *Lauffer/Münch*, S. 19.

22 Zu diesem Unterschied auch *Fleiner/Basta Fleiner*, S. 533; allgemein zur Unterscheidung zwischen *devolution* und Föderalismus *Le Sueur/Sunkin/Murkens*, S. 143 f.

23 *Cornes*, in: Bamforth/Leyland, S. 115.

24 Dennoch sprechen *Le Sueur/Sunkin/Murkens*, S. 151, zu Recht von einer „*allocation of competences*“.

25 *Hadfield*, in: Jowell/Oliver (6. Aufl.), S. 273; *Hazell*, in: *Hazell/Rawlings*, S. 230; *Hazell/Rawlings*, in: dies., S. 1; dazu noch ausführlich unten 3. Kapitel D.

*involved state*“ besteht daher immer noch eine klare Subordination der dezentralen Staatsteile gegenüber der zentralen Ebene.<sup>26</sup>

Dennoch hat der moderne Staat sich auch im Vereinigten Königreich so stark verändert, dass einerseits etliche Gemeinsamkeiten mit föderalen Bundesstaaten festzustellen sind und andererseits die Annahme eines Mehrebenensystems gerechtfertigt erscheint.<sup>27</sup> Auch wenn das Vereinigte Königreich *de jure* ein Unionsstaat geblieben ist, insbesondere aufgrund der weiterhin bestehenden Möglichkeit des zentralen Parlaments zur Erweiterung seiner Kompetenzen und dessen übergeordneter Stellung als „*supreme legislature*“, die weiterhin auch in übertragenen Bereichen („*devolved matters*“) zur Gesetzgebung befugt bleibt,<sup>28</sup> lässt sich der Mehrebenencharakter des Gesamtstaates inzwischen nicht mehr leugnen, da auch hier auf der dezentralen Ebene nun faktisch eigenständige Staatsgewalt, u.a. durch eigenständige demokratisch legitimierte Parlamente und Regierungen, ausgeübt wird.<sup>29</sup> Wie der Föderalismus ist auch die *devolution* ein Versuch, lokalen Identitäten Ausdruck zu verleihen.<sup>30</sup> Das Vereinigte Königreich von Großbritannien und Nordirland bildet ein politisches System, in welchem verschiedene Ebenen zur Ausübung hoheitlicher Befugnisse zur Verfügung stehen und auch strafrechtliche Kompetenzen ausgeübt werden. Daher ist es als Mehrebenensystem für diese Untersuchung qualifiziert.

Dabei sind auch die Entscheidungsprozesse zwischen den Ebenen zunehmend verflochten und erfordern bilaterale Absprachen und Interaktion zwischen verschiedenen Regierungsebenen.<sup>31</sup> So muss die zentrale Ebene gemäß einer intergouvernementalen Absprache, der so genannten „*Sewel Convention*“<sup>32</sup>, die nach dem Minister, der sie im Parlament vortrug, benannt und inzwischen auch im Memo-

26 *Wheare*, S. 13; vgl. auch schon *Dicey* (1915; Neuauf. 1982), S. 73 ff.; ferner *Hadfield*, in: *Bamforth/Leyland*, S. 123.

27 So auch *Leach/Percy-Smith*, S. 5, 210 ff.; *Hazell*, in: *Hazell/Rawlings*, S. 235; *Winetrobe*, in: *Hazell/Rawlings*, S. 67; ferner *Bamforth/Leyland*, in: dies., S. 2, sowie *Leyland*, S. 62: „*multi-layered constitution*“; vgl. auch *Le Sueur/Sunkin/Murkens*, S. 133 ff.

28 Vgl. s. 28 (7) SA 1998: „*This section does not affect the power of the Parliament of the United Kingdom to make laws for Scotland*“; ebenso in s. 5 (6) NIA 1998 und s. 107 (5) GWA 2006; dazu *Barendt*, S. 59; *Bogdanor*, *The New British Constitution*, S. 112 f.; *Bradley*, in: *Jowell/Oliver*, S. 60; *Sydow*, *ZaöRV* 64 (2004), 65, 80.

29 *Benz*, *Politik in Mehrebenensystemen*, S. 14.

30 *Alder*, S. 189.

31 Vgl. etwa *Alder*, S. 347; *Bamforth/Leyland*, in: dies., S. 3; *Hazell/Rawlings*, in: dies., S. 6; *Leyland*, S. 198; *Trench*, in: *Hazell/Rawlings*, S. 195 ff.; *Winetrobe*, in: *Hazell/Rawlings*, S. 39 ff.; *ders.*, in: *Jowell/Oliver* (6. Aufl.), S. 207 ff.

32 Ausführlich unten 3. Kapitel D. I.; vgl. dazu *Alder*, S. 347; *Bradley*, in: *Jowell/Oliver*, S. 60; *Bradley/Ewing*, S. 43; *Bogdanor*, *Devolution*, S. 291; *Hazell*, in: *Hazell/Rawlings*, S. 304; *Hazell/Rawlings*, in: dies., S. 6; *Sydow*, *ZaöRV* 2004, 65, 80 ff., 85 ff.; *Trench*, in: *Hazell/Rawlings*, S. 197; *Winetrobe*, in: *Hazell/Rawlings*, S. 39; *ders.*, in: *Jowell/Oliver* (6. Aufl.), S. 217.

randum of Understanding (MoU)<sup>33</sup> festgehalten wurde, in den transferierten Bereichen die Zustimmung des jeweiligen dezentralen Parlaments einholen, bevor sie Gesetze erlässt. Auf diese Weise wirken zentrale und dezentrale Parlamente und Regierungen in diesen Feldern sogar bei der Gesetzgebung zusammen. Verfassungstheoretisch mag es zudem zwar möglich sein, den gesamten Prozess der *devolution* durch Parlamentsgesetz wieder rückgängig zu machen, denn ein solches hat ihn auch erst eingeführt, politisch scheint dies jedoch kaum denkbar,<sup>34</sup> schon gar nicht, weil jeweils ein Referendum in der betroffenen Region ihn auch demokratisch mit dem jeweiligen Volk verknüpft hat, was inzwischen von manchen als Ausdruck der jeweiligen Volkssouveränität verstanden wird.<sup>35</sup>

Auf diese Weise unterscheidet sich das Vereinigte Königreich von Großbritannien und Nordirland nach der *devolution* auch deutlich von einem dezentralisierten, aber unitarischen Staatswesen. Denn während in Letzterem durch die Dezentralisierung einerseits wesentlich geringere Zuständigkeiten delegiert werden und andererseits die Zentrale diese jederzeit wieder beseitigen kann, sind die Kompetenzübertragungen etwa im Hinblick auf Schottland und Nordirland sehr weit gehend und die *devolution* ist zumindest politisch und demokratisch abgesichert.<sup>36</sup> In Schottland und Nordirland, teilweise auch in Wales, besteht eine viel stärkere Identifikation des Volkes mit seinem Landesteil als man sie etwa in lokalen Verwaltungseinheiten finden dürfte. Daher wird nicht selten angeführt, das zentrale Parlament in Westminster sei zwar rechtlich „souverän“ geblieben, habe seine unbeschränkte politische Handlungsfähigkeit jedoch eingebüßt.<sup>37</sup> Das Vereinigte Königreich von Großbritannien und Nordirland habe dadurch einen „quasi-föderal-

33 So bereits im Memorandum of Understanding and Supplementary Agreements des Jahres 2001 (MoU 2001), Cm. 5240, para. 13: The United Kingdom Parliament retains authority to legislate on any issue, whether devolved or not. It is ultimately for Parliament to decide what use to make of that power. However, the UK Government will proceed in accordance with the convention that the UK Parliament would not normally legislate with regard to devolved matters except with the agreement of the devolved legislature [...]; das MoU aus dem Jahr 2010, Cm. 7864 (aktueller Stand: Oktober 2013), enthält in para. 14 eine identische Passage und ersetzt nun seinerseits das MoU 2001; abrufbar im Internet unter [www.gov.uk/government/publications/devolution-memorandum-of-understanding-and-supplementary-agreement](http://www.gov.uk/government/publications/devolution-memorandum-of-understanding-and-supplementary-agreement), zuletzt abgerufen am 5.2.2014.

34 Barendt, S. 60; Bogdanor, *Devolution*, S. 292 ff.; Brazier, S. 111; Sydow, *ZaöRV* 2004, 65, 85 ff.

35 Hadfield, in: Jowell/Oliver, S. 233.

36 N. Walker, *Final Appellate Jurisdiction in the Scottish Legal System*, S. 13 f.; abrufbar im Internet unter [www.scotland.gov.uk/Publications/2010/01/19154813/0](http://www.scotland.gov.uk/Publications/2010/01/19154813/0), zuletzt abgerufen am 5.2.2014. Ein weiterer gewichtiger Unterschied zur Lokalverwaltung könnte im Ausmaß der gerichtlichen Überprüfbarkeit der Rechtsakte der Parlamente zu sehen sein. Statuten lokaler Vertretungen sind vollständig gerichtlich anfechtbar, wobei nach den allgemeinen Regeln des *common law* auch die Verhältnismäßigkeit der Regelung zu beachten ist. Ob dies auch für die Parlamente in Nordirland, Schottland und Wales gilt, ist indes derzeit noch nicht geklärt; vgl. Cornes, in: Bamforth/Leyland, S. 116.

37 In diese Richtung auch Bradley, in: Jowell/Oliver, S. 66 ff.; Hadfield, in: Jowell/Oliver, S. 233 f. Cornes, in: Bamforth/Leyland, S. 115, ist der Auffassung, Westminster habe nicht die rechtliche, wohl aber die politische Souveränität transferiert.

len“ Status erreicht,<sup>38</sup> indem Staatsgewalt jedenfalls faktisch und politisch aufgeteilt ist. Betrachtet man also nicht die Verfassungstheorie, sondern die Staatspraxis, so sind die Unterschiede zur Föderation marginal.<sup>39</sup>

In manchen Punkten werden den Ebenen im „*devolved state*“ sogar elementarere Rechte zugestanden als im Bundesstaat. So steht Nordirland nach s. 1 (2) Northern Ireland Act 1998 explizit das Recht zum Austritt zu, sollte eine Mehrheit des nordirischen Volkes dafür stimmen. Auch Schottland könnte sich durch das für 2014 anvisierte Referendum aus dem Gesamtstaat lösen.<sup>40</sup> Damit geht das Konzept der *devolution* – jedenfalls im Hinblick auf Schottland und Nordirland – deutlich über das hinaus, was den Gliedstaaten im Bundesstaat regelmäßig möglich ist.

Die „quasi-föderale“ Verteilung der Staatsgewalt kann auch strafrechtliche Zuständigkeiten betreffen.<sup>41</sup> So haben etwa die dezentralen Parlamente in Nordirland und Schottland primäre allgemeine Gesetzgebungskompetenzen im Strafrecht, während Westminster nur einige wenige Spezialkompetenzen behalten hat. In den übrigen Fällen muss das zentrale Parlament zur Gesetzgebung jedenfalls die Zustimmung der dezentralen Ebene erhalten. Faktisch besteht also im Hinblick auf Nordirland und Schottland eine Aufteilung in dezentrales allgemeines Strafrecht kombiniert mit zentralen Einzelkompetenzen. In Schottland sind zudem Strafjustiz und Strafverfolgung völlig unabhängig mit eigener letztinstanzlicher höchstrichterlicher Jurisdiktion des schottischen High Court of Justiciary, während in Nordirland zwar eigenständige Gerichte auf der unteren Ebene bestehen, die höchste Instanz aber der Supreme Court of the U.K. bildet.<sup>42</sup>

38 So etwa *Bogdanor*, *Devolution*, S. 290, 295; *ders.*, *The New British Constitution*, S. 89; vgl. auch *Brazier*, S. 121: „*de facto federation*“; *Himsworth/Mumro*, S. XVIII: „*semi-federal*“; vgl. ferner *N. Walker*, *Final Appellate Jurisdiction in the Scottish Legal System*, S. 13, abrufbar im Internet unter [www.scotland.gov.uk/publications](http://www.scotland.gov.uk/publications), zuletzt abgerufen am 5.2.2014, der den Status des Vereinigten Königreiches zwischen unitarischem Staat und Föderation ansiedelt.

39 *Barendt*, S. 59 f.

40 Die Regierungen haben das so genannte *Edinburgh Agreement* vom 15.10.2012 vereinbart, der Text ist abrufbar im Internet unter <http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/20130109092234/http://www.number10.gov.uk/wp-content/uploads/2012/10/Agreement-final-for-signing.pdf>, zuletzt abgerufen am 5.2.2014. Inzwischen wurde auch der *Scottish Independence Referendum Act 2013* erlassen, der die Einzelheiten regelt. Das Referendum über die schottische Unabhängigkeit wird am 18.9.2014 durchgeführt.

41 Dazu ausführlich unten 3. Kapitel D.

42 Dazu ausführlich unten 3. Kapitel D.

## B. Bundesstaat

### I. Abgrenzung zum Staatenbund

Das Völkerrecht kennt diverse weitere Formen der Staatenverbindungen.<sup>43</sup> In dieser Arbeit wird mit dem deutschen, kanadischen und US-amerikanischen System nur die Kompetenzverteilung im Bundesstaat untersucht.<sup>44</sup> Traditionell werden Bundesstaaten von den Staatenbünden unterschieden. Im Staatenbund schließen sich nach der tradierten Auffassung souveräne Staaten durch einen völkerrechtlichen Vertrag auf Dauer zu einem übergeordneten Gebilde zusammen.<sup>45</sup> Den gemeinsamen zentralen Organen werden dabei einzelne staatliche Aufgaben und Kompetenzen zur Wahrnehmung übertragen. Dadurch entsteht zwar eine Zentralgewalt, gleichwohl aber kein neuer Gesamtstaat.<sup>46</sup> Vielmehr kommt der Charakter eines Staates nur den Mitgliedstaaten zu.<sup>47</sup> Nur die Völker der einzelnen Staaten vermitteln demokratische Legitimität, d.h. nur ihren jeweiligen national-staatlichen Parlamenten und Entscheidungsträgern, die sodann völkerrechtliche Verträge ratifizieren.

Zwar können auch Bundesstaaten zunächst durch völkervertraglichen Zusammenschluss gegründet werden. In Form des gemeinsamen Staatsvolkes entsteht dort aber ein neues Legitimationssubjekt. Im Staatenbund sind die zentralen Organe hingegen nicht Vertreter eines gemeinsamen Volkes, sondern nur solche der Völker der Mitgliedstaaten. Die Einzelstaaten bleiben daher „souverän“ im völkerrechtlichen Sinne<sup>48</sup> und behalten demnach auch ihre volle Völkerrechtssubjektivität.<sup>49</sup> Aus diesem Grunde ist das von der zentralen Ebene gesetzte Recht nur an die Staaten gerichtet, sodass die unmittelbare Wirkung gegenüber den Bürgerinnen und Bürgern häufig noch von der Transformation in das Recht der Mitgliedstaaten abhängt.<sup>50</sup>

Als Beispiele für Staatenbünde sind inzwischen der Deutsche Bund<sup>51</sup> von 1815 bis 1866, die Schweizerische Eidgenossenschaft zwischen 1815 und 1866 sowie die nord-amerikanische Konföderation<sup>52</sup> unter Geltung der Articles of Confederation

43 Vgl. *Herdegen*, Völkerrecht, § 8 Rn. 28 ff.; *Ipsen*, Völkerrecht, § 5 Rn. 20 ff.

44 Siehe dazu unten 3. Kapitel A., B. und C.

45 Vgl. schon *Jellinek*, Staatenverbindungen (1882), S. 172 ff.; ferner *Herdegen*, Völkerrecht, § 8 Rn. 29; *Ipsen*, Völkerrecht, § 5 Rn. 22; *Lauffer/Münch*, S. 16 f.

46 *Sommerrmann*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Art. 20 Rn. 22; *Stein/Frank*, § 13 I; *Stern*, Staatsrecht I, S. 654; *Zippelius/Würtenberger*, § 14 Rn. 3.

47 *Stern*, Staatsrecht I, S. 654; *Zippelius/Würtenberger*, § 14 Rn. 3.

48 *Lauffer/Münch*, S. 17; *Starck*, in: Härtel, Hdb. Föderalismus I, § 1 Rn. 5; *Zippelius/Würtenberger*, § 14 Rn. 3.

49 *Herdegen*, Völkerrecht, § 8 Rn. 29; *Ipsen*, Völkerrecht, § 5 Rn. 22; *Jellinek*, Staatenverbindungen (1882), S. 172; *Lauffer/Münch*, S. 17; *Scholz*, in: Maunz/Dürig, 69. EL 2013, Art. 23 Rn. 45.

50 *Herzog/Grzeszick*, in: Maunz/Dürig, 69. EL 2013, Art. 20 IV Rn. 32; *Stern*, Staatsrecht I, S. 654.

51 Siehe dazu noch unten 3. Kapitel A. I. 2. a).

52 Siehe dazu noch unten 3. Kapitel B. I.

zwischen 1777 und 1787 überwiegend anerkannt.<sup>53</sup> Gerade im Hinblick auf Letztere wird für den Staatenbund häufig das Synonym „Konföderation“ verwandt.<sup>54</sup> Diese Begrifflichkeit erfreut sich indessen nicht eines durchweg einheitlichen Gebrauches, wie etwa die im kanadischen Verfassungsrecht<sup>55</sup> übliche Bezeichnung des kanadischen Bundesstaates als *Confederation* belegt.

In jüngerer Zeit sind, was insbesondere auch die EU exemplifiziert hat, die Übergänge zwischen Staatenbund und Bundesstaat jedoch zunehmend fließend geworden.<sup>56</sup> Im Wesentlichen unterschied der Staatenbund sich in der Vergangenheit von der Internationalen Organisation immerhin dadurch, dass Letztere auf einzelne Sektoren der Zusammenarbeit beschränkt war, so etwa auf einen bestimmten Wirtschaftsbereich, während der Staatenbund als politisches Bündnis zwischen den Staaten grundsätzlich von komplexerer Natur ist.<sup>57</sup> Staatenbünde sind aber dennoch im Gegensatz zum Bundesstaat in viel stärkerem Maße der Wahrung der „Souveränität“ ihrer Mitglieder verschrieben.

Anders als eine bloßes Verteidigungsbündnis oder eine Allianz von Staaten verfügt der Staatenbund aber immerhin über eigene zentrale Bundesorgane. So hatte etwa der Deutsche Bund die Bundesversammlung eingerichtet, in welcher die Bundesstaaten, nicht aber die Bürger direkt vertreten waren.<sup>58</sup> Gleiches galt für den Congress unter Geltung der Articles of Confederation, in welchem sich nach Art. V die Delegierten der Staaten versammelten. Auch die Tagsatzung der Eidgenossenschaft bestand nach § 8 des Bundesvertrages aus den Gesandten der Kantone. Trotz der gemeinsamen Ziele und Organe waren die genannten Staatenbünde regelmäßig darauf bedacht, die „Souveränität“ der Mitglieder zu schützen. Dies kommt in allen drei Vertragswerken explizit zum Ausdruck<sup>59</sup> und äußert sich eben auch und gerade darin, dass die gemeinsamen Organe nicht Vertretungen eines (gemeinsamen) Volkes, sondern nur der Mitgliedstaaten sind. Demokratie wird demnach in einem solchen System nur über die Mitgliedstaaten organisiert.

Die hier besonders interessierende Folge ist u.a., dass originäre strafrechtliche Gesetzgebungsbefugnisse, aber auch Rechtsprechung und Strafverfolgung in der Regel auf der dezentralen Ebene verbleiben. So sahen die Deutsche Bundesakte und

53 *Laufer/Münch*, S. 17; *Starck*, in: Härtel, Hdb. Föderalismus I, § 1 Rn. 5; *Stern*, Staatsrecht I, S. 654.

54 Vgl. etwa *Jellinek*, Staatenverbindungen (1882), S. 185; *Laufer/Münch*, S. 17.

55 Dazu *Hogg*, S. 113; *Wheare*, S. 32; vgl. unten 3. Kapitel C. I.

56 Dazu insbesondere *Kristoferitsch*, passim.

57 Vgl. *Ipsen*, Völkerrecht, § 5 Rn. 22.

58 *Stern*, Staatsrecht V, S. 204; *Zippelius*, Verfassungsgeschichte, S. 101.

59 Articles of Confederation, Art. II: Each state retains its sovereignty, freedom, and independence, and every Power, Jurisdiction, and right, which is not by this confederation expressly delegated to the United States, in Congress assembled; Art. I WSA: Der deutsche Bund ist ein völkerrechtlicher Verein der deutschen souverainen Fürsten und freien Städte, zur Bewahrung der Unabhängigkeit und Unverletzbarkeit ihrer im Bunde begriffenen Staaten, und zur Erhaltung der innern und äußern Sicherheit Deutschlands; § 1 Bundesvertrag: Die XXII souveränen Cantone der Schweiz [...] vereinigen sich durch den gegenwärtigen Bund zur Behauptung ihrer Freiheit, Unabhängigkeit und Sicherheit gegen alle Angriffe fremder Mächte, und zur Handhabung der Ruhe und Ordnung im Innern.

die Wiener Schlussakte keine ausdrücklichen Strafrechtssetzungskompetenzen des Bundes vor. Gleichwohl waren Bundesbeschlüsse bindend für die Staaten, sodass im Rahmen der Karlsbader Beschlüsse,<sup>60</sup> die in der Bundesversammlung am 20.9.1819 aus Furcht vor einer Revolution ergingen, teilweise sogar quasi materielles Strafrecht festgelegt wurde, welches zwingend von den Mitgliedstaaten zu vollziehen war. Die Articles of Confederation stellten in Art. II nicht nur ausdrücklich fest, dass die Souveränität der Staaten gewahrt blieb, sondern auch, dass damit zusammenhängend sämtliche Kompetenzen bei diesen verblieben, es sei denn sie waren explizit auf den Congress übertragen. Hierunter fielen insbesondere Zuständigkeiten in äußeren Angelegenheiten, wie das Erklären von Krieg und Frieden oder der Abschluss völkerrechtlicher Verträge. Strafrechtsbezogene Kompetenzen standen dem Bund daher kaum zu.<sup>61</sup> Zu nennen ist aber z.B. das Recht zur Einrichtung von Gerichtshöfen betreffend Piraterie und Verbrechen auf Hoher See, Art. IX.

Anders als bei der völkervertraglichen Konstruktion des Staatenbundes bildet im Bundesstaat hingegen (auch) der Gesamtstaat einen eigenen und selbstständigen Staat.<sup>62</sup> Im Völkerrecht ist sogar primär bzw. ausschließlich dessen Staatlichkeit anerkannt.<sup>63</sup> Es handelt sich daher – jedenfalls nach der im deutschen Staatsrecht herrschenden Auffassung – um eine staatsrechtliche Verbindung von Staaten, welche die Besonderheit in sich trägt, dass auch die Gliedstaaten in staatsrechtlicher Hinsicht ihren Staatscharakter behalten, wenn auch nicht im völkerrechtlichen Sinne,<sup>64</sup> sondern aus der Sicht der Verfassung.<sup>65</sup> Die Bürgerinnen und Bürger sind gleichzeitig solche des Gesamtstaates wie auch der Gliedstaaten und können daher Hoheitsgewalt auf beiden Ebenen legitimieren.<sup>66</sup> Hier liegt ein besonderer „demokratischer Mehrwert“<sup>67</sup> des Bundesstaates, etwa gegenüber dem Staatenbund, auch wenn wegen der zunehmenden Überlagerung der Aufgaben auch in föderalen Staaten eine Zunahme an Politikverflechtung und damit intergouvernementaler Verhandlung als Verlust an demokratischer Legitimität beklagt wird.<sup>68</sup>

Auch die Einzelstaaten verfügen also über ein eigenes Staatsvolk als Legitimationssubjekt und genießen, ebenso wie der Gesamtstaat, Verfassungsautonomie und haben sich regelmäßig auch eine eigene Verfassung gegeben.<sup>69</sup> Sie sind dem-

60 Dazu ausführlich *E.R. Huber*, Deutsche Verfassungsgeschichte I, S. 732 ff.; *Stern*, Staatsrecht V, S. 199 f.; *Willoweit*, § 30 Rn. 8; *Zippelius*, Verfassungsgeschichte, S. 114.

61 Vgl. dazu auch *Reinbacher*, Das Strafrechtssystem der USA, S. 38 f.

62 *Bauer*, in: *Dreier*, Art. 20 Rn. 31, 35; *Herzog/Grzeszick*, in: *Maunz/Dürig*, 69. EL 2013, Art. 20 IV Rn. 15; *Laufer/Münch*, S. 16; *Stein/Frank*, § 13 I; *Zippelius/Würtenberger*, § 14 Rn. 5.

63 *Herdegen*, Völkerrecht, § 8 Rn. 2; v. *Münch/Mager*, Rn. 689.

64 *Isensee*, HStR II, 3. Aufl. 2004, § 15 Rn. 159.

65 *Jestaedt*, HStR II, 3. Aufl. 2004, § 29 Rn. 65.

66 *Pernice*, in: *Dreier*, Art. 23 Rn. 25.

67 *Starck*, in: *Härtel*, Hdb. Föderalismus I, § 1 Rn. 11.

68 Vgl. dazu *Benz*, PVS 2009, 3, 4 m.w.N.; vgl. auch *Möllers*, Die drei Gewalten, S. 191 f., im Hinblick auf die Trennung zwischen Rechtssetzung und Rechtsdurchsetzung; siehe bereits oben 1. Kapitel B. I.

69 *Starck*, in: *Härtel*, Hdb. Föderalismus I, § 1 Rn. 12 ff.

nach grundsätzlich selbst demokratiefähig und bedürfen – anders als kommunale Selbstverwaltungsträger – für die Rechtssetzung, z.B. auch im Hinblick auf das Strafrecht, keiner Ermächtigung durch ein Bundesgesetz.<sup>70</sup> Daher ist etwa die Staatsqualität der Länder im deutschen Grundgesetz inzwischen unbestritten.<sup>71</sup> Gleichwohl steht die Gesamtverfassung an der Spitze der Normenhierarchie und nur der Gesamtstaat verfügt über eine umfassende Völkerrechtssubjektivität. Den Gliedstaaten kann eine solche jedoch partiell zukommen, sofern ihnen durch die Bundesverfassung Kompetenzen in auswärtigen Angelegenheiten eingeräumt werden.<sup>72</sup>

Von den hier untersuchten Systemen fallen sowohl die Bundesrepublik Deutschland<sup>73</sup> als auch die USA<sup>74</sup> und Kanada<sup>75</sup> in die Kategorie des Bundesstaates. Auf dem Gebiet Deutschlands wurden aber schon einige historische Vorgänger der heutigen Bundesrepublik, nämlich das Deutsche Reich zwischen 1870/1871 und 1918<sup>76</sup> sowie die Weimarer Republik von 1918 bis 1933<sup>77</sup>, von der überwiegenden Auffassung als Bundesstaaten eingeordnet. Selbst dem Alten Reich<sup>78</sup> wird teilweise ab 1648 schon ein zumindest bundesstaatsähnlicher Charakter attestiert.<sup>79</sup>

## II. Entstehungsgründe

Sollen die Gründe für das Entstehen von Bundesstaaten dargelegt werden, so stößt ein solches Unterfangen schnell an die Grenze der Singularität der jeweiligen Vorgänge und Hintergründe. So können sie einerseits aus Staatenbünden entstehen, wie dies in Deutschland, der Schweiz oder den USA der Fall war. Jeweils wuchsen die zunächst losen Verbindungen einzelner Staaten zu einem Nationalstaat zusammen.

In Deutschland lösten der Norddeutsche Bund im Jahr 1867 bzw. das Deutsche Reich 1870/1871 den Deutschen Bund ab.<sup>80</sup> Im Gegensatz zu ihrem Vorgänger, der

70 Möllers, Staat als Argument, S. 363.

71 BVerfGE 1, 14, 34; 36, 342, 360 f.; 60, 175, 207; Bauer, in: Dreier, Art. 20 Rn. 31, 35; Herzog/Grzeszick, in: Maunz/Dürig, 69. EL 2013, Art. 20 IV Rn. 15, 35; Huster/Rux, in: Beck OK GG, Stand: 1.11.2013, Art. 20 Rn. 7; Isensee, HStR II, 3. Aufl. 2004, § 15 Rn. 159; Lauffer/Münch, S. 16; Stern, Staatsrecht I, S. 667; Zippelius/Würtenberger, § 14 Rn. 5; kritisch aber zur Zeit der Weimarer Republik noch Kelsen (1928; Neuauf. 1981), Souveränität, S. 287 ff., der den Bundesstaat nur als einen „Fall des organisationstechnischen Typus des dezentralisierten Staates“ (S. 287) bezeichnete; siehe ferner bereits oben I. Kapitel B. III.

72 Herdegen, Völkerrecht, § 8 Rn. 30; Ipsen, Völkerrecht, § 5 Rn. 21.

73 Dazu unten 3. Kapitel A.

74 Dazu unten 3. Kapitel B.

75 Dazu unten 3. Kapitel C.

76 Dazu unten 3. Kapitel A. I. 2. b).

77 Dazu unten 3. Kapitel A. I. 2. c).

78 Dazu unten 3. Kapitel A. I. 2. a).

79 Dafür etwa Stern, Staatsrecht I, S. 654 – a.A. noch Jellinek, Staatenverbindungen (1882), S. 144 ff.

80 Dazu ausführlich unten 3. Kapitel A. I. 2. b).

noch als Staatenbund ausgestaltet war, etablierte die Reichsverfassung nach der inzwischen überwiegenden Ansicht einen Bundesstaat.<sup>81</sup> Diese Staatsform ist Ergebnis einer jahrhundertelangen Entwicklung der Staatlichkeit in Deutschland. Hatte die Partikularstaatlichkeit zunächst einen Nationalstaat lange Zeit verhindert und daher nur einen Deutschen Bund als Staatenbund zugelassen, setzte sich einerseits die Nationalstaatsbewegung des 19. Jahrhunderts durch, sodass eine engere Verbindung in einem auf die Nation gegründeten Gesamtstaat möglich wurde. Andererseits ist aber gerade durch die Tradition der Einzelstaaten erklärbar, dass dieser neue Staat föderativen Grundsätzen verschrieben sein musste und insbesondere die Eigenstaatlichkeit der Länder zunächst nicht zur Disposition stand. Der Zusammenschluss in einem einheitlichen Staat wäre anders wohl kaum realisierbar gewesen.

In den USA wandelte sich die Konföderation zum Bundesstaat, weil die Articles of Confederation als ungeeignet empfunden wurden, um die Ziele der Union zu erreichen.<sup>82</sup> Der Bund hatte nur über so marginale Kompetenzen verfügt, dass nicht nur die Wirtschaftseinheit, sondern der Zusammenhalt des Gesamtgebildes insgesamt in Frage stand. Die Präambel<sup>83</sup> der U.S. Constitution stellte die Ziele der Union klar: Es sollte eine „perfektere Union“ sein als die Konföderation, in welcher Gerechtigkeit, innerer Frieden (insbesondere sollte die Gefahr von Rebellionen, Fraktionbildung und Sezession gemindert werden) und die äußere Verteidigung, aber auch der allgemeine Wohlstand, gewährleistet sein sollten. Da wiederum der Bundesstaat auf einen Staatenbund folgte, innerhalb dessen sich selbstbewusste Verfassungsstaaten etabliert hatten, schien ein föderatives System die einzige Lösung. Dazu trat in den USA vor allem der Gedanke der vertikalen Gewaltenteilung durch Aufteilung der Macht,<sup>84</sup> d.h. der Kompetenzen, zwischen den beiden Staatsteilen.

Ähnliche Gründe standen auch in Kanada am Anfang der Entstehung des Bundesstaates, wengleich hier die Umwandlung von der Kolonie zur so genannten „Konföderation“ per Akt des britischen Parlaments, den British North America Act (B.N.A. Act) 1867, später umbenannt in den Constitution Act 1867 geschah.<sup>85</sup> Einerseits war die Einigung der Provinzen notwendig, um einer Bedrohung

81 *Badura*, Staatsrecht, Teil A. Rn. 26; *Lauffer/Münch*, S. 50; *Stern*, Staatsrecht V, S. 345; *Willoweit*, § 34 Rn. 1; *Zippelius/Würtenberger*, § 1 Rn. 15, 30; aus der zeitgenössischen Literatur: *Jellinek*, Staatenverbindungen (1882), S. 254; *Laband* (1911; Neuauf. 1997), S. 88 ff.; *Meyer/Anschiütz* (1919; Neuauf. 2005), S. 224 – a.A. seinerzeit noch *v. Seydel*, Kommentar zur Verfassungs-Urkunde (1897), S. 13 ff., 56 (Vertragsverhältnis); kritisch auch *Heinz*, Staatswissenschaften und Staatspraxis 5 (1994), 77.

82 Dazu unten 3. Kapitel B. I.

83 U.S. Constitution, Präambel: „We the People of the United States, in Order to form a more perfect Union, establish Justice, insure domestic Tranquility, provide for the common defence, promote the general Welfare, and secure the Blessings of Liberty to ourselves and our Posterity, do ordain and establish this Constitution for the United States of America.“

84 Dazu *Reinbacher*, Das Strafrechtssystem der USA, S. 42; *Stone/Seidman/Sunstein/Tushnet/Karlan*, S. 168 f.; vgl. zu diesem Aspekt auch *Stern*, Staatsrecht I, S. 658 f.; skeptisch *Riker*, S. 140 f.; siehe auch noch unten 5. Kapitel A.

85 Dazu noch unten 3. Kapitel C. I.

durch die nach dem Ende des Bürgerkrieges gestärkten USA zu begegnen.<sup>86</sup> Andererseits waren auch hier wirtschaftliche Motive sowie die anvisierte Ausdehnung des Staatsgebietes gen Westen entscheidend. Wiederum wäre aber eine vollständige Unitarisierung des Staates, wie sie etwa von *John A. MacDonald* favorisiert worden und als Zielsetzung einer Verfassung „ähnlich derjenigen des Vereinigten Königreiches“ sogar noch in die Präambel des Constitution Act 1867 aufgenommen wurde,<sup>87</sup> insbesondere gegenüber den Vertretern Quebecs schwerlich durchzusetzen gewesen.<sup>88</sup> In der Realität existierten in Kanada zwei Sprachen, Religionen und (Zivil-)Rechtssysteme, deren Wahrung insbesondere die französischen Kanadier beabsichtigten. Der föderale Bundesstaat erschien daher als das einzig mögliche Konzept.

### III. Charakteristika des Bundesstaates

Eine allgemeingültige Theorie des Bundesstaates ist kaum aufzustellen, denn die einzelnen Ausprägungen unterscheiden sich doch sehr deutlich.<sup>89</sup> Dies kann auch keinesfalls Anliegen dieser Arbeit sein. Es werden dem Bundesstaat heute jedoch immerhin überwiegend bestimmte Attribute zugeschrieben, welche stets gewährleistet sein müssen<sup>90</sup> und für diese Abhandlung von Interesse sind – auch wenn hier längst nicht alle Bereiche unumstritten sind. Dazu gehört die grundsätzliche Existenz von zwei Ebenen der Staatlichkeit, wodurch sich der Bundesstaat vom Einheitsstaat abgrenzt.<sup>91</sup> Die Gliedstaaten haben eine eigene Verfassung, sind Inhaber unabgeleiteter, demokratisch legitimer Herrschaft und müssen daher über eigenständige Aufgabenbereiche verfügen.<sup>92</sup>

Daher erfolgt im föderalen Bundesstaat eine vertikale Teilung der Staatsgewalt (*division of power*).<sup>93</sup> Die Länder, Provinzen oder Gliedstaaten bilden politische Machtzentren mit eigenverantwortlicher Entscheidungskompetenz, sind also eigenständige politische Entscheidungsträger. Sie verfügen über eine eigene – wenn auch gegenständiglich beschränkte – nicht vom Bund abgeleitete, sondern von ihm

86 *Constitutional Law Group*, S. 78 f.; *Riker*, S. 27; *Simeon/Papillon*, in: *Majeed/Watts/Brown*, S. 98.

87 Constitution Act 1867, Präambel: „[...] a Constitution similar in Principle to that of the United Kingdom [...]“.

88 Einer der wichtigsten Gegenspieler *MacDonalds* auf Seiten Quebecs war *Sir Georges Etienne Cartier*, der in den Debatten für die Wahrung der Interessen dieser (zukünftigen) Provinz eintrat; vgl. dazu *Constitutional Law Group*, S. 80 ff.; *Simeon/Papillon*, in: *Majeed/Watts/Brown*, S. 98.

89 *Schnapp*, in: v. Münch/Kunig, Art. 20 Rn. 10; vgl. auch *Jestaedt*, HStR II, 3. Aufl. 2004, § 29 Rn. 7; siehe unten 3. Kapitel A., B. und C.

90 Vgl. etwa *Fleiner/Basta Fleiner*, S. 565; *Lauffer/Münch*, S. 16; *Stern*, Staatsrecht I, S. 667; *Wheare*, S. 2 ff.

91 *Herzog/Grzeszick*, in: *Maunz/Dürig*, 69. EL 2013, Art. 20 IV Rn. 33; *Lauffer/Münch*, S. 16.

92 BVerfGE 34, 9, 19 f.; *Sommermann*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Art. 20 Rn. 33; *Starck*, in: Härtel, Hdb. Föderalismus I, § 1 Rn. 18.

93 *Ipsen*, Staatsrecht I, § 9 Rn. 536; *Isensee*, HStR II, 3. Aufl. 2004, § 15 Rn. 159; v. Münch/Mager, Rn. 690; *Sommermann*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Art. 20 Rn. 21; *Starck*, in: Härtel, Hdb. Föderalismus I, § 1 Rn. 6; *Stein/Frank*, § 13 V; *Zippelius/Würtenberger*, § 14 Rn. 28.

anerkannte staatliche Hoheitsmacht.<sup>94</sup> Bundesrecht und Landesrecht sind daher jeweils originäre, aus autonomen Rechtsquellen fließende Rechtsordnungen, die auch jeweils durch das betreffende gesamtstaatliche und gliedstaatliche Volk legitimiert sind,<sup>95</sup> und verfügen über eine eigene Herrschaftssphäre kraft eigenen Rechts.<sup>96</sup>

Die vertikale Gewaltenteilung, die insbesondere durch die Kompetenzverteilung zum Ausdruck kommt, ist durch die Verfassung abgesichert, insofern besteht ein Vorrang der Verfassung.<sup>97</sup> Der Bundesstaat ist ein Paradebeispiel des politischen Mehrebenensystems und seit geraumer Zeit wird das Mehrebenenkonzept für seine Analyse fruchtbar gemacht.<sup>98</sup> Es erfolgt also eine Aufteilung der Macht nach Zuständigkeitsbereichen, wobei beide Staatsteile ihre Hoheitsakte direkt an die Bürgerinnen und Bürger richten.<sup>99</sup> Ferner müssen die Einzelstaaten auch mit hinreichenden finanziellen Mitteln ausgestattet sein, um ihre Aufgaben erfüllen zu können, und über Finanzhoheit verfügen.<sup>100</sup> Den Gliedstaaten muss daneben aber auch eine Mitwirkungsmöglichkeit an der Willensbildung der zentralen Ebene eingeräumt sein,<sup>101</sup> was in Deutschland etwa durch den Bundesrat gewährleistet wird. Schließlich gilt in Bundesstaaten das Prinzip der Bundestreue, durch welches die einzelnen Glieder verpflichtet werden, aufeinander Rücksicht zu nehmen<sup>102</sup> und zum Wohle des Bundes zusammenzuarbeiten.

#### IV. Kompetenzverteilung, demokratische Legitimation und Souveränität

Im Bundesstaat stehen den Bürgerinnen und Bürgern somit zwei Ebenen zur demokratischen Selbstverwirklichung zur Verfügung. Sie konstituieren die Hoheitsgewalt und Organe auf der jeweiligen Ebene durch eigenständige Verfassungsgebung und sind jeweils in unterschiedlicher Funktion als Teile des Bundes- oder Landesvolkes Legitimationssubjekt. Aus demokratisch-legitimatorischer Sicht stehen einer Verteilung strafrechtsbezogener Kompetenzen zwischen den Ebenen im Bundesstaat daher keine Bedenken entgegen. Tatsächlich finden sich durchaus verschiedene Varianten der Kompetenzverteilung, welche die Rechtsprechung, die

94 BVerfGE 1, 14, 34; 60, 175, 207; *Oeter*, ZaöRV 55 (1995), 659, 677; *Pernice*, AöR 136 (2011), 185, 206; so auch schon *Laband* (1911; Neuaufll. 1997), S. 65 ff.; dies erkannte auch *Jellinek*, Allg. Staatslehre (3. Aufl. 1928; Neuaufll. 1960), S. 489 ff., schließlich an, der zunächst davon ausgegangen war, die Hoheitsgewalt der Einzelstaaten sei nur vom Reich abgeleitet.

95 *Pernice*, in: Dreier, Art. 23 Rn. 21.

96 So schon *Laband* (1911; Neuaufll. 1997), S. 105.

97 *Starck*, in: Härtel, Hdb. Föderalismus I, § 1 Rn. 7.

98 *Benz*, Politik in Mehrebenensystemen, S. 16; siehe auch schon oben 1. Kapitel B. II.

99 *Wheare*, S. 2.

100 *Laufner/Münch*, S. 16.

101 *Laufner/Münch*, S. 16.

102 BVerfGE 4, 115, 141 f.; vgl. zum Prinzip der Bundestreue in Deutschland noch unten 3. Kapitel A. III. 1.

Strafverfolgung, insbesondere aber auch die Strafgesetzgebung betreffen können.<sup>103</sup>

Seit jeher war es besonders umstritten, welche Auswirkung diese Verteilung von Staatsmacht, also etwa auch strafrechtsbezogener Kompetenzen, auf die „Souveränität“ hat, und umgekehrt.<sup>104</sup> Die Problematik besteht u.a. darin, dass der von *Bodin*<sup>105</sup> nachhaltig geprägte Terminus auf eine ungeteilte höchste Macht zugeschnitten war, welche sich der Autor idealtypisch als monarchische, also personale, höchste Herrschaftsgewalt vorstellte. Souveränität bedeutete nach seiner Auffassung absolute, dauernde höchste Befehlsgewalt.<sup>106</sup> Der Souverän duldet neben sich keine anderen Herrscher, er hat innerhalb seines Territoriums das Gewaltmonopol nach innen und ist nach außen unabhängig von anderen Souveränen.<sup>107</sup> Auch wenn *Bodin* neben der Monarchie auch Demokratie und Aristokratie für mögliche Regierungsformen hielt,<sup>108</sup> so waren sie in einheitlichen Staatswesen gedacht, nicht im auf Gewaltenteilung angelegten Verfassungs- und Bundesstaat.

In der u.a. auf *Hegel* sich begründenden deutschen Staatstheorie wurde die Souveränität in der Folge entpersonalisiert und dem Staat selbst zugeschrieben.<sup>109</sup> Souveränität war damit eine Eigenschaft des Staates und nicht mehr eines bestimmten Organs, wie etwa des Monarchen.<sup>110</sup> Das Völkerrecht ist auch heute noch im Wesentlichen an der Souveränität des Staates ausgerichtet.<sup>111</sup> Äußere Souveränität bedeutet dort Völkerrechtsunmittelbarkeit und Autonomie gegenüber anderen Staaten.<sup>112</sup> Jeder Staat als territoriale Einheit gebietet idealtypisch souverän über sein eigenes Staatsgebiet, in dem er alleine Hoheitsakte vornimmt, ohne dass ihm andere Staaten Vorschriften machen können,<sup>113</sup> sodass eine einheitliche und einzige Gebietshoheit entsteht. Das Völkerrecht ist seit dem Westfälischen Frieden auf das Verhältnis souveräner Staaten untereinander ausgerichtet und erkennt regelmäßig nur den Gesamtstaat als solchen an.<sup>114</sup>

Die innerstaatliche Souveränität mag im Bundesstaat aber aus Sicht des jeweiligen Verfassungsrechts anders gesehen werden. Denn immerhin wird Herrschaft

103 Siehe noch sogleich unten 2. Kapitel B. V. sowie unten 3. Kapitel A., B. und C.

104 Vgl. zur Diskussion um die Souveränität im Bundesstaat *Grimm*, Souveränität, S. 54 ff.

105 Siehe zum klassischen Verständnis durch *Bodin* noch unten 2. Kapitel C. IV. 1. a).

106 *Bodin* (1576), Buch I, 8. Kap., S. 122, Reclam-Ausgabe, S. 19.

107 Vgl. zur Unterscheidung der inneren und äußeren Komponente der Souveränität *Fleiner/Basta Fleiner*, S. 325; *Grimm*, Souveränität, S. 78; *Hillgruber*, HStR II, 3. Aufl. 2004, § 32 Rn. 53 ff.; *Ipsen*, Völkerrecht, § 5 Rn. 7; *Peters*, S. 127; *Randelzhofer*, HStR II, 3. Aufl. 2004, § 17 Rn. 23.

108 *Bodin* (1576), Buch II, 1. Kap., S. 521 ff., Reclam-Ausgabe, S. 47 ff.

109 *Hegel* (1820), §§ 277, 278; dazu *Grimm*, Souveränität, S. 51 ff.; *Oeter*, ZaöRV 55 (1995), 659, 672; *Randelzhofer*, HStR II, 3. Aufl. 2004, § 17 Rn. 20 ff.; *Stolleis*, Geschichte des öff. Rechts Bd. II, S. 106 ff.; *Zippelius*, Allg. Staatslehre, § 9 III 1.

110 *Kelsen*, Allg. Staatslehre (1925; Neuauf. 1993), S. 102.

111 *Hillgruber*, HStR II, 3. Aufl. 2004, § 32 Rn. 68; *Ipsen*, Völkerrecht, § 5 Rn. 7; *Randelzhofer*, HStR II, 3. Aufl. 2004, § 17 Rn. 25.

112 *Ipsen*, Völkerrecht, § 5 Rn. 7; *Randelzhofer*, HStR II, 3. Aufl. 2004, § 17 Rn. 25.

113 *Randelzhofer*, HStR II, 3. Aufl. 2004, § 17 Rn. 28.

114 Vgl. etwa *Herdegen*, Völkerrecht, § 8 Rn. 2; v. *Münch/Mager*, Rn. 689.

hier gerade getrennt ausgeübt, wenn auch je nach Ausgestaltung der jeweiligen Verfassungsordnung in durchaus unterschiedlichem Maße. Während im Einheitsstaat nur der Gesamtstaat Souveränität beanspruchen kann, sodass hier z.B. nach der Doktrin der Parlamentsouveränität auch ein staatliches Organ souverän entscheiden kann, und während im Staatenbund eben nur die ihn konstituierenden Staaten und damit deren Völker souverän sind, ist der Bundesstaat eine schwer einzuordnende Kategorie.

Denn hier vereinigen sich Staaten in der Weise, dass sie einen Gesamtstaat bilden, sodass dieser über eine eigenständige Legitimation, ein eigenes Volk sowie eine originäre Staatsgewalt verfügt und ihm Kompetenzen zukommen, Entscheidungen mit direkter Wirkung für die Bürgerinnen und Bürger zu treffen. Anders als im Falle der Parlamentsouveränität können im Bundesstaat zwei verschiedene Parlamente Gesetze erlassen, wobei der jeweilige Kompetenzbereich verfassungsmäßig gegenüber der anderen Ebene abgesichert ist.<sup>115</sup> Dies kann nicht ohne Einfluss auf die Souveränitätsfrage sein.

Im Deutschen Reich von 1870/71 bildete die Frage der Souveränität im Bundesstaat das wohl wichtigste Diskussionsobjekt der Staatslehre.<sup>116</sup> Nach der alten Bundesstaatslehre ist die Souveränität im Bundesstaat zwischen Bund und Gliedstaaten aufgeteilt,<sup>117</sup> sodass jeder in seiner jeweiligen Sphäre souverän ist. Diese Theorie rekurrierte auf das US-amerikanische Verständnis, wie es u.a. durch Rezeption des Werkes von *de Tocqueville*<sup>118</sup> in Europa vermittelt wurde.<sup>119</sup> Der Bund verfügt hiernach nur über diejenigen Teile der Hoheitsgewalt, die in seine Zuständigkeit fallen, während der Rest der Souveränität bei den Gliedstaaten verbleibt, wobei Bundes- und einzelstaatliche Gewalt in ihrer jeweiligen Sphäre „souverän“, d.h. selbstständig hinsichtlich der Erfüllung der staatlichen Aufgaben und Ausübung von Herrschaft, sind.<sup>120</sup> Im föderativen System schöpfen beide Staatsteile ihre Legitimation aus einer originären Quelle, sodass es sich jeweils um eigenständige Hoheitsmacht handelt.<sup>121</sup>

Letztlich geht es um die Frage der Abgrenzung von Zuständigkeiten, also um das Kernproblem der Anordnung politischer Verantwortung. Jedem Staatsteil kommen durch die Verfassung Herrschaftskompetenzen zu, in welche der andere

115 Vgl. die klassische Unterscheidung zwischen Parlamentsouveränität und Föderalismus bei *Dicey* (1915; Neuauf. 1982), S. 73 ff.

116 Vgl. zu diesem Streit ausführlich *Grimm*, Souveränität, S. 63 ff.; *Kristoferitsch*, S. 21 ff.; *Oeter*, Integration und Subsidiarität, S. 44 ff.; *ders.*, ZaöRV 55 (1995), 659, 665 ff.; *ders.*, in: v. Bogdandy/Bast, S. 87 ff.; ferner *Peters*, S. 144 f.; siehe dazu auch unten 3. Kapitel A. I. 2. b).

117 So etwa *Waitz* (1862), S. 44, 166.

118 *de Tocqueville* (1. Band: 1835, 2. Band: 1840), Über die Demokratie in Amerika.

119 Dazu *Grimm*, Souveränität, S. 54 ff.; *Kristoferitsch*, S. 21 ff., 25 ff.; *Oeter*, Integration und Subsidiarität, S. 46; *ders.*, ZaöRV 55 (1995), 659, 665 ff.; *ders.*, in: v. Bogdandy/Bast, S. 87 ff.; ferner *Peters*, S. 144 f.

120 *Waitz* (1862), S. 44, 165 f.

121 *Waitz* (1862), S. 43; vgl. zu dieser Herleitung der geteilten Souveränität *Grimm*, Souveränität, S. 62; *Peters*, S. 146; vgl. ferner *Pernice*, AöR 136 (2011), 185, 206.

Teil nicht eingreifen darf.<sup>122</sup> Die Macht zur Gesetzgebung bildete schon bei *Bodin* den wichtigsten Aspekt der Souveränität, welchem letztlich alle anderen Machtbefugnisse untergeordnet waren.<sup>123</sup> Die Rechtssetzungsbefugnis steht im Bundesstaat aber verschiedenen Staatsteilen zu. Daher ließ sich von geteilter Souveränität sprechen, im Sinne einer Herrschaftsbefugnis für ein bestimmtes Feld, die andere Hoheitsträger ausschließt.

Nach der Reichsgründung wurde diese Sichtweise jedoch unpopulär. Dies fand seinen Grund u.a. darin, dass die deutschen Staatsrechtler sich überwiegend auf den klassischen Begriff *Bodins* besannen und die Souveränität als höchste Befehlsgewalt und Letztentscheidungsbefugnis und daher für unteilbar erklärten.<sup>124</sup> Denn wenn man Souveränität als eine höchste, nur sich selbst bestimmende und keinem anderen Willen unterworfenen Macht verstehe, so sei eine Teilbarkeit logisch ausgeschlossen und eine „*contradictio in adjecto*“<sup>125</sup>. Es sollte jedoch nicht vergessen werden, dass bei *Bodin* der Hintergrund dieser Prämisse in einer auf personale monarchische Herrschaft ausgerichteten Denkweise gelegen hatte. Der Monarch als Person ist nicht teilbar. Ersetzte man ihn durch den Staat, so änderte sich an dieser Ausrichtung und der Unteilbarkeit der Souveränität nichts.<sup>126</sup> In diesem Fall konnte sie aber nur einem der beiden Staatsteile zukommen, entweder dem Bund oder den Gliedstaaten. Sah man sodann aber die Souveränität – wie *Bodin*<sup>127</sup> – schon als konstitutives Merkmal eines Staates, so müssen beide entweder souverän sein oder gar keine Staaten.<sup>128</sup> Letztlich kann es, diese Thesen konsequent zu Ende gedacht, überhaupt nur Einheitsstaaten oder Staatenbünde geben.<sup>129</sup> Tatsächlich wurde aus diesem Grunde das Reich teilweise noch als Staatenbund eingestuft, bei dem die Souveränität einzig bei den Einzelstaaten liege.<sup>130</sup>

Im Zuge der Reichsgründung setzten sich jedoch unitarische Sichtweisen durch, welche die staatliche Souveränität nur noch dem Reich zuschrieben.<sup>131</sup> Hierfür wurden mehrere Gründe angeführt:<sup>132</sup> Das ursprüngliche Völkervertragsverhältnis

122 Vgl. *de Tocqueville* (1835), 1. Band, 3. Kap., Reclam-Ausgabe, S. 49 f.

123 *Bodin* (1576), Buch I, 10. Kap., S. 221 und 223, Reclam-Ausgabe, S. 42 f.

124 *Laband* (1911; Neuauf. 1997), S. 63 f.; vgl. dazu *Fleiner/Basta Fleiner*, S. 562; *Grimm*, Souveränität, S. 63 ff.; *E.R. Huber*, Deutsche Verfassungsgeschichte III, S. 794 ff.; *Kristoferitsch*, S. 28 ff.; *Oeter*, Integration und Subsidiarität, S. 45; *ders.*, ZaöRV 55 (1995), 659, 665 ff.; *ders.*, in: v. Bogdandy/Bast, S. 87 ff.

125 *Laband* (1911; Neuauf. 1997), S. 63.

126 *Oeter*, ZaöRV 55 (1995), 659, 672.

127 *Bodin* (1576), Buch I, 1. Kap., S. 1 und Buch I, 2. Kap., S. 10, Reclam-Ausgabe, S. 8 und S. 13; zur völkerrechtlichen Sicht vgl. die Ausführungen von *Ipsen*, Völkerrecht, § 5 Rn. 6 f.

128 Vgl. dazu *Fleiner/Basta Fleiner*, S. 562; *Grimm*, Souveränität, S. 62.

129 Vgl. dazu *Grimm*, Souveränität, S. 65; *Kristoferitsch*, S. 28.

130 So etwa *v. Seydel*, Kommentar zur Verfassungs-Urkunde (1897), S. 13 ff.

131 So etwa *Jellinek*, Staatenverbindungen (1882), S. 38 ff.; *Laband* (1911; Neuauf. 1997), S. 88 ff.; *Meyer/Anschütz* (1919; Neuauf. 2005), S. 7; vgl. dazu *Frowein*, EuR 1995, 315, 317; *Grimm*, Souveränität, S. 65 ff.; *E.R. Huber*, Deutsche Verfassungsgeschichte III, S. 794 ff.; *Kristoferitsch*, S. 28; *Oeter*, Integration und Subsidiarität, S. 47; *ders.*, ZaöRV 55 (1995), 659, 666; *ders.*, in: v. Bogdandy/Bast, S. 88.

132 *Laband* (1911; Neuauf. 1997), S. 90 ff.

sei mit der Gründung des Bundesstaates beendet und durch eine staatsrechtliche Organisation ersetzt worden. Das Reich verfüge über eine Vielzahl entscheidender Kompetenzen, wie etwa über die Gesetzgebung im Zivil- und Strafrecht, und ferner sei die Umschichtung von Kompetenzen durch Verfassungsänderung möglich, welche in Art. 78 RV 1871 durch Gesetz erfolgen konnte, bei dem die Einzelstaaten im Bundesrat zwar zustimmen mussten, jedoch galt dort kein Einstimmigkeitserfordernis, sodass einzelne Staaten durchaus überstimmt werden konnten. Wer über die Aufteilung der Hoheitsrechte entscheiden könne, sei souverän, während die tatsächliche Wahrnehmung der Herrschaftsrechte die Souveränität unberührt lasse, da diese quasi auf einer tieferen Ebene liege und vom Willen des Souveräns abhänge.<sup>133</sup> Für die Souveränität des Reiches spreche schließlich auch der Vorrang des Reichsrechts gegenüber dem Landesrecht, wie er in Art. 2 RV 1871 festgelegt war, da dadurch wiederum zum Ausdruck komme, dass das Reich die höchste Gewalt besitze.<sup>134</sup>

*Jellinek* verstand unter Souveränität überhaupt nur noch die Fähigkeit ausschließlicher Selbstbestimmung im Sinne formaler Kompetenzhoheit, d.h. Kompetenz-Kompetenz,<sup>135</sup> seine Zuständigkeit auszudehnen und unterschied diese von der Staatsgewalt.<sup>136</sup> Die Staatsgewalt könne einen unterschiedlichen Inhalt und Umfang haben, Souveränität bedeute jedoch, über diesen entscheiden zu können.

Zwar lag es dann nahe, die Einzelstaaten mangels Souveränität gar nicht mehr als Staaten anzusehen.<sup>137</sup> Die Staatslehre des Deutschen Reiches präsentierte aber auch für dieses Problem eine Lösung, indem sie die Existenz nicht-souveräner Staaten akzeptierte.<sup>138</sup> *Jellinek* erklärte, die Souveränität sei kein wesentliches Merkmal der Staatsgewalt,<sup>139</sup> sodass es auch Staatsgewalt und damit Staaten geben könne, die nicht souverän sind. Hinsichtlich des Reiches ging er davon aus, dass einerseits die Gliedstaaten dem Bund in der staatsrechtlichen Verbindung eines Bundesstaates so untergeordnet seien, dass ihnen keine Souveränität mehr zukomme, sie aber andererseits noch über hinreichende Merkmale verfügten, die sie von einfachen Verwaltungseinheiten unterschieden.<sup>140</sup> Dazu gehöre insbesondere die Berechtigung zum Erlass bindender Normen aus eigenem, unkontrolliertem Recht als Vollstrecker eines eigenen Willens.<sup>141</sup> Später gab er auch den Gedanken auf, die Staatsgewalt der Länder sei nur vom Bund abgeleitet, sondern erkannte eine originäre

133 Vgl. auch *Grimm*, Souveränität, S. 68; *ders.*, Die Zukunft der Verfassung II, S. 282.

134 *Laband* (1911; Neuauf. 1997), S. 94.

135 *Grimm*, Souveränität, S. 68.

136 *Jellinek*, Allg. Staatslehre (3. Aufl. 1928; Neuauf. 1960), S. 484 ff., 495 f.

137 Vgl. dazu *Möllers*, Staat als Argument, S. 351.

138 *Jellinek*, Staatenverbindungen (1882), S. 44 f.; *ders.*, Allg. Staatslehre (3. Aufl. 1928; Neuauf. 1960), S. 486 ff.; *Laband* (1911; Neuauf. 1997), S. 64 ff.; vgl. dazu *Grimm*, Souveränität, S. 66 ff.; *Peters*, S. 126 f.

139 *Jellinek*, Allg. Staatslehre (3. Aufl. 1928; Neuauf. 1960), S. 486 ff.

140 *Jellinek*, Staatenverbindungen (1882), S. 39.

141 *Jellinek*, Staatenverbindungen (1882), S. 40 ff.

Herrschaftsgewalt der Gliedstaaten aus eigener Macht und kraft eigenen Rechts an,<sup>142</sup> sodass sie sich z.B. auch mittels Verfassung ihre eigene Grundordnung geben können.<sup>143</sup> All dies rechtfertige es, sie als Staaten anzusehen, da etwa die Tätigkeit der reinen Verwaltungskörper weiterhin der Kontrolle des Staates unterliege.<sup>144</sup>

Die Einzelstaaten verfügen damit zwar über Staatsgewalt, seien aber nicht souverän, da ihre Zuständigkeitsgebiete nicht alleine von ihrem Willen abhingen und sie nur Glied eines höheren Ganzen seien.<sup>145</sup> Souveränität sei ein juristischer Begriff, während die Lehre von der geteilten Souveränität eine politische Betrachtung der konkreten Machtverhältnisse sei.<sup>146</sup> Da *Jellinek* unter Souveränität letztlich die Eigenschaft eines Staates verstand, kraft welcher er nur durch seinen eigenen Willen rechtlich gebunden werden kann,<sup>147</sup> ist auch eine Übertragung von Hoheitsrechten solange kein Verlust der Souveränität wie es sich um eine bewusste Entscheidung und Selbstbeschränkung handelt.<sup>148</sup> Es kommt also gerade nicht auf die inhaltliche Substanz, die konkrete Regelungsmacht, sondern nur auf die formelle Kompetenz-Kompetenz an.<sup>149</sup> Da diese beim Reich liege, sei dieses souverän. Getrennt wurden damit letztlich nicht die Souveränität von Bund und Einzelstaaten, sondern Staatsgewalt und Souveränität. Kompensiert wird der Verlust der Souveränität für die Gliedstaaten dadurch, dass sie auf bestimmte Art und Weise an der Bundesgewalt teilhaben,<sup>150</sup> so insbesondere durch Beteiligung an der Gesetzgebung durch den Bundesrat. Der Einzelstaat sei daher im Verhältnis zum Bund nicht mehr souverän, könne aber zusammen mit den anderen Gliedstaaten an der Ausübung dieser ihm übergeordneten Staatsgewalt mitwirken.<sup>151</sup> *Laband* formulierte, die einzelnen Staaten seien daher „als Gesamtheit souverän“.<sup>152</sup>

Auch in der Weimarer Republik beschäftigte die Souveränitätsfrage immer noch die Staatstheorie.<sup>153</sup> Für *Nawiasky*<sup>154</sup> war die Souveränität Bestandteil der Staatsgewalt, und da diese zwischen Bund und Ländern aufgeteilt sei, komme beiden damit auch eine entsprechende Souveränität zu. Den Bundesstaat definierte er als Staat, „dessen Kompetenz aus dem gemeinsamen Ausschnitt der Kompetenzen

142 *Jellinek*, Allg. Staatslehre (3. Aufl. 1928; Neuauf. 1960), S. 489 ff.; so insbesondere auch *Laband* (1911; Neuauf. 1997), S. 65 ff.

143 *Jellinek*, Allg. Staatslehre (3. Aufl. 1928; Neuauf. 1960), S. 491.

144 *Jellinek*, Staatenverbindungen (1882), S. 40 ff.

145 *Jellinek*, Staatenverbindungen (1882), S. 44.

146 *Jellinek*, Allg. Staatslehre (3. Aufl. 1928; Neuauf. 1960), S. 782.

147 *Jellinek*, Staatenverbindungen (1882), S. 34.

148 *Grimm*, Souveränität, S. 67.

149 *Grimm*, Souveränität, S. 68; *Oeter*, Integration und Subsidiarität, S. 47.

150 *Jellinek*, Allg. Staatslehre (3. Aufl. 1928; Neuauf. 1960), S. 770.

151 *Laband* (1911; Neuauf. 1997), S. 101.

152 *Laband* (1911; Neuauf. 1997), S. 101.

153 Vgl. zur Diskussion während der Weimarer Zeit *Grimm*, Souveränität, S. 68 ff.; *Grzeszick*, in: Härtel, Hdb. Föderalismus I, § 2 Rn. 94 ff.

154 *Nawiasky*, Der Bundesstaat als Rechtsbegriff (1920), S. 47 f.

mehrerer dadurch verbundener Staaten besteht“.<sup>155</sup> *Kelsen*<sup>156</sup> nahm hingegen unter dieser Prämisse einen dreigliedrigen Staatsaufbau des Bundesstaates an, bestehend aus den Gliedstaaten, dem Bund und einem Gesamtstaat.<sup>157</sup> Für ihn war Souveränität eine Eigenschaft der Rechtsordnung, da er Rechtsordnung und Staat gleichsetzte.<sup>158</sup> Bund und Gliedstaaten bilden dabei eigenständige Teilordnungen, welche erst durch die Bundesverfassung zu einem Ganzen gefügt werden.<sup>159</sup> Nur die Gesamtverfassung sei letztlich als Bundesstaat zu bezeichnen, ihr seien Oberstaat und Gliedstaaten als delegierte Teilordnungen untergeordnet, von ihr leiteten sich die jeweiligen Befugnisse ab, nur die Gesamtordnung sei also souverän.<sup>160</sup> Bund und Gliedstaaten sind dann nur Träger von Staatsgewalt, die ihnen vom Gesamtstaat zugewiesen ist. Dieser Ansicht wurde indes schon zur damaligen Zeit<sup>161</sup> und wird auch heute noch vorgeworfen, sie sei zu formalistisch und konstruiere einen übergeordneten Staat, der nirgends sichtbar werde.<sup>162</sup> Insbesondere existieren zwar die Landesverfassungen und die Verfassung des Bundes, nicht aber eine solche des Gesamtstaates. Letztere kann nur in der Bundesverfassung erblickt werden. Dann liegt es aber nahe, mit der h.M. Bund und Gesamtstaat für identisch zu halten.

*Carl Schmitt*, dessen Schriften das Ende der Weimarer Republik begleiteten, wollte die Souveränität hingegen zwischen Bund und Einzelstaaten schlicht „offen“ und in der Schwebelage lassen.<sup>163</sup> Sie bleibe im Verfassungsstaat jedoch nur so lange latent wie sich dieser im Normalzustand befinde, lebe im Ausnahmezustand hingegen wieder auf, sodass souverän sei, wer über diesen Ausnahmezustand entscheide.

Heute wird im deutschen Verfassungsrecht in der Tradition der herrschenden Lehre zur Kaiserzeit wohl noch überwiegend davon ausgegangen, dass im deutschen Bundesstaat die Souveränität einzig beim Bund liege.<sup>164</sup> Es ist inzwischen nach diesem Verständnis sogar gerade das generelle Kennzeichen eines Bundesstaates, dass die Gliedstaaten durch die Eingliederung in den Gesamtstaat ihre Souveränität einbüßen, sodass die Eigentümlichkeit der deutschen Verfassung, der

155 *Nawiasky*, Der Bundesstaat als Rechtsbegriff (1920), S. 29.

156 *Kelsen*, Allg. Staatslehre (1925; Neuauf. 1993), S. 198 ff.

157 Vgl. dazu *Grimm*, Souveränität, S. 68 f.; *Ipsen*, Staatsrecht I, § 9 Rn. 535; *Stern*, Staatsrecht I, S. 650; siehe ferner noch unten 3. Kapitel A. I.

158 *Kelsen*, Allg. Staatslehre (1925; Neuauf. 1993), S. 16 ff.; 198 ff.

159 *Kelsen*, Allg. Staatslehre (1925; Neuauf. 1993), S. 199 f.

160 *Kelsen*, Allg. Staatslehre (1925; Neuauf. 1993), S. 107, 199 f.

161 Vgl. etwa schon *Laband* (1911; Neuauf. 1997), S. 81 ff., gegen *Haenel*, der nur den Bundesstaat insgesamt, also die Kombination von Bund und Einzelstaaten zusammen, überhaupt als einen Staat ansah; vgl. dazu auch *Grimm*, Souveränität, S. 68.

162 *Grimm*, Souveränität, S. 69.

163 *C. Schmitt* (1928; Neuauf. 2003), Verfassungslehre, S. 373 ff.: Souveränitätsfrage ist offen, solange der Bund neben den Einzelstaaten existiert.

164 *Di Fabio*, Der Staat 32 (1993), 191, 201; *Laufer/Münch*, S. 16; *Randelzhofer*, HStR II, 3. Aufl. 2004, § 17 Rn. 35; *Zippelius/Würtenberger*, § 14 Rn. 5.

„deutsche Sonderweg“<sup>165</sup>, als allgemeingültiges Kriterium verwendet wird,<sup>166</sup> obgleich doch jeweils nur die geltende Verfassung erklärt wurde und schon zur Kaiserzeit den Vertretern der unitarischen Bundesstaatskonzeption eine mangelnde Kenntnis des ausländischen Verständnisses, insbesondere des US-amerikanischen Systems, vorgeworfen wurde.<sup>167</sup> Zur Begründung wird weiterhin v.a. darauf abgestellt, dass dem Bund die Kompetenz-Kompetenz zukomme, denn immerhin werden die Kompetenzen in der Bundesverfassung verteilt, sodass der Bund durch Änderung derselben seine Zuständigkeiten erweitern könne.<sup>168</sup>

Aus einer anderen Perspektive wird die Souveränität von denjenigen beurteilt, welche dabei zu Recht (auch) die Legitimität des Staates durch die Volkssouveränität berücksichtigen. Die Frage nach der Souveränität wird dann insgesamt als solche nach der Legitimität der Staatsgewalt formuliert.<sup>169</sup> Tatsächlich sind im modernen Verfassungsstaat Souveränität und demokratische Legitimität verwoben,<sup>170</sup> d.h. nur ein Staat, dessen Herrschaft legitim ist, darf sich legitimerweise als souverän bezeichnen.<sup>171</sup> Der Staat bezieht seine Legitimation heute aus dem Volk und nicht mehr aus metaphysischem Recht. Dies gilt zumindest für die hier untersuchten demokratischen Bundesstaaten. Die Bürgerinnen und Bürger übertragen die Ausübung der Herrschaftsgewalt mittels der Verfassung den politischen Hoheitsträgern und Organen.<sup>172</sup>

Aus dieser im gewaltenteiligen Verfassungsstaat bereits angelegten Aufteilung von Staatsgewalt auf verschiedene Organe, mit der Folge, dass es anders als im Einheitsstaat auch keine einheitliche Parlamentssouveränität gibt, wird von einigen geschlossen, dass auch eine vertikale Souveränitätsteilung zwischen Bund und Gliedstaaten möglich ist.<sup>173</sup> Denn es gibt als Legitimationssubjekt tatsächlich nicht nur die Landesvölker, sondern auch eine gesamtstaatliche Volkssouveränität. Denkt man den Bundesstaat unter diesen Voraussetzungen föderalistisch, so scheint unter dieser Prämisse eine geteilte Souveränität erklärbar.<sup>174</sup> Denn dann fungieren im Bundesstaat die Einzelnen in jeweils unterschiedlicher Eigenschaft entweder als Bundes- oder als Landesvolk als Legitimationssubjekt.<sup>175</sup>

165 Peters, S. 126.

166 Kritisch Oeter, ZaöRV 55 (1995), 659, 669 f.; ders., in: v. Bogdandy/Bast, S. 89.

167 So v. Martitz, ZgesStW 32 (1876), 555, 569; vgl. Oeter, ZaöRV 55 (1995), 659, 670, Fn. 44.

168 Di Fabio, Der Staat 32 (1993), 191, 201.

169 Oeter, Integration und Subsidiarität, S. 382.

170 Vgl. nur F. Meyer, Demokratieprinzip, S. 40; ders., Strafrechtsgenese, S. 657; Oeter, ZaöRV 55 (1995), 659; ders., in: v. Bogdandy/Bast, S. 97; ferner Fleiner/Basta Fleiner, S. 564 f.

171 Peters, S. 566.

172 So bereits Madison, The Federalist No. 46: „[...] different agents and trustees of the people“; vgl. ferner F. Meyer, Demokratieprinzip, S. 88; Oeter, ZaöRV 55 (1995), 659, 671.

173 So insbesondere Fleiner/Basta Fleiner, S. 564 f.; Oeter, ZaöRV 55 (1995), 659, 672.

174 Fleiner/Basta Fleiner, S. 564 f.; Oeter, ZaöRV 55 (1995), 659, 671; kritisch Peters, S. 146.

175 Fleiner/Basta Fleiner, S. 564.

Die Souveränitätsrechte sind den jeweiligen Staatsebenen durch die Bürgerinnen und Bürger zur Ausübung anvertraut,<sup>176</sup> aber jeweils von vorneherein nur partiell und inhaltlich beschränkt. Auch die Gliedstaaten schöpfen ihre Legitimität daher aus einer vom Bund zu unterscheidenden Quelle, ihre originäre Hoheitsgewalt ist gerade nicht nur von diesem abgeleitet.<sup>177</sup> Insgesamt gibt es letztlich auf beiden Ebenen nur vom Volk abgeleitete Gewalt.<sup>178</sup> Auch die alte Bundesstaatslehre hatte sich bei ihrer Annahme einer Teilbarkeit der Souveränität bereits auf den Gedanken der Volkssouveränität berufen.<sup>179</sup> Dies setzt natürlich voraus, dass Souveränität überhaupt als teilbar und nicht als höchste, inhaltlich unbeschränkte und ultimative Befehlsgewalt angesehen wird.<sup>180</sup>

Man kann dieser Ansicht wiederum entgegenen, dass letztlich die Bundesverfassung Ausschlag gebend für die Kompetenzverteilung ist, dabei aber das Bundesvolk als einheitlicher Verfassungsgeber auftritt.<sup>181</sup> Denkt man insofern also unitarisch, so gibt es auch im Bundesstaat nur ein Volk und damit ein Legitimationssubjekt. Auf der anderen Seite muss aus der Perspektive der Volkssouveränität aber auch gar nicht unbedingt über die Teilbarkeit der Souveränität gestritten werden, denn letztlich führt sie immer zu denselben Personen zurück.<sup>182</sup> Der Staat und die jeweiligen Ebenen sind nur Formen der Selbstbestimmung der Bürgerinnen und Bürger im Mehrebenensystem, bei ihnen als Individuen liegt die ursprüngliche Volkssouveränität.<sup>183</sup>

Andere wollen die Souveränitätsfrage innerhalb eines verfassten bundesstaatlichen Gebildes sogar insgesamt vernachlässigen.<sup>184</sup> Sie ergebe schon wegen der Eigenart des Bundesstaates keinen Sinn.<sup>185</sup> Denn im Bundesstaat sei die Herrschaft eben gerade aufgeteilt, sodass jeder Staatsteil diese innerhalb eines eigenständigen Teilbereiches ausübe.<sup>186</sup> Unbegrenzte souveräne Macht gebe es somit im demokratischen Verfassungsstaat nicht mehr.<sup>187</sup> Die Gliedstaaten seien dem Bund auch nicht prinzipiell untergeordnet, sondern eigenständige politische Ebenen.<sup>188</sup> Selbst eine

176 Vgl. *Pernice*, in: Dreier, Art. 23 Rn. 22, sowie die bereits angeführte Aussage von *Madison*, The Federalist No. 46.

177 So auch BVerfGE 1, 14, 34; 60, 175, 207; *Oeter*, ZaöRV 55 (1995), 659, 677; *Pernice*, AöR 136 (2011), 185, 206.

178 *Peters*, S. 146.

179 *Oeter*, ZaöRV 55 (1995), 659, 671; *ders.*, in: v. Bogdandy/Bast, S. 90.

180 So denn auch *Fleiner/Basta Fleiner*, S. 564.

181 Vgl. etwa *Habermas*, Zur Verfassung Europas, S. 69.

182 *Pernice*, AöR 136 (2011), 185, 209.

183 *Pernice*, AöR 136 (2011), 185, 209.

184 So etwa *Beaud*, Der Staat 35 (1996), 45, 55 ff.; *Herzog/Grzeszick*, in: Maunz/Dürig, 69. EL 2013, Art. 20 IV Rn. 37 ff.; *Schnapp*, in: v. Münch/Kunig, Art. 20 Rn. 12; vgl. auch *Hillgruber*, HStR II, 3. Aufl. 2004, § 32 Rn. 52: „Der gewaltenteilige Verfassungsstaat [...] kennt keinen Souverän“.

185 *Herzog/Grzeszick*, in: Maunz/Dürig, 69. EL 2013, Art. 20 IV Rn. 38; kritisch auch *Frowein*, EuR 1995, 315, 317; v. *Münch/Mager*, Rn. 688.

186 *Herzog/Grzeszick*, in: Maunz/Dürig, 69. EL 2013, Art. 20 IV Rn. 38.

187 v. *Münch/Mager*, Rn. 688.

188 *Herzog/Grzeszick*, in: Maunz/Dürig, 69. EL 2013, Art. 20 IV Rn. 38.

wie auch immer geartete Kompetenz-Kompetenz des Bundes ändere daran nichts, denn der Bund könne die Länder und die bundesstaatliche Struktur nicht beseitigen, wie in Deutschland etwa Art. 79 Abs. 3 GG klarstellt.<sup>189</sup> Die Souveränität sei zur Beurteilung des Verhältnisses von Bund und Gliedstaaten daher völlig unerheblich und behalte nur Bedeutung für das Gewaltmonopol gegenüber nicht-staatlichen Akteuren sowie für das Verhältnis nach außen zu anderen Staaten.<sup>190</sup>

Auch in anderen Bundesstaaten hat die Frage der Souveränität in der Vergangenheit eine besondere Bedeutung erlangt. Sie hatte etwa in den USA nicht zuletzt Auswirkungen auf den Ausbruch des Bürgerkrieges.<sup>191</sup> Dabei stand aber eher die Frage im Raume, ob die USA überhaupt ein Bundesstaat waren. Die Südstaaten begründeten ihre Sezession und die Gründung ihrer neuen Konföderation ausdrücklich mit ihrer ultimativen Souveränität, welche sich auch im Recht zum Austritt aus der Union äußere.<sup>192</sup> Es ging ihnen daher aber gerade nicht um die Frage der Teilbarkeit, sondern um eine alleinige Souveränität der Einzelstaaten. Zumindest diese Auffassung wurde durch den Ausgang des Bürgerkrieges endgültig unvertretbar.

In den Entscheidungen des U.S. Supreme Courts finden sich jedoch Formulierungen, die auf eine Anlehnung an das alte Konzept der geteilten Souveränität hindeuten.<sup>193</sup> So hat er auch nach dem Ende des Bürgerkrieges im Angesicht der nun schnell fortschreitenden Zentralisierung der USA bis in das Jahr 1937, unter Betonung der Souveränität der Einzelstaaten in ihrer jeweiligen Sphäre, diverse Gesetze des Bundes für *ultra vires* erklärt.<sup>194</sup> Er berief sich dabei insbesondere auf Zusatzartikel X. der U.S. Constitution, der ausdrücklich alle Staatsgewalt, die nicht dem Bund zugeteilt wurde, bei den Einzelstaaten bzw. dem Volk belässt.

189 Herzog/Grzeszick, in: Maunz/Dürig, 69. EL 2013, Art. 20 IV Rn. 38; vgl. auch Oeter, ZaöRV 55 (1995), 659, 678.

190 Herzog/Grzeszick, in: Maunz/Dürig, 69. EL 2013, Art. 20 IV Rn. 39.

191 Vgl. Grimm, Souveränität, S. 54 ff.; Jellinek, Staatenverbindungen (1882), S. 17 f.; F.C. Mayer, Kompetenzüberschreitung, S. 300 ff.

192 So begann etwa die Präambel der Konföderationsverfassung mit den Worten: „We, the People of the Confederate States, each State acting in his sovereign and independent character [...] do ordain and establish this constitution for the Confederate States of America“; Jellinek, Staatenverbindungen (1882), S. 187 ff., zog daraus den Schluss, es habe sich bei dieser Konföderation wiederum um einen Staatenbund gehandelt.

193 So etwa die Grundsatzentscheidung des U.S. Supreme Courts zum US-amerikanischen Föderalismus in *McCulloch v. Maryland*, 17 U.S. 316, 410 (1819): „In America, the powers of sovereignty are divided between the Government of the Union and those of the States. They are each sovereign with respect to the objects committed to it, and neither sovereign with respect to the objects committed to the other“; vgl. ferner Fleiner/Basta Fleiner, S. 457 f.

194 Als wichtige Entscheidungen seien genannt: *Schechter Poultry Corp. v. United States*, 295 U.S. 495 (1935); *Carter v. Carter Coal Co.*, 298 U.S. 238 (1936); vgl. dazu Chemerinsky, S. 247; F.C. Mayer, Kompetenzüberschreitung, S. 304 f.; Reinbacher, Das Strafrechtssystem der USA, S. 66; vgl. dazu noch ausführlich unten 3. Kapitel B. II. 1.

Seit der Zeit des *New Deal*,<sup>195</sup> gab er unter dem Druck des US-Präsidenten *Franklin D. Roosevelt* (1933-1945) im Jahr 1937 diese Haltung zwar zunächst für längere Zeit auf. In den 1990er Jahren kehrte er jedoch zu seiner restriktiveren Sicht zurück und verwarf unter Rekurs auf die „Souveränität“ der Einzelstaaten<sup>196</sup> wiederum einige Bundesstatuten.<sup>197</sup> Der U.S. Supreme Court stellt also v.a. dann auf die „Souveränität“ der Gliedstaaten ab, wenn es um die Begründung einer Kompetenzüberschreitung durch den Bund geht.<sup>198</sup> Gemeint ist also eine Sphäre gliedstaatlicher Autonomie, in welche der Bund nicht eingreifen darf. „Souveränität“ kann hier daher auch einfach ein Synonym für autonome Hoheitsgewalt, insbesondere Gesetzgebungszuständigkeit, bedeuten, also letztlich auf die Ausübung von Macht und einzelnen Souveränitätsrechten bezogen sein.

Interessant für diese Arbeit ist jedoch, dass der U.S. Supreme Court hinsichtlich der Frage einer doppelten Strafverfolgung im Rahmen seiner „*Dual Sovereignty Doctrine*“<sup>199</sup> weiterhin davon ausgeht, dass sowohl der Gesamtstaat als auch die Einzelstaaten im Hinblick auf die jeweilige Strafgewalt in ihrem jeweiligen Hoheitsbereich „souverän“ sind,<sup>200</sup> sodass das Verbot der Doppelbestrafung zwischen den Ebenen nicht gilt. Der Rekurs auf die „*state sovereignty*“ bedeutet insbesondere die Abschirmung gegenüber der Jurisdiktion des Bundes und seiner Gerichte,<sup>201</sup> aber auch gegenüber anderen Einzelstaaten.

In der Entscheidung *Printz v. United States* aus dem Jahr 1997 betonte der U.S. Supreme Court, es sei unbestreitbar, dass die U.S. Constitution ein System der „*dual sovereignty*“ etabliert habe.<sup>202</sup> Den Gliedstaaten sei daher eine unverletzliche Restsouveränität erhalten geblieben.<sup>203</sup> Dies verbiete es dem Bund z.B. auch – anders als dies etwa in Deutschland das verfassungsmäßige Grundprinzip ist –, die Einzelstaaten zum Vollzug und zur Ausführung seiner Gesetze einzusetzen.<sup>204</sup> Tatsächlich ist der US-amerikanische Föderalismus insofern durch ein Trennsystem gekennzeichnet, in welchem jeder Staatsteil seine Gesetze nicht nur erlässt, sondern

195 Dazu *Beale*, 543 *Annals Am. Acad. Pol. & Soc. Sci.* 39, 41 (1996); *Chemerinsky*, S. 252 ff.; *Rehn*, 108 *Colum. L. Rev.* 1991, 1994 (2008); *Reinbacher*, *Das Strafrechtssystem der USA*, S. 66 ff.; *Stonel/Seidman/Sunstein/Tushnet/Karlan*, S. 192 ff.; siehe auch unten 3. Kapitel B. II. 1.

196 *United States v. Lopez*, 514 U.S. 549, 564 (1995): „[...] in areas such as criminal law enforcement or education where States historically have been sovereign“.

197 Vgl. insbesondere *United States v. Lopez*, 514 U.S. 549 (1995); dazu *F.C. Mayer*, *Kompetenzüberschreitung*, S. 306 f.; *Reinbacher*, *Das Strafrechtssystem der USA*, S. 107 ff.; *ders.*, *DAJV-NL* 2011, 50, 53 f.

198 So etwa *New York v. United States*, 505 U.S. 144, 181 (1992): „*State sovereignty is not just an end in itself: Rather, federalism secures to citizens the liberties that derive from the diffusion of sovereign power*“; vgl. ferner *Justice Kennedy*, in: *United States v. Lopez*, 514 U.S. 549, 583 (1995): „[...] intrusion on state sovereignty“.

199 *Heath v. Alabama*, 474 U.S. 82, 88 (1985).

200 Vgl. dazu *Van Alstyne*, 26 *Am. Crim. L. Rev.* 1740 (1989); ferner *Reinbacher*, *Das Strafrechtssystem der USA*, S. 162 f., 178 ff.; kritisch *Amar*, (1987) 96 *Yale L.J.* 1425.

201 Vgl. auch *Brilmayer/Lee*, 60 *Notre Dame L. Rev.* 833 (1984/85).

202 *Printz v. United States*, 521 U.S. 898, 918 (1997).

203 *Printz v. United States*, 521 U.S. 898, 919 (1997): „*a residuary and inviolable sovereignty*“.

204 *Printz v. United States*, 521 U.S. 898, 918-923 (1997).

sie auch in eigenen Gerichten und Behörden durchsetzt.<sup>205</sup> Im für das Strafrecht relevanten Bereich betrifft die Frage neben der Doppelbestrafung etwa den Bereich der Rechtshilfe zwischen den Einzelstaaten, deren territoriale Eigenständigkeit auch diesbezüglich eine große Rolle spielt.<sup>206</sup>

Unabhängig davon, wie man den hier skizzierten Streit um die Souveränität entscheidet, steht im Bundesstaat jedenfalls einerseits die Aufteilung von Staatsmacht fest, andererseits aber auch die demokratische Legitimation der Rechtsakte auf der jeweiligen Ebene, sodass die Problematik deutlich entschärft ist. Daher wurde die Frage lange Zeit auch nicht mehr relevant für das politische Tagesgeschäft. Jedenfalls stehen den Ebenen des Bundesstaates Kompetenzen zu, die durch die Verfassung verteilt wurden und durch welche Souveränitätsrechte ausgeübt werden. Dieser Hoheitsbereich ist verfassungsmäßig gegen Übergriffe der zentralen Ebene abgesichert und das jeweilige Verfassungsgericht beurteilt die Verteilung der Kompetenzen anhand des Verfassungstextes und nicht unter Rekurs auf allgemeine Bundesstaats- oder Souveränitätstheorien.<sup>207</sup> Es bestehen rechtliche Teilordnungen, in denen der jeweilige Staatsteil die Kompetenz hat.<sup>208</sup> Nicht zuletzt schweigen sowohl U.S. Constitution als auch GG zur Frage der Souveränität. Daher wird vorgeschlagen, in der Praxis nicht von Souveränität, sondern von Staatsgewalt oder von Kompetenzen zu sprechen, um der Debatte zu entgehen.<sup>209</sup>

Sieht man Souveränität im modernen Verfassungsstaat zutreffend als Ausdruck der demokratischen Selbstbestimmung,<sup>210</sup> so ist das Augenmerk vielmehr auf die Gestaltung der Demokratie im politischen System zu richten. Im internationalen Rechtsverkehr bedeutet äußere Souveränität des Staates auch Bewahrung der Unabhängigkeit des jeweiligen Staatsvolkes vom Willen Dritter, sodass sein Selbstbestimmungsrecht gewahrt bleibt.<sup>211</sup> In der Demokratie muss schließlich sämtliche Staatsgewalt vom Volk ausgehen und durch dieses legitimiert werden, sodass das Volk z.B. auch an der Gesetzgebung beteiligt ist, indem es das Parlament wählt. Souveränität des Staates bedeutet dann gerade auch, diese Teilhabe des Staatsvolkes an der Staatsgewalt zu sichern. Im Bundesstaat stehen unter dieser Prämisse der Zuweisung strafrechtlicher Kompetenzen an eine der beiden Ebenen keinerlei Bedenken entgegen, denn jeweils steht ein Volk als Subjekt der Demokratie und Volkssouveränität zur Verfügung. Hier sind gerade dieselben Bürgerinnen und Bürger an der demokratischen Legitimation beteiligt, wenngleich auf anderen Ebe-

205 Siehe dazu noch unten 3. Kapitel B.

206 Vgl. dazu *Reinbacher*, Das Strafrechtssystem der USA, S. 149 ff.; siehe ferner unten 3. Kapitel B. III. 2. und 3.

207 *Schnapp*, in: v. Münch/Kunig, Art. 20 Rn. 10; vgl. auch *Isensee*, HStR II, 3. Aufl. 2004, § 15 Rn. 160: „rein akademischer Streit ohne praktische Relevanz“ und *Jestaedt*, HStR II, 3. Aufl. 2004, § 29 Rn. 65, Fn. 323: Frage nach der Souveränität der Bundesländer spiele „keine problemhellende Rolle“.

208 *Frowein*, EuR 1995, 315, 319.

209 So *Peters*, S. 147.

210 *Grimm*, Souveränität, S. 123.

211 Siehe dazu noch ausführlich unten 2. Kapitel C. IV. 1. c).

nen. Daraus erklärt sich auch, dass die Diskussion um die Souveränität im Verfassungsstaat heute nicht mehr besonders bedeutsam ist.<sup>212</sup>

In der EU ist diese Frage hingegen noch streitig, wie unten<sup>213</sup> ausgeführt wird. *Oeter*<sup>214</sup> hat überzeugend herausgearbeitet, dass sich die in Deutschland weithin vorhandene Furcht vor einem europäischen Bundesstaat durch das hier herrschende unitarische Verständnis erklärt, denn dessen Entstehung wäre nach dieser Ansicht verbunden mit der „Herabstufung der Bundesrepublik zu einem Gliedstaat“,<sup>215</sup> was dann gleichbedeutend wäre mit dem Verlust der Souveränität (des Staatsvolkes).<sup>216</sup> Akzeptiert man hingegen, dass die demokratische Mitbestimmung der Bürgerinnen und Bürger im politischen Mehrebenensystem auf verschiedenen Ebenen verwirklicht werden kann, so wären die Bedenken wahrscheinlich weitaus geringer.<sup>217</sup>

## V. Unterschiedliche Möglichkeiten der Verteilung der Strafrechtskompetenz

Hinsichtlich der Kompetenzverteilung im Hinblick auf das Strafrecht lassen sich keine allgemeinen Aussagen für den Bundesstaat treffen. *Anderson*, der einen groben Überblick über die vielfältigen Möglichkeiten der Aufteilung von Kompetenzen in föderalen Systemen liefert und dabei darauf hinweist, dass bestimmte Zuständigkeiten stets zentral, andere stets dezentral zugeordnet sind, schreibt beim Unterpunkt Strafrecht, es bestehe „kein klarer Trend“.<sup>218</sup>

Auch die unten im 3. Kapitel aufgezeigten Beispiele<sup>219</sup> belegen, dass die Aufteilung strafrechtlicher Zuständigkeit je nach System ganz anders erfolgt. Stark simplifiziert lässt sich sagen, dass in Deutschland die Strafgesetzgebung zwar verfassungstheoretisch als konkurrierende Kompetenz ausgestaltet, faktisch jedoch nahezu vollständig zentralisiert ist. Ähnlich ist die Lage in Kanada, wobei die Verfassung dem Bund dort, anders als in Deutschland, sogar explizit die ausschließliche Kompetenz für das Strafrecht zuweist, die Provinzen jedoch ihre Gesetze ebenfalls mit Sanktionen versehen dürfen. Beide Länder teilen Kompetenzen insoweit nach Materien auf, sodass „das Strafrecht“ der einen oder anderen Ebene zufallen kann. In den USA ist die Strafrechtssetzungskompetenz grundsätzlich dezentralisiert, daneben besteht aber ein spezielles Bereichsstrafrecht des Bundes.

Der Vollzug der Gesetze und die Strafgerichtsbarkeit sind in Deutschland und Kanada dezentralisiert, wobei jedoch an der Spitze der Gerichtspyramide jeweils

212 *Grimm*, Souveränität, S. 72 ff.

213 Diese dazu sogleich 2. Kapitel C. IV. 1.

214 *Oeter*, ZaöRV 55 (1995), 659, 672 f.

215 *Di Fabio*, Der Staat 32 (1993), 191, 195.

216 Deutlich bei BVerfGE 123, 267, 364; vgl. auch *Murswiek*, Der Staat 32 (1993), 161, 164.

217 *Oeter*, ZaöRV 55 (1995), 659, 673.

218 *Anderson*, S. 38.

219 Zum System Deutschlands siehe 3. Kapitel A.; zu den USA 3. Kapitel B.; zu Kanada 3. Kapitel C.

ein Bundesgericht steht. Zudem sind in einigen Fällen Behörden des Bundes für die Strafverfolgung zuständig. In den USA verlaufen das Strafrecht des Bundes und der Einzelstaaten in einem „Trennmodell“<sup>220</sup> hingegen weitgehend parallel und unabhängig voneinander und werden jeweils durch eigene Behörden und Gerichte durchgesetzt. In allen Bundesstaaten bilden jedoch die durch die zentrale Bundesverfassung gewährleisteten Grundrechte die Schranke sowohl der zentralen als auch der dezentralen Gesetze und Maßnahmen und schützen somit einheitlich die Beschuldigtenrechte.

---

220 *Pernice*, JZ 2000, 866, 873.

## C. Europäische Union

### I. Einordnung als politisches System *sui generis*

Die EU lässt sich, wie bereits erörtert,<sup>221</sup> den überkommenen Kategorien der Staatenverbindungen nicht zuordnen. Dennoch wird insbesondere in der deutschen Wissenschaft regelmäßig versucht, ihren Status im Spannungsfeld zwischen Staatenbund und Bundesstaat zu bestimmen.<sup>222</sup> Das überkommene Repertoire zwingt dann dazu, die EU immer aus einer staatsbezogenen Perspektive zu betrachten. Dann ist sie entweder rein staatenbündisch, sodass sich z.B. einerseits auch die demokratischen Legitimationsprozesse ausschließlich oder jedenfalls primär über die Mitgliedstaaten vollziehen müssen und andererseits stets eine alleinige „Souveränität“ der Letzteren propagiert wird, oder sie muss bundesstaatlich organisiert sein, was u.a. das Entstehen eines zentralen Bundesvolkes auf der Ebene der EU erfordern würde.

In der EU entwickelt sich jedoch eine neue, moderne Form des politischen Systems, in welchem hoheitliche Aufgaben auf verschiedenen Ebenen ausgeübt und durch die Bürgerinnen und Bürger legitimiert werden können. Diese Organisation von Hoheitsrechten muss nicht in einem europäischen Staat (mit Allzuständigkeit und Gewaltmonopol) münden, auch wenn diese Zielrichtung zunächst noch angenommen wurde.<sup>223</sup> Die EU bildet nach zutreffender Auffassung vielmehr ein politisches System *sui generis*,<sup>224</sup> sodass neue Modelle der Bewertung angezeigt sind und man von der Einordnung in eine der überkommenen Kategorien Abstand nehmen sollte.

*Kirchhof*<sup>225</sup> und ihm folgend auch das BVerfG<sup>226</sup> haben – in dieser Tendenz – für die EU den Begriff „Staatenverbund“ eingeführt, um zum Ausdruck zu bringen, dass es sich hier um eine besondere Art der Staatenverbindung handelt. Zwar geht das Gericht von einem völkerrechtlichen Standpunkt aus, nach welchem es sich bei der EU um eine Vertragsunion und nicht um einen Staat handelt, konstatiert aber gleichwohl, dass eine besonders enge Verbindung entstanden ist, die über herkömmliche Staatenbünde hinausreicht.<sup>227</sup>

221 Oben 1. Kapitel B. I.

222 Vgl. dazu *Oeter*, in: v. Bogdandy/Bast, S. 73 ff., 81; kritisch auch *Böse*, ZIS 2010, 76, 84.

223 Vgl. dazu *Oeter*, in: v. Bogdandy/Bast, S. 76 ff.; *Peters*, S. 179 ff.; *Terhechte*, EuR-Beiheft 2010, 135, 136.

224 Siehe bereits oben 1. Kapitel B. II.

225 *Kirchhof*, EuR-Beiheft 1991, 59, 60; *ders.*, HStR VII, 1992, § 183 Rn. 38, 50 ff.; *ders.*, in: Isensee, Europa als politische Idee, S. 63 f., 93.

226 BVerfGE 89, 155, 181; 123, 267, 348; zustimmend *Calliess*, HStR IV, § 83 Rn. 10; *P.M. Huber*, VVDStRL 60 (2001), 194, 210; *Ipsen*, Staatsrecht I, § 3 Rn. 59; *Jarass*, in: Jarass/Pieroth, Art. 23 Rn. 2; *Streinz/Ohler/Herrmann*, Teil 1, § 3 IV 1. – kritisch *Sack*, ZEuS 2009, 623, 630 ff.

227 BVerfGE 89, 155, 188 ff.

Tatsächlich verbindet die EU Elemente von Staatenbund und Bundesstaat.<sup>228</sup> Seit den Verträgen von Maastricht war sie zwar einerseits ein Bund von Staaten, dessen Basis zunächst vertraglich begründet ist und in welchem der intergouvernementale Rat lange Zeit als wichtigstes Gesetzgebungsorgan fungierte, sodass diesbezüglich noch eher staatenbündische Merkmale vorherrschten.<sup>229</sup> Andererseits konnte und kann sie aber supranationales in den Mitgliedstaaten unmittelbar geltendes Recht setzen und das Europäische Parlament ist als Gesamtvertretung der Unionsbürgerinnen und Unionsbürger hinzugetreten und zunehmend mit Kompetenzen ausgestattet worden. Diese Besonderheiten verleihen ihr einen gewissen bundesstaatlichen Charakter,<sup>230</sup> insbesondere wenn man im Europäischen Parlament eine gesamteuropäische Demokratie verkörpert sieht.<sup>231</sup> In diesem Fall eröffnen sich jedoch gerade auch Möglichkeiten, von der ebenfalls auf den Staat fokussierten völkerrechtlichen Theorie des Staatenverbundes Abstand zu nehmen und auf die – dann auch verfassungsmäßige – Einigung der europäischen Bürgerinnen und Bürger abzustellen.<sup>232</sup> Daher setzen andere dem Begriff des Staatenverbundes zu Recht den Terminus Verfassungsverbund entgegen.<sup>233</sup>

Vor der Reform des Vertragswerkes in Lissabon kam dieser „hybride Charakter“<sup>234</sup> noch besonders stark zum Ausdruck. Zwar wurden in der so genannten „Ersten Säule“ echte zentrale und supranationale Normen geschaffen, die Verbindlichkeit in sämtlichen Mitgliedstaaten und unmittelbare Wirkung gegenüber den Einzelnen und nicht nur den Staaten beanspruchten, die „Zweite und Dritte Säule“ waren jedoch im Wesentlichen auf eine intergouvernementale Zusammenarbeit der Exekutiven der Mitgliedstaaten angelegt. Diese Säulenstruktur der EU ist indes durch den Vertrag von Lissabon beseitigt worden. Auch das Strafrecht betreffende Rechtsakte werden nun nahezu vollständig im allgemeinen Rechtssetzungsverfahren unter Beteiligung sowohl des Rates als auch des Europäischen Parlaments erlassen.<sup>235</sup> Insgesamt lässt sich die EU als supranationales föderatives

228 *Benz*, in: Jachtenfuchs/Kohler-Koch, S. 317; *ders.*, in: Tsatsos, Unionsgrundordnung, S. 322; *Oeter*, in: v. Bogdandy/Bast, S. 81 ff., 84; vgl. auch *Wesel*, S. 668: „in der Mitte zwischen Bundesstaat und Staatenbund“.

229 Vgl. *Oeter*, in: v. Bogdandy/Bast, S. 82.

230 *Oeter*, in: v. Bogdandy/Bast, S. 83 f.

231 Siehe dazu noch unten 2. Kapitel C. III. 2. b).

232 Siehe dazu noch unten 2. Kapitel C. IV. 1. f).

233 *Calliess*, in: *Calliess/Ruffert*, Art. 1 EUV Rn. 39; *ders.*, HStR IV, § 83 Rn. 11; *ders.*, in: Pernice, Der Vertrag von Lissabon, S. 56; *Heintzen*, EuR 1997, 1; *P.M. Huber*, VVDStRL 60 (2001), 194, 208; *Pernice*, in: Dreier, Art. 23 Rn. 17; *ders.*, Verhältnis, S. 17; *ders.*, ZaöRV 70 (2010), 51; *Peters*, S. 207 ff.; *Ruffert*, in: *Calliess/Ruffert*, Art. 1 AEUV Rn. 7; *Zuleeg*, NJW 2000, 2846; siehe dazu noch unten 2. Kapitel C. IV. 1. f).

234 *Oeter*, in: v. Bogdandy/Bast, S. 81.

235 Dazu noch ausführlich unten das 4. Kapitel.

Mehrebenensystem bezeichnen.<sup>236</sup> Ähnlich wie zu Zeiten der Reichsgründung steht die Bedeutung der Mitgliedstaaten für das System, gleichzeitig aber auch die Rolle des Europäischen Parlaments als Gesamtvertretung, zur Debatte.<sup>237</sup> Dabei spielen gerade die auf das Strafrecht bezogenen Kompetenzen eine tragende Rolle. Die demokratische Legitimation strafrechtlicher Hoheitsakte und die Frage der „souveränen Staatlichkeit“ der Mitgliedstaaten als mögliche Sperre der Kompetenzen werden hier in besonderem Maße relevant, da in der EU eine überstaatliche Ebene diese Funktion übernehmen soll.<sup>238</sup>

## II. Die autonome Rechtsordnung der EU

Der EuGH hat schon früh erklärt, dass das Gemeinschaftsrecht, jetzt: das Unionsrecht, eine autonome Rechtsordnung darstellt, deren Rechtssubjekte nicht nur die Mitgliedstaaten, sondern auch die Einzelnen sind,<sup>239</sup> sodass sie aus sich heraus nicht nur für die Mitgliedstaaten, sondern auch für die jeweiligen Staatsangehörigen der Mitgliedstaaten verbindliche Rechtsakte schaffen kann.<sup>240</sup> Rechtsnormen der EU können daher unmittelbare Wirkung im Recht der Mitgliedstaaten entfalten, was nicht nur für Verordnungen gemäß Art. 288 Abs. 2 AEUV, sondern z.B. auch für – den Bürger begünstigende – Richtlinien im Sinne des Art. 288 Abs. 3 AEUV vor ihrer Umsetzung<sup>241</sup> gilt.

Diese Supranationalität und Autonomie der EU sind ihre besonderen Merkmale, welche sie insbesondere von den Internationalen Organisationen, aber auch von den Staatenbünden unterscheiden<sup>242</sup> und letztlich aus dem Völkerrecht lösen.<sup>243</sup> Die EU verfügt über eigene Hoheitsrechte, d.h. eine eigenständige Gemeinschaftsgewalt,<sup>244</sup> jetzt Unionsgewalt, sodass ihre Hoheitsakte nicht nur auf die Mitgliedstaaten, sondern auch unmittelbar auf die Bürgerinnen und Bürger der Union wir-

236 Vgl. etwa *Nettesheim*, in: v. Bogdandy/Bast, S. 397; *Nida-Rümelin*, in: Härtel, Hdb. Föderalismus I, § 5 Rn. 14; *Pernice*, in: Dreier, Art. 23 Rn. 24; *Peters*, S. 182 ff.; *Zuleeg*, NJW 2000, 2846, 2851; ferner *Benz*, in: Tsatsos, Unionsgrundordnung, S. 319 ff.; siehe bereits oben 1. Kapitel B. II. und 2. Kapitel B. VI.

237 *Oeter*, ZaöRV 55 (1995), 659, 679 ff., 681; vgl. ausführlich zu Parallelen zur Reichsverfassung von 1871 *Böhmer*, passim.

238 Siehe dazu noch unten 2. Kapitel C. III. und IV.

239 EuGH Slg. 1963, 3, 25 – *van Gend & Loos* (Rs. 26/62); Slg. 1964, 1253 – *Costa/ENEL* (Rs. 6/64); zustimmend v. *Danwitz*, in: Dausies, 34. EL 2013, B. II. Rn. 4; *Hirsch*, NJW 2000, 1817, 1818; *Ruffert*, in: Calliess/Ruffert, Art. 1 AEUV Rn. 4; *Satzger*, Europäisierung, S. 36 ff., 475; *ders.*, in: Sieber/Brüner/Satzger/v. Heintschel-Heinegg, § 1 Rn. 7; *Tomuschat*, in: von der Groeben/Schwarze, Art. 281 EG Rn. 39; vgl. zu dieser Frage eingehend *Nettesheim*, in: Oppermann/Classen/Nettesheim, § 9 Rn. 5 ff.

240 *Ruffert*, in: Calliess/Ruffert, Art. 1 AEUV Rn. 4.

241 EuGH Slg. 1979, 1629, 1642 – *Ratti* (Rs. 148/78); BVerfGE 75, 223, 240 ff.; *Ruffert*, in: Calliess/Ruffert, Art. 288 AEUV Rn. 24.

242 *Kobler-Koch/Conzelmann/Knodt*, S. 18.

243 *Nettesheim*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, 51. EL 2013, Art. 1 AEUV Rn. 61; *ders.*, in: Oppermann/Classen/Nettesheim, § 9 Rn. 2.

244 *Nettesheim*, in: Oppermann/Classen/Nettesheim, § 10 Rn. 5.

ken.<sup>245</sup> Die Eigenständigkeit der Rechtsordnung der EU offenbart sich insbesondere auch darin, dass die Überprüfungs kompetenz hinsichtlich der Unionsrechtsakte im Wesentlichen beim EuGH und nicht bei den mitgliedstaatlichen Gerichten verortet ist. So wären etwa echte europäische Strafnormen im Wege von Verordnungen Bestandteil einer autonomen Rechtsordnung.

### III. Demokratie in der EU – Frage der demokratischen Legitimation strafrechtsbezogener europäischer Hoheitsakte

#### 1. Der Bedarf an demokratischer Legitimation der Hoheitsgewalt der EU

Die EU kann supranationale Hoheitsakte mit verbindlicher Wirkung für die Mitgliedstaaten, aber auch unmittelbar für die Bürgerinnen und Bürger, erlassen, also politische Herrschaft ausüben.<sup>246</sup> In dem Maße, in dem im politischen System der EU öffentliche Aufgaben, die ehemals durch den Staat wahrgenommen wurden, nun von Institutionen auf supranationaler Ebene als eine Form eigenständiger Herrschaft erfüllt werden, stellt sich die Frage nach der demokratischen Legitimität einer solchen Ausübung von Hoheitsgewalt.<sup>247</sup> Das Demokratieprinzip ist Teil der gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten,<sup>248</sup> die EU gründet sich u.a. auf den Wert der Demokratie, Art. 2 EUV.

Dies betrifft grundsätzlich alle drei Gewalten,<sup>249</sup> in besonderem Maße aber die Gesetzgebung, und gilt auch und gerade im Hinblick auf strafrechtsbezogene Rechtsakte, da diese eine sozial-ethische Missbilligung und besonders harsche Sanktionen enthalten und damit die Freiheitsrechte der Einzelnen besonders beeinträchtigen.<sup>250</sup> Das Mehrebenensystem muss sich gerade beim Erlass strafrechtsbezogener Rechtsakte an seiner demokratischen Legitimation messen lassen.<sup>251</sup>

Demokratie als Staats- und Regierungsform erfordert dabei nicht nur die grundsätzliche Rückführbarkeit auf das Volk als Träger der Herrschaft,<sup>252</sup> sondern auch die konkrete Ausübung derselben durch das Volk.<sup>253</sup> Mit demokratischer Legitimation ist daher gemeint, dass „die Wahrnehmung staatlicher Aufgaben und die Ausübung staatlicher Befugnisse sich auf das Volk zurückführen lassen und grund-

245 *Nettesheim*, in: Oppermann/Classen/Nettesheim, § 9 Rn. 14.

246 *Kobler-Koch/Conzelmann/Knodt*, S. 193.

247 Vgl. v. *Komorowski*, S. 51 f.; *Nettesheim*, in: Oppermann/Classen/Nettesheim, § 15 Rn. 1 ff.; *Oeter*, ZaöRV 59 (1999), 901, 904; vgl. ausführlich zu anderen, hier nicht erörterten Legitimationsmodellen *Peters*, S. 505 ff.

248 *Lorz*, in: Tsatsos, Unionsgrundordnung, S. 331.

249 So für das deutsche Verfassungsrecht BVerfGE 83, 60, 71.

250 *Sieber*, ZStW 121 (2009), 1, 14, 50 ff.; siehe noch die diesbezügliche Kritik an der Strafrechtssetzung der EU unten 2. Kapitel C. IV. 2. c) aa).

251 Siehe dazu unten 5. Kapitel B. II. 1.

252 Siehe dazu noch unten 2. Kapitel C. III. 1.

253 *Böckenförde*, HStR II, 3. Aufl. 2004, § 24 Rn. 8; *F. Meyer*, Strafrechtsgenese, S. 710.

sätzlich ihm gegenüber verantwortet werden<sup>254</sup> müssen. Demokratische Selbstbestimmung besteht – wegen der herausragenden Bedeutung der Rechtssetzung – insbesondere darin, dass Adressaten und Autoren der Gesetzgebungsakte identisch sind.<sup>255</sup> Innerhalb des Staates ist eine Kongruenz von Territorium und der Organisation des demokratischen Prozesses regelmäßig gewährleistet, sodass z.B. auch im Bundesstaat sowohl das zentrale Parlament als auch dezentrale Vertretungen für die ausreichende Repräsentation der Bürgerinnen und Bürger sorgen.<sup>256</sup>

Dabei kann die Ausgestaltung der Demokratie in den einzelnen Staaten aber durchaus sehr unterschiedliche Formen annehmen.<sup>257</sup> Es möge hier genügen, etwa auf das System des Vereinigten Königreiches von Großbritannien und Nordirland hinzuweisen, in welchem zwar das Prinzip der „Parlamentssouveränität“ gilt, der Terminus „Parlament“ jedoch ein Dreigespann aus Krone, House of Lords und House of Commons bezeichnet,<sup>258</sup> wobei lediglich das House of Commons direkt vom Volk gewählt ist.<sup>259</sup> Zudem bestehen auch inhaltlich erhebliche Divergenzen hinsichtlich der demokratischen Legitimation der einzelnen Staatsgewalten. Am unmittelbarsten ist diese regelmäßig bei der Legislative verwirklicht, da das Parlament, das die Gesetze erlässt, direkt vom Volk gewählt wird. Auch im Vereinigten Königreich von Großbritannien und Nordirland gilt dies immerhin für das House of Commons. Bei Exekutive und Judikative handelt es sich regelmäßig um eine entferntere, eher mittelbare Legitimation, welche, grob verallgemeinernd gesprochen, einerseits sachlich-inhaltlich durch die Bindung an das demokratisch gesetzte Recht<sup>260</sup> und die parlamentarische Kontrolle der Regierung, andererseits organisch-personell durch die Bestellung der Amtsträger erfolgt.<sup>261</sup> Im Verfassungsstaat sind zudem sämtliche Organe erst durch die vom Volk geschaffene Verfassung konstituiert worden, sodass zusätzlich allgemein auf eine institutionelle demokratische Legitimation zurückgegriffen werden kann.<sup>262</sup>

Für das deutsche Verfassungsrecht hat das BVerfG dabei betont, dass es nicht unbedingt auf eine bestimmte Form der Vermittlung demokratischer Legitimation ankommt, sondern auf deren Effektivität, sodass entscheidend ist, dass immerhin ein hinreichendes Legitimationsniveau erreicht wird.<sup>263</sup> Dieses kann je nach Poli-

254 BVerfGE 89, 155, 182.

255 *Habermas*, Zur Verfassung Europas, S. 49.

256 *Benz*, Politik in Mehrebenensystemen, S. 205.

257 Siehe dazu *Classen*, Demokratische Legitimation, S. 88 f.; ferner *Lorz*, in: Tsatsos, Unionsgrundordnung, S. 332.

258 *Barendt*, S. 88; *Dicey* (1915; Neuauf. 1982), S. 3; vgl. auch *Classen*, Demokratische Legitimation, S. 91; siehe bereits oben 2. Kapitel A. sowie unten 3. Kapitel D. I.

259 Vgl. *Classen*, Demokratische Legitimation, S. 91.

260 Vgl. auch *Maus*, Blätter für deutsche und internationale Politik 2005, 829, 834.

261 BVerfGE 83, 60, 72; ausführlich ferner *Böckenförde*, HStR II, 3. Aufl. 2004, § 24 Rn. 16 ff., 21 ff.; *Classen*, Demokratische Legitimation, S. 1, 5 ff.

262 *Böckenförde*, HStR II, 3. Aufl. 2004, § 24 Rn. 15; *Classen*, Demokratische Legitimation, S. 6.

263 BVerfGE 83, 60, 72; dazu auch *Böckenförde*, HStR II, 3. Aufl. 2004, § 24 Rn. 23; *Cremer*, EuR 1995, 21, 23; *Classen*, Demokratische Legitimation, S. 2, 6.

tikfeld variieren. So kann in Deutschland etwa auch die Verwaltung gemäß Art. 80 GG zur Rechtssetzung befähigt werden, gleichwohl folgt aus der Wesentlichkeitstheorie des BVerfG, dass der parlamentarische Gesetzgeber in den elementaren grundrechtsrelevanten Bereichen die wesentlichen Entscheidungen per Gesetz selbst treffen muss.<sup>264</sup>

Daher können in einer supranationalen Union hinsichtlich eines hinreichenden Legitimationsniveaus Probleme entstehen, wenn die direkte demokratische Mitbestimmung nur dezentral erfolgt, zentral jedoch bindende Entscheidungen getroffen werden. Zwar geht es auch im europäischen Mehrebenensystem um die Effektivierung der Politik in grenzüberschreitenden Bereichen, jedoch kann diese in eine legitimatorisch defizitäre Situation führen, wenn die Entscheidungen ausschließlich intergouvernemental durch die Exekutive ausgehandelt werden, wie es etwa bei gewöhnlichen Internationalen Organisationen üblich ist, da dann der direkte Einfluss der Bürgerinnen und Bürger schwindet, was im Übrigen auch ein in staatlichen föderalen Systemen wahrgenommenes Phänomen darstellt.<sup>265</sup>

Denn die Bürgerinnen und Bürger haben auf eine solche gubernative Rechtssetzung<sup>266</sup> nur noch einen mittelbaren Einfluss, wobei die Kontrolle der Exekutive durch die nationalen Parlamente weiter schwindet, wenn im Rat durch Mehrheitsprinzip entschieden wird, sodass die eigenen Vertreter überstimmt werden können.<sup>267</sup> Vom Ideal einer demokratischen Selbstgesetzgebung durch das Volk entfernt sich eine solche Praxis zunehmend.<sup>268</sup> Zwar müssen in der EU viele Akte, wie etwa Richtlinien oder früher auch die für das Strafrecht bedeutsamen Rahmenbeschlüsse, durch die nationalen Parlamente noch umgesetzt werden, sind diese jedoch schon sehr detailliert und umfangreich und besteht zudem eine Umsetzungspflicht, so ist auch diesbezüglich der direkte demokratische Einfluss in den Mitgliedstaaten gering. Auch bei solchen „Rahmengesetzen“ wird die zentrale politische Entscheidung von der EU getroffen.

Schließlich kann bei Fehlen einer „echten Verfassung“<sup>269</sup> auch keine institutionelle Legitimität der Organe hinzutreten. In diesem spezifischen „Demokratiede-

264 So etwa BVerfGE 33, 125, 158 ff.; vgl. auch *Classen*, Demokratische Legitimation, S. 7.

265 Vgl. dazu *Benz*, PVS 2009, 3, 4 m.w.N.; siehe bereits oben 1. Kapitel B. I.; in staatlichen Föderalsystemen kann sich v.a. auch dann ein Problem stellen, wenn einer Ebene die Exekutive und der anderen die Rechtssetzung durch das demokratisch gewählte Parlament zustehen, sodass sie auseinander fallen; vgl. *Möllers*, Die drei Gewalten, S. 191 f.

266 Siehe zu Fragen der gubernativen Rechtssetzung im Hinblick auf das Strafrecht *Albrecht*, ZRP 2004, 1; *Braun*, Europäische Strafgesetzlichkeit, S. 269 ff.; *Lüderssen*, GA 2003, 71.

267 *Pernice*, in: *Dreier*, Art. 23 Rn. 53.

268 Vgl. *Habermas*, Zur Verfassung Europas, S. 51.

269 Siehe zur Frage der Verfassung der EU aber noch unten 2. Kapitel C. IV. 1. f).

fizit<sup>270</sup> der EU wurde denn auch ein besonderes Hindernis für eine Übertragung strafrechtsbezogener Kompetenzen auf die zentrale Ebene ausgemacht.<sup>271</sup> Betroffen sind auch hier sowohl Rechtssetzungs- als auch Durchsetzungsbefugnisse, besonders aber die Ersteren wegen ihrer herausragenden Bedeutung für die demokratische Legitimation der Herrschaft.<sup>272</sup>

Verschiedene Stimmen in der Literatur erachteten allerdings bereits vor der Reform der Verträge in Lissabon die Frage der demokratischen Legitimation in der EU gar nicht als sonderlich problematisch.<sup>273</sup> Dies wurde u.a. mit folgenden Argumenten begründet.<sup>274</sup> So wurde angeführt, dass Nationalstaaten viele Sachverhalte gar nicht mehr regeln könnten, sodass jede Form von supranationaler Kompetenz letztlich nur eine Erweiterung der Handlungsfähigkeit und damit im Ergebnis auch der demokratischen Selbstbestimmung bedeute.<sup>275</sup> Aus diesem Grunde wurde auch die dominante Stellung des Rates bei der Rechtssetzung akzeptiert.<sup>276</sup> Dieser Ansatz greift aber für die EU inzwischen zu kurz.

Sofern in ihren Anfängen versucht wurde, die Legitimation der Hoheitsakte alleine durch Gemeinwohlerwägungen zu begründen,<sup>277</sup> so stellt sich spätestens seit Maastricht zunehmend die Frage nach dem demokratischen Fundament der Rechtsakte, weil diese schon lange nicht mehr lediglich den Erwerb größerer Freiheiten im Binnenmarkt betreffen.<sup>278</sup> Zudem hat die EU auch in der Vergangenheit nicht bloß deregulierend gewirkt, sondern durchaus auch rechtliche Rahmenbedingung für den europäischen Wirtschaftsraum geschaffen. Ferner bedarf selbst Deregulierung auf staatlicher Ebene einer demokratischen Legitimation.<sup>279</sup> Geht es aber hier im Speziellen um die Verteilung strafrechtlicher Kompetenzen, so ist erst

270 Vgl. zu den genannten Problemen sowie insgesamt zum so genannten Demokratiedefizit in der EU *Graf Kielmansegg*, in: Jachtenfuchs/Kohler-Koch, S. 53 ff.; *Habermas*, Zur Verfassung Europas, S. 43; *Häberle*, Europäische Rechtskultur, S. 85; *Haltern*, Europarecht, S. 127 ff.; *ders.*, Souveränität, S. 104 ff.; *Kohler-Koch/Conzelmann/Knodt*, S. 195 ff.; *Ligeti*, S. 31 ff.; *Lorz*, in: Tsatsos, Unionsgrundordnung, S. 331 ff.; *Lübbe-Wolff*, VVDStrL 60 (2001), 246, 248 ff.; *F. Meyer*, Demokratieprinzip, S. 15 ff.; *Nettesheim*, in: Oppermann/Classen/Nettesheim, § 15 Rn. 35 ff.; *Oeter*, in: v. Bogdandy/Bast, S. 104 f.; *Peters*, S. 626 ff.

271 Siehe dazu noch unten 2. Kapitel C. IV. 2. c) aa).

272 Diesbezüglich gilt etwa sowohl in Deutschland als auch im europäischen Recht ein Gesetzesvorbehalt; siehe dazu noch unten 2. Kapitel C. IV. 2. c) aa).

273 Vgl. dazu *Lübbe-Wolff*, VVDStrL 60 (2001), 246, 251 ff.

274 Vgl. zu weiteren Legitimationsansätzen *Peters*, S. 505 ff.

275 So etwa *Bryde*, KJ-Sonderheft 2000, Abschn. 3, Fn. 39.

276 *Classen*, AöR 119 (1994), 238, 246, 252 ff.: Die Kompetenzverteilung zwischen Parlament und Rat sei durchaus „funktionsadäquat“ (S. 254); allerdings erkennt auch er die unterstützende Legitimationsfunktion des Europäischen Parlaments an und fordert, diese mit zunehmender Integration zu stärken. BVerfGE 89, 155, 185, verweist hingegen darauf, dass „im Staatenverbund der Europäischen Union [...] demokratische Legitimation notwendig durch die Rückkoppelung des Handelns europäischer Organe an die Parlamente der Mitgliedstaaten“ erfolge.

277 Vgl. dazu *Nettesheim*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, 51. EL 2013, Art. 10 EUV Rn. 6.

278 *Nettesheim*, in: Oppermann/Classen/Nettesheim, § 15 Rn. 8.

279 *Lübbe-Wolff*, VVDStrL 60 (2001), 246, 252.

recht erforderlich, dass demokratische Verfahren diese legitimieren, da Strafgesetze die Freiheit der Betroffenen besonders stark einschränken.

Zwar gehen die betreffenden Autoren insoweit von der zutreffenden Prämisse aus, dass die Nationalstaaten alleine eine Handlungsfähigkeit ihrer Bürgerinnen und Bürger im Hinblick auf transnationale Problembereiche nicht mehr vollständig gewährleisten können.<sup>280</sup> Indem Problemlösungen erreicht werden, die von den Bürgerinnen und Bürgern wegen ihrer Effektivität und Effizienz akzeptiert werden, ließe sich daher von einer „Output-Legitimation“<sup>281</sup> sprechen. Diese Tatsache sollte aber nicht den Blick für die konkrete demokratische Ausformung der Politik als „Input-Legitimation“<sup>282</sup> durch die Zustimmung der Bürgerinnen und Bürger verschließen. Denn durch rein exekutivistische und bürokratische Aushandlung erweitert sich zwar mittelbar die Handlungsfähigkeit des jeweiligen Nationalstaates, dabei entgleitet die Rechtssetzung aber zunehmend der unmittelbaren demokratischen Einflussnahme.<sup>283</sup> Es ist also eher eine Ausweitung der Macht der Regierungen zu konstatieren. Die rein output-orientierte Begründung der Hoheitsgewalt erscheint im besonders grundrechtsrelevanten Bereich des Strafrechts nicht überzeugend.

Ein rein intergouvernementaler Ansatz ist aus ebendiesem Grunde fragwürdig. Zwar sind im Rat durch die Fachminister erzeugte Rechtsakte nicht schlechthin undemokratisch, da auch die dort handelnden Organe jedenfalls mittelbar durch eine Wahl legitimierte Vertreter ihres jeweiligen Staatsvolkes sind. Jedoch schmälert sich durch die Verlängerung der Legitimationskette die Intensität und Unmittelbarkeit der demokratischen Absicherung in bedeutender Weise.<sup>284</sup> Daher müssen Wege gefunden werden, damit die Rückbindung an das Volk möglichst Schritt hält mit der erhöhten Quantität und Qualität der europäischen Hoheitsakte. Dies muss gerade auch im Hinblick auf unmittelbar wirkende strafrechtsbezogene Maßnahmen gelten, da diese regelmäßig belastend für die Bürgerinnen und Bürger wirken. Während etwa Richtlinien im Sinne des Art. 288 Abs. 3 AEUV noch durch die mitgliedstaatlichen Parlamente umzusetzen sind, entfalten Verordnungen gemäß Art. 288 Abs. 2 AEUV unmittelbare Geltung. Besonders in Bezug auf Verordnungen mit strafrechtlichem Inhalt, die jetzt z.B. auf Art. 325 Abs. 4 AEUV gestützt werden können,<sup>285</sup> muss daher die demokratische Legitimation im Blick behalten

280 Siehe dazu noch ausführlich unten 2. Kapitel C. IV. 1. b).

281 *Fletcher/Löff/Gilmore*, S. 48; vgl. vertiefend zur „Output-Legitimation“ *Benz*, PVS 2009, 3, 8; *Classen*, Demokratische Legitimation, S. 27; ferner *Benz*, in: *Tsatsos*, Unionsgrundordnung, S. 320; *Lorz*, in: *Tsatsos*, Unionsgrundordnung, S. 350 f.

282 *Fletcher/Löff/Gilmore*, S. 48.

283 *Habermas*, Zur Verfassung Europas, S. 50 f. *Lübbe-Wolff*, VVDStrL 60 (2001), 246, 254 f., kritisiert ferner, dass man nicht erst einen supranationalen Wirtschaftsraum schaffen könne, der die Einzelstaaten alleine handlungsunfähig macht, nur um dann mit dieser Faktizität eine supranationale Lösung zu begründen.

284 *Habermas*, Zur Verfassung Europas, S. 50 f.

285 Dazu ausführlich unten 4. Kapitel B. II. 2. a) aa).

werden. Auch bei Richtlinien darf, wie bereits ausgeführt, jedoch nicht vergessen werden, dass diese oftmals kaum Umsetzungsspielräume gewähren und dass die eigentliche politische Entscheidung nicht im Mitgliedstaat getroffen wird. Bedürfen nun aber auch und gerade strafrechtsbezogene Hoheitsakte der EU einer demokratischen Legitimation, so stellt sich folglich die Frage, auf welche Art diese im Mehrebenensystem der EU erzeugt werden kann und welche Folgen dies für strafrechtliche Kompetenzen der supranationalen Ebene hat.

## 2. Zwei Legitimationsmodelle

Die Analyse der Ausgestaltung europäischer Demokratie ist in Philosophie, Politik- und Rechtswissenschaft noch in vollem Gange.<sup>286</sup> Eine Beseitigung der Unklarheiten sollte man in einer strafrechtlichen Arbeit nicht verlangen. Sie wird aber immerhin einige Grundannahmen, die im Staats- und Verfassungsrecht entwickelt wurden, zu Grunde legen. Zunächst wurde oben<sup>287</sup> bereits akzeptiert, dass die EU ein politisches System bildet, in dem demokratische Legitimität grundsätzlich möglich ist. Sie kann Demokratie erzeugen und muss nach zutreffender Ansicht keine Staatlichkeit erreichen, sondern nur eine Form der politischen Selbstbestimmung gewährleisten.<sup>288</sup> Daher kann die demokratische Legitimation im Gesamtsystem angesiedelt sein.<sup>289</sup>

Auf welche Weise ein politisches System die demokratische Legitimierung umsetzt, ist dann jeweils eine Frage der konkreten Gestaltung der politischen Ordnung, welche, wie bereits erläutert,<sup>290</sup> sehr unterschiedlich ausfallen kann.<sup>291</sup> Es geht dabei gerade nicht darum, ein bestimmtes nationalstaatliches Modell auf die EU zu übertragen, sondern deren Eigenheiten zu erfassen. Auch das BVerfG hat in den Entscheidungen zu den Verträgen von Maastricht<sup>292</sup> und Lissabon<sup>293</sup> festgestellt, dass sich die demokratische Selbstbestimmung auf supranationaler Ebene nicht in den gleichen Formen vollziehen muss wie im deutschen Nationalstaat. Es ist den Gegebenheiten des europäischen Mehrebenensystems insgesamt nicht an-

286 Vgl. zu dieser Diskussion *F. Meyer*, Demokratieprinzip, S. 33 ff.; *ders.*, Strafrechtsgenese, S. 711 ff.; *Nettesheim*, in: *Oppermann/Classen/Nettesheim*, § 15 Rn. 13 ff.; *Peters*, S. 630 ff., 651 ff.; zu den Voraussetzungen der Demokratie als Staats- und Regierungsform *Böckenförde*, HStR II, 3. Aufl. 2004, § 24 Rn. 58 ff.

287 1. Kapitel B. I.

288 Vgl. *F. Meyer*, Demokratieprinzip, S. 74.

289 Siehe oben 1. Kapitel B. I.

290 Siehe bereits oben 2. Kapitel C. III. 1.

291 Vgl. *F. Meyer*, Demokratieprinzip, S. 73; vgl. auch *Terbechte*, EuR-Beiheft 2010, 135, 145 f.

292 BVerfGE 89, 155, 182.

293 BVerfGE 123, 267, 347, 366.

gemessen, es alleine mit etatistischen Demokratie-Modellen oder überkommenen Völkerrechtskonstruktionen zu beschreiben.<sup>294</sup>

Demokratie kann daher im supranationalen und föderativen<sup>295</sup> Mehrebenensystem nach anderen Regeln ausgestaltet sein.<sup>296</sup> Dies ist inzwischen allgemein anerkannt.<sup>297</sup> Das Demokratieprinzip muss daher insbesondere auch nicht dem deutschen Modell in der Form des Parlamentsmonismus entsprechen, sondern kann sich verschiedener Institutionen und Ebenen bedienen, sodass theoretisch neben den nationalen Parlamenten auch der Rat, die Kommission und das Europäische Parlament in Betracht kommen, um für eine demokratische Legitimation gegebenenfalls zusammenzuwirken. Hinsichtlich der Vermittlung von demokratischer Legitimation auf der Ebene der EU stellt sich jedoch eine Grundsatzfrage: Gibt es dort überhaupt ein Legitimationssubjekt? Oder kommen einzig die Mitgliedstaaten und ihre Staatsvölker in Betracht? Dabei lassen sich zumindest zwei Grundpositionen unterscheiden.<sup>298</sup>

#### a) Demokratische Legitimation ausschließlich durch die Mitgliedstaaten

Nach einer Ansicht kann demokratische Selbstbestimmung nur über die Staatsvölker der Mitgliedstaaten verwirklicht werden.<sup>299</sup> Diese legitimieren die Hoheitsgewalt der EU auf unterschiedliche Weise und auf verschiedenen Ebenen, indem sie erstens über die Zustimmungsgesetze die Kompetenzübertragung institutionell absegnen und die europäischen Organe einsetzen,<sup>300</sup> zweitens die personelle Zusammensetzung von Rat und Europäischem Rat immerhin dadurch beeinflussen, dass diese sich aus den Regierungen der Mitgliedstaaten zusammenfügen, und drittens indem diese Institutionen durch die nationalen Parlamente kontrolliert werden.<sup>301</sup>

294 Lübbe-Wolff, VVDStrL 60 (2001), 246, 247; Nettesheim, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, 51. EL 2013, Art. 10 EUV Rn. 5, 22; ders., in: Oppermann/Classen/Nettesheim, § 15 Rn. 13; Schliesky, S. 389 ff.; vgl. auch Böse, ZIS 2010, 76, 79; Classen, Demokratische Legitimation, S. 94 f.; Sieber, ZStW 121 (2009), 1, 51 f.

295 So beschreiben Viele die EU heute zu Recht als supranationales föderales System; vgl. nur Nettesheim, ZEuS 2002, 507; ders., in: v. Bogdandy/Bast, S. 397; Nida-Rümelin, in: Härtel, Hdb. Föderalismus I, § 5 Rn. 14; Pernice, in: Dreier, Art. 23 Rn. 24; Peters, S. 182 ff.; Zuleeg, NJW 2000, 2846, 2851; siehe bereits oben 1. Kapitel B. II.

296 Cremer, EuR 1995, 21, 35; Nida-Rümelin, in: Härtel, Hdb. Föderalismus I, § 5 Rn. 14; Vogel, ZStW 116 (2004), 400; vgl. dazu auch F. Meyer, Demokratieprinzip, S. 76; Sieber, ZStW 121 (2009), 1, 51 f.

297 Nach Lübbe-Wolff, VVDStrL 60 (2001), 246, 247, gehörte schon im Jahr 2001 der Hinweis, dass verfassungsrechtliche Legitimationsanforderungen, die für die Ebene der Staaten gelten, nicht ohne weiteres übertragen werden können, zu den „Gemeinplätzen der Diskussion um die demokratische Legitimation der EG“.

298 Vgl. dazu insbesondere ausführlich v. Komorowski, S. 168 ff.; ferner F. Meyer, Demokratieprinzip, S. 33 ff., 56 ff.

299 Ausführliche Darstellung dieser Ansicht bei v. Komorowski, S. 170 ff.; vgl. ferner sogleich noch unten 2. Kapitel C. III. 3. a).

300 BVerfGE 89, 155, 184.

301 v. Komorowski, S. 170 f.

Diese Legitimation ist aber letztlich nur mittelbar und angesichts des Mehrheitsprinzips im Rat auch nicht mehr sonderlich intensiv.<sup>302</sup> Viertens kann bei noch umsetzungsbedürftigen Hoheitsakten wie den Richtlinien eine zusätzliche Legitimation durch das Umsetzungsgesetz erzeugt werden.

Auch das BVerfG ging in seinen Entscheidungen zu Maastricht<sup>303</sup> und Lissabon<sup>304</sup> vom Grundsatz her davon aus, dass die EU ein auf völkerrechtlicher Vertragsbasis geschaffenes Gebilde sei und präzierte seinen Begriff des Staatenverbundes dahingehend, dass es sich um eine „enge, auf Dauer angelegte Verbindung souverän bleibender Staaten“ handle, „die auf vertraglicher Grundlage öffentliche Gewalt ausübt, deren Grundordnung jedoch allein der Verfügung der Mitgliedstaaten unterliegt und in der die Völker der Mitgliedstaaten die Subjekte demokratischer Legitimation bleiben“.<sup>305</sup> Die Demokratie innerhalb der EU, welcher sich diese in Art. 10 Abs. 1 EUV selbst verschreibt, wird damit in einer Weise interpretiert, wie sie für Staatenbünde typisch ist, deren Rechtsakte nämlich nur über die Vermittlung und Implementation seitens der Mitgliedstaaten Geltung und Legitimation erhalten. Nur wenn die EU in einen Bundesstaat umgewandelt würde, käme es zu einem Wechsel des demokratischen Legitimationssubjektes.<sup>306</sup>

Häufig wurde daher – insoweit konsequent – auch das bereits skizzierte<sup>307</sup> Demokratiedefizit festgestellt,<sup>308</sup> da den nationalen Parlamenten in vielen Fällen supranationaler Rechtssetzung und Entscheidung eben gerade keine ausreichenden Einflussmöglichkeiten mehr verbleiben. Europäische Rechtssetzung war primär eine solche der Exekutiven im Rat. Gilt hier, wie nun standardmäßig, das Mehrheitsprinzip, so ist die parlamentarische Kontrolle dieser gubernativen Rechtssetzung seitens der Volksvertretungen der Mitgliedstaaten stark reduziert.<sup>309</sup> Weitere Folgen seien die Entfernung der europäischen Politik von den Bürgerinnen und Bürgern, die keinen ausreichenden Einfluss auf die Prozesse hätten, sodass sie letztlich viele Entscheidungen nicht mehr verstünden oder trügen, da diese inhaltlich nicht responsiver politischer Natur seien.<sup>310</sup>

302 *Pernice*, in: Dreier, Art. 23 Rn. 53.

303 BVerfGE 89, 155, 185 f.

304 BVerfGE 123, 267, 348, 398, 404.

305 BVerfGE 123, 267, 348.

306 BVerfGE 123, 267, 398.

307 Oben 2. Kapitel C. III. 1.

308 Vgl. nur *Graf Kielmansegg*, in: Jachtenfuchs/Kohler-Koch, S. 53 ff.; *Häberle*, Europäische Rechtskultur, S. 85; *Haltern*, Europarecht, S. 127 ff.; *ders.*, Souveränität, S. 104 ff.; *Kirchhof*, EuR-Beiheft 1991, 11, 14; *Kobler-Koch/Conzelmann/Knoedt*, S. 195 ff.; *Kokott*, AöR 119 (1994), 207, 214 f.; *Lübbe-Wolff*, VVDStrL 60 (2001), 246, 248 ff.; *F. Meyer*, Demokratieprinzip, S. 15 ff.; *Nettesheim*, in: Oppermann/Classen/Nettesheim, § 15 Rn. 35 ff.

309 Dazu *Albrecht*, ZRP 2004, 1, 3; *Böse*, ZIS 2010, 76, 83; *Graf Kielmansegg*, in: Jachtenfuchs/Kohler-Koch, S. 55; *F. Meyer*, Demokratieprinzip, S. 17; *Pernice*, in: Dreier, Art. 23 Rn. 53; *Peters*, S. 626 ff. *Hofmann*, StWStP 6 (1995), 155, 166, hält unter diesem Aspekt eine Legitimation über die nationalen Parlamente für fragwürdig; dagegen *Lübbe-Wolff*, VVDStrL 60 (2001), 246, 257.

310 Dazu ausführlich *F. Meyer*, Demokratieprinzip, S. 17 f.

Problematisch aus demokratisch-legitimatischer Sicht ist auch die Europäische Kommission, die als Exekutivorgan, als Quasi-Regierung der EU, weitgehende Befugnisse, inklusive eines Initiativrechts hinsichtlich europäischer Rechtsakte, hat, jedoch nur indirekt über die Regierungen der Mitgliedstaaten legitimiert wird, welche die Mitglieder der Europäischen Kommission gemäß Art. 17 Abs. 5 UA. 2 EUV auswählen. Der Verlust an demokratischer Kontrolle seitens der nationalen Parlamente sei, so der Vorwurf, auf Unionsebene jedoch nicht kompensiert.<sup>311</sup> Hier kommt nur das Europäische Parlament als Vermittler demokratischer Legitimität in Frage,<sup>312</sup> welchem diese Funktion mangels eines europäischen Volkes aber gerade abgesprochen wurde, was noch erläutert wird.<sup>313</sup>

Können nach der traditionellen, staatszentrierten Sicht ausschließlich die Staatsvölker der Mitgliedstaaten demokratische Legitimität vermitteln, so ist ein Ausgleich durch das Europäische Parlament aber schlechterdings gar nicht möglich.<sup>314</sup> Eine Erhöhung der Mitspracherechte des Europäischen Parlaments kann das Demokratiedefizit dann keineswegs beseitigen, sondern verstärkt es sogar noch,<sup>315</sup> da weitere Herrschaftsbefugnisse auf die supranationale Ebene verlagert würden und damit weg vom Volk, welches nur in den Nationalstaaten existiert und daher gar nicht durch das Europäische Parlament repräsentiert werden kann. Letztlich geht es dann nicht um eine Stärkung der Demokratie in der EU, sondern in den Mitgliedstaaten.<sup>316</sup>

Als mögliche Lösungen des Problems könnte man präsentieren:<sup>317</sup> (1) Ein Ende der europäischen Integration, da sie in eine Demokratiefalle führt, inklusive einer Rückübertragung von Kompetenzen auf die Nationalstaaten oder doch immerhin eines Einfrierens des status quo; (2) Verzicht auf demokratische Legitimation insgesamt; (3) die Akzeptanz, dass europäische Hoheitsakte eben nicht besonders stark, aber doch immerhin mittelbar demokratisch legitimiert sind, im Übrigen aber ein (unheilbares) Demokratiedefizit besteht; (4) die Forderung eines echten europäischen Bundesstaates, in welchem dann demokratische Legitimation durch Volk und Parlament gewährleistet wäre.

Diese vier Antworten überzeugen jedoch sämtlich nicht. Die Lösungen (1) und (2) sind Extrempositionen. Eine Rückbesinnung auf den Nationalstaat, der in al-

311 Peters, S. 626 f.

312 Dabei geht es nicht nur um die Frage der Gesetzgebung, sondern es wirkt auch bei der Ernennung der Kommission nach Maßgabe des Art. 17 Abs. 6 UA. 3 EUV mit, indem sich die Kommission als Kollegium der Zustimmung des Europäischen Parlaments unterziehen muss; vgl. dazu Martenczuk, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, 51. EL 2013, Art. 17 EUV Rn. 109 ff.

313 Unten 2. Kapitel C. III. 3. a).

314 Di Fabio, Der Staat 32 (1993), 191, 205; Grimm, JZ 1995, 581, 589; Kirchhof, EuR-Beiheft 1991, 11, 14; Kokott, AöR 119 (1994), 207, 214.

315 Vgl. dazu F. Meyer, Demokratieprinzip, S. 32; siehe auch Murswiek, Der Staat 32 (1993), 161; kritisch auch Böse, ZIS 2010, 76, 83.

316 Sack, ZEuS 2007, 457, 467.

317 Ähnlich Peters, S. 628 ff.

leiniger Souveränität alle Probleme beseitigt, erscheint in der globalisierten Welt schlechthin nicht mehr möglich.<sup>318</sup> Viele Bereiche sind seinem Zugriff entglitten, grenzüberschreitende Probleme lassen sich autonom durch den einzelnen Staat nicht mehr bewältigen.<sup>319</sup> Es ist nach dem hier unterstützten Verständnis jedoch eine immanente Voraussetzung der Demokratie selbst, dass sie Problemlösungen erzielen kann.<sup>320</sup> Daher muss in die Beurteilung des Demokratiedefizits der Aspekt einfließen, ob überhaupt (noch) die Fähigkeit besteht, Probleme auf der staatlichen Ebene zu beseitigen.<sup>321</sup> Das supranationale Mehrebenensystem schafft dann nämlich gerade die Möglichkeit der Problemlösung und findet darin seinen Sinn.<sup>322</sup> Auch wäre etwa für Deutschland eine Beendigung oder gar Rücknahme der Integration angesichts der integrationsfreundlichen Ausrichtung des Grundgesetzes verfassungsmäßig schwer vertretbar.<sup>323</sup>

Auf der anderen Seite kann auf die Demokratie keinesfalls verzichtet werden.<sup>324</sup> Das Demokratieprinzip gehört zur gemeinsamen Verfassungstradition der Mitgliedstaaten,<sup>325</sup> Art. 10 Abs. 1 EUV verpflichtet die EU zu demokratischen Grundsätzen und auch Art. 23 Abs. 1 GG macht ebendiese Vorgabe.<sup>326</sup> Eine Herrschaft, die nicht demokratisch legitimiert ist, ist heute kaum vermittelbar.<sup>327</sup> In ähnlicher Weise ist die dritte Antwort nicht überzeugend, wie bereits ausgeführt wurde.<sup>328</sup> Denn die „gubernative Rechtssetzung“ im Rat hat gerade die Klage über das Demokratiedefizit der EU beflügelt.<sup>329</sup> Sich mit einer defizitären Situation abzufinden, ist auch kein Ausweg, weil die Probleme nicht gelöst werden, sondern trägt fatalistische Züge. Ansatz (4) schließlich böte zwar Abhilfe, mit seiner Verwirklichung ist jedoch auf längere Sicht nicht zu rechnen, nicht zuletzt, weil das BVerfG einen solchen Übergang in die Bundesstaatlichkeit von einem Volkstrennung abhängig machen würde.<sup>330</sup>

Auf diese Weise gerät die EU in ein Dilemma, denn sie kann sich nicht weiter integrieren, wenn sie nicht auf Demokratie verzichten will. Gerade im Hinblick auf das Strafrecht, das eine starke demokratische Legitimation erfordert, wäre man

318 Siehe noch unten 2. Kapitel C. IV. 1. b).

319 *Calliess*, HStR IV, § 83 Rn. 4; *Habermas*, Die postnationale Konstellation, S. 105 ff.; *Hobe*, Der Staat 37 (1998), S. 521; *Peters*, S. 132; *Zuleeg*, NJW 2000, 2846, 2851; vgl. dazu auch *F. Meyer*, Demokratieprinzip, S. 68; siehe ferner bereits oben 1. Kapitel B. I. sowie noch unten 2. Kapitel C. IV. 1. b).

320 *Zürn*, S. 233.

321 *Zürn*, S. 233.

322 Siehe bereits ausführlicher oben 1. Kapitel B. I.

323 Vgl. *Nicolaysen*, EuR-Beiheft 2010, 9, 24.

324 BVerfGE 89, 155, 182; 123, 267, 348.

325 *Peters*, S. 626.

326 BVerfGE 123, 267, 364; *Peters*, S. 628.

327 Vgl. *v. Komorowski*, S. 53, siehe zu anderen Legitimationsansätzen aber *Peters*, S. 505 ff., sowie bereits oben 2. Kapitel C. I. 1.

328 Oben 2. Kapitel C. III. 1.

329 Siehe zu Fragen der gubernativen Rechtssetzung im Hinblick auf das Strafrecht *Albrecht*, ZRP 2004, 1; *Braun*, Europäische Strafgesetzlichkeit, S. 269 ff.; *Lüderssen*, GA 2003, 71.

330 BVerfGE 123, 267, 364; vgl. auch *Hillgruber*, HStR II, 3. Aufl. 2004, § 32 Rn. 107 f.

versucht, einen Integrationsstopp zu fordern.<sup>331</sup> Auch das BVerfG, das im Ergebnis dieser Auffassung nahe steht, hat letztlich eine Art Barriere für eine weitere Kompetenzübertragung in bestimmten (souveränitätsnahen) Feldern errichtet, da das deutsche Volk weiterhin über elementare Fragen selbst entscheiden müsse.<sup>332</sup>

### b) Doppelte demokratische Legitimation

Die Lösung des Problems kann jedoch in einem ganz anderen Ansatz liegen. Hiernach sind die EU und ihre Rechtssetzung zwar grundsätzlich der Demokratie bedürftig, die demokratische Legitimation kann jedoch auch auf der zentralen Ebene erreicht werden.<sup>333</sup> Diese Lösung verfolgt das zweite Legitimationsmodell. Nach einer stark im Vordringen befindlichen Ansicht erfahren die EU und ihre Rechtsakte nämlich – anders als im Staatenbund – inzwischen eine doppelte demokratische Legitimation.<sup>334</sup> Demokratische Legitimität wird hiernach sowohl durch die im Rat handelnden Vertreter der Mitgliedstaaten bzw. die mitgliedstaatlichen Parlamente als auch durch das Europäische Parlament vermittelt, wobei sich diese Legitimationsstränge komplementär ergänzen.<sup>335</sup> Es können sogar unmittelbare plebiszitäre Elemente<sup>336</sup> hinzutreten.<sup>337</sup> Damit wird ein System der Mehrebenendemokratie etabliert, in dem demokratische Legitimität durch mehrere Akteure und ihr Zusammenspiel erreicht werden kann.<sup>338</sup>

Demokratische Legitimation erfolgt somit durch verschiedene Legitimationsstränge.<sup>339</sup> Zum einen lässt sie sich durch die Bürgerinnen und Bürger der Mitgliedstaaten erzielen. Diese wählen einerseits ihre nationalen Parlamente, die im Gesetzgebungsprozess der EU auf unterschiedliche Weise beteiligt sind. So können sie etwa die Wahrung der Subsidiarität und Verhältnismäßigkeit der Rechtsakte der EU kontrollieren<sup>340</sup> und Verstöße rügen, Art. 6 des Protokolls über die Anwendung der Grundsätze der Subsidiarität und Verhältnismäßigkeit.<sup>341</sup> Ferner können sie aber auch ihre eigenen im Rat tätigen Regierungen überprüfen, sodass auch Entscheidungen im Rat der Kontrolle durch die mitgliedstaatlichen Parlamente

331 Siehe dazu noch unten 2. Kapitel C. IV. 2. c) aa).

332 BVerfGE 123, 267, 357 ff.; siehe dazu noch ausführlich unten 2. Kapitel C. IV. 2.

333 Peters, S. 630.

334 v. Bogdandy, in: v. Bogdandy/Bast, S. 64 f.; Classen, Demokratische Legitimation, S. 92 f., 94 ff.; Frowein, EuR 1995, 315, 326; Nettesheim, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, 51. EL 2013, Art. 10 EUV Rn. 8, 22 ff.; Oeter, in: v. Bogdandy/Bast, S. 92 ff.; Pernice, in: Dreier, Art. 23 Rn. 53 f.; Sieber, ZStW 121 (2009), 1, 52; Selmayr, ZEuS 2009, 637, 641; Streinz/Obler/Herrmann, Teil 1, § 1 V 2 c); Uerpmann-Witzack, in: v. Münch/Kunig, Art. 23 Rn. 14; vgl. zu diesem Konzept auch v. Komorowski, S. 176 ff.; Peters, S. 556 ff.

335 F. Meyer, Demokratieprinzip, S. 78; Satzger, Europäisierung, S. 131 f.; Sieber, ZStW 121 (2009), 1, 52.

336 Vgl. etwa Art. 11 Abs. 4 EUV.

337 Nettesheim, in: Oppermann/Classen/Nettesheim, § 15 Rn. 21.

338 Vgl. auch Hahn, ZEuS 2009, 583, 589.

339 Vgl. dazu und zum Folgenden Sieber, ZStW 121 (2009), 1, 53 ff.

340 Dazu Terhechte, EuR 2008, 143, 154 f.

341 ABl. 2007 Nr. C 306, S. 150.

unterliegen. Andererseits legitimieren sie mittelbar auch ihre Regierungen, die sie im Rat repräsentieren.<sup>342</sup> Bei Richtlinien tritt zudem eine Legitimation beim Umsetzungsakt hinzu.

Zum anderen aber wählen die Unionsbürgerinnen und Unionsbürger das Europäische Parlament, welches in unterschiedlicher Form in die Entscheidungsprozesse auf der europäischen Ebene eingebunden ist. Daher ist die Intensität der demokratischen Legitimation der Rechtsakte davon abhängig, auf welche Weise diese zustande kommen. Das Europäische Parlament ist dabei als Ausdruck des Willens der Gesamtheit der Bürgerinnen und Bürger der Union und damit als eine eigenständige demokratische Legitimationsquelle zu verstehen.<sup>343</sup> Schließlich kommt eine institutionelle Legitimation hinzu,<sup>344</sup> welche durch die Zustimmung zu den europäischen Verträgen erfolgt, unabhängig davon, ob man diese Legitimation nur den mitgliedstaatlichen Völkern und dem jeweiligen Rechtsanwendungsbefehl zuschreibt<sup>345</sup> oder sie als Einigung der europäischen Bürgerinnen und Bürger über eine europäische Verfassung wertet.<sup>346</sup>

Entscheidend ist, dass nach dieser Auffassung auch ein supranationaler Legitimationsstrang in Form des Europäischen Parlaments hinzutritt, welcher direkt auf der europäischen Ebene für Legitimation sorgen kann. Diese Auslegung stützt sich insbesondere auf das Vertragswerk selbst, denn Art. 10 EUV stellt in Abs. 1 klar, dass die EU der repräsentativen Demokratie verpflichtet ist, und verweist sodann in Abs. 2 auf die unterschiedlichen Legitimationsquellen und führt diesbezüglich an, dass die Bürgerinnen und Bürger auf Unionsebene im Europäischen Parlament, die Mitgliedstaaten hingegen im Rat vertreten sind.<sup>347</sup> Ähnlich wie im Bundesstaat kann das Individuum demnach unterschiedlichen Gruppen zugehörig sein, die wiederum verschiedenen Trägern hoheitlicher Befugnisse demokratische Legitimität vermitteln.<sup>348</sup>

Damit haben die europäischen Verträge sich inzwischen einem Demokratieverständnis zugewandt, das (auch) die Bürgerinnen und Bürger der EU als Legitimationssubjekt in den Blick nimmt. Letztlich sollte diese Formulierung der europäi-

342 *Pernice*, in: Dreier, Art. 23 Rn. 53; *Uerpmann-Witzack*, in: v. Münch/Kunig, Art. 23 Rn. 14.

343 *Oeter*, ZaöRV 55 (1995), 659, 686; *ders.*, in: v. Bogdandy/Bast, S. 92 ff.; *Pernice*, Die Verwaltung 29 (1993), 449, 476 ff.; *ders.*, EuR 1996, 27, 30; *ders.*, JZ 2000, 866, 870; *ders.*, VVDStRL 60 (2001), 148, 164; *ders.*, in: Dreier, Art. 23 Rn. 54.

344 *Sieber*, ZStW 121 (2009), 1, 55.

345 So die traditionelle Sichtweise des BVerfG, welche etwa in BVerfGE 73, 339, 367; 89, 155, 190; 123, 267, 402 („Grund und Grenze für die Geltung des Rechts der Europäischen Union in der Bundesrepublik Deutschland ist der im Zustimmungsgesetz enthaltene Rechtsanwendungsbefehl“), zum Ausdruck kommt.

346 So etwa *Pernice*, in: Dreier, Art. 23 Rn. 20; vgl. dazu noch unten 2. Kapitel C. IV. 1. f).

347 *v. Bogdandy*, in: v. Bogdandy/Bast, S. 64.; *Oeter*, in: v. Bogdandy/Bast, S. 92, Fn. 87.

348 *Pernice*, in: Dreier, Art. 23 Rn. 22, 25; vgl. auch *Calliess*, in: Calliess/Ruffert, Art. 1 EUV Rn. 38, der insoweit vom „geteilten Bürger“ spricht. Vertreter dieses Ansatzes verweisen dabei selbst auf die Kommisshaftigkeit dieser Lösung der Verträge; vgl. *v. Bogdandy*, in: v. Bogdandy/Bast, S. 64; vgl. auch *Oeter*, in: v. Bogdandy/Bast, S. 92: „Formelkompromiss“. Siehe zur demokratischen Legitimation im Bundesstaat bereits oben 2. Kapitel B. IV.

schen Verträge daher auch nicht verbergen, dass auch bei einer formalen Dualität der Legitimationsstränge beide auf dieselben Bürgerinnen und Bürger zurückgehen,<sup>349</sup> da sie auch in den Staaten das Legitimationssubjekt bilden. Angesichts dieser Doppelrolle sind es dieselben Subjekte, die auf verschiedenen Ebenen für Legitimität sorgen.<sup>350</sup>

*Peters*<sup>351</sup> kritisiert daher das duale Legitimitätskonzept insgesamt, da es den Blick dafür versperre, dass kein Gegensatz zwischen den Staaten und den Bürgerinnen und Bürgern bestehe, sondern letztlich eine Identität des Legitimationssubjektes. Denn es sind dieselben Menschen, die einmal als Angehörige des Staatsvolkes, einmal als Bürgerinnen und Bürger der EU Hoheitsgewalt legitimieren.<sup>352</sup> Ist somit das Legitimationssubjekt zwar identisch und insofern einheitlich, so kann aber dennoch die konkrete Ausgestaltung des Demokratieprinzips in der EU nichtsdestotrotz zweigleisig<sup>353</sup> verlaufen, sodass die Selbstverwirklichung und Eigenherrschaft durch verschiedene komplementäre Organe gewährleistet wird.

### 3. Die Diskussion um eine unmittelbare demokratische Legitimation auf der Ebene der EU

#### a) Organisches vs. individualistisches Konzept der Demokratie

Diese Annahme einer europäischen Legitimationsquelle in Form des Europäischen Parlaments wird jedoch von der Gegenauffassung, die sich auf das zuerst angeführte Legitimationsmodell<sup>354</sup> stützt, bestritten. Gegen eine demokratische Legitimation über die Bürgerinnen und Bürger der EU im Europäischen Parlament wird als erster Einwand insbesondere die Begründung angeführt, dass diese kein europäisches (Staats-)Volk bildeten und deshalb auf europäischer Ebene gar kein Legitimationssubjekt bestehe.<sup>355</sup> Diese etatistisch geprägte Sichtweise,<sup>356</sup> welche zu-

349 v. Bogdandy, in: v. Bogdandy/Bast, S. 64; *Habermas*, Zur Verfassung Europas, S. 68; *Peters*, S. 566.

350 v. Bogdandy, in: v. Bogdandy/Bast, S. 64; *Habermas*, Zur Verfassung Europas, S. 68; *Peters*, S. 566, 657 ff.

351 *Peters*, S. 565 f.

352 *Pernice*, in: Dreier, Art. 23 Rn. 25.

353 Vgl. auch *Pernice*, in: Dreier, Art. 23 Rn. 53: „doppelgleisig“.

354 Oben 2. Kapitel C. III. 2. a).

355 So etwa *Di Fabio*, Der Staat 32 (1993), 191, 202 f.; vgl. auch *Grimm*, JZ 1995, 581, 586, der indessen trotzdem die unmittelbare demokratische Legitimation des Europäischen Parlaments anerkennt (S. 587). Nach *Hillgruber*, HStR II, 3. Aufl. 2004, § 32 Rn. 99, sind die Bürgerinnen und Bürger der EU weiterhin durch ihre Staaten „mediatisiert“; nach *Kirchhof*, HStR VII, 1992, § 183 Rn. 37, kann deshalb z.B. auch ein „europäischer Staat“ nicht entstehen, weil es an der Grundvoraussetzung eines Volkes fehlt.

356 Kritisch etwa v. Bogdandy, NJW 2010, 1, 3; *Schönberger*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, 51. EL 2013, Art. 9 EUV Rn. 10 ff.; vgl. zu den zwei Sichtweisen auf die EU auch *Oppermann*, EuZW 2009, 473.

mindest dem Grundsatz nach auch vom BVerfG geteilt wird<sup>357</sup> und dem Modell des Staatenverbundes zu Grunde liegt, geht von verschiedenen Prämissen<sup>358</sup> aus, welche eine echte demokratische Repräsentation auf EU-Ebene letztlich sogar unmöglich machen.

Diese Ansicht verfolgt zunächst ein holistisches Konzept, nach welchem *Demos* nur ein organisches Kollektiv sein kann, dass sich durch bestimmte Merkmale von anderen abgrenzt.<sup>359</sup> Wird aber von einem organischen Volk her argumentiert, so stellt sich die Frage, ob auch auf der zentralen Ebene der EU ein solches Kollektiv existiert, das eine demokratische Gemeinschaft bilden kann. Dies wird hinsichtlich des „Volkes“ der Union jedoch abgelehnt.<sup>360</sup> Da ein solches in der EU nicht vorhanden sei, scheidet diese Ebene per se zur Schaffung demokratischer Legitimation aus.<sup>361</sup> Denn es wird angenommen, dass Demokratie und Staat zwingend zusammen gehören, sodass eine europäische Demokratie folglich ein europäisches „Staatsvolk“ erfordern würde.<sup>362</sup>

*Frowein*<sup>363</sup> hat das nach diesem Verständnis bestehende Dilemma sehr trefflich so zusammengefasst: „Keine demokratische Legitimation der Union ohne europäisches Volk, kein europäisches Volk ohne Staatscharakter der Union, kein europäischer Staat ohne europäisches Volk.“ Demokratie wird demnach erst und nur durch den Staat verwirklicht.<sup>364</sup> Hier mag auch *Carl Schmitt*<sup>365</sup> durch seine „Homogenitätslehre“ Vorarbeit geleistet haben, indem er Demokratie, Volk und Staat entscheidend verband und eine nationale Homogenität des Volkes als Voraussetzung für eine nationale Demokratie annahm.<sup>366</sup> Dies erscheint jedoch insgesamt nicht (mehr) überzeugend, denn der Staat hat in der Vergangenheit zwar eine bedeutsame Rolle zur Verwirklichung der Demokratie gespielt,<sup>367</sup> jedoch hat es schon vor der Staatsbildung im modernen Sinne, aber auch unterhalb des Staates Formen demokratischer Willensbildung gegeben.<sup>368</sup> Der Staat ist eine bestimmte historische Konstellation, aber nicht der einzige Weg zur demokratischen Entfaltung.<sup>369</sup> Ins-

357 BVerfGE 123, 267, 348. Es erkennt aber dennoch eine zusätzliche demokratische Legitimation durch das Europäische Parlament an, das es aber (weiterhin) als Vertretung der Völker der Mitgliedstaaten einstuft (S. 373).

358 F. Meyer, Demokratieprinzip, S. 29 ff.

359 Vgl. dazu v. Komorowski, S. 197.

360 Hölscheidt, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, 51. EL 2013, Art. 14 EUV Rn. 40; Kirchhof, EuR-Beiheft 1991, 11, 14; Scholz, in: Maunz/Dürig, 69. EL 2013, Art. 23 Rn. 73 f.

361 Vgl. die Darstellungen bei v. Komorowski, S. 196 ff.; F. Meyer, Demokratieprinzip, S. 33 ff.; Peters, S. 651 ff.

362 Di Fabio, Der Staat 32 (1993), 191, 202; vgl. auch Kirchhof, HStR VII, 1992, § 183 Rn. 33, 37.

363 Frowein, EuR 1995, 315, 323.

364 Di Fabio, Der Staat 32 (1993), 191, 200 f.; Kirchhof, HStR VII, 1992, § 183 Rn. 33; vgl. auch Hillgruber, HStR II, 3. Aufl. 2004, § 32 Rn. 35.

365 C. Schmitt, Verfassungslehre (1928; Neuaufl. 2003), S. 231 ff.

366 Dazu F. Meyer, Demokratieprinzip, S. 37, Fn. 121; Pernice, AöR 120 (1995), 100, 103 ff.; Peters, S. 652.

367 Habermas, Die postnationale Konstellation, S. 35 f.

368 Peters, S. 652.

369 Habermas, Die postnationale Konstellation, S. 94 f.

besondere wenn er im Zeitalter der Globalisierung nicht mehr in der Lage ist, sämtliche Probleme zu bewältigen, so spielt er im Rahmen seiner Regelungskapazitäten noch eine bedeutsame Rolle für die demokratische Selbstverwirklichung, hat jedoch in bestimmten Bereichen diesbezüglich seine Monopolstellung eingebüßt.<sup>370</sup> Insofern besteht wegen der mangelnden Fähigkeit, etwas bewirken zu können, auch im Nationalstaat ein Demokratiedefizit.<sup>371</sup> Das Mehrebenensystem schafft nun die aus demokratischer Sicht erforderlichen Handlungsoptionen. Dort geht es dann gerade darum, ihnen konkrete demokratische Strukturen folgen zu lassen.<sup>372</sup>

Darüber hinaus wird Volk in ähnlicher Weise zuweilen auch mit der „Nation“ gleichgesetzt.<sup>373</sup> Nur diese bildet dann das Kollektiv, das Volkssouveränität erzeugen kann, welche sich idealerweise auch im eigenen Staat verwirklicht, jedoch bereits vor der Staatsbildung besteht. Staatswerdung und Volkssouveränität sind dann Ausdruck des Selbstbestimmungsrechts einer Nation. Nach *Peters*<sup>374</sup> steht dieses Demokratieverständnis in der Tradition der Lehre von *Rousseau*, welche die Souveränität des personellen Herrschers durch die Souveränität des Volkes als Kollektiv ersetzte, sodass Volkssouveränität Ausübung eines Gemeinwillens bedeutete.<sup>375</sup> In der deutschen Romantik hat sich die Nation jedoch als Mythos der Volksbildung entwickelt, sodass organisches Volk und politische Nation als Einheit gelten konnten.<sup>376</sup>

Dies führte in Deutschland dazu, dass das Volk als monolithischer Körper organischer und ethnischer Art interpretiert wurde,<sup>377</sup> sodass in der Folge *Demos* als Nation und „vorpolitische Schicksalsgemeinschaft“<sup>378</sup> verstanden werden konnte. Gehören *Ethnos* und *Demos* zusammen, so ist das Volk ethnisch definiert. Der Gedanke der Nation hat zumindest seit dem Einsetzen des Prozesses der Nationalstaatsbildung im 18. und 19. Jahrhundert in Europa auch tatsächlich ein kollektives Identifikationsmerkmal geschaffen und der Nationalstaat eine historische Konstellation der Selbstbestimmung gebildet, die eine Solidarität der Bürgerinnen und Bürger erzeugt hat, sodass sie sich als Kollektiv empfinden konnten.<sup>379</sup> Auch heute ist daher die Verbindung von Nation, Staat und Volk noch präsent.<sup>380</sup> Der traditionelle deutsche Volksbegriff, der auf die Nation abstellt, welche in ethnisch-kul-

370 Vgl. auch BVerfGE 123, 267, 346: „Der Staat ist weder Mythos noch Selbstzweck“, ferner *F. Meyer*, Strafrechtsgenese, S. 707.

371 *Zürn*, S. 234.

372 Vgl. *Habermas*, Zur Verfassung Europas, S. 50; *Zürn*, S. 246.

373 Vgl. dazu v. *Komorowski*, S. 197; *F. Meyer*, Strafrechtsgenese, S. 662 ff.; *Peters*, S. 654.

374 *Peters*, S. 657 f.

375 *Rousseau* (1762), Gesellschaftsvertrag, 1. Buch 7. Kap., 2. Buch 1. Kap., Reclam-Ausgabe, S. 20, 27.

376 *Peters*, S. 654.

377 *Peters*, S. 654, 658; zur Diskussion um die Anforderungen an den *Demos* ausführlich *F. Meyer*, Demokratieprinzip, S. 33 ff.; *ders.*, Strafrechtsgenese, S. 662 ff.

378 *Habermas*, Die postnationale Konstellation, S. 117.

379 *Habermas*, Die postnationale Konstellation, S. 36, 94.

380 Vgl. etwa *Hillgruber*, HStR II, 3. Aufl. 2004, § 32 Rn. 35.

tureller Weise begründet sei, steht – stark vereinfacht gesprochen – in Kontrast zu einem politischen Begriff, wie er etwa in den angelsächsischen Ländern verwendet wird.<sup>381</sup>

Nach Letzterem kann sich das Volk durch das politische Bekenntnis bilden, in einer bestimmten Ordnung unter bestimmten Voraussetzungen und mit bestimmten Werten leben zu wollen.<sup>382</sup> Ein politisches System kann daher unterschiedliche Ethnien und Völker unter einem Dach vereinen, sodass diese eine gemeinsame Einheit bilden, die durchaus demokratiefähig ist.<sup>383</sup> Diese Sicht scheint für Europa angemessen. *Habermas*<sup>384</sup> betont zu Recht, dass die Verbindung von *Ethnos* und *Demos*, wie sie im Zuge der deutschen Romantik und sodann durch die Nationalstaatsbewegung des 19. Jahrhunderts angenommen wurde, nur eine Lesart unter verschiedenen und in der Moderne keineswegs zwingend ist.<sup>385</sup>

Nach einem anderen, hier befürworteten, individualistischen Verständnis ist die Demokratiefähigkeit der EU und des Europäischen Parlaments daher aus der Sicht der Bürgerinnen und Bürger der Union zu bestimmen.<sup>386</sup> *Demos* ist danach eine Summe von Individuen und kein mystischer von einem bestimmten Volksgeist be-seelter organischer Volkskörper.<sup>387</sup> Nicht ein nationalstaatliches oder ethnisches Volk ist hiernach Träger der europäischen Demokratie, sondern die Bürgerinnen und Bürger der EU,<sup>388</sup> die sich freiwillig assoziieren und nicht schon schicksalhaft verbunden sind. Dieser Ansatz ist deshalb individualistisch, weil er von den einzelnen Wahlbürgerinnen und Wahlbürgern ausgeht und nicht von einem geschlossenen (Staats-)Volksgebilde. Die Einzelnen können im Mehrebenensystem verschiedene Rollen als Legitimationssubjekt einnehmen.

Man müsste die Existenz des Europäischen Parlaments und seinen Bezug zu den Bürgerinnen und Bürgern schon schlichtweg ignorieren, um eine einzig auf die Nationalstaaten bezogene Demokratie anzunehmen.<sup>389</sup> Die Bürgerinnen und Bürger können sich daher als politische Gesamtheit durch einen Willensakt zusammenfinden, welcher nicht von der Nation abhängig ist. Es ist, wie erläutert, durchaus eine bestreitbare Prämisse, dass Demokratie ein Volk im nationalstaatlichen Sinne

381 *Böckenförde*, HStR II, 3. Aufl. 2004, § 24 Rn. 48; vgl. auch *F. Meyer*, Demokratieprinzip, S. 34 f.; *Peters*, S. 654.

382 *Böckenförde*, HStR II, 3. Aufl. 2004, § 24 Rn. 48.

383 *Böckenförde*, HStR II, 3. Aufl. 2004, § 24 Rn. 48.

384 *Habermas*, Faktizität und Geltung, S. 635 ff.

385 So auch *Peters*, S. 654 ff., vgl. auch *Pernice*, in: Dreier, Art. 23 Rn. 55.

386 Dieses Konzept verfolgen etwa *v. Bogdandy*, in: *v. Bogdandy/Bast*, S. 64; *Habermas*, Zur Verfassung Europas, S. 67 ff.; *F. Meyer*, Strafrechtsgenese, S. 633 ff., 678 ff.; *Pernice*, in: Dreier, Art. 23 Rn. 55; *Peters*, S. 657 ff.; vgl. dazu auch die Darstellung bei *v. Komorowski*, S. 198 ff.

387 Zu dieser Unterscheidung *Grawert*, HStR II, 3. Aufl. 2004, § 16 Rn. 9.

388 *Pernice*, in: Dreier, Art. 23 Rn. 55; *Peters*, S. 657 ff.; vgl. auch *Hobe*, EuR 2003, 1, 8; *Nettesheim*, in: *Oppermann/Classen/Nettesheim*, § 15 Rn. 33.

389 *Oeter*, ZaöRV 55 (1995), 659, 683.

voraussetzt.<sup>390</sup> Denn der moderne Verfassungsstaat versteht sich als freiwillige Assoziation von Individuen<sup>391</sup> und nicht als Schicksalsgemeinschaft.<sup>392</sup> Auch der EuGH erachtet das Europäische Parlament als grundsätzlich demokratiefähig, indem er betont, dessen Mitwirkung am Gesetzgebungsverfahren spiegele „ein grundlegendes demokratisches Prinzip“<sup>393</sup> wider.

Auch die Verträge selbst bringen zum Ausdruck, dass die EU in ihrer eigenen Art demokratische Grundsätze verwirklichen will. Schon der Vertrag über eine Verfassung für Europa (VVE) vollzog in Art. I-20 Abs. 1 VVE den Wechsel vom Europäischen Parlament als Vertretung der Völker der Mitgliedstaaten, wie es noch in Art. 189 Abs. 1 EGV 2001 geheißen hatte, zur Vertretung der Unionsbürgerinnen und Unionsbürger. Diese Formulierung hat Art. 14 Abs. 2 S. 1 EUV übernommen. Er macht nun deutlich, dass die Unionsbürgerinnen und Unionsbürger Legitimationssubjekt des Europäischen Parlaments sind.<sup>394</sup> Ein solches Verständnis offenbart nicht zuletzt auch Art. 10 Abs. 2 EUV, der ebenfalls klarstellt, dass die Bürgerinnen und Bürger der Union im Europäischen Parlament vertreten sind. *Demos*, verstanden als Gesamtheit der Unionsbürgerinnen und Unionsbürger,<sup>395</sup> wird nach alledem als politische Gemeinschaft interpretiert und damit vom *Ethnos*, der Gemeinschaft nach ethnischen Voraussetzungen, getrennt.<sup>396</sup>

Zwar sind auch dann gewisse Voraussetzungen zu erfüllen, welchen diesen *Demos* von sonstigen Personen abgrenzen,<sup>397</sup> sodass auch die Einzelnen kollektive Entscheidungen als bindend und Ausdruck ihrer eigenen Selbstbestimmung akzeptieren können.<sup>398</sup> Diese können aber etwa in der Unionsbürgerschaft gesehen werden.<sup>399</sup> Die EU stützt sich als Staaten- und Bürgerunion<sup>400</sup> also nicht nur auf die Mitgliedstaaten, sondern auch direkt auf die Unionsbürgerinnen und Unionsbürger. Dies manifestiert den Willen, der EU eine eigene demokratische Legitimationsbasis zu verleihen.<sup>401</sup> Art. 10 Abs. 1 EUV schreibt sogar erstmalig ein bestimmtes demokratiethoretisches Konzept für die EU vor, indem es die repräsentative Demokratie zur Grundlage der Arbeitsweise der Union erklärt.<sup>402</sup>

390 Eder, in: Jachtenfuchs/Kohler-Koch, S. 109 f; *Habermas*, Die postnationale Konstellation, S. 151 ff.; *ders.*, Zur Verfassung Europas, S. 51 ff.; *Oeter*, ZaöRV 55 (1995), 659, 683; *Pernice*, in: Dreier, Art. 23 Rn. 55.

391 *Habermas*, Die postnationale Konstellation, S. 152.

392 Vgl. *F. Meyer*, Demokratieprinzip, S. 98.

393 EuGH Slg. 1980, 3333, 3360 – *Roquette Frère* (Rs. C-138/79).

394 *Hölscheidt*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, 51. EL 2013, Art. 14 EUV Rn. 39.

395 *Oeter*, in: v. Bogdandy/Bast, S. 94.

396 *Peters*, S. 654; auch *Grimm*, JZ 1995, 581, 590, stellt fest, dass kollektive Identität nicht „in ethnischer Abstammung wurzeln“ muss.

397 Deutlich v. *Komorowski*, S. 201; ferner *Grawert*, HStR II, 3. Aufl. 2004, § 16 Rn. 8 ff.; *Peters*, S. 661.

398 v. *Komorowski*, S. 202.

399 *Peters*, S. 661.

400 *Hölscheidt*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, 51. EL 2013, Art. 14 EUV Rn. 39; *Läufer*, in: *ders.*, Verfassung der Europäischen Union, S. 15.

401 *Hölscheidt*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, 51. EL 2013, Art. 14 EUV Rn. 39.

402 *Nettesheim*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, 51. EL 2013, Art. 10 EUV Rn. 8.

## b) Funktionsbedingungen der Demokratie

Ein zweiter Einwand gegen die Demokratiefähigkeit des Europäischen Parlaments wird an der Absenz notwendiger Funktionsvoraussetzungen der Demokratie festgemacht. Nach Auffassung des BVerfG ist Demokratie immerhin „vom Vorhandensein bestimmter vorrechtlicher Voraussetzungen abhängig.“<sup>403</sup> Böckenförde<sup>404</sup> erläutert, dass hierunter soziokulturelle, politisch-strukturelle und ethische Bedingungen fallen sollen. Auch bei einer Betrachtung, die eine Demokratie der Bürgerinnen und Bürger nicht vom Vorhandensein einer Nation oder eines ethnischen Volkskörpers abhängig macht, wären unter dieser Prämisse immerhin bestimmte Bedingungen notwendig, damit ein funktionierender demokratischer Prozess stattfinden kann und die Einzelnen die Entscheidungen akzeptieren können.<sup>405</sup> Eine Gesellschaft muss hierzu z.B. zumindest einen gewissen Emanzipations-, Entwicklungs- und Bildungsstand erreicht haben.<sup>406</sup> Dies dürfte aber in der EU zweifellos der Fall sein.<sup>407</sup>

### aa) Gemeinsame Identität und Solidarität

Daneben wird aber vielfach immerhin eine „relative Homogenität“<sup>408</sup> der Bürgerinnen und Bürger gefordert, sodass selbst dann, wenn man keine ethnische oder nationale Gemeinsamkeit fordert, ein *Demos* dennoch bestimmte Anforderungen erfüllen muss, damit demokratische Willensbildung funktionieren kann. Erforderlich sei hierfür eine Gemeinschaft, welche durch unterschiedliche Faktoren entstehen kann.<sup>409</sup> Auch wenn man sich daher von der Nation oder dem Staat als Grundvoraussetzung des *Demos* verabschiedet, scheint damit immerhin eine vergleichbare gemeinsame Identität, jedenfalls eine gewisse Solidarität unter den Einzelnen,<sup>410</sup> unerlässlich zu sein.

Worin diese bestehen kann, ist jedoch weitestgehend ungeklärt. Die Auffassungen divergieren letztlich so stark, dass hier nicht der Versuch unternommen wird, sie in abschließender Weise zu reproduzieren. Unterschiede bestehen schon allein in der Hinsicht, ob die Beurteilung objektiv oder eher subjektiv an der Vorstellung der Bürgerinnen und Bürger ausgerichtet erfolgen soll.<sup>411</sup> So wird u.a. angenommen, dass gemeinsame Kultur, Geschichte, Sprache oder übereinstimmende Werte

403 BVerfGE 89, 155, 185.

404 Böckenförde, HStR II, 3. Aufl. 2004, § 24 Rn. 58 ff.

405 v. Komorowski, S. 360 ff.; Peters, S. 699 ff.

406 Böckenförde, HStR II, 3. Aufl. 2004, § 24 Rn. 60; Peters, S. 699.

407 Peters, S. 699.

408 BVerfGE 89, 155, 186; Böckenförde, HStR II, 3. Aufl. 2004, § 24 Rn. 63 ff.

409 Kohler-Koch/Conzelmann/Knodt, S. 216.

410 Habermas, Die postnationale Konstellation, S. 35.

411 Ausführlicher Grawert, HStR II, 3. Aufl. 2004, § 16 Rn. 12 ff.; Peters, S. 701 f.

für dessen Entstehung maßgeblich sein sollen.<sup>412</sup> Jedenfalls müsse eine Zusammengehörigkeit, ein „Wir-Gefühl“<sup>413</sup>, im Sinne einer gemeinsamen Identität begründet werden, was u.a. durch kulturelle, sprachliche,<sup>414</sup> aber auch geschichtliche oder religiöse Momente geschehen könne.<sup>415</sup> Dadurch müsse ein Wille der Bürgerinnen und Bürger entstehen, gemeinsam zu handeln.<sup>416</sup> Von diesem Grundkonsens und einer Orientierung an den Interessen der Allgemeinheit<sup>417</sup> sei es abhängig, ob Mehrheitsentscheidungen von den Einzelnen auch dann akzeptiert werden können, wenn sie überstimmt werden.<sup>418</sup>

Es kann wohl zusammengefasst von Grundkonsens, gemeinsamer Identität und Solidarität als Voraussetzungen einer demokratischen Gemeinschaft gesprochen werden.<sup>419</sup> Auch hier werden im Hinblick auf das „europäische Volk“ entscheidende Defizite ausgemacht, die eine Demokratie in der EU angeblich unmöglich machen. So bestünden sprachliche Hürden<sup>420</sup> und keine kollektive europäische Identität, z.B. da auch keine gemeinsame Geschichte existiere.<sup>421</sup> Daher sei die Möglichkeit der Demokratie auf der Ebene der EU zu verneinen.<sup>422</sup>

Dabei ist aber wiederum hinsichtlich eines zu kollektivistischen Ansatzes Vorsicht geboten. Denn dieser läuft der hier unterstützten bürgerbezogenen Perspektive zuwider.<sup>423</sup> Zunächst einmal ist das Erfordernis der „Homogenität“ insgesamt abzulehnen.<sup>424</sup> Denn einerseits passt es kaum zu einem individuenbezogenen Konzept<sup>425</sup> und andererseits lässt sich an einer solchen auch bei den Völkern der modernen, interdependenten und „offenen Staaten“<sup>426</sup> zweifeln. Die modernen Staaten sind offene Einwanderungsländer, die demokratische Gemeinschaft der Bürgerinnen und Bürger längst nicht mehr so „homogen“ wie in früheren Zeiten, sofern sie dies jemals in einer Weise war oder überhaupt sein muss, wie es von einem ethnisch-völkischen Ansatz unterstellt wird. Kanada, die Schweiz, aber auch die

412 Vgl. *Kohler-Koch/Conzelmann/Knodt*, S. 216.

413 *Böckenförde*, HStR II, 3. Aufl. 2004, § 24 Rn. 63; v. *Komorowski*, S. 203.

414 *Graf Kielmansegg*, in: *Jachtenfuchs/Kohler-Koch*, S. 58; *Grimm*, JZ 1995, 581, 588; *Kohler-Koch/Conzelmann/Knodt*, S. 216; dagegen *Frowein*, EuR 1995, 315, 324.

415 *Böckenförde*, HStR II, 3. Aufl. 2004, § 24 Rn. 64; vgl. auch *Kirchhof*, HStR VII, 1992, § 183 Rn. 37; *Kohler-Koch/Conzelmann/Knodt*, S. 216.

416 *Graf Kielmansegg*, in: *Jachtenfuchs/Kohler-Koch*, S. 57; *Grimm*, JZ 1995, 581, 589.

417 *Böckenförde*, HStR II, 3. Aufl. 2004, § 24 Rn. 78.

418 Vgl. v. *Komorowski*, S. 202; *Peters*, S. 703.

419 *Peters*, S. 711.

420 *Grimm*, JZ 1995, 581, 588 f.

421 *Di Fabio*, *Der Staat* 32 (1993), 191, 203 f.; *Kohler-Koch/Conzelmann/Knodt*, S. 216. Für *Grimm*, JZ 1995, 581, 590, scheidet daher europäische Demokratie derzeit auch weniger daran, dass es sich um ein homogenes Volk handelt, als daran, dass eine kollektive Identität nur schwach ausgebildet sei.

422 *Di Fabio*, *Der Staat* 32 (1993), 191, 202 ff.; vgl. auch *Kirchhof*, EuR-Beiheft 1991, 11, 14 f.

423 Vgl. auch *Peters*, S. 704.

424 *Peters*, S. 703 ff.; siehe auch *Pernice*, in: *Dreier*, Art. 23 Rn. 55: „Voraussetzung ist nicht eine wie auch immer geartete Homogenität“.

425 *Peters*, S. 704, die im Übrigen noch zahlreiche weitere Einwände erhebt (S. 704 f.).

426 Vgl. dazu *Callies*, HStR IV, § 83 Rn. 4; *Di Fabio*, *Das Recht offener Staaten*, passim; *Wahl*, JuS 2003, 1145.

USA, sind Staaten, die demokratisch regiert werden, in denen gleichwohl recht unterschiedliche kulturelle, ethnische und auch sprachliche Bedingungen in verschiedenen Landesteilen herrschen. Gerade diese Trennung der politischen Gemeinschaft von ethnischen, auf die Nation bezogenen Vorgaben bildet die Grundlage einer europäischen Demokratie.<sup>427</sup> *Habermas* formuliert: „Kollektive Einheiten werden eher gemacht als vorgefunden“.<sup>428</sup> Genau genommen besagt der hier vertretene bürgerbezogene Ansatz schlicht, dass überall da, wo politische Herrschaft ausgeübt wird, diese durch die Herrschaftsunterworfenen legitimiert werden muss. Das gemeinsame Band der Bürger ist dann die Gemeinsamkeit der Herrschaftsunterworfenheit unter die gleiche Instanz. Eine gemeinsame Identität und Solidarität kann daher auch dadurch entstehen, dass der Einzelne sich auf verschiedenen Ebenen mit wechselnder Loyalität mit anderen Personen assoziiert.

Es lassen sich aber auch gemeinsame Grundauffassungen<sup>429</sup> in der EU begründen. Denn nicht nur verfügen die Mitgliedstaaten und ihre Bürgerinnen und Bürger über gemeinsame Verfassungstraditionen und Verfassungsüberlieferungen, sondern sie haben inzwischen durch die gemeinsame Charta der Grundrechte, die Grundfreiheiten oder die EMRK durchaus auch gemeinsame Werte, was nicht zuletzt die Präambel der Charta der Grundrechte selbst betont, und die sich auch in der Präambel zum EUV oder in Art. 2 EUV finden.<sup>430</sup> Ferner besteht eine gemeineuropäische Kunst-, Literatur- und Musikgeschichte. Selbst die jüngere Geschichte kann nicht nur als nationale Angelegenheit, sondern auch als gemeinsame Erinnerung an den Widerstand gegen Faschismus und totalitäre Regime begriffen werden.<sup>431</sup> Insofern besteht durchaus eine politische Gemeinschaft,<sup>432</sup> die nicht durch Volk oder Nation, sondern durch die Bürgerinnen und Bürger als Wertegemeinschaft<sup>433</sup> gebildet wird. Soweit diese gemeinsamen Werte anerkannt werden, kann auch ein demokratischer Prozess in der EU stattfinden, soweit der Blick allerdings ausschließlich auf der staatlichen, respektive nationalen Gesellschaft haften bleibt, wird das Be- oder Entstehen einer transnationalen europäischen Gesellschaft erschwert.

Wer davon ausgeht, nur im nationalen Volk verwirkliche sich die politische Gemeinschaft, ignoriert die Entwicklung einer Gesellschaft jenseits des Nationalstaa-

427 Vgl. auch *Oeter*, in: v. Bogdandy/Bast, S. 100 f.

428 *Habermas*, Die postnationale Konstellation, S. 37.

429 *Böckenförde*, HStR II, 3. Aufl. 2004, § 24 Rn. 63.

430 *Böse*, ZIS 2010, 76, 84; vgl. dazu ausführlich *Calliess*, JZ 2004, 1033, 1038 ff.; *Pernice*, in: Dreier, Art. 23 Rn. 25; vgl. auch *Nettesheim*, in: Oppermann/Classen/Nettesheim, § 15 Rn. 38.

431 Vgl. auch *Eder*, in: Jachtenfuchs/Kohler-Koch, S. 111 f.

432 *Böse*, ZIS 2010, 76, 84; *F. Meyer*, Demokratieprinzip, S. 95 ff.; vgl. auch *Esser*, Europ. Strafrechtsverfahrenrecht, S. 1 f., zum Einfluss der GRC.

433 Zum Wandel der europäischen Verfassung von der Markt- zur Werteordnung *Häberle*, in: Tsatsos, Unionsgrundordnung, S. 221 ff.

tes in der „postnationalen Konstellation“<sup>434</sup>, in welcher die Bürgerinnen und Bürger in einem politischen Mehrebenensystem auf verschiedenen Ebenen effektive Entscheidungen ermöglichen.<sup>435</sup> Es ist nach dem hier unterstützten Verständnis eine immanente Voraussetzung der Demokratie selbst, dass sie Problemlösungen erzielen kann,<sup>436</sup> sodass das Mehrebenensystem die Handlungsspielräume der Bürgerinnen und Bürger in demokratisch notwendiger Weise erweitert.<sup>437</sup>

Demokratie als Konzept setzt folglich die Nation nicht voraus,<sup>438</sup> sondern eine Möglichkeit der wirksamen Selbstbestimmung. Der souveräne Nationalstaat war eine historische Konstellation, in der sich Demokratie entfalten konnte,<sup>439</sup> heute muss dies (auch) unter anderen Umständen und neuen Vorzeichen geschehen, gerade auch, um demokratische Legitimation zu sichern. Eine ausreichende Identifikation kann daher auch durch die politische Teilhabe entstehen.<sup>440</sup> Aus diesem Grund lehnen manche das Erfordernis einer europäischen Identität auch insgesamt ab und erachten eine gegenseitige Solidarität und einen Konsens über die demokratischen Verfahren als ausreichend.<sup>441</sup>

#### bb) Politische Öffentlichkeit

Eine zweite Funktionsbedingung scheint hingegen durchaus problematisch. Es wird nämlich des Weiteren angeführt, dass als Grundvoraussetzung von Demokratie eine öffentliche Meinung, eine demokratische Öffentlichkeit, bestehen muss.<sup>442</sup> Diese Öffentlichkeit wird verstanden als Raum politischer Kommunikation, in welchem die Gesellschaft sich artikuliert und durch den Diskurs erst einen kollektiven Willen bilden kann.<sup>443</sup> Die gemeinsame Willensbildung sei daher auch entscheidend für die Ausübung demokratischer Legitimationsakte, insbesondere der Wahlen.<sup>444</sup> Auf Europa bezogen müsste demnach ein supranationaler Kommunikationsraum bestehen. Aus diesem Grunde wird u.a. ein grenzüberschreitender Informationsfluss z.B. durch gemeineuropäische Medien<sup>445</sup> oder eine gesamteuropäi-

434 *Habermas*, Die postnationale Konstellation, S. 91 ff., 117., 152 ff.; *ders.*, Zur Verfassung Europas, S. 43 f.

435 Ebenso *Eder*, in: Jachtenfuchs/Kohler-Koch, S. 109 f.

436 *Zürn*, S. 233; siehe oben 2. Kapitel C. III. 2. a).

437 *Habermas*, Zur Verfassung Europas, S. 50.

438 *Habermas*, Die postnationale Konstellation, S. 117.

439 *Habermas*, Die postnationale Konstellation, S. 94.

440 Vgl. auch *Habermas*, Die postnationale Konstellation, S. 117.

441 *Peters*, S. 712 ff.

442 BVerfGE 89, 155, 185; *Böckenförde*, HStR II, 3. Aufl. 2004, § 24 Rn. 68; *Classen*, Demokratische Legitimation, S. 101 f.; *Di Fabio*, Der Staat 32 (1993), 191, 203; *Grimm*, JZ 1995, 581, 587; vgl. auch BVerfGE 89, 155, 185; siehe zur politischen Öffentlichkeit in der EU ferner *Habermas*, Faktizität und Geltung, S. 645 ff.; *Pernice*, Die Verwaltung 29 (1993), 449, 479 ff.; *Peters*, S. 714 ff.

443 Dazu *Eder*, in: Jachtenfuchs/Kohler-Koch, S. 85 ff.; *Häberle*, Europ. Verfassungslehre, S. 163 ff.; vgl. ferner *Nettesheim*, in: Oppermann/Classen/Nettesheim, § 15 Rn. 39.

444 *Eder*, in: Jachtenfuchs/Kohler-Koch, S. 87 f.

445 *Grimm*, JZ 1995, 581, 587; *Peters*, S. 715.

sche Parteienlandschaft<sup>446</sup> gefordert. Diese seien jedoch in der EU nicht in ausreichendem Maße vorhanden.<sup>447</sup> Als Hindernis werden dabei wiederum insbesondere die Sprachbarriere<sup>448</sup> und ein fehlendes gemeinsames Identitätsbewusstsein<sup>449</sup> empfunden.

Auch dies spricht aber nicht grundsätzlich gegen eine Demokratiefähigkeit der EU, denn einerseits ist eine solche Öffentlichkeit teilweise, etwa in Bezug auf Wissenschaft und Wirtschaft, bereits vorhanden<sup>450</sup> und andererseits, so wie der gesamte Prozess der Integration in der EU, durchaus im Entstehen begriffen.<sup>451</sup> Auch existieren bereits europäische Parteien, wobei es sich jedoch im Wesentlichen noch um Zusammenschlüsse nationaler Parteien handelt. Nicht zuletzt könnte eine Stärkung des Europäischen Parlaments inklusive Ausbau der Zuständigkeiten und politischen Gestaltungsmöglichkeiten diese Voraussetzungen gerade fördern.<sup>452</sup> In dem Maße, wie regelmäßige Wahlen für ein Europäisches Parlament abgehalten werden, das auch etwas bewirken kann, sodass europäische Entscheidungen gefällt werden und europäische Politik gemacht wird, kann sich auch eine europäische Öffentlichkeit und Meinung entwickeln.

Auch dürften in vielen Bereichen heute schon gesamteuropäische Ansichten bestehen, so etwa hinsichtlich Kriegseinsätzen oder des Stabilitätspaktes. Ferner europäisiert sich die nationale Gesellschaft.<sup>453</sup> Die urbane Kultur der europäischen Städte gleicht sich an, die Unionsbürgerinnen und Unionsbürger reisen innerhalb der Binnengrenzen, sie haben ähnliche Idole aus Musik und Film, aber auch gemeinsame Ideale. Überhaupt ist das Kulturelle ein Wert, aus dem sich die europäische Öffentlichkeit speisen kann.<sup>454</sup> Das Internet als Kommunikationsmedium muss wohl nicht mehr eigens erwähnt werden. Zudem hat nicht zuletzt die europäische Wirtschaftskrise eine gesamteuropäische Diskussion über ein gemeinsames Problem und dessen Lösung und einen gesamteuropäischen Diskurs über die Zukunft der europäischen Wirtschaft und Währung entfacht. Auch wenn dabei nicht selten aus einer nationalen Perspektive argumentiert wird, handelt es sich doch um ein gemeinsames Problem. Es ist auch nicht so, dass hinsichtlich sämtlicher, primär lokaler Fragen eine Meinung und Informationsmöglichkeit sämtlicher Bürgerinnen

446 v. Komorowski, S. 363; vgl. dazu auch *Tsatsos*, EuGRZ 1994, 48; hinsichtlich einer Legitimation durch das Europäische Parlament daher sehr kritisch *Hofmann*, StWStP 6 (1995), 155, 166, da es an „gemeineuropäisch agierenden politischen Parteien“ fehle.

447 *Grimm*, JZ 1995, 581, 587 ff.; so im Ergebnis auch *Oppermann*, in: Oppermann/Classen/Nettesheim, § 5 Rn. 23, der aber immerhin einräumt, dass eine europäische Öffentlichkeit im Entstehen sei.

448 *Di Fabio*, Der Staat 32 (1993), 191, 204; *Grimm*, JZ 1995, 581, 588.

449 *Di Fabio*, Der Staat 32 (1993), 191, 203 f.

450 Positive Bewertung insoweit bei *Braun*, ZIS 2009, 418, 425; daher schlägt *Häberle*, Europ. Verfassungslehre, S. 170, vor, bei der Beurteilung „bereichsspezifisch“ und „wertorientiert“ vorzugehen.

451 *Peters*, S. 717. Auch BVerfGE 89, 155, 189, weist darauf hin, dass die Voraussetzungen einer europäischen Demokratie sich auch erst allmählich entwickeln können; ebenso *Böse*, ZIS 2010, 76, 84 f.

452 In diesem Sinne *Lübbe-Wolff*, VVDStRL 60 (2001), 246, 264; *Peters*, S. 719.

453 *Eder*, in: Jachtenfuchs/Kohler-Koch, S. 94.

454 *Häberle*, Europ. Verfassungslehre, S. 170 ff.

und Bürger des Gesamtgebildes erforderlich wäre. Denn dies ist auch in großen Bundesstaaten nicht gewährleistet.

Es kann vielmehr gerade Ausdruck der Kompetenzordnung in föderativen Systemen sein, dass lokale Probleme dezentral und das Gesamtgebiet betreffende Fragen zentral behandelt werden. Größtmögliche Responsivität und demokratische Nähe zu den Betroffenen als Form der Selbstregulierung bedeutet dann eine Forderung nach Subsidiarität als Verteilungskriterium der Kompetenzordnung.<sup>455</sup> Die EU ist ein supranationales föderales System, das am Prinzip der Subsidiarität ausgerichtet ist.<sup>456</sup> In diesem Kontext erscheint es aber als unschädlich, dass die Gesellschaft in der EU nicht einheitlich ist.<sup>457</sup> Somit ist dieser Einwand zwar als berechtigte Forderung nach einer Stärkung einer europaweiten politischen Öffentlichkeit ernst zu nehmen, schließt jedoch eine Demokratiefähigkeit der EU nicht a priori aus.

Im Maastricht-Urteil nahm auch das BVerfG eine durchaus optimistische Position hinsichtlich der Perspektive des Entstehens einer europäischen Öffentlichkeit und eines europäischen Gemeinschaftsgefühls ein. Die Unionsbürgerschaft knüpfe zwischen den Staatsangehörigen der Mitgliedstaaten ein dauerhaftes rechtliches Band, welches zwar noch nicht die Dichte einer Staatszugehörigkeit erreiche, wohl aber in eine demokratische Legitimation der europäischen Institutionen münden könne.<sup>458</sup> Die vorrechtlichen Voraussetzungen einer europäischen Demokratie, wie etwa die ständige freie Auseinandersetzung zur Formung einer öffentlichen Meinung, könnten, soweit nicht bereits vorhanden, auch erst allmählich entstehen.<sup>459</sup>

### c) Demokratische Gleichheit und Europäisches Parlament

Ein drittes Argument gegen seinen demokratischen Charakter ist schließlich das Ungleichgewicht der Sitzverteilung im Europäischen Parlament, welches aus diesem Grunde seine Funktion als Repräsentativorgan der Unionsbürgerinnen und Unionsbürger aus demokratietheoretischer Sicht nur unzureichend erfüllen könne.<sup>460</sup> Gemäß Art. 14 Abs. 2 S. 3 EUV gilt das Prinzip der degressiven Proportionalität, welches allerdings nicht näher erläutert und nur durch Extremwerte begrenzt wird, indem nämlich jedem Mitgliedstaat mindestens sechs und höchstens

455 Vgl. auch *Nettesheim*, in: Oppermann/Classen/Nettesheim, § 15 Rn. 30.

456 Dazu noch unten 4. Kapitel A. III. 4. a).

457 So *Nettesheim*, in: Oppermann/Classen/Nettesheim, § 15 Rn. 32.

458 BVerfGE 89, 155, 184 f.

459 BVerfGE 89, 155, 185; vgl. auch BVerfGE 123, 267, 359: Das Gericht konstatiert hier, dass „eine gemeinsame und miteinander im thematischen Zusammenwirken stehende europäische Öffentlichkeit [...] ersichtlich wächst.“

460 So insbesondere BVerfGE 123, 267, 371 ff.; vgl. ferner *Ambos/Rackow*, ZIS 2009, 397; *Classen*, Demokratische Legitimation, S. 101; *Kohler-Koch/Conzelmann/Knodt*, S. 214; kritisch zur Sicht des BVerfG *Nicolaysen*, EuR-Beiheft 2010, 9, 26 ff.

96 Sitze zustehen. Die Sitzverteilung erfolgt nach einem ponderierten Schlüssel,<sup>461</sup> der nicht nur Gleichheitsgesichtspunkte, sondern auch integrationspolitische Ziele verfolgt und daher die Bevölkerung kleiner Mitgliedstaaten überproportional berücksichtigt, sodass zzt. in bevölkerungsstarken Mitgliedstaaten wie Deutschland oder Frankreich viel mehr Bürgerinnen und Bürger durch einen Abgeordneten im Europäischen Parlament vertreten werden als in Ländern wie Luxemburg oder Malta,<sup>462</sup> sodass Letztere unverhältnismäßig stärker repräsentiert sind. Die Höchstgrenze der Sitze im Europäischen Parlament soll dabei auch der Funktionsfähigkeit desselben dienen,<sup>463</sup> denn bei annähernd gleichmäßiger Repräsentation auch der Bürgerinnen und Bürger der bevölkerungsstarken Mitgliedstaaten würde das Parlament auf eine inoperative Größe anwachsen.

Da nun die Erfolgsgleichheit der Stimmen stark variiert, wird angenommen, dass der Grundsatz der Wahlgleichheit, der u.a. in Art. 38 Abs. 1 GG statuiert, aber auch in sämtlichen Mitgliedstaaten anerkannt ist, nicht ausreichend gewährleistet sei.<sup>464</sup> Tatsächlich ist diese Ungleichbehandlung insbesondere dann zu kritisieren, wenn auf die Unionsbürgerinnen und Unionsbürger als Legitimationssubjekte abgestellt wird, denn bei dieser Perspektive darf die Staatsangehörigkeit gerade keine Rolle spielen und somit auch nicht zum Nachteil hinsichtlich des Wertes der Wahlstimme reichen.<sup>465</sup>

Dies zugegeben sollte jedoch erstens beachtet werden, dass die EU auch föderativen Grundsätzen verpflichtet ist, sodass sie nicht nur die Gleichheit der Wahlstimmen, sondern auch eine gewisse föderale Gleichheit der Mitgliedstaaten verfolgen will.<sup>466</sup> Zweitens handelt es sich wiederum um eine Kritik am Ist-Zustand, der in der Zukunft verändert werden kann. Diese Ausgestaltung spricht daher jedenfalls nicht grundsätzlich gegen eine Demokratiefähigkeit der EU. Auch die verfassungspolitischen europäischen Akteure haben das Problem erkannt und arbeiten kontinuierlich an einer Abschwächung desselben, wie diverse Umstrukturierungen der Sitzverteilung belegen.<sup>467</sup> Drittens ist das Europäische Parlament nicht alleiniger Vermittler demokratischer Legitimität, sondern es treten zusätzlich z.B. auch der Rat<sup>468</sup> und die nationalen Parlamente hinzu.<sup>469</sup> Schließlich dürfte es auch als anerkannt gelten, dass das Prinzip der Stimmgleichheit in föderativen Systemen Mo-

461 Erläutert bei *Hölscheidt*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, 51. EL 2013, Art. 14 EUV Rn. 44 ff.

462 Zu genaueren Zahlen BVerfGE 123, 267, 374 f.; *Hölscheidt*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, 51. EL 2013, Art. 14 EUV Rn. 46; vgl. ferner *Peters*, S. 666; *Satzger*, Europäisierung, S. 126.

463 *Kluth*, in: Calliess/Ruffert, Art. 14 EUV Rn. 23.

464 BVerfGE 123, 267, 375 f.; *Classen*, Demokratische Legitimation, S. 101; *Hölscheidt*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, 51. EL 2013, Art. 14 EUV Rn. 45; *Peters*, S. 668 ff.; *Scholz*, in: Maunz/Dürig, 69. EL 2013, Art. 23 Rn. 49.

465 *Peters*, S. 669.

466 *Selmayr*, ZEuS 2009, 637, 652 ff.; *Uerpmann-Witzack*, in: v. Münch/Kunig, Art. 23 Rn. 14.

467 Dazu *Hölscheidt*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, 51. EL 2013, Art. 14 EUV Rn. 48 ff.

468 Auch dort sind kleine Mitgliedstaaten allerdings überrepräsentiert, da jeder Mitgliedstaat einen Vertreter entsendet; vgl. Art. 16 Abs. 2 EUV.

469 Vgl. auch *Uerpmann-Witzack*, in: v. Münch/Kunig, Art. 23 Rn. 16.

difizierungen unterliegen kann oder sogar muss.<sup>470</sup> So garantieren nämlich selbst Nationalstaaten die Wahlgleichheit nicht uneingeschränkt, sondern kontingentieren die Zusammensetzung der Parlamente häufig anhand der unteren staatlichen Ebenen.<sup>471</sup> Weder ist an deren Demokratiefähigkeit zu zweifeln, noch sollte man hier an die EU plötzlich viel höhere Anforderungen stellen.<sup>472</sup>

#### d) Bürgernähe der Entscheidungen

Viertens ist auch die Entfernung der zentralen Entscheidungen von den Bürgerinnen und Bürgern ein allgemeines Problem großer Hoheitsgebiete.<sup>473</sup> So ging etwa *Montesquieu*<sup>474</sup> davon aus, dass sich eine Republik erfolgreich nur in einem kleinen Staatsgebiet verwirklichen ließe. Unter Rekurs auf diese Auffassung wurde auch während der Debatten um die Entstehung der US-amerikanischen Verfassung seitens der *Anti-Federalists* angeführt, dass die Republik zu groß und der zentrale Congress zu weit entfernt seien, um das Volk geeignet repräsentieren zu können.<sup>475</sup> Dahinter verbirgt sich also eine alte Forderung in föderativen demokratischen Systemen nach möglichst großer Bürgernähe. Dieser kann und soll durch das Subsidiaritätsprinzip der EU Rechnung getragen werden.<sup>476</sup> Gerade im Hinblick auf die USA ist heute aber anerkannt, dass Demokratie in großen Gebieten möglich ist.

#### 4. Demokratiefähigkeit und status quo

Nach alledem soll nicht behauptet werden, dass keine Defizite bestünden oder dass der Endzustand der Demokratisierung der EU erreicht sei. Europäische Identität und Öffentlichkeit sind noch nicht stark ausgeprägt, der Nationalstaat immer noch wichtiger Fixpunkt.<sup>477</sup> Diese Schwächen sind jedoch nur ein veränderbarer status quo, sofern man, wie hier, immerhin die grundsätzliche Demokratiefähigkeit der EU anerkennt. Sämtliche Faktoren können sich noch entwickeln und intensivieren.<sup>478</sup> Wer Demokratie als normatives Konzept ansieht, wird die hier erläuterten Rahmenbedingungen gerade nicht als vorab zu schaffende Voraussetzungen de-

470 *Nettesheim*, in: Oppermann/Classen/Nettesheim, § 15 Rn. 26.

471 *Böse*, ZIS 2010, 76, 84, weist z.B. auf den Bundesrat hin sowie auf die Systeme der USA und der Schweiz; *Classen*, JZ 2009, 881, 883, erläutert dies ferner für bei die Besetzung des Unterhauses im Vereinigten Königreich von Großbritannien und Nordirland.

472 *Böse*, ZIS 2010, 76, 84.

473 Dazu *Peters*, S. 720 ff.

474 *Montesquieu* (1748), Band I, 8. Buch, 16. Kap., Reclam-Ausgabe, S. 197.

475 So etwa „*Brutus*“, Essay I (1787), in: Ketcham, S. 275 f.; vgl. dazu auch *Brunhöber*, S. 67; *Reinbacher*, Das Strafrechtssystem der USA, S. 41.

476 Siehe dazu noch ausführlich unten 4. Kapitel A. III. 4. a).

477 Vgl. dazu *F. Meyer*, Demokratieprinzip, S. 104 ff.

478 *Böse*, ZIS 2010, 76, 85; *Peters*, S. 656, 718 ff.; zweifelnd *Ambos/Rackow*, ZIS 2009, 397, 398.

mokratischer Legitimation begreifen, sondern als im Rahmen des demokratischen Prozessesentwicklungsfähig.<sup>479</sup> Demokratie erfordert dann zunächst einmal, dass eine politische Gemeinschaft besteht,<sup>480</sup> die einen Willen bilden<sup>481</sup> und Problemlösungen erzielen kann.<sup>482</sup>

Dann geht es aber nur noch um die durchaus erstrebenswerte Verbesserung der Demokratie, nicht aber darum, sie – etwa durch den Übergang in den europäischen Bundesstaat – erst einzuführen. Dies gilt ebenso für Vergleiche des Europäischen Parlaments mit klassischen staatlichen Parlamenten, welche gewöhnlich zu dem Schluss führen, dass die Legislativ-, Wahl- und Repräsentationsfunktion im Europäischen Parlament (noch) nicht ausreichend gewährleistet sei.<sup>483</sup> Denn auch diese Funktionen ließen sich verstärken durch Erhöhung der Rechtssetzungszuständigkeit, durch ein Initiativrecht bei der Gesetzgebung,<sup>484</sup> durch Zuweisung von Befugnissen zur Wahl der europäischen Institutionen und schließlich durch Änderung der Zusammensetzung des Parlaments o.ä.<sup>485</sup> Wer hingegen zunächst das Vorhandensein bestimmter Voraussetzungen fordern will, kann diese Arbeit auch unter dem Blickwinkel des Zukünftigen lesen. Dann mag sie immerhin Perspektiven aufzeigen.

Auch das BVerfG hat das zweisträngige Legitimationskonzept letztlich akzeptiert. Es hat immerhin sowohl in seiner Entscheidung zum Vertrag von Maastricht<sup>486</sup> als auch zum Vertrag von Lissabon<sup>487</sup> eine „unterstützende“ demokratische Legitimierungsfunktion des Europäischen Parlaments anerkannt und zugleich eine Stärkung dieser Funktion durch Ausweitung der Befugnisse gefordert. In der Entscheidung zum Europäischen Haftbefehl hat es das Europäische Parlament sogar explizit als „eigenständige Legitimationsquelle des europäischen Rechts“<sup>488</sup> bezeichnet und anerkannt. Die Anforderungen an die demokratische Legitimation hängen dabei vom Ausmaß der Integration, also der Fülle der übertragenen Hoheitsrechte, ab.<sup>489</sup> Auf diese Weise hat das Gericht, wenn auch zögerlich, die duale

479 Böse, ZIS 2010, 76, 84 f.

480 Nach Habermas, Die postnationale Konstellation, S. 152, erfordert dies nur eine „freiwillige Assoziation“.

481 Böse, ZIS 2010, 76, 84; vgl. auch Möllers, Gewaltengliederung, S. 54: Demokratische Identität bezeichne die „Fähigkeit eines demokratischen Subjekts zu einer eigenen Willensbildung, die innerhalb demokratischer Verfassungsinstitutionen zu Entscheidungen führen kann“.

482 Ziirn, S. 233.

483 Vgl. Kohler-Koch/Conzelmann/Knodt, S. 214.

484 Lüderssen, in: Schönemann, Alternativentwurf, S. 48, macht gerade im fehlenden Initiativrecht des Europäischen Parlaments sowie in der entscheidenden Mitwirkung des Ministerrates noch entscheidende demokratische Defizite aus. Auch diese könnten jedoch in der Zukunft beseitigt werden. Dann besteht aber jedenfalls kein grundsätzliches demokratietheoretisches Problem, sondern nur die derzeitige Ausgestaltung ist reformbedürftig.

485 Siehe dazu noch unten 6. Kapitel C. III.

486 BVerfGE 89, 155, 184 ff.

487 BVerfGE 123, 267, 364.

488 BVerfGE 113, 273, 301; vgl. auch BVerfGE 123, 267, 368: „eigenständige zusätzliche Quelle für demokratische Legitimation“.

489 BVerfGE 123, 267, 364.

Legitimation der EU bestätigt, sieht dabei aber die Hauptquelle weiterhin bei den Mitgliedstaaten verortet. Dies wird von Kritikern als Inkonsistenz der Entscheidung bezeichnet, da das Gericht einerseits das Vorhandensein eines europäischen *Demos* ablehne, andererseits aber die doppelte demokratische Legitimation anerkenne.<sup>490</sup>

#### IV. Probleme einer zentralen strafrechtsbezogenen Kompetenz der EU

##### 1. „Souveräne Staatlichkeit“ als Integrationssschranke im Hinblick auf das Strafrecht im Urteil des BVerfG zum Vertrag von Lissabon

In seinem Urteil zum Vertrag von Lissabon stellt das BVerfG fest, dass die „souveräne Staatlichkeit“ der Bundesrepublik Deutschland unaufgebbar sei<sup>491</sup> und leitete dieses Gebot aus Art. 20 Abs. 1 GG in Verbindung mit Art. 79 Abs. 3 GG her. Auch wenn in der Literatur bereits diese Prämisse aus verfassungssystematischen Gründen bezweifelt wird,<sup>492</sup> etwa unter Verweis auf die Integrationsoffenheit des Grundgesetzes oder durch Auslegung der entsprechenden Bestimmungen, welche die Wahrung der Staatlichkeit per se gar nicht forderten, so ist für diese Arbeit insbesondere interessant, welche Konsequenzen eine solche Integrationsgrenze für die Strafrechtskompetenz hätte. Letztlich lässt sich der Forderung eine doppelte Komponente entnehmen: Die Bundesrepublik darf einerseits ihre „Souveränität“ nicht verlieren, andererseits aber auch nicht ihre „Staatlichkeit“.<sup>493</sup> Gerade im Hinblick auf letzteren Aspekt definierte das Gericht einen Kernbereich staatlicher Kompetenzen, die nicht auf die EU übertragen werden könne und zählte dabei gerade auch Gewaltmonopol und Strafrecht auf.<sup>494</sup>

##### a) Der vielschichtige Begriff „Souveränität“

Die EU bildet ein bündisches System, in welchem Hoheitsrechte auf verschiedenen Ebenen ausgeübt werden. Während in Bundesstaaten die Diskussion um den Sitz der Souveränität inzwischen deutlich leiser geworden ist und keine große praktische Relevanz mehr hat,<sup>495</sup> ist sie in der EU seit der Mitte der 1990er Jahre mit Vehemenz wieder aufgegriffen worden. Aus deutscher Sicht hat ihr die Entscheidung des BVerfG zum Vertrag von Lissabon einen zwischenzeitlichen Höhepunkt

490 F. Meyer, *Demokratieprinzip*, S. 60 ff.

491 BVerfGE 123, 267, 343.

492 So etwa statt Vieler Böse, ZIS 2010, 76, 80; v. Bogdandy, NJW 2010, 1, 2 f.; Nicolaysen, *EuR-Beiheft* 2010, 9, 18.

493 Diese Unterscheidung hinsichtlich der „souveränen Staatlichkeit“ als Integrationsgrenze nimmt Möllers, *Staat als Argument*, S. 389 ff., vor, wengleich noch vor Erlass des Lissabon-Urteils.

494 BVerfGE 123, 267, 358; siehe dazu noch unten 2. Kapitel C. IV. 2. a) und b).

495 Siehe dazu oben 2. Kapitel B. IV.

beschert. Das Gericht hat dort die EU erneut als Staatenverbund eingestuft und diesen Begriff dahingehend präzisiert, dass es sich um einen Bund souverän bleibender Staaten handle.<sup>496</sup>

Dieser Rekurs auf die „Souveränität“ ist misslich, denn dadurch wird ein Begriff verwendet, der so vom jeweiligen Vorverständnis geprägt ist, dass er eine einheitliche Lösung nicht erwarten lässt.<sup>497</sup> Wer über Souveränität reden will, muss vielmehr einen unermesslichen Fundus an Begriffsverständnissen verarbeiten, der angehäuft wurde, seit *Bodin*<sup>498</sup> den Begriff nachhaltig in die Philosophie und Staatstheorie eingeführt hat. Will man sich der Debatte nähern, so muss man daher feststellen, dass es fast vermessen ist, überhaupt den Versuch zu wagen, die vielen Ansichten auch nur zusammenzufassen. Dies ist Stoff für eigenständige Monografien<sup>499</sup> und der geneigte Leser mag es dieser Arbeit verzeihen, dass sie, ihrem Schwerpunkt geschuldet, das Thema nur in der gebotenen Kürze und nur mit dem Fixpunkt der Schranke für strafrechtliche Kompetenzen aufgreifen kann.

Für *Bodin*, der den Begriff nachhaltig in die politische Sprache eingebracht hat, bedeutete Souveränität höchste Befehlsgewalt.<sup>500</sup> Als ihr Hauptmerkmal identifizierte er die Macht, Gesetze zu erlassen und aufzuheben.<sup>501</sup> Traditionell werden eine innere und eine äußere Komponente der Souveränität unterschieden.<sup>502</sup> Während die innere Komponente die Befehlsgewalt im Staat und dabei insbesondere das Gewaltmonopol des Staates, der unter Ausschluss der privaten Fehde alleine Frieden und Sicherheit der Bürgerinnen und Bürger gewährleistet, sowie die Gesetzgebungsbefugnis betrifft, wird die äußere Souveränität durch die Autonomie von fremdem Willen, also von anderen Souveränen, bestimmt.<sup>503</sup> *Bodin* bezog Souveränität jedoch noch auf die Person des Herrschers, sodass die Souveränität des Staates und die Trägerschaft derselben im Staat zusammenfielen.<sup>504</sup> Für *Bodin*, der sein Werk 1576 unter dem Eindruck des konfessionellen Bürgerkrieges geschrieben und veröffentlicht hatte, ging es insbesondere darum, durch eine einzige, einheit-

496 BVerfGE 123, 267, 348.

497 Zur Unschärfe des Begriffes *Hillgruber*, HStR II, 3. Aufl. 2004, § 32 Rn. 46; *Randelzhofer*, HStR II, 3. Aufl. 2004, § 17 Rn. 1 ff.; *Wendel*, Permeabilität, S. 75.

498 *Bodin* (1576), Buch I, 8. Kap., S. 122, Reclam-Ausgabe, S. 19; zu dessen klassischem Begriff siehe *Scupin*, Der Staat 4 (1965), 1.

499 Vgl. z.B. statt Vieler nur die ausführlichen Darstellungen von *Grimm*, Souveränität, passim; *Haltern*, Souveränität, passim; *Quaritsch*, Souveränität, passim; *Schliesky*, Souveränität und Legitimität, passim; aber auch die kürzeren Abhandlungen zur Souveränität in der EU bei *Grimm*, Souveränität, S. 88 ff.; 99 ff.; *ders.*, Zukunft der Verfassung II, S. 275 ff.; *Hillgruber*, HStR II, 3. Aufl. 2004, § 32 Rn. 78 ff.; *F. Meyer*, Demokratieprinzip, S. 39 ff.; vgl. ferner die umfassende Darstellung der verschiedenen Lesarten des Begriffes insbesondere auch in den Mitgliedstaaten der EU *Wendel*, Permeabilität, S. 75 ff.

500 *Bodin* (1576), Buch I, 8. Kap., S. 122 ff., Reclam-Ausgabe, S. 19 ff.

501 *Bodin* (1576), Buch I, 8. Kap., S. 141, Reclam-Ausgabe, S. 31 f., Buch I, 10. Kap., S. 223, Reclam-Ausgabe, S. 43.

502 *Fleiner/Basta Fleiner*, S. 325; *Hillgruber*, HStR II, 3. Aufl. 2004, § 32 Rn. 53 ff.; *Ipsen*, Völkerrecht, § 5 Rn. 7; *Peters*, S. 127; *Randelzhofer*, HStR II, 3. Aufl. 2004, § 17 Rn. 23; *Wendel*, Permeabilität, S. 78.

503 *Randelzhofer*, HStR II, 3. Aufl. 2004, § 17 Rn. 8.

504 *Randelzhofer*, HStR II, 3. Aufl. 2004, § 17 Rn. 17.

liche, ungeteilte und höchste Befehlsgewalt für Frieden zu sorgen.<sup>505</sup> Der Souverän als oberster Richter, v.a. aber als Gesetzgeber, sollte gegenüber den konfessionell geprägten Fraktionen die Letztentscheidungsgewalt haben und damit Konflikte beilegen können. Souveränität war eine auf das Territorium bezogene einzige und einheitliche Gewalt.<sup>506</sup>

Seitdem wird die Diskussion auf den verschiedensten Ebenen fortgesetzt. Weil insbesondere eine Unteilbarkeit der Souveränität, wie *Bodin* sie behauptet hatte,<sup>507</sup> gerade im Hinblick auf die durch unterschiedliche Ebenen und Organe wahrgenommenen Hoheitsrechte äußerst fraglich erscheint und kaum zum gewaltenteiligen Verfassungsstaat passt,<sup>508</sup> der eben nicht in der Form der Parlamentsouveränität<sup>509</sup> aufgebaut ist, wurden unterschiedliche Versuche unternommen, um die Souveränität als höchste und ungeteilte Macht durch immer weiter gehende Abstraktion zu erhalten. Es ging dabei in der Folge insbesondere um die Frage der Trägerschaft derselben. Denn für den Inhaber der Souveränität können im gewaltenteiligen Staat seine Organe tätig werden,<sup>510</sup> sodass diese Organe die Souveränitätsrechte nur für ihren eigentlichen Träger ausüben.<sup>511</sup> Wer aber ist Inhaber der Souveränität: der Monarch, die Nation, das Volk oder etwa der Staat? Oder ist es gar die Rechtsordnung?<sup>512</sup>

Unter dem Schlagwort der Volkssouveränität wurde die Souveränitätsfrage insbesondere als solche der Legitimität von Staatsgewalt behandelt,<sup>513</sup> welche in den Vertragstheorien z.B. von *Hobbes*, *Locke*, *Pufendorf* oder *Rousseau* nur durch das Volk hergestellt werden kann, welches sich einen Gesellschaftsvertrag gibt.<sup>514</sup> Nicht mehr aus göttlichem Recht, sondern vom Volk leitet sich Souveränität seither ab. Das Volk setzt die Rechtsordnung in Geltung, wobei es die Ausübung der Herrschaft per Vertrag einem bestimmten Organ einräumt. Souveränität und Legitimität der Hoheitsgewalt hängen daher seit der gesellschaftsvertraglichen Begründung von Herrschaft eng zusammen.<sup>515</sup> Es dürfte jedoch als allgemein anerkannt gelten, dass das Volk im politischen Tagesgeschäft nicht handlungsfähig ist und deshalb Hoheitsgewalt zur Ausübung öffentlichen Hoheitsträgern übertragen muss, also

505 Vgl. *Grimm*, Souveränität, S. 20 ff.; *Wendel*, Permeabilität, S. 77.

506 Siehe bereits oben 2. Kapitel B. IV. im Hinblick auf die Diskussion im Bundesstaat.

507 *Bodin* (1576), Buch II, 1. Kap., S. 254, Reclam-Ausgabe, S. 49.

508 *Grimm*, Souveränität, S. 71; *Kriele*, S. 101 ff.

509 Vgl. zur Doktrin der Parlamentsouveränität bereits oben 2. Kapitel A. sowie noch unten 3. Kapitel D. I.

510 *Kriele*, S. 103.

511 *Grimm*, Souveränität, S. 72.

512 So etwa *Kelsen*, Allg. Staatslehre (1925; Neuaufl. 1993), S. 109, 198 ff.; siehe bereits oben 2. Kapitel B. IV.

513 Dazu *Grimm*, Souveränität, S. 35 ff.; *F. Meyer*, Strafrechtsgenese, S. 657.

514 Dabei bestehen zwischen diesen Theorien im Einzelnen gewichtige Unterschiede, die hier nicht näher erläutert werden können.

515 *F. Meyer*, Strafrechtsgenese, S. 657; *Oeter*, ZaöRV 55 (1995), 659; *ders.*, in: v. Bogdandy/Bast, S. 97.

Stellvertretern des Volkes oder „agents of the people“, wie *Madison*<sup>516</sup> es nannte, was im modernen Verfassungsstaat regelmäßig durch den Akt der Verfassungsgebung geschieht, in dem das Volk als *pouvoir constituant* auftritt.<sup>517</sup> Somit fallen ursprüngliche Trägerschaft und Ausübung der Souveränitätsrechte im Verfassungsstaat auseinander.<sup>518</sup>

Jedoch ist auch beim Terminus Volkssouveränität Vorsicht geboten. Für die klassische Staatstheorie erschöpft sich die Volkssouveränität in der Verfassungsgebung.<sup>519</sup> Insgesamt wird Souveränität im Verfassungsstaat teilweise nur als Akt der Verfassungsgebung aufgefasst,<sup>520</sup> durch welchen die Rechtsordnung in Geltung gesetzt wird, während andere damit konkrete Hoheitsrechte, insbesondere die Gesetzgebung, meinen.<sup>521</sup> Insbesondere in der Politikwissenschaft bildet der Begriff häufig ein Synonym für die Selbstgesetzgebung.<sup>522</sup>

Im deutschen Rechtskreis wurde in der sich u.a. auf *Hegel* begründenden Staatstheorie die Souveränität entpersonalisiert und v.a. im Deutschen Reich nur noch dem Staat als juristischer Person zugeschrieben.<sup>523</sup> Die Perspektive der Staatssouveränität bestimmt aber zumindest begrifflich auch heute noch den Staatenverkehr im Völkerrecht.<sup>524</sup> Dieses geht weiterhin von der Existenz souveräner Staaten als Völkerrechtssubjekte aus, die autonome Herrschaft über ihr jeweiliges Territorium ausüben und nach dem Prinzip der souveränen Gleichheit der Staaten in Art. 2 Nr. 1 der Charta der Vereinten Nationen einander gleichgestellt sind.<sup>525</sup> Äußere Souveränität bedeutet dort Völkerrechtsunmittelbarkeit und Autonomie gegenüber anderen Staaten.<sup>526</sup> Jeder Staat als territoriale Einheit gebietet idealtypisch in Allzuständigkeit souverän über sein eigenes Staatsgebiet, in dem nur er alleine Hoheitsakte vornimmt, ohne dass ihm andere Staaten Vorschriften machen können.<sup>527</sup> Die Forderung nach der Wahrung der nationalen Souveränität ist daher regelmäßig Folge einer Furcht vor Fremdbestimmung.<sup>528</sup> Die Ordnung der souve-

516 *Madison*, The Federalist No. 46; vgl. dazu auch *Brunhöber*, S. 141; *Pernice*, EuR 1996, 27, 31.

517 *Grimm*, Souveränität, S. 35 ff., 69 ff.; *Hillgruber*, HStR II, 3. Aufl. 2004, § 32 Rn. 51; *Kriele*, S. 103; *F. Meyer*, Demokratieprinzip, S. 88; *ders.*, Strafrechtsgenese, S. 696; *Oeter*, ZaöRV 55 (1995), 659, 671; *ders.*, in: v. Bogdandy/Bast, S. 90; *Peters*, S. 146.

518 *Grimm*, Souveränität, S. 72.

519 *Grimm*, Souveränität, S. 72; *Hillgruber*, HStR II, 3. Aufl. 2004, § 32 Rn. 51; *Kriele*, S. 103; vgl. auch *F. Meyer*, Strafrechtsgenese, S. 657.

520 *Grimm*, Souveränität, S. 72.

521 So etwa *Calliess*, in: *Calliess/Ruffert*, Art. 1 EUV Rn. 37, im Hinblick auf die EU.

522 *Maus*, Blätter für deutsche und internationale Politik 2005, 829, 834, setzt Volkssouveränität mit Gesetzgebung gleich; vgl. ferner v. *Komorowski*, S. 60.

523 *Hegel* (1820), §§ 277, 278; dazu *Grimm*, Souveränität, S. 51 ff.; *Oeter*, ZaöRV 55 (1995), 659, 672; *Randelzhofer*, HStR II, 3. Aufl. 2004, § 17 Rn. 20 ff.; *Stolleis*, Geschichte des öff. Rechts Bd. II, S. 106 ff.

524 *Herdegen*, Völkerrecht, § 28 Rn. 1; *Hillgruber*, HStR II, 3. Aufl. 2004, § 32 Rn. 68; *Ipsen*, Völkerrecht, § 5 Rn. 7; *Randelzhofer*, HStR II, 3. Aufl. 2004, § 17 Rn. 10 ff., 25 ff.

525 Vgl. *Fleiner/Basta Fleiner*, S. 328; *Grimm*, Souveränität, S. 118; *Herdegen*, Völkerrecht, § 28 Rn. 1; *Randelzhofer*, HStR II, 3. Aufl. 2004, § 17 Rn. 12.

526 *Ipsen*, Völkerrecht, § 5 Rn. 7; *Randelzhofer*, HStR II, 3. Aufl. 2004, § 17 Rn. 25.

527 *Randelzhofer*, HStR II, 3. Aufl. 2004, § 17 Rn. 28.

528 *Oeter*, ZaöRV 55 (1995), 659.

ränen Territorialstaaten, die im Westfälischen Frieden angelegt wurde, ging davon aus, dass jeder Staat auch tatsächlich völlig autark entscheiden kann und fremdem Willen in keiner Form unterworfen ist.<sup>529</sup> Im Völkerrecht stehen sich demnach autonome Staaten gegenüber, die zwar Verträge schließen können, ihre Souveränität dadurch jedoch formal nicht verlieren.<sup>530</sup> Denn sie können zwar vertraglich und freiwillig Hoheitsgewalt übertragen, aber – zumindest theoretisch – auch wieder an sich ziehen.<sup>531</sup>

Es darf schließlich nicht außer Acht gelassen werden, dass der Begriff „Souveränität“ schon seit jeher (auch) als politischer „Kampfbegriff“<sup>532</sup> verwendet wurde und eine hohe symbolische Bedeutung hat.<sup>533</sup> Kompetenzen bilden die Voraussetzung von Macht,<sup>534</sup> und daher geht es nicht zuletzt auch in der EU um die Frage der Verteilung derselben. Souveränität wird dabei als politisches Argument verwendet, um nationalstaatliche Kompetenzen zu verteidigen<sup>535</sup> und könnte somit auch schlichtweg als politisches Statement im Ringen um die Herrschaft verstanden werden.<sup>536</sup>

### b) Relativierung der souveränen Staatlichkeit

Trifft jedoch die Annahme einer uneingeschränkten Herrschaft über das eigene Territorium heute überhaupt noch zu? Die Ausgangslage des souveränen Nationalstaates hat sich durch verschiedene Faktoren nämlich entscheidend gewandelt.<sup>537</sup> Eine Souveränität des Staates in dem Sinne, dass er nicht nur formal-rechtlich über eine Kompetenz verfügt, sondern auch bei politisch-realistischer Betrachtung sämtliche Sachverhalte tatsächlich noch eigenständig regeln könnte und dabei unabhängig von anderen Akteuren wäre, besteht heute in vielen Bereichen nicht mehr.<sup>538</sup> Man kommt nicht umhin, zu konstatieren, dass Globalisierung der Wirtschaft, offene Grenzen, Umweltprobleme, aber auch transnationale Kriminalität dazu geführt haben, dass viele Probleme sich nicht mehr „souverän“ im Alleingang

529 Siehe dazu noch unten 3. Kapitel A. I. 2. a).

530 Hillgruber, HStR II, 3. Aufl. 2004, § 32 Rn. 66; Randelzhofer, HStR II, 3. Aufl. 2004, § 17 Rn. 26.

531 Hillgruber, HStR II, 3. Aufl. 2004, § 32 Rn. 63, 66; Randelzhofer, HStR II, 3. Aufl. 2004, § 17 Rn. 26; kritisch Peters, S. 136 f.

532 Randelzhofer, HStR II, 3. Aufl. 2004, § 17 Rn. 3; Schliesky, S. 95; Wendel, Permeabilität, S. 76.

533 Dazu Haltern, Souveränität, S. 116 f.; F. Meyer, Demokratieprinzip, S. 93 f.; ders., Strafrechtsgenese, S. 681 ff.

534 Nettesheim, in: v. Bogdandy/Bast, S. 390.

535 Grimm, Zukunft der Verfassung II, S. 276 f.

536 So schon Kelsen, Allg. Staatslehre (1925; Neuauf. 1993), S. 113 ff.

537 Dazu Grimm, Souveränität, S. 104 ff.; Habermas, Die postnationale Konstellation, S. 107 ff.; Herdengen, Völkerrecht, § 28 Rn. 3 ff.; Kokott, ZaöRV 64 (2004), 517, 521 ff.; F. Meyer, Strafrechtsgenese, S. 646 ff.; Peters, S. 130 ff.

538 Daher plädiert Peters, S. 127 ff., für eine Kombination der legalistischen Sichtweise der Kompetenzhoheit mit Elementen der tatsächlichen Durchsetzbarkeit. Randelzhofer, HStR II, 3. Aufl. 2004, § 17 Rn. 31, konstatiert, die Souveränität bewege sich „auf der Grenze zwischen Recht und Wirklichkeit“.

lösen lassen und auch schon lange nicht mehr alleine behandelt werden.<sup>539</sup> Der Staat kann daher die Selbstbestimmung seiner Bürgerinnen und Bürger nicht mehr in allen Feldern alleine gewährleisten. Folglich lässt sich bei politisch-realistischer Betrachtung die Betonung einer rigiden staatlichen Souveränität kaum durchhalten. Die staatliche Souveränität mag zwar rein formal erhalten geblieben sein, mit der tatsächlichen Wirkmacht deckt sie sich freilich nicht mehr.<sup>540</sup> Der Staat hat heute andere Aufgaben zu bewältigen als der Nationalstaat alter Prägung und kann dies im Zeitalter der Globalisierung zumindest in bestimmten Bereichen nur im supranationalen Verbund mit anderen tun.<sup>541</sup> Auch demokratische Selbstbestimmung erfordert nach dem hier zu Grunde gelegten Verständnis schließlich die Fähigkeit zur Problemlösung.<sup>542</sup>

Dieser Betrachtung der realpolitischen Verhältnisse wird jedoch entgegen gehalten, dass es sich bei der Souveränität um einen Rechtsbegriff handle.<sup>543</sup> Bei einer legalistischen Perspektive, welche die Souveränität rein formal als Kompetenzhoheit und Letztentscheidungsbefugnis unabhängig vom Einfluss anderer Hoheitsgewalten und von der Fähigkeit und Macht, tatsächlich etwas bewirken zu können, beurteilt, lasse sich daher an der (völkerrechtlichen) Souveränität der Staaten festhalten.<sup>544</sup>

Der Staat ist jedoch inzwischen vielfach auch rechtlich gebunden. Er ist in Interdependenz mit anderen Staaten getreten und muss kooperieren, dabei seine territoriale Beschränktheit aufgeben und sich öffnen, auf der anderen Seite aber Entscheidungen anderer Instanzen auf seinem Hoheitsgebiet akzeptieren. Art. 23 Abs. 1 GG öffnet den deutschen Staat verfassungsmäßig, sodass Hoheitsakte der EU auf dem Territorium der Mitgliedstaaten unmittelbare Wirkung entfalten und sogar das Recht derselben im Wege eines „Anwendungsvorranges“<sup>545</sup> verdrängen.<sup>546</sup> Die Mitgliedstaaten sind keineswegs mehr völlig unabhängig von fremdem Willen, sofern sie dies überhaupt jemals waren,<sup>547</sup> sondern müssen sich in bestimmten Feldern der EU unterordnen. Die Rechtsakte der Union wirken unmit-

539 *Habermas*, Die postnationale Konstellation, S. 107; *Kokott*, ZaöRV 64 (2004), 517, 521 ff.; *Peters*, S. 130 ff.

540 *Habermas*, Die postnationale Konstellation, S. 107 f.; *Peters*, S. 137, attestiert ihr daher nur noch einen „fiktiven Charakter“.

541 *Terhechte*, EuR-Beiheft 2010, 135, 138.

542 *Zürn*, S. 233; siehe oben 2. Kapitel C. III. 2. a).

543 *Hillgruber*, HStR II, 3. Aufl. 2004, § 32 Rn. 48.

544 So etwa *Hillgruber*, HStR II, 3. Aufl. 2004, § 32 Rn. 48; *Randelzhofer*, HStR II, 3. Aufl. 2004, § 17 Rn. 33; wohl auch *Kokott*, AöR 119 (1994), 207, 232 f. – kritisch zu dieser Perspektive *Peters*, S. 136 f.

545 EuGH Slg. 1968, 359, 373 – *Lüch* (Rs. 34/67); ferner BVerfGE 126, 286, 301; *Ambos*, Intern. Strafrecht, § 11 Rn. 41; v. *Damwitz*, in: Dausas, 34. EL 2013, B. II. Rn. 7; *Hecker*, Europ. Strafrecht, § 9 Rn. 8 f.; *Herdagen*, Europarecht, § 10 Rn. 3; *Nettesheim*, in: Oppermann/Classen/Nettesheim, § 10 Rn. 32 ff.; *Ruffert*, in: Calliess/Ruffert, Art. 1 AEUV Rn. 18; *Satzger*, Europäisierung, S. 53 ff.; *ders.*, in: Sieber/Brüner/Satzger/v. Heintschel-Heinegg, § 1 Rn. 8, § 9 Rn. 39.

546 Siehe dazu ausführlich unten 4. Kapitel C. II. 1.

547 Diesbezüglich zu Recht skeptisch auch *Hillgruber*, HStR II, 3. Aufl. 2004, § 32 Rn. 48; *Satzger*, Europäisierung, S. 158.

telbar in den Mitgliedstaaten, sodass die EU eigenständige Hoheitsgewalt auf deren Staatsgebiet ausübt, welche nicht nur die Staaten, sondern die Bürgerinnen und Bürger selbst als Adressaten hat. Eine alleinige Herrschaft der Staaten über ihr Territorium – im Sinne klassischen Völkerrechts und klassischer Souveränität als absoluter und exklusiver Hoheit über das Staatsgebiet – besteht in diesem Sinne also nicht mehr, sondern die Gebietshoheit ist teilweise der EU überlassen.<sup>548</sup> Der EuGH erklärte schon früh, die Mitgliedstaaten hätten ihre Souveränitätsrechte in ihrem Staatsgebiet zu Gunsten der EG/EU beschränkt.<sup>549</sup> Ein ähnliches Verständnis findet sich in vielen Mitgliedstaaten, in deren Verfassungen häufig von „Souveränitätsbeschränkungen“ die Rede ist.<sup>550</sup>

Hier haben manche in der Vergangenheit bereits das Bild vom „Souveränitätspanzer“ bemüht, der in früheren Zeiten den Staat nach außen abgeschirmt habe, nun aber löchrig geworden sei.<sup>551</sup> Soll eine „normative Permeabilität“<sup>552</sup> gewährleistet sein, muss der rechtliche Absolutheitsanspruch der Staaten zurücktreten. Zur Erfassung dieses Phänomens dient u.a. das Konzept vom „offenen Staat“.<sup>553</sup> Es entsteht ein politisches Mehrebenensystem, in dem Recht auf unterschiedlichen Ebenen autonom gesetzt wird. Der Staat ist daher keineswegs mehr alleine souveräner Gesetzgeber auf seinem Territorium, sondern nur noch in den ihm verbliebenen Bereichen. Wer heute noch eine Alleinzuständigkeit des Staates in seinem Staatsgebiet, also eine exklusive Gebietshoheit, im Sinne der Weltordnung des Westfälischen Friedens fordert, wird feststellen, dass es diese insbesondere in der EU – zumindest auf der Ebene der Ausübung von Hoheitsrechten<sup>554</sup> – realiter nicht (mehr) gibt.<sup>555</sup> Denn hier ist eine autonome Rechtsordnung entstanden und die Organe der EU üben eine eigenständige Hoheitsgewalt auf dem Gebiet der Mitgliedstaaten aus.

548 *Zuleeg*, NJW 2000, 2846, 2851; vgl. auch *ders.*, in: Sieber, Europäische Einigung, S. 42; ferner *Tiedemann*, ZStW 116 (2004), 945, 956. *Mestmäcker*, EuR-Beiheft 2010, 35, weist darauf hin, dass die europäische Einigung die Konflikte, die aus dem Berufen auf die eigene Souveränität entstehen, gerade vermeiden wolle.

549 EuGH Slg. 1964, 1253, 1269 – *Costa/ENEL* (Rs. 6/64).

550 Vgl. den Überblick bei *Nicolaysen*, EuR-Beiheft 2010, 9, 20; zur Bedeutung der Souveränität im Verfassungsrecht der einzelnen Mitgliedstaaten *Wendel*, Permeabilität, S. 92 ff.

551 *Tomuschat*, in: Bonner Kommentar, Art. 24, 42. EL (Zweitbearbeitung) 1981, Rn. 8 ff.; vgl. auch: *Wendel*, Permeabilität, S. 98; ferner *Deutscher*, S. 391.

552 *Wendel*, Permeabilität, S. 98.

553 Vgl. dazu *Calliess*, HStR IV, § 83 Rn. 4; *Di Fabio*, Das Recht offener Staaten, passim; *Wahl*, JuS 2003, 1145; vgl. auch *Heger*, Europäisierung des Umweltstrafrechts, S. 18.

554 Eine Souveränität der Mitgliedstaaten lässt sich daher wohl nur annehmen, wenn man diese auf einer tiefer liegenden Ebene verortet, nämlich bei der Entscheidung über die Mitgliedschaft in der EU; genau dies ist der Ansatz der Auffassung, welche den Fortbestand mitgliedstaatlicher Souveränität annimmt; siehe dazu sogleich 2. Kapitel C. IV. 1. d).

555 *Fleiner/Basta Fleiner*, S. 326; *Grimm*, Zukunft der Verfassung II, S. 279; so auch *Wesel*, S. 667, beim Vergleich der EU mit dem Deutschen Bund.

Will man am Begriff Souveränität festhalten, so muss man ihn daher modifizieren.<sup>556</sup> Dies ist auch in den vergangenen Jahrhunderten stets geschehen, denn Souveränität ist ein dynamisches Konzept, das den Verhältnissen angepasst werden muss, um sie überhaupt noch beschreiben zu können.<sup>557</sup> Überspitzt könnte man sogar formulieren: Sie ist eine politische Forderung, die noch nicht einmal zu den Zeiten *Bodins* real umgesetzt war.<sup>558</sup> Das BVerfG hat diese Hintergründe erkannt und ein progressives Konzept der Souveränität vorgestellt, in dem nicht ein Antagonismus, sondern ein Miteinander, ein Zusammenspiel der Staaten, betont wird.<sup>559</sup> Souveränität ist danach heute keine schrankenlose höchste Gewalt, sondern eine durch Völker- und Verfassungsrecht beschränkte Macht,<sup>560</sup> eine „völkerrechtlich geordnete und gebundene Freiheit“<sup>561</sup>. Tatsächlich erlangt der Staat seine Problemlösungsfähigkeit im transnationalen Bereich erst dadurch zurück, dass er sich einbringt und Hoheitsrechte auf supranationale Einrichtungen überträgt.<sup>562</sup> Schon an dieser Stelle kann man der Behauptung eines Souveränitätsverlustes also entgegen halten, dass die Wahrnehmung bestimmter Hoheitsrechte durch die EU vielmehr als ein Zugewinn an Handlungsfähigkeit zu verstehen ist.<sup>563</sup>

Daher wäre es eine verkürzte Sicht, wenn man schlichtweg sagte, der Staat verlore an Souveränität, wenn er Teile seiner Gebietshoheit der EU überlässt. Denn er erlangt dadurch eine Beteiligung an „supranationaler Souveränität“<sup>564</sup>. Souveräne Staatlichkeit ist heute relativ<sup>565</sup> und in vielen Fällen überhaupt nur noch dadurch zu erhalten, dass sie mit der Souveränität anderer Staaten zusammengeführt wird. In dieser Hinsicht beinhaltet sie jedoch das Versprechen, dass keine Hoheitsrechte ohne die Beteiligung des betroffenen Staates, d.h. ohne demokratische Mitwirkung

556 *Grimm*, Souveränität, S. 100; vgl. zum (durch die EU) gewandelten Verständnis im Völkerrecht *Herdegen*, Völkerrecht, § 28 Rn. 7.

557 *Grimm*, Souveränität, S. 100; *F. Meyer*, Strafrechtsgenese, S. 659.

558 *Grimm*, Souveränität, S. 26; *ders.*, Zukunft der Verfassung II, S. 280.

559 BVerfGE 123, 267, 346; vgl. auch *Herdegen*, Völkerrecht, § 1 Rn. 17; *Randelzhofer*, HStR II, 3. Aufl. 2004, § 17 Rn. 23.

560 *Randelzhofer*, HStR II, 3. Aufl. 2004, § 17 Rn. 23.

561 BVerfGE 123, 267, 346; dabei bediente das Gericht sich jedoch einer Definition, die *v. Martitz*, Internationale Rechtshilfe in Strafsachen, Abtheilung I, S. 416, schon im Jahr 1888 gebraucht hatte; vgl. auch *Braum*, ZIS 2009, 418, 422.

562 Vgl. BVerfGE 123, 267, 345; *Habermas*, Zur Verfassung Europas, S. 50; *Herdegen*, Völkerrecht, § 28 Rn. 7; vgl. auch *Terhechte*, EuR-Beiheft 2010, 135, 138.

563 *Herdegen*, Völkerrecht, § 28 Rn. 7; *Pernice*, AöR 136 (2011), 185, 207; *Peters*, S. 147; vgl. auch *Zu-leeg*, NJW 2000, 2846, 2851.

564 Vgl. etwa das tschechische Verfassungsgericht im Urteil vom 3.11.2009, Czech Republic Constitutional Court, PL. ÚS 29/09 – *Treaty of Lisbon II*, Rn. 148: „[...] the exchange of part of one's own state sovereignty for a share in a supra-state sovereignty“; zu den verschiedenen Entscheidungen zum Vertrag von Lissabon *Wendel*, EuConst 7 (2011), 96.

565 *Satzger*, Europäisierung, S. 158.

seiner Bürgerinnen und Bürger, ausgeübt und insbesondere keine ihn bindenden Gesetze erlassen werden.<sup>566</sup>

### c) Moderne Konzepte

Tritt der Staat in ein bündisches System ein, sodass eine zentrale Hoheitsebene entsteht, die eine unmittelbare und demokratisch legitimierte Herrschaft auch auf dem Hoheitsgebiet des Staates ausübt, so stellt sich die alte Streitfrage, die schon aus Bundesstaaten bekannt ist:<sup>567</sup> Wird dadurch die Souveränität zwischen den hoheitlichen Ebenen aufgeteilt oder ist sie unteilbar und steht daher nur einem der beiden Teile zu? Die alte Bundesstaatslehre ging, wie dargestellt,<sup>568</sup> von einer geteilten Souveränität aus, sodass jede staatliche Ebene innerhalb der jeweiligen Sphäre souverän ist. Auf demselben Hoheitsgebiet wirken verschiedene Gewalten und üben jeweils eine eigenständige Herrschaft aus, sodass keine exklusive Gebietshoheit besteht bzw. eben nur innerhalb der jeweiligen Sphäre. Souveränität bedeutet demnach ein Zuhöchstsein innerhalb des eigenen Kompetenzbereiches.

Ähnliche Formulierungen finden sich auch beim U.S. Supreme Court hinsichtlich der Abgrenzung der Sphären von Bund und Gliedstaaten.<sup>569</sup> Zwar weist die EU noch Unterschiede zum Staat auf,<sup>570</sup> jedoch wird von vielen heute dieses alte bundesstaatliche Konzept der geteilten Souveränität revitalisiert.<sup>571</sup> Damals wie heute steht dabei für die meisten Vertreter dieser Ansicht die Volkssouveränität als demokratische Legitimation im Mittelpunkt, welche als Voraussetzung der Teilbarkeitsthese aber eben nicht nur im Nationalstaat, sondern auch im „Volk“ der EU als Gesamtheit der Bürgerinnen und Bürger verortet wird.

Das Hauptargument dieser Ansicht liegt darin, dass jede Hoheitsgewalt vom Volk stammt, sodass es somit auch keine souveräne Staatlichkeit gibt, die nicht durch Volkssouveränität begründet ist.<sup>572</sup> Da das Volk die Herrschaftsgewalt aber

566 Insoweit besteht *Maus*, *Blätter für deutsche und internationale Politik* 2005, 829, 834, auch darauf, dass Souveränität nicht schlichtweg mit der außenpolitischen Souveränität der Staaten gleichgesetzt werden dürfe, sondern als Volkssouveränität zwingend bedeute, dass dem Volk die Gesetzgebung zukommt.

567 Siehe dazu bereits oben 2. Kapitel B. IV.

568 Oben 2. Kapitel B. IV.

569 Vgl. *Printz v. United States*, 521 U.S. 898, 918 (1997); vgl. auch *F.C. Mayer*, *Kompetenzüberschreitung*, S. 307.

570 Siehe bereits oben 1. Kapitel B. I.

571 So insbesondere *Oeter*, *ZaöRV* 55 (1995), 659, 685; *ders.*, in: v. Bogdandy/Bast, S. 95; vgl. ferner auch *Calliess*, in: *Calliess/Ruffert*, Art. 1 EUV Rn. 37; *ders.*, *HStR* IV, § 83 Rn. 10; *Epiney*, *JURA* 2006, 755; *dies.*, in: *Bieber/Epiney/Haag*, § 2 Rn. 54; *P.M. Huber*, *VVDStrL* 60 (2001), 194, 210; *Jarass*, in: *Jarass/Pieroth*, Art. 23 Rn. 2; *Pernice*, *EuR* 1996, 27, 30 f.; *ders.*, *JZ* 2000, 866, 867; *ders.*, in: *Dreier*, Art. 23 Rn. 22; *Puttler*, *EuR* 2004, 669, 670; vgl. auch *Frowein*, *EuR* 1995, 315, 320: „Teilsouveränitäten“. Dabei ist allerdings zu beachten, dass die Argumente, die zu diesem Ergebnis führen, nicht stets die gleichen sind.

572 *Hobe*, *EuR* 2003, 1, 8; *Oeter*, *ZaöRV* 55 (1995), 659, 674 f.; *ders.*, in: v. Bogdandy/Bast, S. 97; *Peters*, S. 391.

ohnehin verschiedenen Organen zuweise, könne es durchaus auch eine nach Ebenen geteilte Souveränität geben.<sup>573</sup> Auch der Staat verfüge nur über so viel Souveränität, wie das Volk ihm einräume.<sup>574</sup> Wenn auf den Legitimationszusammenhang abgestellt wird, sodass jede Ebene souverän ist, die über eine eigenständige demokratische Legitimation verfügt, so kommt eine geteilte Souveränität durchaus in Betracht.

Denkt man konsequent von den Einzelnen her, welche die Hoheitsgewalt auf verschiedenen Ebenen des politischen Systems konstituieren und demokratisch legitimieren,<sup>575</sup> so sind diese der eigentliche Träger der Souveränität, die als politische Herrschaft auf verschiedenen Handlungsebenen und durch unterschiedliche Organe<sup>576</sup> in dem Maße und Umfang ausgeübt wird, wie sie übertragen wurde. Die Souveränität steht dann als „Bürgersouveränität“<sup>577</sup> den Bürgerinnen und Bürgern zu, die Ausübung der politischen Herrschaft ist jedoch geteilt.<sup>578</sup> *Pernice*<sup>579</sup> konstatiert folgerichtig, die EU sei nicht von der Souveränität der Staaten her zu betrachten, sondern aus der Sicht der Bürgerinnen und Bürger. Konsequenz dieser Ansicht ist es auch, dass sie die EU regelmäßig nicht mehr als bloße völkerrechtlich begründete Staatenverbindung ansieht, sondern als durch eine Verfassung begründete Ordnung.<sup>580</sup>

Ein etwas anderes Verständnis von geteilter Souveränität schwebt *Habermas* vor. Er sieht die Souveränität – als verfassungsgebende bzw. verfassungsändernde Gewalt – als zwischen den Mitgliedstaaten, besser: den Staatsvölkern der Mitgliedstaaten, und den Unionsbürgerinnen und Unionsbürgern als geteilt an.<sup>581</sup> Hierin liege der Unterschied zu einem Verfassungsstaat, bei dem ein einheitliches Staatsvolk sich verfasst. Er räumt indessen ein, dass sich hier letztlich trotzdem nicht zwei getrennte Subjekte gegenüberstehen, sondern dieselben Bürgerinnen und Bürger in unterschiedlicher Funktion.<sup>582</sup> Zu diesem Ergebnis könnte im Übrigen aber auch derjenige gelangen, der (Volks-)Souveränität mit der Ausübung der Gesetzgebung gleichsetzt, da auch diesbezüglich die Bürgerinnen und Bürger in unterschiedlichen Rollen auf verschiedenen Ebenen mitwirken.<sup>583</sup>

573 *Oeter*, ZaöRV 55 (1995), 659, 671; *Pernice*, EuR 1996, 27, 31; *ders.*, in: Dreier, Art. 23 Rn. 22; vgl. dazu auch *Peters*, S. 146; *Wendel*, Permeabilität, S. 100.

574 *Pernice*, EuR 1996, 27, 30.

575 So insbesondere *Pernice*, EuR 1996, 27, 30 f.; *ders.*, in: Dreier, Art. 23 Rn. 22; vgl. auch *Wendel*, Permeabilität, S. 100.

576 *Pernice*, in: Dreier, Art. 23 Rn. 22.

577 *Pernice*, in: Dreier, Art. 23 Rn. 55, schlägt vor, den Terminus „Bürgersouveränität“, anstatt dem der Volkssouveränität zu verwenden.

578 *Pernice*, in: Dreier, Art. 23 Rn. 22.

579 *Pernice*, AöR 136 (2011), 185, 207.

580 Siehe dazu noch unten 2. Kapitel C. IV. 1. f).

581 *Habermas*, Zur Verfassung Europas, S. 66 f.

582 *Habermas*, Zur Verfassung Europas, S. 68; vgl. ferner *v. Bogdandy*, in: *v. Bogdandy/Bast*, S. 64.

583 Vgl. etwa *Calliess*, in: *Calliess/Ruffert*, Art. 1 EUV Rn. 37, der Souveränität nur als Gesetzgebungskompetenz deutet, welche zwischen EU und Mitgliedstaaten aufgeteilt ist.

Neben dem Konzept der Souveränitätsteilung existieren etliche weitere Ansätze, die Souveränität innerhalb der EU zu beschreiben,<sup>584</sup> die hier nicht alle wiedergegeben werden können. So wird etwa, ähnlich wie im Bundesstaat,<sup>585</sup> vertreten, sie sei innerhalb der EU in der „Schwebe“.<sup>586</sup> Andere gehen davon aus, dass die Souveränität der Einzelstaaten durch die Übertragung auf die EU „gepooht“ und dann auf der überstaatlichen Ebene gemeinsam ausgeübt werde.<sup>587</sup> Auch das BVerfG sprach in seiner Entscheidung zum Vertrag von Maastricht noch von einer „gemeinsamen Ausübung der Souveränität“,<sup>588</sup> ging dabei jedoch weiterhin von einer staatszentrierten Perspektive aus.<sup>589</sup>

Daneben steht der Ansatz der „gemeinsamen Souveränität“, den insbesondere *Schliesky*<sup>590</sup> verfolgt. Er bezieht die Souveränität auf die Herrschaftsgewalt.<sup>591</sup> Die Pluralität der Herrschaftsgewalten in der EU werde dadurch aufgelöst, dass EU und Mitgliedstaaten die Souveränität gemeinsam ausüben,<sup>592</sup> sodass die Einheitlichkeit der Souveränität gewahrt bleiben könne und das strittige Kriterium der Teilbarkeit vermieden werde. Gemeinsame Souveränität bezeichne dann „die Eigenschaft einer oder mehrerer Herrschaftsgewalten aus verschiedenen Ursprüngen, die aufgrund rechtlicher Koordinierung in ihrer Wirkungsdimension insgesamt eine Herrschaftsordnung mit einem System von Herrschaftsgewalt hervorbringen, das die Voraussetzungen des Souveränitätsbegriffes – Zuhöchstsein (Suprematie), Einseitigkeit und Einheitlichkeit – gemeinsam erfüllt“<sup>593</sup>.

Schließlich wird jedoch von vielen der Abschied vom Begriff der Souveränität insgesamt propagiert,<sup>594</sup> da er nicht mehr geeignet sei, das moderne Gefüge der Interdependenz der Nationalstaaten zu erklären, in dem Autonomie weitestgehend verloren gegangen ist. In nicht-unitarischen Gebilden sei die Souveränität stets „unentscheidbar oder in der Schwebe“<sup>595</sup>. Stattdessen sei schlicht von (geteilten) Hoheitsrechten zu sprechen, während dahingestellt bleiben könne, ob es sich um eine gemeinsame Ausübung von staatlichen Hoheitsrechten oder um ein echtes

584 Vgl. dazu *Grimm*, Souveränität, S. 99 ff.; *Peters*, S. 144 ff.

585 Siehe bereits oben 2. Kapitel B. IV.

586 So etwa *Frowein*, EuR 1995, 315, 319; *Ipsen*, Europ. Gemeinschaftsrecht, S. 227, 233 – dagegen *Kokott*, AöR 119 (1994), 207, 232 f.

587 Vgl. etwa das tschechische Verfassungsgericht im Urteil vom 3.11.2009, Czech Republic Constitutional Court, PL. ÚS 29/09 – *Treaty of Lisbon II*, Rn. 147; vgl. zur Darstellung dieser Sichtweise auch *Grimm*, Souveränität, S. 111; *F. Meyer*, Demokratieprinzip, S. 87 ff.; *Wendel*, Permeabilität, S. 99 f.

588 BVerfGE 89, 155, 189.

589 *Wendel*, Permeabilität, S. 101.

590 *Schliesky*, S. 507 ff., 529 ff.

591 *Schliesky*, S. 529.

592 *Schliesky*, S. 546.

593 *Schliesky*, S. 546.

594 *Frowein*, EuR 1995, 315, 319; *Ipsen*, HStR VII, 1992, § 181 Rn. 19; *Peters*, S. 148; in diese Richtung auch *F.C. Mayer*, Kompetenzüberschreitung, S. 46; *Wendel*, Permeabilität, S. 99.

595 *F.C. Mayer*, Kompetenzüberschreitung, S. 46.

Nebeneinander getrennter (souveräner) Hoheitsträger im Sinne von geteilter Souveränität handele.<sup>596</sup>

#### d) Der Ansatz des BVerfG

Wird am Begriff der Souveränität festgehalten, die Möglichkeit ihrer Teilbarkeit im föderativen Bund jedoch abgelehnt, so wird folgerichtig danach gefragt, welche Ebene denn nun souverän sei.<sup>597</sup> Die unitarische Sichtweise der Reichsstaatslehre hat, wie dargestellt,<sup>598</sup> den Gedanken der Teilbarkeit der Souveränität unter Berufung auf die klassische Idee von *Bodin* verworfen, musste sich hierzu jedoch von anderen Prämissen des Autors verabschieden.<sup>599</sup> Zum einen wurde die Annahme fallengelassen, dass der Staat durch die souveräne Gewalt definiert wird,<sup>600</sup> sodass es von nun an nach der deutschen Lehre auch nicht-souveräne Staaten geben konnte. Zum anderen muss aber insbesondere zwischen konkreten Hoheitsrechten und Souveränität differenziert werden.<sup>601</sup> Es sollte außer Frage stehen, dass die Hoheitsrechte zwischen EU und Mitgliedstaaten geteilt sind,<sup>602</sup> ebenso wie im Bundesstaat zwischen Bund und Ländern. Setzt man Souveränität mit politischer Herrschaft, autonomer Entscheidungsmacht und konkreten (gegebenenfalls bestimmten) Hoheitsrechten, insbesondere der Gesetzgebung, innerhalb eines Gebietes gleich, so ist sie in der EU in der Tat geteilt.<sup>603</sup>

Wer die Souveränität hingegen formal versteht und auf einer tieferen Stufe ansiedelt, behauptet häufig trotz dieser Aufteilung der Herrschaft und Gebietshoheit eine weiter bestehende ungeteilte Souveränität der Mitgliedstaaten.<sup>604</sup> Konkrete Hoheitsrechte können dann nämlich aus der Souveränität herausgelöst und zur Ausübung anderen Hoheitsträgern eingeräumt werden, ohne dass sie verloren gingen. Per Einzelermächtigung werden der EU bestimmte Befugnisse übertragen, der souveräne Nationalstaat lässt sie dann zwar durch eine andere Ebene ausüben, sodass sich dies sogar als Einbruch in seine Gebietshoheit darstellen kann, bleibt aber der eigentliche Träger der Souveränität, der weiterhin in seinem Staatsgebiet über „virtuelle Allzuständigkeit“<sup>605</sup> verfügt. Auch die Hoheitsgewalt der EU bleibt damit eigentlich originär staatliche Gewalt, welche zwar von einem anderen Ho-

596 Peters, S. 147 f.

597 Siehe zu dieser Sicht bereits oben 2. Kapitel B. IV. sowie unten 3. Kapitel A. I. 2. b).

598 Oben 2. Kapitel B. IV.

599 Grimm, Souveränität, S. 66.

600 *Bodin* (1576), Buch I, 1. Kap., S. 1, Reclam-Ausgabe, S. 8, Buch I, 2. Kap., S. 12, Reclam-Ausgabe, S. 13; vgl. zur Souveränität als Voraussetzung des Staates auch *Fleiner/Basta Fleiner*, S. 322 ff.

601 Grimm, Zukunft der Verfassung II, S. 281 f.

602 Grimm, Zukunft der Verfassung II, S. 281; Peters, S. 147 f.

603 So etwa Calliess, in: Calliess/Ruffert, Art. 1 EUV Rn. 37, in Bezug auf die Gesetzgebung.

604 Grimm, Zukunft der Verfassung II, S. 281; *Randelzhofer*, HStR II, 3. Aufl. 2004, § 17 Rn. 34.

605 Möllers, Staat als Argument, S. 402.

heitsträger ausgeübt wird, letztlich aber doch nur vom Staat abgeleitet ist.<sup>606</sup> „Verfassungsgebende Gewalt“ bleiben daher die Völker der Mitgliedstaaten, die in ihren Staaten verfasst sind.<sup>607</sup> Diese Ansicht steht in der Tradition der alten Reichsstaatslehre, die Souveränität als eine unteilbare höchste Macht, die in jedem politischen System irgendwo angesiedelt sein müsse, angesehen hatte.<sup>608</sup> Die EU wird dabei letztlich nach völkerrechtlichen Maßstäben beurteilt und als Staatenunion angesehen („Staatenverbund“), in welcher sich die Staaten zwar der supranationalen Hoheitsgewalt unterwerfen, dies aber freiwillig und bei formaler Beibehaltung ihrer Souveränität auf vertraglicher Basis tun.<sup>609</sup>

Unter dieser Prämisse gelangen das BVerfG und andere Autoren zu der Ansicht, dass die Mitgliedstaaten weiterhin souverän seien,<sup>610</sup> was sich insbesondere in der (angeblichen) Kompetenz-Kompetenz der Mitgliedstaaten, ihrem Austrittsrecht sowie in der Letztentscheidungskompetenz des BVerfG äußere.<sup>611</sup> Schon die Reichsstaatslehre hatte in der Kompetenz-Kompetenz als Macht, über den Umfang der eigenen Zuständigkeit entscheiden zu können,<sup>612</sup> den eigentlichen Inhalt der Souveränität verstanden.<sup>613</sup> Dass im Rahmen der EU die Kompetenz-Kompetenz bei den Mitgliedstaaten verblieben sei, zeige sich in einer alleinigen Macht zur Änderung der Verträge nach Art. 48 EUV sowie darin, dass sie gemäß Art. 50 EUV ein Recht zum Austritt aus der EU haben.<sup>614</sup>

Auch in der Diskussion im Vereinigten Königreich von Großbritannien und Nordirland findet sich der Ansatz, dass Souveränität nur als ultimative Letztentscheidungskompetenz begriffen wird, als „Letzt-Souveränität“,<sup>615</sup> die etwa dadurch zum Ausdruck komme, dass das Parlament das Gesetz, welches die innerstaatliche Geltung der Hoheitsakte der EU vorschreibt, schlichtweg revidieren und das Vereinigte Königreich aus der EU ausscheiden könne.<sup>616</sup> Das Recht zum Aus-

606 BVerfGE 123, 267, 349.

607 BVerfGE 123, 267, 349.

608 So insbesondere *Laband* (1911; Neuauf. 1997), S. 53 ff.; 63 f.

609 BVerfGE 123, 267, 348; *Hillgruber*, HStR II, 3. Aufl. 2004, § 32 Rn. 79; *Randelzhofer*, HStR II, 3. Aufl. 2004, § 17 Rn. 34.

610 BVerfGE 123, 267, 348: „Vertragsunion souverän bleibender Staaten“; vgl. auch schon BVerfGE 89, 155, 190; ferner *Hillgruber*, HStR II, 3. Aufl. 2004, § 32 Rn. 79 ff.; *Nettesheim*, in: *Oppermann/Classen/Nettesheim*, § 10 Rn. 15; *Randelzhofer*, HStR II, 3. Aufl. 2004, § 17 Rn. 34; *Scholz*, in: *Maunz/Dürig*, 69. EL 2013, Art. 23 Rn. 42; eine Souveränität der EU ablehnend auch *Oppermann*, in: *Oppermann/Classen/Nettesheim*, § 4 Rn. 22; vgl. auch *Murswiek*, *Der Staat* 32 (1993), 161, 169 ff., der aber im Rahmen der europäischen Integration einen gleitenden Übergang der Souveränität im Sinne einer schrittweisen Übertragung auf die EU ausmacht.

611 BVerfGE 89, 155, 192 ff.; 123, 267, 349 f.; vgl. auch *Grimm*, *Zukunft der Verfassung* II, S. 282 f.; ferner *Kokott*, *AöR* 119 (1994), 207, 232 f., für die Souveränität Letztverantwortlichkeit und „Entscheidung im äußersten Konfliktfall“ bedeutet.

612 Vgl. *Jellinek*, *Allg. Staatslehre* (3. Aufl. 1928; Neuauf. 1960), S. 495 f.

613 Siehe dazu bereits oben 2. Kapitel B. IV.

614 *Grimm*, *Zukunft der Verfassung* II, S. 282; *Oppermann*, in: *Oppermann/Classen/Nettesheim*, § 3 Rn. 18; *Randelzhofer*, HStR II, 3. Aufl. 2004, § 17 Rn. 34.

615 *Oppermann*, in: *Oppermann/Classen/Nettesheim*, § 3 Rn. 18.

616 Vgl. etwa *Bradley*, in: *Jowell/Oliver*, S. 54.

tritt belegt auch nach dieser Auffassung also die ultimative Souveränität, während die konkrete Herrschaft, wie etwa die Gesetzgebung, unterschiedlichen Ebenen zustehen kann.

Dieser Ansatz wird vielfach kritisiert. So wird erstens eingewandt, dass auch über den Begriff der Kompetenz-Kompetenz keine vollständige Klarheit herrscht.<sup>617</sup> Zweitens wird darauf hingewiesen, dass dieser Terminus der unitarisch ausgerichteten Reichsstaatslehre entstammt, die den Föderalismus letztlich überwinden wollte, sodass er als hinderlich oder gar gefährlich im Hinblick auf die EU eingestuft wird bzw. im auf Arbeitsteilung angelegten Mehrebenensystem keinen Platz haben soll,<sup>618</sup> weil dieser Hebel eingesetzt werde, um das Mehrebenensystem zu zerstören, entweder von der zentralen Ebene her oder durch die Gliedstaaten. In die gleiche Richtung zielt auch das Argument, dass mit dem Verweis auf das Recht zum Austritt letztlich auf ein Notrecht, also auf den Ausnahmezustand, abgestellt wird, in welchem etwa *Carl Schmitt* schon die Souveränität verortet hatte,<sup>619</sup> während diese stattdessen im legalen Regelzustand beurteilt werden müsse.<sup>620</sup> Drittens wird schon die Verbindung der Kompetenz-Kompetenz mit der Souveränität angezweifelt, da eine verfassungsmäßige Befugnis zur Änderung der Zuständigkeitsverteilung selbst eben nur eine verfasste Kompetenz sei.<sup>621</sup> Mit anderen Worten: Bezeichnet Souveränität die Verfassungsgebung, so ist die in der Verfassung verliehene Kompetenz-Kompetenz auf einer außerhalb der Souveränität liegenden (niedrigeren) Stufe angesiedelt. Auch das Austrittsrecht wird von manchen als einerseits konstitutiv durch den Vertrag selbst geschaffen (also wiederum außerhalb der Souveränität liegend) und andererseits als eher symbolisch eingestuft.<sup>622</sup> Viertens wird vorgetragen, dass selbst eine Kompetenz-Kompetenz dem Staat gar nichts nütze, wenn er sich dadurch in Feldern betätigen wollte, in welchen ihm die faktische Einflussmöglichkeit entglitten ist, sodass das Bild des mit Allmacht und Kompetenz-Kompetenz ausgestatteten Nationalstaates schlichtweg unpassend sei, weil sich staatliche Suprematie gar nicht mehr verwirklichen lasse.<sup>623</sup> Fünftens wird von vielen schließlich das Bestehen einer Kompetenz-Kompetenz der Mitgliedstaaten insgesamt bestritten.<sup>624</sup> Denn das Vertragsänderungsverfahren nach Art. 48 EUV sieht eine Beteiligung des Europäischen Parlaments vor, sodass die Mitgliedstaaten alleine gar nicht für eine Änderung der Kompetenzordnung sorgen können.<sup>625</sup> Aus diesem Grund sieht etwa *Habermas*, wie bereits er-

617 Vgl. dazu *Schliesky*, S. 368 ff.

618 *Oeter*, ZaöRV 55 (1995), 659, 686; vgl. auch *Schliesky*, S. 369.

619 *C. Schmitt*, Politische Theologie, S. 11 ff.; vgl. dazu *Quaritsch*, Der Staat 35 (1996), 1.

620 *Schliesky*, S. 372.

621 *Kriele*, S. 103.

622 *Terhechte*, EuR 2008, 143, 151 f.

623 *Schliesky*, S. 374.

624 Vgl. nur *Pernice*, in: Dreier, Art. 23 Rn. 22.

625 *Pernice*, in: Dreier, Art. 23 Rn. 22.

wähnt,<sup>626</sup> die Souveränität – als verfassungsgebende bzw. verfassungsändernde Gewalt – als zwischen den Mitgliedstaaten, besser: den Staatsvölkern der Mitgliedstaaten, und den Unionsbürgerinnen und Unionsbürgern als geteilt an.<sup>627</sup>

Der Weg über eine europäische Volkssouveränität ist jedoch versperrt, wenn die Existenz eines Volkes auf der Ebene der EU abgelehnt wird.<sup>628</sup> Hier kommt daher der oben<sup>629</sup> bereits ausführlich geschilderte Streit unmittelbar zum Tragen. Denn wer ein organisches Staatsvolk als Träger der Demokratie und Souveränität verlangt und dieses in der EU vergeblich sucht, kann nur in den Mitgliedstaaten den Sitz der Volkssouveränität und der demokratischen Legitimität verorten. Existiert nach dieser Ansicht kein europäisches Volk solcher Prägung und können somit Volkssouveränität und die darauf aufbauende demokratische Legitimation nur im nationalen Mitgliedstaat verwirklicht und dabei nur durch das nationale Parlament ausgeübt werden,<sup>630</sup> so ist es verständlich, wenn das BVerfG von einer weiter fortbestehenden alleinigen Souveränität der Mitgliedstaaten, d.h. ihrer Völker, ausgeht.<sup>631</sup> Damit entsteht eine Einheit aus Volk, Nationalstaat und Souveränität und die EU bleibt ein völkervertraglicher Verbund in der Nähe eines Staatenbundes.<sup>632</sup>

Für die in dieser Arbeit aufgeworfene Frage der Verteilung strafrechtsbezogener Kompetenzen ist ein solches Verständnis der Souveränität letztlich nicht erkenntnisreich. Selbst wenn die soeben vorgetragenen Aspekte tatsächlich für die Souveränität der Mitgliedstaaten streiten sollten und daraus die Konsequenz zu ziehen wäre, dass die Kompetenz-Kompetenz, das Austrittsrecht<sup>633</sup> und eine ultimative Letztentscheidungskompetenz des BVerfG zu wahren sind, so berührt dies die Strafrechtskompetenz nicht. Diese nun sehr virtuell oder „latent“<sup>634</sup> gewordene Souveränität ist für die auf das Strafrecht bezogenen Befugnisse dann nicht entscheidend, da es nur darum ginge, wer über die Verteilung ultimativ entscheiden dürfte, nicht aber darum, ob verteilt werden darf und wie dies zu geschehen hat. Letztlich wird hierdurch gesichert, dass jedenfalls keine Entscheidungen getroffen werden können, die den Mitgliedstaat binden, ohne dass sein Volk ultimativ darüber befinden könnte.

626 Oben 2. Kapitel C. IV. 1. c).

627 *Habermas*, Zur Verfassung Europas, S. 66 f.

628 Vgl. BVerfGE 123, 267, 372: „Auch in der Ausgestaltung des Vertrags von Lissabon erwächst aus den Zuständigkeiten der Europäischen Union keine eigenständige Volkssouveränität der Gesamtheit der Unionsbürger.“

629 Oben 2. Kapitel C. III. 3. a).

630 *Graf Kielmansegg*, in: Jachtenfuchs/Kohler-Koch, S. 61; *Scholz*, in: Maunz/Dürig, 69. EL 2013, Art. 23 Rn. 74.

631 BVerfGE 123, 267, 348.

632 Insofern wird in der Entscheidung auch eine Absage an den Verfassungsverbund deutlich; vgl. *Terhechte*, EuR-Beiheft 2010, 135, 139; zum Verfassungsverbund noch unten 2. Kapitel C. IV. 1. f).

633 Im Hinblick auf Deutschland wird sogar bezweifelt, ob aufgrund der Europafreundlichkeit des GG ein Austritt aus der EU überhaupt verfassungsgemäß wäre; so *Zuleeg*, NJW 2000, 2846, 2851.

634 Vgl. zur latenten Souveränität im Verfassungsstaat *Grimm*, Souveränität, S. 69 ff.

Der Schutz der „souveränen Staatlichkeit“ in der Lissabon-Entscheidung geht jedoch weiter und definiert einige Staatsaufgaben,<sup>635</sup> die den Mitgliedstaaten erhalten bleiben müssen, worunter auch das staatliche Gewaltmonopol sowie das materielle und prozessuale Strafrecht fallen sollen. Das BVerfG nähert sich damit einem materiellen Souveränitätsbegriff, der bestimmte Kompetenzbereiche voraussetzt.<sup>636</sup> Darauf ist nun einzugehen. Hilfreich erscheint dabei vorab eine Untersuchung der Frage, warum dem BVerfG der Schutz solcher Kernbereiche so wichtig war.

e) *Das Ziel des BVerfG: Schutz der Demokratie durch „souveräne Staatlichkeit“*

Man würde dem BVerfG Unrecht tun, wenn man seine Intention schlicht in der Wahrung des deutschen Nationalstaates und seiner Kompetenzen vermutete. Denn seine Beweggründe liegen tiefer, nämlich im Schutz der Demokratie im Sinne der Selbstbestimmung des deutschen Volkes als Ausdruck der Volkssouveränität.<sup>637</sup> Aus dem Demokratieprinzip leitete das Gericht den Schutz der „souveränen Staatlichkeit“ her und nur aus der Sorge um die Demokratie wird seine Position letztlich verständlich. „Souveräne Staatlichkeit“ und Volkssouveränität stehen also nicht isoliert nebeneinander, sondern sind miteinander verwoben.<sup>638</sup> Denn zum einen äußert sich zwar die Staatensouveränität im Völkerrecht primär nach außen im Verhältnis zu anderen Staaten, der Staat findet jedoch selbst seine Legitimation gerade in der Volkssouveränität.<sup>639</sup> Es gibt somit heute in Europa keine souveräne Staatlichkeit mehr, die nicht (auch) durch Volkssouveränität begründet ist.<sup>640</sup> Anders ausgedrückt: Der Staat ist nur deshalb souverän, weil sein Volk es ist.

Dies wird inzwischen zunehmend auch im Völkerrecht anerkannt, sodass der Schutz der äußeren Souveränität der Staaten letztlich auf die hinter den Staaten stehenden Völker durchgreift.<sup>641</sup> Dadurch, dass der Staat nach außen souverän, also unabhängig von fremdem Willen, also insbesondere von anderen Staaten, ist, wird gerade auch das Selbstbestimmungsrecht des ihn konstituierenden Volkes geschützt.<sup>642</sup> Der souveräne Staat sichert seinem Volk ein ausreichendes Spektrum der demokratischen Mitbestimmung,<sup>643</sup> indem er gewährleistet, dass innerhalb seiner

635 Böse, ZIS 2010, 76, 80 f.

636 Vgl. Wendel, Permeabilität, S. 82.

637 Grimm, Souveränität, S. 122, liest das Urteil des BVerfG in ebendiesem Sinne; vgl. ferner Hahn, ZEuS 2009, 583; Wendel, Permeabilität, S. 87.

638 Peters, S. 391.

639 Peters, S. 391.

640 Hobe, EuR 2003, 1, 8; Oeter, ZaöRV 55 (1995), 659, 674 f.; ders., in: v. Bogdandy/Bast, S. 97; Peters, S. 391; vgl. auch Deutscher, S. 328.

641 Hillgruber, HStR II, 3. Aufl. 2004, § 32 Rn. 71.

642 Hillgruber, HStR II, 3. Aufl. 2004, § 32 Rn. 71; F. Meyer, Strafrechtsgenese, S. 658.

643 Habermas, Zur Verfassung Europas, S. 50.

Grenzen nur das in ihm vereinte Volk entscheidet. Auch das Volk kann also nur souverän sein, wenn sein Staat nach außen unabhängig von Dritten ist.

Hierin lässt sich auch die Sorge des BVerfG verorten.<sup>644</sup> Denn ein Verlust staatlicher Souveränität könnte sich als ein Verlust an Demokratie und Volkssouveränität erweisen, wenn es auf europäischer Ebene kein Subjekt gibt, das diese auf-fängt.<sup>645</sup> Dies kann erstens als Einbüßen der verfassungsgebenden Gewalt – als Volkssouveränität im engeren Sinne – zweitens aber auch als Abwesenheit echter demokratischer Mitbestimmungsbefugnisse verstanden werden.

Soweit es um die verfassungsgebende Gewalt geht, steht aber nicht die Übertragung einzelner Hoheitsrechte, wie etwa der Strafgewalt, im Vordergrund, sondern der gänzliche Verlust der Volkssouveränität im engeren Sinne. Das BVerfG hat diesbezüglich den deutschen Staatsorganen einen Riegel vorgeschoben, indem es die Übertragung der Souveränität auf ein „neues Legitimationssubjekt“ vom erklärten Willen des deutschen Volkes abhängig machte.<sup>646</sup> Insbesondere dürfe daher die Kompetenz-Kompetenz nicht übertragen werden.<sup>647</sup> Wie auch immer man zu diesen Aussagen stehen mag, betreffen sie zwar das Grundverhältnis der Ebenen zueinander, nicht jedoch die Kompetenz für das Strafrecht. Genauer: Sie betreffen die Frage, wer über die Verteilung der Strafgewalt entscheiden dürfte, nicht aber wie diese Aufteilung konkret erfolgen sollte. Nur Letzteres ist aber für diese Ab-handlung relevant. Allein aus dieser Integrationsschranke des BVerfG im Hinblick auf die verfassungsgebende Gewalt lässt sich noch nichts für die strafrechtlichen Befugnisse herleiten. Es ging dem BVerfG aber eben nicht nur um Volkssouveränität im Sinne der Verfassungsgebung, sondern gerade auch um die konkrete Ausübung von Hoheitsrechten als Form der demokratischen Selbstbestimmung und Selbstgesetzgebung. Das Demokratieprinzip setze nämlich „der Übertragung von Hoheitsrechten inhaltliche Grenzen, die nicht bereits aus der Unverfügbarkeit der verfassungsgebenden Gewalt und der staatlichen Souveränität folgen.“<sup>648</sup>

In der Demokratie hat das Volk letztlich nicht nur die verfassungsgebende, sondern auch die gesetzgebende Gewalt unter der Verfassung, denn Demokratie als Regierungsform setzt voraus, dass das Volk auch selbst auf der Ausübungsebene tätig wird.<sup>649</sup> Dies kommt etwa in Art. 20 Abs. 2 GG zum Ausdruck, nach dessen S. 1 alle Staatsgewalt vom Volke ausgeht, nach S. 2 aber auch durch dieses ausgeübt wird. Demokratie und Volkssouveränität überschneiden sich insofern, als das Le-

644 *Grimm*, Souveränität, S. 122.

645 Vgl. *v. Komorowski*, S. 69.

646 BVerfGE 123, 267, 347 ff.

647 BVerfGE 123, 167, 349.

648 BVerfGE 123, 267, 357.

649 *Böckenförde*, HStR II, 3. Aufl. 2004, § 24 Rn. 8; *Grzeszick*, in: Maunz/Dürig, 69. EL 2013, Art. 20 II Rn. 61; *Maus*, Blätter für deutsche und internationale Politik 2005, 829, 834; *F. Meyer*, Strafrechtsge-nese, S. 661.

gitimationssubjekt identisch ist.<sup>650</sup> Das Parlament repräsentiert das Volk,<sup>651</sup> welches dasselbe turnusmäßig wählt. Mit der Volkssouveränität besteht daher immerhin ein so enger Zusammenhang, dass die Demokratie als „Verwirklichung des Prinzips der Volkssouveränität“<sup>652</sup> erscheint. Für die ausreichende demokratische Legitimation der Hoheitsakte muss das Volk daher einen entscheidenden Einfluss auf die Ausübung derselben haben.<sup>653</sup> Dies setzt eine effektive Teilhabe an der Machtausübung voraus.<sup>654</sup> Es stellt sich also die Frage nach ausreichender Repräsentation.

Schon in der Maastricht-Entscheidung des BVerfG ging es um die Frage der Verletzung des in Art. 20 Abs. 1 und 2 GG gesicherten Demokratieprinzips durch das deutsche Zustimmungsgesetz zum Vertrag von Maastricht, welche auch der Einzelne unter Rückgriff auf das grundrechtsgleiche Recht des Art. 38 GG rügen konnte.<sup>655</sup> Dieses Recht, durch die Wahl an der Legitimation von Staatsgewalt teilzunehmen und auf deren Ausübung Einfluss zu gewinnen, dürfe nicht durch Verlagerung von Aufgaben und Befugnissen des Bundestages so entleert werden, dass das demokratische Prinzip, soweit es Art. 79 Abs. 3 i.V.m. Art. 20 Abs. 1 und 2 GG für unantastbar erklärt sei, verletzt werde.<sup>656</sup> In der Lissabon-Entscheidung führte das Gericht aus, Art. 38 GG sichere einen Anspruch auf demokratische Selbstbestimmung, freie und gleiche Teilhabe an der in Deutschland ausgeübten Staatsgewalt sowie auf die Einhaltung des Demokratiegebots einschließlich der Achtung der verfassungsgebenden Gewalt des Volkes.<sup>657</sup> Diesen Anspruch sah es in der Menschenwürde angelegt.<sup>658</sup>

Das Gericht prüfte die mögliche Verfassungswidrigkeit der Zustimmungsgesetze daher aus der Sicht des Wahlrechts nach Art. 38 GG, untersuchte also die Vereinbarkeit mit dem demokratischen Prinzip als Regierungsform.<sup>659</sup> Das System der EU müsse „sowohl in Art und Umfang der Übertragung von Hoheitsrechten als auch in der organisatorischen und verfahrensrechtlichen Ausgestaltung der autonom handelnden Unionsgewalt demokratischen Grundsätzen entsprechen“.<sup>660</sup> Daher dürfe die europäische Integration einerseits nicht zu einer „Aushöhlung des demokratischen Herrschaftssystems in Deutschland führen“, andererseits aber auch die supranationale öffentliche Gewalt selbst demokratische Anforderungen nicht ver-

650 F. Meyer, Strafrechtsgenese, S. 661.

651 Vgl. Oeter, ZaöRV 55 (1995), 659, 662.

652 Böckenförde, HStR II, 3. Aufl. 2004, § 24 Rn. 8.

653 Grzeszick, in: Maunz/Dürig, 69. EL 2013, Art. 20 II Rn. 61.

654 Hillgruber, HStR II, 3. Aufl. 2004, § 32 Rn. 72.

655 BVerfGE 89, 155; kritisch dazu Kokott, AöR 119 (1994), 207, 210 ff.

656 BVerfGE 89, 155, 182; vgl. dazu auch Cremer, EuR 1995, 21, 21 f.

657 BVerfGE 123, 267, 340.

658 BVerfGE 123, 267, 341.

659 BVerfGE 123, 267, 340 ff., 356 ff.; so auch schon BVerfGE 89, 155, 182 ff.

660 BVerfGE 123, 267, 356.

fehlen.<sup>661</sup> Daraus folgte das Gericht, dass bestimmte Kompetenzen beim Mitgliedstaat verbleiben müssen. „Die europäische Vereinigung auf der Grundlage einer Vertragsunion souveräner Staaten“ dürfe „nicht so verwirklicht werden, dass in den Mitgliedstaaten kein ausreichender Raum zur politischen Gestaltung der wirtschaftlichen, kulturellen und sozialen Lebensverhältnisse mehr bleibt.“<sup>662</sup> Denn das Demokratieprinzip nach Art. 20 Abs. 1 und 2 GG, das über Art. 79 Abs. 3 GG in seinem Kerngehalt unantastbar sei, gebiete, dass sich die Ausübung von Staatsgewalt auf das deutsche Staatsvolk zurückführen lasse.<sup>663</sup>

Unter diesen Voraussetzungen sind letztlich beide demokratischen Legitimationsstränge der EU problematisch. Denn wie ausgeführt, ist einerseits nach dieser Auffassung die eigenständige Legitimationskraft des Europäischen Parlaments auf der EU-Ebene schwer zu begründen, da es dort kein „Volk“ gibt.<sup>664</sup> Andererseits müsste dann auch ein Übergang zum Mehrheitsprinzip im Rat möglichst vermieden werden, da es der souveränen Gleichheit der Staaten (im Völkerrecht) zuwider liefe und dieser Souveränitätsverlust (der Staaten, d.h. ihrer Staatsvölker) durch den zweiten Legitimationsstrang in den Mitgliedstaaten nicht in gleicher Weise kompensiert werden könnte.<sup>665</sup>

Verneint man auf Unionsebene ein Legitimationssubjekt, das demokratische Teilhabe gewährleisten könnte, so kann die Ausübung von Hoheitsrechten durch die EU also zum Demokratieproblem werden. Muss nämlich das mitgliedstaatliche Volk an der Ausübung der Demokratie desto unmittelbarer beteiligt sein, je bedeutsamer der zu regelnde Sachverhalt ist, so müssen besonders gewichtige Materien dem Nationalstaat erhalten bleiben. Der entscheidende Aspekt seiner Souveränität ist der Schutz der Demokratie.<sup>666</sup> Daraus folgt für das BVerfG, dass die staatliche Souveränität nicht „entleert“ werden dürfe, dass also nicht so viele Hoheitsrechte übertragen werden dürfen, dass sie keine Substanz mehr hat.<sup>667</sup> Zu „wesentlichen Bereichen demokratischer Gestaltung“ zählte es Gewaltmonopol und Strafrechtspflege.<sup>668</sup> Hier liegt die Krux der Entscheidung für diese Arbeit. Denn nach der Auffassung des Gerichts steht das Demokratieprinzip der Übertragung der Strafgewalt insgesamt entgegen, weil es diese als „besonders sensibel für die demokratische Selbstgestaltungsfähigkeit eines Verfassungsstaates“<sup>669</sup> einstufte.

661 BVerfGE 123, 267, 356.

662 BVerfGE 123, 267, 357 f.

663 BVerfGE 89, 155, 182.

664 Siehe dazu bereits 2. Kapitel C. III. 3. a).

665 Vgl. *F. Meyer*, Demokratieprinzip, S. 85 ff.

666 Vgl. *Grimm*, Souveränität, S. 122.

667 Vgl. BVerfGE 123, 267, 357 f.; vgl. ferner *Grimm*, Zukunft der Verfassung II, S. 284 f.

668 BVerfGE 123, 267, 358.

669 BVerfGE 123, 267, 359.

## f) Europäische Demokratie und Verfassungsverbund

Diese soeben erläuterte Ansicht des BVerfG geht indes von der hier nicht geteilten Prämisse aus, dass Demokratie sich nur im Rahmen des Nationalstaates verwirklichen lasse.<sup>670</sup> Diese Grundannahme wird zu Recht als „nationalstaatliche Kompetenzwahrungs- und Verhinderungsstrategie“<sup>671</sup> zunehmend in Frage gestellt.<sup>672</sup> Die EU bildet eine autonome Rechtsordnung, deren Rechtsakte direkt auf die Bürgerinnen und Bürger wirken<sup>673</sup> und von ihnen ausgehen. Sie ist inzwischen auch eine Bürgerunion, genauer: eine Union der Bürgerinnen und Bürger und der Staaten.<sup>674</sup> Die Beurteilung ändert sich denn auch zur Gänze, wenn die Annahme einer demokratischen Legitimationskraft der Unionsbürgerinnen und Unionsbürger akzeptiert wird.<sup>675</sup> Denn dann besteht eine gesamteuropäische Demokratie, die etwa im Europäischen Parlament ihren Ausdruck findet.

Diese Erkenntnis hat verschiedene Konsequenzen. Zum einen wird eine demokratische Legitimation von Entscheidungen auch auf der zentralen Ebene möglich, zum anderen lässt sich deshalb auch eine europäische „Volkssouveränität“ annehmen, sodass auf mehreren Ebenen des politischen Systems Hoheitsträger konstituiert werden können und letztlich sogar der Weg zu einer europäischen (Teil-)Verfassung frei wird. Diese Sichtweise akzeptiert, dass die europäischen Verträge trotz der abweichenden Bezeichnung als „Vertrag“ und ihres formal völkerrechtlichen Abschluss- und Ratifikationsprozesses Ausdruck der Einigung der europäischen Bürgerinnen und Bürger sind<sup>676</sup> und damit Hoheitsgewalt auch auf der Ebene der EU konstituieren.

Nach der Theorie des „Verfassungsverbundes“<sup>677</sup> ergänzen sich dabei mitgliedstaatliche und europäische „Komplementärverfassung“,<sup>678</sup> sodass eine Mehrebenenverfassung entsteht.<sup>679</sup> So wie die Rechtsordnungen<sup>680</sup> sind auch die mitgliedstaatlichen Verfassungen mit den europäischen Verträgen verflochten. Daher sind

670 So etwa *Di Fabio*, *Der Staat* 32 (1993), 191, 202 f.; siehe dazu oben 2. Kapitel C. III. 3. a).

671 *Peters*, S. 204.

672 Vgl. nur *Pernice*, in: Dreier, Art. 23 Rn. 20; *ders.*, *Verhältnis*, S. 16; vgl. dazu auch *Hobe*, *EuR* 2003, 1, 7 ff.

673 Siehe bereits oben 2. Kapitel C. II.

674 *Hölscheidt*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, 51. EL 2013, Art. 14 EUV Rn. 39; *Läufer*, in: *ders.*, *Verfassung der Europäischen Union*, S. 15; *Pernice*, *EuR* 2011, 151; *Ruffert*, in: *Calliess/Ruffert*, Art. 1 AEUV Rn. 7; *Streinz/Obler/Herrmann*, Teil 1, § 1 V 2 c).

675 Vgl. *Pernice*, *VVDStrL* 60 (2001), 148, 163 ff.

676 *Pernice*, in: Dreier, Art. 23 Rn. 20.

677 *Calliess*, *JZ* 2004, 1033, 1041; *ders.*, in: *Calliess/Ruffert*, Art. 1 EUV Rn. 39; *ders.*, *HStR* IV, § 83 Rn. 11; *ders.*, in: *Pernice*, *Der Vertrag von Lissabon*, S. 56; *Heintzen*, *EuR* 1997, 1, 15 f.; *P.M. Huber*, *VVDStrL* 60 (2001), 194, 208; *Pernice*, in: Dreier, Art. 23 Rn. 17; *ders.*, *Verhältnis*, S. 17; *Peters*, S. 207 ff.; *Ruffert*, in: *Calliess/Ruffert*, Art. 1 AEUV Rn. 7; *Zuleeg*, *NJW* 2000, 2846; vgl. auch *Graf Vitzthum*, in: *ders.*, 1. Abschn. Rn. 43.

678 *Pernice*, in: Dreier, Art. 23 Rn. 21; vgl. auch *Hobe*, *EuR* 2003, 1, 6 f.; *P.M. Huber*, *VVDStrL* 60 (2001), 194, 208 f.

679 *Pernice*, in: Dreier, Art. 23 Rn. 20.

680 *BVerfGE* 73, 339, 368.

beide nicht mehr isoliert zu betrachten, sondern als sich ergänzende Teilverfassungen<sup>681</sup> in einem europäischen Mehrebenensystem,<sup>682</sup> in dem öffentliche Gewalt auf verschiedenen Ebenen ausgeübt wird. Dabei implizieren der Terminus Verfassungsverbund und die dahinter stehende Theorie, dass gerade nicht eine klassische staatliche Verfassung gemeint ist.<sup>683</sup> Die EU muss gerade kein Staat werden, sondern bildet eine neue Form des supranationalen politischen Systems, in dem Probleme „komplementär“ durch Staat und EU bewältigt werden.<sup>684</sup>

Diese These wird u.a. mit der bereits angeführten Erwägung abgelehnt, dass es eines Staatsvolkes als *pouvoir constituant* bedürfe, welches sich mittels Verfassung im Staat organisiert, sodass es deshalb eine Verfassung außerhalb des Staates nicht geben könne.<sup>685</sup> Jede Verfassung setzt danach ein vorrechtliches Volk voraus, das sich verfasst.<sup>686</sup> Dies wird wiederum aus einer in Deutschland,<sup>687</sup> aber auch in anderen Mitgliedstaaten<sup>688</sup> häufig geäußerten und vom BVerfG<sup>689</sup> geteilten Perspektive heraus angenommen, die hinsichtlich des Verfassungsbegriffes staatszentriert und hinsichtlich der EU völkervertragsrechtlich ausgerichtet ist. Sie läuft letztlich wiederum darauf hinaus, nur den Staat mit der Verfassung, den so genannten Staatenverbund hingegen mit einem Vertrag zu assoziieren.<sup>690</sup> Der Terminus Verfassung wird hierbei auf den Nationalstaat bezogen, in welchem sich das souveräne Volk selbst die Verfassung gibt. Ein solches Staatsvolk wird der EU aber, wie bereits ausgeführt,<sup>691</sup> nicht zuerkannt.

Zur Akzeptanz eines europäischen Verfassungsverbundes gehört jedoch ferner, dass man anerkennt, dass ein solcher auch durch einen Prozess entstehen und einem solchen unterworfen sein kann.<sup>692</sup> Denn die EU hat sich schrittweise über die fortschreitende Integration konstituiert und konstitutionalisiert und nicht in einem „revolutionären Akt“.<sup>693</sup> Ebenso wie die Funktionsbedingungen der Demokratie,<sup>694</sup> befindet sich die Verfassung der EU in einem laufenden Entwicklungsprozess.

681 Zur „Relativierung der nationalen Verfassungen zu Teilverfassungen“ Häberle, Europ. Verfassungslehre, S. 221 ff., sowie zur Einstufung von Europa als „pluraler Verfassungsraum“, S. 645.

682 Hobe, EuR 2003, 1, 5 ff.; Pernice, in: Dreier, Art. 23 Rn. 20; ders., EuR 1996, 27, 33.

683 Callies, in: Pernice, Der Vertrag von Lissabon, S. 56.

684 Terhechte, EuR-Beiheft 2010, 135, 138, 140.

685 Ausführlich zu dieser Diskussion Hobe, EuR 2003, 1, 3 ff.; Nettesheim, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, 51. EL 2013, Art. 1 AEUV Rn. 44 ff.; Peters, S. 171 ff.; Terhechte, EuR 2008, 143, 177 ff.

686 Graf Kielmannsegg, in: Jachtenfuchs/Kohler-Koch, S. 57; vgl. zu den angeblich notwendigen Eigenschaften desselben Böckenförde, HStR II, 3. Aufl. 2004, § 24 Rn. 47.

687 Grimm, JZ 1995, 581 ff.; Kirchhof, EuR-Beiheft 1991, 11, 14; Koening, NVwZ 1996, 549; Scholz, in: Maunz/Dürig, 69. EL 2013, Art. 23 Rn. 71; vgl. dazu Peters, S. 105 f.

688 Dazu Puttler, EuR 2004, 669, 671 f.

689 BVerfGE 123, 267, 349.

690 Kritisch dazu Hirsch, NJW 2000, 46.

691 Oben 2. Kapitel C. III. 3. a).

692 Frowein, EuR 1995, 315, 322; Hobe, EuR 2003, 1, 4; Oeter, ZaöRV 59 (1999), 901 ff.; Pernice, VVDStrL 60 (2001), 148, 165 ff.; ders., in: Dreier, Art. 23 Rn. 23; ders., AöR 136 (2011), 185, 200; Peters, S. 360 ff.

693 Pernice, in: Dreier, Art. 23 Rn. 23.

694 Siehe zu dieser These oben 2. Kapitel C. III. 4.

Auch ihre Genese als völkerrechtlicher Vertrag steht der heutigen Einordnung als Verfassung nicht entgegen, wie das Entstehen sogar von Bundesstaaten wie den USA oder des Deutschen Reiches von 1871 durch einen vergleichbaren Vertrag belegt.<sup>695</sup> Das Recht der EU bildet schließlich eine autonome Rechtsordnung, was teilweise auch als Vorbedingung einer Verfassung begriffen wird.<sup>696</sup>

Dies bedeutet dann aber v.a., dass die von den Bürgerinnen und Bürgern eingesetzten Institutionen die Hoheitsrechte in demokratisch legitimierter Weise auf verschiedenen Ebenen ausüben können, so wie es die europäischen Verträge vorgeben.<sup>697</sup> Diese Herrschaft erfolgt also in dem Maße, wie die Bürgerinnen und Bürger sie verschiedenen Handlungsebenen zuweisen. Dies ist überzeugend und entspricht der Logik des demokratischen Mehrebenensystems. Die Einzelnen sind daher in ihrer jeweiligen Eigenschaft einerseits als Bürgerinnen und Bürger des Staatsvolkes, andererseits als Unionsbürgerinnen und Unionsbürger jeweils auch selbst an der Legitimation sowie der Ausübung der Herrschaft beteiligt.<sup>698</sup> Volkssouveränität ist als „Ausdruck der Selbstbestimmung“<sup>699</sup> der Bürgerinnen und Bürger im politischen Mehrebenensystem eng verbunden mit einem Recht auf politische Teilhabe, das für das BVerfG sogar aus der Menschenwürde folgt.<sup>700</sup>

Ob dies dann im Rahmen einer solchermaßen demokratisch organisierten EU zu einer geteilten Souveränität zwischen den Ebenen führt, ist ein interessantes akademisches Problem, das in föderativen Systemen generell diskutiert wird,<sup>701</sup> für die Fragestellung dieser Arbeit aber nicht Ausschlag gebend ist. Denn erstens ist es ausreichend, anzuerkennen, dass eine Konstituierung von Hoheitsgewalt auf supranationaler Ebene durch die offene Staatlichkeit und die Öffnungsklausel des Art. 23 GG überhaupt möglich ist.<sup>702</sup> Zweitens ist es bei einer individuenbezogenen Perspektive der Demokratie nicht unbedingt entscheidend, ob eine der Ebenen als souverän bezeichnet werden kann und welche.<sup>703</sup> Sind die Bürgerinnen und Bürger souverän, so setzen sie Hoheitsgewalt auf der jeweiligen Ebene nur ein, diese läuft also so oder so auf die Einzelnen zurück. Drittens erscheint es viel wichtiger für die Frage einer Sperre der Strafrechtskompetenz der EU auf Grund der „souveränen Staatlichkeit“, dass sich das Demokratieproblem nicht mehr in der vom BVerfG wahrgenommenen Weise stellt. Die „souveräne Staatlichkeit“, die letztlich ja auch nur auf dem Prinzip der Volkssouveränität aufbaut,<sup>704</sup> ist dann nicht mehr das ein-

695 *Nettesheim*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, 51. EL 2013, Art. 1 AEUV Rn. 42.

696 Vgl. etwa *Schilling*, Staatswissenschaft und Staatspraxis 7 (1996), 392.

697 *Pernice*, JZ 2000, 866, 867.

698 *Pernice*, in: Dreier, Art. 23 Rn. 25.

699 *Pernice*, AöR 136 (2011), 185, 200.

700 BVerfGE 123, 267, 341; ferner *Kokott*, ZaöRV 64 (2004), 517, 526; *Pernice*, VVDStRL 60 (2001), 148, 162; *ders.*, AöR 136 (2011), 185, 197; vgl. auch *F. Meyer*, Demokratieprinzip, S. 89.

701 Siehe dazu oben 2. Kapitel B. IV.

702 *Pernice*, AöR 136 (2011), 185, 209.

703 *Pernice*, AöR 136 (2011), 185, 209.

704 *Wendel*, Permeabilität, S. 87, betont daher den Unterschied zum Konzept der „Staatsouveränität“.

zige Mittel, um die Demokratie zu retten, sondern diese darf sich, wie es Art. 23 GG im Übrigen vorsieht, auch auf europäischer Ebene verwirklichen.<sup>705</sup> Anders formuliert: Aus demokratischer Sicht ist es nicht ausgeschlossen, bestimmte Kompetenzen auf der Ebene der EU anzusiedeln.

Viertens ist entscheidend, dass die Übertragung von Hoheitsrechten zu einer Steigerung der Handlungsfähigkeit auf supranationaler Ebene führt,<sup>706</sup> indem transnationale Handlungsspielräume zur Lösung grenzüberschreitender, vom Einzelstaat nicht alleine zu lösender, Probleme eröffnet werden.

Ein Verweis auf die „souveräne Staatlichkeit“ zur Vermeidung von Kompetenzübertragungen auf die Ebene der EU verliert unter diesen Prämissen weitestgehend seine Sinnhaftigkeit, sofern sie mit Demokratie und Volkssouveränität begründet wird, denn dann würde der Einzelne quasi gegen sich selbst gewendet. Er ist nur dann sinnvoll, wenn im Mischsystem der EU auch die Staaten – besser: die jeweiligen Staatsvölker – neben den Unionsbürgerinnen und Unionsbürgern, unbedingt eine gewichtige Rolle spielen sollen. In diese Richtung könnte das Urteil interpretiert werden, zumal es bei den aufgezählten Reservaten, wie etwa beim Gewaltmonopol, doch um traditionell staatliche Rechte geht. Auch dieser Gedanke trägt aber nur insoweit, wie die Staaten überhaupt noch über ausreichende Handlungskapazitäten verfügen und nicht ohnehin zur Übertragung von Hoheitsrechten gezwungen sind, um handlungsfähig zu bleiben. Es ist also gerade auch eine Frage des Subsidiaritätsprinzips.

### g) Das Strukturprinzip der Subsidiarität

Dass ein allgemeines Subsidiaritätsprinzip eine wesentliche Rolle für die Verteilung der Zuständigkeiten zwischen EU und Mitgliedstaaten im politischen Prozess der Vertragsgestaltung gespielt hat und spielen wird,<sup>707</sup> liegt durchaus nahe. So bezieht sich etwa die Verpflichtung in Art. 23 Abs. 1 S. 1 GG zur Wahrung des Subsidiaritätsprinzips letztlich nicht nur auf die Kompetenzausübung, sondern gerade auch bereits auf die politische Entscheidung der Verteilung der Kompetenzen und ist damit auf die Zukunft bezogen.<sup>708</sup> Die EU verfügt im Rahmen ihrer begrenzten Einzelermächtigung denn auch nur über solche Kompetenzen, die zur Verwirklichung gewisser supranationaler Ziele erforderlich sind.

705 Uerpmann-Wittzack, in: v. Münch/Kunig, Art. 23 Rn. 18.

706 Pernice, AöR 136 (2011), 185, 207; Peters, S. 147.

707 Lambers, EuR 1993, 229, 230 f.; Pernice, in: Dreier, Art. 23 Rn. 68; vgl. auch Melander, EuCLR 2013, 45, 54: „super-principle of the Union“.

708 Pernice, in: Dreier, Art. 23 Rn. 70; Scholz, in: Maunz/Dürig, 69. EL 2013, Art. 23 Rn. 111; Uerpmann-Wittzack, in: v. Münch/Kunig, Art. 23 Rn. 23. Auch das BVerfGE 123, 267, 359, spricht davon, dass das Subsidiaritätsprinzip Übertragung und Ausübung von Hoheitsrechten betreffe.

Das allgemeine Subsidiaritätsprinzip entstammt ursprünglich der katholischen Soziallehre<sup>709</sup> und besagt vereinfacht, dass der kleineren Einheit grundsätzlich der Vorrang zukommt und Aufgaben nur dann von der zentralen Ebene wahrgenommen werden dürfen, wenn sie auf der dezentralen Ebene nicht erfüllt werden können, also deren Leistungsfähigkeit übersteigen.<sup>710</sup> Gerade hierin liegen Hintergrund und Rechtfertigung der Zuweisung von Aufgaben und hoheitlichen Befugnissen, letztlich von Macht, auf die zentralen Organe im europäischen Mehrebenensystem.<sup>711</sup> Die Bürgerinnen und Bürger legitimieren die Hoheitsgewalt auf verschiedenen Entscheidungsebenen jeweils nur soweit dies nötig ist und gelangen dadurch zu einer effektiven Erreichung ihrer Ziele.

Dass dabei in möglichst bürgernahen Zusammenhängen operiert werden soll, ist Inhalt des Subsidiaritätsgrundsatzes,<sup>712</sup> dabei aber gleichzeitig auch des Demokratieprinzips, der bürgerlichen Freiheit und der Rechtsstaatlichkeit.<sup>713</sup> Die Bürgerinnen und Bürger behalten einen Raum unantastbarer Freiheit, die öffentliche Gewalt greift nur dort ein, wo es notwendig wird, um Ziele der Wohlfahrt oder die Wahrung der Rechtsordnung zu erreichen.<sup>714</sup>

Das Subsidiaritätsprinzip steht daher auch in engem Zusammenhang mit der föderativen Grundordnung<sup>715</sup> und kann auf diese Weise letztlich die „nationale Identität“<sup>716</sup> der Mitgliedstaaten schützen.<sup>717</sup> Im europäischen Mehrebenensystem sollen Kompetenzen so angesiedelt werden, dass einerseits die demokratische Selbstbestimmung der dezentralen Ebene möglichst gewahrt bleibt, andererseits aber der übergeordnete Verband Aufgaben übernehmen kann, denen die kleineren

709 *Calliess*, Subsidiaritäts- und Solidaritätsprinzip, S. 28 ff.; *Gröbblinghoff*, S. 136; *Häberle*, AöR 119 (1994), 169, 190 ff.; *Lambers*, EuR 1993, 229, 230; *Lauffer/Münch*, S. 29; *Lienbacher*, in: Schwarze, Art. 5 EUV Rn. 16; *Pernice*, in: Dreier, Art. 23 Rn. 68; *Ritzer*, S. 72; *Safferling*, Intern. Strafrecht, § 9 Rn. 60; *Streinz*, in: ders., EUV/AEUV, Art. 5 EUV Rn. 19; *Uerpmann-Witzack*, in: v. Münch/König, Art. 23 Rn. 23.

710 *Calliess*, in: *Calliess/Ruffert*, Art. 5 EUV Rn. 20; *Uerpmann-Witzack*, in: v. Münch/König, Art. 23 Rn. 23.

711 *Pernice*, in: Dreier, Art. 23 Rn. 68.

712 *Calliess*, Subsidiaritäts- und Solidaritätsprinzip, S. 31 f.; vgl. auch die Präambel zum Protokoll über die Anwendung der Grundsätze der Subsidiarität und Verhältnismäßigkeit zum Vertrag von Amsterdam, ABl. 1997 Nr. C 340, S. 105, sowie zum Vertrag von Lissabon, ABl. 2007 Nr. C 306, S. 150. Dort heißt es jeweils, dass die Vertragsparteien den Wunsch verfolgen, „sicherzustellen, dass die Entscheidungen in der Union so bürgernah wie möglich getroffen werden [...]“. Skeptischer *Lambers*, EuR 1993, 229, 232: Entscheidungsträger seien EG und Mitgliedstaaten, sodass bürgernähere Instanzen nicht einbezogen seien.

713 Vgl. auch *Zuleeg*, in: von der Groeben/Schwarze, Präambel EUV Rn. 15.

714 *Zuleeg*, in: von der Groeben/Schwarze, Präambel EUV Rn. 15.

715 *Melander*, EuCLR 2013, 45, 54; *Scholz*, in: Maunz/Dürig, 69. EL 2013, Art. 23 Rn. 96 – *Häberle*, AöR 119 (1994), 169, 186 f., widerspricht jedoch einer allgemeinen Gleichung „Föderalismus = Subsidiarität“, da die Grade der Bürgernähe in den Varianten des Föderalismus zu unterschiedlich seien; auch *Lambers*, EuR 1993, 229, 232 f., betont, dass zwischen Subsidiaritätsprinzip und Föderalismus keine notwendige Beziehung bestehe.

716 BVerfGE 89, 155, 211; *Nettesheim*, in: Oppermann/Classen/Nettesheim, § 11 Rn. 23.

717 Nach *Sieber*, in: Delmas-Marty/Pieth/Sieber, S. 396, schützt das Subsidiaritätsprinzip die Souveränitätsinteressen der Mitgliedstaaten.

Einheiten nicht gewachsen sind. Indem die größere Einheit der dezentralen Einheit, letztlich also den Bürgerinnen und Bürgern, dienstbar wird, um deren „Problemlösungskapazität“<sup>718</sup> zu steigern, manifestiert sich darin auch eine Einzelfallgerechtigkeit, und es kommt ein allgemeines Prinzip der Solidarität zum Ausdruck.<sup>719</sup> Letztlich wird ein Ausgleich zwischen Effektivität und Bürgernähe erreicht. Das allgemeine Subsidiaritätsprinzip kam auch schon im 12. Erwägungsgrund der Präambel zum EUV von Maastricht zum Ausdruck.<sup>720</sup> Daher sollte die auch vom BVerfG anerkannte *Maxime* gelten: Der Staat ist kein „Selbstzweck“,<sup>721</sup> sondern nur ein Medium, um den Einzelnen zur Entfaltung ihrer Selbstbestimmung zu dienen. Er hat diese Funktion lange Zeit erfolgreich erfüllt<sup>722</sup> und behält auch weiterhin entscheidende Aufgaben, insbesondere im Bereich der Rechtsdurchsetzung.

Kann der Staat aber in verschiedenen grenzüberschreitenden Feldern keine effektive Problemlösung mehr gewährleisten, so ergibt sich aus dem Bedürfnis nach demokratischer Selbstbestimmung gerade eine Forderung nach einer Intensivierung der europäischen Integration, denn nur diese schafft dann den notwendigen Zugewinn an demokratischer Handlungsfähigkeit.<sup>723</sup> Anders gesagt: Ein Zuwachs an Hoheitsrechten auf der zentralen bedeutet dann keinen „Souveränitätsverlust“ auf der dezentralen Ebene,<sup>724</sup> jedenfalls solange eine demokratische Legitimation der Entscheidungen gewährleistet ist. Daher darf „die souveräne Staatlichkeit“ in diesen Bereichen der Selbstverwirklichung nicht entgegenstehen. So lässt die Übertragung von Kompetenzen auf die supranationale Ebene bei grenzüberschreitenden Problemen in bestimmten Fällen eine größere Effektivität erhoffen.<sup>725</sup>

Deshalb verfängt letztlich auch eine Argumentation nicht, die den Staat um seiner selbst Willen erhalten möchte, was teilweise ebenfalls aus Art. 20 Abs. 1, 79 Abs. 3 GG herausgelesen wird, da dort der deutsche Bundesstaat geschützt sei.<sup>726</sup> Ist der Staat nur ein Mittel, um die Selbstbestimmung des ihn konstituierenden Volkes zu ermöglichen, so kann er einer am Subsidiaritätsprinzip ausgerichteten Selbstbestimmung auf supranationaler Ebene nicht entgegenstehen.<sup>727</sup> Es ist

718 Siehe zu diesem Begriff bereits oben 1. Kapitel B. I.

719 *Calliess*, in: *Calliess/Ruffert*, Art. 5 EUV Rn. 22; *Pernice*, in: *Dreier*, Art. 23 Rn. 68; grundlegend *Calliess*, Subsidiaritäts- und Solidaritätsprinzip, S. 25 ff., 185 ff. und passim.

720 Ferner fand sich in Art. 3b EGV 1992 bereits das die Ausübung der (nicht ausschließlichen) Kompetenzen der EG beschränkende Subsidiaritätsprinzip als spezielle Ausprägung dieses allgemeinen Gedankens; aus diesem wurde später Art. 5 EGV 2001; jetzt ist das Subsidiaritätsprinzip als Ausübungsschranke in Art. 5 EUV verankert; vgl. dazu unten 4. Kapitel A. III. 4. a).

721 So auch BVerfGE 123, 267, 346: „Der Staat ist weder Mythos noch Selbstzweck“; ferner *F. Meyer*, Strafrechtsgenese, S. 707.

722 *Habermas*, Die postnationale Konstellation, S. 94.

723 *Habermas*, Zur Verfassung Europas, S. 50; *Pernice*, AöR 136 (2011), 185, 207.

724 Vgl. *Peters*, S. 189; vgl. auch *Pernice*, EuZW 2008, 65: Die „Übertragung“ von Hoheitsrechten an die EU führe nicht zu einem Kompetenzverlust der Mitgliedstaaten, sondern ermögliche erst effizientes Handeln.

725 Vgl. auch *Nettesheim*, NJW 2009, 2867.

726 Ausführlich dazu *Möllers*, Staat als Argument, S. 376 ff.

727 Vgl. auch *Wendel*, Permeabilität, S. 89.

ein gewichtiger „Perspektivenwechsel“<sup>728</sup>, dass auch der Staat als Handlungsebene im demokratischen Mehrebenensystem begriffen wird.<sup>729</sup>

## 2. Strafrecht als Autonomiebereich der Mitgliedstaaten?

### a) Die Liste der mitgliedstaatlichen Reservate im Lissabon-Urteil

Unter diesen Prämissen erscheint der Vorbehalt ganzer Kompetenzbereiche der Mitgliedstaaten, wie er im Urteil des BVerfG anklingt, bedenklich. Auch ist fraglich, ob das Gericht eine Liste an Hoheitsrechten als Sperre für die Integration überhaupt aufstellen und mit Art. 79 Abs. 3 GG absichern darf.<sup>730</sup> Denn erstens wird eingewandt, dass auf diese Weise Fragen, die der politischen Ebene, d.h. dann auch: der Entscheidung des gewählten Parlaments, überlassen bleiben sollten, verfassungsrechtlich blockiert und letztlich durch das BVerfG entschieden werden.<sup>731</sup> Der tschechische Verfassungsgerichtshof hat sich hier im Gegensatz zum BVerfG beispielsweise sehr zurückgehalten und solche Entscheidungen bewusst dem (rechts-)politischen Prozess überlassen.<sup>732</sup> Zwar ließe sich sagen, dass es hier gerade darum geht, die (verfassungs-)rechtlichen Schranken eines solchen Prozesses aufzuzeigen. Es wird jedoch zweitens bezweifelt, dass Art. 79 Abs. 3 GG überhaupt in dieser Form gegen die europäische Integration eingesetzt werden kann.<sup>733</sup> Denn diese Verfassungsbestimmung dient der Verhinderung totalitärer Regime, nicht aber eines demokratischen Europa,<sup>734</sup> in welchem die in Art. 23 GG genannten Strukturvorgaben in den in Art. 3, 5 EUV genannten Prinzipien ihre Entsprechung finden.<sup>735</sup>

Zudem gehört auch die Zielvorgabe „Europäische Integration“ zu den Verfassungsprinzipien des GG<sup>736</sup> – die Gründungsväter hatten nämlich genau diese schon beim Entwurf des GG im Sinne. Dieses Ziel ist daher in der Präambel des deutschen GG festgeschrieben, in der es heißt, dass das deutsche Volk sich das GG (nur) von dem Willen beseelt, als gleichberechtigtes Glied in einem vereinten Europa dem

728 Benz, Politik in Mehrebenensystemen, S. 15.

729 Siehe bereits oben 1. Kapitel B. III.

730 Schönberger, GLJ 10 (2009), 1201, 1210.

731 Nettesheim, NJW 2009, 2867, 2868: Das Urteil beschneide den politischen Prozess in bislang unvorstellbarer Weise.

732 Tschechisches Verfassungsgericht im Urteil vom 3.11.2009, Czech Republic Constitutional Court, PL. ÚS 29/09 – Treaty of Lisbon II, Rn. 111: „These limits should be left primarily to the legislature to specify, because this is a priori a political question, which provides the legislature wide discretion“; daher auch kritisch gegenüber dem BVerfG Böse, ZIS 2010, 76, 80; Nettesheim, NJW 2009, 2867, 2868.

733 Schönberger, GLJ 10 (2009), 1201, 1208 f.; Selmayr, ZEuS 2009, 637, 642 ff.; vgl. auch schon Kunig, in: Graf Vitzthum, 2. Abschn. Rn. 27.

734 v. Bogdandy, NJW 2010, 1, 2; kritisch auch Böse, ZIS 2010, 76, 80.

735 Nicolaysen, EuR-Beiheft 2010, 9, 17.

736 Nicolaysen, EuR-Beiheft 2010, 9, 18: „Zur Verfassungsidentität [gehört] auch das Bekenntnis zum vereinten Europa in der Präambel.“

Frieden der Welt zu dienen, gegeben habe.<sup>737</sup> Wenn und soweit das Demokratieprinzip tatsächlich „unantastbar“ ist, wie das Gericht meint,<sup>738</sup> so bedeutet dies, dass die EU kein totalitärer Staat werden darf, nicht aber, dass es nicht auch möglich ist, auf europäischer Ebene demokratische Strukturen zu schaffen.<sup>739</sup>

Dennoch sollte man sich der Vollständigkeit halber nicht der Argumentation verschließen, dass gegebenenfalls bestimmte Hoheitsrechte beim Mitgliedstaat verbleiben müssen, um ihn überhaupt als (souveränen) Staat zu erhalten – einmal zu Grunde gelegt, das GG forderte dies tatsächlich – bzw. um dem jeweiligen Volk ausreichende Mitbestimmungsbefugnisse zu erhalten, damit sein Wahlrecht nicht ins Leere geht. Selbst wenn man die Souveränität der Mitgliedstaaten als durch Kompetenz-Kompetenz, Austrittsrecht und Letztentscheidungsbefugnis verkörpert und daher als gewahrt ansieht, könnten diese dennoch Gefahr laufen, nur noch eine „leere Souveränitätshülse“<sup>740</sup> in den Händen zu halten, die letztlich nur noch den Notfall betrifft. Somit ließe sich formulieren, dass eine „souveräne Staatlichkeit“ aus Gründen des Demokratieschutzes eben auch eine gewisse „Staatlichkeit“ voraussetzt<sup>741</sup> bzw. Souveränität doch auch einen positiven materiellen Inhalt im Sinne gewisser essentieller Hoheitsrechte haben muss, wie etwa schon *Bodin* die „wahren Attribute der Souveränität“<sup>742</sup> erläuterte.<sup>743</sup>

Soweit es um die Staatlichkeit geht, sollte man zunächst bedenken, dass auch in Bundesstaaten eine Diskussion darüber geführt wird, welche Befugnisse die Gliedstaaten behalten müssen. Auch im Bundesstaat muss das Land bzw. das Landesvolk über hinreichende Autonomie verfügen.<sup>744</sup> Auch hier geht es letztlich um die konkrete Ausgestaltung der Demokratie.<sup>745</sup> Dort steht jedoch die demokratische Legitimation auf beiden Ebenen gerade nicht in Frage.<sup>746</sup> Die Übertragung von Kompetenzen innerhalb des Staates wird daher nicht als Verlust an Demokratie empfunden, da das Volk sowohl auf Bundes- als auch auf Landesebene Hoheitsgewalt konstituieren und ausüben kann. Daher steht zwar fest, dass die Gliedstaaten nicht sämtliche Kompetenzen verlieren dürfen,<sup>747</sup> nicht aber, dass die Rechtssetzungskompetenz im Hinblick auf das Strafrecht nicht vollständig zentralisiert werden

737 Hinweis auf die Präambel z.B. auch bei *Mestmäcker*, EuR-Beiheft 2010, 35, 37; *Nicolaysen*, EuR-Beiheft 2010, 9, 18; *Selmayr*, ZEuS 2009, 637, 644; *Zuleeg*, in: Sieber, Europäische Einigung, S. 59; so auch *Sack*, ZEuS 2009, 623, 625 ff., der das Urteil daher „weniger rechtlich als politisch überzeugend“ findet (S. 629); vgl. auch schon *Cremer*, EuR 1995, 21, 31 f.

738 BVerfGE 123, 267, 343.

739 *Nicolaysen*, EuR-Beiheft 2010, 9, 18.

740 *Peters*, S. 128.

741 Dazu ausführlich und kritisch *Möllers*, Staat als Argument, S. 389 ff.

742 *Bodin* (1576), Buch I, 10. Kap., S. 211 ff., Reclam-Ausgabe, S. 39 ff.; vgl. dazu auch *Randelzhofer*, HStR II, 3. Aufl. 2004, § 17 Rn. 19.

743 So liest etwa *Wendel*, Permeabilität, S. 82, das Urteil.

744 *Möllers*, Staat als Argument, S. 370 ff.

745 *Oeter*, in: v. Bogdandy/Bast, S. 97.

746 Siehe oben 2. Kapitel B. I.

747 *Möllers*, Staat als Argument, S. 370 ff.

könnte, wie es etwa das Beispiel Kanadas zeigt.<sup>748</sup> Dass die Einzelstaaten dann aber trotzdem „Staaten“ bleiben, steht für die jeweils herrschenden Bundesstaatstheorien außer Frage.<sup>749</sup> Bestimmte Aufgabenfelder sind mit der Staatlichkeit also ganz offenbar nicht verknüpft.<sup>750</sup> Eine klare Staatsaufgabenlehre lässt sich der deutschen Verfassungstheorie nicht entnehmen.<sup>751</sup>

Eine solche scheint das BVerfG nun im Rahmen der Lissabon-Entscheidung aber vorzunehmen.<sup>752</sup> Es fragt sich nur, warum gerade die aufgezählten Bereiche zu den „Essentialia der Staatlichkeit“<sup>753</sup> zählen sollen. Es drängt sich der Eindruck auf, dass das Gericht zur Vermeidung der Konklusion, Deutschland sei inzwischen entstaatlicht, eine Bestandsaufnahme der bisherigen Integration vornimmt und nach Verneinung der Entstaatlichung nun die verbliebenen Zuständigkeiten für integrationsfest erklärt.<sup>754</sup> Diese Liste ist ausreichend kritisiert worden.<sup>755</sup> Wäre sie tatsächlich an *Bodin* orientiert, so hätten z.B. das Gesetzgebungsrecht insgesamt oder aber die Währungshoheit genannt werden müssen, welche jedoch beide angesichts der fortgeschrittenen Integration ausschieden.<sup>756</sup> Insgesamt erscheint der Katalog wiederum nur verständlich, wenn bedacht wird, dass es dem Gericht um den Schutz der Demokratie ging. Wenn es davon ausgeht, dass primär das deutsche Parlament (d.h. das deutsche Volk) demokratische Legitimation bewirkt, so liegt es, gemessen an der Wesentlichkeitstheorie des BVerfG,<sup>757</sup> nahe, dass der parlamentarische Gesetzgeber in den elementaren grundrechtsrelevanten Bereichen die wesentlichen Entscheidungen per Gesetz selbst treffen muss. Das Strafrecht als besonders grundrechtsintensiver Bereich fällt daher in Deutschland unter einen Parlamentsvorbehalt.<sup>758</sup>

Jedoch würde die Herausnahme des Strafrechts insgesamt als integrationsfester Bestandteil des deutschen Staatswesens aus verschiedener Hinsicht inhaltlich selbst dann nicht überzeugen, wenn man wie das BVerfG „eigene Aufgaben und Befugnisse von substantiellem politischem Gewicht“<sup>759</sup> als Reserve für die Mitgliedstaaten forderte. Denn es erscheint angesichts des der EU zu Grunde liegenden Prinzips

748 Siehe dazu unten 3. Kapitel C.

749 Siehe oben 2. Kapitel B. I.

750 Eingehend *Möllers*, Staat als Argument, S. 389, sowie ausführlich zur Staatlichkeit der Länder unter dem GG S. 350 ff.

751 *Halberstam/Möllers*, GLJ 10 (2009), 1241, 1249.

752 *Böse*, ZIS 2010, 76, 80 f.; *Halberstam/Möllers*, GLJ 10 (2009), 1241, 1250; vgl. auch *Nettesheim*, NJW 2009, 2867, 2868 – a.A. aber wohl *Braun*, ZIS 2009, 418, 423: Es gehe dem BVerfG nicht um abstrakte Staatsaufgaben, sondern um die „politischen Essentials öffentlicher Debatte“.

753 *Nettesheim*, NJW 2009, 2867, 2868.

754 *Halberstam/Möllers*, GLJ 10 (2009), 1241, 1250 f.; vgl. auch schon *Möllers*, Staat als Argument, S. 390.

755 Vgl. nur *Halberstam/Möllers*, GLJ 10 (2009), 1241, 1250 f.; *Schönberger*, GLJ 10 (2009), 1201, 1209.

756 *Schönberger*, GLJ 10 (2009), 1201, 1209; zur Währungshoheit als „Grundelement der Staatlichkeit“ vgl. auch *Herdegen*, Völkerrecht, § 28 Rn. 1; *Kokott*, AöR 119 (1994), 207, 226 f.; *Selmayr*, ZEuS 2009, 637, 658 f.

757 So etwa BVerfGE 33, 125, 158 ff.; vgl. auch *Classen*, Demokratische Legitimation, S. 7.

758 Siehe dazu noch sogleich 2. Kapitel C. IV. 2. c) aa).

759 BVerfGE 123, 267, 356.

einer zielbezogenen Zuständigkeitsverteilung, im Gegensatz etwa zur statischen deutschen Aufteilung,<sup>760</sup> nicht angemessen, ganze Materien auszunehmen. Auch Art. 23 GG enthält im Übrigen jedenfalls keinen Ausschluss bestimmter Kompetenzfelder.<sup>761</sup>

Das Strafrecht ist denn auch tatsächlich kein nationales Reservat mehr, sondern schon seit einiger Zeit den Einflüssen des EU-Rechts ausgesetzt,<sup>762</sup> d.h. einen echten „Souveränitätspanzer“ um das Strafrecht gibt es hier ohnehin nicht (mehr).<sup>763</sup> Die EU hat inzwischen diverse auf das Strafrecht bezogene Harmonisierungs-,<sup>764</sup> aber sogar originäre Rechtssetzungskompetenzen,<sup>765</sup> sodass die Realität schon gar nicht mehr abgebildet wäre, wenn man behauptete, es sei schlichtweg ausgeschlossen, dass strafrechtliche Kompetenzen nicht übertragbar seien, was im Übrigen auch das BVerfG nicht tut.<sup>766</sup> Wichtig erscheint aber auch hier der erneute Verweis auf das Subsidiaritätsprinzip: Wenn der Mitgliedstaat bestimmte Entscheidungen nicht mehr mit ausreichender Wirkung selbst treffen kann, so wäre es unsinnig, dies weiterhin zu fordern. Dann müssen Kompetenzen auf supranationaler Ebene möglich sein.

#### *b) Präzisierung des Strafrechtsvorbehaltes der Lissabon-Entscheidung*

Nun kann man das Lissabon-Urteil des BVerfG, in welchem es gerade das Strafrecht als Materie benannte, die nicht ohne weiteres übertragen werden könne, auch tatsächlich nicht so verstehen, als erlaube es keinerlei Transfer strafrechtsbezogener Kompetenzen. Denn letztlich billigte das Gericht das Vertragswerk von Lissabon und dieses sieht gerade strafrechtliche Befugnisse der EU vor.<sup>767</sup> Nur die Strafgewalt insgesamt sowie das staatliche Gewaltmonopol wollte es den Mitgliedstaaten erhalten. Eine Übertragung von Hoheitsrechten über die intergouvernementale Zusammenarbeit hinaus dürfe „in diesem grundrechtsbedeutsamen Bereich nur für bestimmte grenzüberschreitende Sachverhalte unter restriktiven Voraussetzungen zu einer Harmonisierung führen“.<sup>768</sup>

Letztlich billigte das Gericht jedoch auch die im AEUV vorgenommene Kompetenzverteilung.<sup>769</sup> Denn „die Bekämpfung besonders schwerer Kriminalität, die sich die territoriale Beschränkung staatlicher Strafverfolgung zunutze macht oder,

760 *Satzger*, Intern. u. Europ. Strafrecht, § 9 Rn. 2 f.; siehe dazu noch ausführlich unten 4. Kapitel A. I.

761 *Hugger*, S. 110 f.; *Krefß*, ZStW 116 (2004), 445, 451.

762 *Böse*, ZIS 2010, 76, 81; *F. Meyer*, NStZ 2009, 657, 661.

763 *Böse*, GA 2006, 211, 212; vgl. ferner *Zuleeg*, in: Sieber, Europäische Einigung, S. 42; kritisch zur Argumentation bzgl. der „Integrationsfestigkeit“ des Strafrechts auch *Subr*, ZEuS 2009, 687, 707.

764 Siehe dazu unten 4. Kapitel B. I. 2. b).

765 Insbesondere in Art. 325 Abs. 4 AEUV; siehe dazu unten 4. Kapitel B. I. 2. a).

766 Siehe sogleich 2. Kapitel C. IV. 2. b).

767 Siehe noch unten 4. Kapitel B. I. 2.

768 BVerfGE 123, 267, 360.

769 BVerfGE 123, 267, 406 ff.

wie im Fall der Korruption, die Funktionsfähigkeit von Rechtsstaatlichkeit und Demokratie in der Europäischen Union bedroht, kann ein besonderer Rechtfertigungsgrund für die Übertragung von Hoheitsrechten auch in diesem Bereich sein<sup>770</sup>. Die Kompetenzvorschriften seien jedoch restriktiv auszulegen.<sup>771</sup> So sei z.B. hinsichtlich der „Unerlässlichkeit“ im Rahmen des Art. 82 Abs. 2 AEUV genau zu prüfen, ob ein „gravierendes Vollzugsdefizit“ tatsächlich bestehe und nur durch Strafandrohung beseitigt werden könne.<sup>772</sup> Generell müsse die Anordnung von Mindestvorschriften den Mitgliedstaaten zudem „substantielle Ausgestaltungsspielräume“ belassen.<sup>773</sup> Bei der Auslegung der Unionszuständigkeiten müsse insbesondere das Schuldprinzip, das Ausfluss der Menschenwürde sei, beachtet werden, da es „zu der wegen Art. 79 Abs. 3 GG unverfügbaren Verfassungsidentität“ gehöre.<sup>774</sup> Ferner ist nach den Vorgaben des BVerfG eine Erweiterung des Kataloges der Straftaten in Art. 83 Abs. 1 AEUV zwar möglich, erfordere jedoch ein Gesetz des Bundestages.<sup>775</sup> Das Gericht sah schließlich in der „Notbremse“ im jeweiligen Abs. 3 der Art. 82, 83 AEUV<sup>776</sup> ein wichtiges Element zur Stärkung des Bundestages, indem es den deutschen Vertreter im Rat verpflichtete, auf Weisung des deutschen Parlaments zu handeln.<sup>777</sup>

Im Grunde macht dieses Urteil dabei den Eindruck eines salomonischen Richterspruches, welcher der einen Partei Recht gibt, dabei indes der anderen beschwichtigend das Wort redet.<sup>778</sup> Aus der Sicht des BVerfG sind die Verträge in ihrer derzeitigen Geltung nämlich zwar durchaus akzeptabel, der zukünftigen Übertragung von Hoheitsrechten auf die supranationale Ebene jedoch Grenzen gesetzt, da dem Bundestag ausreichende Befugnisse verbleiben müssen.<sup>779</sup> Art. 38 GG gewähre insoweit einen Anspruch auf demokratische Teilhabe, sodass trotz der in Art. 23 GG vorgesehenen Möglichkeit zur Übertragung von Hoheitsrechten auf die EU ein Mindeststandard an demokratischer Mitbestimmung erhalten bleiben müsse.<sup>780</sup> Die Mitgliedstaaten dürften daher ihre „Fähigkeit zu selbstverantwortlicher politischer und sozialer Gestaltung der Lebensverhältnisse“<sup>781</sup> nicht verlieren.

770 BVerfGE 123, 267, 410.

771 BVerfGE 123, 267, 410 ff.; zustimmend *Ambos/Rackow*, ZIS 2009, 397, 404; auch *Folz*, ZIS 2009, 427, 430 f., der allerdings skeptisch ist hinsichtlich der praktischen Effektivität solcher Restriktionen.

772 BVerfGE 123, 267, 411 f.

773 BVerfGE 123, 267, 412.

774 BVerfGE 123, 267, 413; vgl. auch *Landau*, NStZ 2013, 194.

775 BVerfGE 123, 267, 412 f.

776 Siehe dazu unten 4. Kapitel B. I. 2. b) cc).

777 BVerfGE 123, 267, 436; zustimmend *Ambos/Rackow*, ZIS 2009, 397, 403.

778 Vgl. den amüsanten wie treffenden Beitrag von *F.C. Mayer*, NJW 2010, 714. Aus der Sicht von *Folz*, ZIS 2009, 427, 432, war es ein „Zugeständnis an die politische Realität“.

779 BVerfGE 89, 155, 182 ff.; 123, 267, 347 ff.; so wird trefflich darauf hingewiesen, dass das Gericht letztlich nur die zzt. noch nicht integrierten Bereiche aufgezählt habe; so etwa *Böse*, ZIS 2010, 76, 81; *Halberstam/Möllers*, GLJ 10 (2009), 1241, 1250.

780 BVerfGE 123, 267, 340 ff.

781 BVerfGE 123, 267, 347.

Die EU ist indessen, wie ausgeführt,<sup>782</sup> durch das Subsidiaritätsprinzip als Strukturmerkmal geprägt. Schon unter diesem Gesichtspunkt ist eine vollständige Übertragung der Strafgewalt auf die EU gar nicht anvisiert.<sup>783</sup> In den Bereichen, in denen die Mitgliedstaaten nicht handlungsfähig sind, bringt die Wahrnehmung der entsprechenden Kompetenzen durch die EU hingegen einen Mehrwert und keinen Verlust an Demokratie mit sich.<sup>784</sup> Das gilt auch im Hinblick auf das Strafrecht.

Ferner ist das Gewaltmonopol der Mitgliedstaaten in diesem Bereich zzt. noch fast vollständig erhalten geblieben, denn der EU stehen (noch) keine Zwangsbefugnisse zu.<sup>785</sup> Es müsste jedoch selbst dann, wenn man die Auffassung des BVerfG teilt und es überhaupt als zulässig ansieht, dass ein Gericht dem deutschen Bundestag Vorgaben macht, welche Hoheitsrechte er übertragen kann, eine am Subsidiaritätsprinzip orientierte zukünftige Einräumung weiterer Befugnisse auch im Hinblick auf das Strafrecht und das Gewaltmonopol, z.B. durch eine europäische Staatsanwaltschaft, europäische Gerichte oder eine europäische Polizeibehörde, zulässig sein, sofern dies notwendig ist, etwa um einen ausreichenden Schutz der Rechtsgüter der EU zu gewährleisten. Nimmt man die europäische Demokratie ernst, so müsste es aber sogar möglich sein, die Rechtssetzungsbefugnis im Strafrecht gänzlich auf die EU zu übertragen, wenn die Bürgerinnen und Bürger darin ein wesentliches Element ihrer Selbstbestimmung im Gesamtsystem sehen. Bei der rechtspolitischen Beurteilung der Kompetenzverteilung sind jedoch noch weitere Faktoren zu beachten.<sup>786</sup> In der EU ist jedenfalls schon wegen der Geltung des Subsidiaritätsprinzips als übergeordnetes Strukturprinzip eine vollständige Zentralisierung des Strafrechts wohl ohnehin nicht zu erwarten.

### c) „Strafrechtsspezifische“ Einwände der Strafrechtswissenschaft

Nun gilt es jedoch, in Kürze auf Einwände der deutschen Strafrechtswissenschaft einzugehen, soweit sie strafrechtsspezifische Probleme einer EU-Kompetenz im Hinblick auf demokratische Legitimität und Souveränität ausmacht. Die deutsche strafrechtswissenschaftliche Literatur tat sich bislang schwer mit einem „europäischen Strafrecht“. Dabei gilt es zwar zwischen Kompetenzen der EU zu originärer Strafrechtssetzung per Verordnung und der Anweisungskompetenz per Richtlinie zu unterscheiden.<sup>787</sup> Letztlich wurden in der Vergangenheit jedoch beide Formen europäischer „Strafrechtssetzung“ aus ähnlichen Gründen kritisch betrachtet. Dies galt insbesondere vor der Reform der europäischen Verträge in Lissabon. Originäre

782 Oben 2. Kapitel C. IV. 1. g).

783 Vgl. auch *Kübl*, ZStW 109 (1997), 777, 779.

784 *Pernice*, AöR 136 (2011), 185, 207.

785 Siehe unten 4. Kapitel B. II. 2. a).

786 Siehe dazu unten 5. Kapitel B.

787 Vgl. zur Unterscheidung nur *Satzger*, Intern. und Europ. Strafrecht, § 7 Rn. 8; ferner noch unten 4. Kapitel A. I. sowie 4. Kapitel B. I. 2.

Strafrechtssetzung der EU, aber auch die Anweisung der nationalen Parlamente mittels Rahmenbeschlüssen in der damaligen „Dritten Säule“ oder durch Richtlinien der EG, wurden von vielen als problematisch angesehen, wobei diese Ablehnung auf unterschiedliche Grundannahmen gestützt wurde. Im Wesentlichen spielt aber wiederum der Schutz von Demokratie, Gewaltmonopol und Kultur der Mitgliedstaaten die tragende Rolle.<sup>788</sup> Dabei spiegelt sich die soeben dargestellte Ausgangslage wider, denn gerade strafrechtliche Kompetenzen, insbesondere solche der Gesetzgebung, erfordern eine demokratische Legitimation. Gleichwohl bestehen diesbezüglich einige Eigenarten des Strafrechts, die aus seinem Charakter als *ultima ratio* zum Schutze des Kerns der Werte einer Gemeinschaft, seinen harschen Sanktionen und der damit verbundenen besonderen sozial-ethischen Missbilligung resultieren.<sup>789</sup>

Auch wenn die Diskussion im Wesentlichen eine Übertragung strafrechtsbezogener Kompetenzen auf die EU bzw. eine entsprechende Auslegung der bestehenden Verträge betraf und daher durch die Reform der Verträge sowie bereits zuvor durch die Rechtsprechung des EuGH überholt wurde, spielt sie erstens in Einzelfragen weiterhin eine Rolle und gibt zweitens Aufschluss über die Parameter einer zukünftigen strafrechtlichen Kompetenzordnung in der EU.

#### aa) Europäisches Strafrecht und Gesetzesvorbehalt

Zunächst beruft sich auch die Strafrechtswissenschaft auf die nicht ausreichende demokratische Legitimation der Rechtsakte der EU, also auf das oben<sup>790</sup> erläuterte Demokratiedefizit der Rechtssetzung in der EU.<sup>791</sup> Das Problem der europäischen Strafrechtssetzung bestand vor der Vertragsreform von Lissabon insbesondere darin, dass es eine primär gubernative Rechtssetzung war,<sup>792</sup> indem der Rat das entscheidende Organ darstellte, während das Europäische Parlament nicht ausreichend beteiligt war und die mitgliedstaatlichen Parlamente die teilweise detaillierten Vorgaben des Rates schlicht umsetzen mussten. Das Strafrecht bedarf jedoch wegen seiner Eingriffsintensität einer ausreichenden demokratischen Legitimation.

788 Vgl. die Systematisierung und Zusammenfassung der Kritik nach (1) Strafgesetzlichkeit/Demokratieprinzip, (2) Gewaltmonopol/Staatlichkeit und (3) Kulturgebundenheit/nationaler Identität bei F. Meyer, Demokratieprinzip, S. 42 ff., und Vogel, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, 51. EL 2013, Art. 83 AEUV Rn. 18, welcher diese Darstellung folgen wird; vgl. auch schon Satzger, Europäisierung, S. 110 ff., 156 ff.; Vogel, GA 2003, 314; zum Diskussionsstand ferner Krefß, ZStW 116 (2004), 445, 447 ff.

789 Siehe oben I. Kapitel A. I. und I. Kapitel A. II. 1.

790 Oben 2. Kapitel C. I. 1.

791 Vgl. dazu Deutscher, S. 317 ff.; Ligeti, S. 31 ff.; Moll, S. 84 ff.; Noltenius, ZStW 122 (2010), 604, 622 ff.; Satzger, Europäisierung, S. 122 ff.; ferner den Überblick bei Gröblichhoff, S. 111 ff.; Krefß, ZStW 116 (2004), 445, 448 ff.

792 Albrecht, ZRP 2004, 1; Braum, Europäische Strafgesetzlichkeit, S. 269 ff.; Lüderssen, GA 2003, 71; ders., in: Schönemann, Alternativentwurf, S. 45 ff.; Schönemann, ZStW 116 (2004), 376, 398; ders., GA 2004, 193, 200 f.

on,<sup>793</sup> sodass hier keinesfalls nur mit Gemeinwohlerwägungen argumentiert werden kann, sondern eine demokratische Legitimationsgrundlage der Rechtsakte geschaffen werden muss.<sup>794</sup>

Das deutsche Verfassungsrecht fordert eine solche sogar in besonders starkem Maße, denn der Grundsatz *nullum crimen, nulla poena sine lege*, der in Art 103 Abs. 2 GG und § 1 StGB, aber auch in Art. 104 Abs. 1 GG, verbürgt ist, legt fest, dass eine Straftat gesetzlich festgelegt und bestimmt sein muss. Er verpflichtet daher den Gesetzgeber, die Voraussetzungen der Strafbarkeit so konkret zu umschreiben, „dass Tragweite und Anwendungsbereich der Straftatbestände zu erkennen sind und sich durch Auslegung ermitteln lassen“.<sup>795</sup>

Daraus ergibt sich eine doppelte Funktion dieser Verfassungsbestimmung.<sup>796</sup> Einerseits soll der Einzelne vorhersehen können, wann er sich strafbar macht,<sup>797</sup> und andererseits wird gewährleistet, dass das Parlament die Strafbarkeit festlegt.<sup>798</sup> Nicht die Exekutive oder die Gerichte, sondern das Parlament soll über die Strafbarkeit entscheiden, sodass die Gewaltenteilung abgesichert wird,<sup>799</sup> damit aber eben auch und gerade eine stärkere demokratische Legitimation durch das direkt gewählte Parlament. Darin kommt das in der Aufklärung fundierte Prinzip der Strafgesetzmäßigkeit<sup>800</sup> zum Ausdruck. Verlangt wird daher ein förmliches Gesetz, sodass ein Parlamentsvorbehalt (*nulla poena sine lege parlamentaria*) begründet wird.<sup>801</sup> Aus dem Postulat der Strafgesetzmäßigkeit werden allgemein das Gebot der Gesetzesbestimmtheit sowie das Verbot von Analogie, Rückwirkung und Wohnheitsrecht hergeleitet.<sup>802</sup>

Auf die Rechtsakte der EU lässt sich die deutsche Verfassungsbestimmung des Art. 103 Abs. 2 GG jedoch nicht unmittelbar anwenden, da es sich hier um eine

793 BVerfGE 73, 206, 235; *Ambos/Rackow*, ZIS 2009, 397, 402; *Grünwald*, ZStW 76 (1964), 1, 13 f.; *F. Meyer*, Demokratieprinzip, S. 43; *Schünemann*, GA 2004, 193, 201.

794 Vgl. auch schon oben 2. Kapitel C. I. 1.

795 BVerfGE 78, 374, 382.

796 BVerfGE 78, 374, 382; *Landau*, NStZ 2011, 537, 541; *Satzger*, Europäisierung, S. 110; *ders.*, JuS 2004, 943.

797 *Sieber*, ZStW 121 (2009), 1, 14.

798 BVerfGE 78, 374, 382; *Lüderssen*, GA 2003, 71; *Satzger*, Europäisierung, S. 110; *ders.*, JuS 2004, 943, 943 f.; *Schünemann*, GA 2004, 193, 201.

799 *Eser/Hecker*, in: Schönke/Schröder, § 1 Rn. 2; *Schünemann*, GA 2004, 193, 201.

800 *Albrecht*, ZRP 2004, 1; ausführlich zur Frage der Strafgesetzmäßigkeit in der EU *Braum*, Europäische Strafgesetzmäßigkeit, passim.

801 BVerfGE 78, 374, 382; *Musil*, NStZ 2000, 68, 70; *Schmid-Aßmann*, in: Maunz/Dürig, 69. EL 2013, Art. 103 Rn. 183; *Sieber*, ZStW 103 (1991), 957, 969; *Schünemann*, GA 2004, 193, 201; dazu auch *F. Meyer*, Demokratieprinzip, S. 43 ff.; vgl. auch den Rekurs auf *Kant* bei *Braum*, Europäische Strafgesetzmäßigkeit, S. 51 ff., 71 ff.

802 Vgl. statt Vieler nur *Braum*, Europäische Strafgesetzmäßigkeit, S. 31; *Dannecker*, ZStW 117 (2005), 697, 737; *Eser/Hecker*, in: Schönke/Schröder, § 1 Rn. 6; *Schmitz*, in: MüKo StGB, § 1 Rn. 23 ff.

eigenständige Rechtsordnung handelt.<sup>803</sup> Die EU übt in den Bereichen ihrer Zuständigkeit eine eigenständige Hoheitsgewalt aus, hinsichtlich der die deutsche Verfassungsordnung auch nach der Sicht des BVerfG jedenfalls gemäß Art. 23 Abs. 1 GG geöffnet ist.<sup>804</sup> Rechtsakte der EU sind deshalb an ihren eigenen Maßstäben und nicht an denjenigen der deutschen Verfassung zu messen.<sup>805</sup> Daher überzeugt auch der gelegentlich bemühte Verweis auf Art. 80 GG nicht, welcher es dem deutschen Parlament ermöglicht, die Exekutive zum Erlass von Rechtsverordnungen zu ermächtigen.<sup>806</sup>

Dennoch wurden zwei Wege erwogen, den Grundsatz *nullum crimen, nulla poena sine lege* als Schranke für eine Übertragung von Strafrechtskompetenzen auf die EU in Anschlag zu bringen.<sup>807</sup> Zum einen sei er als Ausdruck des Rechtsstaats- und des Demokratieprinzips über Art. 23 Abs. 1 S. 3 GG i.V.m. Art. 79 Abs. 3 GG zu berücksichtigen.<sup>808</sup> Bedenken hinsichtlich dieses Rekurses auf Art. 79 Abs. 3 GG als Integrationsschranke wurden hier schon vorgetragen.<sup>809</sup> Zudem ist nochmals anzumerken, dass im Zuge der Reform von Lissabon durch die Auflösung der „Dritten Säule“ und die regelmäßige Einbindung des Europäischen Parlaments Veränderungen im Rechtssetzungsprozess eingetreten sind, welche die legitimatorischen Probleme deutlich verringern.

Der zweite Weg führt über einen europäischen Satz des *nullum crimen, nulla poena sine lege*. Der strafrechtliche Gesetzesvorbehalt findet nämlich – in spezieller Ausprägung – auch auf europäischer Ebene Anwendung.<sup>810</sup> Als Grundsatz nicht nur des deutschen Verfassungsrechts<sup>811</sup> konnte er zunächst schon als allgemeines Prinzip auch auf die EU-Ebene ausstrahlen,<sup>812</sup> da die Union die Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten als allgemeine Grundsätze achtet.<sup>813</sup>

803 Böse, Strafen und Sanktionen, S. 87; Eser, in: J. Meyer, Charta, Art. 49 Rn. 15; Fromm, Der strafrechtliche Schutz der Finanzinteressen, S. 189; Heitzer, S. 155 f.; Satzger, Europäisierung, S. 111; Schmid-Aßmann, in: Maunz/Dürig, 69. EL 2013, Art. 103 Rn. 247; Sieber, ZStW 103 (1991), 957, 969; siehe oben 2. Kapitel C. II.

804 BVerfGE 73, 339, 375; Böse, Strafen und Sanktionen, S. 86 f.; Satzger, Europäisierung, S. 111 f.; Schmid-Aßmann, in: Maunz/Dürig, 69. EL 2013, Art. 103 Rn. 247.

805 Sieber, ZStW 103 (1991), 957, 969. Nach Gärditz, in: Böse, EnzEuR Bd. 9, § 6 Rn. 10, modifiziert die Ermächtigung der EU-Organe nach Art. 23 GG als speziellere Vorschrift den Art. 103 Abs. 2 GG.

806 Fromm, Der strafrechtliche Schutz der Finanzinteressen, S. 189 ff.; Hugger, S. 113; vgl. aber Sieber, ZStW 103 (1991), 957, 971; Vogel, in: Dannecker, Subventionsbetrug, S. 183; dagegen auch schon Tiedemann, NJW 1993, 49.

807 Sieber, ZStW 103 (1991), 957, 969 f.

808 Schünemann, GA 2004, 193, 200 f.; ders., ZStW 116 (2004), 376, 393; Sieber, ZStW 103 (1991), 957, 969 f.; vgl. in Bezug auf den Europäischen Haftbefehl Schünemann, StV 2005, 681, 684; ders., ZIS 2007, 528, 531 f.

809 Siehe oben 2. Kapitel C. IV. 2. a).

810 Satzger, Europäisierung, S. 115 ff.; ders., JuS 2004, 943, 947; vgl. auch Böse, Strafen und Sanktionen, S. 89 f.; Fromm, Der strafrechtliche Schutz der Finanzinteressen, S. 233 ff.; Heitzer, S. 156 ff.; Zuleeg, in: Sieber, Europäische Einigung, S. 47.

811 Dazu Gröbblinghoff, S. 119 ff.; Heitzer, S. 158 ff.; Vogel, in: Tiedemann, Freiburg-Symposium, S. 92 ff.

812 Satzger, JuS 2004, 943, 947; Sieber, ZStW 103 (1991), 957, 969; vgl. auch Tiedemann, in: ders., Freiburg-Symposium, S. 7.

813 Vgl. EuGH Slg. 2007, I-3633, I-3693 – *Advocaten voor de Wereld* (Rs. C-303/05).

Der EuGH hat dies bestätigt, indem er ausführte, „dass der Grundsatz der Gesetzmäßigkeit im Zusammenhang mit Straftaten und Strafen (*nullum crimen, nulla poena sine lege*) zu den allgemeinen Rechtsgrundsätzen gehört, die den gemeinsamen Verfassungstraditionen der Mitgliedstaaten zugrunde liegen“<sup>814</sup>. Inzwischen ist er jedoch auch in Art. 49 Abs. 1 S. 1 GRC verankert,<sup>815</sup> wonach niemand wegen einer Handlung oder Unterlassung verurteilt werden darf, die zur Zeit ihrer Begehung nach innerstaatlichem oder internationalem Recht nicht strafbar war. Diese Vorgabe findet sich auch in Art. 7 Abs. 1 EMRK, der ebenso gelesen wird.<sup>816</sup> Gleichwohl sind diese europäischen Bestimmungen nicht deckungsgleich mit den Vorgaben der deutschen Verfassung, denn sie sind autonom zu interpretieren.<sup>817</sup> So schützt Art. 7 Abs. 1 EMRK zwar vor willkürlicher Verurteilung und Analogie,<sup>818</sup> verbietet Gewohnheitsrecht aber nicht grundsätzlich.<sup>819</sup> In diesem Sinne wird auch Art. 49 Abs. 1 GRC interpretiert.<sup>820</sup>

Auf Grund seiner doppelten Wirkrichtung wurde der auf europäischer Ebene geltende Grundsatz *nullum crimen, nulla poena sine lege* in der Vergangenheit dennoch in zweifacher Weise gegen eine Strafrechtskompetenz der EG/EU in Stellung gebracht.<sup>821</sup> Zum einen wurde vorgebracht, die Ermächtigungsgrundlagen im EGV/EUV seien nicht bestimmt genug, um eine Strafrechtssetzungskompetenz zu begründen, und zum anderen wurde auf den Parlamentsvorbehalt rekurriert und auf das Demokratiedefizit der EU verwiesen, insbesondere da die entsprechenden Rahmenbeschlüsse vor Lissabon primär im Rahmen der „Dritten Säule“ im Rat erlassen wurden.<sup>822</sup>

Der erste Einwand zielte insbesondere darauf ab, für strafrechtsbezogene Befugnisse eine spezifische Ermächtigungsgrundlage in den Verträgen zu fordern<sup>823</sup> und durch den Satz *nullum crimen, nulla poena sine lege* die Wortlautauslegung der Verträge zu beeinflussen.<sup>824</sup> Problematisch war hieran jedoch dreierlei. Erstens handelt es sich bei den zur Rechtssetzung ermächtigenden Vertragsbestimmungen um Kompetenznormen, sodass eine Bestimmtheit wie bei Gesetzen schwerlich zu

814 EuGH Slg. 2007, I-3633, I-3694 – *Advocaten voor de Wereld* (Rs. C-303/05); vgl. zu den allgemeinen Rechtsgrundsätzen *Satzger*, Europäisierung, S. 177 ff.

815 *Satzger*, ZRP 2010, 137, 139; ausführlich dazu *Schaut*, S. 125 ff.

816 *Ambos*, Intern. Strafrecht, § 10 Rn. 84; *Braum*, Europäische Strafgesetzmäßigkeit, S. 41; *Meyer-Ladewig*, EMRK, Art. 7 Rn. 5; *Satzger*, ZRP 2010, 137, 139; *ders.*, Intern. u. Europ. Strafrecht, § 11 Rn. 82.

817 *Satzger*, Intern. u. Europ. Strafrecht, § 11 Rn. 83.

818 *Ambos*, Intern. Strafrecht, § 10 Rn. 84; *Meyer-Ladewig*, EMRK, Art. 7 Rn. 5; *Schmid-Aßmann*, in: Maunz/Dürig, 69. EL 2013, Art. 103 Rn. 250.

819 *Ambos*, Intern. Strafrecht, § 10 Rn. 84; *Braum*, Europäische Strafgesetzmäßigkeit, S. 41; *Satzger*, Intern. u. Europ. Strafrecht, § 11 Rn. 89; *Schmid-Aßmann*, in: Maunz/Dürig, 69. EL 2013, Art. 103 Rn. 250.

820 *Eser*, in: J. Meyer, Charta, Art. 49 Rn. 12 ff.

821 Vgl. dazu *Satzger*, Europäisierung, S. 115 ff.

822 *Schünemann*, ZIS 2007, 528, 531; *Sieber*, ZStW 103 (1991), 957, 970.

823 Vgl. etwa *Braum*, Europäische Strafgesetzmäßigkeit, S. 260 f.; *Vogel*, in: Dannecker, Subventionsbetrug, S. 182 f.

824 Ausführlich zu dieser Frage *Fromm*, Der strafrechtliche Schutz der Finanzinteressen, S. 227 ff.; *Satzger*, Europäisierung, S. 115 ff.

erwarten war.<sup>825</sup> Auch wenn diesem Einwand noch damit begegnet werden konnte, dass sie immerhin auch einen inhaltlichen Bereich der Zuständigkeit umgrenzen,<sup>826</sup> so musste zweitens konstatiert werden, dass die einschlägigen Normen, wie etwa Art. 7 EMRK, keine genauen Vorgaben an die Bestimmtheit der Kompetenznorm machen.<sup>827</sup> Drittens war jedoch schon strukturell zu bedenken, dass der entsprechende Grundsatz auf derselben Stufe wie die Verträge angesiedelt war bzw. ist, nämlich auf der primärrechtlichen.<sup>828</sup> Seinerzeit bestand die Problematik insbesondere darin, strafrechtliche Kompetenzen aus *implied powers* der in den Verträgen übertragenen Zuständigkeiten herauszulesen.<sup>829</sup> Inzwischen ist sie insofern entschärft, als im Vertragswerk von Lissabon ausdrücklich strafrechtliche Kompetenzen eingeräumt wurden.

Der zweite Einwand betraf hingegen wiederum die Frage der ausreichenden demokratischen Legitimation der Strafrechtssetzung als Komponente des Grundsatzes *nulla poena, nullum crimen sine lege parlamentaria*. Soweit sich dieser Grundsatz nämlich nach h.M. ganz allgemein aus dem Rechtsstaats- und aus dem Demokratieprinzip herleitet,<sup>830</sup> die auch auf europäischer Ebene Geltung haben, führt dies wiederum zur Frage nach der hinreichenden demokratischen Legitimierung europäischer Rechtsakte.<sup>831</sup> Zwar bestand vor der Vertragsänderung von Lissabon weitgehende Einigkeit darüber, dass der EG/EU keine originären Rechtssetzungsbefugnisse im Hinblick auf unmittelbar wirkendes supranationales Strafrecht in Form von Verordnungen zustanden.<sup>832</sup>

Es wurde jedoch auch die Harmonisierung des Strafrechts durch Rahmenbeschlüsse aus demokratietheoretischer Sicht als misslich empfunden. Diesbezüglich wurde vor der Reform des Vertragswerkes in Lissabon im Hinblick auf strafrechts-

825 Dies räumte auch *Vogel*, in: Dannecker, Subventionsbetrug, S. 182 f., ein, machte jedoch den Unterschied zwischen der Kompetenzzuweisung der europäischen Verträge und einer verfassungsmäßigen Verteilung von Zuständigkeiten im Staat daran fest, dass der Staat grundsätzlich über eine Allzuständigkeit, die EG hingegen nur über eine derivative Kompetenz verfüge; daher sei auch das Primärrecht am Bestimmtheitsgrundsatz zu messen. Insgesamt gegen eine Auslegung des Art. 103 Abs. 2 GG, nach der dieser überhaupt „eine spezielle strafrechtliche Gewährleistung unmittelbarer demokratischer Legitimation und parlamentarischer Organisation der Rechtssetzung“ enthalte *Hugger*, S. 120 ff.

826 *Satzger*, Europäisierung, S. 116.

827 *Böse*, Strafen und Sanktionen, S. 89.

828 *Satzger*, Europäisierung, S. 117 f.

829 Vgl. dazu auch unten 4. Kapitel A. II. 6.

830 Nach *Schmid-Aßmann*, in: Maunz/Dürig, 69. EL 2013, Art. 103 Rn. 166; *Schmitz*, in: MüKo StGB, § 1 Rn. 8; *Satzger*, Europäisierung, S. 110; *Sieber*, ZStW 103 (1991), 957, 971, ist der Satz *nullum crimen, nulla poena sine lege* Ausprägung sowohl des Rechtsstaats- als auch des Demokratieprinzips; vgl. auch *Hassemer/Kargl*, in: NK, § 1 Rn. 10; zur durch den Satz *nulla poena sine lege* zum Ausdruck gebrachten Komponente der demokratischen Legitimation siehe ausführlich *Grünwald*, ZStW 76 (1964), 1, 13 ff.; diese Herleitung ist jedoch nicht unumstritten; vgl. zu diesem Streit *Lackner/Kühl*, § 1 Rn. 1.

831 Siehe zu diesem Argument die Darstellung bei *Böse*, Strafen und Sanktionen, S. 90 ff.; *Satzger*, Europäisierung, S. 121 ff.; *ders.*, ZRP 2010, 137, 139; vgl. ferner bereits oben 2. Kapitel C. I.

832 Vgl. dazu *Satzger*, Intern. u. Europ. Strafrecht, 3. Aufl. 2009, § 7 Rn. 25 ff.; ferner ausführlich unten 4. Kapitel A. II. 6.

bezogene Maßnahmen der EU ein gravierendes Problem ausgemacht, da die betreffenden Rechtsakte zunächst seit den Verträgen von Maastricht und Amsterdam im Wesentlichen in die so genannte „Dritte Säule“ der Polizeilichen und Justiziellen Zusammenarbeit in Strafsachen<sup>833</sup> und damit in die primäre Rechtssetzungsmacht des Rates nach den Art. 29 ff. EUV a.F. fielen, in diesem Gremium aber die Exekutive, nicht ein Parlament tätig wird.<sup>834</sup>

Hier kann auf die oben<sup>835</sup> bereits angeführte Kritik aus dem Staats- und Verfassungsrecht an der vormals primär gubernativen Rechtssetzung im Rat verwiesen werden, wie sie gerade im Hinblick auf strafrechtliche Maßnahmen vor der Reform von Lissabon noch vorherrschte. Die Strafrechtswissenschaft teilte hier im Wesentlichen die oben genannten Argumente der verfassungsrechtlichen Literatur, wobei jedoch durch den Grundsatz *nullum crimen, nulla poena sine lege* insoweit strafrechtliche Besonderheiten geltend gemacht wurden.<sup>836</sup> Es wurde deshalb moniert, dass die strafrechtsrelevanten Entscheidungen im Rat unter Ausschluss der politischen Öffentlichkeit gefällt und die europäischen Rechtsakte von den demokratisch legitimierten nationalen Parlamenten nur noch umgesetzt würden.<sup>837</sup> Das Strafrecht bedürfe einer „direkten demokratischen Legitimation“<sup>838</sup> durch Parlamentsgesetz, die demokratische Legitimation des strafrechtlichen Rechtssetzungsaktes durch die nationalen Parlamente verkomme jedoch zur reinen Formalie.<sup>839</sup> Denn wenn kein Umsetzungsspielraum bestehe (oder ein solcher nicht genutzt werde), werde das mitgliedstaatliche Parlament zum „Lakaien von Brüssel“<sup>840</sup>. Eine entsprechende Bindung des Parlaments verhindere, dass es den Willen des betreffenden Volkes noch ausreichend repräsentieren könne.<sup>841</sup>

833 Vgl. zur Rechtssetzung durch Rahmenbeschlüsse in der „Dritten Säule“ Satzger, Intern. und Europ. Strafrecht, § 9 Rn. 31.

834 So insbesondere Albrecht, ZRP 2004, 1; Braum, GA 2005, 681, 688 ff.; Lüderssen, GA 2003, 71, 74 f., 84; Schönemann, GA 2004, 193, 200 f.; ders., ZRP 2003, 185 ff.; ders., StV 2005, 681, 83; ders., in: ders., Gesamtkonzept, S. 95 ff.; ders., ZIS 2007, 528, 531; Sieber, ZStW 103 (1991), 957, 970.

835 Oben 2. Kapitel C. III. 1.

836 So etwa Albrecht, ZRP 2004, 1; Braum, GA 2005, 681, 688 ff.; Lüderssen, GA 2003, 71, 74 f., 84; Schönemann, ZRP 2003, 185 ff.; ders., GA 2004, 193, 200 f.; ders., StV 2005, 681, 683; ders., in: ders., Gesamtkonzept, S. 95 ff.; vgl. zu diesem Argument Kreß, ZStW 116 (2004), 445, 448 ff.; F. Meyer, Demokratieprinzip, S. 43 ff.; Satzger, Europäisierung, S. 121 ff.; ausführlich Braum, Europäische Strafgesetzlichkeit, passim.

837 Braum, GA 2005, 681, 689.

838 Schönemann, ZIS 2009, 393; auch ausgeführt von den Autoren in den Grundgedanken des „Alternativentwurfs Europäische Strafverfolgung, in: Schönemann, Alternativentwurf, S. 4.

839 Braum, GA 2005, 681, 689; vgl. auch Schönemann, GA 2004, 193, 201: „mechanischer Kopiervorgang“.

840 Schönemann, StV 2003, 531, 533; ders., GA 2004, 193, 206; ders., StV 2005, 681, 683; ders., ZIS 2007, 535; ders., in: ders., Gesamtkonzept, S. 94; ders., ZIS 2009, 393; ebenso Hefendehl, ZIS 2006, 161, 167; vgl. auch Heger, JZ 2006, 310, 313; ders., Europäisierung des Umweltstrafrechts, S. 130; Rosenau, ZIS 2008, 9, 18.

841 Heger, JZ 2006, 310, 313; Schönemann, GA 2004, 193, 201.

Man sollte bei dieser Darstellung jedoch nicht außer Acht lassen, dass die Kritik sich primär gegen die gubernative Rechtssetzung im Rat richtete,<sup>842</sup> die als nicht ausreichend demokratisch legitimiert angesehen wurde. Denn das Europäische Parlament war vor der Reform des Vertragswerkes in Lissabon und vor den Entscheidungen des EuGH der Jahre 2005<sup>843</sup> und 2007<sup>844</sup>, welche die Strafrechtsangleichung per EG-Richtlinie in der „Ersten Säule“ ermöglichten, an der Rechtssetzung in der „Dritten Säule“ der EU auch tatsächlich noch nicht ausreichend beteiligt. Selbst in der „Ersten Säule“ musste das Europäische Parlament teilweise nur angehört werden.<sup>845</sup> Folgten die nationalen Parlamente sodann wiederum der Verpflichtung zur Umsetzung der Rahmenbeschlüsse, so war es theoretisch möglich, dass die Regierung über den Umweg der Verhandlung in Brüssel Gesetzesänderungen durchbringen konnte, für die sie im eigenen Parlament keine Mehrheit gefunden hätte.<sup>846</sup> Dieser Zustand ist durch den Vertrag von Lissabon mit der Auflösung der „Dritten Säule“ und der Überführung des Strafrechts in das allgemeine Rechtssetzungsverfahren unter Beteiligung des Europäischen Parlaments denn auch zu Recht beseitigt bzw. jedenfalls stark verbessert worden.<sup>847</sup>

Es wird jedoch auch in der Strafrechtswissenschaft darauf verwiesen, dass es auf europäischer Ebene an einem europäischen „Staatsvolk“ fehle, das strafrechtliche Rechtsakte legitimieren könne.<sup>848</sup> Wird diese Annahme zu Grunde gelegt, so fixiert sich wiederum der Blick auf die Legitimation durch das mitgliedstaatliche Volk und damit auf dessen hinreichende Mitwirkung in der Legitimationskette bei der strafrechtsbezogenen Rechtssetzung. Bei der Übertragung strafrechtlicher Kompetenzen ist dann besondere Vorsicht geboten, da eine entsprechende Rechtssetzung allenfalls mittelbar demokratisch legitimiert ist.<sup>849</sup>

Das Europäische Parlament kann dann aber schlechterdings keine Abhilfe schaffen und ein eventuelles Demokratiedefizit der Strafrechtssetzung nicht lindern, da

842 Albrecht, ZRP 2004, 1; Deutscher, S. 335 ff.; Lüderssen, GA 2003, 71, 74 f.; ders., in: Schönemann, Alternativentwurf, S. 48; Schönemann, ZRP 2003, 185, 188; ders., StV 2003, 531, 532; ders., GA 2004, 193, 200 f.; ders., StV 2005, 681, 683 f.; kritisch dazu Krefß, ZStW 116 (2004), 445, 451, der auf die deutsche Verfassungswirklichkeit verweist, die ebenfalls gubernativ geprägt sei.

843 EuGH Slg. 2005, I-7879 – Kommission/Rat (Rs. C-176/03) („Umweltstrafrecht“).

844 EuGH Slg. 2007, I-9097 – Kommission/Rat (Rs. C-440/05) („Meeresverschmutzung“).

845 Dazu Gröbblinghoff, S. 134 f.; Heitzer, S. 160 ff.

846 Vogel, GA 2003, 314, 320.

847 Mylonopoulos, ZStW 123 (2011), 633, 637. Schon Tiedemann, NJW 1993, 23, 28, ging davon aus, dass die Beteiligung des Europäischen Parlaments das Gesetzlichkeitsprinzip erfüllen könne; vgl. auch Gröbblinghoff, S. 136; Selmayr, ZEuS 2009, 637, 661; Vogel, in: Zieschang/Hilgendorf/Laubenthal, S. 54; vgl. ferner Heitzer, S. 160, allerdings mit der Einschränkung, dass Freiheitsstrafen ausgeschlossen sind (S. 165). Lüderssen, in: Schönemann, Alternativentwurf, S. 48, hält hingegen die Stellung des Europäischen Parlaments auch bei Beteiligung in Form der Mitwirkung insbesondere wegen des fehlenden Initiativrechts und der starken Stellung des Ministerrates weiterhin für zu schwach.

848 Noltenius, ZStW 122 (2010), 604, 622 ff.; vgl. auch Satzger, Europäisierung, S. 125 ff., und C. Schröder, S. 129, die aber beide die ergänzende Legitimationswirkung des Europäischen Parlaments anerkennen; vgl. ferner Kubiciel, NSTZ 2007, 136, 140, der aber letztlich eine Anweisung zur Strafrechtssetzung in Richtlinien für ausreichend demokratisch legitimiert hält.

849 Schönemann, ZIS 2007, 535.

es keinen *Demos* vertritt und daher keine demokratische Legitimationskraft hat.<sup>850</sup> Vielmehr wird die Situation verschlimmert, wenn nun nicht mehr im Rahmen der „Dritten Säule“ im Rat einstimmig beschlossen wird. Denn im Rat konnten die Mitgliedstaaten ihr Veto einlegen und dadurch gegebenenfalls immerhin den Willen ihres Staatsvolkes berücksichtigen, wenngleich nur mittelbar. Folglich war auch die Frage, ob eine Richtlinienkompetenz der damaligen EG bestand oder ob nicht vielmehr ausschließlich das Instrument des Rahmenbeschlusses der „Dritten Säule“ mit Vetorecht der Mitgliedstaaten im Rat zur Anwendung kommen sollte, vor der Klärung dieser Frage durch den EuGH stark umstritten.<sup>851</sup> Nach dieser Auffassung musste nämlich einerseits eine Übertragung strafrechtlicher Kompetenzen auf die EU nach Möglichkeit am besten ganz unterbleiben und andererseits eine Harmonisierung des mitgliedstaatlichen Strafrechts, wenn überhaupt, dann ausschließlich im Rat als Vertretungsorgan der Mitgliedstaaten im Einstimmigkeitsverfahren erfolgen.

Hier kann man eine Parallele der Argumentation zur Sicht des BVerfG im Urteil zum Vertrag von Lissabon ausmachen, denn auch dieses sah, wie ausgeführt,<sup>852</sup> primär das deutsche Parlament als echtes demokratisches Legitimationsorgan an. Aus dieser Perspektive scheint es mit der Wesentlichkeitstheorie zu argumentieren, sodass es strafrechtliche Kompetenzen als Kernbereich des deutschen Parlaments erhalten will.<sup>853</sup> Wie oben<sup>854</sup> erläutert, geht es dabei aber einerseits nicht um einen vollständigen Ausschluss strafrechtlicher Befugnisse der EU und andererseits wäre dies unter Berücksichtigung der fehlenden Handlungskapazitäten bei grenzüberschreitenden Sachverhalten oder Rechtsgütern der EU auch gar nicht sinnvoll.

Auch vor der Reform von Lissabon gab es allerdings schon eine Anzahl an Stimmen, die eine demokratische Legitimation der strafrechtsbezogenen Rechtsakte der EG/EU positiv bewerteten.<sup>855</sup> Dieses Ergebnis wurde auf verschiedene Arten begründet.

Erstens wurde bei Rahmenbeschlüssen bzw. Richtlinien schlichtweg die Umsetzung durch die nationalen Parlamente für ausreichend erachtet.<sup>856</sup> Die demokratiethoretischen Bedenken griffen dieser Ansicht nach hinsichtlich der Harmonisierungsakte nicht, da das unmittelbar demokratisch legitimierte Parlament im Mitgliedstaat das konkrete Strafgesetz schaffe. Ausreichend sei, dass die mitgliedstaatlichen Parlamente hinsichtlich der Sanktion über einen Entscheidungsspielraum

850 Siehe bereits oben 2. Kapitel C. III. 3. a).

851 Vgl. dazu statt Vieler nur *Hefendehl*, ZIS 2006, 161, 163 f.; *Pohl*, ZIS 2006, 213 ff.; *Satzger*, Intern. und Europ. Strafrecht, § 9 Rn. 39 m.w.N.; ausführlich dazu unten 4. Kapitel A. II. 6. und 7.

852 Siehe oben 2. Kapitel C. III. 2. a).

853 Siehe oben 2. Kapitel C. IV. 2. a) und b).

854 Siehe oben 2. Kapitel C. IV. 2. b).

855 *Böse*, Strafen und Sanktionen, S. 91; *Heger*, ZIS 2007, 221, 222; *Kubiciel*, NSz 2007, 136, 140; *Sieber*, ZStW 103 (1991), 957, 972; *Vogel*, in: Dannecker, Subventionsbetrug, S. 172; i.E. auch *Satzger*, Europäisierung, S. 132.

856 *Sieber*, ZStW 103 (1991), 957, 972.

verfügen.<sup>857</sup> Die entscheidende Frage sei daher wie detailliert die Vorgaben sein dürfen, damit noch ausreichender Spielraum bei der Umsetzung verbleibt,<sup>858</sup> da eine Richtlinie, die das Ergebnis vorweg nimmt, den mitgliedstaatlichen Parlamenten keinen ausreichenden Spielraum mehr belasse, um eine (alleinige) demokratische Legitimation zu begründen.<sup>859</sup>

Die Zulässigkeit von das Strafrecht harmonisierenden Richtlinien ist zunächst durch die Rechtsprechung des EuGH,<sup>860</sup> sodann aber insbesondere durch die Änderung der Zuständigkeitslage und Aufhebung der Säulenstruktur durch den Vertrag von Lissabon bestätigt worden. Inzwischen kann nicht mehr zweifelhaft sein, dass die EU zumindest über eine Harmonisierungskompetenz verfügt, da u.a. Art. 83 Abs. 1 AEUV eine solche explizit vorsieht.<sup>861</sup> Ob eine originäre Strafrechtsetzungskompetenz der EU in Form von Verordnungen besteht, ist zwar weiterhin umstritten, nach überwiegender Meinung wurde sie inzwischen jedoch ebenfalls geschaffen, wie noch ausgeführt wird.<sup>862</sup> Die Zulässigkeit von Rahmenbeschlüssen folgte schon seit den Verträgen von Amsterdam unzweideutig aus den Bestimmungen der so genannten „Dritten Säule“.<sup>863</sup> Insofern wies Böse<sup>864</sup> darauf hin, dass es sich beim Einwand des Demokratiedefizites um ein rechtspolitisches Argument handele, dem jedenfalls keine die bereits bestehenden Kompetenzen ausschließende Wirkung zukommen könne. Interessant bleibt es aber für künftige Vertragsreformen.

Zweitens wurden auf europäischer Ebene gubernative Rechtsakte in stärkerem Maße für zulässig erachtet als im Nationalstaat, da immerhin auch in der „Dritten Säule“ durch das Vetorecht der Staaten sowie die Bindung an EMRK und Grundfreiheiten ausreichende „checks and balances“ eingebaut seien.<sup>865</sup> Inzwischen muss man sagen „waren“, da die „Dritte Säule“ – aus demokratietheoretischer Sicht: zu Recht – im Zuge der Reform von Lissabon aufgelöst wurde.<sup>866</sup>

Drittens wurde aber zu Recht auch darauf hingewiesen, dass das deutsche Verständnis demokratischer Legitimation der Strafgesetze nicht ohne weiteres auf die europäische Ebene übertragen werden könne.<sup>867</sup> Vielmehr müsse in der EU auch

857 Tiedemann, FS Roxin, 2001, S. 1404.

858 Sieber, ZStW 103 (1991), 957, 972.

859 Gröblichhoff, S. 135.

860 EuGH Slg. 2005, I-7879 – Kommission/Rat (Rs. C-176/03) („Umweltstrafrecht“); Slg. 2007, I-9097 – Kommission/Rat (Rs. C-440/05) („Meeresverschmutzung“); siehe zu diesen Entscheidungen ausführlich unten 4. Kapitel A. II. 7.

861 Dazu noch unten 4. Kapitel B. I. 2. b) aa).

862 Dazu noch unten 4. Kapitel B. I. 2. a).

863 Siehe dazu unten 4. Kapitel A. II. 6.

864 Böse, Strafen und Sanktionen, S. 91.

865 Vogel, ZStW 116 (2004), 400, 401. Generell weniger kritisch gegenüber gubernativer Rechtssetzung Gärditz, in: Böse, EnzEuR Bd. 9, § 6 Rn. 10.

866 Siehe dazu noch unten 4. Kapitel A. II. 9.

867 Satzger, Europäisierung, S. 129 – dagegen etwa Fromm, Der strafrechtliche Schutz der Finanzinteressen, S. 237 ff.

eine andere Form der demokratischen Legitimation möglich sein, nämlich eine Mehrebenendemokratie unter Einsatz eines doppelten Legitimationsstranges.<sup>868</sup> Folglich sei als „Parlament“ im Sinne des *nullum crimen*-Satzes ein „parlamentarisches Ganzes“ aus Europäischem Parlament und nationalstaatlichen Parlamenten anzusehen.<sup>869</sup> Im Übrigen wurde angezweifelt, dass der EuGH überhaupt einen Parlamentsvorbehalt anerkannt habe.<sup>870</sup> Vielmehr sei seinen Entscheidungen lediglich ein Bestimmtheitsgebot sowie ein Rückwirkungs- und Analogieverbot zu entnehmen.<sup>871</sup>

Wenn, wie hier, davon ausgegangen wird, dass die EU grundsätzlich demokratiefähig ist und auch das Europäische Parlament demokratische Legitimation für europäische Rechtsakte vermitteln kann, so folgt daraus zweierlei: Erstens wird die unmittelbare demokratische Legitimierung von Strafvorschriften auch auf der Ebene der EU möglich. Dann kann es aber zweitens nicht mehr ausschließlich oder primär auf die Legitimation durch das nationale Parlament ankommen. Sofern und soweit die kriminalpolitische Entscheidung, sei es für eine Richtlinie, sei es gar für eine unmittelbar wirkende Verordnung, auf europäischer Ebene fällt, wird vielmehr die dortige demokratische Legitimation entscheidend. In diesem Sinne ist konsequenterweise zu fordern, dass neben dem Rat das Europäische Parlament an der strafrechtsbezogenen Rechtssetzung beteiligt wird, da es sich um wesentliche Grundrechtseingriffe handelt.<sup>872</sup> Da diese Mitwirkung durch das Vertragswerk von Lissabon eingerichtet wurde, indem auch im Hinblick auf die das Strafrecht betreffenden Kompetenzen regelmäßig das Verfahren der Mitentscheidung des Europäischen Parlaments gilt, ist ein entscheidender Schritt erfolgt.<sup>873</sup> sodass auch auf europäischer Ebene längst nicht mehr von einer rein gubernativen Gesetzgebung gesprochen werden kann. Dadurch können die verschiedenen Legitimationsstränge komplementär zusammenwirken<sup>874</sup> und auch Verordnungen ausreichend legitimiert werden, ohne dass das nationale Parlament diese umsetzen muss. Berechtigt bleiben dann jedoch trotzdem Forderungen nach einer Verbesserung der Struktu-

868 Satzger, Europäisierung, S. 131 f.; vgl. insbesondere auch Gärditz, in: Böse, EnzEuR Bd. 9, § 6 Rn. 11.

869 Satzger, Europäisierung, S. 132.

870 Hugger, S. 70 ff.

871 Hugger, S. 70 f.

872 So etwa die European Criminal Policy Initiative, Manifest zur Europäischen Kriminalpolitik, Unterpunkt I. 4. c), ZIS 2009, 697, 698; Prittowitz, in: Ambos, Europ. Strafrecht, S. 35; Vogel, GA 2003, 314, 332; auch Satzger, Intern. und Europ. Strafrecht, § 9 Rn. 56, begrüßt, „dass mit der Ausdehnung des Mitentscheidungsverfahrens nun das Europäische Parlament in seiner Rolle als Gesetzgeber gestärkt wurde“; vgl. auch ders., ZRP 2010, 137, 139; ders., in: Sieber/Brüner/Satzger/v. Heintschel-Heinegg, § 1 Rn. 18; ebenso Mitsilegas, S. 159; eine demokratische Legitimation durch das Europäische Parlament anerkennend ferner Fromm, EG-Rechtssetzungsbefugnis, S. 72; Sieber, in: Sieber/Brüner/Satzger/v. Heintschel-Heinegg, Einführung Rn. 165; Tiedemann, NJW 1993, 23, 28; ders., FS Roxin, 2001, S. 1406; Vogel, in: Ambos, Europ. Strafrecht, S. 44; Walter, ZStW 117 (2005), 912, 930.

873 Ebenso Fromm, EG-Rechtssetzungsbefugnis, S. 72; Sieber, in: Sieber/Brüner/Satzger/v. Heintschel-Heinegg, Einführung Rn. 165.

874 Vgl. zu den verschiedenen Legitimationssträngen Sieber, ZStW 121 (2009), 1, 50 ff.

ren der demokratischen Rechtssetzung im Europäischen Parlament.<sup>875</sup> So sind etwa das fehlende Initiativrecht oder die Sitzverteilung gewichtige Kritikpunkte.<sup>876</sup> Ferner sind europäische Öffentlichkeit und Meinungsbildung weiter zu entwickeln.

Damit widerspricht das Gesetzlichkeitsprinzip nicht prinzipiell einer Strafrechtskompetenz der EU-Ebene. Der Bestimmtheitsgrundsatz ist jedoch sowohl bei der deutschen als auch bei der europäischen Rechtssetzung zu beachten<sup>877</sup> und kann sich z.B. bei Blanketten und Verweisungen<sup>878</sup> oder hinsichtlich der Frage der Bestimmtheit von Richtlinien als problematisch erweisen.<sup>879</sup>

#### bb) Europäisches Strafrecht und staatliches Gewaltmonopol

Als weiteres Argument gegen eine Strafgewalt der EU wird angeführt, dass (nur) der Staat über das Gewaltmonopol verfüge.<sup>880</sup> Als Komponente der inneren Souveränität<sup>881</sup> habe es für den Staat besonderes Gewicht.<sup>882</sup> Der lange Prozess der Ausschaltung der Fehde und privaten Ahndung von Verbrechen und der Übergabe des exklusiven Strafmonopols an den Staat ist schließlich eng verbunden mit dessen Entstehung.<sup>883</sup> Zudem ist die Macht zur Durchsetzung des Rechts notwendige Voraussetzung für den Geltungsanspruch des gesetzten Rechts.<sup>884</sup> Der öffentliche Strafanspruch sei daher Kernbestandteil des Staates und seiner Souveränität.<sup>885</sup> Zu deren wesentlichen Elementen zähle die Strafgewalt,<sup>886</sup> zumal die Strafsanktionen das schärfste Mittel der Staatsgewalt darstellen.<sup>887</sup> Strafrechtskompetenzen gelten da-

875 Vgl. z.B. die Vorschläge zur Änderung des Art. III-302 VVE im Alternativentwurf Europäische Strafverfolgung, in: Schünemann, Alternativentwurf, S. 22 f.; dazu *Schünemann*, ZStW 116 (2004), 376, 393.

876 Vgl. etwa *Schünemann*, ZStW 116 (2004), 376, 393 f.; *ders.*, GA 2004, 193, 200.

877 *Satzger*, ZRP 2010, 137, 139; vgl. auch *Tiedemann*, in: *ders.*, Freiburg-Symposium, S. 7.

878 Dazu *Ambos*, Intern. Strafrecht, § 11 Rn. 28 ff.; *Hecker*, Europ. Strafrecht, § 7 Rn. 82 ff.; *Safferling*, Intern. Strafrecht, § 11 Rn. 57 ff.; *Satzger*, Europäisierung, S. 249 ff.; *ders.*, Intern. u. Europ. Strafrecht, § 9 Rn. 66 ff.; *ders.*, JuS 2004, 943, 948; siehe dazu noch unten 4. Kapitel C. I. 2.

879 Vgl. dazu unten 4. Kapitel C. I. 4.

880 Vgl. zu diesem Argument *Heger*, Recht und Politik 2012, 88, 89; *F. Meyer*, Demokratieprinzip, S. 46 ff.

881 Siehe bereits oben 2. Kapitel C. IV. 1. a).

882 *Satzger*, Europäisierung, S. 157; vgl. auch *Rosenau*, ZIS 2008, 9, 19; zu dieser Argumentation auch *Fromm*, EG-Rechtssetzungsbefugnis, S. 11; *Heger*, Recht und Politik 2012, 88, 89.

883 *Heger*, in: *Giegerich*, S. 163; *ders.*, Recht und Politik 2012, 88, 89; vgl. auch *Ligeti*, S. 36 f.; *Lüderssen*, GA 2003, 71.

884 *Landau*, NStZ 2007, 121, 126.

885 *Jung/Schroth*, GA 1983, 241, 253; vgl. zu diesem Argument auch *Fromm*, Der strafrechtliche Schutz der Finanzinteressen, S. 200 ff.; *Heger*, Recht und Politik 2012, 88, 89; *F. Meyer*, Demokratieprinzip, S. 47.

886 *Heger*, in: *Giegerich*, S. 163 f.; *Jung/Schroth*, GA 1983, 241, 253; *Landau*, NStZ 2007, 121, 127.

887 *Hefendehl*, ZIS 2006, 161; *Jung/Schroth*, GA 1983, 241, 253.

her als Ausdruck von staatlicher Souveränität.<sup>888</sup> Der Staat gewährleistet Sicherheit und Freiheit,<sup>889</sup> indem er das Strafrecht nur als *ultima ratio* zur Verteidigung bestimmter Rechtsgüter gegen für die Gesellschaft besonders gefährliche Verhaltensweisen einsetzt.<sup>890</sup> Der Einzelne kann sich damit möglichst frei entfalten, wird im Rahmen des staatlich gesetzten Rechts dabei vor Übergriffen Dritter geschützt und muss Einbußen seiner Freiheit nur insoweit hinnehmen als die Ausübung derselben wiederum Rechtsgüter anderer beeinträchtigt. Somit schützt der Staat als Friedensordnung die Gemeinschaft der in ihm vereinigten Menschen und ihre grundlegenden Werte.<sup>891</sup> Das BVerfG formulierte: „Souveräne Staatlichkeit steht danach für einen befriedeten Raum und die darin gewährleistete Ordnung auf der Grundlage individueller Freiheit und kollektiver Selbstbestimmung“.<sup>892</sup>

Im deutschen Verfassungsstaat ist dieser Zusammenhang von demokratischer Teilhabe, Menschen- und Grundrechten und Gewaltmonopol des Staates gewährleistet, denn Strafrechtssetzung erfolgt unmittelbar durch das nationale Parlament, welches zudem die Exekutive kontrolliert, während Grund- und Bürgerrechte der Strafgewalt Grenzen setzen. Damit ließe sich anführen, dass das Bestehen eines (souveränen) Staates Voraussetzung jeder Strafgewalt ist,<sup>893</sup> wobei seine Souveränität gegenüber dritten Mächten wiederum das soeben beschriebene Gleichgewicht von Demokratie, Grundrechten und Strafgewalt sichert.

Unversehens befindet man sich also wiederum in der bereits bekannten Diskussion: Kann auch die EU Menschenrechte und demokratische Mitbestimmung bei der Strafrechtssetzung oder sonstigen Ausübung von Strafgewalt gewährleisten oder enteignet sie das Volk (der Mitgliedstaaten) der Souveränität und Teilhabe, indem sie die Entscheidungen auf die Exekutive transferiert und damit dem unmittelbaren demokratischen Prozess entzieht? Diese Fragen sind bereits behandelt und im ersteren Sinne beantwortet worden.<sup>894</sup> Was bedeutet dies aber für die Kriminalstrafgewalt? Wenn sie einen Teil des Gewaltmonopols und damit der (inne-

888 Braum, Europäische Strafgesetzlichkeit, S. 221; Deutscher, S. 312 ff.; Otto, JURA 2000, 98; Rosenau, ZIS 2008, 9, 19; Tiedemann, in: Kreuzer/Scheuing/Sieber, S. 134; Vogel, GA 2003, 314, 319; zu dieser Ansicht auch Esser, Europ. Strafverfahrensrecht, S. 1, 4 (staatliche Souveränität als „schwer zu überwindende psychologische Hemmschwelle“); Fletcher/Löff/Gilmore, S. 5 f.; F. Meyer, ZStW 123 (2011), 1, 3; Sieber, in: Delmas-Marty/Pieth/Sieber, S. 396 ff.; Zuleeg, in: Sieber, Europäische Einigung, S. 41 ff.

889 Landau, NStZ 2007, 121, 127; vgl. zu diesen Komponenten auch Hassemer, ZStW 116 (2004), 304, 311, der sich insbesondere mit der entsprechenden Gewährleistung durch die EU auseinandersetzt.

890 Siehe zum *ultima ratio*-Charakter des Strafrechts bereits oben 1. Kapitel A. II. 1.; vgl. ferner statt Vieler European Criminal Policy Initiative, Manifest zur Europäischen Kriminalpolitik, Unterpunkt I. 2., ZIS 2009, 697, 698; Prittowitz, in: Ambos, Europ. Strafrecht, S. 34; Satzger, ZRP 2010, 137, 138; Schünemann, in: ders., Alternativentwurf, S. 78 f.; ders., GA 2004, 193, 197; ders., ZIS 2007, 528, 529; speziell im Hinblick auf das Umweltstrafrecht Heger, Europäisierung des Umweltstrafrechts, S. 90; zur Geltung in der EU Melander, EuCLR 2013, 45, 47 ff.

891 Vgl. dazu F. Meyer, Strafrechtsgenese, S. 642.

892 BVerfGE 123, 267, 346.

893 Schünemann, ZIS 2007, 535, allerdings unter Berufung auf die nicht ausreichende demokratische Legitimation.

894 Siehe oben 2. Kapitel C. III. 2. b) und C. IV. 1. f).

ren) Souveränität bildet, ist es konsequent, auch sie im Ausgangspunkt bei den Bürgerinnen und Bürgern anzusiedeln.<sup>895</sup> Denn diese sind Träger der Souveränität und daher auch der Strafgewalt, die sie dem Staat übertragen. Da der Staat kein Selbstzweck ist, sondern eine bestimmte Form der Verwirklichung der bürgerlichen Freiheit und Selbstbestimmung,<sup>896</sup> erscheint es dann aber keineswegs ausgeschlossen, dass die Bürgerinnen und Bürger auch jenseits des Staates Strafgewalt legitimieren.<sup>897</sup>

Gegen diese Annahme lässt sich das Selbstverständnis des Staates als Träger der Strafgewalt<sup>898</sup> nicht Gewinn bringend ins Feld führen. Gleichwohl erklärt sich aus dieser historisch gewachsenen Verbindung von Staat und Strafgewalt die Abneigung der Mitgliedstaaten zur Übertragung von strafrechtlichen Kompetenzen.<sup>899</sup> Wie oben<sup>900</sup> erläutert, ist staatliche Souveränität heute jedoch vielfach relativiert.<sup>901</sup> In bestimmten Feldern ist der Staat alleine gar nicht mehr in der Lage, das Ziel der Gewährleistung von Sicherheit und Freiheit zu erreichen,<sup>902</sup> weil die Täter und Taten durch Internationalisierung der Wirtschaft und Öffnung der Grenzen seinem Einfluss entgleiten. Er muss daher für eine effektive Strafverfolgung transnationale Bündnisse eingehen und ist schon seit geraumer Zeit in verschiedene rechtliche Mehrebenensysteme eingetreten, in welchen auf verschiedenen Ebenen Recht geschaffen wird.<sup>903</sup>

In dieser Hinsicht klingt das Berufen auf seine Souveränität zur Abwehr supranationaler Befugnisse nicht nur antiquiert,<sup>904</sup> sondern es ist sogar kontraproduktiv, da der Staat hier gar nicht hinreichend souverän handeln kann, sondern der Kooperation bedarf.<sup>905</sup> Insofern gilt, was schon für das Demokratieprinzip ausgeführt wurde: Die Übertragung von Kompetenzen auf die supranationale Ebene ist dann keine Schwächung der Staaten, sondern erhöht ihre Möglichkeiten zur effektiven Strafverfolgung.<sup>906</sup> Auch aus der Sicht der demokratischen Selbstbestimmung des Volkes kann dann nichts anderes gelten, denn diese wird in bestimmten Bereichen transnationaler Kriminalität ebenfalls nur auf der supranationalen Ebene erreicht.

895 So insbesondere und mit ausführlicher Begründung *F. Meyer*, Strafrechtsgenese, S. 640 ff., 660 ff.; ferner *ders.*, ZStW 123 (2011), 1, 4f.

896 Siehe oben 2. Kapitel C. IV. 1. g).

897 *F. Meyer*, Strafrechtsgenese, S. 660.

898 Zu diesem Zusammenhang von Selbstverständnis des Staates und Strafgewalt *Jung/Schroth*, GA 1983, 241, 242; *Weigend*, ZStW 105 (1993), 774, 785.

899 *Deutscher*, S. 315 f., 399; *Heger*, in: Giegerich, S. 163; *Weigend*, ZStW 105 (1993), 774, 785; vgl. auch *Jung/Schroth*, GA 1983, 241, 242.

900 Oben 2. Kapitel C. IV. 1. b).

901 *Satzger*, Europäisierung, S. 158; vgl. auch *Deutscher*, S. 395 ff.; *Tiedemann*, ZStW 116 (2004), 945, 956; *Zuleeg*, in: Sieber, Europäische Einigung, S. 42.

902 *Heger*, Europäisierung des Umweltstrafrechts, S. 18.

903 Vgl. auch *Vogel*, GA 2002, 517, 520; siehe auch schon oben 2. Kapitel C. IV. 1. b).

904 Dies meint auch *Weigend*, ZStW 105 (1993), 774, 785.

905 Siehe oben 2. Kapitel C. IV. 1. b).

906 *Vogel*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, 51. EL 2013, Art. 83 AEUV Rn. 19: Die Staatlichkeit werde im Ergebnis gestärkt; vgl. auch *Heger*, Europäisierung des Umweltstrafrechts, S. 18.

Zudem würde die Behauptung einer Souveränitätsreserve der Mitgliedstaaten im Hinblick auf das Strafrecht der Realität heute keineswegs entsprechen.<sup>907</sup> Nicht nur verfügt die EU inzwischen über Einzelermächtigungen zur Strafrechtssetzung per Verordnung oder zur Harmonisierung des nationalen Rechts,<sup>908</sup> sondern das europäische Recht hat schon seit langem einen starken Einfluss auf das nationale Strafrecht,<sup>909</sup> sodass es kaum als eine der „letzten Bastionen mitgliedstaatlicher Souveränität“<sup>910</sup> bezeichnet werden kann.

*Vogel* argumentiert gegen die Verknüpfung von Strafgewalt und Staatlichkeit daher zutreffend aus zwei verschiedenen Richtungen: Dass Strafrecht und Staat nicht untrennbar verbunden seien, belege einerseits das internationale Strafrecht, sodass die Strafgewalt schon länger nicht mehr einzig in der Hand der Mitgliedstaaten liege.<sup>911</sup> Andererseits zeige die nicht bestrittene Staatlichkeit der Gliedstaaten in Deutschland trotz kaum bestehender Befugnisse zur Strafgesetzgebung, dass es auch Staaten ohne Strafgesetzgebungskompetenz geben könne.<sup>912</sup>

In der EU ist bislang das Gewaltmonopol der Mitgliedstaaten insofern erhalten geblieben, als sie für den Vollzug des Unionsrechts sowie für die Aburteilung von Straftaten (noch) alleine zuständig sind.<sup>913</sup> Ein vollständiger Verlust der Strafgewalt im Sinne einer umfassenden Zentralisierung der Rechtssetzung und der Strafverfolgung ist auch nicht zu erwarten, sondern nur eine partielle Übertragung strafrechtsbezogener Einzelkompetenzen, zumal die Maßgabe des Subsidiaritätsprinzips zu beachten ist.<sup>914</sup> Damit wären aber diesbezügliche Befürchtungen – zumindest nach derzeitigem Stand – nicht begründet. Da diese Arbeit aber nicht nur positivistisch den Ist-Zustand beurteilen, sondern sich auch an möglichen Perspektiven orientieren will, muss sie sich der Frage der Übertragung von Strafrechtskompetenzen auf die zentrale Ebene der EU aus zwei Richtungen nähern: (1) Ist dies (verfassungs-)rechtlich grundsätzlich möglich, (2) welche Gründe sprechen rechtspolitisch dafür oder dagegen? An dieser Stelle der Untersuchung interessiert zunächst nur die erste Frage. Nach dem bisher Ausgeführten ist sie zu bejahen. Ob dennoch triftige Gründe für die Erhaltung von Gesetzgebungskompetenzen der Mitgliedstaaten im Hinblick auf das materielle oder das prozessuale Recht bzw.

907 Böse, GA 2006, 211, 212; *Pohl*, ZIS 2006, 213; *Satzger*, Europäisierung, S. 158; *ders.*, Intern. u. Europ. Strafrecht, § 9 Rn. 1 ff.; siehe bereits oben 2. Kapitel C. IV. 2. a).

908 Siehe dazu unten 4. Kapitel B. I. 2. a) und b).

909 Siehe dazu unten 4. Kapitel C. I.

910 *Pohl*, ZIS 2006, 213; zum Zusammenhang von Strafrecht und nationalstaatlicher Souveränität vgl. nur *Heger*, in: Giegerich, S. 163 ff.; *F. Meyer*, Demokratieprinzip, S. 46 ff.

911 *Vogel*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, 51. EL 2013, Art. 83 AEUV Rn. 19; vgl. auch *Gärditz*, in: Böse, EnzEuR Bd. 9, § 6 Rn. 10; *Heger*, Europäisierung des Umweltstrafrechts, S. 17; dem stimmt auch *Rosenau*, ZIS 2008, 9, 19, grundsätzlich zu, zieht jedoch aus dem Römischen Statut den Schluss, dass eine vom Nationalstaat gelöste Strafgewalt gerade nicht umfassend sein könne.

912 *Vogel*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, 51. EL 2013, Art. 83 AEUV Rn. 19.

913 *Heger*, in: Giegerich, S. 163; *F. Meyer*, Strafrechtsgenese, S. 338; *Pernice*, AöR 136 (2011), 185, 198 f.; vgl. ferner unten 4. Kapitel B. II. 1. und 2.

914 Vgl. auch *Böse*, GA 2006, 211, 213; ferner unten 6. Kapitel B.

ihres Vollzugsmonopols streiten, wird noch erörtert.<sup>915</sup> Schließlich gewährleistet auch die EU inzwischen einen entsprechenden hohen Grundrechtsstandard,<sup>916</sup> wie es auch das BVerfG nach anfänglichem Zögern anerkannt hat.<sup>917</sup> Auch wenn also ein besonders enges Verhältnis zwischen Straf- und Strafverfahrensrecht mit den Grundrechten besteht,<sup>918</sup> so kann deren Schutz nicht nur auch auf europäischer Ebene geleistet werden, sondern es mag zuweilen gerade die allgemeine Sicherung von Menschenrechten eine zentral gesteuerte Reform etwa des einzelstaatlichen Strafprozessrechts erfordern.<sup>919</sup>

### cc) Europäisches Strafrecht und Kulturbindung

In eine ähnliche Richtung geht ein dritter Einwand, mit dem die Befürchtung eines Verlustes der nationalen (Strafrechts-)Kultur geäußert wird.<sup>920</sup> Diese Bedenken können in zwei verschiedenen Richtungen interpretiert werden.<sup>921</sup>

Zum einen kann damit tatsächlich eine spezifische Strafrechtskultur gemeint sein, welche etwa in der Dogmatik des nationalen Rechts und der spezifischen Ausformulierung der Tatbestände zum Ausdruck kommt. Fraglos bestehen zwischen den Strafrechtsordnungen der Mitgliedstaaten teilweise interessante dogmatische Unterschiede, etwa im Hinblick auf allgemeine Regeln wie Täterschaft und Teilnahme oder die Frage der Strafbarkeit von Unternehmen<sup>922</sup> oder auch im Besonderen Teil hinsichtlich der Ausgestaltung der Normen.<sup>923</sup> Insbesondere das Strafverfahren gilt oftmals als besonderes Beispiel für wesentliche Unterschiede,<sup>924</sup> etwa zwischen dem Geschworenenprozess in Ländern, die in der Tradition des *common law* stehen, und dem deutschen Strafprozess mit seiner starken Verfahrensstellung des Richters. Es erscheint allerdings zweifelhaft, ob eine bestimmte mitgliedstaatliche Rechtsordnung einen so viel höheren Standard erreicht hat als

915 Siehe unten das 5. und 6. Kapitel.

916 Kritisch dazu allerdings *Braum*, JZ 2000, 493, 498.

917 Vgl. BVerfGE 37, 271 („Solange I“); 73, 339 („Solange II“); 89, 155 („Maastricht“).

918 *Heger*, in: Giegerich, S. 168.

919 *Jung/Schroth*, GA 1983, 241, 252.

920 So etwa von *Rüter*, ZStW 105 (1993), 30, 33 ff.; vgl. zur Darstellung dieser Ansicht auch *Esser*, Europ. Strafverfahrensrecht, S. 6; *Gärditz*, in: Böse, EnzEuR Bd. 9, § 6 Rn. 15; *F. Meyer*, Demokratieprinzip, S. 48 ff.; *Satzger*, Europäisierung, S. 159 ff.; *Vogel*, 12 MJ 2 (2005), 125, 128 f.

921 *Weigend*, ZStW 105 (1993), 774, 786.

922 Vgl. dazu etwa *Jung/Schroth*, GA 1983, 241, 250; *Nelles/Tinkl/Lauchstädt*, in: Schulze/Zuleeg/Kadelbach, § 42 Rn. 36 ff. Das deutsche Recht kennt eine solche zwar nicht, sieht aber immerhin in § 30 OWiG die Möglichkeit einer Geldbuße vor; zum europäischen Recht der punitiven Sanktionen, das eine solche ebenfalls kennt, siehe *Tiedemann*, NJW 1993, 23, 30.

923 Vgl. die Beispiele bei *Tiedemann*, in: Kreuzer/Scheuing/Sieber, S. 134.

924 Ausführlich *Hörnle*, ZStW 117 (2005), 801; vgl. auch *Esser*, Europ. Strafverfahrensrecht, S. 4 ff.; *Heger*, Recht und Politik 2012, 88, 89; ferner *Fletcher/Löff/Gilmore*, S. 7 ff., die sich allerdings auch skeptisch hinsichtlich dieser Unterscheidungen zeigen; zu den Unterschieden der Systeme in den Niederlanden, Schweden und Spanien vgl. *Perron*, ZStW 112 (2000), 202, 211 ff.

andere, dass ihre Dogmatik unaufgebbar wäre.<sup>925</sup> Erkennt man an, dass die Nationalstaaten heute ähnlichen Problemen gegenüberstehen, so bietet die Rechtsvergleichung mit anderen Rechtsordnungen vielmehr die Chance, nach besseren Lösungen zu suchen.<sup>926</sup>

Zum anderen kann der entsprechende Vorbehalt aber auch so verstanden werden, dass er die besonders enge Beziehung des Strafrechts zur Kultur eines Staates, also einer bestimmten Gemeinschaft, ausdrücken will.<sup>927</sup> So erklärte auch das BVerfG seinen Kompetenzvorbehalt damit, dass die Strafrechtspflege „von kulturellen, historisch gewachsenen, auch sprachlich geprägten Vorverständnissen [...] abhängig“ sei.<sup>928</sup> Schon *Montesquieu* ging davon aus, dass Recht generell kulturell determiniert sei.<sup>929</sup>

Durch die (Ent-)Kriminalisierung bestimmter Erscheinungsformen des modernen gesellschaftlichen Lebens kommen die Einstellung einer Gesellschaft und ihr besonderes Verhältnis zu Freiheit und Sicherheit zum Ausdruck. Strafrecht ist ein besonders politisches, aber auch emotional aufgeladenes Feld.<sup>930</sup> Strafflosigkeit oder Strafbarkeit der Sterbehilfe, des Drogenkonsums, einzelner sexueller Praktiken oder des Schwangerschaftsabbruches kennzeichnen die Einstellung einer bestimmten Gemeinschaft besonders stark.<sup>931</sup> Diese Verbindung von Kultur und Strafrecht kann hier nicht ausführlich behandelt werden, sondern bietet Stoff für eigene Untersuchungen.<sup>932</sup>

Auch wenn diese Hinweise grundsätzlich zutreffen könnten, sind sie als Fundamentaleinwand gegen jegliche Übertragung strafrechtsbezogener Befugnisse auf die

925 Kritisch auch *F. Meyer*, Demokratieprinzip, S. 126; *Vogel*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, 51. EL 2013, Art. 83 AEUV Rn. 19.

926 Vgl. *Zieschang*, ZStW 113 (2001), 255, 263 f., der zudem darauf hinweist, eines der Wesensmerkmale der Rechtsvergleichung sei der „Abbau nationaler Vorurteile“ (S. 269). Daher liege in der Europäisierung des Strafrechts eine Chance für die Strafrechtswissenschaft (S. 270).

927 So etwa *Hefendehl*, ZIS 2006, 161; *Rüter*, ZStW 105 (1993), 30, 33 ff.; *Weigend*, ZStW 105 (1993), 774, 785 f.; vgl. ferner *Hecker*, JA 2002, 723, 729; *Jung/Schroth*, GA 1983, 241, 242 f.; *Sieber*, ZStW 105 (1991), 957, 963; *Streng*, in: *Zieschang/Hilgendorf/Laubenthal*, S. 143; deutlich zurückhaltender *Heger*, in: *Giegerich*, S. 164 ff.; kritisch *Schünemann*, ZIS 2007, 528, 529; vgl. dazu auch *Satzger*, Europäisierung, S. 159 ff.

928 BVerfGE 123, 267, 359 f.

929 *Montesquieu* (1748), Band I, 1. Buch, 3. Kap., Reclam-Ausgabe, S. 104. *Rüter*, ZStW 105 (1993), 30, 33, 44, verweist ferner auf die Aussage von *Savigny*, Recht werde nicht gemacht, sondern wachse mit dem Volke; daher blieben Unterschiede solange erhalten, wie die Völker Europas ihre „Eigentümlichkeit“ noch nicht verloren hätten; vgl. auch *F. Meyer*, Demokratieprinzip, S. 48; *Weigend*, ZStW 105 (1993), 774, 786. *Schöler*, S. 111, führt hingegen an, *Savigny* habe sich nicht grundsätzlich gegen Kodifikationen ausgesprochen, sondern sich auf das Zivilrecht beschränkt.

930 *Tiedemann*, in: *Kreuzer/Scheuing/Sieber*, S. 134.

931 Vgl. die Beispiele bei *Hecker*, JA 2002, 723, 729; *Rüter*, ZStW 105 (1993), 30, 35 ff.; *Satzger*, Europäisierung, S. 160 f.; nach *Tiedemann*, in: *Kreuzer/Scheuing/Sieber*, S. 134, ist der BT ein „negativ formulierter Spiegel der Werte und Werthaltungen einer Gesellschaft“; vgl. auch *Filopoulos*, S. 20 ff., zum Strafrecht als „Faktor sozio-kultureller Gegebenheiten“; ferner *Landau*, NSStZ 2013, 194, 196.

932 Vgl. nur *Valerius*, Kultur und Strafrecht, passim; zu kulturellen Hintergründen der Unterschiede der Strafverfahrensordnungen *Hörnle*, ZStW 117 (2005), 801; vgl. auch die Länderberichte zu den einzelnen Strafverfolgungssystemen der Mitgliedstaaten bei *Ligeti*, Prosecutor, S. 7 ff.

EU dennoch untauglich. Denn (Straf-)Recht ist heute regelmäßig demokratisch gesetzt (*mala prohibita*) und nicht schlichtweg kulturell-determiniertes oder durch Tradition gewachsenes Recht.<sup>933</sup> Es ist also nicht unbedingt eine nationale Kultur, die strafrechtliche Bestimmungen schafft, sondern ein demokratisch gewähltes Parlament,<sup>934</sup> welches zwar die aktuellen Ansichten der Bevölkerung repräsentiert, aber nicht an eine bestimmte Tradition gebunden ist. Selbst in auf dem *common law* aufbauenden Ländern werden zunehmend Strafgesetze geschaffen.<sup>935</sup> Das bedeutet aber wiederum, dass das Strafrecht zumindest vom Grundsatz her zur Disposition des demokratisch legitimierten Gesetzgebers steht, jedenfalls im Rahmen der freiheitlich-rechtsstaatlichen Grenzen als *ultima ratio*.<sup>936</sup> Es gibt dann keine Kultursperre, die eine Strafrechtssetzung per se verhindern könnte.

Damit stellt sich wiederum die Frage, ob auch auf europäischer Ebene in demokratischer Weise Recht gesetzt werden kann. Trifft dies nämlich zu, so kommt es auch in diesem Fall zu einer Selbstbestimmung der Bürgerinnen und Bürger, wenngleich auf einer anderen Ebene. Das Strafrecht kann dann sogar eine integrative Funktion erfüllen.<sup>937</sup> Damit soll nicht verkannt werden, dass der Wertekonsens auf der höheren Ebene schwieriger zu erreichen ist als auf der unteren, da eine wesentlich größere Zahl an Einzelpersonen und Anschauungen zusammengebracht werden muss.<sup>938</sup> Jedoch ist damit eine rechtspolitische Frage der konkreten Kompetenzverteilung angesprochen, die noch zu behandeln ist.<sup>939</sup> Dabei geht es dann gerade um die Entscheidung, ob die dezentrale Ebene des Mehrebenensystems über Befugnisse verfügen soll, um ihre eigenen Werte und Anschauungen auch gesetzgeberisch umsetzen zu können. Aus demokratietheoretischer Perspektive ist die Blockade einer Übertragung strafrechtlicher Befugnisse auf die EU aus Gründen der nationalen Kultur jedenfalls nicht überzeugend.

Faktisch ist heute insbesondere das Nebenstrafrecht in vielen Bereichen schon deshalb weit gehenden Einflüssen der Europäisierung ausgesetzt, weil es als Annex zu zivil- oder verwaltungsrechtlichen Bestimmungen ausgestaltet ist, sodass bei einer Harmonisierung dieses Rechtsgebietes immerhin die Tatbestandsvoraussetzungen der Strafnormen betroffen sind. Denn hier bestimmt das europäische Recht (weitgehend) die der Strafsanktion zu Grunde liegende Primärnorm, d.h. das kon-

933 Heger, in: Giegerich, S. 166; ders., Recht und Politik 2012, 88, 90.

934 Vgl. auch Heger, in: Giegerich, S. 166; ders., Recht und Politik 2012, 88, 90.

935 So ist etwa im Bundesrecht der USA eine Bestrafung nur auf der Grundlage eines Gesetzes möglich; vgl. *United States v. Hudson & Goodwin*, 11 U.S. 32 (1812); *Dubber*, Einführung, S. 13; *Fraser/Weidner*, 1 *Encyclopedia of Crime and Justice* 371, 373 (2002); *Reinbacher*, Das Strafrechtssystem der USA, S. 17, 59.

936 Insoweit weist *Schünemann*, in: ders., Alternativentwurf, S. 78 f.; ders., GA 2004, 193, 197; ders., ZIS 2007, 528, 529, jedoch zu Recht darauf hin, dass der Einsatz des Strafrechts nicht völlig im Belieben des jeweiligen Gesetzgebers steht.

937 Sieber, ZStW 103 (1991), 957, 976.

938 Tiedemann, in: Kreuzer/Scheuing/Sieber, S. 134.

939 Vgl. noch unten S. Kapitel B. II. 1.

krete Ge- oder Verbot.<sup>940</sup> Die Wertentscheidung der Gemeinschaft kann dann allerdings noch in der Wahl der Sanktion bestehen. Daher ist Vorsicht geboten, wenn die faktische Europäisierung als Beleg dafür angeführt werden soll, dass das Strafrecht heute kaum noch Ausdruck einer „unverfälschten nationalen Strafrechtskultur“<sup>941</sup> sei. Denn ein solches Argument birgt eine gewisse Gefahr des Zirkelschlusses, da der Einwand, die nationale Kultur stehe einer Europäisierung des Strafrechts entgegen, damit entkräftet wird, dass es bereits europäisiert wurde.

Es lässt sich jedoch auch generell kaum sagen, dass sämtliche Strafnormen und strafrechtspolitischen Entscheidungen per se in besonderem Maße kulturell geprägt seien.<sup>942</sup> Gerade bei den Normen, die durch die der EU derzeit bereits zustehenden Rechtssetzungskompetenzen betroffen sein können, dürfte dies nicht der Fall sein. Denn sie betreffen einerseits Interessen, Institutionen, Finanzmittel und Politiken der EU und andererseits bedeutsame grenzüberschreitende Delikte wie Terrorismus oder Menschenhandel, über deren Strafwürdigkeit innerhalb der Mitgliedstaaten fraglos Konsens herrscht.<sup>943</sup> Ferner wird darauf hingewiesen, dass die Unterschiede der Allgemeinen Regeln in Europa gar nicht so groß sein müssen, da immerhin über Jahrhunderte in West- und Mitteleuropa mit dem römisch-kanonischen Recht eine gemeinsame Rechtsquelle bestand.<sup>944</sup> Schließlich dürften die Rechtsordnungen aber gerade im Kernbereich des Strafrechts nicht zu stark divergieren.<sup>945</sup> Denn wenn das Strafrecht als *ultima ratio* nur gewichtige Rechtsgüter vor schweren Angriffen schützen soll, so dürfte gerade dort ein Konsens leichter zu erzielen sein.<sup>946</sup>

Im Übrigen hat die EMRK in der Vergangenheit bereits dazu geführt, dass sich Verfahrensrechte herausgebildet haben, die in allen Mitgliedstaaten gelten, sodass dadurch auch eine Nivellierung der Unterschiede im Prozessrecht zu verzeichnen

940 Zu dieser Differenzierung zwischen außerstrafrechtlicher Primärnorm und strafrechtlicher Sekundärnorm ausführlich *Satzger*, Europäisierung, S. 220 ff., 406; *ders.*, in: Tiedemann, Freiburg-Symposium, S. 73; *ders.*, Intern. u. Europ. Strafrecht, § 9 Rn. 14; vgl. auch *Rüter*, ZStW 105 (1993), 30, 36; *Tiedemann*, FS Roxin, 2001, S. 1404.

941 *Böse*, ZIS 2010, 76, 82; vgl. auch *F. Meyer*, NSStZ 2009, 657, 662.

942 *Safferling*, Intern. Strafrecht, § 11 Rn. 7; *Satzger*, Europäisierung, S. 162; *Vogel*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, 51. EL 2013, Art. 83 AEUV Rn. 19; vgl. auch *Sieber*, JZ 1997, 369, 373; *ders.*, GS Schlüchter, 2002, S. 110; generell kritisch zum Kulturargument auch *Gärditz*, in: *Böse*, EnzEuR Bd. 9, § 6 Rn. 17.

943 *Safferling*, Intern. Strafrecht, § 11 Rn. 7; *Vogel*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, 51. EL 2013, Art. 83 AEUV Rn. 19.

944 *Kübl*, ZStW 109 (1997), 777, 786, allerdings auf S. 794 auch etwas skeptischer im Hinblick auf eine gemeinsame strafrechtliche Tradition; *Tiedemann*, in: *Kreuzer/Scheuing/Sieber*, S. 139, sieht hingegen in der Dogmatik des Allgemeinen Teils sogar ein „gemeinsames europäisches Erbe“; vgl. auch *Tiedemann*, in: *ders.*, Freiburg-Symposium, S. 3; ferner *Bacigalupo*, FS Roxin, 2001, S. 1373; *Heger*, in: *Giegerich*, S. 164 ff.; *ders.*, Recht und Politik 2012, 88, 89 f.; *Rosenau*, ZIS 2008, 9, 18.

945 *Fuchs*, ZStW 116 (2004), 368; *Sieber*, GS Schlüchter, 2002, S. 110; dies räumt auch *Landau*, NSStZ 2013, 194, 196, ein.

946 *Sieber*, GS Schlüchter, 2002, S. 110.

ist.<sup>947</sup> Des Weiteren lässt sich gerade deshalb durchaus sagen, dass inzwischen innerhalb der EU zunehmend eine Wertegemeinschaft besteht,<sup>948</sup> die sich auch auf die gemeinsame Achtung der Menschenrechte verständigt hat. Schließlich bilden die Aufklärung und die gemeineuropäischen Grundrechte der EMRK und der GRC einen Boden, auf dem sich ein zentrales europäisches Strafrecht errichten ließe.<sup>949</sup> Ob dieser Grundrechtsschutz in seiner derzeitigen Form ausreichend ist, mag kontrovers zu beurteilen sein. In den gemeinsamen Positionen und menschenrechtlichen Standards erblickt *Sieber*<sup>950</sup> jedenfalls eine ganz gewichtige Kraft, die eine Angleichung des Strafrechts begünstigt.

Letztlich lebt der Einzelne in vielen verschiedenen Gemeinschaften, die als kulturelle Ausprägungen verstanden werden können und von der Familie über das Dorf, den Bezirk, die Stadt, das Land und den Staat schließlich bis zur EU reichen und denen er sich in unterschiedlich starker Loyalität verbunden fühlt.<sup>951</sup> Ein (föderales) Mehrebenensystem muss diese geistige Ausrichtung berücksichtigen.<sup>952</sup> Dies bedeutet jedoch, dass eben gerade auch eine Anbindung an eine andere politische Ebene möglich ist, wenn dies die demokratische Selbstverwirklichung und die Effektivität der Politik gebieten und eine entsprechende Werte-Gemeinschaft besteht oder entsteht. Zudem muss eine Orientierung am kulturellen Zusammenhang der Einzelnen auch nicht unbedingt für eine nationale Kompetenz streiten, sondern könnte vielmehr eine weitere Dezentralisierung auf einer unteren Ebene erfordern, wie dies etwa in den USA der Fall ist, indem die Einzelstaaten aufgrund der dezentralen Strafrechtssetzungsbefugnis die jeweiligen rechtspolitischen Vorstellungen durchsetzen können.<sup>953</sup> Ein Diskurs über gemeinsame Probleme und strafrechtliche Lösungen muss den Einsatz solcher Kompetenzen freilich jeweils begleiten.<sup>954</sup>

947 Kommission, Grünbuch zum Schutz der finanziellen Interessen der Europäischen Gemeinschaften und zur Schaffung Europäischen Staatsanwaltschaft; KOM (2001) 715 endg., S. 29; auch *Tiedemann*, ZStW 116 (2004), 945, betont den Einfluss des Europarates auf den Annäherungsprozess der europäischen Strafrechtsordnungen; vgl. ferner *Hauck*, in: Böse, EnzEuR Bd. 9, § 11 Rn. 8 ff.; *Polakiewicz*, ZEuS 2010, 1, 3 ff., zur Bedeutung der Verfahrensgarantien der EMRK; ausführlich *Esser*, Europ. Strafverfahrensrecht, S. 3 ff. und passim.

948 Dazu oben. 2. Kapitel C. III. 3. b) aa).

949 *Sieber*, in: Delmas-Marty, Corpus Juris, S. 10; *ders.*, in: *Sieber/Brüner/Satzger/v. Heintschel-Heinegg*, Einführung Rn. 179; vgl. auch *Tiedemann*, FS Lenckner, 1998, S. 412, zu den „gemeineuropäischen Wurzeln“ des AT.

950 *Sieber*, in: Delmas-Marty/Pieth/Sieber, S. 387 ff.: „common legal positions“.

951 Vgl. auch *Simeon*, 8 Queen's L.J. 131, 136 (1982/83); siehe auch noch unten 5. Kapitel B. II. 3.

952 Vgl. auch *Simeon*, 8 Queen's L.J. 131, 136 (1982/83); siehe unten 5. Kapitel B. II. 3.

953 Siehe dazu unten 3. Kapitel B.

954 Vgl. *Tiedemann*, in: *Kreuzer/Scheuing/Sieber*, S. 138, zu diesbzgl. Entwicklungen in Europa, die auch schon vereinheitlichende Wirkungen gezeigt haben.

### 3. Zusammenfassende Stellungnahme und Perspektiven für diese Untersuchung

Die gegen eine Strafrechtskompetenz der EU hinsichtlich der hier interessierenden Frage der demokratischen Legitimität und (staatlichen) Souveränität ins Feld geführten Thesen lassen sich auf drei – aufeinander bezogene – Grundargumente herunterbrechen, die soeben angeführt wurden:<sup>955</sup> Erstens sei die erforderliche demokratische Legitimation des Strafrechts in der EU nicht (ausreichend) gewährleistet, da einerseits vor der Reform vom Lissabon eine primär gubernative Rechtssetzung im Rat erfolgte, andererseits die EU mangels eines eigenen Volkes aber auch gar nicht eigenständig demokratiefähig sei. Zweitens seien Strafrecht und Staat eng verbunden, sodass eine Übertragung strafrechtlicher Kompetenzen auf überstaatliche Einrichtungen ausgeschlossen sei. Drittens sei gerade das Strafrecht Ausdruck der Kultur eines Staates, was ebenfalls einer Übertragung von Kompetenzen auf eine supranationale Ebene grundsätzlich entgegenstehe.

Es ist zu begrüßen, dass die Literatur die Anfänge strafrechtlicher Rechtssetzung im Rat kritisch begleitet hat. Die Befürchtungen, die mit strafrechtsbezogenen Rechtsakten in der so genannten „Dritten Säule“ verbunden waren, zeigten sich vielfach als begründet. Die Rechtssetzung lief gubernativ-bürokratisch ab und entfernte sich als primär solche der Exekutive vom Volk. Mit Einführung des Mehrheitsprinzips konnten und können auch die nationalen Parlamente ihre diesbezügliche Legitimationsfunktion nicht mehr in ausreichendem Maße alleine ausüben. War aber auch das Europäische Parlament nicht ausreichend beteiligt, so musste dies als problematisch im Hinblick auf die demokratische Legitimation empfunden werden. Sofern aus dieser Tatsache die Forderung nach einem Integrationsstopp in Bezug auf das Strafrecht hergeleitet wird, ist dies jedoch nicht zu unterstützen.

Bedenkt man, dass die Nationalstaaten heute in vielen grenzüberschreitenden Bereichen nicht mehr handlungsfähig sind und dass strafrechtsbezogene Maßnahmen zum Schutz europäischer Institutionen und Rechtsgüter notwendig sein können, so sollte nicht Verweigerung, sondern Verbesserung der Strukturen das Ziel sein. Es ist daher nicht eine Rückübertragung der Kompetenzen an die Nationalstaaten zu fordern, sondern vielmehr müssen die demokratischen Strukturen auf der europäischen Ebene gestärkt werden, damit auch dort, wo es notwendig ist, eine ausreichend demokratisch legitimierte Rechtssetzung erfolgen kann. Diesbezüglich beinhaltet die Vertragsreform von Lissabon bereits entscheidende Fortschritte. Gerade im Bereich des Strafrechts hat diese die demokratische Legitimation der Rechtssetzung auf europäischer Ebene dadurch verbessert, dass die „Gemeinschaftsmethode“ auch auf die „Dritte Säule“ ausgedehnt bzw. Letztere besei-

955 Oben 2. Kapitel C. IV. 2. c); vgl. insbesondere auch die Zusammenfassung bei F. Meyer, Demokratieprinzip, S. 42 ff.; Vogel, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, 51. EL 2013, Art. 83 AEUV Rn. 18.

tigt wurde.<sup>956</sup> Es ist richtig, dass strafrechtliche Normen ausreichend demokratisch legitimiert sein müssen, es ist aber nicht zutreffend, dass dies nur auf nationalstaatlicher Ebene möglich ist.

Demokratie funktioniert dabei in der supranationalen EU nach anderen Prinzipien und nicht nach einem etatistischen Modell.<sup>957</sup> Sie verwirklicht sich in zwei komplementären Strängen, mit wachsender Bedeutung des Europäischen Parlaments. Auch bei der strafrechtsbezogenen Rechtssetzung sind inzwischen Europäisches Parlament und Rat beteiligt. Im Gegensatz zu den Internationalen Organisationen hat die EU durch den Vertrag von Lissabon und die durch diesen etablierte Beteiligung des Europäischen Parlaments die Grundlage für eine ausreichende demokratische Legitimation der Strafrechtssetzung geschaffen.<sup>958</sup>

Daher ist auch der Ansatz des Demokratieschutzes des BVerfG durchaus richtig, zu kritisieren ist jedoch die Fixierung auf den Nationalstaat. Denn die demokratische Mitbestimmung muss idealerweise dort erfolgen, wo die eigentliche Entscheidung über die Kriminalisierung eines bestimmten Verhaltens getroffen wird.<sup>959</sup> Dies kann bzw. muss bei grenzüberschreitenden Sachverhalten oder hinsichtlich des Schutzes supranationaler Rechtsgüter auch die Ebene der EU sein, sofern ein Tätigwerden dort notwendig ist. Man sollte daher aus Gründen des Demokratieschutzes statt einer Betonung der nationalstaatlichen Souveränität lieber für eine Stärkung des Europäischen Parlaments eintreten, denn wirklich demokratisch sind selbst Richtlinien nur dann, wenn die demokratische Mitsprache auch auf der höheren Ebene geschieht, welche die Anweisungen erteilt.<sup>960</sup>

Akzeptiert man, dass Bezugspunkt der Demokratie die Bürgerinnen und Bürger der EU sind, so ist eine demokratische Repräsentation auch auf der Ebene der EU durchaus möglich. Denn hier sind dieselben Bürgerinnen und Bürger vertreten, nur in anderer Funktion. Aus der staatszentrierten Perspektive heraus wird das Europäische Parlament stattdessen nahezu ignoriert.<sup>961</sup> Gegen eine Marginalisierung des Europäischen Parlaments richtet sich denn auch die schärfste Kritik aus dem öffentlich-rechtlichen Schrifttum.<sup>962</sup> Nimmt man dieses hingegen ernst, so kann auch im Hinblick auf Strafgesetze durch das Europäische Parlament bzw. das Zusammenspiel der Parlamente im Verfassungsverbund eine hinreichende Legitimation

956 *Ladenburger*, ZEuS 2011, 389, 393 f.

957 *Nicolaysen*, EuR-Beiheft 2010, 9, 18; vgl. auch *Böse*, GA 2006, 211, 217 f.; *ders.*, ZIS 2010, 76, 79; *Pernice*, AöR 136 (2011), 185, 200 ff.

958 *Sieber*, in: *Sieber/Brüner/Satzger/v. Heintschel-Heinegg*, Einführung Rn. 241; vgl. auch schon *Vogel*, GA 2003, 314, 334.

959 *Böse*, GA 2006, 211, 217.

960 *Böse*, GA 2006, 211, 217.

961 *v. Bogdandy*, NJW 2010, 1, 3; kritisch auch *Nettesheim*, NJW 2009, 2867, 2868 f.; vgl. ferner *F.C. Mayer*, NJW 2010, 714, 715.

962 *Nicolaysen*, EuR-Beiheft 2010, 9, 31: „Im politischen Urteil des BVerfG über das institutionelle Gefüge der Union ist seine unzutreffende Einschätzung des Europäischen Parlaments der größte Fehler“; ferner *Selmayr*, ZEuS 2009, 637, 647 ff.

erzielt werden.<sup>963</sup> Zwar sollte nicht ignoriert werden, dass die derzeitige Ausprägung der Demokratie auf europäischer Ebene noch nicht ihr Ideal erreicht hat, dies ist aber auch in Nationalstaaten nicht immer der Fall und spricht zudem nicht per se gegen eine Demokratiefähigkeit der EU.<sup>964</sup> Gegen eine angeblich besonders schwache Stellung des Europäischen Parlaments wendet Vogel<sup>965</sup> im Übrigen zu Recht ein, dass dieses sogar unabhängiger von den Wünschen des Rates sei als etwa der deutsche Bundestag von der Bundesregierung, da der Rat eben nicht vom Europäischen Parlament gewählt werde, sodass es sich nicht um „seine“ Regierung handle.

Mit der „alten“ Annahme, dass Demokratie am besten oder ausschließlich in kleinen Einheiten funktioniere, lässt sich angesichts großer demokratischer Flächenstaaten wie den USA oder Kanada ebenfalls nicht kategorial argumentieren. Denn grenzüberschreitende und das gesamte System betreffende Probleme können die kleineren dezentralen Einheiten eben gerade nicht lösen. Zuweilen wird aus diesem Grund sogar im Gegenteil angeführt, dass ein großes System demokratischer sei als ein kleines, da es über bessere „Problemlösungskapazitäten“<sup>966</sup> verfüge.<sup>967</sup> Daher liegt es nahe, dass aus Gründen der Effektivität Teilbereiche ausgliedert werden können. Denn es geht um wirksame Konfliktlösung, da die dezentrale Ebene nicht selbst alle Probleme befriedigend bewältigen kann. Dies ist eine entscheidende Funktion des Mehrebenensystems. Es ist dann eine verfassungspolitische Frage, wie viel Macht, nämlich Kompetenzen, insbesondere zur Gesetzgebung, der jeweiligen Ebene zustehen sollen. Diese Entscheidung sollte von den Bürgerinnen und Bürgern, d.h. vom Parlament, getroffen, und nicht vom BVerfG vorgegeben werden.<sup>968</sup>

Auch die apodiktische Verknüpfung von Strafgewalt und (National-)Staat überzeugt heute nicht mehr.<sup>969</sup> Dass die Strafgewalt als *ius puniendi* bislang traditioneller Ausdruck der Staatsgewalt,<sup>970</sup> der „staatlichen Souveränität“, war, liegt nämlich auch daran, dass hoheitliche Gewalt außerhalb des Staates seit dem Entstehen der Nationalstaaten nicht (mehr) existent war. Dies kann sich jedoch ändern, sofern es demokratischer Wille ist, diese auch zentralen Organen der EU einzuräumen. Es ist zwar nicht zu bestreiten, dass die Mitgliedstaaten bislang sehr zurückhaltend waren mit der Übertragung von Strafgewalt, es ist aber eine gänzlich andere Schlussfolgerung, dass diese gar nicht möglich sei. Denn der politische Wille kann sich ändern. Ähnliches gilt für das Gewaltmonopol. Diese Hoheitsgewalt liegt

963 Vgl. auch Satzger, Intern. und Europ. Strafrecht, § 9 Rn. 56.

964 Vgl. F. Meyer, Demokratieprinzip, S. 110 ff.

965 Vogel, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, 51. EL 2013, Art. 83 AEUV Rn. 19.

966 Siehe zu diesem Begriff bereits oben 1. Kapitel B. I.

967 Vgl. Habermas, Zur Verfassung Europas, S. 51; siehe noch unten 5. Kapitel B. I.

968 Kritisch auch Böse, ZIS 2010, 76, 79 f.

969 Vgl. Heger, Europäisierung des Umweltstrafrechts, S. 17 f.

970 Ambos/Steiner, JuS 2001, 9, 10.

zst. noch vollständig bei den Mitgliedstaaten. Gerade hierdurch unterscheidet sich die EU vom Staat.<sup>971</sup>

Wird diese Ausgestaltung des Mehrebenensystems beibehalten, so bleibt den Mitgliedstaaten das Gewaltmonopol im engeren Sinne erhalten, auch wenn bestimmte Rechtssetzungskompetenzen auf die EU übertragen werden. Gleichwohl erscheint es nicht ausgeschlossen, auch hier Änderungen vorzunehmen und etwa Straftaten nach EU-Recht durch zentrale Behörden, wie Europol oder eine europäische Staatsanwaltschaft, verfolgen oder durch ein europäisches Gericht aburteilen zu lassen.<sup>972</sup> Eine am Subsidiaritätsprinzip orientierte Übertragung von Befugnissen trägt zur Effektivität der Strafverfolgung in den Fällen bei, in welchen der Staat alleine nicht mehr fähig wäre, den Rechtsgüterschutz zu gewährleisten.<sup>973</sup>

Schließlich steht auch die angebliche Kulturgebundenheit des Strafrechts einer Kompetenz der EU nicht zwingend entgegen.<sup>974</sup> Denn es lässt sich erstens schon nicht sagen, dass alle strafrechtlichen Normen besonderer Ausdruck der Kultur eines bestimmten Gebietes seien.<sup>975</sup> Hier ist vielmehr zu differenzieren, in vielen Bereichen dürfte die Strafwürdigkeit der Verhaltensweisen in allen Mitgliedstaaten<sup>976</sup> bzw. auf Unionsebene anerkannt sein.<sup>977</sup> Wäre der unbedingte Erhalt der entsprechenden mitgliedstaatlichen Rechtskultur eine unumstößliche Vorgabe, so wäre zudem der Weg des Entstehens einer europäischen (Straf-)Rechtskultur und Rechtseinheit versperrt, welche aber gerade politisch gewünscht sein können. Im Deutschen Reich von 1870/1871 wurde z.B. im Zuge der Nationenbildung in der Rechtseinheit ein Ideal gesehen, nämlich ein Integrationsfaktor der politischen Einheit.<sup>978</sup>

Zweitens kann auch die Kulturgebundenheit nicht vom Grundsatz der Demokratie isoliert werden. Werte und moralisch-ethische Entscheidungen ändern sich und dürfen sich ändern, wenn der demokratisch legitimierte Gesetzgeber eine abweichende Entscheidung trifft. Dies kann aber auch ein „europäischer Gesetzgeber“ sein, d.h. es ist eine verfassungspolitische Entscheidung, ob der zentralen Ebene

971 F.C. Mayer, ZaöRV 63 (2003), 59, 61 f.; Möllers, Staat als Argument, S. 272 ff.; Pernice, AöR 136 (2011), 185, 193, 199.

972 Ebenso Gärditz, in: Böse, EnzEuR Bd. 9, § 6 Rn. 32. Siehe dazu noch unten 6. Kapitel C. IV. 2.

973 Vgl. auch Heger, Europäisierung des Umweltstrafrechts, S. 18.

974 So auch Böse, ZIS 2010, 76, 82. Gärditz, in: Böse, EnzEuR Bd. 9, § 6 Rn. 17, zweifelt sogar an, dass das Strafrecht überhaupt stärker kulturgebunden sei als andere Rechtsgebiete.

975 Safferling, Intern. Strafrecht, § 11 Rn. 7; Satzger, Europäisierung, S. 162; Vogel, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, 51. EL 2013, Art. 83 AEUV Rn. 19; vgl. auch Sieber, JZ 1997, 369, 373.

976 Vgl. auch Heger, in: Giegerich, S. 166.

977 Tiedemann, in: Kreuzer/Scheuing/Sieber, S. 139, bzgl. der Dogmatik des AT sowie bzgl. eines möglichen Konsenses über die Problemlösung mittels Rechtsvergleich (S. 138); vgl. auch Tiedemann, in: ders., Freiburg-Symposium, S. 3 f.; vgl. ferner Kühl, ZStW 109 (1997), 777, 805, bzgl. einer Anpassung des AT.

978 v. Weber, ZRG GA 77 (1960), 288, 296; vgl. noch unten 3. Kapitel A. I. 2. b); sehr kritisch dazu Landau, NStZ 2013, 194, 195: Strafrecht setze Wertekonsens voraus und es gehe daher nicht an, mittels des Strafrechts ein gemeinsames Rechtsgefühl zu stiften.

ne diese Möglichkeit zustehen soll, sie ist aber nicht apriorisch durch eine bereits bestehende dezentrale Kultur ausgeschlossen. Zudem bestehen inzwischen gemeinsame Werte innerhalb der EU.<sup>979</sup> In einer Wertegemeinschaft wie der EU ist dann nicht ersichtlich, warum diese gemeinsamen Grundsätze nicht auch strafrechtlich gesichert werden dürfen.<sup>980</sup> Damit bleibt die Forderung der Berücksichtigung und Wahrung der (kulturellen) Eigenheiten und Wertentscheidungen der dezentralen Ebene ein wichtiges Kriterium bei der verfassungspolitischen Entscheidung über die Kompetenzverteilung, sie bildet aber kein absolutes Ausschlusskriterium dergestalt, dass zentrale Kompetenzen gar nicht möglich wären, sondern darf und muss mit anderen Parametern abgewogen werden.<sup>981</sup>

In der Logik des föderativen Mehrebenensystems, das wiederum in der EU mit dem Subsidiaritätsprinzip seine besondere Prägung erhalten hat, sollen Entscheidungen gerade dort getroffen werden, wo sie die jeweilige Ebene betreffen und von dieser besser geregelt werden können. Sofern ein unionsweiter Konsens besteht und die Interessen der Gesamtheit der Unionsbürgerinnen und Unionsbürger betroffen sind und durch einzelstaatliches Vorgehen nicht ausreichend erreicht werden können, muss also auch die zentrale Ebene tätig werden dürfen. Schließlich sollte insbesondere bedacht werden, dass es z.B. beim Schutz der politischen Institutionen, also etwa des Parlaments, des Rates, der Gerichte und Amtsträger, sowie der Finanzmittel der EU nicht um eine Strafgewalt der Mitgliedstaaten im Hinblick auf deren Rechtsgüter geht, sondern um eigene Rechtsgüter der EU<sup>982</sup> und daher auch um eine eigene Strafgewalt der EU.<sup>983</sup> Es muss jeder – demokratisch legitimierten – Ebene aber möglich sein, gemäß dem international anerkannten Schutzprinzip<sup>984</sup> die eigenen Rechtsgüter zu schützen.<sup>985</sup>

979 Safferling, Intern. Strafrecht, § 11 Rn. 7; Sieber, in: Sieber/Brüner/Satzger/v. Heintschel-Heinegg, Einführung Rn. 179.

980 Classen, in: Oppermann/Classen/Nettesheim, § 37 Rn. 11.

981 Siehe dazu ausführlich unten 5. Kapitel B. I. und II.

982 Eigene Rechtsgüter der EU anerkennend z.B. Bacigalupo, ZStW 116 (2004), 326; Böse, ZIS 2010, 76, 88; Eisele, JA 2000, 896, 897; Gröblichhoff, S. 38 ff.; Hefendehl, in: Schönemann, Alternativentwurf, S. 84; Heger, ZIS 2007, 547, 550; F. Meyer, Demokratieprinzip, S. 123, 125; Satzger, Europäisierung, S. 348; Schönemann, in: ders., Alternativentwurf, S. 80; Sieber, ZStW 121 (2009), 1, 4 f.; ders., in: Sieber/Brüner/Satzger/v. Heintschel-Heinegg, Einführung Rn. 208; Tiedemann, NJW 1990, 2226, 2232; auch Wasmeier, ZStW 116 (2004), 320; ausführlich zu den „genuinen europäischen Rechtsgütern“ Bitzilekis/Kaiafa-Gbandi/Symeonidou-Kastanidou, in: Schönemann, Gesamtkonzept, S. 222 ff., die darunter aber – im Gegensatz zur h.M. – nur die politischen Rechtsgüter fassen – dagegen Spinelis, in: Schönemann, Gesamtkonzept, S. 233 ff., der – wie die h.M. – auch die Finanzmittel einbezieht.

983 F. Meyer, NStZ 2009, 657, 662.

984 Vgl. dazu Ambos, Intern. Strafrecht, § 2 Rn. 5, 7; § 3 Rn. 65 ff.; ders., in: MüKo StGB, Vor § 3 Rn. 31 ff.; Böse, in: NK, Vor § 3 Rn. 19; Eser, in: Schönke/Schröder, Vorbem. §§ 3-9 Rn. 16 ff.; Hecker, Europ. Strafrecht, § 2 Rn. 46; Lackner/Kübl, Vorbem. § § 3 ff. Rn. 2; Satzger, Intern. u. Europ. Strafrecht, § 4 Rn. 9 ff.; Schramm, Intern. Strafrecht, 1. Kapitel Rn. 55; Werle/Jeffberger, in: LK, Vor § 3 Rn. 225 ff.

985 Für ein europäisches Schutzprinzip etwa Satzger, Intern. u. Europ. Strafrecht, § 4 Rn. 18; vgl. auch Oehler, Intern. Strafrecht, Rn. 913; Werle/Jeffberger, in: LK, Vor § 3 Rn. 252; siehe noch unten 4. Kapitel A. IV. 1. sowie 4. Kapitel B. II. 2. a).

An dieser Stelle der Arbeit ging es nur darum, zu überprüfen, ob der Übertragung strafrechtlicher Kompetenzen auf die zentrale Ebene in der EU grundlegende und unüberwindbare Hindernisse aus der Sicht von Demokratieprinzip und Souveränität im Wege stehen. Dies ist nach alledem zu verneinen. Damit ist aber erstens noch nicht entschieden, ob eine solche Zentralisierung der Zuständigkeiten geschehen sollte, da unterschiedliche Determinanten eine entsprechende verfassungspolitische Entscheidung beeinflussen.<sup>986</sup> Hier kommt in jüngerer Zeit etwa der Diskussion um einen ausreichenden Grundrechtsschutz elementare Bedeutung zu.<sup>987</sup> Zweitens mag man daran zweifeln, dass die Voraussetzungen einer hinreichenden demokratischen Willensbildung auf der Ebene der EU bereits erfüllt sind, oder hinterfragen, inwieweit ein ausreichender Konsens über zentral zu schaffende Strafnormen schon zu erzielen ist. Selbst wenn man hier skeptisch ist, können die Lektüre aber fortgesetzt und die hier gefundenen Lösungen unter einen „Solange-Vorbehalt“ gestellt werden.<sup>988</sup>

---

986 Siehe dazu noch unten 5. Kapitel B.

987 Siehe dazu noch unten 5. Kapitel B. IV. und 6. Kapitel B. IV.

988 Vgl. z.B. auch *Sieber*, GS Schlüchter, 2002, S. 114, der seine Forderung nach einem einheitlichen europäischen Strafrecht unter den Vorbehalt einer demokratisch legitimierten europäischen Gesetzgebung stellte.



### 3. Kapitel

## Exemplarische Darstellung der Verteilung strafrechtlicher Kompetenzen in staatlichen Mehrebenensystemen

Im folgenden Kapitel werden in einem komparativen Teil vier Beispiele der Verteilung strafrechtlicher Kompetenzen in existierenden staatlichen Mehrebenensystemen angeführt. In Deutschland, Kanada und in den USA finden sich Bundesstaaten mit einer kodifizierten konstitutionellen Ordnung, welche jeweils auch mehr oder minder konkrete Aussagen über die Verteilung der Zuständigkeit im Hinblick auf das Strafrecht enthält. Bei einer näheren Betrachtung wird allerdings rasch klar, dass alleine der Text der jeweiligen Verfassung nur wenig Auskunft über die tatsächliche Praxis und die Ausprägung der Kompetenzverteilung erteilt. Eine isolierte Behandlung des Textes der jeweiligen Konstitution und eine Loslösung aus dem Umfeld der (Rechts-)Kultur, in welcher sie operiert, wären daher wenig ertragreich.

Denn zum einen ist die Formulierung des Verfassungstextes selbst Ausdruck bestimmter, singulärer Umstände in einem spezifischen historischen Umfeld. Konstitutionelle Ordnung und Grundkonzept der Kompetenzverteilung spiegeln einen zur Zeit ihrer Formulierung bestehenden Konsens innerhalb der Gesellschaft oder jedenfalls der „Autoren“ der Verfassung über die zu integrierenden Werte wider, sodass sie sich nur unter Berücksichtigung der Rahmenbedingungen ihrer Entstehung begreifen lassen. Es wird daher jeweils versucht, die historischen Hintergründe sowie die Grundannahmen der jeweiligen Verfassungsordnung zu skizzieren.

Zum anderen steht die Verabschiedung der Konstitution nur am Anfang eines fortlaufenden Prozesses. Die weitere Entwicklung der Verfassungsordnung, die Evolution der Konstitution und des Staates selbst, sind wiederum Ausdruck ihres spezifischen Rechtsraumes. Betrachtet man die moderne, aktuelle Ausprägung des jeweiligen Systems, so kann sie sich sehr weit vom ursprünglichen Konzept des Kompetenzgefüges entfernt haben. Nicht nur werden bestehende verfassungsmäßige Kompetenzen in verschiedenen historischen und politischen Rahmenbedingungen unterschiedlich (weit) interpretiert, sondern es sind vielmehr selbst in solchen konstitutionellen Ordnungen, welche sich, wie etwa Deutschland oder die USA, ausdrücklich eines Enumerationsprinzips hinsichtlich der Kompetenzverteilung bedienen, in der Folge ungeschriebene Annexkompetenzen oder Zuständigkeiten „kraft Sachzusammenhanges“ oder „kraft Natur der Sache“ anerkannt worden,<sup>1</sup> sodass die Verfassung selbst nur ein unvollständiges Bild bieten mag.

---

1 Zur Unterscheidung und Anerkennung dieser ungeschriebenen (Bundes-)Zuständigkeiten im deutschen Recht vgl. *Badura*, Staatsrecht, Teil F. Rn. 30; *Ipsen*, Staatsrecht I, § 10 Rn. 590 ff.

Viele verschiedene Faktoren und Akteure spielen bei der Entwicklung eine Rolle. Somit reflektiert ein bestimmtes System weniger ein klar definiertes abstraktes Modell als vielmehr die spezifischen historischen, gesellschaftlichen, ökonomischen, kulturellen und politischen Umstände eines Rechtsraumes. Eine bestimmte konstitutionelle Grundordnung hätte in einem anderen gesellschaftlichen und politischen Umfeld durchaus eine andere Entwicklung nehmen können. Damit sind nicht nur formale Änderungen des Verfassungstextes angesprochen, sondern es ist vielmehr auch der Wandel der Verfassung gemeint, welcher durch die Interpretation derselben, insbesondere durch die Gerichte, und die konkrete Staatspraxis bedingt ist.<sup>2</sup> Gerade in Bundesstaaten, in welchen der Verfassungsgerichtsbarkeit regelmäßig eine tragende Rolle hinsichtlich der Auslegung des Verfassungstextes zukommt, haben die obersten Gerichte jeweils Theorien entwickelt, denen ein entscheidender Einfluss auf die Verteilung der Kompetenzen und damit der öffentlichen Gewalt zukommt. So haben die „*Double Aspects Doctrine*“ des kanadischen Verfassungsgerichts oder die „*Dual Sovereignty Doctrine*“ des U.S. Supreme Courts maßgeblich zu einer bestimmten Ausprägung des Systems geführt, welche sich aus der Lektüre des Verfassungstextes nicht ohne weiteres erschließt.<sup>3</sup> Auch das BVerfG hat durch seine großzügige Interpretation etwa der Bedürfnisklausel in Art. 72 Abs. 2 GG a.F. der Unitarisierung des deutschen Bundesstaates Vorschub geleistet.<sup>4</sup> Damit ist aber auch evident, dass unter anderen Voraussetzungen, oder präziser: unter einer anderen Besetzung der Gerichte, auch eine gänzlich andere Form des Staates und der Kompetenzordnung innerhalb desselben hätte entstehen können.

Das Gesagte gilt umso mehr unter Geltung einer nicht-kodifizierten, sondern eher „politischen“ Verfassung,<sup>5</sup> wie derjenigen des Vereinigten Königreiches von Großbritannien und Nordirland. Diese ist schon ihrer Natur nach darauf angelegt, die gesellschaftlichen Veränderungen zu spiegeln und sich stets flexibel den Umständen anzupassen, ohne dass ein formaler Prozess der Verfassungsänderung initiiert werden müsste.<sup>6</sup> Hier haben die Gerichte etwa dem absoluten Vorrang des zentralen Parlaments eine die Jahrhunderte überdauernde Anerkennung zugesprochen.

Daneben haben zweifellos politische Verhältnisse, starke Persönlichkeiten in der Regierung sowie Bürgerkriege oder kriegerische Auseinandersetzungen mit anderen Staaten die Verfassungsordnung maßgeblich geprägt. Der Ausgang des nordamerikanischen Bürgerkrieges oder die zentralistische Politik unter *Franklin D.*

2 Zur Unterscheidung vgl. *Badura*, Staatsrecht, Teil A. Rn. 35; *Willoweit*, § 44 Rn. 1 f.; vgl. zu Auslegung und „stille Wandel“ der Verfassung *Zippelius/Würtenberger*, § 7.

3 Vgl. auch *Jackson/Tushnet*, S. 932.

4 Vgl. dazu *Ipsen*, Staatsrecht I, § 10 Rn. 572 f.

5 *Barendt*, S. 34.

6 *Barendt*, S. 27.

Roosevelts „New Deal“ haben etwa die Bundesebene in den USA entscheidend gestärkt und auch die Auslegung der U.S. Constitution durch die Gerichte beeinflusst. Zudem mag über eine Kompetenzaufteilung lange nicht mehr so heftig gestritten werden, wenn auf zentraler wie dezentraler Ebene dieselbe Partei regiert.<sup>7</sup> Trotz dieser Verankerung der Verfassungsordnung in ihrem jeweiligen speziellen Umfeld, welche jedes System zu einem Unikat macht, kann es dennoch fruchtbar sein, die verschiedenen Systeme zu betrachten und den Versuch zu wagen, sie auf Gemeinsamkeiten und Unterschiede hin zu untersuchen. Denn es lassen sich durchaus gewisse Rückschlüsse auf eventuelle Vorteile oder Schwierigkeiten eines abstrakten Modells bzw. auf die potenzielle Entwicklung unter bestimmten Grundvoraussetzungen, also auf die Anwendungsvoraussetzungen eines Systems, ziehen. Zudem operiert keine Verfassungsordnung ohne historische oder ausländische Vorbilder. Die US-amerikanische Staatsordnung etwa stand vielen bundesstaatlichen Verfassungen Pate, und sei es auch nur zur Abgrenzung.

Auch eine europäische Rechts- und Kompetenzordnung entsteht daher letztlich nicht aus einem Vakuum, sondern aus den gemeinsamen Erkenntnissen, Vorstellungen und Erfahrungen der Mitgliedstaaten. Daher hat der Vergleich mit einigen staatlichen föderalen bzw. quasi-föderalen Mehrebenensystemen durchaus wissenschaftlichen Wert, auch wenn die EU bislang nicht als Staat anzusehen ist. Im Folgenden werden die Grundlagen dieser Systeme geschildert.

---

7 Dies hat sich z.B. auch im Vereinigten Königreich von Großbritannien und Nordirland in den ersten Jahren nach Einführung der *devolution* gezeigt, da die dezentralen Parlamente ohne weiteres gewillt waren, einer zentralen Regelung eines transferierten Bereiches zuzustimmen, solange jeweils *Labour* die Regierung stellte; vgl. zu diesem System noch unten 3. Kapitel D.

## A. Bundesrepublik Deutschland

### I. Konstitutioneller Hintergrund

Die Bundesrepublik Deutschland ist ausweislich Art. 20 Abs. 1 GG ein demokratischer und sozialer Bundesstaat. Sie ist damit zweifellos als Mehrebenensystem für diese Untersuchung qualifiziert. Der deutsche Bundesstaat zeichnet sich durch „zwei Ebenen von Staatlichkeit“<sup>8</sup> aus, wobei die Kompetenzen zwischen der zentralen Ebene (Bund) und der dezentralen Ebene (Länder) im Grundgesetz aufgeteilt sind. Nach dem in Deutschland inzwischen herrschenden staatsrechtlichen Verständnis<sup>9</sup> haben sowohl der Gesamtstaat als auch die Länder Staatsqualität. Die Staatsgewalt ist zwischen den Staatsteilen vertikal aufgeteilt.<sup>10</sup>

*Kelsen*<sup>11</sup> vertrat die Ansicht, dass sich aus der doppelten Staatlichkeit ein dreigliedriger Staatsaufbau ergebe, bestehend aus den Gliedern Länder, Bund und Gesamtstaat. Letzterer umschließe die beiden anderen Glieder und verfüge als Konsequenz auch über eigene, von denjenigen des Bundes abzugrenzende, Organe. Ein solches könnte etwa das BVerfG darstellen.<sup>12</sup> Inzwischen ist diese Sicht aber weitestgehend überholt, da sie als zu formalistisch empfunden wurde, und durch die Theorie vom zweigliedrigen Bundesstaat ersetzt worden, in welchem der Zentralstaat eine Doppelfunktion innehat und seine Organe mit denjenigen des Gesamtstaates identisch sind.<sup>13</sup>

#### 1. Überblick

Will man die durch das deutsche Grundgesetz geschaffene Kompetenzordnung im Strafrecht einem bestimmten Modell zuordnen, so zeigt sich sogleich die Diskrepanz zwischen Verfassungstext und konkreter praktischer Ausgestaltung. Nach der Grundregel des Art. 30 GG liegen sämtliche Kompetenzen bei den Ländern, es sei denn das Grundgesetz weist dem Bund explizite Zuständigkeiten zu. Diese Bestim-

8 *Badura*, Staatsrecht, Teil D. Rn. 69; *Stern*, Staatsrecht I, S. 644; siehe auch schon oben 1. Kapitel B. III. und 1. Kapitel A IV. 3.

9 BVerfGE 1, 14, 34; 36, 342, 360 f.; *Bauer*, in: Dreier, Art. 20 Rn. 31, 35; *Herzog/Grzeszick*, in: Maunz/Dürig, 69. EL 2013, Art. 20 IV Rn. 15, 35; *Huster/Rux*, in: Beck OK GG, Stand: 1.11.2013, Art. 20 Rn. 7; *Isensee*, HStR II, 3. Aufl. 2004, § 15 Rn. 159; *Laufer/Münch*, S. 16; *Sommerrmann*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Art. 20 Rn. 26; *Stern*, Staatsrecht I, S. 667; v. *Münch/Mager*, Rn. 74; *Zippelius/Würtenberger*, § 14 Rn. 5; kritisch aber zur Zeit der Weimarer Republik noch *Kelsen* (1928; Neuauf. 1981), Souveränität, S. 287 ff., der den Bundesstaat nur als einen „Fall des organisationstechnischen Typus des dezentralisierten Staates“ (S. 287) bezeichnete.

10 *Ipsen*, Staatsrecht I, § 9 Rn. 536; v. *Münch/Mager*, Rn. 690; *Sommerrmann*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Art. 20 Rn. 21; *Stein/Frank*, § 13 V; *Zippelius/Würtenberger*, § 14 Rn. 28.

11 *Kelsen*, Allgemeine Staatslehre (1925; Neuauf. 1993), S. 198 ff.; vgl. dazu *Grimm*, Souveränität, S. 68 f.; *Ipsen*, Staatsrecht I, § 9 Rn. 535; *Stern*, Staatsrecht I, S. 650; siehe ferner bereits oben 2. Kapitel B. IV.

12 *Stern*, Staatsrecht I, S. 650.

13 BVerfGE 13, 54, 77 f.; *Ipsen*, Staatsrecht I, § 9 Rn. 535; *Sommerrmann*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Art. 20 Rn. 28; *Stern*, Staatsrecht I, S. 651.

mung wird für die Bereiche der Gesetzgebung, des Gesetzesvollzuges und der Rechtsprechung durch die Art. 70, 83 und 92 GG konkretisiert.

Die Gesetzgebung ist in Art. 70 GG näher geregelt. Art. 70 Abs. 1 GG legt fest, dass grundsätzlich die Länder zuständig sind. Die genaue Abgrenzung der Zuständigkeiten bestimmt sich gemäß Art. 70 Abs. 2 GG nach den Vorschriften über die ausschließliche und die konkurrierende Gesetzgebung. Jede Materie muss einem der Kompetenztitel zugeordnet werden, eine Doppelzuständigkeit, wie sie etwa die kanadische „*Double Aspects Doctrine*“ ermöglicht,<sup>14</sup> ist im deutschen System nicht anerkannt und mit der Abgrenzungsfunktion der verfassungsrechtlichen Kompetenznormen im GG auch nicht vereinbar.<sup>15</sup> Kommen für eine gesetzliche Regelung zwei unterschiedliche Kompetenztitel in Betracht, so ist die Bestimmung anzuwenden, zu welcher die geregelte Materie den größeren Sachbezug aufweist.<sup>16</sup> Die Bundeskompetenzen sind dem Enumerationsprinzip folgend im GG aufgeführt und daher ähnlich wie etwa in der U.S. Constitution<sup>17</sup> vom Prinzip her limitiert, während Landeskompetenzen theoretisch weit und nur durch die wenigen Bundeszuständigkeiten beschränkt sind. Staatspraxis und Auslegung der Verfassung sowie extensive Ausschöpfung der Bundeskompetenzen haben jedoch dieses Grundsystem im Bereich der Legislative nicht nur geringfügig zu Gunsten des Bundes verschoben. Dies ist allerdings eine bereits in der Geschichte angelegte Eigenart des deutschen Bundesstaatsmodells.<sup>18</sup> So begann etwa im Strafrecht diese Entwicklung schon im Deutschen Reich nach Erlass des StGB 1871.<sup>19</sup>

Das Strafrecht (exklusive des Strafvollzugsrechts) ist ein in Art. 74 Abs. 1 S. 1 GG explizit aufgeführter Gegenstand und fällt daher in den Bereich der konkurrierenden legislativen Zuständigkeit, welche durch Art. 72 GG näher erläutert wird. Nach dem Wesen der konkurrierenden Kompetenz haben die Länder gemäß Art. 72 Abs. 1 GG in den aufgeführten Bereichen eine Befugnis zur Gesetzgebung, solange und soweit der Bund von seiner Gesetzgebungszuständigkeit keinen Gebrauch gemacht hat. Das bedeutet zwar, dass den Ländern grundsätzlich auch die Kompetenz zur Strafgesetzgebung zufällt und sie bei Untätigkeit des Bundes zuständig sind.<sup>20</sup> Der Bund hat jedoch die Strafrechtswettkompetenz inzwischen weitestgehend ausgenutzt und damit das Strafrecht fast vollständig zentralisiert,

14 Siehe dazu noch unten 3. Kapitel C. III. 1.

15 BVerfGE 36, 193, 202 f.; ebenso *Kühl*, in: Löffler, Vor §§ 20 ff. LPG Rn. 13; v. *Münch/Mager*, Rn. 390; *Rozeck*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Art. 70 Rn. 11; *Stern*, Staatsrecht I, S. 676 f.; *Stettner*, in: Dreier, Suppl. 2007, Art. 70 Rn. 38 – nach a.A. ist eine Doppelzuständigkeit möglich, sofern eine Frage sowohl unter eine Bundes- als auch unter eine Landeskompetenz subsumiert werden kann; so etwa *Wolfrum*, DÖV 1982, 674, 676; in diese Richtung auch *Lerche*, JZ 1972, 468, 471; siehe auch noch unten 3. Kapitel A. III. 1.

16 BVerfGE 7, 29, 44; *Stettner*, in: Dreier, Suppl. 2007, Art. 70 Rn. 32.

17 Siehe dazu ausführlich unten 3. Kapitel B.

18 *Lauffer/Münch*, S. 133.

19 Siehe dazu noch unten 3. Kapitel A. I. 2. b).

20 BVerfGE 106, 62, 135; *Maiwald*, ZRP 2006, 18, 19.

sodass Landesstrafgesetze nur noch in wenigen Randbereichen existieren und möglich bleiben.<sup>21</sup>

Hat der Bund seine Regelungsbefugnis ausgeschöpft, so scheidet die Landesgesetzgebung aus. Dies folgt aus der Grundregel des Art. 72 Abs. 1 GG und ist im EGStGB noch einmal spezifiziert. Das EGStGB präzisiert die Reichweite des Bundesstrafrechts näher und stellt damit klar, inwieweit der Bund von seinen Kompetenzen Gebrauch gemacht hat.<sup>22</sup> Das EGStGB nimmt daher die Zuständigkeitsverteilung nicht selbst vor, sondern setzt diese voraus.<sup>23</sup> Teilweise eröffnet das Gesetz dabei aber auch Möglichkeiten der Landesgesetzgebung. So bestimmt etwa Art. 4 Abs. 2 EGStGB, dass die Vorschriften des Besonderen Teils des StGB die Straf- und Bußgeldvorschriften des Landesrechts unberührt lassen, soweit diese nicht eine Materie zum Gegenstand haben, die im Strafgesetzbuch abschließend geregelt ist. Das EGStGB 1974 lässt dem Landesstrafrecht jedoch weitaus weniger Raum als das alte EGStGB 1871.<sup>24</sup> Vorbestehendes Landesrecht wird durch neu erlassenes Bundesrecht, welches dieselbe strafrechtliche Materie betrifft, beseitigt. Denn nach Art. 31 GG haben Bundesvorschriften grundsätzlich Vorrang vor den Landesgesetzen. Faktisch ist die Gesetzgebung im Strafrecht daher aufgrund der weitgehenden Regelungen des Bundes im StGB und im Nebenstrafrecht inzwischen nahezu ausschließlich zentralisiert.

Der Vollzug der Gesetze und die Strafergerichtsbarkeit obliegen hingegen weitestgehend den Ländern. Auch hier wird die Grundregel des Art. 30 GG durch Art. 83 GG und Art. 92 GG aufgenommen und präzisiert. Anders als etwa in den USA<sup>25</sup> zeichnet sich der deutsche Bundesstaat durch ein Verbundsystem<sup>26</sup> aus, in welchem der Vollzug der Gesetze nicht getrennt durch den jeweiligen Staatsteil erfolgt, sondern in dem stattdessen vom Grundsatz her die Länder sowohl Landes- als auch Bundesrecht vollziehen.

Auch Polizei und Staatsanwaltschaft (StA) sind demgemäß zunächst einmal Landesbehörden. Der Bund unterhält jedoch auch selbst zentrale Polizeibehörden, nämlich Bundespolizei (BPol) und Bundeskriminalamt (BKA). Ersterer obliegen sonderpolizeiliche Aufgaben, wobei sie im Rahmen ihrer Kompetenzen auch Strafverfolgung betreiben darf.<sup>27</sup> Das BKA koordiniert hingegen vornehmlich die Polizeiarbeit der Länder und hat nur wenige exekutive Befugnisse. Der Generalbundesanwalt (GBA) verfügt als zentraler Staatsanwalt über einige Spezialzuständigkeiten. So vertritt er die Anklage in Verfahren vor dem BGH und ist ferner sogar erstinstanzliche Strafverfolgungsbehörde in Fällen betreffend die innere und äußere

21 Siehe zu diesen Landeszuständigkeiten unten 3. Kapitel A. II. 1. b).

22 *Eser/Hecker*, in: Schönke/Schröder, Vorbem. § 1 Rn. 36.

23 BVerfGE 7, 29, 43 f.; *Jescheck/Weigend*, § 13 I 2.

24 Siehe zu diesem unten 3. Kapitel I. 2. b).

25 Siehe zum System der USA unten 3. Kapitel B.

26 *Laufer/Münch*, S. 23.

27 § 12 BPolG; Näheres dazu unten 3. Kapitel A. II. 2.

Sicherheit Deutschlands. Dass die Verwaltung Sache der Einzelstaaten ist, denen somit die exekutive Staatsgewalt obliegt, hat in Deutschland eine lange Tradition.<sup>28</sup> Ähnliches gilt für die Gerichtszuständigkeit, denn Strafsachen werden grundsätzlich vor Gerichten der Länder verhandelt. Der BGH ist als oberstes Bundesgericht jedoch zuständig für Revisionen gegen erstinstanzliche Urteile der Oberlandes- und der Landgerichte, § 135 Abs. 1 GVG. Dadurch gewährleistet ein zentrales Gericht die Rechtseinheit in wichtigen Fragen. Auch dies ist eine Tradition, die bereits durch die Einrichtung des RG im Jahr 1877 begründet wurde.<sup>29</sup>

Insgesamt lässt sich damit verkürzt sagen, dass im deutschen Strafrechtssystem die Gesetzgebungskompetenz faktisch – bis auf wenige Ausnahmen – beim Bund liegt, während Vollzug und Gerichtsbarkeit primär dezentral angeordnet sind, wobei jedoch der BGH die höchste gerichtliche Instanz in den wichtigen und schwerwiegenden Fällen bildet. Hiermit spiegelt das System der Aufteilung der strafrechtlichen Kompetenzen den Charakter der Gesamtverteilung der Staatsgewalt im GG. Das System der deutschen Verfassung wird daher auch als „Verwaltungsföderalismus“<sup>30</sup> bezeichnet, in welchem das eigentliche föderative Element nur auf der administrativen Ebene zu finden ist.

## 2. Historische Entwicklung der Verfassung und der Strafrechtskompetenz

Da nicht nur StGB, StPO und die diesbezüglichen Einführungsgesetze bereits der Zeit des Norddeutschen Bundes bzw. des Deutschen Reiches entstammen, sondern auch die legislative verfassungsmäßige Zuständigkeit im Hinblick auf das Strafrecht den Vorgängerregelungen in Art. 4 Nr. 13 RV 1871<sup>31</sup> und Art. 7 Nr. 2, 12 Abs. 1 S. 1 WRV<sup>32</sup> folgt, sind die historischen Hintergründe und Entwicklungen der Kompetenzverteilung besonders relevant.

Es wäre daher unzutreffend, wollte man die bundesstaatliche Ordnung der Bundesrepublik Deutschland als eine von den Alliierten nach dem Zusammenbruch des Deutschen Reiches zum Ende des Zweiten Weltkrieges oktroyierte begreifen, denn der Föderalismus hat in Deutschland eine lange Tradition.<sup>33</sup> Bereits das Deutsche Reich zwischen 1870/1871 und 1918<sup>34</sup> sowie die Weimarer Republik von 1918 bis 1933<sup>35</sup> waren als Bundesstaaten errichtet. Selbst das Alte Reich wird von man-

28 Stolleis, Geschichte des öff. Rechts Bd. II, S. 243 f.

29 Siehe dazu unten 3. Kapitel A. I. 2. b).

30 Zippelius/Würtenberger, § 14 Rn. 17; vgl. auch Laufer/Münch, S. 88: „Exekutivföderalismus“; Starck, in: Härtel, Hdb. Föderalismus I, § 1 Rn. 22 „Administrativföderalismus“.

31 Siehe dazu unten 3. Kapitel A. I. 2. b).

32 Siehe dazu unten 3. Kapitel A. I. 2. c).

33 Ipsen, Staatsrecht I, § 9 Rn. 532; Laufer/Münch, S. 75; Stern, Staatsrecht I, S. 666; ders., Staatsrecht V, S. 1332; Zippelius, Verfassungsgeschichte, S. 170 f.; Zippelius/Würtenberger, § 2 Rn. 10.

34 Siehe dazu unten 3. Kapitel A. I. 2. b).

35 Siehe dazu unten 3. Kapitel A. I. 2. c).

chen ab 1648 als bundesstaatsähnlich angesehen.<sup>36</sup> Demnach entsprach die Bundesstaatsstruktur nicht nur dem Willen der Besatzungsmächte, sondern auch dem historischen Erbe deutscher Verfassungstradition.

### a) Der Deutsche Bund

Nach dem Westfälischen Frieden war zunächst einmal an einen deutschen Nationalstaat nicht zu denken, die Tendenz ging stattdessen deutlich in die Richtung der Herausbildung der Territorialstaatlichkeit. Hier liegen auch die Grundlagen der bundesdeutschen Verfassung. Damit war in Deutschland auch das Strafrecht partikularisiert.<sup>37</sup> Die Territorialherrscher suchten zunehmend die Bündel der Hoheitsrechte in ihrer Person zu vereinigen. Waren viele Hoheitsrechte ursprünglich mit dem Grundeigentum verbunden, so verdichteten sie sich nun zu einer öffentlichen Gewalt im säkularisierten Staat.<sup>38</sup> Der Westfälische Frieden regelte nicht nur die Religionsfrage, sondern erkannte nachdrücklich auch die Landeshoheit an.<sup>39</sup> Im Friedensvertrag von Osnabrück (*Instrumentum Pacis Osnabrugense*, kurz: IPO),<sup>40</sup> unterzeichnet am 24.10.1648, heißt es in Art. VIII § 1 IPO, dass die Kurfürsten, Fürsten und Stände in „der freien Ausübung der Landeshoheit“ so befestigt sein sollen, dass „sie von niemandem jemals unter irgendeinem Vorwand tätlich gestört werden können oder dürfen.“ In Art. VIII § 2 IPO wurde ferner das Stimmrecht der Stände in allen Beratungen über Reichsgeschäfte gesichert, u.a. „vornehmlich, wenn Gesetze zu erlassen [...] sind“. Dieselbe Bestimmung enthielt das Recht der Territorialherren, Bündnisse mit auswärtigen Mächten einzugehen, sofern diese nicht gegen Kaiser und Reich gerichtet waren. Der Westfälische Frieden sicherte die Territorialherrschaft gegen äußere Mächte, Herrschaftsbefugnis bezog sich endgültig auf einen territorialen Herrschaftsraum.<sup>41</sup>

Das Alte Reich hatte sich schon zuvor kaum mit der Souveränitätslehre *Bodins* beschreiben lassen.<sup>42</sup> Bezeichnenderweise interpretierte *Bodin* das Heilige Römische Reich Deutscher Nation bereits vor Beginn des 30jährigen Krieges als Aristokratie, weil die Souveränität nicht etwa dem König, sondern den Kurfürsten, Fürs-

36 Dafür etwa *Stern*, Staatsrecht I, S. 654 – dagegen z.B. noch *Jellinek*, Staatenverbindungen (1882), S. 144 ff.

37 *F. Meyer*, Strafrechtsgenese, S. 615; *E. Schmidt*, S. 179; *Sieber*, in: *Sieber/Brüner/Satzger/v. Heintschel-Heinegg*, Einführung Rn. 20.

38 *Grimm*, JZ 1995, 581, 582 f.

39 *Willoweit*, § 21 Rn. 8; vgl. dazu auch *Grzeszick*, in: *Härtel*, Hdb. Föderalismus I, § 2 Rn. 7 f.; *Kroeschell*, Deutsche Rechtsgeschichte Bd. 3, S. 15, 39 f.; ferner *Kotulla*, Rn. 358 ff. (zum Westfälischen Frieden) und Rn. 928 ff. (zum Ausbau der landesherrlichen Macht).

40 In Auszügen abgedruckt bei *Willoweit/Seif*, S. 176 ff.; vgl. auch *Kroeschell*, Deutsche Rechtsgeschichte Bd. 3, S. 19 ff.

41 *Grimm*, Souveränität, S. 77.

42 *Grimm*, Souveränität, S. 29; *Heger*, ZJS 2010, 29, 37 f.; *Quaritsch*, Souveränität, S. 72; *Willoweit*, § 22 Rn. 8.

ten und Repräsentanten der freien Reichsstädte zukomme.<sup>43</sup> *Pufendorf* meinte 1667, das Reich sei gar keiner gängigen Staatsform zuzuordnen, sondern nannte es vielmehr einen „irregulären und einem Monstrum ähnlichen Körper“<sup>44</sup> eigener Art, wobei er wohl die herrschende Ansicht wiedergab.<sup>45</sup> Auch heute ist die Frage nicht ohne Zweifel zu beantworten, ob es sich beim Alten Reich nach 1648 schon um ein zumindest bundesstaatsähnliches Gebilde handelte.<sup>46</sup> *Pufendorf*<sup>47</sup> äußerte sich in der Richtung, dass die Verfassung „am ehesten der Form einer Föderation von Staaten“ entspreche. *Jellinek*<sup>48</sup> bezeichnete das Alte Reich später als „Staatenstaat“.

Im ausgehenden 18. Jahrhundert verfügte das Reich nur noch über wenige mehr oder weniger wichtige Zentralinstanzen. Dem Kaiser waren lediglich gewisse Reservatrechte verblieben,<sup>49</sup> darunter die Mitwirkung an Gesetzen im Reichstag oder die Gerichtsgewalt im Reichshofrat. Seine Rechte waren jedoch beschränkt durch die den Kurfürsten zugestandenen Kapitulationen.<sup>50</sup> Daneben etablierte sich der Reichstag als ständiges Organ, in welchem über die das gesamte Reich betreffenden Fragen debattiert wurde. Schließlich sind als zentrale Einrichtungen die beiden Reichsgerichte Reichskammergericht (RKG) und Reichshofrat zu nennen.<sup>51</sup> Innerhalb des Reiches wurden Kreise gebildet, u.a. zur Wahrung des Landfriedens, aber auch zur Vollstreckung reichsgerichtlicher Urteile sowie für polizeiliche Maßnahmen.<sup>52</sup> Im Übrigen wies der Trend aber immer stärker in Richtung Territorialstaat und damit ging auch die weitere Territorialisierung des Strafrechts einher.

Da seit *Bodin* die Gesetzgebung stetig an Bedeutung gewann, schlug sich die Territorialhoheit in wichtigen Strafrechtskodifikationen nieder. So erging in Preußen das Allgemeine Landrecht (1794),<sup>53</sup> in welchem viele Paragraphen auch das Strafrecht betrafen. Hier lässt sich auch eine Trennung vom präventiven Polizeirecht ausmachen,<sup>54</sup> insbesondere aber noch zwischen Kriminalstrafe und Kriminalgerichtsbarkeit auf der einen und Übertretungen und Polizeigerichtsbarkeit auf

43 *Bodin* (1576), Buch II, 6. Kap., S. 320, Reclam-Ausgabe, S. 59 f.

44 *Pufendorf* (1667), 6. Kap. § 9, Reclam-Ausgabe, S. 106, unter dem Pseudonym *Severinus de Monzambano*.

45 *Quaritsch*, Souveränität, S. 77, Fn. 286; *Stern*, Staatsrecht I, S. 656; *Willoweit*, § 22 Rn. 8; vgl. auch *Frotscher/Pieroth*, Rn. 98.

46 Dafür etwa *Stern*, Staatsrecht I, S. 654 – dagegen z.B. noch *Jellinek*, Staatenverbindungen (1882), S. 144 ff., sowie *Watz*, Grundzüge der Politik (1862), S. 162; nach *Kotulla*, Rn. 20, „konföderatives Gebilde eigener Art“.

47 *Pufendorf* (1667), 6. Kap. § 9, 8. Kap. § 4, Reclam-Ausgabe, S. 107, 128.

48 *Jellinek*, Staatenverbindungen (1882), S. 142 ff.

49 Dazu *Zippelius*, Verfassungsgeschichte, S. 38.

50 Vgl. *Pufendorf* (1667), 5. Kap. § 4, Reclam-Ausgabe, S. 66 ff., zu deren Auswirkungen auf die Souveränität des Kaisers.

51 Vgl. dazu *Frotscher/Pieroth*, Rn. 107 f.; *Köbler*, S. 158 f.

52 *Willoweit*, § 24 Rn. 11.

53 Dazu *Frotscher/Pieroth*, Rn. 146 ff.; *Wesel*, S. 405.

54 *Braum*, Europäische Strafgesetzmäßigkeit, S. 282 f.; *Rüping*, ZStW 85 (1973), S. 672, 679.

der anderen Seite.<sup>55</sup> Diese umfassende zentrale Kodifizierung diente u.a. dazu, das nach der Teilung Polens neu hinzugewonnene Territorium zu „prussifizieren“.<sup>56</sup> Zu nennen sind ferner die Preußische Criminalordnung (1805), in Österreich-Ungarn die *Constitutio Criminalis Theresiana* (1769), das Allgemeine Gesetzbuch über Verbrechen und derselben Bestrafung (1787) sowie das Gesetzbuch über Verbrechen und schwere Polizey-Übertretungen (1803) und in Bayern der *Codex Juris Criminalis Bavarici* (1751).<sup>57</sup>

Naturrecht und Aufklärung hatten in den verschiedenen Territorien einen unterschiedlich großen Einfluss auf die Sicht des Staates, aber auch auf die Kodifikationen.<sup>58</sup> Insbesondere *Friedrich II. der Große* tat sich in Preußen als besonderer Förderer der Aufklärung hervor.<sup>59</sup> So schaffte Preußen schon 1740 die Folter ab,<sup>60</sup> während etwa der *Codex Juris Criminalis Bavarici* sich weiterhin auf die Zusammenstellung des geltenden Rechts beschränkte und demgemäß keineswegs von der Tortur Abstand nahm.<sup>61</sup> Damit lässt sich aber auch festhalten, dass zwar die konkrete Ausübung der Strafgewalt inklusive der Gesetzgebung weitestgehend dezentralisiert und partikularstaatlich erfolgte, gleichwohl aber ein überstaatlicher und durchaus gesamteuropäischer Dialog stattfand, indem die Ideen der Aufklärung sowie die angeführten staatsrechtlichen Theorien überregional rezipiert wurden.<sup>62</sup> Zudem bereitete die Aufklärung mit der Idee der möglichst weitgehenden Vorhersehbarkeit des Strafrechts auch den Weg für die später innerhalb der entstehenden Nationalstaaten erfolgende Zentralisierung und Kodifizierung des Strafrechts in einheitlichen Strafgesetzbüchern.<sup>63</sup>

Im Übrigen wurde durch *Napoleon* das Streben der deutschen Territorien nach Souveränität weiter begünstigt. Der dritte Krieg von 1805, den Österreich zusammen mit Russland und Großbritannien gegen Frankreich führte, sah einige süd-deutsche Fürsten, so etwa Bayern und Württemberg, auf der Seite *Napoleons*. Der deutsche Kaiser musste im Frieden von Preßburg anerkennen, dass Bayern und Württemberg zu Königreichen aufstiegen, was ihnen *Napoleon* zum Dank versprochen hatte.<sup>64</sup> Im Preßburger Frieden<sup>65</sup> von 1805 wurde ihnen die Souveränität

55 *Braun*, Europäische Strafgesetzlichkeit, S. 282 ff.

56 So *Braun*, Europäische Strafgesetzlichkeit, S. 280.

57 Dazu *Rüping/Jerouschek*, Rn. 203 ff.; zu diesen und weiteren wichtigen strafrechtlichen Partikulargesetzen ferner *Conrad*, Deutsche Rechtsgeschichte II, S. 425 ff.; *E. Schmidt*, S. 211, 271, 279 ff.

58 Dazu *E. Schmidt*, S. 212 ff.; *Sieber*, in: *Sieber/Brüner/Satzger/v. Heintschel-Heinegg*, Einführung Rn. 23; *T. Vormbaum*, S. 35 ff.; *Wesel*, S. 403 ff.

59 Dazu *Frotscher/Pieroth*, Rn. 133 ff.; *Rüping/Jerouschek*, Rn. 195; *E. Schmidt*, S. 247 f.

60 *Conrad*, Deutsche Rechtsgeschichte II, S. 445; *Jescheck/Weigend*, § 10 VI; *Rüping/Jerouschek*, Rn. 196; *E. Schmidt*, S. 269; vgl. ferner zu weiteren Reformen *E. Schmidt*, S. 248 ff.

61 *Rüping/Jerouschek*, Rn. 203; *T. Vormbaum*, S. 35.

62 *Sieber*, in: *Sieber/Brüner/Satzger/v. Heintschel-Heinegg*, Einführung Rn. 23.

63 *Sieber*, in: *Sieber/Brüner/Satzger/v. Heintschel-Heinegg*, Einführung Rn. 23.

64 *Quaritsch*, Souveränität, S. 109.

65 Dazu *E.R. Huber*, Deutsche Verfassungsgeschichte I, S. 66 ff.

ausdrücklich zugesichert. Für *Napoleon* war sie ein „Kampfbegriff“<sup>66</sup>, der letztlich der Zerschlagung des Reiches diene, später aber auch der Mediatisierung und verfassungsmäßigen Umstrukturierung der deutschen Staaten.<sup>67</sup>

Am 12.7.1806 unterzeichneten 16 deutsche Fürsten in Paris die Rheinbundakte (RBA).<sup>68</sup> Durch diesen Akt gründeten sie einen Staatenbund,<sup>69</sup> den Rheinbund, und sagten sich am 1.8.1806 vom Reich los. Später folgten noch weitere Territorien, allerdings nicht Preußen und Österreich. *Franz II.* legte am 6.8.1806 die Kaiserkrone nieder,<sup>70</sup> das Alte Reich hörte auf zu existieren. Nach Art. 4 RBA genossen alle Konföderierten „volle Souveränität“. Die Rechte der Souveränität bestanden gemäß Art. 26 RBA v.a. in der Gesetzgebung, aber auch der hohen Jurisdiktion und der hohen Polizei. Andererseits klammerte Art. 27 RBA die Herrschafts- und Feudalrechte der Grafen aus, welche „nicht wesentlich mit der Souveränität verknüpft sind“, wozu namentlich auch die mittlere und niedere Kriminalgerichtsbarkeit zählte. Bei der inneren Souveränität ging es demnach primär um das Verhältnis der Landesherren zu den Landständen.<sup>71</sup>

Der Rheinbund stand unter der Protektion *Napoleons*, genauer wohl unter seiner Hegemonie.<sup>72</sup> Er nahm entscheidenden Einfluss auf die Gestaltung der Verfassungen der Rheinbundstaaten, wozu insbesondere der Versuch der Zentralisierung des Rechts und der Verwaltung gehörte.<sup>73</sup> So sollte etwa der französische *Code Civil* eingeführt werden mit dem Ziel der Festigung der Herrschaft *Napoleons* durch Rechtsvereinheitlichung.<sup>74</sup> Im Strafrecht wurden vergleichbare Pläne hingegen nicht verfolgt.<sup>75</sup> Hier entwickelte sich vielmehr das Partikularrecht weiter. In die Zeit des Rheinbundes fällt u.a. das StGB des Königreiches Bayern von 1813,

66 *Schliesky*, S. 95.

67 *Quaritsch*, Souveränität, S. 109 ff.; *Schliesky*, S. 95.

68 Abgedruckt bei *Willoweit/Seif*, S. 413 ff.; dazu *Grimm*, Souveränität, S. 49; *Grzeszick*, in: Härtel, Hdb. Föderalismus I, § 2 Rn. 30 ff.; *E.R. Huber*, Deutsche Verfassungsgeschichte I, S. 68 ff., 75 ff.; *Kotulla*, Rn. 1153 ff.; *Stern*, Staatsrecht V, S. 176 ff.; *Willoweit*, § 27 Rn. 15 ff.; *Zippelius*, Verfassungsgeschichte, S. 86 f.

69 *E.R. Huber*, Deutsche Verfassungsgeschichte I, S. 79; *Jestaedt*, HStR II, 3. Aufl. 2004, § 29 Rn. 3; *Kotulla*, Rn. 1154; *Lauffer/Münch*, S. 42; *Stern*, Staatsrecht V, S. 179; vgl. auch *Grzeszick*, in: Härtel, Hdb. Föderalismus I, § 2 Rn. 31: nur formal, realiter Protektoratsgebiet; ferner *Frotscher/Pieroth*, Rn. 191: als Staatenbund angelegt. In der zeitgenössischen Literatur war die Natur des Rheinbundes aber nicht unumstritten; vgl. dazu *Stolleis*, Geschichte des öff. Rechts Bd. II, S. 65 ff.

70 Vgl. *Frotscher/Pieroth*, Rn. 195 ff.; *Kroeschell*, Deutsche Rechtsgeschichte Bd. 3, S. 116.

71 Vgl. dazu *Quaritsch*, Souveränität, S. 113 ff. Insbesondere die Mittelstaaten wie Bayern oder Württemberg gingen als Gewinner aus der Auflösung des Alten Reiches hervor und konnten sich vielerorts die kleineren Territorien einverleiben und diese integrieren; vgl. *Stolleis*, Geschichte des öff. Rechts Bd. II, S. 62.

72 Vgl. dazu *Frotscher/Pieroth*, Rn. 191.

73 *E.R. Huber*, Deutsche Verfassungsgeschichte I, S. 87; zu den Schwierigkeiten der Einführung des französischen Rechts vgl. aber auch *Kroeschell*, Deutsche Rechtsgeschichte Bd. 3, S. 125 f.

74 *Willoweit*, § 28 Rn. 15; vgl. etwa den 45. Artikel der Constitution des Königreichs Westphalen, abgedruckt bei *Willoweit/Seif*, S. 419 ff.

75 *Schöler*, S. 73 ff., findet dies überraschend, weil die Rechtseinheit im Zivilrecht so stark vorangetrieben worden sei.

welches maßgeblich von *Feuerbach* redigiert war.<sup>76</sup> Es hatte in der Folge Vorbildfunktion für viele andere Territorien,<sup>77</sup> eine solche beanspruchte aber auch der französische *Code Pénal* von 1810.<sup>78</sup>

Das Ende des Rheinbundes kam mit dem Krieg Frankreichs gegen Russland, in welchem sich Österreich und Preußen der Seite Russlands anschlossen und 1813 in der Völkerschlacht bei Leipzig siegten. Auch die Rheinbundstaaten traten dem Bündnis gegen *Napoleon* bei, wiederum gegen vertragliche Zusicherung ihrer vollen Souveränität.<sup>79</sup> Die Vereinigung der deutschen Staaten als Kriegsparteien war dabei bereits von einem aufkommenden Nationalgefühl getragen.<sup>80</sup> Auf dem Wiener Kongress (1814-1815) wurde nicht nur die Installation einer dauerhaften Friedensordnung für Europa, sondern insbesondere auch die Neuordnung der Staatlichkeit in Deutschland erörtert.

Hinsichtlich Letzterer hatte es diverse Pläne gegeben. Sowohl ein Bundesstaat (im Sinne eines Nationalstaates) als auch ein Staatenbund waren erwogen worden,<sup>81</sup> denn es galt Nationalismus und Souveränitätsinteressen der Fürsten zu versöhnen. Die Frage wurde durch die Gründung des Deutschen Bundes mittels der Deutschen Bundesakte (DBA)<sup>82</sup> vom 8.6.1815, ergänzt durch die Wiener Schlussakte (WSA)<sup>83</sup> vom 15.5.1820, gelöst.

Der Deutsche Bund, an dem auch Österreich und Preußen mit ihren vormalig zum Alten Reich gehörenden Territorien teilnahmen, wurde als „völkerrechtlicher Verein der deutschen souveränen Fürsten und freien Städte“ (Art. I WSA), als Gemeinschaft selbstständiger und unabhängiger Staaten (Art. II WSA), also als Staatenbund,<sup>84</sup> gegründet. Sein Zweck bestand in der Erhaltung der äußeren und inneren Sicherheit Deutschlands und der Unabhängigkeit und Unverletzlichkeit der deutschen Staaten (Art. II DBA). Er erhielt als zentrales Organ die Bundesver-

76 Vgl. dazu *Braun*, Europäische Strafrechtsgeschichte, S. 294 f.; *E. Schmidt*, S. 261 ff.; *Sieber*, in: *Sieber/Brüner/Satzger/v. Heintschel-Heinegg*, Einführung Rn. 27.

77 *Jescheck/Weigend*, § 10 VI; *Rüping/Jeroschek*, Rn. 205; *E. Schmidt*, S. 263; *Sieber*, in: *Sieber/Brüner/Satzger/v. Heintschel-Heinegg*, Einführung Rn. 27.

78 *Jescheck/Weigend*, § 10 VII; *E. Schmidt*, S. 261 f.; *Sieber*, in: *Sieber/Brüner/Satzger/v. Heintschel-Heinegg*, Einführung Rn. 25.

79 Vgl. dazu *Stern*, Staatsrecht V, S. 182; *Zippelius*, Verfassungsgeschichte, S. 87 f.

80 *Grzeszick*, in: *Härtel*, Hdb. Föderalismus I, § 2 Rn. 40; *Stern*, Staatsrecht V, S. 183 ff.; *Zippelius*, Verfassungsgeschichte, S. 100.

81 *E.R. Huber*, Deutsche Verfassungsgeschichte I, S. 510 ff.; *Stern*, Staatsrecht V, S. 185; *Zippelius*, Verfassungsgeschichte, S. 100.

82 Auszugsweise abgedruckt bei *Willoweit/Seif*, S. 555 ff.

83 Auszugsweise abgedruckt bei *Willoweit/Seif*, S. 559 ff.

84 *Badura*, Staatsrecht, Teil D. Rn. 69; *Frotscher/Pieroth*, Rn. 255; *Grzeszick*, in: *Härtel*, Hdb. Föderalismus I, § 2 Rn. 44; *Ignor*, S. 222; *Jestaedt*, HStR II, 3. Aufl. 2004, § 29 Rn. 3; *Kotulla*, Rn. 1312; *Lauffer/Münch*, S. 43; *Meyer/Anschütz* (1919; Neuauf. 2005), S. 45; *Stein/Frank*, § 13 I; *Stern*, Staatsrecht V, S. 193; vgl. aber zur damals unterschiedlichen Lesart *E.R. Huber*, Deutsche Verfassungsgeschichte I, S. 562 ff.

sammlung, in welcher die Einzelstaaten, bezeichnet als „Bundesstaaten“, nicht aber die Bürgerinnen und Bürger direkt vertreten waren.<sup>85</sup>

Was die innere Ordnung anbetraf, so forderte Art. XIII DBA, dass in allen Bundesstaaten eine landständische Verfassung einzuführen war; Art. XIV DBA sicherte wie schon Art. 27 RBA die Feudalrechte, welche aus dem Eigentum herrühren und nicht zu den höheren Regierungsrechten gehören, und damit auch die untere und mittlere Strafgerichtsbarkeit (1. und 2. Instanz) der Stände. Art. LVII WSA stellte klar, dass die gesamte Staatsgewalt im Oberhaupte des jeweiligen Staates zu konzentrieren sei. Während die DBA noch primär auf die äußere Sicherheit ausgerichtet war, ging es in Art. XXV WSA um die „Aufrechterhaltung der inneren Ruhe und Ordnung“, zu deren Zwecke auch grenzüberschreitende Maßnahmen eingeleitet werden konnten. Die repressive Sicherheitspolitik des Deutschen Bundes äußerte sich besonders in den Karlsbader (1819) und den auf das Hambacher Fest (1832)<sup>86</sup> folgenden Beschlüssen der Bundesversammlung.

Es entsprach dem Ziel des Deutschen Bundes, die Souveränität der Mitgliedstaaten möglichst zu wahren.<sup>87</sup> Daher waren Gesetzgebungskompetenzen der zentralen Ebene nicht explizit vorgesehen.<sup>88</sup> Es war sogar streitig, ob dem Bund überhaupt eine echte eigenständige gesetzgebende Gewalt zukam.<sup>89</sup> Letztlich bestand jedoch zur Durchsetzung der Bundeszwecke die Befugnis zum Erlass von Bundesbeschlüssen, die für die Mitgliedstaaten bindend waren und deren Umsetzung gemäß Art. XXXII WSA eine Obliegenheit war.<sup>90</sup> Darin sind durchaus Bundesgesetze zu sehen,<sup>91</sup> die allerdings erst durch die Einzelstaaten verkündet werden mussten, um wirksam zu werden.<sup>92</sup>

Ob schon damals der Grundsatz des Vorranges des Bundesrechts vor dem einzelstaatlichen Recht galt, war ebenfalls umstritten, da er in den Bundesakten nicht explizit angeführt war. Die Praxis spricht jedoch dafür.<sup>93</sup> In diesem Zuge setzten insbesondere die Karlsbader Beschlüsse,<sup>94</sup> in der Bundesversammlung am 20.9.1819 aus Furcht vor einer Revolution ergangen, materielles Strafrecht, indem etwa das Bundes-Pressegesetz in § 9 erklärte, dass die Verbreiter von Druckschriften, welche gegen die Vorgaben verstießen, „zu angemessener Geld- oder Gefäng-

85 E.R. Huber, Deutsche Verfassungsgeschichte I, S. 589; Stern, Staatsrecht V, S. 204; Zippelius, Verfassungsgeschichte, S. 101.

86 Vgl. dazu Frottscher/Pieroth, Rn. 271 ff.; E.R. Huber, Deutsche Verfassungsgeschichte II, S. 133 ff.

87 Laufer/Münch, S. 45; Stern, Staatsrecht V, S. 198.

88 E.R. Huber, Deutsche Verfassungsgeschichte I, S. 597 f.; Stern, Staatsrecht V, S. 198 f.

89 E.R. Huber, Deutsche Verfassungsgeschichte I, S. 598 f.

90 Stern, Staatsrecht V, S. 199.

91 E.R. Huber, Deutsche Verfassungsgeschichte I, S. 599.

92 Es handelte sich um ein völkerrechtliches Instrument, dessen Ähnlichkeit zu den Rahmenbeschlüssen der EU vor Lissabon durchaus auffällig ist.

93 E.R. Huber, Deutsche Verfassungsgeschichte I, S. 602, mit Beispielen, in welchen gegen das Bundesrecht verstoßende Landesgesetze *ipso jure* unwirksam waren.

94 Vgl. dazu E.R. Huber, Deutsche Verfassungsgeschichte I, S. 732 ff.; Ignor, S. 223; Kotulla, Rn. 1467 ff.; Stern, Staatsrecht V, S. 199 f.; Willoweit, § 30 Rn. 8; Zippelius, Verfassungsgeschichte, S. 114.

nißstrafe“ verurteilt werden mussten; das Bundes-Untersuchungsgesetz richtete eine Zentralbehörde „zur näheren Untersuchung der in mehreren Bundesstaaten entdeckten revolutionären Umtriebe“ ein.

Die Umsetzung dieser Beschlüsse erfolgte in den Einzelstaaten jedoch nicht ohne Schwierigkeiten und ihre Einhaltung durch die Mitgliedstaaten musste teilweise durch Bundeszwang durchgesetzt werden.<sup>95</sup> In den auf das Hambacher Fest folgenden Bundesbeschlüssen wurde 1833 u.a. eine Zentralbehörde für politische Untersuchungen eingerichtet, während die Strafverfolgung der an revolutionären Bewegungen Beteiligten einzig der Justiz der Einzelstaaten zukam, sodass diese durchaus unterschiedliche Sanktionen verhängten.<sup>96</sup>

Über zentrale Bundesgerichte nach Art des RKG verfügte der Deutsche Bund nicht. In einigen Verfassungsentwürfen, die auf einen engeren Bund abzielten, hatte es zwar Vorschläge zur Einrichtung einer Bundesstrafgerichtsbarkeit gegeben, welche Motor einer Rechtseinheit hätte sein sollen.<sup>97</sup> Diese Ansätze waren jedoch am Widerstand von Bayern und Württemberg gescheitert, da diese ihre Justizhoheit keinesfalls preisgeben wollten.<sup>98</sup> In Verfassungsstreitigkeiten zwischen Mitgliedstaaten konnte gleichwohl eine so genannte „Austrägalinstanz“,<sup>99</sup> d.h. eines der höchsten Gerichte der Mitgliedstaaten, angerufen werden.

Das Strafverfahren blieb hingegen dezentral. Gemäß Art. XII DBA war diesbezüglich immerhin die Einrichtung einer drittinstanzlichen Gerichtsbarkeit in den Einzelstaaten vorgeschrieben.<sup>100</sup> Auch fehlte eine Exekutive des Bundes, welcher nicht einmal über eine Regierung verfügte. Dennoch bestanden die Möglichkeiten einerseits der Bundesintervention nach Art. XXVI WSA zur Aufrechterhaltung der inneren Ordnung in den Mitgliedstaaten sowie andererseits der Bundesexekution durch das Bundesheer, wenn die Mitgliedstaaten ihren bundesmäßigen Verpflichtungen nicht nachkamen, wozu u.a. auch Justizverweigerung oder Nichterrichtung der obersten Gerichtshöfe gehörten.<sup>101</sup> Gemäß Art. XXIX WSA konnte die Bundesversammlung in Fällen der Justizverweigerung einschreiten.

Mit dem einsetzenden Konstitutionalismus wurden zunehmend auch bürgerliche Grundrechte gefordert und gewährt, darunter auch Strafrecht und Strafverfahren betreffende Justizgrundrechte.<sup>102</sup> Solche hatten z.B. schon 1791 die U.S. Constitution in den Zusatzartikeln I-X (*Bill of Rights*) oder die französische Verfassung in Kapitel V vorgesehen.<sup>103</sup> Der Weg zum Rechtsstaat war durch die

95 E.R. Huber, Deutsche Verfassungsgeschichte I, S. 737 ff.; 739 ff.

96 E.R. Huber, Deutsche Verfassungsgeschichte II, S. 173, 175; vgl. auch Ignor, S. 224.

97 E.R. Huber, Deutsche Verfassungsgeschichte I, S. 616 f.

98 E.R. Huber, Deutsche Verfassungsgeschichte I, S. 616 f.

99 Näher dazu E.R. Huber, Deutsche Verfassungsgeschichte I, S. 625 ff.; Stern, Staatsrecht V, S. 201 f.

100 Stern, Staatsrecht V, S. 202.

101 Stern, Staatsrecht V, S. 206 ff.

102 Vgl. dazu Rüping/Jerouschek, Rn. 239 ff.

103 In Deutschland entstand z.B. die Verfassung für das Königreich Bayern (1818), welche im 4. Titel § 8 entsprechende Rechtsgewährungen enthielt; abgedruckt bei Willoweit/Seif, S. 495 ff.

Aufklärung bereitet worden. Die deutsche Verfassungsbewegung wurde schon durch Art. XIII DBA beeinflusst, sodann aber insbesondere im Zuge der französischen Februarrevolution von 1848 weiter begünstigt. In Deutschland scheiterte zwar die Revolution der Jahre 1848/1849, welche das Streben nach Rechtsstaat, Demokratie und nationaler Einheit vereinigt hatte,<sup>104</sup> deren Ziel die Schaffung einer gesamtdeutschen Verfassung gewesen war und welche einen deutschen Nationalstaat in der Form eines Bundesstaates in Kombination mit einer konstitutionellen Monarchie errichten wollte.<sup>105</sup> Gleichwohl lohnt ein kurzer Blick auf den Entwurf der Reichsverfassung (RV 1849)<sup>106</sup> durch die neu gewählte Nationalversammlung in der Paulskirche in Frankfurt/Main. Denn sie enthielt einerseits einen beachtlichen, auch das Strafrecht betreffenden Grundrechtskatalog (Abschnitt VI), in welchem u.a. die Todesstrafe abgeschafft wurde (§ 135 RV 1849),<sup>107</sup> und sah andererseits erstmalig eine klare Kompetenzordnung zwischen den Ebenen eines deutschen Bundesstaates<sup>108</sup> vor, in welcher auch strafrechtliche Zuständigkeiten verteilt wurden. Ihr kam durchaus Vorbildcharakter für spätere Verfassungen, nicht zuletzt auch das GG, zu.<sup>109</sup>

Die RV 1849 sah umfangreiche Gesetzgebungskompetenzen der zu schaffenden Zentralinstanz, der Reichsgewalt, vor, welche durch den Reichstag und den Kaiser ausgeübt werden sollte.<sup>110</sup> Der Reichsgewalt sollte u.a. das Recht der Gesetzgebung für grenzüberschreitende gesamtstaatliche Belange zukommen, so etwa im Hinblick auf Flüsse und Seen (§ 24 RV 1849), die Eisenbahn (§ 28 RV 1849), das Zollwesen (§ 34 RV 1849), über Handel (§ 38 RV 1849) und Gewerbe (§ 39 RV 1849) sowie das Post- (§ 41 RV 1849) und Münzwesen (§ 45 RV 1849). § 66 RV 1849 enthielt schließlich eine explizite Vorrangklausel zu Gunsten des Reichsrechts gegenüber dem Recht der Einzelstaaten.

Insoweit finden sich hinsichtlich der Gesetzgebungskompetenzen durchaus Parallelen zur U.S. Constitution von 1787.<sup>111</sup> Auffallend ist auch der Unitarismus bezüglich Wirtschaft und Handel.<sup>112</sup> In § 64 RV 1849 war aber beachtlicherweise

104 *Zippelius*, Verfassungsgeschichte, S. 115.

105 Vgl. dazu *Frotscher/Pieroth*, Rn. 337 ff.; *Grzeszick*, in: Härtel, Hdb. Föderalismus I, § 2 Rn. 61 ff.; *E.R. Huber*, Deutsche Verfassungsgeschichte II, S. 694 ff.; *Kotulla*, Rn. 1727 ff.; *Stolleis*, Geschichte des öff. Rechts Bd. II, S. 268 ff.; v. *Münch/Mager*, Rn. 23 f.; *Willoweit*, § 31 Rn. 16 ff.; *Zippelius*, Verfassungsgeschichte, S. 114 ff.

106 Abgedruckt bei *Willoweit/Seif*, S. 562 ff.

107 Zu den Grundrechten der RV 1849 *E.R. Huber*, Deutsche Verfassungsgeschichte II, S. 776 ff.; zu den Justizgrundrechten der RV 1849 vgl. auch *Rüping/Jerouschek*, Rn. 242.

108 Die Paulskirchenverfassung hätte einen Bundesstaat etabliert; *Frotscher/Pieroth*, Rn. 337; *Jestaedt*, HStR II, 3. Aufl. 2004, § 29 Rn. 3; zur Diskussion um den Charakter des zu schaffenden Staates *E.R. Huber*, Deutsche Verfassungsgeschichte II, S. 792 ff.

109 *Grzeszick*, in: Härtel, Hdb. Föderalismus I, § 2 Rn. 66; *E.R. Huber*, Deutsche Verfassungsgeschichte II, S. 821.

110 Zum Umfang der Reichsgewalt *E.R. Huber*, Deutsche Verfassungsgeschichte II, S. 821 ff.

111 Diese hatte der RV 1849 wohl auch als Vorbild gedient; vgl. *Lauffer/Münch*, S. 46; siehe zur U.S. Constitution noch ausführlich unten 3. Kapitel B.

112 *Zippelius*, Verfassungsgeschichte, S. 116.

abweichend von der US-amerikanischen Verfassung festgehalten, dass es der Reichsgewalt obliege, durch den Erlass eines allgemeinen Gesetzbuches über das Strafrecht „die Rechtseinheit im deutschen Volke zu begründen.“ Des Weiteren hätte die RV 1849 ein Reichsgericht etabliert. Dieses sollte – auch im Strafrecht – zwar keine Revisionsinstanz sein, hätte aber über beachtliche verfassungsrechtliche sowie über einige erstinstanzliche strafrechtliche Zuständigkeiten verfügt, so nämlich gemäß § 126 i) und k) RV 1849 für Anklagen gegen Reichsminister und Minister der Einzelstaaten sowie gemäß § 126 l) S. 1 RV 1849 für Hoch- und Landesverrat. Zudem hieß es in § 126 l) S. 2 RV 1849: „Ob noch andere Verbrechen gegen das Reich der Strafgerichtsbarkeit des Reichsgerichts zu überweisen sind, wird späteren Reichsgesetzen vorbehalten.“

Die RV 1849 wurde zwar am 28.3.1849 verkündet und *Friedrich Wilhelm IV.* von Preußen zum Deutschen Kaiser gewählt, dieser lehnte die Krone und die Verfassung jedoch ab.<sup>113</sup> Der daraufhin restaurierte Deutsche Bund blieb weiterhin ohne monarchisches Oberhaupt und behielt seinen staatenbündischen Charakter. Auf dem Gebiet des (späteren) Norddeutschen Bundes schloss sich im Jahr 1833 indessen eine steigende Zahl deutscher Staaten mit dem Ziel der Schaffung eines einheitlichen Zollgebietes und Binnenmarktes im Deutschen Zollverein zusammen.<sup>114</sup> In der Spätphase des Deutschen Bundes wurde eine lebhaft Diskussion über die Frage der Rechtseinheit geführt, welche durch die Märzrevolution beflügelt worden war.<sup>115</sup> Auf dem Gebiet des Handelsrechts gelang im Jahr 1861 noch während der Zeit des Deutschen Bundes sogar die Einführung eines einheitlichen Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuches.<sup>116</sup> Im Jahr 1860 nannte der 1. Deutsche Juristentag auch ein einheitliches Strafgesetzbuch ein „dringendes Bedürfnis“<sup>117</sup>. Dabei ging es insbesondere darum, die „Spuren der Fremdherrschaft“ zu beseitigen, welche in den Anleihen der Rheinbundstaaten an das französische Recht gesehen wurden, sowie letztlich darum, die Vereinigung Deutschlands zu erreichen.<sup>118</sup> Ferner wurde die Rechtszersplitterung beklagt, da in grenzüberschreitenden Fällen die Richter teilweise ausländisches Recht anwenden mussten.<sup>119</sup>

Die RV 1849 hätte als Gesetzgeber im Strafrecht die Reichsgewalt bereitgestellt, im Deutschen Bund kamen hingegen primär die Einzelstaaten in Betracht. Zur Zeit des Deutschen Bundes konnte ein einheitliches Strafgesetzbuch nicht verwirklicht werden. Vielmehr wurden etliche Partikularstrafgesetzbücher und einzelstaatliche

113 Vgl. *Frotscher/Pieroth*, Rn. 345 ff.; *Grzeszick*, in: Härtel, Hdb. Föderalismus I, § 2 Rn. 65; *E.R. Huber*, Deutsche Verfassungsgeschichte II, S. 742 ff.; *Kroeschell*, Deutsche Rechtsgeschichte Bd. 3, S. 149; *Stern*, Staatsrecht V, S. 260 ff.; *Willoweit*, § 31 Rn. 19; *Zippelius*, Verfassungsgeschichte, S. 117.

114 *Braun*, Europäische Strafgesetzlichkeit, S. 301 ff.; *Kotulla*, Rn. 1612 ff.

115 *Schöler*, S. 287 ff.

116 Dazu *Köbler*, S. 188 f.; *Schöler*, S. 287; *Wesel*, S. 507.

117 Verhandlungen des Deutschen Juristentages, Band I, 1860, S. 239 ff., 246 (einstimmige Entscheidung).

118 So der Antragsteller *v. Klaewe*, in: Verhandlungen des Deutschen Juristentages, Band I, 1860, S. 39.

119 *v. Klaewe*, in: Verhandlungen des Deutschen Juristentages, Band I, 1860, S. 49.

Strafprozessordnungen geschaffen, u.a. in Baden (StGB und StPO 1845), Bayern (StGB 1861), Hannover (StGB 1840), Preußen (StGB 1851) und Sachsen (StGB 1838, 1855; StPO 1855).<sup>120</sup> Obgleich sie sämtlich auf das überkommene gemeine Recht als gemeinsame Tradition rekurrierten, bestanden zahlreiche Unterschiede in Einzelheiten, so etwa im Hinblick auf die Anwendung der Todesstrafe, aber auch hinsichtlich der Strafbarkeit von Sittlichkeitsverstößen sowie der Ausgestaltung des Strafprozesses.<sup>121</sup> In den Staaten, die keine eigenen Strafgesetze erlassen hatten, galt im Übrigen die Carolina fort.<sup>122</sup>

### b) Der Norddeutsche Bund (1866/1867) und das Deutsche Reich (1870/1871)

Der restaurierte Deutsche Bund konnte sich keine 20 Jahre mehr halten und scheiterte insbesondere am preußisch-österreichischen Dualismus, welcher schließlich im Jahr 1866 in den Deutschen Krieg mündete, in welchem Österreich und die mit ihm verbündeten süddeutschen Staaten bei Königgrätz von Preußen und den norddeutschen Staaten entscheidend geschlagen wurden.<sup>123</sup> Preußen schloss 1866 zunächst Bündnisverträge mit den norddeutschen Staaten. Dieses Bündnis verdichtete sich unter der Regie des preußischen Ministerpräsidenten *Bismarck* durch Wahlen zu einem Staat. Die Verfassung des Norddeutschen Bundes trat am 1.7.1867 in Kraft. Nach dem deutsch-französischen Krieg traten auch die süddeutschen Staaten, mit Ausnahme von Österreich, im November und Dezember 1870 dem zunächst zu einem „Deutschen Bund“ erweiterten, alsbald aber als „Deutsches Reich“ bezeichneten, Staat bei<sup>124</sup> und erkannten einerseits die Verfassung (RV 1871) sowie andererseits die seit 1867 im Norddeutschen Bund erlassenen Gesetze an. Hierzu gehörte insbesondere das Strafgesetzbuch (StGB) vom 31.5.1870,<sup>125</sup> aber auch das Vereinszollgesetz vom 1.7.1869,<sup>126</sup> welches sowohl strafrechtliche Sanktionen als auch Ordnungsstrafen enthielt.<sup>127</sup>

Die Verfassung des Deutschen Reiches war mit derjenigen des Norddeutschen Bundes fast vollständig identisch, geändert wurde jedoch u.a. der Name des Staates. Hinzu kam am 18.1.1871 ferner die Krönung von *Wilhelm I.* in Versailles zum Deutschen Kaiser. Aus heutiger Sicht ist interessant, dass der deutsche Bundesstaat

120 Vgl. *Ignor*, S. 259 ff.; *Jescheck/Weigend*, § 10 VII; *Rüping/Jerouschek*, Rn. 218 ff.; *E. Schmidt*, S. 314 ff. (zum preußischen StGB) und S. 321 ff. (zu weiteren Partikularstrafgesetzbüchern); *Sieber*, in: *Sieber/Brüner/Satzger/v. Heintschel-Heinegg*, Einführung Rn. 27; *Weber*, in: *Baumann/Weber/Mitsch*, § 6 Rn. 4; zur preußischen Strafgesetzgebung *Braum*, Europäische Strafgesetzlichkeit, S. 295 ff.; *Ignor*, S. 263 ff.

121 *Sieber*, in: *Sieber/Brüner/Satzger/v. Heintschel-Heinegg*, Einführung Rn. 26; vgl. zu den Unterschieden im Einzelnen *Rüping/Jerouschek*, Rn. 225 ff., 248 ff.

122 *v. Klaewe*, in: *Verhandlungen des Deutschen Juristentages*, Band I, 1860, S. 54.

123 Vgl. *Frotscher/Pieroth*, Rn. 394; *Stern*, Staatsrecht V, S. 278 ff.; *Willoweit*, § 32 Rn. 7.

124 Vgl. *Frotscher/Pieroth*, Rn. 404; *Stern*, Staatsrecht V, S. 333 ff.

125 BGBl. des Norddeutschen Bundes S. 197.

126 BGBl. des Norddeutschen Bundes S. 317.

127 Vgl. *Braum*, Europäische Strafgesetzlichkeit, S. 302 ff.

zumindest formell durch Vertrag gegründet wurde, sodass sich schon damals die Frage nach der Rechtsnatur der Reichsverfassung stellte.<sup>128</sup> *Carl Schmitt*<sup>129</sup> hat später über den Ansatz des „Verfassungsvertrages“ die Unterschiede zwischen Verfassung und Vertrag zu überwinden versucht. Letztlich sollte das neue Gebilde materiell einen Bundesstaat darstellen, formell aber wie ein Staatenbund aussehen.<sup>130</sup> Das Deutsche Reich war der erste deutsche Nationalstaat, wengleich eine „kleindeutsche Lösung“ ohne Österreich. Dadurch wurde der starken Nationalismusbewegung Genüge getan.

Das Deutsche Reich war nicht nur konstitutionelle Monarchie, sondern zugleich ein föderaler Bundesstaat,<sup>131</sup> wengleich wegen der Hegemonialstellung Preußens ein solcher eigener Art.<sup>132</sup> Auf dem Fundament seiner soeben erläuterten Vorgeschichte<sup>133</sup> geschaffen, erscheint eine andere Lösung zu diesem Zeitpunkt auch kaum denkbar. Mit Ausnahme des Reichslandes Elsaß-Lothringen, das reichsunmittelbar und damit der Reichsgewalt direkt zugeordnet war,<sup>134</sup> verbanden sich die deutschen Einzelstaaten zu einem Gesamtstaat, in welchem ihre eigene Staatlichkeit unberührt blieb.

Die zeitgenössische Staatstheorie musste sich folglich der Souveränitätsfrage widmen.<sup>135</sup> *Bismarck* hatte diese in der Verfassung bewusst offen gelassen,<sup>136</sup> da es ihm einerseits um die Gründung des Nationalstaates, andererseits aber auch darum ging, die „souveränen“ Landesherren nicht zu verstimmen. Daher musste nicht nur ein Ausgleich zwischen der Souveränität der Gliedstaaten und des Gesamtstaates, sondern auch zwischen der Volkssouveränität, die im gesamtdeutschen Reichstag ihren Ausdruck fand, und der Souveränität der Fürsten gelingen, die als Landesherren insbesondere an der Spitze der Exekutive standen.<sup>137</sup> Im deutschsprachigen Raum setzte sich dabei die bereits angeführte<sup>138</sup> Theorie der Staatssouveränität

128 Dazu ausführlich *Peters*, S. 224 ff.

129 *C. Schmitt*, Verfassungslehre (1928), S. 368.

130 *Grimm*, Souveränität, S. 63.

131 *Badura*, Staatsrecht, Teil A. Rn. 26; *Bauer*, in: Dreier, Art. 20 Rn. 2; *Frotscher/Pieroth*, Rn. 418, 447; *Grzeszick*, in: Härtel, Hdb. Föderalismus I, § 2 Rn. 74; *Laufer/Münch*, S. 50; *Stern*, Staatsrecht V, S. 345; *Willoweit*, § 34 Rn. 1; *Zippelius/Würtenberger*, § 1 Rn. 15, 30; aus der zeitgenössischen Literatur: *Jellinek*, Staatenverbindungen (1882), S. 254; *Laband* (1911; Neuauf. 1997), S. 88 ff.; *Meyer/Anschütz* (1919; Neuauf. 2005), S. 224.

132 *Badura*, Staatsrecht, Teil A. Rn. 26; *Grzeszick*, in: Härtel, Hdb. Föderalismus I, § 2 Rn. 73; *E.R. Huber*, Deutsche Verfassungsgeschichte III, S. 651; *Laufer/Münch*, S. 48; *Stern*, Staatsrecht V, S. 309; *Zippelius*, Verfassungsgeschichte, S. 120; vgl. auch *Kotulla*, Rn. 1877: ein „Bundesstaat mit staatenbündischen Zügen“.

133 Siehe oben 3. Kapitel A. I. 2. a).

134 Dazu *Meyer/Anschütz* (1919; Neuauf. 2005), S. 540 ff.

135 Siehe bereits oben 1. Kapitel B. III. 3; vgl. zu dieser Diskussion ferner ausführlich *Grimm*, Souveränität, S. 59 ff.; *Grzeszick*, in: Härtel, Hdb. Föderalismus I, § 2 Rn. 80 ff.; *Kristoferitsch*, S. 21 ff., 25 ff.; *Oeter*, ZaöRV 55 (1995), 659, 665 ff.; *ders.*, in: v. Bogdandy/Bast, S. 87 ff.; *Stolleis*, Geschichte des öff. Rechts Bd. II, S. 365 ff.

136 *Grimm*, Souveränität, S. 63; *Oeter*, ZaöRV 55 (1995), 659, 665; *ders.*, in: v. Bogdandy/Bast, S. 87.

137 *Oeter*, ZaöRV 55 (1995), 659, 680; *ders.*, in: v. Bogdandy/Bast, S. 87.

138 Oben 2. Kapitel B. IV.

durch,<sup>139</sup> wonach der Staat als juristische Person Träger der Souveränität ist.<sup>140</sup> Da der Bundesstaat des Deutschen Reiches u.a. vor der Problematik stand, die Souveränität des Gesamtstaates mit der Souveränität der Monarchen in Einklang zu bringen, die als Oberhäupter der ehemals unabhängigen Staaten in den gemeinsamen Bund eintraten,<sup>141</sup> konservierte er in gewissem Maße alte Regierungsstrukturen und überließ den Einzelstaaten die Ausführung der Gesetze.

Die Souveränität im Bundesstaat hat im 19. Jahrhundert die Gemüter stark beschäftigt.<sup>142</sup> Der Streit ist oben<sup>143</sup> schon erläutert worden. Im Wesentlichen standen sich die alte Bundesstaatslehre und neue unitarische Sichtweisen gegenüber. Nach der zuerst genannten Lehre, welche auf das US-amerikanische Verständnis, wie es durch Rezeption des Werkes von *de Tocqueville*<sup>144</sup> in Europa vermittelt wurde,<sup>145</sup> rekurrierte, ist die Souveränität im Bundesstaat zwischen Bund und Gliedstaaten aufgeteilt.<sup>146</sup> Nach den Worten von *Laband* beanspruchte diese Auffassung bis zum ausgehenden 19. Jahrhundert sogar eine „fast ausschließliche und unbestrittene Herrschaft“<sup>147</sup>.

Wegen des nach der Reichsgründung schnell Überhand gewinnenden Wunsches nach einer Einheit der Nation setzten sich jedoch die unitarisch denkenden Autoren durch, welche die staatliche Souveränität stattdessen nur noch dem Reich zuschrieben.<sup>148</sup> Insbesondere wurde es als entscheidend angesehen, dass das Reich mittels Änderung der Bundesverfassung über die Kompetenzverteilung entscheide, sodass ihm die Kompetenz-Kompetenz zukomme.<sup>149</sup> Denn wer über die Aufteilung der Hoheitsrechte entscheiden könne, sei souverän, während die tatsächliche Wahrnehmung der Herrschaftsrechte die Souveränität unberührt lasse, da diese quasi

139 *Grimm*, Souveränität, S. 51 ff.; *Jellinek*, Staatenverbindungen (1882), S. 24 ff.; *Meyer/Anschütz* (1919; Neuauf. 2005), S. 24; *Schliesky*, S. 96 ff.

140 *Grimm*, Souveränität, S. 52; *Jellinek*, Staatenverbindungen (1882), S. 26; *Meyer/Anschütz* (1919; Neuauf. 2005), S. 24.

141 *Oeter*, ZaöRV 55 (1995), 659, 680.

142 Vgl. zu diesem Streit ausführlich *Grimm*, Souveränität, S. 63 ff.; *Kristoferitsch*, S. 21 ff.; *Oeter*, Integration und Subsidiarität, S. 44 ff.; *ders.*, ZaöRV 55 (1995), 659, 665 ff.; *ders.*, in: v. Bogdandy/Bast, S. 87 ff.; ferner *Peters*, S. 144 f.

143 Oben 2. Kapitel B. IV.

144 *de Tocqueville* (1. Band: 1835, 2. Band: 1840), Über die Demokratie in Amerika.

145 Dazu *Grimm*, Souveränität, S. 54 ff.; *Kristoferitsch*, S. 21 ff., 25 ff.; *Oeter*, Integration und Subsidiarität, S. 46; *ders.*, ZaöRV 55 (1995), 659, 665 ff.; *ders.*, in: v. Bogdandy/Bast, S. 87 ff.; ferner *Peters*, S. 144 f.; siehe bereits oben 2. Kapitel B. IV.

146 So etwa *Waitz* (1862), S. 44, 166.

147 *Laband* (1911; Neuauf. 1997), S. 62.

148 So etwa *Jellinek*, Staatenverbindungen (1882), S. 38 ff.; *Laband* (1911; Neuauf. 1997), S. 88 ff.; *Meyer/Anschütz* (1919; Neuauf. 2005), S. 7; vgl. dazu *Frouwein*, EuR 1995, 315, 317; *Grimm*, Souveränität, S. 65 ff.; *E.R. Huber*, Deutsche Verfassungsgeschichte III, S. 794 ff.; *Kristoferitsch*, S. 28; *Oeter*, Integration und Subsidiarität, S. 47; *ders.*, ZaöRV 55 (1995), 659, 666; *ders.*, in: v. Bogdandy/Bast, S. 88; siehe bereits oben 2. Kapitel B. IV.

149 So insbesondere *Laband* (1911; Neuauf. 1997), S. 58, 105, der allerdings als Träger dieser einheitlichen Souveränität die Gesamtheit der Gliedstaaten ansah (S. 97, 101), da er das Reich als juristische Person, die aus 25 Mitgliedern bestehe, wertete; vgl. ferner *Grimm*, Souveränität, S. 68; *E.R. Huber*, Deutsche Verfassungsgeschichte III, S. 795.

auf einer tieferen Ebene liege und vom Willen des Souveräns abhänge.<sup>150</sup> *Jellinek* verstand unter Souveränität überhaupt nur noch die Fähigkeit ausschließlicher Selbstbestimmung im Sinne formaler Kompetenzhoheit, d.h. Kompetenz-Kompetenz.<sup>151</sup>

Folglich wurde einerseits zwischen Hoheitsrechten und Souveränität (als höchste Macht im politischen System)<sup>152</sup> und andererseits zwischen souveränen und nicht-souveränen Staaten unterschieden.<sup>153</sup> *Jellinek* erklärte, die Souveränität sei kein wesentliches Merkmal der Staatsgewalt,<sup>154</sup> sodass es auch Staatsgewalt und damit Staaten geben könne, die nicht souverän sind. Diese Auffassung wurde herrschend. Sie unterscheidet nicht materiell nach den Feldern und sachlichen Kompetenzen, die den jeweiligen Staatsteilen zur Regelung zustehen, sondern versteht Souveränität rein formal als Zuhöchstsein im Sinne einer einheitlichen, unteilbaren Herrschaft über ein Gebiet.<sup>155</sup>

Auf der anderen Seite blieb Preußen in vielerlei Hinsicht so dominant und mächtig, dass auf Grund dieser Vormachtstellung eines der Gliedstaaten, welche einer Gleichordnung der Einzelstaaten zuwiderlief, heute sogar der föderale Charakter des Deutschen Reiches angezweifelt wird.<sup>156</sup> So war der Bundesrat das verfassungsmäßig stärkere Organ der Reichsgesetzgebung, welchem der Reichstag eher nachgeordnet war. Im Gegensatz zum GG kannte die RV 1871 nur Zustimmungsgesetze, sodass der Bundesrat als Vertretung der Gliedstaaten stets an der Gesetzgebung beteiligt war. Im Bundesrat mussten die Gesandten ihre Stimme jedoch einheitlich abgeben, Art. 6 S. 2 RV 1871. Hier dominierte Preußen deutlich, da es über 17 Stimmen verfügte, während anderen Einzelstaaten zwischen einer und vier, bzw. im Fall von Bayern ausnahmsweise sechs, Stimmen zukamen, Art. 6 S. 1 RV 1871. Zum anderen war der preußische König gleichzeitig Kaiser des Deutschen Reiches, Art. 11 RV 1871. Dieser Zustand machte eine Reichsexekution oder jede Art von Reichsaufsicht gegenüber Preußen nahezu unmöglich.<sup>157</sup> Gegenüber dieser Hegemonialstellung Preußens konnten andere Gliedstaaten sich kaum behaupten.

In der Reichsverfassung waren die Staatsgewalt und die Kompetenzen zwischen dem Reich und den Gliedstaaten zwar aufgeteilt, Art. 2 RV 1871 enthielt jedoch eine Vorrangklausel zu Gunsten des Reichsrechts. Ferner konnte das Reich gemäß

150 Vgl. auch *Grimm*, Souveränität, S. 68; *ders.*, Die Zukunft der Verfassung II, S. 282.

151 *Jellinek*, Allg. Staatslehre (3. Aufl. 1928; Neuauf. 1960), S. 495; vgl. dazu *Grimm*, Souveränität, S. 68.

152 *Jellinek*, Allg. Staatslehre (3. Aufl. 1928; Neuauf. 1960), S. 484 ff., 495 f.

153 *Jellinek*, Staatenverbindungen (1882), S. 44 f.; *ders.*, Allg. Staatslehre (3. Aufl. 1928; Neuauf. 1960), S. 486 ff.; *Laband* (1911; Neuauf. 1997), S. 64 ff.; vgl. dazu *Grimm*, Souveränität, S. 66 ff.; *Peters*, S. 126 f.

154 *Jellinek*, Allg. Staatslehre (3. Aufl. 1928; Neuauf. 1960), S. 486 ff.

155 Vgl. die Erläuterung dieser Ansicht bei *Kelsen*, Allg. Staatslehre (1925; Neuauf. 1993), S. 198 f.

156 *Lauffer/Münch*, S. 57: „Pseudo-Föderalismus“; *Wheare*, S. 6, 29 f.

157 *Lauffer/Münch*, S. 56.

Art. 78 RV 1871 per Reichsgesetz die Verfassung ändern.<sup>158</sup> Hier konnten die Einzelstaaten im Bundesrat jedoch wiederum mitentscheiden, eine Ablehnung von 14 Stimmen im Bundesrat verwarf eine Verfassungsänderung. Die Staatsorganisation sowie die Verteilung der Zuständigkeit nicht nach Politikfeldern, wie etwa in den USA, sondern nach „Materien“<sup>159</sup>, entsprachen bereits der heutigen Struktur des deutschen Bundesstaates.<sup>160</sup> Da sowohl die Weimarer Reichsverfassung als auch das GG in der Tradition der RV 1871 stehen und gerade im Hinblick auf die Verteilung der strafrechtsbezogenen Kompetenzen bereits damals Grundentscheidungen getroffen und nachhaltige Fakten in Form der auch heute noch geltenden Gesetzbücher geschaffen wurden, lohnt sich die Analyse dieser Verfassungsordnung.

Im Wesentlichen lag, wie heute, die Zuständigkeit des Reiches bei der Gesetzgebung, während den Einzelstaaten der Vollzug und die Rechtsprechung zukamen. Zwar galt hinsichtlich der Gesetzgebungskompetenzen des Reiches das Enumerationsprinzip, sodass nicht genannte Zuständigkeiten bei den Einzelstaaten verblieben.<sup>161</sup> Jedoch waren die Gesetzgebungskompetenzen des Reiches in den Art. 2-5 RV 1871 wesentlich weiter als in anderen zeitgenössischen Bundesstaaten, wie etwa den USA oder der Schweiz, und umfassten insgesamt 48 Materien. Tatsächlich war die Ausgangssituation auch grundverschieden von diesen Systemen. Schon die Präambel der Verfassung kündigte einen „ewigen Bund zum Schutze des Bundesgebietes und des innerhalb desselben gültigen Rechts, sowie zur Pflege der Wohlfahrt des Deutschen Volkes“ an. Dieser Schutz des Reiches, das auf allen Seiten an andere Staaten angrenzte, welche ihm nicht sämtlich freundlich gesonnen waren, schien eine stärkere Zentralgewalt zu gebieten.<sup>162</sup>

Nach Art. 4 Nr. 13 RV 1871 unterlag das Strafrecht der „gemeinsamen Gesetzgebung“ durch das Reich und die Einzelstaaten. Diese Übertragung der legislativen Kompetenz auch auf die Zentralgewalt war zunächst umstritten gewesen.<sup>163</sup> So hatte insbesondere der sächsische Abgeordnete und Königlich Sächsische Generalstaatsanwalt *Schwarze* im konstituierenden Norddeutschen Reichstag im Jahr 1867 noch darauf bestanden, diese Zuständigkeit bei den Einzelstaaten zu belassen. Gerade das sächsische Strafrecht galt als fortschrittlich und von hohem Standard, das preußische Strafrecht hingegen als zu stark vom französischen Einfluss geprägt.<sup>164</sup> *Schwarze*<sup>165</sup> führte aus: „Meine Herren, es ist nach meiner Ansicht gegenwärtig und auf lange Zeit hinaus eine Unmöglichkeit, ein gemeinsames Strafge-

158 *Laband* (1911; Neuauf. 1997), S. 105; *Stern*, Staatsrecht V, S. 364; *Zippelius*, Verfassungsgeschichte, S. 121; vgl. dazu auch *Meyer/Anschütz* (1919; Neuauf. 2005), S. 690 ff.

159 *Badura*, Staatsrecht, Teil D. Rn. 78, Teil F. Rn. 28; *Kotulla*, Rn. 2069 f.

160 Siehe bereits oben 3. Kapitel A. I. 1.

161 *Meyer/Anschütz* (1919; Neuauf. 2005), S. 260; *Oeter*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Art. 72 Rn. 8; *Stern*, Staatsrecht V, S. 365.

162 Vgl. die Rede des Abgeordneten *Schwarze*, in: v. Holtzendorf/Bezold, S. 382.

163 Dazu *Schubert*, FS Gmür, 1983, S. 154.

164 *Schubert*, FS Gmür, 1983, S. 152 ff.

165 *Schwarze*, in: v. Holtzendorf/Bezold, S. 385.

setzung zu erlassen. Wir werden uns allerdings einigen über die Definition der einzelnen Verbrechen, aber wir sind nicht im Stande, die Anschauungen im Volke, die von religiösen und politischen Momenten beeinflusst sind, gleichsam unter die Schablone zu zwingen. Wir werden die Grenze zwischen dem Criminal- und polizeilichen Strafrecht nicht leicht feststellen können.“ Ihm trat insbesondere der preußische Abgeordnete *Lasker* entgegen. Die Rechtseinheit im Strafrecht sei durch das gemeinsame Indigenat prädestiniert.<sup>166</sup> Denn wenn jeder Bürger eines Einzelstaates gleichzeitig Bürger Deutschlands werde, sei es unerträglich, wenn er die Strafgesetzbücher sämtlicher 22 Länder des Bundes kennen müsse.<sup>167</sup> Ferner gehöre zu den fundamentalen Begriffen der Nationalität gerade die Gemeinsamkeit der Rechtsüberzeugung.<sup>168</sup>

Die Rechtsvereinheitlichung, welche durch die Reichsgesetzgebungskompetenzen möglich wurde, diente daher nicht nur der Förderung des Wirtschaftslebens,<sup>169</sup> sondern auch der Rechtssicherheit sowie der Herausbildung eines einheitlichen Rechtsbewusstseins.<sup>170</sup> Gerade Letzteres musste nach den Erfahrungen der Partikularstaatlichkeit besondere Bedeutung erlangen.<sup>171</sup> Im Zuge der Nationenbildung wurde in der Rechtseinheit ein Ideal gesehen, ein Integrationsfaktor der nationalen Einheit.<sup>172</sup> Zudem war die Rechtszersplitterung im Strafrecht, wie von *Lasker* ausgeführt, als unerträglich empfunden worden.<sup>173</sup> Schon vorher hatte es daher Tendenzen zur Strafrechtsvereinheitlichung gegeben.<sup>174</sup> So hatte bereits § 64 RV 1849 eine solche Möglichkeit für die Zentralgewalt parat gehalten.<sup>175</sup> Ein entsprechender Entwurf des preußischen Justizministeriums wurde jedoch nicht umgesetzt.<sup>176</sup> Auch auf die entsprechende Forderung des 1. Deutschen Juristentages wurde bereits hingewiesen.<sup>177</sup> Seither war die Idee nicht verschwunden und durch den Erfolg der Einführung eines gemeinsamen Handelsgesetzbuches bestärkt wor-

166 *Lasker*, in: v. Holtzendorf/Bezold, S. 492.

167 *Lasker*, in: v. Holtzendorf/Bezold, S. 492; vgl. auch den Abgeordneten *v. Wächter*, in: v. Holtzendorf/Bezold, S. 502.

168 *Lasker*, in: v. Holtzendorf/Bezold, S. 494.

169 *Schöler*, S. 147 ff. (zu der entsprechenden Forderung schon während des Deutschen Bundes); *Stern*, Staatsrecht V, S. 364; *Zippelius*, Verfassungsgeschichte, S. 124; vgl. auch *Bacigalupo*, ZStW 116 (2004), 326, 327, der ausführt, dass der durch die Einheit geschaffene wirtschaftliche Raum auch ein gemeinsames Strafgesetzbuch benötigte.

170 *Zippelius*, Verfassungsgeschichte, S. 124; vgl. auch *Capus*, S. 57.

171 Vgl. *Schwarze*, in: v. Holtzendorf/Bezold, S. 384; *Stern*, Staatsrecht V, S. 365.

172 *v. Weber*, ZRG GA 77 (1960), 288, 296. *Schöler*, S. 152 ff., beschreibt entsprechende Forderungen nach Rechtseinheit während der Zeit des Deutschen Bundes, weist aber darauf hin, dass diese den Staatenbund nicht nach allen Auffassungen zwingend ausschloss; zu Bestrebungen i.H.a. die Rechtseinheit vgl. auch *Kroeschell*, Deutsche Rechtsgeschichte Bd. 3, S. 173 ff.

173 Vgl. dazu auch *Sieber*, in: Sieber/Brüner/Satzger/v. Heintschel-Heinegg, Einführung Rn. 29.

174 Dazu ausführlich *Schöler*, S. 240 ff.; *Schubert*, FS Gmür, 1983, S. 151 ff.; vgl. ferner *Sieber*, in: Sieber/Brüner/Satzger/v. Heintschel-Heinegg, Einführung Rn. 29.

175 Siehe bereits oben 3. Kapitel A. I. 2. a).

176 *E. Schmidt*, S. 343.

177 Siehe oben 3. Kapitel A. I. 2. a).

den. Die Rechtszersplitterung wurde denn auch auf der konstituierenden Sitzung des Norddeutschen Reichstages beklagt.<sup>178</sup>

Es dauerte entgegen den Prognosen von *Schwarze* auch tatsächlich nur drei Jahre, bis das einheitliche StGB am 31.5.1870<sup>179</sup> für den Norddeutschen Bund erlassen wurde. Es wurde am 9.5.1871 im Wesentlichen inhaltsgleich als StGB des Deutschen Reiches übernommen.<sup>180</sup> Da es sich um eine Materie der „gemeinsamen Gesetzgebung“ handelte, konnten zwar auch die Einzelstaaten weiter tätig werden, jedoch hatte das Reichsrecht gemäß Art. 2 RV 1871 Vorrang vor dem Landesrecht. Dies bedeutete, dass auf den Gebieten der konkurrierenden Gesetzgebung die Landesgesetzgebung möglich blieb, solange das Reich in diesem Bereich nicht tätig wurde.<sup>181</sup>

Reichsgesetze ließen jedoch alle auf „denselben Gegenstand“ bezogenen Landesgesetze außer Kraft treten, unabhängig davon, ob sich die Vorschriften widersprachen oder sogar vollständig übereinstimmten.<sup>182</sup> Hatte das Reich ein Rechtsgebiet abschließend geregelt, so schieden Landesgesetze aus. Sie blieben auf diesem Gebiet nur möglich, sofern das Reich nur einzelne Punkte desselben geregelt hatte.<sup>183</sup> Der Großteil des Strafrechts war aus diesem Grunde mittels des StGB 1871 der Landesgesetzgebung entzogen. Insbesondere wurde eine qualitative Differenzierung zwischen Polizeiübertretungen und Kriminalstrafrecht aufgegeben.<sup>184</sup> Nach der traditionellen Sicht bestand hingegen ein wesensmäßiger Unterschied zwischen bloß polizeirechtlich Verbotenem und echtem kriminellem Unrecht.<sup>185</sup> Während es sich bei Letzteren um Delikte handelte, die per se ein Verstoß gegen Recht und Gerechtigkeit waren, kam Ersteren nur die Funktion zu, staatliche Anordnungen in Form von Geboten und Verboten durchzusetzen, indem sie eine Sanktion für Zuwiderhandlungen bereit stellten.<sup>186</sup>

In der Abstimmung der vom Bundesrat gewählten Kommission zur Beratung des Entwurfes eines StGB für den Norddeutschen Bund entschied sich eine knappe Mehrheit von 4:3 Stimmen für die Aufnahme des Polizeistrafrechts in das StGB.<sup>187</sup> Die Motive zum StGB von 1870 erläutern, ein „generischer Unterschied

178 v. *Wächter*, in: v. Holtzendorf/Bezold, S. 502 ff. Nach *Weber*, in: Baumann/Weber/Mitsch, § 6 Rn. 4, habe die Strafrechtsvereinheitlichung aber deshalb besondere Schwierigkeiten bereitet, weil sie als „besondere Ausprägung der Souveränität“ angesehen wurde.

179 BGBl. S. 197.

180 RGBl. S. 127.

181 *Maurach/Zipf*, AT 1, § 8 III Rn. 10; *Meyer/Anschütz* (1919; Neuauf. 2005), S. 715.

182 v. *Liszt* (1919), S. 91; *Meyer/Anschütz* (1919; Neuauf. 2005), S. 715 f.

183 *Meyer/Anschütz* (1919; Neuauf. 2005), S. 716.

184 Dazu *Braum*, Europäische Strafgesetzmäßigkeit, S. 305 ff.; *Schubert*, FS Gmür, 1983, S. 165 ff.

185 Ausführlich *Bohmert*, in: KK OWiG, Einl. Rn. 50 ff.

186 Vgl. den Brief des mecklenburgischen Oberappellationsgerichtsrates *Budde* an die Bundesratskommission, Beratungen der Bundesratskommission, Anträge zur 1. Lesung, in: Schubert/T. Vormbaum, S. 165 ff.

187 Vgl. Beratungen der Bundesratskommission, Sitzungsprotokoll 1. Lesung, 1. Sitzung, verhandelt am 1.10.1869, in: Schubert/T. Vormbaum, S. 64.

zwischen der Verletzung von kriminalrechtlichen und der von polizeirechtlichen Vorschriften“ sei nicht (mehr) vorgesehen.<sup>188</sup> Damit gelangten auch die ordnungsrechtlichen Sanktionen, mit welchen Verstöße gegen ordnungspolizeiliche Regelungen geahndet werden, unter den kompetenzmäßigen Begriff des „Strafrechts“ im weiteren Sinne. Auch das im Wesentlichen inhaltsgleiche StGB von 1871 behielt diese Einordnung des Polizeistrafrechts im StGB bei.

Gleichwohl differenzierte § 1 StGB 1871 noch zwischen Verbrechen (als eine „mit dem Tode, mit Zuchthaus, oder mit Festungshaft von mehr als fünf Jahren bedrohte Handlung“, § 1 Abs. 1), Vergehen (als eine „mit Festungshaft bis zu fünf Jahren, mit Gefängniß oder mit Geldstrafe von mehr als fünfzig Thalern bedrohte Handlung“, § 1 Abs. 2) und Übertretungen (als eine „mit Haft oder mit Geldstrafe bis zu fünfzig Thalern bedrohte Handlung“, § 1 Abs. 3). Letztere Gruppe betraf das Polizeistrafrecht, dessen Besonderheiten und geringerer sozial-ethischer Tadel durch die unterschiedlichen Terminologien „Übertretung“ und „Haft“ gekennzeichnet werden sollten.<sup>189</sup> Diese Dreiteilung der Straftaten ging zurück auf das französische Recht und war den Juristen in Deutschland seit Jahren bekannt, u.a. auch aus dem preußischen Allgemeinen Landrecht.<sup>190</sup> Ihre Aufnahme in das StGB folgte jedoch auch praktischen Erwägungen, da sie insbesondere die Regelung der Zuständigkeit vereinfachen sollte.<sup>191</sup>

In der Bundesratskommission zur Revision des Entwurfes des StGB<sup>192</sup> wurden zwar noch Kompetenzbedenken geäußert,<sup>193</sup> da durch die Aufnahme des Polizeistrafrechts die Einzelstaaten in der selbstständigen Ordnung ihrer inneren Angelegenheiten empfindlich beschränkt würden, entsprechende Anträge des sächsischen Generalstaatsanwaltes *Schwarze* zur Streichung der Übertretungen im StGB wurden jedoch, wie soeben ausgeführt, abgelehnt. Damit konnte das Reich schon damals Sanktionen für Verstöße gegen sonstige öffentlich-rechtliche Normen, die so genannten „Polizei-Übertretungen“, kompetenzmäßig als „Strafrecht“ im weiteren Sinne behandeln.<sup>194</sup> Den Einzelstaaten verblieb nur der Bereich der Übertretungen, also Verstößen gegen ihre Ordnungsvorschriften, außerhalb des vom Reich geregelten Bereiches.<sup>195</sup>

188 Anl. Nr. 5 zu den Verhandlungen des Reichstages des Norddeutschen Bundes, I. Leg. Per., Sess. 1870, Dritter Band, 1870, S. 86 ff.; vgl. dazu auch BVerfGE 23, 113, 123.

189 BVerfGE 23, 113, 123.

190 Zum historischen Verhältnis von Strafrecht und Ordnungswidrigkeitenrecht vgl. *Braum*, Europäische Strafgesetzlichkeit, S. 279 ff.

191 *Schubert*, FS Gmür, 1983, S. 158.

192 Zu dieser siehe *Schubert*, GA 1982, S. 197 ff.

193 Vgl. den Brief des mecklenburgischen Oberappellationsgerichtsrates *Budde* an die Bundesratskommission, Beratungen der Bundesratskommission, Anträge zur 1. Lesung, in: *Schubert/T. Vormbaum*, S. 165 ff.

194 *Haenel*, Deutsches Staatsrecht I (1892), S. 467 ff.

195 *Braum*, Europäische Strafgesetzlichkeit, S. 306.

Inwieweit die Reichsgewalt von der Kompetenz zum Erlass materiellen Strafrechts Gebrauch gemacht hatte, bestimmte schon damals das EGStGB vom 31.5.1870,<sup>196</sup> das 1871 ebenfalls ins Reichsrecht übernommen wurde. Nach § 2 EGStGB 1871 trat das gesamte Bundes- und Landesstrafrecht, das dieselben Materien wie das StGB betraf, außer Kraft. Es blieben jedoch die besonderen nebenstrafrechtlichen Vorschriften, namentlich diejenigen über Verletzungen der Presspolizei-, Post-, Steuer-, Zoll-, Fischerei-, Jagd-, Forst- und Feldpolizeigesetze, über den Missbrauch des Vereins- und Versammlungsrechts und über den Holz-(Forst-)Diebstahl bestehen. § 5 EGStGB 1871 beschränkte zudem die Sanktionsbefugnis der Einzelstaaten, indem er festlegte, dass nur noch Gefängnisstrafe bis zu zwei Jahren, Haft und Geldstrafe sowie als Nebenfolge die Einziehung einzelner Gegenstände und die Entziehung öffentlicher Ämter angeordnet werden durfte. Ab Inkrafttreten des StGB konnte gemäß § 6 EGStGB 1871 nur noch auf die dort vorgesehenen Strafarten erkannt werden, wobei es den Einzelstaaten vorbehalten blieb, statt der Gefängnis- oder Geldstrafe gemeinnützige Forst- oder Gemeindearbeit vorzusehen. Schon damals war also das Landesrecht materiell und in seinen Rechtsfolgen stark eingeschränkt, da das StGB 1871 das Feld weitgehend belegte.

Dem StGB folgten die einheitliche Strafprozessordnung (StPO)<sup>197</sup> vom 1.2.1877 und das Gerichtsverfassungsgesetz (GVG)<sup>198</sup> vom 27.1.1877. Während das StGB im Wesentlichen auf dem preußischen Strafgesetzbuch basierte, orientierte sich die StPO am „gemeinsamen Erbe“<sup>199</sup> der Territorien. Auch hier bestimmte das EGStPO vom 1.2.1877<sup>200</sup> näher, inwieweit die StPO das Recht der Einzelstaaten verdrängte. Es ließ im Vergleich zur heutigen Rechtslage einen etwas größeren Spielraum für abweichende Bestimmungen. So war gemäß § 3 Abs. 2 EGStPO 1877 ein abweichendes Verfahren möglich, insoweit die Gerichtsbarkeit in Strafsachen, für welche besondere Gerichte zugelassen sind, durch die Landesgesetzgebung den ordentlichen Gerichten übertragen wird.<sup>201</sup> Die Landesgesetze konnten nach § 3 Abs. 3 EGStPO 1877 ferner anordnen, dass Forst- und Feldrügésachen durch die Amtsgerichte in einem besonderen Verfahren, sowie ohne Zuziehung von Schöffen verhandelt und entschieden werden.<sup>202</sup> § 4 EGStPO 1877 ließ besondere Vorschriften bzgl. der Landesherren und ihrer Familien zu.<sup>203</sup> Unberührt blieben nach § 6 EGStPO 1877 schließlich die landesgesetzlichen Bestimmungen über die Voraussetzungen, unter welchen gegen Mitglieder einer gesetzgebenden Versammlung während der Dauer einer Sitzungsperiode eine Strafverfolgung eingeleitet oder

196 BGBl. 1870, S. 195.

197 RGBl. S. 253.

198 RGBl. S. 41.

199 *Rüping/Jerouschek*, Rn. 232, 248; zur Entstehung *E. Schmidt*, S. 345 f.

200 RGBl. S. 346.

201 Diese Vorgabe entspricht allerdings dem aktuellen § 3 Abs. 2 EGStPO.

202 Auch diese Vorgabe entspricht dem aktuellen § 3 Abs. 3 EGStPO.

203 Diese Vorschrift ist im aktuell gültigen EGStPO entfallen.

fortgesetzt werden kann, über das Verfahren bei Zuwiderhandlungen gegen die Gesetze über das Vereins- und Versammlungsrecht sowie über das Verfahren im Verwaltungswege bei Übertretungen, wegen deren die Polizeibehörden zum Erlass einer Strafverfügung befugt waren, und bei Zuwiderhandlungen gegen die Vorschriften über die Erhebung öffentlicher Abgaben und Gefälle, insoweit die StPO nicht abändernde Bestimmungen traf.<sup>204</sup>

Daneben enthielt sogar die Reichsverfassung selbst einige auf das Strafrecht bezogene Bestimmungen. So legte Art. 74 RV 1871 fest, dass Hoch- und Landesverrat sowie Beleidigungen der Organe, Behörden und Beamten des Reiches nach Maßgabe der in den Einzelstaaten bestehenden oder zu schaffenden Gesetze bestraft werden. Nach Art. 75 RV 1871 war für Fälle des Hoch- und Landesverrates das Ober-Appellationsgericht der drei freien und Hansestädte in Lübeck zuständig, wobei nähere Bestimmungen über dessen Zuständigkeit und Verfahren künftigen Reichsgesetzen vorbehalten waren. Im Übrigen blieben zunächst die Einzelstaaten alleine zuständig für die Rechtsprechung. Änderungen brachte aber das GVG 1877, welches das Reichsgericht (RG) in Leipzig einrichtete, das gemäß § 136 Nr. 1 GVG 1877 für die Untersuchung und Entscheidung in erster und letzter Instanz in den Fällen des Hoch- und Landesverrates, insofern diese Verbrechen gegen den Kaiser oder das Reich gerichtet waren, sowie nach § 136 Nr. 2 GVG 1877 als höchste und letzte Revisionsinstanz in Strafsachen gegen Urteile der Strafkammern in erster Instanz, insoweit nicht die Zuständigkeit der Oberlandesgerichte begründet war, und gegen Urteile der Schwurgerichte zuständig war.

Neben der Rechtseinheit wurde damit auch eine Einheitlichkeit in der Rechtsprechung erreicht. Diese stand am Ende eines langen Ringens um eine zentrale Bundesgerichtsbarkeit, seitdem das RKG im Jahr 1806 seine Zuständigkeit über die Territorien eingebüßt hatte. Schon § 126 I) S. 2 RV 1849 hatte den Plan vorgesehen, eine solche Zentralinstanz zu errichten, in der anfänglichen Diskussion um die RV 1871 waren solche Bestrebungen aber noch am Widerstand der Einzelstaaten gescheitert.<sup>205</sup> Auf der anderen Seite oblag schon damals – ganz im Gegensatz zu den USA – die Ausführung der Gesetze den Gliedstaaten. Denn wenn gemäß Art. 4 RV 1871 bestimmte Angelegenheiten der Reichsaufsicht unterstanden, so ergibt sich daraus im Umkehrschluss, dass das Reich die Gesetze nicht selbst vollziehen konnte.<sup>206</sup>

Hinsichtlich des Verbotes einer Doppelbestrafung fand sich keine Regelung in der Verfassung oder der StPO 1877. Es galt aber als reichsgerichtlicher Grundsatz,

204 Hier weicht der aktuell gültige § 6 EGStPO stark ab.

205 *Stern*, Staatsrecht V, S. 417.

206 *Starck*, in: Härtel, Hdb. Föderalismus I, § 1 Rn. 21; vgl. auch *Grzeszick*, in: Härtel, Hdb. Föderalismus I, § 2 Rn. 77.

welcher in ständiger Rechtsprechung bestätigt wurde.<sup>207</sup> Er hatte nach der Ansicht des RG eine doppelte Bedeutung, denn er sei nicht nur ein prozessualer Grundsatz, sondern ein allgemeiner Satz des Strafrechts, dass die Schuld durch die Strafe getilgt werde und deshalb für dieselbe Straftat nur einmal Strafe verhängt werden dürfe.<sup>208</sup> Allerdings nahm das RG eine interessante Einschränkung vor: Bei fortgesetzten Straftaten, bei denen sich einzelne Ausführungshandlungen in verschiedenen Gliedstaaten des Reiches vollzogen und diese jeweils gegen landesrechtliche Strafvorschriften verstießen, wirkte eine Verurteilung in einem der betroffenen Einzelstaaten nicht als Strafklageverbrauch, weil das Gericht im ersten Verfahren gehindert sei, auch die nach dem Recht des anderen Gliedstaates begangenen Taten mit abzuurteilen.<sup>209</sup>

### c) Die Weimarer Republik

Das Kaiserreich fand sein Ende im Fiasko des Ersten Weltkrieges. Nach der Meuterei der Flotte in Kiel und den darauf folgenden Unruhen, welche in der Novemberrevolution kulminierten, dankte der Kaiser am 28.11.1918 ab. Schon am 9.11.1918 hatte *Scheidemann* die Republik ausgerufen.<sup>210</sup> Der neu gebildete Rat der Volksbeauftragten veranlasste Wahlen zur Nationalversammlung, welche am 6.2.1919 in Weimar zusammentrat. Sie erließ schon am 10.2.1919 ein Gesetz über die vorläufige Reichsgewalt.<sup>211</sup> Hierdurch wurde die Nationalversammlung insbesondere zum Verfassungs-,<sup>212</sup> aber auch zum ordentlichen Gesetzgeber. Die Weimarer Reichsverfassung (WRV) wurde am 11.8.1919 von der Nationalversammlung beschlossen und trat am 14.8.1919 durch Verkündung in Kraft, Art. 181 WRV.<sup>213</sup>

Die Weimarer Republik war aber nicht nur eine Demokratie, sie blieb auch ein Bundesstaat.<sup>214</sup> Der mit der Ausarbeitung der Verfassung beauftragte Staatsrechtler *Preuß* hatte zuvor noch einen dezentralisierten Einheitsstaat vorgeschlagen, in welchem das Reich in 16 Gebiete als Selbstverwaltungskörper aufgeteilt gewesen wä-

207 RGSt 2, 347, 348; 7, 355, 356; 13, 146; 25, 27; 32, 57; 35, 367, 369 f.; 41, 152, 153; vgl. auch *Schmid-Aßmann*, in: *Maunz/Dürig*, 69. EL 2013, Art. 103 Rn. 257.

208 RGSt 35, 367, 370.

209 RGSt 32, 57, 58 f.

210 *Liebknecht* folgte ihm später mit dem Ausruf der „Freien Sozialistischen Republik Deutschland“ nach; vgl. dazu *Frotscher/Pieroth*, Rn. 508 f.; *Köbler*, S. 228 f.

211 RGBl. I S. 169; dazu *Meyer/Anschiütz* (1919; Neuauf. 2005), S. 1040; *Stern*, Staatsrecht V, S. 518; *Zippelius*, Verfassungsgeschichte, S. 130.

212 *Grzeszick*, in: *Härtel*, Hdb. Föderalismus I, § 2 Rn. 87; *Meyer/Anschiütz* (1919; Neuauf. 2005), S. 1040; *Stern*, Staatsrecht V, S. 518.

213 RGBl. Nr. 152 S. 1383.

214 *Bauer*, in: *Dreier*, Art. 20 Rn. 4; *Jestaedt*, HStR II, 3. Aufl. 2004, § 29 Rn. 3; *Kotulla*, Rn. 2281; *Lauffer/Münch*, S. 61; *Stern*, Staatsrecht V, S. 545, 575; v. *Münch/Mager*, Rn. 27; *Zippelius*, Verfassungsgeschichte, S. 131.

re,<sup>215</sup> was auch mit unitarischen Tendenzen in der Nationalversammlung korrespondierte. Zwar scheiterte dieser Entwurf am Widerstand der Einzelstaaten, jedoch hatte der Weimarer Staat trotz seiner föderativen Grundordnung einen deutlich unitarischen Charakter.<sup>216</sup> Schließlich entstand er unter ganz anderen Voraussetzungen als das Reich von 1871, nämlich durch einen revolutionären Akt sowie die Verfassungsgebung seitens eines vom (gesamten) Volke gewählten Organs. Der Status der Reichsländer war längst nicht mehr so stark wie noch im Kaiserreich.<sup>217</sup>

Diese Struktur äußerte sich insbesondere in den weit reichenden Gesetzgebungskompetenzen des Reiches. Dieses hatte in Art. 6 WRV einige wichtige ausschließliche Kompetenzen, war gemäß Art. 7 Nr. 2 WRV für die Gesetzgebung im Strafrecht zuständig sowie nach Art. 7 Nr. 3 WRV für das gerichtliche Verfahren einschließlich des Strafvollzuges. Des Weiteren kam der zentralen Ebene nach Art. 9 WRV ein legislatives Recht zu für die Bereiche der Wohlfahrtspflege und der öffentlichen Sicherheit und Ordnung, „soweit ein Bedürfnis für den Erlaß einheitlicher Vorschriften vorhanden“ war. Diese Bedürfnisklausel hat später für bestimmte Materien auch in Art. 72 Abs. 2 GG Eingang gefunden.<sup>218</sup> Art. 12 Abs. 1 S. 1 WRV bestimmte: „Solange und soweit das Reich von seinem Gesetzgebungsrechte keinen Gebrauch macht, behalten die Länder das Recht der Gesetzgebung“. Ausgenommen waren nur die ausschließlichen Bundeszuständigkeiten, Art. 12 Abs. 1 S. 2 WRV. Dies entsprach der heutigen Regelung in Art. 72 Abs. 1 GG zur konkurrierenden Gesetzgebung.<sup>219</sup>

Auch das Strafrecht fiel in diesen Bereich. Die Nationalversammlung hatte in dessen mit dem Übergangsgesetz vom 4.3.1919<sup>220</sup> bestimmt, dass die bisherigen Gesetze in Kraft blieben, somit auch StGB, StPO und GVG. Weiterhin galt auch die Vorrangklausel zu Gunsten des Reichsrechts, Art. 13 WRV. Das Rad wurde im Strafrecht also nicht mehr zurückgedreht, sondern es wurde an der grundsätzlichen Kompetenzverteilung der RV 1871 festgehalten, sodass die weitgehende Zentralisierung der Gesetzgebung sowie die höchstinstanzliche Zuständigkeit des Reichsgerichts Bestand hatten. Art. 103 WRV stellte demgemäß nun fest, dass die ordentliche Gerichtsbarkeit durch das Reichsgericht und die Gerichte der Länder ausgeübt wird. Verwaltung, Vollzug und Polizei blieben Ländersache, gleichwohl legten die Art. 78 ff. WRV nun auch einige unmittelbare exekutive Zuständigkeiten des Reiches fest. Dass die Ausführung der Reichsgesetze den Ländern oblag, ging

215 Dazu *Laufer/Münch*, S. 60 f.; *Stern*, Staatsrecht V, S. 542 ff.; *Willoweit*, § 37 Rn. 12.

216 *Bauer*, in: *Dreier*, Art. 20 Rn. 4; *Laufer/Münch*, S. 61; *Stern*, Staatsrecht V, S. 559, 575, 585; *Zippelius*, Verfassungsgeschichte, S. 131.

217 *Badura*, Staatsrecht, Teil D. Rn. 69; *Grzeszick*, in: Härtel, Hdb. Föderalismus I, § 2 Rn. 91; *Laufer/Münch*, S. 61; *v. Münch/Mager*, Rn. 27.

218 Siehe dazu noch unten 3. Kapitel A. I. 2. e).

219 Siehe bereits oben 3. Kapitel A. I. 1.

220 RGBl. I S. 285.

aus Art. 14 WRV nun ausdrücklich hervor.<sup>221</sup> Im Hinblick auf Justiz und Strafrecht enthielt auch die WRV einige Garantien wie richterliche Unabhängigkeit und Gesetzesbindung, Art. 102 WRV, das Rückwirkungsverbot von Strafen wurde in Art. 116 WRV als Grundrecht ausgestaltet. Wie schon unter Geltung der RV 1871 war das Verbot der Doppelbestrafung zwar nicht geregelt, blieb aber wie zu Zeiten des Deutschen Reiches ständige Rechtsprechung des RG.<sup>222</sup>

Besonders wichtige Neuerung der WRV waren jedoch die Einrichtung des Amtes des Reichspräsidenten sowie dessen starke Stellung. Ihm kamen sehr weit gehende Befugnisse zu,<sup>223</sup> so etwa das Recht zur Auflösung des Reichstages (Art. 25 WRV) und zur Ernennung und Entlassung des Reichskanzlers und der Reichsminister (Art. 46 WRV), der Oberbefehl über die Reichswehr (Art. 47 WRV) sowie die Kompetenzen im Ausnahmezustand inklusive des Notverordnungsrechts (Art. 48 WRV). Man hat später von einer „Diktaturgewalt“<sup>224</sup> des Reichspräsidenten gesprochen. Zum Ende der Weimarer Republik beherrschten Auflösungen des Reichstages das politische Bild der Republik und Notverordnungen avancierten zum wichtigsten Instrument der Rechtssetzung.<sup>225</sup>

#### d) Die nationalsozialistische Diktatur

Auch die Nationalsozialisten begannen ihre Diktatur mit Notverordnungen. Besonders hervorzuheben ist dabei die noch von Reichspräsident *Hindenburg* erlassene „Verordnung zum Schutz von Volk und Staat“ vom 28.2.1933 („Reichstagsbrandverordnung“),<sup>226</sup> in der mit der Aufhebung der Grundrechte der Beginn der Terrorherrschaft gegen politische Gegner eingeläutet und welche trotz ihres Charakters als Notverordnung während der gesamten Dauer der Herrschaft der Nationalsozialisten nicht aufgehoben wurde.<sup>227</sup> § 5 der VO enthielt sogar materielles Strafrecht. Hierin wurde nicht nur die Todesstrafe für bestimmte Verbrechen, darunter der Hochverrat i.S.v. § 81 RStGB 1933, eingeführt, sondern auch eine eigenständige Strafbestimmung, die wiederum die Todesstrafe für bestimmte Verbrechen androhte, etwa für die Tötung von Regierungsmitgliedern, aber auch für darauf bezogene Vorbereitungshandlungen.

221 *Starck*, in: Härtel, Hdb. Föderalismus I, § 1 Rn. 21.

222 Siehe bereits oben 3. Kapitel A. I. 2. b).

223 Vgl. dazu ausführlich *Frotscher/Pieroth*, Rn. 532 ff.; *Stern*, Staatsrecht V, S. 594; *Willoweit*, § 38 Rn. 11; *Zippelius*, Verfassungsgeschichte, S. 133 f.

224 *Kotulla*, Rn. 2301; *Kroeschell*, Deutsche Rechtsgeschichte Bd. 3, S. 249; *Stern*, Staatsrecht V, S. 594; *Willoweit*, § 38 Rn. 11; vgl. auch *Frotscher/Pieroth*, Rn. 533: quasi diktatorische Befugnisse; vgl. ferner die – allerdings von nationalsozialistischer Anschauung geprägte – Schrift von *E.R. Huber*, Verfassung (1937), S. 122.

225 Vgl. *Frotscher/Pieroth*, Rn. 553 ff.

226 RGBl. I S. 83; abgedruckt bei *Willoweit/Seif*, S. 787 f.

227 Vgl. *Frotscher/Pieroth*, Rn. 610 ff.; *Kroeschell*, Deutsche Rechtsgeschichte Bd. 3, S. 266; *Stern*, Staatsrecht V, S. 774; *Wesel*, S. 555; *Willoweit*, § 39 Rn. 5; *Zippelius*, Verfassungsgeschichte, S. 140.

Am 24.3.1933 verabschiedete der Reichstag das „Gesetz zur Behebung der Not von Volk und Reich“ („Ermächtigungsgesetz“),<sup>228</sup> welches der Reichsregierung in Art. 1 ein eigenes Recht zur Gesetzgebung verlieh, wobei nach Art. 2 solchermaßen erlassene Gesetze sogar von der Verfassung abweichen durften. Damit war bereits zu diesem Zeitpunkt der Gesetzgebungsstaat dem „Maßnahmenstaat“<sup>229</sup> gewichen. Während der gesamten Zeit der Diktatur wurden tatsächlich nur noch sieben Gesetze durch den Reichstag erlassen,<sup>230</sup> darunter aber das wiederum sehr bedeutende „Gesetz über den Neuaufbau des Reiches“ vom 30.1.1934.<sup>231</sup> Darin heißt es in Art. 2 Abs. 1: „Die Hoheitsrechte der Länder gehen auf das Reich über“. Das Gesetz bildete den letzten Schritt auf dem schon zuvor durch zwei vorangegangene „Gesetze zur Gleichschaltung der Länder“ eingeleiteten Weg zur Beseitigung jeglicher Eigenstaatlichkeit der Länder sowie des Bundesstaates insgesamt mit dem Ziel der vollständigen Monopolisierung der Macht und der Errichtung eines Einheitsstaates.<sup>232</sup>

Nicht nur die Gesetzgebung, auch die Verwaltung war damit zentralisiert, die Landesregierungen wurden zu Verwaltungsbehörden, welche den zentralen Reichsbehörden unterstellt waren.<sup>233</sup> Der nationalsozialistische Staat war aber nicht nur Einheitsstaat, er war vielmehr ein „Führerstaat“. *Hitler* hatte seit dem Tode *Hindenburgs* im August 1934 nicht nur die Ämter des Reichspräsidenten und des Reichskanzlers in seiner Person vereinigt, sondern ließ sich am 26.4.1942 auch als obersten Gerichtsherrn einsetzen, der auch strafen konnte.<sup>234</sup> Alle Macht im Staate sollte in der Hand einer Person konzentriert sein. Nach nationalsozialistischer Lesart war die WRV durch eine „Revolution“ beseitigt worden.<sup>235</sup> Der Staatsrechtler *E.R. Huber*<sup>236</sup> formulierte bereits 1937: „Der Führer vereinigt in sich alle hoheitliche Gewalt des Reiches; alle öffentliche Gewalt [...] leitet sich von der Führergewalt ab.“

*E.R. Huber*<sup>237</sup> erläuterte zur legislativen Gewalt: „Der Führer ist Träger der gesetzgebenden Gewalt im Reich und in den Ländern. Früher besaßen die Länder dagegen eine ursprüngliche gesetzgebende Gewalt, die Quelle eigenen Landesrechts

228 RGBl. I S. 141; abgedruckt bei *Kroeschell*, Deutsche Rechtsgeschichte Bd. 3, S. 269 f.; *Willoweit/Seif*, S. 789.

229 *Stern*, Staatsrecht V, S. 773; *Willoweit*, § 39 Rn. 5.

230 *Zippelius*, Verfassungsgeschichte, S. 141.

231 RGBl. I S. 75; abgedruckt bei *Kroeschell*, Deutsche Rechtsgeschichte Bd. 3, S. 270 f.; *Willoweit/Seif*, S. 790.

232 Vgl. BVerfGE 4, 115, 124 f.; *Badura*, Staatsrecht, Teil A. Rn. 28; *Frotscher/Pieroth*, Rn. 622 ff.; *E.R. Huber*, Verfassung (1937), S. 187; *Jestaedt*, HStR II, 3. Aufl. 2004, § 29 Rn. 3; *Laufer/Münch*, S. 67 f.; *Stein/Frank*, § 13 I; *Stern*, Staatsrecht V, S. 786 ff.; *Willoweit*, § 39 Rn. 8 f.; *Zippelius*, Verfassungsgeschichte, S. 141.

233 *Laufer/Münch*, S. 68; *Zippelius*, Verfassungsgeschichte, S. 141.

234 *Zippelius*, Verfassungsgeschichte, S. 142.

235 Vgl. dazu *Frotscher/Pieroth*, Rn. 597 ff.

236 *E.R. Huber*, Verfassung (1937), S. 118.

237 *E.R. Huber*, Verfassung (1937), S. 131.

war. Zwischen Reichsgesetzen und Landesgesetzen bestand infolgedessen ein tief greifender und wesenhafter Unterschied. Sie waren das Recht zweier unterschiedlicher selbständiger Gemeinwesen, und ihre verbindliche Kraft stammte aus zwei unterschiedenen selbständigen politischen Gewalten. Im neuen Reich ist dieser Gegensatz beseitigt worden.“ Dies äußerte sich so, dass die Länder zwar Gesetze beschließen konnten, diese aber noch der Genehmigung durch das Reich bedurften. Die solchermaßen ergangenen Gesetze waren zudem kein Landesrecht mehr, sondern „landschaftlich begrenztes Reichsrecht“<sup>238</sup>. In gleichem Maße attestierte *E.R. Huber* dem „Führer“ auch die Verwaltungshoheit und die Gerichts Gewalt.<sup>239</sup> Die Gerichtsstruktur wurde unabhängig davon neu gestaltet. Durch drei Gesetze zur „Überleitung der Rechtspflege auf das Reich“ zwischen 1934 und 1935<sup>240</sup> gingen zunächst sämtliche Zuständigkeiten der ordentlichen Justiz von den Ländern auf das Reich über.<sup>241</sup> Dies ist für den verfassungsmäßigen Charakter der Entscheidungen von Bedeutung, brachte aber keine nennenswerten Veränderungen in den Jurisdiktionsbereichen mit sich. Später wurden sogar die Schöffengerichte und Schwurgerichte aufgehoben.<sup>242</sup>

Daneben wurde eine Vielzahl an zentralisierten Sondergerichten geschaffen, deren Kompetenzen vielfach auch das Strafrecht, insbesondere politische Straftaten, betrafen, die ohne Rechtsmittel entschieden.<sup>243</sup> Besondere Bekanntheit erlangte in diesem Zusammenhang der durch das „Gesetz zur Änderung von Vorschriften des Strafrechts und des Strafverfahrens“ vom 24.4.1934<sup>244</sup> geschaffene Volksgerichtshof.<sup>245</sup> Er war zuständig in Fällen des Hoch- und Landesverrats, in welchen er somit an die Stelle des RG trat, sowie anderen politischen Straftaten und fällte eine Vielzahl an Todesurteilen.<sup>246</sup>

Strafrecht und Strafgerichtsbarkeit kam in diesem totalitären Regime insgesamt eine besonders wichtige Rolle zu. Hier ist nicht der Platz, die Änderungen des materiellen Rechts zu erläutern, welche von den Nationalsozialisten vorgenommen wurden.<sup>247</sup> Sie nahmen daneben aber auch großen Einfluss auf die Rechtsprechung, so etwa durch die so genannten „Richterbriefe“, die „Empfehlungen“ zur Ausle-

238 *E.R. Huber*, Verfassung (1937), S. 131.

239 *E.R. Huber*, Verfassung (1937), S. 149, 151.

240 Das erste Gesetz zur Überleitung der Rechtspflege auf das Reich vom 16.2.1934 (RGBl. I S. 91), das zweite vom 5.12.1934 (RGBl. I S. 1214) sowie das dritte vom 24.1.1935 (RGBl. I S. 68).

241 *Stern*, Staatsrecht V, S. 800 f.; *Zippelius*, Verfassungsgeschichte, S. 147.

242 *Stern*, Staatsrecht V, S. 801.

243 *Rüping/Jerouschek*, Rn. 290 ff.; *E. Schmidt*, S. 447 f.; *Stern*, Staatsrecht V, S. 801.

244 RGBl. I S. 341.

245 Zu diesem *Marxen*, Das Volk und sein Gerichtshof, passim; *Rüping*, JZ 1984, 815; *Rüping/Jerouschek*, Rn. 288 f.; *E. Schmidt*, S. 447; *Stern*, Staatsrecht V, S. 803 f.; *Willoweit*, § 40 Rn. 16.

246 *Stern*, Staatsrecht V, S. 803.

247 Vgl. statt Vieler *Marxen*, Der Kampf gegen das liberale Strafrecht, passim; *Ostendorf*, Dokumentation des NS-Strafrechts, passim; *Rüping/Jerouschek*, Rn. 278 ff.; *E. Schmidt*, S. 430 ff.; *Vogel*, ZStW 115 (2003), 638.

gung der Strafgesetze aussprachen<sup>248</sup> und letztlich die Beseitigung der richterlichen Unabhängigkeit beschleunigten. Ohnehin konnten Polizei und Gestapo unliebsame Urteile korrigieren, indem sie Lager- oder Schutzhaft verhängten oder einfach exekutierten.<sup>249</sup> Insgesamt sollte im nationalsozialistischen Regime jede Form eines „Mehrebenensystems“ gerade beseitigt werden. Recht und Mehrebenensystem wurden erst nach 1945 wieder errichtet.<sup>250</sup>

### e) Das Grundgesetz

Nach dem Ende des Zweiten Weltkrieges und dem Zusammenbruch Deutschlands ging die oberste Regierungsgewalt auf die Alliierten über.<sup>251</sup> Der alliierte Kontrollrat wurde auch auf dem Gebiet des Strafrechts tätig, indem er einige strafrechtliche Bestimmungen ersatzlos strich, welche der Zeit des Nationalsozialismus entstammten und das Gedankengut der Diktatur widerspiegelten.<sup>252</sup>

Das Wiedererstehen deutscher Staatlichkeit vollzog sich zunächst auch nur auf der dezentralen Ebene durch Neugründung der Länder. Diese erhielten nicht nur eigene Landesregierungen, sondern gaben sich per Volksabstimmung auch eigene Landesverfassungen.<sup>253</sup> Den Ländern fiel folglich mangels eines zentralen Parlaments zunächst auch die umfassende Gesetzgebungskompetenz zu, sodass sie auf dem Gebiet des Strafrechts gegebenenfalls unter Überschreitung der im EGStGB 1871 festgelegten Beschränkungen altes Reichsrecht ändern konnten.<sup>254</sup> Dies änderte sich erst wieder durch den Zusammentritt des ersten deutschen Bundestages.

Für die Zeit des Überganges bestimmte Art. 125 GG später hinsichtlich der Überleitung oder Übertragung von Gesetzen nach dem In-Kraft-Treten des Grundgesetzes, dass Recht betreffend die Gegenstände der konkurrierenden Gesetzgebung des Bundes im Sinne von Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG<sup>255</sup>, also auch das Strafrecht,

248 Rüping/Jerouschek, Rn. 295 ff.; Stern, Staatsrecht V, S. 805; Willoweit, § 40 Rn. 16.

249 Rüping/Jerouschek, Rn. 297; Willoweit, § 40 Rn. 16.

250 Dazu sogleich 3. Kapitel A. 1. 2. e).

251 BVerfGE 1, 418, 424; Badura, Staatsrecht, Teil A. Rn. 29; Frotscher/Pieroth, Rn. 693 ff.; Lauferl/Münch, S. 69; Stein/Frank, § 4 II; Willoweit, § 41 Rn. 1 ff.; Zippelius, Verfassungsgeschichte, S. 151.

252 Maurach/Zipf, AT 1, § 8 III Rn. 11.

253 In der US-amerikanischen Zone wurden Bayern, Hessen und Württemberg-Baden gebildet und erhielten noch im Jahre 1946 eine Verfassung, Bremen folgte 1947; in der französischen Zone entstanden die Länder Baden (Südbaden), Rheinland-Pfalz und Württemberg-Hohenzollern und bekamen ihre Verfassung im Jahre 1947; in der Sowjetzone wurden die Länder Brandenburg, Mecklenburg, Sachsen, Sachsen-Anhalt und Thüringen geschaffen und in den Jahren 1946 und 1947 mit einer Verfassung ausgestattet; in der britischen Zone wurden zwar schon im Jahre 1946 die Länder Hamburg, Niedersachsen, Nordrhein-Westfalen und Schleswig-Holstein eingerichtet, Verfassungen bekamen sie allerdings erst zwischen 1950 und 1952; vgl. dazu Badura, Staatsrecht, Teil A. Rn. 30; Willoweit, § 41 Rn. 16 ff.; Zippelius, Verfassungsgeschichte, S. 152 f.; Zippelius/Würtenberger, § 2 Rn. 3 ff.

254 So BGHSt 7, 40, bzgl. der strafrechtlichen Verjährungsvorschriften im hessischen PresseG; vgl. ferner Maurach/Zipf, AT 1, § 8 III Rn. 11.

255 Umstritten war jedoch, ob auch die Materien der Rahmengesetzgebung nach Art. 75 GG a.F. darunter fielen; offen gelassen etwa in BVerfGE 4, 115, 133; 7, 29, 41.

innerhalb seines Geltungsbereiches zu Bundesrecht wird, soweit es innerhalb einer oder mehrerer Besatzungszonen einheitlich gilt (Nr. 1) oder soweit es sich um Recht handelt, durch das nach dem 8.5.1945 früheres Reichsrecht abgeändert worden ist (Nr. 2).<sup>256</sup> Da insofern die gesetzgeberische Quelle unerheblich war, konnte auf diese Weise gemäß § 125 Nr. 2 GG auch Landesrecht, das nach 1945 erlassen wurde, zu zentralem Bundesrecht werden, wenn und soweit es ehemaliges Reichsrecht, also etwa das StGB 1871, abänderte. Diese Folge trat unabhängig von einem Bedürfnis für eine bundesrechtliche Regelung im Sinne des Art. 72 Abs. 2 GG a.F. ein.<sup>257</sup> Es war das Ziel des Art. 125 GG, eine Rechtszersplitterung nach dem Untergang der Reichsgewalt zu verhindern.<sup>258</sup>

Dass die Bundesländer auch Reichs(straf)recht ändern konnten, entspricht der h.M. in der Literatur<sup>259</sup> sowie der Auffassung des BVerfG<sup>260</sup> und folgt daraus, dass es einen Bundesgesetzgeber vor Zusammentritt des ersten Bundestages noch nicht gab. So wurde etwa das bayerische Gesetz Nr. 55 vom 26.10.1946,<sup>261</sup> welches die Selbstbefreiung eines Gefangenen unter Strafe stellte, über Art. 125 Nr. 2 GG zu Bundesrecht, weil es die Regelung im StGB 1871, wonach nur eine Fremdbefreiung strafbar war, insoweit noch vor dem Zusammentritt des Bundestages abgeändert hatte. Der BGH<sup>262</sup> hielt es indes wegen eines Verstoßes gegen Art. 3 Abs. 1 GG für verfassungswidrig.

Der Gesamtstaat entstand im Westen erst durch die Vereinigung der Besatzungszonen, zunächst der US-amerikanischen und der britischen zur Bizone am 1.1.1947 und sodann durch Aufnahme des französischen Besatzungsgebietes am 8.4.1949 zur Trizone. Die Gründung eines westdeutschen Staates war indes bereits auf der Londoner Sechsmächtekonferenz im Frühjahr 1948 beschlossen worden.<sup>263</sup> Vorgesehen war eine föderative Regierungsform, welche die Rechte der einzelnen Staaten schützen, gleichzeitig aber eine angemessene Zentralgewalt vorsehen sollte.<sup>264</sup> Den Ministerpräsidenten der Länder wurden die Frankfurter Dokumente vom 1.7.1948 übergeben, deren Dokument I den Auftrag enthielt, eine verfassungsgebende Versammlung einzuberufen.<sup>265</sup>

256 Vgl. etwa BVerfGE 13, 367 (Fortgeltung von § 9 Abs. 2 SprengG 1884 als Bundesrecht); 23, 113 (Fortgeltung von § 367 Abs. 1 Nr. 15 StGB a.F. als Bundesrecht).

257 BVerfGE 7, 18, 25.

258 BVerfGE 7, 18, 26; *Giegerich*, in: Maunz/Dürig, 69. EL 2013, Art. 125 Rn. 17.

259 *Giegerich*, in: Maunz/Dürig, 69. EL 2013, Art. 125 Rn. 18 f.; *Maurach/Zipf*, AT 1, § 8 III Rn. 11.

260 BVerfGE 1, 418, 424; 2, 237, 252 f.

261 BGVB. 1947, S. 11.

262 BGHSt 4, 396, 402 (Zivilsenat in einem Gutachten): Verstoß gegen Art. 3 Abs. 1 GG, da insoweit ein Bundesgesetz nur bestimmte Bundesbürger, nämlich Täter in Bayern, mit Strafe bedrohte.

263 Dazu *Lauffer/Münch*, S. 73; *Willoweit*, § 42 Rn. 1; *Zippelius*, Verfassungsgeschichte, S. 154.

264 Vgl. Frankfurter Dokument I, abgedruckt bei *Lauffer/Münch*, S. 362 f.

265 Vgl. *Badura*, Staatsrecht, Teil A. Rn. 20; *Frotscher/Pieroth*, Rn. 774 ff.; *Lauffer/Münch*, S. 73; *Stern*, Staatsrecht V, S. 1214 ff.; *Willoweit*, § 42 Rn. 3; *Zippelius*, Verfassungsgeschichte, S. 154; *Zippelius/Würtenberger*, § 2 Rn. 9.

Sie entschlossen sich jedoch, durch die Landtage lediglich einen „Parlamentarischen Rat“ wählen zu lassen, welcher ein „Grundgesetz“ (GG) ausarbeiten sollte, wodurch der provisorische Charakter desselben im Gegensatz zu einer von einer Nationalversammlung beschlossenen Verfassung betont wurde.<sup>266</sup> Der daraufhin begründete Sachverständigenausschuss tagte im August 1948 als „Verfassungskonvent“ in Herrenchiemsee und erarbeitete den Entwurf einer Verfassung in drei Unterausschüssen.<sup>267</sup> Die Kompetenzverteilung wurde im Unterausschuss II beraten. Zwar bestand grundsätzliche Einigkeit über die föderative Struktur und die Errichtung eines Bundesstaates, hinsichtlich der konkreten Aufteilung der Zuständigkeiten zwischen Bund und Ländern klafften die Meinungen aber teilweise auseinander, wobei insbesondere die süddeutschen Vertreter für eine Stärkung der Länder eintraten.<sup>268</sup> Auch der Parlamentarische Rat, welcher in Bonn zusammentrat, tagte in verschiedenen Fachausschüssen.<sup>269</sup>

Die Alliierten nahmen durch drei Memoranden Einfluss auf die Entstehung des GG, welche die föderale Struktur weiter verstärken sollten, wobei das dritte dieser Art sogar einzelne Vorschriften über die Gesetzgebungszuständigkeiten enthielt.<sup>270</sup> So bewirkten die Alliierten etwa eine Änderung der Verteilung der Kompetenz für das Pressewesen. Während die Entwürfe des Grundgesetzes im Anschluss an Art. 4 Nr. 16 RV 1871 und Art. 7 Nr. 6 WRV eine konkurrierende Kompetenz für das Presserecht vorgesehen hatten, wurde diese auf Intervention im Memorandum vom 2.3.1949 in eine Rahmenkompetenz des Bundes für die allgemeinen Rechtsverhältnisse der Presse (und des Films) nach Art. 75 Nr. 2 GG a.F.<sup>271</sup> umgewandelt.<sup>272</sup> Es ging ihnen aber insbesondere auch um die Formulierung der Bedürfnisklausel des Art. 72 Abs. 2 GG a.F., d.h. um eine Stärkung der Stellung der Bundesländer.<sup>273</sup> Das GG wurde am 8.5.1949 verabschiedet und erhielt am 12.5.1949 die Zustimmung der Alliierten im „*Letter of Approval*“,<sup>274</sup> der allerdings noch einige Hinweise enthielt.<sup>275</sup> Es wurde am 23.5.1949 verkündet und trat gemäß Art. 145 GG am 24.5.1949 in Kraft.<sup>276</sup> Die Bundesrepublik erhielt jedoch erst

266 *Badura*, Staatsrecht, Teil A. Rn. 19 f.; *Kroeschell*, Deutsche Rechtsgeschichte Bd. 3, S. 292; vgl. aber auch *Frotscher/Pieroth*, Rn. 786: Der vorläufige Charakter sei bereits in Herrenchiemsee in Frage gestellt worden.

267 Dazu *Stern*, Staatsrecht V, S. 1352 ff.

268 *Stern*, Staatsrecht V, S. 1257 ff.

269 *Stern*, Staatsrecht V, S. 1278 ff.; *Willoweit*, § 42 Rn. 7.

270 *Oeter*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Art. 72 Rn. 15; *Stern*, Staatsrecht V, S. 1333; *Zippelius/Würtenberger*, § 2 Rn. 10.

271 Nach Wegfall von Art. 75 GG a.F. durch das Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes vom 31.8.2006, BGBl. I S. 2034, ist das Recht der Presse nun ausschließlich Ländersache; vgl. *Badura*, Staatsrecht, Teil A. Rn. 37.

272 Vgl. dazu BVerfGE 7, 29, 40.

273 Dazu *Oeter*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Art. 72 Rn. 15 ff.

274 VOBIBZ. 1949 S. 416; dazu *Badura*, Staatsrecht, Teil A. Rn. 23; *Stern*, Staatsrecht V, S. 1336; *Zippelius*, Verfassungsgeschichte, S. 154; *Zippelius/Würtenberger*, § 2 Rn. 10.

275 *Stern*, Staatsrecht V, S. 1336.

276 BGBl. I S. 1.

durch den Deutschlandvertrag vom 26.5.1952 in der Fassung der Pariser Verträge vom 23.10.1954<sup>277</sup> die „volle Macht eines souveränen Staates“ zugestanden. Die Verträge beendeten die Besatzungszeit, sodass eine völkerrechtliche Souveränität des westdeutschen Staates erst ab diesem Zeitpunkt bestand,<sup>278</sup> wenngleich diese weiterhin durch alliierte Vorbehaltsrechte beschränkt war. Letztere beseitigte erst der „Zwei-Plus-Vier-Vertrag“ vom 12.9.1990<sup>279</sup> im Zuge der Wiedervereinigung.<sup>280</sup> Das Recht der DDR wird hier, dem Umfang der Arbeit geschuldet, nicht behandelt.

Das Strafrecht wurde im GG von 1949 wie schon in Art. 4 Nr. 13 RV 1871 und Art. 7 Nr. 2 WRV der konkurrierenden Kompetenz von Bund und Ländern zugewiesen, jedoch mit einem gewichtigen Unterschied: Die in Art. 72 Abs. 2 GG a.F. enthaltene so genannte „Bedürfnisklausel“, welche sich auf sämtliche in Art. 74 GG aufgezählten Materien der konkurrierenden Zuständigkeit bezog, lautete in der Fassung des Jahres 1949:

Der Bund hat in diesem Bereich das Gesetzgebungsrecht, soweit ein Bedürfnis nach bundesgesetzlicher Regelung besteht, weil

1. eine Angelegenheit durch die Gesetzgebung einzelner Länder nicht wirksam geregelt werden kann oder
2. die Regelung einer Angelegenheit durch ein Landesgesetz die Interessen anderer Länder oder der Gesamtheit beeinträchtigen könnte oder
3. die Wahrung der Rechts- oder Wirtschaftseinheit, insbesondere die Wahrung der Einheitlichkeit der Lebensverhältnisse über das Gebiet eines Landes hinaus sie erfordert.

Damit erfuhr die konkurrierende Bundeskompetenz im Gegensatz zu Art. 4 Nr. 13 RV 1871 und Art. 7 Nr. 2 WRV eine Einschränkung, welche auch das Strafrecht betraf, da sich Art. 72 Abs. 2 GG a.F. auf den gesamten Katalog der in Abs. 1 genannten Materien bezog. Diese Bestimmung ist mit dem in den europäischen Verträgen verankerten Subsidiaritätsprinzip vergleichbar.<sup>281</sup> Der Bund sollte nur dann tätig werden, wenn dazu ein besonderes gesamtstaatliches Interesse besteht. Er konnte daher auch seine Strafrechtssetzungskompetenz nicht ohne weiteres ausüben, sondern musste ein „Bedürfnis“ nach zentraler Regelung nachweisen. Im Vergleich zu den Vorgängerregelungen war die Kompetenz zum Erlass strafrechtlicher Normen somit nur eine bedingte.<sup>282</sup> Diese verfassungsmäßige Einschränkung der zentralen (Straf-)Gesetzgebung war jedoch nach Auffassung des

277 BGBl. 1955 II S. 215, 295, 305.

278 Dazu *Badura*, Staatsrecht, Teil A Rn. 31; v. *Münch/Mager*, Rn. 53; *Willoweit*, § 43 Rn. 6; *Zippelius*, Verfassungsgeschichte, S. 155; *Zippelius/Würtenberger*, § 2 Rn. 12.

279 BGBl. II S. 1318.

280 *Stein/Frank*, § 4 II; *Zippelius*, Verfassungsgeschichte, S. 169; *Zippelius/Würtenberger*, § 2 Rn. 45.

281 *Zippelius/Würtenberger*, § 45 Rn. 20; kritisch zu einer solchen Analogie und der Existenz des Subsidiaritätsprinzips im deutschen GG aber *Degenhart*, in: *Sachs*, Art. 72 Rn. 22.

282 *Maurach/Zipf*, AT 1, § 8 III Rn. 12.

BVerfG nur eingeschränkt justiziabel.<sup>283</sup> Das Gericht interpretierte die Bedürfnisklausel sehr zurückhaltend, räumte dem Bund vielmehr ein weites Ermessen zur Beurteilung der Frage ein, wann ein Bedürfnis zur bundesrechtlichen Regelung bestand, und beschränkte sich selbst demgemäß auf die Beurteilung, ob der Bundesgesetzgeber die Grenzen seines Beurteilungsspielraumes verkannt oder sein Ermessen missbräuchlich ausgeübt hatte.<sup>284</sup>

Der erste Grund für eine Bundesregelung kann als Bedürfnis nach Effektivität verstanden werden, wenn einzelne Länder überregionale Belange beispielsweise nicht „wirksam“ regeln können.<sup>285</sup> Der zweite Grund sollte wohl reine Partikularpolitik verhindern.<sup>286</sup> Entscheidend für die Bundesgesetzgebung wurde jedoch der dritte Bedürfnisgrund. Ähnlich wie auch die berühmte Handelsklausel in U.S. Const. Art. I § 8 cl. 3 den Congress in den Vereinigten Staaten ermächtigt, im Interesse und zur Regelung der Gesamtwirtschaft tätig zu werden,<sup>287</sup> konnte auch im GG von 1949 der Bund entsprechende Regelungen erlassen. Ferner konnte es gesetzgeberisches Ziel sein, auf eine Rechtseinheit in einem bestimmten Bereich hinzuwirken. Hielt der Bund demnach eine einheitliche Regelung für opportun, wollte er also durch das Gesetz der Rechtseinheit dienen, so konnte er es auch erlassen. Dies war gewissermaßen ein Zirkelschluss, denn das Gesetz sorgte selbst für Einheitlichkeit und lieferte dadurch wiederum die Begründung seiner Existenz.

Die starke Zentralisierung des Rechts und die immer weiter schrumpfenden Gesetzgebungsbefugnisse der Länder sind u.a. auf den praktischen Leerlauf dieses Korrektivs zurückzuführen.<sup>288</sup> Gerade die großzügige Interpretation von Art. 72 Abs. 2 GG a.F. führte zu einer starken Ausweitung der Bundesgesetzgebung, was selbstverständlich auch für das Strafrecht galt, und damit zu einer Zentralisierung des deutschen Bundesstaates insgesamt.<sup>289</sup> Da dies Gegenstand anhaltender Kritik war, welche insbesondere eine Stärkung der Justiziabilität der Be-

283 BVerfGE 2, 213, 224; vgl. auch *Laufer/Münch*, S. 128; *Uble*, in: Maunz/Dürig, 69. EL 2013, Art. 72 Rn. 27.

284 So etwa hinsichtlich des Strafrechtsgesetzes des Bundes BVerfGE 2, 213, 224 f.; vgl. zu dieser Linie des Gerichts *Oeter*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Art. 72 Rn. 31 ff.; *Stern*, Staatsrecht I, S. 679; *Stettner*, in: Dreier, Suppl. 2007, Art. 72 Rn. 18; *Uble*, in: Maunz/Dürig, 69. EL 2013, Art. 72 Rn. 27.

285 Vgl. dazu noch *Maunz*, in: Maunz/Dürig, 67. EL 2013, Art. 72 Rn. 21.

286 Vgl. dazu noch *Maunz*, in: Maunz/Dürig, 67. EL 2013, Art. 72 Rn. 22.

287 Siehe dazu noch ausführlich unten 3. Kapitel B. II. 1.

288 Vgl. auch den Bericht der Enquete-Kommission Verfassungsreform, BT-Drs. 7/5924, S. 126; vgl. ferner BT-Drs. 12/6000, S. 33: „Eines der Haupteinfallstore für die Auszehrung der Länderkompetenzen“.

289 *Ipsen*, Staatsrecht I, § 10 Rn. 572 f.; *Oeter*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Art. 72 Rn. 4; *Stern*, Staatsrecht II, S. 596 f.; vgl. auch den Bericht der Enquete-Kommission Verfassungsreform, BT-Drs. 7/5924, S. 126.

dürfnisklausel forderte, beschäftigten sich schon in den 1970er Jahren zwei Enquete-Kommissionen mit einer Reform des Art. 72 Abs. 2 GG a.F.<sup>290</sup>

Zu einer Reform kam es aber erst nach der Wiedervereinigung. Die Ministerpräsidenten der Länder hatten in einem Gemeinsamen Beschluss vom 5.7.1990 eine Stärkung der Landesgesetzgebungskompetenzen gefordert, welcher sogar in Art. 5 des Einigungsvertrages als Empfehlung zur Verfassungsreform Erwähnung fand. Die daraufhin eingesetzte Gemeinsame Verfassungskommission von Bundestag und Bundesrat schlug die Reform des Artikels vor.<sup>291</sup> Durch das Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes vom 27.10.1994<sup>292</sup> wurde Art. 72 Abs. 2 GG schließlich nach einigen Kontroversen zwischen der Bundesregierung und den Ländern<sup>293</sup> neu gefasst. Aus der Bedürfnisklausel wurde eine Erforderlichkeitsklausel. In der Version des Jahres 1994 hieß es:

„Der Bund hat in diesem Bereich das Gesetzgebungsrecht, wenn und soweit die Herstellung gleichwertiger Lebensverhältnisse im Bundesgebiet oder die Wahrung der Rechts- oder Wirtschaftseinheit im gesamtstaatlichen Interesse eine bundesgesetzliche Regelung erforderlich macht“.

Ziel der Regelung war es, die Voraussetzungen einer Inanspruchnahme der konkurrierenden Kompetenz durch den Bund zu verschärfen und die Justiziabilität dieser Entscheidung zu erhöhen.<sup>294</sup> Das BVerfG hat in der Folge seine Prüfungskompetenz angenommen und festgestellt, dass ein freier gesetzgeberischer Beurteilungsspielraum hinsichtlich der Erforderlichkeitsklausel nicht (mehr) bestünde.<sup>295</sup> Zudem wurden die Erforderlichkeitskriterien präzisiert. Im Hinblick auf die Rechtseinheit führte das BVerfG aus, dass in sämtlichen Bereichen der in Art. 74 GG genannten Materien eine dezentrale Regelung möglich und ein einheitliches Bundesgesetz demnach nicht stets erforderlich, sondern Rechtsvielfalt durch-

290 Die erste Kommission legte nur einen Zwischenbericht vor; vgl. BT-Drs. 6/3829, S. 9 ff. Die zweite Enquete-Kommission schlug hingegen in ihrem Abschlussbericht im Jahr 1976, BT-Drs. 7/5924, S. 123, vor, Art. 72 Abs. 2 GG folgendermaßen neu zu formulieren: „Der Bund ist in diesem Bereich zur Gesetzgebung befugt, wenn und soweit die für die Herstellung gleichwertiger Lebensverhältnisse im Bundesgebiet erforderliche Rechtseinheit, die Wirtschaftseinheit oder die geordnete Entwicklung des Bundesgebietes nur durch eine bundesgesetzliche Regelung zu erreichen ist“. Ferner sollte ein neuer Abs. 3 angefügt werden mit dem Inhalt: „Bundesgesetze nach Absatz 2 sind auf diejenigen Regelungen zu beschränken, die erforderlich sind, um die dort genannten Ziele zu erreichen; das Weitere ist der Landesgesetzgebung zu überlassen“. Schließlich sollte ein neuer Abs. 5 explizit festlegen, dass das BVerfG auf Antrag des Bundesrates oder eines Landes über das Vorliegen der Voraussetzungen der Absätze 2 und 3 zu entscheiden habe. Schon damals war also geplant, an die Stelle des Bedürfnisses eine Erforderlichkeit zu setzen, um den weiten Ermessensbegriff zu vermeiden und eine gerichtliche Überprüfbarkeit zu gewährleisten; vgl. BT-Drs. 7/5924, S. 131 f.

291 BT-Drs. 12/6000, S. 31.

292 BGBl. I S. 3146.

293 Vgl. die Stellungnahme der Bundesregierung, BT-Drs. 12/7109 (Anlage 2), S. 13 ff., sowie die Anrufung des Vermittlungsausschusses durch den Bundesrat, BT-Drs. 12/8399.

294 BT-Drs. 12/6000, S. 33; BT-Drs. 12/6633, S. 5; vgl. auch BVerfGE 106, 62, 136 ff.

295 BVerfGE 106, 62, 135, 142; vgl. auch *v. Münch/Mager*, Rn. 383; *Stettner*, in: Dreier, Suppl. 2007, Art. 72 Rn. 20.

aus zulässig ist.<sup>296</sup> Diese Schlussfolgerung entspricht tatsächlich der Logik und Systematik der Kompetenzverteilung, denn sonst hätte man die entsprechenden Materien der ausschließlichen Gesetzgebung des Bundes zuweisen müssen. Geht das GG selbst von einer konkurrierenden Kompetenz aus, so bringt es damit zum Ausdruck, dass Landesgesetzgebung möglich sein muss.

Dies ist allerdings im Hinblick auf den Gleichheitssatz in Art. 3 Abs. 1 GG, der als verfassungsmäßiges Grundrecht grundsätzlich auch den Gesetzgeber bindet,<sup>297</sup> sowie der in Art. 33 Abs. 1 GG gesicherten Gleichheit im Bundesstaat ein diskussionswürdiger Aspekt. Nun kann aber der Gleichheitssatz nicht so weit gehen, jegliche Verschiedenheit der Gesetze auf Landesebene zu beseitigen, denn sonst wäre unter Geltung der Art. 3 Abs. 1, 33 Abs. 1 GG nur ein unitarischer Staat denkbar. Die föderative Struktur des Bundesstaates bedingt daher gewisse Ungleichheiten der Bürger des Gesamtstaates systemimmanent.<sup>298</sup> Ohne eigenständige Regelungskompetenzen bestünde keine vertikale Gewaltenteilung. Zudem dient auch das Bundesstaatsprinzip – als elementare Grundentscheidung der deutschen Verfassung<sup>299</sup> und abgesichert durch Art. 79 Abs. 3 GG – letztlich, ebenso wie die Grundrechte selbst, der Sicherung der Freiheit der Bürgerinnen und Bürger.<sup>300</sup> Man könnte daher sagen, dass die Zuständigkeitsverteilung des GG in den Bereichen der ausschließlichen oder konkurrierenden Landeskompetenz unterschiedliche Regelungen sogar verfassungsrechtlich erfordert.

Aus dieser Sicht ist es konsequent, wenn angenommen wird, dass der jeweilige Gesetzgeber nur innerhalb seines eigenen Herrschaftsbereiches verpflichtet ist, für Gleichheit zu sorgen.<sup>301</sup> Die Berufung auf Art. 3 Abs. 1 GG ist folglich durch das föderative Prinzip begrenzt.<sup>302</sup> Ein Landesgesetz ist nicht schon deshalb verfassungswidrig, weil es von den Regelungen anderer Bundesländer abweicht.<sup>303</sup> Dies gilt nicht nur in den Bereichen der ausschließlichen Länderkompetenz, sondern auch im Bereich der konkurrierenden Zuständigkeit, wenn und soweit der Bund von seiner Kompetenz keinen Gebrauch gemacht hat.<sup>304</sup> Diese Beschränkung des Gleichheitssatzes hat zwar im Numerus-Clausus-Urteil des BVerfG<sup>305</sup> ihrerseits eine Einschränkung erhalten, indem das Gericht darauf hinwies, dass in bestimmten Lebenssachverhalten, die ihrer Natur nach länderübergreifend sind und eine

296 BVerfGE 106, 62, 145 f.; 111, 226, 253 f.

297 BVerfGE 1, 14, 52.

298 BVerfGE 106, 62, 145; 111, 226, 253 f.; *Dürig/Scholz*, in: Maunz/Dürig, 69. EL 2013, Art. 3 I Rn. 233.

299 BVerfGE 1, 14, 33 f.

300 *Dürig/Scholz*, in: Maunz/Dürig, 69. EL 2013, Art. 3 I Rn. 238.

301 BVerfGE 10, 354, 371; 17, 319, 331; 32, 346, 360; 33, 303, 352; *Badura*, in: Maunz/Dürig, 69. EL 2013, Art. 33 Rn. 14; *Stern*, Staatsrecht I, S. 661 f.; vgl. allgemein zur Gewährleistung von Gleichheit im materiellen Strafrecht *Heger*, ZIS 2011, 402.

302 BVerfGE 106, 62, 145.

303 BVerfGE 17, 319, 331; 32, 346, 360.

304 *Dürig/Scholz*, in: Maunz/Dürig, 69. EL 2013, Art. 3 I Rn. 235.

305 BVerfGE 33, 303, 352 ff.

für alle Bundesbürger gleichermaßen gewährleistete Rechtsposition berühren, einseitige Privilegierungen von Landeskindern geeignet sein könnten, eine Ungleichbehandlung zu bewirken. Im Übrigen hat das BVerfG in der Folge aber den Grundsatz wiederholt, dass das GG unterschiedliche Regelungen in den Gliedstaaten zulasse.<sup>306</sup>

Was der Gleichheitssatz für die Strafrechtssetzungskompetenz bedeutet, ist umstritten. Der BGH hielt, wie erwähnt, im Jahr 1952 das vorkonstitutionelle bayrische Gesetz Nr. 55<sup>307</sup>, das die in Bayern begangene Gefangenenbefreiung unter Strafe stellte und über Art. 125 Nr. 2 GG zu Bundesrecht geworden war, unter Berufung auf Art. 3 Abs. 1 GG für verfassungswidrig. Daraus ist teilweise gefolgert worden, das Strafrecht sei insgesamt zu zentralisieren, da sonst ein Verstoß gegen Art. 3 Abs. 1 GG vorliege.<sup>308</sup>

Dieser Schluss ist aber nicht zwingend. Denn die Besonderheit des Falles lag nun gerade darin, dass das bayerische Gesetz zu Bundesrecht geworden war, sodass ein zentrales Bundesgesetz, das grundsätzlich für das gesamte Territorium der Bundesrepublik galt, die Bürger der einzelnen Bundesländer unterschiedlich behandelte, da nur solche Taten (nach Bundesrecht) strafbar waren, die in Bayern begangen wurden. Hierin liegt zweifellos ein Verstoß gegen den Gleichheitssatz, sodass der BGH richtig entschied. Daraus muss aber nicht folgen, dass unterschiedliches Landesstrafrecht im Hinblick auf die Art. 3 Abs. 1, 33 Abs. 1 GG schlechthin unzulässig wäre. Wenn etwa ein bestimmtes Verhalten nur in einem Bundesland unter Strafe steht, so diskriminiert das entsprechende Gesetz nicht die Bürger anderer Bundesländer, sondern behandelt alle Betroffenen im Rahmen seines Geltungsbereiches gleich. Das BVerfG selbst hatte die Frage, ob der Gleichheitssatz zu einheitlicher Strafgesetzgebung verpflichtete, zunächst ausdrücklich offen gelassen,<sup>309</sup> später aber im Jahr 1972 Art. 16 des bayerischen Gemeindeabgabengesetzes (GAG), der dazu ermächtigte, Verstöße gegen Gemeindefestsetzungen mit Geldstrafe zu bewahren, auch unter dem Gesichtspunkt des Art. 3 Abs. 1 GG nicht beanstandet.<sup>310</sup> Zwar erging dieser Beschluss kurz vor der Entscheidung zum Numerus Clausus desselben Jahres, jedoch darf daraus, dass das BVerfG in den folgenden Urteilen zu Sicherungsverwahrung<sup>311</sup> und Kampfhunden<sup>312</sup>, welche jeweils die Strafrechtskompetenz des Bundes betrafen, nicht auf Art. 3 Abs. 1 GG abgestellt

306 BVerfGE 106, 62, 145; 111, 226, 253 f.

307 Gesetz Nr. 55 vom 26.10.1946, BGVB. 1947, S. 11.

308 *Jescheck/Weigend*, § 13 I; vgl. auch *Tiedemann*, AöR 89 (1964), 56, 82: Der Gleichheitssatz verlange für das gesamte Gebiet, auf das sich die Gesetzgebungskompetenz bezieht, eine gleiche Schutzordnung, jedoch mit Ausnahme der nach Art. 2 EGStGB frei bleibenden Gebiete.

309 BVerfGE 1, 418, 425. Das Gericht musste diese Frage hier nicht entscheiden, da es annahm, dass die angegriffene Regelung (Verjährungshemmung von NS-Verbrechen durch das hessische Ahndungsgesetz) entgegen der Auffassung des Angeklagten in ganz Deutschland galt.

310 BVerfGE 32, 346, 360.

311 BVerfGE 109, 190.

312 BVerfGE 110, 141.

hat, geschlossen werden, dass es weiterhin nicht davon ausgeht, der Gleichheitssatz verlange schlechthin zentralisiertes Strafrecht.

Man wird Art. 3 Abs. 1, Art. 30, Art. 70 und Art. 72 Abs. 2 GG daher zusammen lesen müssen. Letzterer verlöre seinen Sinn, wenn schon der Gleichheitssatz eine Bundesgesetzgebung auf den Gebieten der konkurrierenden Kompetenz geböte. Das Bundesstaatsprinzip lässt grundsätzlich Abweichungen zwischen den Rechtsordnungen zu. Solange das GG das Strafrecht als Gegenstand konkurrierender Gesetzgebung ansieht, müssen Landesregelungen hier möglich bleiben.<sup>313</sup> Unerträgliche Disparitäten können durch Bundesgesetzgebung ausgeglichen werden. Art. 72 Abs. 2 GG will eine bundesstaatliche Integration nur in bestimmten Fällen ermöglichen. Im Hinblick auf die Wahrung der Rechts- und Wirtschaftseinheit soll in ersterem Fall etwa eine unerwünschte Rechtszersplitterung nur in den Fällen verhindert werden, in denen sie nicht mehr hingenommen werden kann, weil sonst erhebliche Rechtsunsicherheiten und damit unzumutbare Behinderungen für den länderübergreifenden Rechtsverkehr entstünden, und im zweiten Fall sollen zentrale Regelungen dann zugelassen werden, wenn sonst die Funktionsfähigkeit der Gesamtwirtschaft in Frage stünde.<sup>314</sup>

Die Entscheidungen des BVerfG zu Art. 72 Abs. 2 GG 1994 betrafen regelmäßig nicht das Strafrecht. In der Kampfhunde-Entscheidung<sup>315</sup> erklärte das Gericht jedoch die damalige Strafnorm des § 143 StGB vom 12.4.2001<sup>316</sup> mangels Vorliegens der Voraussetzungen der Erforderlichkeitsklausel für verfassungswidrig. Diese Norm hatte es unter Strafe gestellt, entgegen einem landesrechtlichen Verbot gefährliche Hunde zu züchten oder mit diesen Handel zu treiben. Eine einheitliche Regelung war bei einer solchen Blankettbestimmung nur hinsichtlich der strafrechtlichen Rechtsfolgen, nicht aber im Hinblick auf die Tatbestandsvoraussetzungen, zu erzielen. Ein Verweis im Bundesgesetz auf landesrechtliche Verbote sei zwar grundsätzlich möglich, Art. 72 Abs. 2 GG 1994 setze aber eine wesentliche Übereinstimmung der Verbote voraus.<sup>317</sup>

Die Föderalismus-Reform I hat jedoch mit dem Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes vom 28.8.2006<sup>318</sup> das Kompetenzgefüge entscheidend modifiziert und das Strafrecht von der Erforderlichkeitsklausel ausgenommen, welche in Art. 72 Abs. 2 GG nunmehr nur noch auf einige explizit angeführte konkurrierende Kompetenztitel des Art. 74 GG beschränkt ist. Dafür wurde den Ländern im Gegenzug u.a. die Kompetenz für den Straf- und den Untersuchungshaftvollzug über-

313 So im Ergebnis auch *Maiwald*, ZRP 2006, 18, 21.

314 BVerfGE 106, 62, 145 f.; 111, 10, 28 f.; 111, 226, 253 f.; 112, 226, 248 ff.; vgl. auch *Badura*, Staatsrecht, Teil F. Rn. 36; *Ipsen*, Staatsrecht I, § 10 Rn. 574; *Stettner*, in: Dreier, Suppl. 2007, Art. 72 Rn. 37.

315 BVerfGE 110, 141, 174.

316 Eingeführt durch das Gesetz zur Bekämpfung gefährlicher Hunde vom 12.4.2001; BGBl. I S. 530.

317 BVerfGE 110, 141, 176; siehe zur Bewehrung landesrechtlicher Vorschriften durch bundesrechtliche (Blankett-)Normen noch unten 3. Kapitel A. II. 1.

318 BGBl. I S. 2034.

tragen, indem Ersterer aus Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG gestrichen und Letzterer ausdrücklich ausgenommen wurde. Seit der Föderalismus-Reform I bestehen drei Kategorien der konkurrierenden Zuständigkeit: (1) Kernkompetenzen, welche Materien betreffen, die nicht der Erforderlichkeitsklausel des Art. 72 Abs. 2 GG unterworfen sind; (2) Bedarfskompetenzen, bei denen die Erforderlichkeitsklausel greift, sowie (3) Abweichungskompetenzen, bei welchen die Länder gemäß Art. 72 Abs. 3 S. 1 GG auch dann abweichende Regelungen treffen können, wenn der Bund von seiner Gesetzgebungszuständigkeit Gebrauch gemacht hat,<sup>319</sup> so etwa im Naturschutz.

Das Strafrecht zählt zu den Kernkompetenzen des Bundes, denn es bestehen nun keinerlei durch die föderative Struktur bedingte Einschränkungen der Bundesgesetzgebung mehr. Interessanterweise wurden die betreffenden Materien, und damit auch das Strafrecht, deshalb von einem Begründungszwang entbunden, weil Bund und Länder übereinstimmend von der grundsätzlichen Erforderlichkeit bundesgesetzlicher Regelungen ausgingen.<sup>320</sup> Dies klingt nach dem bisher Gesagten zunächst überraschend. Konsequenter wäre es dann gewesen, das Strafrecht der ausschließlichen Kompetenz des Bundes zuzuweisen. Dadurch, dass das Strafrecht Bestandteil der konkurrierenden Gesetzgebung bleibt, bestehen aber dennoch gewichtige Unterschiede. Denn die Länder bleiben generell gesetzgebungsbefugt, wenn und soweit Bundesregelungen nicht getroffen werden. Der Bund kann jedoch nun stets tätig werden, ohne eine nähere Begründung der Erforderlichkeit einer einheitlichen Regelung vorbringen zu müssen. Selbst wenn dies bei konsequentem Weiterdenken bedeuten könnte, dass Bundesgesetze in den das Strafrecht betreffenden Fragen stets als erforderlich anzusehen sind, so besteht jedenfalls auch dann eine Entscheidungskompetenz des Gesetzgebers, ob er handeln will. Er muss in den Bereichen, welche für das Landesstrafrecht zurzeit noch verbleiben, nicht regeln, kann dies aber ohne weiteres tun. Damit ist nun der Rechtszustand entsprechend Art. 4 Nr. 13 RV 1871 und Art. 7 Nr. 2 WRV wieder hergestellt.

Ähnlich wie die US-amerikanische Lehre von den „*implied powers*“,<sup>321</sup> die auch im Recht der EU Anwendung findet,<sup>322</sup> hat das BVerfG im Laufe der Zeit zudem ungeschriebene Bundeszuständigkeiten anerkannt.<sup>323</sup> Diese haben teilweise auch für das Strafrecht Bedeutung. Letztlich handelt es sich dabei um eine Auslegung der bestehenden Kompetenzordnung, durch welche eine Erstreckung auf impli-

319 Begriffe nach *Ipsen*, NJW 2006, 2801, 2803; *ders.*, Staatsrecht I, Rn. 556 ff.; *Zippelius/Würtenberger*, § 45 Rn. 12 ff.

320 BT-Drs. 16/813, S. 9, 11; *Ipsen*, NJW 2006, 2801, 2803; *ders.*, Staatsrecht I, Rn. 567.

321 Dabei ging es zunächst um die Errichtung einer Bank durch den Bund, welche in der U.S. Constitution nicht explizit vorgesehen war; zur klassischen Diskussion siehe die entgegengesetzten Positionen von *Jefferson*, in: Hofstadter, S. 160 ff., und *Hamilton*, in: Hofstadter, S. 164 ff.; vgl. ferner insbesondere *McCulloch v. Maryland*, 17 U.S. 316, 406 (1819); dazu *Fletcher/Sheppard*, S. 155 ff.; *Reinbacher*, Das Strafrechtssystem der USA, S. 60 f.

322 Siehe dazu unten 4. Kapitel A. III. 2. c).

323 So etwa in BVerfGE 3, 407, 421.

zierte Zuständigkeiten möglich wird.<sup>324</sup> Jeweils muss sich also ein Anknüpfungspunkt in der geschriebenen Kompetenzordnung der Verfassung finden lassen.<sup>325</sup> Daher sollte besser von stillschweigend mitgeschriebenen Kompetenzen gesprochen werden.<sup>326</sup>

Diesbezüglich werden vielfach Kompetenzen aus der Natur der Sache, Kompetenzen kraft Sachzusammenhanges und Annexkompetenzen unterschieden.<sup>327</sup> Im Rahmen der ersten Gruppe kann der Bund dann tätig werden, wenn die Materie ihrem Wesen nach als „eigenste und der partikularen Gesetzgebungszuständigkeit a priori entrückte Angelegenheit“<sup>328</sup> begriffsnotwendig nur vom Bund geregelt werden kann, wie etwa die Festlegung der Bundeshauptstadt, der Bundessymbole und Nationalfeiertage.<sup>329</sup> Während diese Kompetenz aus der Natur der Sache nur dem Bund zustehen kann, können Kompetenzen kraft Sachzusammenhanges oder Annexes sowohl dem Bund als auch den Ländern zukommen.<sup>330</sup> Durch Kompetenzen kraft Sachzusammenhanges ist eine Ausdehnung auf andere Materien möglich, welche nicht explizit zugewiesen sind, sofern die ausdrücklich übertragene Materie sonst „verständigerweise nicht geregelt werden kann, ohne dass zugleich eine nicht ausdrücklich zugewiesene andere Materie mitgeregelt wird, wenn also ein Übergreifen in nicht ausdrücklich zugewiesene Materien unerlässliche Voraussetzung ist für die Regelung einer der Bundesgesetzgebung zugewiesenen Materie“<sup>331</sup>.

Verwandt mit den Kompetenzen kraft Sachzusammenhanges – und kaum von diesen abgrenzbar<sup>332</sup> – sind die Annexkompetenzen, welche nur einen „dienenden Charakter“ haben und den Erlass von Vorschriften erlauben, welche der Durch-

324 *Gubelt*, in: v. Münch/Kunig, Art. 30 Rn. 16; *Stern*, Staatsrecht I, S. 676; *Rozek*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Art. 70 Rn. 44; *Stettner*, in: Dreier, Suppl. 2007, Art. 70 Rn. 21; *Uhle*, in: Maunz/Dürig, 69. EL 2013, Art. 70 Rn. 63.

325 *Rozek*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Art. 70 Rn. 44; *Stettner*, in: Dreier, Suppl. 2007, Art. 70 Rn. 64.

326 *Gubelt*, in: v. Münch/Kunig, Art. 30 Rn. 16; *Pernice*, in: Dreier, Art. 30 Rn. 31; *Uhle*, in: Maunz/Dürig, 69. EL 2013, Art. 70 Rn. 62.

327 *Ipsen*, Staatsrecht I, § 10 Rn. 590 ff.; *Stettner*, in: Dreier, Suppl. 2007, Art. 70 Rn. 63 ff.; *Uhle*, in: Maunz/Dürig, 69. EL 2013, Art. 70 Rn. 65 ff.

328 BVerfGE 11, 89, 98.

329 Vgl. dazu BVerfGE 11, 89, 98 f.; 26, 246, 257; *Badura*, Staatsrecht, Teil D. Rn. 80; *Gubelt*, in: v. Münch/Kunig, Art. 30 Rn. 18; *Ipsen*, Staatsrecht I, § 10 Rn. 598; *Rozek*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Art. 70 Rn. 40; *Stettner*, in: Dreier, Suppl. 2007, Art. 70 Rn. 66; *Zippelius/Würtenberger*, § 45 Rn. 45.

330 *Stettner*, in: Dreier, Suppl. 2007, Art. 70 Rn. 69; *Tiedemann*, AöR 89 (1964), 56, 67.

331 BVerfGE 3, 407, 421; 98, 265, 299; vgl. ferner *Badura*, Staatsrecht, Teil D. Rn. 79; *Gubelt*, in: v. Münch/Kunig, Art. 30 Rn. 19; *Ipsen*, Staatsrecht I, § 10 Rn. 592; *Pernice*, in: Dreier, Art. 30 Rn. 32; *Rozek*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Art. 70 Rn. 45; *Stettner*, in: Dreier, Suppl. 2007, Art. 70 Rn. 6; *Uhle*, in: Maunz/Dürig, 69. EL 2013, Art. 70 Rn. 67.

332 Diese Kategorie erscheint daher als Unterfall der Kompetenzen kraft Sachzusammenhanges; vgl. *Badura*, Staatsrecht, Teil D. Rn. 79; *Gubelt*, in: v. Münch/Kunig, Art. 30 Rn. 19; *Rozek*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Art. 70 Rn. 44; *Zippelius/Würtenberger*, § 45 Rn. 43; vgl. zur Schwierigkeit der Abgrenzung auch *Tiedemann*, AöR 89 (1964), 56, 67 ff.; in BVerfGE 98, 265, 299, und 109, 190, 215 ff., erörtert das Gericht beide Kompetenzarten gemeinsam, sodass unklar ist, ob es nun auch nicht mehr differenzieren will.

führung und dem Vollzug von Gesetzen dienen, die wiederum selbst auf geschriebene Kompetenzen gestützt werden können.<sup>333</sup> Soweit zwischen diesen beiden mitgeschriebenen Kompetenzarten unterschieden wird, wird Kompetenzen kraft Sachzusammenhanges eine Wirkung der jeweiligen Zuständigkeit in die „Breite“ und Annexkompetenzen eine Wirkung in die „Tiefe“ zugeschrieben.<sup>334</sup> Die Gefahrenabwehr gilt als Standardbeispiel einer solchen Annexkompetenz.<sup>335</sup> Der Bund kann daher z.B. Vorschriften zur Aufrechterhaltung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung in all jenen Bereichen erlassen, in denen ihm eine geschriebene Kompetenz zukommt.

Solch eine extensive Auslegung und Erweiterung der Kompetenztitel auf mitgeschriebene Zuständigkeiten des Bundes ist für die Kompetenzordnung jedoch nicht ungefährlich, denn dadurch kann der ohnehin eng begrenzte Handlungsspielraum der Länder in kaum kontrollierbarer Weise weiter beschnitten werden. Daher dürfen diese Kompetenzen jedenfalls nicht so weit gehen, dass Länderzuständigkeiten ausgehöhlt werden.<sup>336</sup>

## II. Aufteilung der Strafrechtskompetenz zwischen den Ebenen

### 1. Rechtssetzungskompetenz

Art. 70 Abs. 1 GG wiederholt als *lex specialis*<sup>337</sup> das in Art. 30 GG etablierte Prinzip für die Gesetzgebung. Nach der Grundentscheidung der Art. 30, 70 GG, welche letztlich Ausdruck des föderativen Konzepts des Grundgesetzes sind, ist die Zuständigkeit für die Gesetzgebung grundsätzlich den Ländern zugewiesen, es sei denn das GG überträgt dem Bund eine Kompetenz in einem bestimmten Bereich.<sup>338</sup> Die Bundeskompetenzen sind nach dem Enumerationsprinzip insbesondere in den Katalogen der Art. 73, 74 GG einzeln aufgeführt. Den Ländern verbleiben sämtliche unbenannten Zuständigkeiten, sie behalten die Residualkompe-

333 *Gubelt*, in: v. Münch/Kunig, Art. 30 Rn. 19; v. *Münch/Mager*, Rn. 395; *Rozek*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Art. 70 Rn. 48; *Stettner*, in: Dreier, Suppl. 2007, Art. 70 Rn. 73.

334 Vgl. *Stettner*, in: Dreier, Suppl. 2007, Art. 70 Rn. 69; *Uhle*, in: Maunz/Dürig, 69. EL 2013, Art. 70 Rn. 65.

335 BVerfGE 3, 407, 433; 8, 143, 149; *Badura*, Staatsrecht, Teil D. Rn. 79; v. *Münch/Mager*, Rn. 396; *Rozek*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Art. 70 Rn. 48; *Stettner*, in: Dreier, Suppl. 2007, Art. 70 Rn. 77.

336 BVerfGE 98, 265, 300; *Uhle*, in: Maunz/Dürig, 69. EL 2013, Art. 70 Rn. 64; kritisch daher auch *Zippelius/Würtenberger*, § 45 Rn. 44.

337 *Rozek*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Art. 70 Rn. 7; *Uhle*, in: Maunz/Dürig, 69. EL 2013, Art. 70 Rn. 4.

338 Daraus wird teilweise eine Vermutung zu Gunsten der Landeskompetenz hergeleitet; vgl. *Gubelt*, in: v. Münch/Kunig, Art. 30 Rn. 1; *Ipsen*, NJW 2006, 2801, 2804; *ders.*, Staatsrecht I, § 10 Rn. 544; *Stern*, Staatsrecht I, S. 672; *Zippelius/Würtenberger*, § 45 Rn. 5 – a.A. *Degenhart*, in: Sachs, Art. 70 Rn. 7; *Rozek*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Art. 70 Rn. 14; *Stettner*, in: Dreier, Suppl. 2007, Art. 70 Rn. 47; *Uhle*, in: Maunz/Dürig, 69. EL 2013, Art. 70 Rn. 33: Für eine Vermutung sei im GG kein Platz, da dieses die Kompetenzen abschließend verteile. Im Ergebnis besteht aber Einigkeit darüber, dass eine nicht enumerativ genannte Kompetenz den Ländern zusteht.

tenz.<sup>339</sup> Lässt sich ein Bundesgesetz nicht mit einer der genannten Materien begründen, so ist es wegen Art. 70 GG verfassungswidrig.<sup>340</sup> Dennoch liegt das Schwergewicht der Gesetzgebung in Deutschland heute insgesamt unzweifelhaft beim Bund.<sup>341</sup> Dies liegt zum einen an der weit reichenden Überführung von Gegenständen in die ausschließliche oder konkurrierende Kompetenz des Bundes, zum anderen aber insbesondere an der großzügigen Ausschöpfung der konkurrierenden Zuständigkeiten des Bundes durch eine umfangreiche Gesetzgebung.

### a) Legislative Bundeskompetenz

#### aa) „Strafrecht“

Nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG fallen sowohl das Strafrecht als auch die Gerichtsverfassung und das gerichtliche Verfahren, also auch das Strafverfahrensrecht mit Ausnahme des Rechts des Untersuchungshaftvollzuges, in die konkurrierende Kompetenz. Nähere Regelungen zur konkurrierenden Gesetzgebung enthält Art. 72 GG. Im Bereich der konkurrierenden Gesetzgebung haben die Länder gemäß Art. 72 Abs. 1 GG weiterhin die Befugnis zur Gesetzgebung, solange und soweit der Bund von seiner Gesetzgebungszuständigkeit nicht durch Gesetz Gebrauch gemacht hat. Es ist also erstens zu prüfen, ob eine Materie in die konkurrierende Kompetenz des Bundes fällt und zweitens, ob sie abschließend vom Bund geregelt wurde.

Die Kompetenztitel sind im Hinblick auf ihre Reichweite anhand von Wortlaut, Gesetzesgeschichte, Systematik und Normzweck auszulegen.<sup>342</sup> Da der Verfassungstext in Art. 74 GG auf tradierte Begriffe rekurriert, ist die Interpretation der Materien jedoch besonders stark durch die Entstehungsgeschichte und die folgende Staatspraxis geprägt.<sup>343</sup> Die „wesensmäßige und historische Zuordnung“<sup>344</sup> eines Regelungsgegenstandes zu einer bestimmten Materie gibt den Ausschlag, wenn ein sachlicher Bezug zu unterschiedlichen Kompetenzen besteht. Die Materie „Strafrecht“ im Sinne von Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG ist daher insbesondere an ihrem tra-

339 Gubelt, in: v. Münch/Kunig, Art. 30 Rn. 1; Pieroth, in: Jarass/Pieroth, Art. 70 Rn. 1.

340 Ipsen, Staatsrecht I, § 10 Rn. 546.

341 Badura, Staatsrecht, Teil F. Rn. 29; Gubelt, in: v. Münch/Kunig, Art. 30 Rn. 2; Pieroth, in: Jarass/Pieroth, Art. 70 Rn. 1; Rozek, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Art. 70 Rn. 7; Zippelius/Würtenberger, § 45 Rn. 6.

342 BVerfGE 109, 190, 212.

343 BVerfGE 109, 190, 213.

344 BVerfGE 7, 29, 40; 36, 193, 203; 36, 314, 319.

ditionellen Verständnis unter Geltung von Art. 4 Nr. 13 RV 1871<sup>345</sup> und Art. 7 Nr. 2, 12 Abs. 1 S. 1 WRV<sup>346</sup> zu messen.<sup>347</sup>

Seit jeher wird der Begriff des Strafrechts im Sinne des Kompetenzkataloges weit verstanden und umfasst sämtliche Regelungen, durch die strafwürdiges Verhalten in seinen Voraussetzungen gekennzeichnet und mit einer staatlichen Sanktion bedroht wird.<sup>348</sup> Der traditionellen Zweispurigkeit des Sanktionssystems folgend fallen aber nicht nur schuldbezogene, repressive staatliche Reaktionen unter diese Materie, sondern z.B. auch die im 6. und 7. Titel des 3. Abschnittes des StGB geregelten Maßregeln der Besserung und Sicherung sowie die Vorschriften über Verfall und Einziehung, die auch unabhängig von der Schuld und der Aburteilung der konkreten Tat festgesetzt werden können.<sup>349</sup>

So hat das BVerfG die Landesgesetze über die nachträgliche Straftäterunterbringung für verfassungswidrig erklärt, da auch diese als „präventive Sanktion“ unter die Bundeskompetenz für das Strafrecht falle,<sup>350</sup> während die Bundesregierung sowie die bayerische Landesregierung und der Landtag von Sachsen-Anhalt die allgemeine Kompetenz der Länder für das Recht der Abwehr von Gefahren für die öffentliche Sicherheit und Ordnung für einschlägig hielten. Das BVerfG konnte sich jedoch einerseits auf die historische Auslegung berufen, da schon im Deutschen Reich die Kompetenz für Maßregeln zum Strafrecht gezählt worden war.<sup>351</sup> Andererseits führte es als systematisches Argument an, dass aus dem Gedanken des Sachzusammenhanges sämtliche sich auf eine Straftat beziehenden Sanktionen unter Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG fallen.<sup>352</sup> Auch Gefahrenabwehrrecht gehört daher in den Regelungszusammenhang des Strafrechts, wenn es sich als „präventive Sanktion“ einer Straftat darstellt, also noch auf eine solche Tat bezogen ist.

Es ist daher insgesamt nicht von einem Kompetenztitel für den Gesamtbereich des Gefahrenabwehrrechts auszugehen. Stattdessen wird die Gefahrenabwehr überwiegend als Annex dem Sachbereich zugerechnet, zu dem sie in einem notwendigen Zusammenhang steht.<sup>353</sup> Der Anwendungsbereich der Länderzuständig-

345 Siehe dazu bereits oben 3. Kapitel A. I. 2. b).

346 Siehe dazu bereits oben 3. Kapitel A. I. 2. c).

347 BVerfGE 109, 190, 213 f.; *Degenhart*, in: Sachs, Art. 74 Rn. 10; *Fischer*, Einleitung Rn. 2; *Oeter*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Art. 74 Rn. 14; *Stettner*, in: Dreier, Suppl. 2007, Art. 70 Rn. 17, Art. 74 Rn. 22; *Zippelius/Würtenberger*, § 45 Rn. 8.

348 BVerfGE 109, 190, 212; vgl. auch *Degenhart*, in: Sachs, Art. 74 Rn. 10; *Oeter*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Art. 74 Rn. 14; *Pieroth*, in: Jarass/Pieroth, Art. 74 Rn. 5; *Sannwald*, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Hopfauf, Art. 74 Rn. 32; *Stettner*, in: Dreier, Suppl. 2007, Art. 74 Rn. 22; *Tiedemann*, AöR 89 (1964), 56.

349 BVerfGE 109, 190, 213 f.; *Oeter*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Art. 74 Rn. 14 f.; *Pieroth*, in: Jarass/Pieroth, Art. 74 Rn. 5; *Sannwald*, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Hopfauf, Art. 74 Rn. 32, 34; *Stettner*, in: Dreier, Suppl. 2007, Art. 74 Rn. 22; vgl. auch *Ullenbruch*, NStZ 2001, 292, 294.

350 BVerfGE 109, 190, 212 ff.

351 BVerfGE 109, 190, 214; *Dreher*, NJW 1952, 1282; *Oeter*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Art. 74 Rn. 14 f.

352 BVerfGE 109, 190, 215 ff.

353 BVerfGE 3, 407, 433; 8, 143, 149 f.

keit für das allgemeine Polizei- und Ordnungsrecht ist daher nur dann eröffnet, wenn „die Aufrechterhaltung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung den alleinigen und unmittelbaren Gesetzeszweck bildet“<sup>354</sup>. Regelt der Bund hingegen die Gefahrenabwehr im Zusammenhang mit einer sonstigen Kompetenz, so handelt es sich um eine der implizit mitgeschriebenen Kompetenzen des Bundes.<sup>355</sup> Das BVerfG interpretierte die Sicherungsverwahrung letztlich als Ausdruck der mitgeschriebenen Kompetenz für die Gefahrenabwehr, die hier wiederum in einem inneren Zusammenhang mit dem Strafrecht steht, welches selbst in die konkurrierende Zuständigkeit des Bundes fällt.

Das Strafrecht ist als Gesamtgegenstand der Gesetzgebung noch nicht abschließend geregelt, sodass die Länder in den nicht erfassten Feldern weiterhin zuständig bleiben. Hat der Bund jedoch in einem bestimmten Teilbereich des Strafrechts abschließende Regelungen geschaffen, so scheidet die Landesgesetzgebung aus.<sup>356</sup> Dies ergibt sich schon aus Art. 72 Abs. 1 GG und wird durch Art. 4 Abs. 2 EGStGB noch einmal explizit hinsichtlich der im StGB geregelten „Materien“ erläutert.

Das EGStGB stellt daher im Hinblick auf Art. 72 Abs. 1 GG klar, dass und inwieweit der Bund von seiner Strafrechtskompetenz durch das StGB Gebrauch gemacht hat. Unter „Materien“ in diesem Sinne sind strafrechtliche Regelungen zu verstehen, die Taten bestimmter Art oder gegen bestimmte Rechtsgüter betreffen,<sup>357</sup> die wegen der Vergleichbarkeit des Angriffes gegen gleichartige Rechtsgüter innerlich zusammenhängen.<sup>358</sup> Gemeint ist also die gesamte Deliktsgruppe.<sup>359</sup> Der Gesetzgeber entschied sich bewusst für die Verwendung des Begriffes „Materie“ im EGStGB und damit gegen die Terminologie „Rechtsgebiet“, welche noch im Entwurf von 1930 gewählt worden war, um damit deutlich zu machen, dass selbst einzelne Regelungen abschließend sein können.<sup>360</sup>

Aber auch hinsichtlich dieser „Materien“ ist jeweils im Einzelfall durch eine Gesamtwürdigung des betreffenden Bereiches zu untersuchen, ob und in welchem Umfang es sich um eine abschließende Regelung handelt.<sup>361</sup> Es muss sich dem Willen des Gesetzgebers entnehmen lassen, dass er keinen Spielraum für die Landesgesetzgebung lassen wollte.<sup>362</sup> Hierbei ist jedoch zu beachten, dass davon auszugehen ist, dass eine Vorschrift des Bundesstrafrechts regelmäßig die gesamte dem Schutz desselben Rechtsgutes dienende Materie betrifft.<sup>363</sup> Es gilt insoweit die straf-

354 BVerfGE 8, 143, 150; *Uble*, in: Maunz/Dürig, 69. EL 2013, Art. 70 Rn. 73.

355 Siehe dazu bereits oben 3. Kapitel A. I.

356 BVerfGE 109, 190, 229; *Lenzen*, JR 1980, 133; so schon *v. Liszt* (1919), S. 91.

357 *Welzel*, § 3 I 2.

358 *Lenzen*, JR 1980, 133.

359 *Maurach/Zipf*, AT 1, § 8 III Rn. 21.

360 BT-Drs. 7/550, S. 199; *Maurach/Zipf*, AT 1, § 8 III Rn. 21.

361 BVerfGE 109, 190, 229.

362 BVerfGE 109, 190, 229 f.

363 BT-Drs. 7/155, S. 199; *Eser/Hecker*, in: Schönke/Schröder, Vorbem. § 1 Rn. 39; *Maunz*, in: Maunz/Dürig, 69. EL 2013, Art. 74 Rn. 68.

rechtliche Besonderheit der Kompetenzordnung, dass eine Regelungslücke nicht zwangsläufig bedeutet, dass ein Bereich nicht vom Bund geregelt wurde. Vielmehr kann der Bund auch eine „stillschweigend-negative“<sup>364</sup> Regelung dergestalt treffen, dass er absichtlich einen Bereich sanktionsfrei lässt.<sup>365</sup> Dies ist gerade Ausdruck der Kompetenz, über die Frage der Kriminalisierung eines Verhaltens zu entscheiden. Diesbezüglich muss zwangsläufig auch eine negative Entscheidung möglich bleiben, andernfalls bestünde ein Kriminalisierungszwang. Somit lebt eine Landeszuständigkeit auch nicht wieder auf, wenn der Bund ein auf die Verletzung eines bestimmten Rechtsgutes gerichtetes Verhalten entkriminalisiert oder sich gleich von Anfang an gegen eine Strafbarkeit entscheidet. Auch dann besteht für Landesstrafgesetze kein Raum im Rahmen der betreffenden Materie.

So ist es den Ländern etwa nicht möglich, die fahrlässige Sachbeschädigung unter Strafe zu stellen, weil diese nach Bundesrecht straflos ist. Denn insoweit besteht keine Regelungslücke in Bezug auf das betroffene Rechtsgut. Der Bund kann sich wegen der ihm zustehenden Kompetenz zur (Ent-)Kriminalisierung eines bestimmten Verhaltens aus den bereits erfassten „Materien“ daher kaum mehr durch Untätigkeit zurückziehen und den Ländern das Feld überlassen. Dies müsste er schon ausdrücklich, etwa durch einen Vorbehalt zu Gunsten der Landesgesetzgebung, tun.<sup>366</sup>

Bei der aktiven Entkriminalisierung eines Verhaltens kann es sogar sein, dass der Bund zur Entwicklung alternativer Konzepte kraft Sachzusammenhanges mit dem Strafrecht auch dann tätig werden darf, wenn er dabei Bereiche regelt, die an sich in die Landeskompentenz fielen, soweit es sich gerade um einen das Strafrecht ersetzenden Schutz des betroffenen Rechtsgutes handelt. Dies entschied das BVerfG etwa im Hinblick auf den Abbruch der Schwangerschaft.<sup>367</sup> Der Bund hatte sich entschlossen, Schwangerschaftsabbrüche zu entkriminalisieren, was das BVerfG seinerzeit allerdings nur dann für zulässig erachtete, wenn für das Rechtsgut des ungeborenen Lebens ein alternatives Schutzkonzept entwickelt werde.<sup>368</sup> Dieses Schutzkonzept konnte der Bund dann „kraft Sachzusammenhanges“ mit dem Strafrecht ebenfalls regeln.<sup>369</sup> Den Ländern verblieb zwar die Möglichkeit, einen Schwangerschaftsabbruch von der Erteilung einer behördlichen Erlaubnis abhängig zu machen, nicht aber, einen Verstoß gegen diesen Erlaubnisvorbehalt straf-

364 Eser/Hecker, in: Schönke/Schröder, Vorbem. § 1 Rn. 39; Jescheck/Weigend, § 13 I 2 b) (1); Maiwald, ZRP 2006, 18, 19; Maurach/Zipf, AT 1, § 8 III Rn. 15.

365 Vgl. BVerfGE 109, 190, 230 ff.; Oeter, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Art. 74 Rn. 18; so auch schon v. Liszt (1919), S. 92.

366 Vgl. z.B. BVerfGE 29, 125, 137: Die Öffnungsklausel in § 187 Abs. 1 VwGO betrifft nicht nur die Dienststrafgerichtsbarkeit, sondern gilt auch für die Disziplinargerichtsbarkeit im Allgemeinen.

367 BVerfGE 98, 265, 301 f.

368 BVerfGE 88, 203, 251 ff., 261 ff.

369 BVerfGE 98, 265, 302 f.; zustimmend Pieroth, in: Jarass/Pieroth, Art. 74 Rn. 7; Stettner, in: Dreier, Suppl. 2007, Art. 74 Rn. 22.

rechtlich zu ahnden, da der Bund von seiner Strafrechtssetzungskompetenz im Hinblick auf Schwangerschaftsabbrüche abschließend Gebrauch gemacht hatte.<sup>370</sup>

Bundesgesetze erfassen inzwischen den wesentlichen Teil der in Frage kommenden Rechtsgüter abschließend, sodass die Landesgesetzgebung in nahezu allen wichtigen Bereichen ausgeschlossen ist.<sup>371</sup> Dies gilt nicht nur für das herkömmlich im StGB enthaltene Kernstrafrecht, sondern auch für das Nebenstrafrecht sowie für viele Ordnungswidrigkeiten. Außerhalb des Bereiches des im StGB festgehaltenen Kriminalstrafrechts ist die Gesetzgebungskompetenz des Bundes aber nicht gleichermaßen eindeutig. Denn es ließe sich generell behaupten, dass Nebenstraf- und Ordnungswidrigkeitenrecht stattdessen „kraft Sachzusammenhanges“ jeweils von der Materie erfasst werden, auf welche die speziellen Verhaltensgebote gestützt werden, deren Absicherung die Strafnormen dienen, sodass gar nicht die (allgemeine) Strafrechtskompetenz einschlägig wäre. Es ließe sich also erwägen, dass sich einer Gesetzgebungskompetenz auch die Ermächtigung entnehmen lassen könnte, Zuwiderhandlungen gegen die in einem darauf gestützten Gesetz enthaltenen Vorgaben mit einer strafrechtlichen Sanktion zu bewehren. Ge- und Verbote wären nämlich ein stumpfes Schwert, wenn nicht Sanktionen für Verstöße erlassen werden könnten.<sup>372</sup>

Im US-amerikanischen Recht ist es z.B. seit langem anerkannt, dass der Bund im Rahmen seiner Zuständigkeit auch Strafgesetze erlassen darf, obwohl ihm keine explizite Strafrechtskompetenz zukommt.<sup>373</sup> Da U.S. Const. Art. I § 8 cl. 18 es ermöglicht, alle zur Ausübung einer Kompetenz notwendigen und zweckdienlichen Vorschriften zu erlassen, können auch strafrechtliche Maßnahmen auf andere Kompetenztitel gestützt werden, sofern sie zur Durchsetzung der Ge- und Verbote notwendig und zweckdienlich sind. In Kanada weist s. 91 (27) Constitution Act 1867 zwar das Kriminalstrafrecht ausdrücklich und ausschließlich dem Bund zu, gleichwohl verleiht s. 92 (15) Constitution Act 1867 den Provinzen die exklusive Kompetenz, ihre Gesetze mit einer Sanktion zu versehen.<sup>374</sup>

Dabei ist originär zunächst einmal der Bereich der Übertretungen bzw. des Polizei-, Verwaltungs- und Ordnungstrafrechts angesprochen, welcher in Deutsch-

370 BVerfGE 98, 265, 298 ff., 312.

371 Eser/Hecker, in: Schönke/Schröder, Vorbem. § 1 Rn. 39.

372 Jung, in: Calliess/Ruffert, Art. 103 AEUV Rn. 20; Satzger, Europäisierung, S. 59; Vogel, in: Dannecker, Subventionsbetrug, S. 171; zur Fundierung des Verständnisses, dass Recht ohne Sanktion nicht bestehen kann, in der Philosophie der Aufklärung vgl. Bitter, S. 1, 18 ff.; siehe außerdem bereits oben 1. Kapitel A. I.

373 Vgl. nur *McCulloch v. Maryland*, 17 U.S. 316, 416 (1819); *Logan v. United States*, 144 U.S. 263, 283 (1892); ferner *Beale*, 2 *Encyclopedia of Crime & Justice* 694 (2002); *LaFave*, S. 269 ff.; *Reinbacher*, Das Strafrechtssystem der USA, S. 56, 88; *ders.*, DAJV-NL 2011, 50, 52; *Welling/Beale/Bucy*, S. 2; siehe dazu noch unten 3. Kapitel B. II. 1.

374 Vgl. *Hogg*, S. 565, der ausführt, dass diese akzessorische Kompetenz („*ancillary power*“), eigene Gesetze mit Strafsanktionen zu versehen, bei Abwesenheit der expliziten Regelung in s. 92 (15) Constitution Act 1867 wohl in die Verfassung hineingelesen worden wäre; vgl. dazu noch unten 3. Kapitel C. II. 1.

land traditionell vom Kriminalstrafrecht unterschieden wurde,<sup>375</sup> wenngleich darauf hinzuweisen ist, dass z.B. die kanadischen Provinzen oder der Bund in den USA entsprechende Verstöße gegen öffentlich-rechtliche Normen auch mit Gefängnisstrafe ahnden dürfen. Die kompetenzmäßige Trennung von Kriminal- und Polizeistrafrecht wurde in Deutschland jedoch schon im Zuge der Arbeiten zum StGB 1871 aufgegeben.<sup>376</sup> Seitdem konnte das Reich nicht nur den Kernbereich des Strafrechts regeln, sondern auch Sanktionen für Verstöße gegen sonstige öffentlich-rechtliche Bestimmungen, die so genannten „Polizei-Übertretungen“, als „Strafrecht“ behandeln,<sup>377</sup> sofern er hierin ein strafwürdiges Unrecht sah. Daraus folgt, dass unter den kompetenzmäßigen Begriff des Strafrechts im Sinne des Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG auch das Ordnungswidrigkeitenrecht fällt,<sup>378</sup> welches inzwischen das Recht der Polizei-Übertretungen weitestgehend abgelöst hat, sofern die Übertretungen nicht sogar als Vergehen in Kriminalstrafrecht umgewandelt wurden.<sup>379</sup>

Während der Zeit der Weimarer Republik und auch kurz nach Inkrafttreten des GG wurde dies jedoch bezweifelt.<sup>380</sup> Man erwog, nur das echte Kriminalstrafrecht, welches mit einem sozial-ethischen Tadel verbunden ist, unter den Kompetenztitel „Strafrecht“ zu fassen, das Recht der Ordnungswidrigkeiten hingegen von diesem auszunehmen, mit der Folge, dass die Länder mangels Zuweisung der Kompetenz an den Bund zuständig gewesen wären. Diese Auffassung wurde aber bald verworfen.<sup>381</sup> Straftaten und Ordnungswidrigkeiten unterscheiden sich einerseits nach ihrer Rechtsfolge, nämlich Freiheits- oder Geldstrafe (die in Freiheitsstrafe umgewandelt werden kann, § 43 StGB) hier und Geldbuße dort. § 1 Abs. 1 OWiG

375 Siehe dazu oben 3. Kapitel A. I. 2. b).

376 BVerfGE 23, 113, 123; 27, 18, 32; *Schubert*, FS Gmür, 1983, S. 165 ff.; siehe bereits oben 3. Kapitel A. I. 2. b).

377 BVerfGE 23, 113, 123; 27, 18, 32; *Oeter*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Art. 74 Rn. 14; *Tiedemann*, AöR 89 (1964), 56, 59; so auch schon *Haenel*, Deutsches Staatsrecht I (1892), S. 467 ff.; ferner bereits oben 3. Kapitel A. I. 2. b).

378 BVerfGE 23, 113, 124; 27, 18, 32 f.; *Degenhart*, in: Sachs, Art. 74 Rn. 11; *Eser/Hecker*, in: Schönke/Schröder, Vorbem. § 1 Rn. 36; *Groß*, NStZ 1994, 312, 313; *Jescheck/Weigend*, § 13 I 1; *Kühl*, in: Löffler, Vor § 20 ff. Rn. 12; *Kunig*, in: v. Münch/Kunig, Art. 74 Rn. 12; *Maunz*, in: Maunz/Dürig, 69. EL 2013, Art. 74 Rn. 65; *Maurach/Zipf*, AT 1, § 8 III Rn. 13; *Oeter*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Art. 74 Rn. 16; *Pieroth*, in: Jarass/Pieroth, Art. 74 Rn. 5; *Rogall*, in: KK OWiG, § 2 Rn. 3, 4; *Sannwald*, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Hopfauf, Art. 74 Rn. 33; *Stettner*, in: Dreier, Suppl. 2007, Art. 74 Rn. 22; *Weber*, FS Tröndle, 1989, S. 348; ausführlich zu dieser Frage *Tiedemann*, AöR 89 (1964), 56.

379 Die Aufführung der Übertretungen in § 1 StGB a.F. wurde durch das Zweite Gesetz zur Reform des Strafrechts vom 4.7.1969, BGBl. I S. 717, aus dem StGB gestrichen. Seitdem gelten gemäß § 12 StGB als Straftaten nur noch Verbrechen und Vergehen. Der die Übertretungen betreffende 29. Abschnitt des StGB wurde durch Art. 19 Nr. 206 des EGStGB vom 2.3.1974, BGBl. I S. 469, 500, beseitigt; die neue Rechtslage galt gemäß Art. 326 Abs. 1 EGStGB 1974 ab dem 1.1.1975. Vgl. dazu *Eser/Hecker*, in: Schönke/Schröder, § 12 Rn. 2, 15 f.; *Radtke*, in: MüKo StGB, § 12 Rn. 2 ff.; *Saliger*, in: NK, § 12 Rn. 1.

380 Vgl. die Darstellung bei *Dreher*, NJW 1952, 1282; *Tiedemann*, AöR 89 (1964), 56, 60.

381 So schon *Anschiütz*, Die Verfassung des Deutschen Reiches (1933), Art. 7 Rn. 4 (S. 80 ff.); *Haenel*, Deutsches Staatsrecht I (1892), S. 467 ff.; vgl. BVerfGE 23, 113, 123 f.; *Tiedemann*, AöR 89 (1964), 56, 60; *Welzel*, § 4 I 1.

schreibt diese formale Trennlinie gesetzlich fest.<sup>382</sup> Andererseits verbindet die Kriminalstrafe mit der Sanktion ein gewichtiges sozial-ethisches Unwerturteil.<sup>383</sup> Und schließlich ist für die Betreibung der Geldbuße ein anderes, nämlich verwaltungsrechtliches, Verfahren vorgesehen.

Zur Zeit der Entstehung des GG tauchte diese alte Streitfrage daher noch einmal auf. Im Verfassungskonvent von Herrenchiemsee wollte man der Strafrechtskompetenz wiederum nur echtes Kriminalstrafrecht mit „ethischem Gehalt“ zuschlagen.<sup>384</sup> Der Parlamentarische Rat nahm hingegen zu dieser Frage nicht Stellung. So blieb die Einordnung zunächst noch streitig.<sup>385</sup> In der Folge setzte sich jedoch die zuvor schon herrschende Auffassung durch, dass das Ordnungswidrigkeitenrecht unter die Strafrechtskompetenz des Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG zu fassen ist. Auf diese Weise kann der Bund zwischen den Sanktionsarten wählen und diese auch nachträglich wieder ändern, indem er eigenständig eine Straftat als Ordnungswidrigkeit einstuft oder umgekehrt. Stünde ihm diese Möglichkeit nicht zu, könnte er nur zwischen Strafe und vollständiger Entkriminalisierung wählen. So hätte der Bund auch die alten Übertretungen des StGB nicht in das OWiG überstellen können. Waren sie aber zuvor im StGB geregelt, so sprach auch der Gedanke der Einheitlichkeit des im StGB enthaltenen Spektrums an Delikten für eine Bundeskompetenz, denn sonst wäre dieses einheitliche Werk der Gefahr der Zersplitterung durch landesrechtliche Regelungen ausgeliefert gewesen.<sup>386</sup>

*Dreher*<sup>387</sup> schlug hingegen vor, im Hinblick auf die Kompetenzverteilung nicht nach dem moralischen Gehalt zu differenzieren, sondern zwischen „selbstständigen“ oder „primären“ Strafnormen, die einen Sachverhalt, d.h. Verbot und Sanktion, selbstständig regelten, und „unselbstständigen“ oder „sekundären“ Strafnormen, welche nur der Absicherung außerstrafrechtlicher Spezialregelungen dienten. Bei ersteren dürfe der Bundesgesetzgeber im Rahmen seiner Kompetenz für das Strafrecht im Sinne des Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG ohne weiteres tätig werden, wenn er ein Verhalten für strafwürdig halte. Schon zur Zeit des Kaiserreiches sei es unbestritten gewesen, dass das Reich unter der Strafrechtskompetenz nicht nur die Strafdohung, sondern auch das jeweilige Ge- und Verbot habe regeln dürfen.<sup>388</sup> Auf der anderen Seite dürfe der Bundesgesetzgeber aber nicht durch den Erlass einer „unselbstständigen“ Strafnorm, die nur zum Schutze einer außerstrafrechtlichen Regelung gedacht sei, die Zuständigkeit für das jeweilige Rechtsgebiet an sich reißen, wenn dieses in die Landeskompetenz fiel.<sup>389</sup> Die Strafvorschrift erscheine hier

382 *Rüping*, ZStW 85 (1973), S. 672, 686.

383 BVerfGE 27, 18, 33.

384 Verfassungsentwurf von Herrenchiemsee, S. 32.

385 Vgl. dazu *Tiedemann*, AöR 89 (1964), 56, 61 f.

386 *Dreher*, NJW 1952, 1282, unter Berufung auf Art. 125 GG.

387 *Dreher*, NJW 1952, 1282.

388 *Dreher*, NJW 1952, 1282.

389 *Dreher*, NJW 1952, 1282.

vielmehr nur als eine unselbstständige Ergänzung der außerstrafrechtlichen Regelung, „die nach dem Gesichtspunkt des notwendigen Sachzusammenhangs zur Kompetenz des Gesetzgebers gehört, dem auch die außerstrafrechtliche Regelung zusteht“<sup>390</sup>.

Sofern diese Aussage so zu interpretieren ist, dass der Bundesgesetzgeber diese „unselbstständigen Strafnormen“ nicht erlassen dürfe, wenn die zu Grunde liegenden Ge- und Verbote zu einer in die Landeszuständigkeit fallenden Materie gehören, hat sich diese Differenzierung nicht durchgesetzt. Zwar wird davon ausgegangen, dass die Zuständigkeit für eine Materie auch die Kompetenz mit sich bringen kann, darauf bezogene strafrechtliche Fragen zu regeln.<sup>391</sup> Das BVerfG erklärte jedoch, dass der Bund auch in den Feldern, in denen ihm keine ausdrückliche Kompetenz zukommt, auf die Zuständigkeit für das Strafrecht gestützt strafrechtliche Vorschriften erlassen und somit auch Verstöße gegen landesrechtliche Verhaltensgebote als Straftat werten kann.<sup>392</sup>

Das Gericht begrenzte diese Aussage aber „jedenfalls“ auf Materien, die im StGB „herkömmlich“ geregelt sind.<sup>393</sup> Das bedeutet also, dass zumindest die traditionell im StGB geregelten Bereiche mittels der Zuständigkeit für das „Strafrecht“ normiert werden können, völlig unabhängig davon, ob (auch) eine Materie betroffen ist, die im Übrigen in die Landeszuständigkeit fällt. Im Fall stand etwa § 367 StGB a.F.<sup>394</sup> in der Diskussion, welcher u.a. in Abs. 1 Nr. 15 die Ausführung eines Baues ohne Baugenehmigung oder unter Abweichung vom Bauplan unter Strafe stellte, wobei sich die materielle Frage der Bauerlaubnis nach Landesrecht beurteilte. Das BVerfG hielt diese bundesrechtliche Ahndung des Verstoßes gegen Landesrecht aus Kompetenzsicht für verfassungsgemäß. Dies musste es tun, wollte es nicht der Aufsplitterung des großen kodifikatorischen Werkes StGB das Wort reden. Es ging dem Gericht also v.a. darum, das StGB in seiner bestehenden Form zu erhalten. Dies ist ein verständliches Anliegen, auch wenn der Schluss vom „Sein“ auf das „Sollen“ dogmatisch nicht unbedingt überzeugend ist. Festzuhalten ist jedenfalls, dass hinsichtlich der Auslegung der Kompetenznormen der historischen Methode und dem gesetzlichen Besitzstand ein besonderes Gewicht zugemessen wird.

390 *Dreher*, NJW 1952, 1282.

391 Vgl. BT-Drs. 7/550, S. 197 f. („kraft Sachzusammenhanges“); *Maurach/Zipf*, AT 1, § 8 III Rn. 17.

392 BVerfGE 13, 367, 373; 23, 113, 124; 110, 141, 174; ebenso *Eser/Hecker*, in: Schönke/Schröder, Vorbem. § 1 Rn. 47; *Fischer*, Einleitung Rn. 2; *Jescheck/Weigend*, § 13 I 1; *Kunig*, in: v. Münch/Kunig, Art. 74 Rn. 14; *Maunz*, in: Maunz/Dürig, 69. EL 2013, Art. 74 Rn. 66; *Maurach/Zipf*, AT 1, § 8 III Rn. 13; *Oeter*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Art. 74 Rn. 19; *Stettner*, in: Dreier, Suppl. 2007, Art. 74 Rn. 24; *Weber*, FS Tröndle, 1989, S. 345; kritisch gegenüber der Argumentation von *Dreher* auch schon *Tiedemann*, AöR 89 (1964), 56, 63 f.

393 BVerfGE 23, 113, 124.

394 Dieser stellte diverse Übertretungen unter Strafe. Der die Übertretungen betreffende 29. Abschnitt des StGB wurde durch Art. 19 Nr. 206 des EGStGB vom 2.3.1974, BGBl. I S. 469, 500, beseitigt.

Es sei wiederum ein kurzer Exkurs nach Kanada<sup>395</sup> erlaubt: Die Frage der Verteilung strafrechtsbezogener Gesetzgebungskompetenz wird hier so gelöst, dass einerseits zwischen echten Strafnormen (Bundeskompetenz) und den Sanktionen zur Durchsetzung („for enforcing any Law of the Province [...]“) anderer Regelungen (Kompetenz des Bundes oder der Provinzen je nach Materie) unterschieden wird. Bei der Abgrenzung zwischen echtem Kriminalstrafrecht und dem provinziellen „Quasi-Strafrecht“ spielt jedoch der moralische Tadel eine Rolle. Nur der Bund darf hier das eigentliche Strafrecht regeln, die Provinzen hingegen das Quasi-Strafrecht, wenn und soweit der Schwerpunkt der Regelung auf der Ahndung eines Verstoßes gegen ihre Verhaltensgebote und nicht auf dem kriminellen Unwert an sich liegt. Daher kann der Bund auch in den Bereichen der eigentlichen Provinz-zuständigkeit dann Strafgesetze erlassen, wenn es ihm um „Strafrecht“ und nicht darum geht, das Provinzrecht inhaltlich zu regeln.

Die Einbeziehung der Ordnungswidrigkeiten in den Begriff „Strafrecht“ im Sinne des deutschen Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG führt aber dazu, dass dem Bund konsequenterweise auch eine Kompetenz zur ordnungsrechtlichen Ahndung von Verstößen gegen Landesrecht zukommt.<sup>396</sup> Daher hat die ursprüngliche Begrenzung auf das Kernstrafrecht, mit welcher das BVerfG seinerzeit wohl das Ziel verfolgte, klarzustellen, dass auch nach Inkrafttreten des GG sämtliche im StGB einheitlich geregelten Materien weiterhin in die Zuständigkeit des Bundes fielen und nicht etwa in Folge ihrer Nähe zu anderen Gegenständen in diejenige des Landesgesetzgebers, heute geringere Bedeutung, weil der Bund auch Ordnungswidrigkeiten erlassen kann.<sup>397</sup> Sie kann aber dort noch zum Tragen kommen, wo ein Bereich betroffen ist, der traditionell in anderen Gesetzen geregelt wurde und bei dem der Schwerpunkt der konkreten Regelung eher einer Spezialmaterie zuzurechnen ist, wie etwa bei den Verjährungsregelungen im Presserecht.<sup>398</sup> Im Übrigen können die Länder selbst auch im Rahmen der konkurrierenden Kompetenz für das Strafrecht tätig werden, also Sanktionen erlassen, soweit der Bund in diesem Bereich von seiner Kompetenz keinen Gebrauch gemacht hat. Hier sind dann allerdings die Beschränkungen im EGStGB zu beachten.

Das Strafrecht bildet also insgesamt einen eigenständigen Kompetenzbereich, der auch einen eigenen Inhalt aufweist. Kann der Bund daher (in den traditionellen Feldern) wie eben gezeigt nach der Judikatur des BVerfG auch Strafnormen bzgl. der landesrechtlichen Ge- und Verbote schaffen, indem er die Verhaltensweise als (kriminelles) Unrecht wertet, so handelt es sich dabei kompetenzrechtlich um die Ausübung einer originären Bundeskompetenz zur Entscheidung, welche Verhal-

395 Siehe dazu ausführlich unten 3. Kapitel C. II. 1.

396 Maunz, in: Maunz/Dürig, 69. EL 2013, Art. 74 Rn. 66, Fn. 9; Rogall, in: KK OWiG, § 2 Rn. 6; vgl. jetzt auch BVerfGE 110, 141, 174, da das Gericht hier von „strafrechtlichen Sanktionen“ spricht.

397 Maunz, in: Maunz/Dürig, 69. EL 2013, Art. 74 Rn. 66, Fn. 9.

398 Siehe dazu noch unten 3. Kapitel A. II. 1. b).

tensweisen als Unrecht zu ahnden sind. Dies galt z.B. auch für den soeben angeführten § 367 StGB a.F., obwohl er Verstöße gegen Landesrecht pönalisierte. Erachtet der Bund ein Verhalten für straf- oder bußgeldwürdig, so kann er unter dem Kompetenztitel „Strafrecht“ entsprechende Normen erlassen.

Jedoch darf auch nach deutschem Verfassungsverständnis die Zuständigkeit der Länder für einen bestimmten Bereich nicht durch die Strafgesetzgebung des Bundes ausgehöhlt werden.<sup>399</sup> Der Bund kann daher zwar Verstöße gegen Landesrecht als Unrecht werten, d.h. die Sanktion normieren, dies führt aber nicht dazu, dass er unter dem Mantel des Strafrechts die betreffende Materie inhaltlich selbst regeln darf.<sup>400</sup> Zwar ging das BVerfG davon aus, die bloße Strafbewehrung lasse die Kompetenz zur inhaltlichen Ausgestaltung des betreffenden Landesrechts grundsätzlich unberührt.<sup>401</sup> Dies bedarf jedoch näherer Betrachtung.

Beschränkt der Bund sich darauf, entweder ein bestehendes landesrechtliches Ge- oder Verbot schlicht mit einer Strafsanktion zu versehen oder erlässt er eine Blankettstrafvorschrift, welche den Ländern die nähere Ausgestaltung überlässt, so bestehen geringere Bedenken hinsichtlich der Kompetenzverteilung: Das Land regelt die Verhaltensvorgabe inhaltlich, der Bund trifft hingegen lediglich die Entscheidung über die Strafwürdigkeit und die Rechtsfolge. Regelmäßig erfolgt die Strafrechtssetzung des Bundes im Bereich der Landesgesetze denn auch durch Blankettstrafgesetze, wie etwa bei § 293 StGB. Akzessorisch gegenüber verwaltungsrechtlichen Normen und Entscheidungen ist des Weiteren z.B. das Umweltstrafrecht der §§ 324 ff. StGB.<sup>402</sup> In beiden Fällen können sich der Inhalt der konkreten Pflicht und damit die Tatbestandsmäßigkeit (auch) nach Landesrecht bestimmen. Kompetenzrechtlich problematisch war unter Geltung der Erforderlichkeitsklausel des Art. 72 Abs. 2 GG a.F. jedoch, dass der Bund im Strafrecht nur zur Herstellung der Rechtseinheit handeln durfte, eine solche aber durch Blankette, welche durch Landesrecht ausgefüllt werden, nicht unbedingt garantieren konnte.<sup>403</sup> Diese Lage hat sich durch die Föderalismus-Reform I indes zu Gunsten des Bundes verändert. Blankette können zwar u.a. auch noch unter dem Gesichtspunkt der Gesetzesbe-

399 BVerfGE 13, 367, 373; *Degenhart*, in: Sachs, Art. 74 Rn. 14; *Kunig*, in: v. Münch/Kunig, Art. 74 Rn. 14; *Lenzen*, JR 1980, 133, 137; *Maunz*, in: Maunz/Dürig, 69. EL 2013, Art. 74 Rn. 16; *Oeter*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Art. 74 Rn. 19; vgl. auch *Maiwald*, ZRP 2006, 18, 19. Unter diesem Gesichtspunkt werden u.a. Bedenken gegen § 36 StGB geäußert, welcher die Indemnität auch der Abgeordneten der Landesparlamente festlegt und dadurch teilweise dem Landesverfassungsrecht widerspricht; vgl. *Maunz*, in: Maunz/Dürig, 69. EL 2013, Art. 74 Rn. 17, 66; *Wolfrum*, DÖV 1982, 674, 680.

400 BVerfGE 26, 246, 258; *Degenhart*, in: Sachs, Art. 74 Rn. 14; *Dreher*, NJW 1952, 1282; *Eser/Hecker*, in: Schönke/Schröder, Vorbem. § 1 Rn. 47; *Maunz*, in: Maunz/Dürig, 69. EL 2013, Art. 74 Rn. 64, 66, 69; *Maurach/Zipf*, AT 1, § 8 III Rn. 13; *Oeter*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Art. 74 Rn. 19; *Stettner*, in: Dreier, Suppl. 2007, Art. 74 Rn. 24; *Weber*, FS Tröndle, 1989, S. 345.

401 BVerfGE 13, 367, 373.

402 Vgl. zur Zulässigkeit von Blankettstrafgesetzen im Umweltrecht BVerfGE 75, 229, 240 ff.; zur Verwaltungsakzessorietät des Umweltstrafrecht ausführlich *Saliger*, Umweltstrafrecht, Rn. 63 ff.; vgl. ferner die Ausführungen von *Weber*, FS Tröndle, 1989, S. 342, bzgl. des Blankettcharakters von § 304 StGB, der somit Raum zur Ausfüllung durch landesrechtliche Denkmalsvorschriften lasse.

403 *Lenzen*, JR 1980, 133, 136 f.

stimmtheit mit dem GG in Konflikt geraten, dies ist hier aber nur insofern interessant, als auch das Bestimmtheitsgebot des Art. 103 Abs. 2 GG für eine Regelung der Strafbarkeit im Zusammenhang mit dem jeweiligen Ge- oder Verbot, also auch durch den für die betroffene Materie zuständigen Gesetzgeber, streitet.<sup>404</sup>

Unzulässig ist es aus der Sicht der Kompetenzordnung aber, wenn der Bund eine nicht in seine Zuständigkeit fallende Materie inhaltlich regeln und das gesamte diesbezügliche Gesetz durch einfaches Anhängen einer Sanktionsnorm auf die Strafrechtskompetenz stützen will.<sup>405</sup> Das BVerfG hat diesem Vorgehen zu Recht eine Absage erteilt.<sup>406</sup> Der Bund konnte das Ingenieurgesetz (IngG) vom 7.7.1965,<sup>407</sup> welches dem Schutz der Berufsbezeichnung „Ingenieur“ diente und in § 8 IngG eine Ordnungswidrigkeit inklusive Bußgeldsanktion für Verstöße enthielt, nicht schlichtweg mit der Kompetenz für das Strafrecht in Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG begründen. Der Bund kann demnach (jedenfalls in den traditionellen Feldern) auf die Kompetenz für das Strafrecht gestützt eine Strafnorm an ein (landesrechtliches) Regelungsgefüge anhängen, nicht aber das Regelungsgefüge an seine Strafnorm.

Eine ähnliche Problematik entsteht, wenn der Bund sich entschließt, den Tatbestand einer Strafvorschrift im StGB selbst so detailliert auszugestalten, dass er dadurch wiederum eine inhaltliche Regelung des zu Grunde liegenden Ge- oder Verbotes trifft, welches der Materie nach in die Landeszuständigkeit fiele. Zur Veranschaulichung sei § 293 StGB angeführt. In seiner geltenden Fassung<sup>408</sup> stellt er es unter Strafe, unter Verletzung fremden Fischerei- oder Fischereiausübungsrechts zu fischen oder eine Sache, die dem Fischereirecht unterliegt, sich oder einem Dritten zuzueignen, zu beschädigen oder zu zerstören. Hier ist zwar die Strafvorschrift Bundesrecht, die Ausgestaltung des Fischereirechts obliegt aber den Ländern. Es fragt sich daher, ob der Bund den Tatbestand hier noch detaillierter formulieren und die einzelnen Verstöße gegen Fischereirecht so genau spezifizieren dürfte, dass er über den Umweg des Strafrechts das Rechtsgebiet faktisch selbst regeln würde. Man hat die oben angeführte Aussage des BVerfG zu § 367 Abs. 1 Nr. 15 StGB a.F. teilweise so verstanden,<sup>409</sup> da das Gericht ausgeführt hatte, der Bundesgesetzgeber könne, wenn er ein Verhalten als strafwürdig erachtet, „jedenfalls im Bereich dieser Materien Straftatbestände schaffen, ohne dabei an die ihm sonst durch die Zuständigkeitskataloge gezogenen Grenzen gebunden zu sein“<sup>410</sup>.

404 *Lenzen*, JR 1980, 133, 136 f.

405 So schon *Dreher*, NJW 1952, 1282.

406 BVerfGE 26, 246, 258; vgl. auch BVerfGE 110, 141, 174.

407 BGBl. I S. 601.

408 Fassung des Sechsten Gesetzes zur Reform des Strafrechts vom 26.1.1998, BGBl. I S. 164.

409 *Maurach/Zipf*, AT 1, § 8 III Rn. 13.

410 BVerfGE 23, 113, 125.

Damit ist aber noch keine Aussage über den Grad der Detailliertheit getroffen. Vielmehr legt der Beschluss des BVerfG zum IngG<sup>411</sup> nahe, dass eine materielle Regelung des einer Strafvorschrift zu Grunde liegenden Bereiches gerade nicht möglich ist, wenn dieser in die Landeszuständigkeit fällt. Dieses Ergebnis erscheint auch im Sinne der Kompetenzordnung.<sup>412</sup>

bb) „Gerichtsverfassung“ und „gerichtliches Verfahren“

Nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG ist auch die Gerichtsverfassung eine Materie der konkurrierenden Zuständigkeit des Bundes und der Länder. Hierunter fällt die Organisation der Rechtsprechung, also Aufbau, Besetzung, aber auch funktionale, sachliche und örtliche Zuständigkeitsverteilung der (Straf-)Gerichte.<sup>413</sup> Diesbezüglich ist zwar die Organisationszuständigkeit der Länder nach den Art. 30, 92 GG zu beachten, nach welcher diese grundsätzlich über den Sitz, den Bezirk oder die konkrete Größe ihrer Gerichte entscheiden können.<sup>414</sup> Die Gerichtsverfassung umfasst aber die generelle Bestimmung der damit zusammenhängenden Fragen. Auch diese Kompetenz stand bis zur Föderalismus-Reform I unter der Bedingung der gesamtstaatlichen Erforderlichkeit im Sinne von Art. 72 Abs. 2 GG a.F., welche inzwischen aber auch diesbezüglich nicht mehr besteht. Neben den Gerichten betrifft die Kompetenz für die Gerichtsverfassung auch solche Organe, die mit der richterlichen Tätigkeit in engem Zusammenhang stehen, wie etwa die Staatsanwaltschaft.<sup>415</sup>

Der Bund hat in strafrechtsbezogener Hinsicht den äußeren Rahmen im Wesentlichen durch das Gerichtsverfassungsgesetz (GVG), das Jugendgerichtsgesetz (JGG) sowie einige gerichtsverfassungsbezogene Bestimmungen in der StPO abgesteckt. Hinsichtlich der generellen Regelung der Zuständigkeitsverteilung in der ersten Instanz sei nur auf die §§ 22, 24 ff. GVG (Amtsgerichte, Strafrichter), die §§ 28 ff. GVG (Amtsgerichte, Schöffengerichte), die §§ 74 ff. GVG (Landgerichte) und § 120 GVG (Oberlandesgerichte, Kammergericht) sowie für Berufung und

411 BVerfGE 26, 246, 258.

412 So auch Dreher, NJW 1952, 1282; Eser/Hecker, in: Schönke/Schröder, Vorbem. § 1 Rn. 47 f.; Maunz, in: Maunz/Dürig, 69. EL 2013, Art. 74 Rn. 16, 64, 66, 69; Maurach/Zipf, AT 1, § 8 III Rn. 13; Oeter, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Art. 74 Rn. 19.

413 Degenhart, in: Sachs, Art. 74 Rn. 22; Kunig, in: v. Münch/Kunig, Art. 74 Rn. 16; Maunz, in: Maunz/Dürig, 69. EL 2013, Art. 74 Rn. 74; Oeter, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Art. 74 Rn. 22; Seiler, in: Beck OK GG, Stand: 1.11.2013, Art. 74 Rn. 6 ff.; Stettner, in: Dreier, Suppl. 2007, Art. 74 Rn. 26.

414 BVerfGE 24, 155, 167; Degenhart, in: Sachs, Art. 74 Rn. 23; Kunig, in: v. Münch/Kunig, Art. 74 Rn. 17; Maunz, in: Maunz/Dürig, 69. EL 2013, Art. 74 Rn. 77; Oeter, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Art. 74 Rn. 24; Pieroth, in: Jarass/Pieroth, Art. 74 Rn. 8; Seiler, in: Beck OK GG, Stand: 1.11.2013, Art. 74 Rn. 8; Stettner, in: Dreier, Suppl. 2007, Art. 74 Rn. 26.

415 Degenhart, in: Sachs, Art. 74 Rn. 23; Maunz, in: Maunz/Dürig, 69. EL 2013, Art. 74 Rn. 74; Oeter, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Art. 74 Rn. 24; Pieroth, in: Jarass/Pieroth, Art. 74 Rn. 8; Stettner, in: Dreier, Suppl. 2007, Art. 74 Rn. 26.

Revision auf die §§ 74, 76, 121, 135 GVG hingewiesen.<sup>416</sup> Dennoch bleibt neben diesen Bestimmungen des GVG Spielraum für Landesrecht. Denn erstens steht den Ländern, wie erwähnt, die konkrete Organisationshoheit zu. Zweitens enthält das GVG selbst einige Vorbehalte zu Gunsten landesrechtlicher Regelungen.<sup>417</sup> Drittens lassen sich die sehr lückenhaften Vorschriften des GVG allgemein nicht als abschließende Regelung der Materie Gerichtsverfassung verstehen.<sup>418</sup>

Das Strafprozessrecht ist auf die Zuständigkeit für das gerichtliche Verfahren gestützt.<sup>419</sup> Diese verfassungsmäßige Kompetenz umfasst im Hinblick auf das Strafverfahren alle Bestimmungen, welche die verfahrensmäßige Behandlung von Strafsachen zum Gegenstand haben. Sie erstreckt sich auch auf das dem eigentlichen Hauptverfahren vorgelagerte Ermittlungsverfahren.<sup>420</sup> Das Strafverfahrensrecht ist ähnlich dem Strafrecht heute im Wesentlichen Bundesrecht, da weitgehend in der StPO kodifiziert.<sup>421</sup> Noch viel stärker als im materiellen Recht war es das Ziel der StPO, einen Zustand der Einheitlichkeit im Verfahren herzustellen. Schon das EGStPO 1877 sah in § 3 weitaus geringere Spielräume für abweichendes Landesrecht vor als das EGStGB 1871.<sup>422</sup> Die Verfolgungsmaßnahmen im Hinblick auf dieselbe Tat sollten in den einzelnen Ländern nicht unterschiedlichen Voraussetzungen unterworfen sein. Zu beachten sind weiterhin lediglich die engen Ausnahmen der §§ 3, 6 EGStPO.

Dabei stellen sich einige Abgrenzungsschwierigkeiten insbesondere zwischen dem Strafverfahrensrecht und Landespolizeirecht. Denn während Ersteres, welches das repressive Vorgehen des Staates im Ermittlungsverfahren als Reaktion auf eine Straftat betrifft, im Wesentlichen als gerichtliches Verfahren vom Bund geregelt wurde, haben die Länder die allgemeine legislative Kompetenz für das präventive Polizei- und Ordnungsrecht, sofern hier nicht eine Sonderkompetenz des Bundes als Annex zu einer anderen Bundeszuständigkeit besteht.<sup>423</sup> Auch hier wird man auf den Schwerpunkt der geregelten polizeilichen Maßnahme abzustellen haben.

416 Zu Strafgerichtsbarkeit und Zuständigkeit für das Strafverfahren siehe noch ausführlich unten 3. Kapitel A. II. 2.

417 Vgl. etwa § 58 GVG; zu dessen Zulässigkeit siehe BVerfGE 24, 155, 166 f.

418 BVerfGE 56, 110, 119; *Degenhart*, in: Sachs, Art. 74 Rn. 24; *Maunz*, in: Maunz/Dürig, 69. EL 2013, Art. 74 Rn. 75; *Oeter*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Art. 74 Rn. 24; *Stettner*, in: Dreier, Suppl. 2007, Art. 74 Rn. 26.

419 *Degenhart*, in: Sachs, Art. 74 Rn. 25; *Kunig*, in: v. Münch/Kunig, Art. 74 Rn. 18; *Maunz*, in: Maunz/Dürig, 69. EL 2013, Art. 74 Rn. 79; *Oeter*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Art. 74 Rn. 26; *Pieroth*, in: Jarass/Pieroth, Art. 74 Rn. 9; *Stettner*, in: Dreier, Suppl. 2007, Art. 74 Rn. 27.

420 *Degenhart*, in: Sachs, Art. 74 Rn. 26; *Maunz*, in: Maunz/Dürig, 69. EL 2013, Art. 74 Rn. 82; *Oeter*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Art. 74 Rn. 25; *Pieroth*, in: Jarass/Pieroth, Art. 74 Rn. 9; *Seiler*, in: Beck OK GG, Stand: 1.11.2013, Art. 74 Rn. 11; *Stettner*, in: Dreier, Suppl. 2007, Art. 74 Rn. 28.

421 *Degenhart*, in: Sachs, Art. 74 Rn. 25; *Kunig*, in: v. Münch/Kunig, Art. 74 Rn. 18; *Maunz*, in: Maunz/Dürig, 69. EL 2013, Art. 74 Rn. 79; *Oeter*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Art. 74 Rn. 26; *Stettner*, in: Dreier, Suppl. 2007, Art. 74 Rn. 27.

422 Siehe bereits oben 3. Kapitel A. I. 2. b).

423 BVerfGE 8, 143, 149 f.; *Degenhart*, in: Sachs, Art. 74 Rn. 27; *Maunz*, in: Maunz/Dürig, 69. EL 2013, Art. 74 Rn. 82; siehe bereits oben 3. Kapitel A. II. 1. a) aa).

Dient diese der Verhinderung zukünftiger Straftaten, so fällt sie in die Landeskompetenz, handelt es sich hingegen um die Verfolgung bereits begangenen Unrechts, so ist auf die Bundeszuständigkeit für das Ermittlungsverfahren zurückzugreifen. Hier entsteht in vielen Fällen ein Graubereich. So ist etwa gemäß § 81g StPO auch die Entnahme von Körperzellen zur Identitätsfeststellung in künftigen Strafverfahren („genetischer Fingerabdruck“) möglich, obgleich hierdurch die Ermächtigunggrundlage für eine Maßnahme geschaffen wird, noch bevor der Anfangsverdacht für eine weitere Straftat vorliegt. Ziel der Regelung ist jedoch die Beweisführung in einem künftigen Strafverfahren.<sup>424</sup> Daher erfasst die Kompetenz für das „gerichtliche Verfahren“ auch die „Vorsorge“ für künftige Prozesse.<sup>425</sup> Ähnliches gilt für die Entnahme von Fingerabdrücken oder die Anfertigung von Lichtbildern nach § 81b StPO.

Auch im Hinblick auf andere polizeiliche Maßnahmen sind Abgrenzungsschwierigkeiten nicht zu leugnen. Die Untersuchungshaft etwa kann nach § 112a StPO auch wegen Wiederholungsgefahr angeordnet werden, ein eigentlich präventiver Zweck.<sup>426</sup> Die Zulässigkeit der bundesrechtlichen Vorschrift begründete das BVerfG<sup>427</sup> damit, dass es um „die Bewahrung eines besonders schutzbedürftigen Kreises der Bevölkerung vor mit hoher Wahrscheinlichkeit drohenden schweren Straftaten“ gehe und es zweckmäßiger erscheine, „diesen Schutz den bereits mit der Aufklärung der begangenen Straftat befassten Strafverfolgungsbehörden und damit dem Richter anzuvertrauen als der Polizei.“

Seit der Föderalismus-Reform I steht hingegen die Kompetenz für die gesetzliche Regelung des Vollzuges der Untersuchungshaft ebenso wie bzgl. des allgemeinen Strafvollzuges den Ländern zu.<sup>428</sup> Der Bund trifft also die Regelung, wann Untersuchungshaft angeordnet werden kann, die Länder bestimmen den Ablauf. Auch die Bundeszuständigkeit für Ordnungswidrigkeiten folgt für materielle Regelungen aus der Kompetenz für das Strafrecht,<sup>429</sup> für Verfahrensbestimmungen jedoch aus der Kompetenz für das gerichtliche Verfahren,<sup>430</sup> soweit das gerichtliche Verfahren eröffnet ist.

### cc) Weitere strafrechtsbezogene Zuständigkeiten des Bundes aus anderen Kompetenztiteln

Neben der konkurrierenden Kompetenz für Strafrecht und Strafverfahrensrecht können auch andere Bundeskompetenzen, namentlich solche ausschließlicher Art,

424 BVerfGE 103, 21, 30 f.; *Degenhart*, in: Sachs, Art. 74 Rn. 27.

425 *Degenhart*, in: Sachs, Art. 74 Rn. 27; *Seiler*, in: Beck OK GG, Stand: 1.11.2013, Art. 74 Rn. 11.

426 Zur Zulässigkeit siehe BVerfGE 19, 342, 349 f.; 35, 185, 190 f.; *Graf*, in: KK StPO, § 112a Rn. 2.

427 BVerfGE 19, 342, 350.

428 Siehe dazu noch unten 3. Kapitel A. II. 1. b) ee).

429 Siehe dazu bereits ausführlich oben 3. Kapitel A. II. 1. a) aa).

430 *Bohnert*, OWiG, § 2 Rn. 1; *Rogall*, in: KK OWiG, § 2 Rn. 4 f.

eine Relevanz für Strafrecht und Strafverfolgung entfalten. In die ausschließliche Gesetzgebungskompetenz des Bundes fallen gemäß Art. 73 Abs. 1 GG insbesondere auswärtige Angelegenheiten der Bundesrepublik (Nr. 1) und damit verwandte Materien wie Staatsangehörigkeit (Nr. 2), Einwanderung und Auslieferung (Nr. 3). Daneben kommen ihm weitere wichtige den Gesamtstaat betreffende Kompetenzen zu wie etwa für Währungs-, Geld und Münzwesen (Nr. 4), Zoll- und Grenzschutz (Nr. 5), Luftfahrt (Nr. 6), Eisenbahnverkehr (Nr. 6a), Postwesen und Telekommunikation (Nr. 7), das Wettbewerbs-, Urheber- und Verlagsrecht (Nr. 9) oder die Kernenergie (Nr. 14). Bestimmte Materien weisen auch einen mehr oder minder starken Bezug zur Bekämpfung von Straftaten auf. Diesbezüglich sind etwa zu nennen: die ausschließliche Gesetzgebungskompetenz für

- die Abwehr von Gefahren des internationalen Terrorismus durch das Bundeskriminalpolizeiamt (BKA) in Fällen, in denen eine länderübergreifende Gefahr vorliegt, die Zuständigkeit einer Landespolizeibehörde nicht erkennbar ist oder die oberste Landesbehörde um eine Übernahme ersucht (Nr. 9a);
- die Zusammenarbeit des Bundes und der Länder a) in der Kriminalpolizei, b) zum Schutze der freiheitlichen demokratischen Grundordnung, des Bestandes und der Sicherheit des Bundes oder eines Landes (Verfassungsschutz) und c) zum Schutze gegen Bestrebungen im Bundesgebiet, die durch Anwendung von Gewalt oder darauf gerichtete Vorbereitungshandlungen auswärtige Belange der Bundesrepublik Deutschland gefährden, sowie die Einrichtung eines Bundeskriminalpolizeiamtes und die internationale Verbrechensbekämpfung (Nr. 10) und
- das Waffen- und Sprengstoffrecht (Nr. 12).

Im Rahmen dieser ausschließlichen Bundeskompetenzen dürfen die Länder nicht tätig werden, es sei denn der Bund ermächtigt sie dazu ausdrücklich, Art. 71 GG. Hervorzuheben ist zunächst Art. 73 Abs. 1 Nr. 10 GG. Hierdurch wird dem Bund die ausschließliche Gesetzgebungskompetenz für bestimmte Sachbereiche zugestanden, welche im Zusammenhang mit der inneren Sicherheit Deutschlands stehen.<sup>431</sup>

Nach Art. 73 Abs. 1 Nr. 10 Alt. 1 lit. a) GG ist der Bund in der Lage, Regelungen über die Zusammenarbeit der Kriminalpolizeibehörden des Bundes und der Länder zu treffen. Diese Kompetenz erstreckt sich damit nur auf diesen Bereich, nicht aber auf das gesamte Polizeiwesen.<sup>432</sup> Art. 73 Abs. 1 Nr. 10 Alt. 1 lit. b) GG erweitert diese Befugnis auf die Kooperation der Verfassungsschutzbehörden. Beide Kompetenztitel ermächtigen selbst nicht zur Einrichtung der entsprechenden Behörden, sondern setzen die Struktur voraus, welche jeweils nach anderen Normen des GG

431 Uhle, in: Maunz/Dürig, 69. EL 2013, Art. 73 Rn. 228.

432 Uhle, in: Maunz/Dürig, 69. EL 2013, Art. 73 Rn. 239; Stettner, in: Dreier, Suppl. 2007, Art. 73 Rn. 59.

errichtet wurde.<sup>433</sup> Art. 73 Abs. 1 Nr. 10 Alt. 1 lit. c) GG ergänzt ferner die innere Sicherheit noch um eine Behördenkoordination hinsichtlich der Gefährdung auswärtiger Belange. Auf diese Kompetenzen gestützt hat der Bund insbesondere das Gesetz über das Bundeskriminalamt und die Zusammenarbeit des Bundes und der Länder in kriminalpolizeilichen Angelegenheiten (BKAG) vom 7.7.1997<sup>434</sup> und das Gesetz über die Zusammenarbeit des Bundes und der Länder in Angelegenheiten des Verfassungsschutzes und über das Bundesamt für Verfassungsschutz (BVerfSchG) vom 20.12.1990<sup>435</sup> erlassen.

Einen Fremdkörper stellt Art. 73 Abs. 1 Nr. 10 Alt. 2 GG dar, indem er zur Errichtung einer Bundesbehörde, nämlich des BKA, ermächtigt, sodass die zutreffende Verortung dieser Kompetenz an sich bei den Art. 83 ff. GG wäre, einhergehend mit der Befugnis zur Übertragung entsprechender Aufgaben.<sup>436</sup> Da die Vorschrift selbst keine weitere Spezifizierung dieser kriminalpolizeilichen Aufgaben vorsieht, lässt sich der Umfang der dem BKA zu verleihenden Befugnisse nur aus dem Gesamtzusammenhang der Regelungen des GG herleiten, also insbesondere aus Art. 73 Abs. 1 Nr. 9a und Nr. 10 GG sowie aus Art. 87 Abs. 1 S. 2 GG und anderen Bundeszuständigkeiten.<sup>437</sup> In Ausführung dieser Bestimmung hat der Bund zunächst am 8.3.1951 das Gesetz zur Einrichtung eines Bundeskriminalpolizeiamtes erlassen,<sup>438</sup> welches 1997 sodann durch das BKAG ersetzt wurde.

Art. 73 Abs. 1 Nr. 9a GG, welcher nun auch in drei genau benannten Fällen die Bekämpfung der Gefahren des internationalen Terrorismus der ausschließlichen Gesetzgebung des Bundes zuweist, wurde erst im Zuge der Föderalismus-Reform I im Jahr 2006 eingefügt.<sup>439</sup> Er enthält eine neue Bundeskompetenz zur Regelung präventiver Befugnisse des BKA im Zusammenhang mit dem internationalen Terrorismus. Die allgemeine Gefahrenabwehr ist zwar grundsätzlich Ländersache,<sup>440</sup> in speziellen Fällen kommt die entsprechende Kompetenz, wie dargestellt, aber als Annex zu anderen Zuständigkeiten auch dem Bundesgesetzgeber zu.<sup>441</sup> Hier findet sich nun eine Spezialregelung, deren Ziel es ist, die Effektivität der Terrorismus-Abwehr zu erhöhen, indem Hindernisse beseitigt werden, die sich aus der föderalen Struktur des deutschen Bundesstaates ergeben können, wie etwa Unübersichtlichkeit der jeweiligen Zuständigkeit, Kompetenzkonflikte oder mangelhafte Koope-

433 *Pieroth*, in: Jarass/Pieroth, Art. 73 Rn. 33; *Uhle*, in: Maunz/Dürig, 69. EL 2013, Art. 73 Rn. 240, 245; vgl. etwa Art. 87 GG.

434 BGBl. I S. 1650; zuletzt geändert durch Gesetz vom 6.6.2013, BGBl. I S. 1482.

435 BGBl. I S. 2954, 2970; zuletzt geändert durch Gesetz vom 20.8.2012, BGBl. I S. 1798.

436 *Uhle*, in: Maunz/Dürig, 69. EL 2013, Art. 73 Rn. 250; zur Überschneidung mit Art. 87 Abs. 1 S. 2 GG siehe *Gärditz*, S. 370 ff.; *Ibler*, in: Maunz/Dürig, 69. EL 2013, Art. 87 Rn. 132 ff.

437 *Uhle*, in: Maunz/Dürig, 69. EL 2013, Art. 73 Rn. 250.

438 BGBl. I S. 165, neu gefasst durch das Gesetz vom 29.6.1973, BGBl. I S. 704.

439 BGBl. I S. 2034.

440 Siehe dazu noch unten 3. Kapitel A. II. 1. b).

441 Siehe bereits oben 3. Kapitel A. I. 1.

ration der Behörden.<sup>442</sup> In der Begründung zur Verfassungsänderung wurde der Fall angeführt, dass Hinweise aus dem Ausland die Bundesrepublik erreichen, ohne dass klar ist, welche Polizeibehörde für die weitere Ermittlung zuständig ist.<sup>443</sup> Die §§ 4a, 20a ff. BKAG führen demgemäß entsprechende Befugnisse des BKA ein.

Der Begriff der Gefahrenabwehr umfasst nach h.M. nicht nur die Bekämpfung konkreter (Einzel-)Gefahren, sondern auch die Straftatenverhütung für die Zukunft.<sup>444</sup> Dementsprechend ermöglicht § 4a BKAG auch Maßnahmen zur „Verhütung“ von Straftaten als vorbeugende Verbrechensbekämpfung. Nach anderer Auffassung<sup>445</sup> handelt es sich bei dieser eingriffslosen polizeilichen Kriminalitätsvorsorge um eine dritte Polizeiaufgabe, welche neben der Gefahrenabwehr und der Straftatenverfolgung stehe und von der Kompetenz nach Art. 73 Abs. 1 Nr. 9a GG folglich nicht erfasst sei. Die Länder gehen indes überwiegend selbst davon aus, dass die Straftatenverhütung unter die Gefahrenabwehr fällt, da sie vielfach entsprechende Regelungen getroffen haben.<sup>446</sup> Dass auch der Verfassungsgeber diese Interpretation vornahm, beweist der die Kompetenz erläuternde Hinweis auf Situationen, in denen keine Landeszuständigkeit (ergo: auch noch keine konkrete Gefahr) ersichtlich ist.<sup>447</sup> Damit steht dem Bundesgesetzgeber im Hinblick auf das BKA nun eine der Gefahrenabwehr der Länder vergleichbare Regelungsbefugnis zu. Die §§ 20a ff. BKAG sehen eine Reihe von Ermächtigungsgrundlagen zur Abwehr von Gefahren des internationalen Terrorismus vor. Die Gesetzgebungskompetenz der Länder im Bereich der Gefahrenabwehr bleibt daneben erhalten und die Inanspruchnahme der Kompetenz durch den Bund ändert auch nichts an der Zuständigkeit der Landesbehörden für die Abwehr konkreter Gefahren des Terrorismus.<sup>448</sup>

Ferner hat der Bund die Bundespolizei eingerichtet und ihr Kompetenzen in verschiedenen Gesetzen übertragen, so etwa im Bundespolizeigesetz (BPolG), im Asylverfahrensgesetz (AsylVfG), im Gesetz über den Aufenthalt, die Erwerbstätigkeit und die Integration von Ausländern im Bundesgebiet (AufenthaltsG) oder im Luftsicherheitsgesetz (LuftSiG). Diese Gesetze können wiederum jeweils auf andere ausschließliche Zuständigkeiten des Bundes gestützt werden, so etwa auf Art. 73 Abs. 1 Nr. 5 (Grenzschutz), Nr. 6 (Luftverkehr) und Nr. 6a (Bahnpolizei). In diesem Rahmen kommen der Bundespolizei ebenfalls polizeiliche Aufgaben der Gefahrenabwehr zu.

442 Uhle, in: Maunz/Dürig, 69. EL 2013, Art. 73 Rn. 207.

443 BT-Drs. 16/813, S. 12.

444 Degenhart, in: Sachs, Art. 73 Rn. 48; Uhle, in: Maunz/Dürig, 69. EL 2013, Art. 73 Rn. 214; vgl. auch Götz, NVwZ 1994, 652, 655.

445 So etwa Roggan, NJW 2009, 257, 258.

446 Vgl. etwa Bayern: Art. 11 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 BayPAG; Berlin: § 1 Abs. 3 ASOG; Brandenburg: § 1 Abs. 1 S. 2 PolG; Hessen: § 1 Abs. 4 HSOG; Rheinland-Pfalz: § 1 Abs. 1 S. 3 PolG; Niedersachsen: § 1 Abs. 1 S. 3 SOG; Nordrhein-Westfalen: § 1 Abs. 1 S. 2 PolG.

447 Uhle, in: Maunz/Dürig, 69. EL 2013, Art. 73 Rn. 214.

448 BT-Drs. 16/813, S. 12; siehe auch noch unten 3. Kapitel A. III.

Interessant ist darüber hinausgehend aber die Frage, ob sich den ausschließlichen Bundeskompetenzen auch Zuständigkeiten zur materiellen Strafrechtssetzung entnehmen lassen, sofern die geregelte Materie zu diesen einen engeren Sachbezug aufweist. Oben<sup>449</sup> wurde bereits auf die Frage des Erlasses von Sanktionen bei Verstößen gegen Landesrecht eingegangen. Zwar kann der Bund solche grundsätzlich dann schaffen, wenn es sich bei der Regelung um „Strafrecht“ handelt und er somit seine Kompetenz zur Festlegung von sanktionswertem Unrecht ausnutzt. Wie unten<sup>450</sup> noch ausführlicher zu behandeln sein wird, nimmt das BVerfG<sup>451</sup> im Hinblick auf das Presserecht aber eine Kompetenz der Länder zur Regelung der Verjährung im Pressestrafrecht wegen des historischen Sachbezuges zum Presserecht an. Die Verjährung der Delikte des Pressestrafrechts war historisch stets im Pressegesetz geregelt. Soll sie auch weiterhin dort ihren Platz finden, so muss ein solcher besonderer Sachbezug zur Kompetenz der Länder für das Presserecht angenommen werden, sodass es sich bei den Verjährungsregelungen nicht um „Strafrecht“ im Sinne des Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG handelt. Die allgemeine Strafrechtssetzungskompetenz endet unter Zugrundelegung dieser Ansicht demnach dort, wo der Sachbezug zu einem anderen Gebiet stärker erscheint.

*Maiwald*<sup>452</sup> hat in Fortführung dieser Gedanken strafrechtliche Rechtssetzungskompetenzen des Bundes als *implied powers* sowohl aus der Natur der Sache als auch aus dem Sachzusammenhang mit einer anderen Materie bzw. als Annex zu einer solchen entwickelt. Wie bereits ausgeführt<sup>453</sup> kommen Kompetenzen aus der Natur der Sache dann in Betracht, wenn die Materie eine „ureigenste, der partikularen Gesetzgebungszuständigkeit a priori entrückte Angelegenheit des Bundes“<sup>454</sup> darstellt. *Maiwald*<sup>455</sup> nimmt eine Bundeskompetenz aus der Natur der Sache für Strafvorschriften an, welche ausschließlich den Schutz von Rechtsgütern des Bundes bezwecken, wie etwa der Hochverrat gegen den Bund, § 81 StGB, und die Verunglimpfung des Bundespräsidenten, § 90 StGB. Diese Regelungen dürften die Länder seiner Ansicht nach weder als Ausfluss der konkurrierenden Strafrechtszuständigkeit noch als solcher ihrer Residualkompetenz treffen.

Daneben hält er auch strafrechtliche Annexkompetenzen in Bereichen für möglich, in denen dem Bund eine ausschließliche Kompetenz zukommt. So seien u.a. etwa die Vorbereitung eines Angriffskrieges, § 80 StGB, oder die Straftaten gegen die Landesverteidigung, §§ 109 ff. StGB, mit der Kompetenz für Auswärtige Angelegenheiten und Verteidigung, Art. 73 Abs. 1 Nr. 1 GG, die Geld- und Wertzeichenfälschung, §§ 146 ff. StGB, mit der Zuständigkeit für das Währungs-, Geld-

449 Oben 3. Kapitel A. II. 1. a) aa).

450 Unten 3. Kapitel A. II. 1. b) bb).

451 BVerfGE 7, 29, 43.

452 *Maiwald*, ZRP 2006, 18, 21.

453 Oben 3. Kapitel A. II. 1. a) aa).

454 BVerfGE 11, 89, 98.

455 *Maiwald*, ZRP 2006, 18, 21.

und Münzwesen, Art. 73 Abs. 1 Nr. 4 GG, die Delikte zum Schutz des Luftverkehrs, §§ 315, 315a, 316c StGB, mit der Kompetenz für den Luftverkehr, Art. 73 Abs. 1 Nr. 6 GG, oder die Störung von Telekommunikationsanlagen, § 317 StGB, mit der Zuständigkeit für die Telekommunikation, Art. 73 Abs. 1 Nr. 7 GG, begründbar.<sup>456</sup> Die Annexkompetenz des Bundes für strafrechtliche Vorschriften sei insbesondere Folge eines Erst-Recht-Schlusses, denn wenn das BVerfG in ständiger Rechtsprechung eine solche Zuständigkeit für das Gefahrenabwehrrecht anerkenne, so müsse dies dann noch viel mehr für das Strafrecht gelten, für welches dem Bund ohnehin schon weitergehende Befugnisse zugestanden seien als im Polizeirecht.<sup>457</sup>

Dieser Sichtweise ist grundsätzlich zuzugeben, dass sie anerkennt, dass für eine Materie ein Bezug zu verschiedenen Kompetenzen (des Bundes) denkbar sein kann. In diesem Fall muss anhand einer Auslegung der Kompetenztitel ermittelt werden, welcher Zuständigkeit die Materie in concreto unterfällt. Das BVerfG hat mehrfach erkennen lassen, dass hierbei die „wesensmäßige Zugehörigkeit“, also der größere Sachbezug, den Ausschlag geben soll, wobei wiederum die historische Einordnung von besonderer Bedeutung ist.<sup>458</sup> Gerade die Entscheidung zur Verjährung der Pressedelikte<sup>459</sup> zeigt, dass eine Regelung trotz ihrer ebenfalls bestehenden Nähe zum Strafrecht<sup>460</sup> dennoch – in historischer Auslegung – eine engere Verbindung zu einem anderen Kompetenztitel, nämlich dem Presserecht, aufweisen kann. Dies gilt insbesondere im Nebenstrafrecht. Man könnte die soeben angeführte Liste *Maiwalds* daher z.B. durch Strafvorschriften außerhalb des StGB ergänzen bzw. ersetzen. So wäre etwa hinsichtlich der Strafbestimmungen in den §§ 106 ff. UrhG zu überlegen, ob sie auf die Strafrechtskompetenz des Bundes oder nicht eher auf seine Kompetenz für das Urheberrecht gemäß Art. 73 Abs. 1 Nr. 9 GG gestützt werden können, denn als Blankett pönalisiert z.B. § 106 UrhG akzessorisch zu den materiellen Regelungen des UrhG ausschließlich bestimmte Verstöße gegen das Urheberrecht, nämlich die unerlaubte Vervielfältigung, Verbreitung oder öffentliche Wiedergabe von urheberrechtlich geschützten Werken in anderen als den (durch das UrhG) gesetzlich zugelassenen Fällen. Ähnliches ließe sich z.B. über die §§ 51 ff. WaffG und die §§ 40 ff. SprengG sagen, denn hier könnte sich eine Bundeszuständigkeit aus Art. 73 Abs. 1 Nr. 12 GG ergeben.

Für diese Interpretation spräche zwar, dass diese Vorschriften auch historisch nicht im StGB, sondern jeweils in den entsprechenden Nebengesetzen eingestellt waren. Das BVerfG<sup>461</sup> hat die Kompetenz des Bundes zum Erlass von Strafnormen

456 *Maiwald*, ZRP 2006, 18, 21.

457 *Maiwald*, ZRP 2006, 18, 21.

458 BVerfGE 7, 29, 40; 36, 193, 202 f.; vgl. auch *Badura*, Staatsrecht, Teil D. Rn. 78.

459 BVerfGE 7, 29; siehe dazu noch unten 3. Kapitel II. 1. b).

460 Vgl. *Lerche*, JZ 1972, 468, 471, der deshalb annimmt, ein Gesetz könne gleichzeitig das Spezialrecht von zwei unterschiedlichen Materien darstellen.

461 BVerfGE 23, 113, 124.

zur Ahndung von Verstößen gegen landesrechtliche Vorgaben auf die „herkömmlich“ im StGB geregelten Materien begrenzt. Daraus ließe sich etwa folgern, dass jedenfalls dort, wo eine Spezialkompetenz besteht, strafrechtliche Regelungen mit erfasst sein sollten.

Diese Sicht steht aber auf der anderen Seite dann zumindest der Einordnung entgegen, die *Maiwald* für die seit je her im StGB enthaltenen Regelungen trifft, denn für diese dürfte die Strafrechtskompetenz im Sinne des Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG „wesensmäßig und historisch“ feststehen. Für das Nebenstrafrecht erscheint sie aber nicht ganz fern liegend.

Selbst die Entscheidung zur Zulässigkeit von Blankettstrafgesetzen, in welcher das BVerfG die Strafbestimmungen des SprengG der Strafrechtskompetenz im Sinne von Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG und nicht dem allgemeinen Gefahrenabwehrrecht zuordnete,<sup>462</sup> müsste diesem Befund nicht zwangsläufig widersprechen, da das Waffen- und Sprengstoffrecht zu dieser Zeit noch nicht als eigenständiger und gegebenenfalls speziellerer Kompetenztitel ausgestaltet war.<sup>463</sup> Hätte das BVerfG anders entschieden, wäre also die Strafrechtskompetenz nicht einschlägig, so hätte der Bund die Strafvorschriften seinerzeit gar nicht erlassen können bzw. das SprengG wäre mangels Bundeszuständigkeit kompetenzwidrig gewesen. Bemerkenswert ist jedoch, dass das Gericht den Kriminalstrafcharakter u.a. mit dem Strafmaß begründete, da der fragliche § 9 Abs. 2 SprengG 1884<sup>464</sup> ausschließlich Gefängnisstrafe vorsah.<sup>465</sup> Nimmt man diese Einordnung ernst, so muss sich hier die Strafrechtskompetenz durchsetzen. Vermutlich ging es dem Gericht aber seinerzeit, wie auch bei den Pressegesetzen der Länder, darum, die historische Gesetzgebung zu erhalten. Wenn heute das Sprengstoffrecht explizit als eigenständige und ausschließliche Bundeskompetenz ausgestaltet ist, könnte das Ergebnis daher auch anders ausfallen, denn damals ging es nicht um die Entscheidung zwischen der allgemeinen Strafrechtskompetenz und der speziellen Zuständigkeit für das Sprengstoffrecht, sondern um die Abgrenzung der Ersteren vom allgemeinen Polizeirecht.

Trotz der soeben angeführten systematischen Argumente ist nicht anzunehmen, dass das BVerfG diese Einordnung vornehmen würde. Gegen eine Subsumtion der betreffenden Strafnormen unter andere Kompetenztitel spricht nämlich insbesondere die Erwägung, dass dann die in Art. 1 Abs. 1 EGStGB für das Bundesrecht angeordnete Geltung des StGB AT im Nebenstrafrecht ins Leere liefe, wenn es sich

462 BVerfGE 13, 367, 372 f.

463 Erst durch das Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes vom 23.8.1976, BGBl. I S. 2383, wurde das Waffen- und Sprengstoffrecht in Art. 74 Abs. 1 Nr. 4a GG a.F. als konkurrierende Kompetenz eingeführt, ehe es im Zuge der Föderalismus-Reform I durch das Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes vom 28.8.2006, BGBl. I S. 2034, gar zur ausschließlichen Bundeskompetenz in Art. 73 Abs. 1 Nr. 12 GG umgestaltet wurde.

464 RGBl. S. 61.

465 BVerfGE 13, 367, 372 f.

hier gar nicht um Strafrecht, sondern um eine speziellere Gesetzgebungsmaterie handelte. Denn der Verweis im EGStGB wurde unter der Kompetenz für das Strafrecht im Kompetenzsinne erlassen und kann sich deshalb auch nur auf dieses beziehen.<sup>466</sup> Die Nebengesetze müssten dann eigene AT-Regeln oder jedenfalls einen selbstständigen Verweis auf das StGB vorsehen, was regelmäßig nicht der Fall ist. Ferner spricht dagegen, dass das BVerfG es sogar zulässt, dass der Bund landesrechtliche Bestimmungen (als „Strafrecht“) mit strafrechtlichen Sanktionen bewehrt, wenn er die Verstöße gegen diese Vorgaben für strafwürdig hält, denn dann muss er dies erst recht i.H.a. seine eigenen Vorschriften tun dürfen. In diesem Sinne hat der Gesetzgeber etwa das Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb auf seine Kompetenz aus Art. 73 Abs. 1 Nr. 9 GG, hinsichtlich der Strafvorschriften hingegen auf Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG gestützt.<sup>467</sup> Die Frage ist heute zudem deutlich entschärft, da das Strafrecht inzwischen von der Erforderlichkeitsklausel in Art. 72 Abs. 2 GG a.F. entbunden wurde. Zuvor hätte die Einordnung strafrechtlicher Bestimmungen unter einen Kompetenztitel des Art. 73 Abs. 1 GG hingegen zur Folge gehabt, dass – im Gegensatz zur Strafrechtzuständigkeit nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG – eine solche Erforderlichkeitsprüfung gerade unterbleiben durfte.

### b) Bereiche des Landesstrafrechts

#### aa) „Strafrecht“

Für das Landesrecht bleiben im Hinblick auf das materielle Strafrecht nach alledem nur sehr eingeschränkte Felder übrig. Nähere Bestimmungen finden sich, wie schon unter Geltung der RV 1871, im EGStGB. Die aktuelle Fassung wurde am 2.3.1974<sup>468</sup> erlassen und in der Folge nur noch geringfügig geändert.<sup>469</sup> Selbst in den Bereichen, in denen Landesgesetzgebung möglich ist, weil der Bund noch nicht tätig geworden ist, schränken dessen Vorschriften die Regelungsbefugnisse der Länder signifikant ein. Hintergrund dieser Unternehmung ist ausweislich der Begründung des Gesetzgebers das gesteigerte Interesse an der Einheitlichkeit des Strafrechts,<sup>470</sup> welches sich in Deutschland, wie gesehen, schon seit der Zeit des

466 Vgl. BT-Drs. 7/550, S. 197 f.; diese Frage wird viel bedeutsamer im Verhältnis zum Landesstrafrecht; siehe dazu unten 3. Kapitel A. II. 1. b) bb).

467 BT-Drs. 15/1487, S. 15.

468 BGBl. I S. 469.

469 Zuletzt geändert durch das Gesetz zur Neuordnung des Rechts der Sicherungsverwahrung und zu begleitenden Regelungen vom 22.12.2010, BGBl. I S. 2300.

470 BT-Drs. 7/550, S. 197.

Deutschen Bundes nachweisen lässt<sup>471</sup> und jedenfalls im Deutschen Reich von 1871 durch den Erlass des StGB bereits weitgehend umgesetzt wurde.<sup>472</sup>

So erklärt Art. 1 Abs. 2 S. 1 EGStGB die Vorschriften des AT des Bundesstrafrechts, also die Bestimmungen der §§ 1-79b StGB, auch für das Landesstrafrecht für anwendbar. Dies gilt nach S. 2 nur dann nicht, wenn das Bundesrecht besondere landesrechtliche Regelungen zulässt und solche auch tatsächlich bestehen. Im Gegensatz zu seinem Vorgänger sind Abweichungen in Fragen des AT daher nun kaum noch möglich. Zulässig bleiben aber nach Art. 2 Nr. 1 EGStGB abweichende Regelungen im Landesrecht hinsichtlich des Strafanwendungsrechts (§§ 3-7 StGB) sowie nach Art. 2 Nr. 2 EGStGB solche, die unter besonderen Bedingungen Strafflosigkeit vorsehen. Damit enthält Art. 2 EGStGB selbst zwei der in Art. 1 Abs. 2 S. 2 EGStGB genannten Ausnahmefälle, in denen Bundesrecht abweichende landesrechtliche Regelungen im Bereich des AT ausdrücklich zulässt.<sup>473</sup>

Die erste Alternative soll Fälle berücksichtigen, in denen ein Bedürfnis dafür besteht, den Geltungsbereich des Landesrechts in einem bestimmten Fall abweichend zu gestalten. Der Gesetzgeber nannte beispielhaft die Staatsverträge der Länder.<sup>474</sup> Im Jugendmedienschutz-Staatsvertrag (JMStV) der Länder vom 4.2.2003,<sup>475</sup> welcher in den §§ 23, 24 JMStV zur Ahndung von Verstößen eine Strafbestimmung sowie Ordnungswidrigkeiten vorsieht, ist eine Abweichung indessen nicht enthalten, sodass es bei der Geltung der §§ 3 ff. StGB bleibt. Der zweite in Art. 2 Nr. 2 EGStGB vorgesehene Fall ist eine folgerichtige Bestimmung, da sie dem Umstand Rechnung trägt, dass auch das Bundesrecht in einigen Vorschriften des Besonderen Teiles über den Allgemeinen Teil hinausgehend Strafflosigkeit vorsieht, so etwa bei der tätigen Reue.<sup>476</sup> Dies muss auch den Bundesländern möglich sein.

Auch die Rechtsfolgen der durch die Länder normierten Straftaten wurden durch Art. 3 EGStGB beschränkt. Landesrechtliche Vorschriften dürfen keine andere Sanktion mehr vorsehen als Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren und wahlweise Geldstrafe bis zum in § 40 Abs. 1 S. 2, Abs. 2 S. 3 StGB festgelegten gesetzlichen Höchstmaß, Art. 3 Abs. 1 Nr. 1 EGStGB, oder die Einziehung von Gegenständen, Art. 3 Abs. 1 Nr. 2 EGStGB.<sup>477</sup> Zudem können Landesgesetze gemäß Art. 3 Abs. 2 Nr. 1 EGStGB weder Freiheits- noch Geldstrafe für sich alleine androhen, d.h. es müssen jeweils beide Sanktionsarten und damit ein Entscheidungs-

471 Siehe dazu oben 3. Kapitel A. I. 2. a).

472 Siehe dazu oben 3. Kapitel A. I. 2. b).

473 BT-Drs. 7/550, S. 197; *Eser/Hecker*, in: Schönke/Schröder, Vorbem. § 1 Rn. 42; *Maurach/Zipf*, AT 1, § 8 III Rn. 17.

474 BT-Drs. 7/550, S. 198.

475 Z.B in Berlin ratifiziert durch Gesetz vom 11.2.2003, GVBl. 2003, 69.

476 BT-Drs. 7/550, S. 198.

477 (Schon) deshalb verstieß § 34 DenkmalschutzG Niedersachsen a.F. gegen Art. 3 EGStGB und damit gegen die Kompetenzordnung; vgl. *Weber*, FS Tröndle, 1989, S. 345.

spielraum des Gerichtes vorgesehen sein. Art. 3 Abs. 2 Nr. 2 EGStGB reduziert ferner die Sanktionsbefugnis im Hinblick auf die Freiheitsstrafe auf das in § 38 Abs. 2 StGB bestimmte Mindestmaß von einem Monat sowie auf ein Höchstmaß von sechs Monaten. Soweit Landesgesetze eine nach Art. 3 EGStGB unzulässige Rechtsfolge androhen, sind sie nicht mehr anzuwenden, Art. 289 EGStGB.

Schon § 5 EGStGB 1871 hatte die Sanktionsbefugnis der Länder beschränkt, indem er festlegte, dass nur noch Gefängnisstrafe bis zu zwei Jahren, Haft und Geldstrafe sowie als Nebenfolge die Einziehung einzelner Gegenstände und die Entziehung öffentlicher Ämter angeordnet werden durften. Ab Inkrafttreten des StGB konnte gemäß § 6 EGStGB 1871 nur noch auf die dort vorgesehenen Straforten erkannt werden, wobei es den Ländern aber vorbehalten blieb, statt der Gefängnis- oder Geldstrafe gemeinnützige Forst- oder Gemeindearbeit vorzusehen. Diese Landesbefugnisse wurden nun also noch deutlich weiter eingeschränkt.

Art. 4 EGStGB präzisiert noch einmal das Verhältnis des Besonderen Teils des Bundesrechts zum entsprechenden Landesrecht, welches sich, wie gesehen, aus Art. 72 Abs. 1 GG herleitet, bestimmt also das „soweit“ in Art. 72 Abs. 1 GG im Hinblick auf das Strafrecht näher. Wenn Art. 4 Abs. 2 EGStGB anführt, dass Vorschriften des Besonderen Teiles des Strafgesetzbuches die Straf- und Bußgeldvorschriften des Landesrechts unberührt lassen, soweit diese nicht eine Materie zum Gegenstand haben, die im StGB abschließend geregelt ist, so ist dies zwar nur eine Wiedergabe der durch das Grundgesetz bereits angeordneten konkurrierenden Kompetenz, es wird aber klar gestellt, dass das Bundesstrafrecht auch Ordnungswidrigkeiten nach Landesrecht verdrängt,<sup>478</sup> soweit die Materie bundesrechtlich abschließend geregelt ist. Dies gilt nicht nur für die Zukunft, sondern durch Art. 292 EGStGB wurde auch die Anwendung solchen Landesrechts untersagt, das im StGB abschließend geregelte Materien bereits zum Gegenstand hat.

In Art. 4 EGStGB werden jedoch auch einige wenige im StGB geregelte Bereiche wieder für das Landesstrafrecht geöffnet. So lassen gemäß Art. 4 Abs. 3 die Vorschriften des StGB über Betrug, Hehlerei und Begünstigung solche Vorschriften des Landesrechts unberührt, die bei Steuern oder anderen Abgaben (1) die Straf- und Bußgeldvorschriften der Abgabenordnung für anwendbar erklären oder (2) entsprechende Straf- und Bußgeldtatbestände wie die Abgabenordnung enthalten. Besondere landesrechtliche Regelungen dürfen ferner im Hinblick auf den Schutz von Feld und Forst erlassen werden. Hierbei handelt es sich jedoch um Privilegierungen der Täter im Vergleich zum insofern strengeren Bundesstrafrecht. So lassen nach Art. 4 Abs. 4 EGStGB die Vorschriften des StGB über Diebstahl, Hehlerei und Begünstigung die Vorschriften des Landesrechts zum Schutz von Feld und Forst unberührt, die bestimmen, dass eine Tat in bestimmten Fällen, die unbedeutend er-

478 BT-Drs. 7/550, S. 199 f.; *Eser/Hecker*, in: Schönke/Schröder, Vorbem. § 1 Rn. 40; *Weber*, FS Tröndle, 1989, S. 348.

scheinen, nicht strafbar ist oder nicht verfolgt wird. In ähnlicher Weise bestimmt Art. 4 Abs. 5 EGStGB, dass die Vorschriften des StGB über Hausfriedensbruch, Sachbeschädigung und Urkundenfälschung die Vorschriften des Landesrechts zum Schutz von Feld und Forst bestehen lassen, die (1) bestimmte Taten nur mit Geldbuße bedrohen oder (2) bestimmen, dass eine Tat in bestimmten Fällen, (a) die unbedeutend erscheinen, nicht strafbar ist oder nicht verfolgt wird, oder (b) die geringfügig erscheinen, nur auf Antrag oder nur dann verfolgt wird, wenn die Strafverfolgungsbehörde wegen des besonderen öffentlichen Interesses an der Strafverfolgung ein Einschreiten von Amts wegen für geboten hält.<sup>479</sup> Der noch viel umfangreichere Vorbehalt, den § 2 EGStGB 1871 hinsichtlich der Fischerei-, Jagd-, Forst- und Feldpolizeigesetze und der Vorschriften über den Holz-(Forst-)Diebstahl vorgesehen hatte, wurde wiederum im Interesse der Abwendung der Gefahr der Rechtszersplitterung aufgegeben.<sup>480</sup>

#### bb) „Presserecht“

Unter dem Kompetenztitel „Strafrecht“ bleibt den Ländern daher nur wenig Handlungsspielraum. Gleichwohl können sie dann auf das Strafrecht bezogene Normen erlassen, wenn der Zusammenhang mit einer speziellen Kompetenz stärker ist. Denn diese Fälle kann das EGStGB nicht begrenzen, da es selbst auf die Bundeszuständigkeit für das „Strafrecht“ gestützt ist und sich folglich auch nur auf dieses bezieht.<sup>481</sup>

Einen wichtigen Bereich des Landesstrafrechts bilden auch heute noch diejenigen Bestimmungen des Pressestrafrechts, die von den Ländern nicht als „Strafrecht“, sondern im Zusammenhang mit dem allgemeinen Presserecht geregelt wurden. Zwar gelten auch für Presseangehörige vom Grundsatz her die allgemeinen Strafvorschriften.<sup>482</sup> Wer eine kinderpornografische Schrift in einem Presseerzeugnis veröffentlicht, macht sich nach § 184b Abs. 1 StGB strafbar. Gleichwohl bestehen aber im Hinblick auf das Institut der Presse und die damit verbundenen Besonderheiten einige pressespezifische strafrechtsbezogene Regelungen, welche etwa die Verjährung oder die zusätzliche Verantwortlichkeit der Redakteure betreffen können. Dieses pressespezifische Sonderrecht hat eine lange Tradition und war seinerzeit nicht im StGB, sondern im Reichsgesetz über die Presse (RPG) vom 7.5.1874<sup>483</sup> geregelt. Dieser Bereich wird seither vom allgemeinen Strafrecht abge-

479 Weber, FS Tröndle, 1989, S. 346 ff., hält daher § 34 DenkmalschutzG Niedersachsen wegen Verstoßes gegen Art. 4 EGStGB zu Recht für nichtig, da ein Vorbehalt im Hinblick auf die Sachbeschädigung von Denkmälern nicht vorgesehen und § 304 StGB insoweit abschließend ist; zustimmend Eser/Hecker, in: Schönke/Schröder, Vorbem. § 1 Rn. 39.

480 BT-Drs. 7/550, S. 201.

481 BT-Drs. 7/550, S. 197 f.; Maurach/Zipf, AT 1, § 8 III Rn. 17.

482 Groß, NStZ 1994, 312; Kühl, in: Löffler, Vor §§ 20 ff. LPG Rn. 1.

483 RGBl. S. 65.

grenzt, da er Regelungen zum Gegenstand hat, welche die Eigenart der Presse berücksichtigen.<sup>484</sup>

Im materiellen Recht werden Presseinhaltsdelikte und Presseordnungsverstöße unterschieden. Erstere sind allgemeine Straftaten, die sich dadurch auszeichnen, dass die Straftat sich gerade aus dem Inhalt eines Presseerzeugnisses ergibt.<sup>485</sup> Presseordnungsdelikte beinhalten hingegen Sanktionen für Verstöße gegen das in den Landespressegesetzen normierte Presseordnungsrecht.<sup>486</sup> Für die Presseinhaltsdelikte haben die meisten Länder, mit Ausnahme von Hessen, Rheinland-Pfalz und Thüringen, eine gesetzliche Bestimmung in ihre Landespressegesetze (LPG) aufgenommen, durch welche sie hinsichtlich der strafrechtlichen Verantwortlichkeit jeweils die „allgemeinen Strafgesetze“ für anwendbar erklären.<sup>487</sup> Dies entspricht der schon in § 20 RPG getroffenen Regelung.

Zusätzlich oder stattdessen sehen die Landespressegesetze häufig<sup>488</sup> über die allgemeinen Regeln von Täterschaft und Teilnahme hinaus eine Sonderhaftung<sup>489</sup> für Redakteure und Verleger von Druckwerken vor,<sup>490</sup> um Fälle zu erfassen, in denen nach den allgemeinen Bestimmungen des StGB eine Strafbarkeit nicht in Betracht kommt, insbesondere weil wegen der Vielzahl der Beteiligten ein konkreter Täter nicht zu ermitteln ist.<sup>491</sup> Auch diese Vorschrift hat ihren Vorläufer in § 21 RPG.

484 *Kühl*, in: Löffler, Vor §§ 20 ff. LPG Rn. 3; *Mitsch*, Medienstrafrecht, § 7 Rn. 16; *Weberling*, in: Ricker/Weberling, 17. Kapitel Rn. 3.

485 *Amb*s, in: Erbs/Kohlhaas, P 190, Pressegesetze der Länder, 195. EL 2013, § 21 Rn. 3; *Bullinger*, in: Löffler, Einl. Rn. 57; *Kühl*, in: Löffler, Vor §§ 20 ff. LPG Rn. 3; *Mitsch*, in: MüKo StGB, § 78 Rn. 18; *ders.*, Medienstrafrecht, § 7 Rn. 27; *Stöckel*, in: Erbs/Kohlhaas, P 190, Pressegesetze der Länder, 195. EL 2013, Vorbem. Rn. 19; *Weberling*, in: Ricker/Weberling, 17. Kapitel Rn. 4, 7.

486 *Heinrich*, in: Wandtke, Medienrecht, Bd. 5, Rn. 340 ff.; *Kühl*, in: Löffler, Vor §§ 20 ff. LPG Rn. 3; *Mitsch*, in: MüKo StGB, § 78 Rn. 18; *Stöckel*, in: Erbs/Kohlhaas, P 190, Pressegesetze der Länder, 195. EL 2013, Vorbem. Rn. 28; *Weberling*, in: Ricker/Weberling, 17. Kapitel Rn. 5, 16.

487 Ein ausdrücklicher Verweis findet sich in Baden-Württemberg: § 20 Abs. 1 LPG; Bayern: Art. 11 Abs. 1 BayPrG; Berlin: § 19 Abs. 1 Berliner PresseG; Brandenburg: § 14 Abs. 1 BrbgPG; Hamburg: § 19 Abs. 1 Hamburgisches PresseG; Mecklenburg-Vorpommern: § 19 Abs. 1 LPG MV; Nordrhein-Westfalen: § 21 Abs. 1 LPG NRW; Saarland: § 12 Abs. 2 SMG; Sachsen: § 12 Abs. 1 Sächsisches PresseG und Schleswig-Holstein: § 14 Abs. 1 LPG – in anderen Ländern ist zwar eine Regelung der Presseinhaltsdelikte vorgesehen, aber kein ausdrücklicher Verweis auf die allgemeinen Gesetze, so in Bremen: § 20 LPG; Niedersachsen: § 20 Niedersächsisches PresseG und Sachsen-Anhalt: § 12 LPG SA.

488 Wiederum mit Ausnahme von Rheinland-Pfalz und Thüringen.

489 *Amb*s, in: Erbs/Kohlhaas, P 190, Pressegesetze der Länder, 195. EL 2013, § 21 Rn. 10; *Heinrich*, in: Wandtke, Medienrecht, Bd. 5, Rn. 339; *Kühl*, in: Löffler, § 20 LPG Rn. 113; *Mitsch*, Medienstrafrecht, § 7 Rn. 18; *Weberling*, in: Ricker/Weberling, 17. Kapitel Rn. 11; vgl. auch *Groß*, NStZ 1994, 312, 313: „Garantenhaftung“.

490 Baden-Württemberg: § 20 Abs. 2 LPG; Bayern: Art. 11 Abs. 3 BayPrG; Berlin: § 19 Abs. 2 Berliner PresseG; Brandenburg: § 14 Abs. 2 BrbgPG; Bremen: § 20 LPG; Hamburg: § 19 Abs. 2 Hamburgisches PresseG; Mecklenburg-Vorpommern: § 19 Abs. 2 LPG MV; Niedersachsen: § 20 Niedersächsisches PresseG; Nordrhein-Westfalen: § 21 Abs. 2 LPG NRW; Saarland: § 63 Abs. 1 SMG; Sachsen: § 12 Abs. 2 Sächsisches PresseG; Sachsen-Anhalt: § 12 LPG SA und Schleswig-Holstein: § 14 Abs. 2 LPG – in Hessen besteht eine solche Sonderhaftung nicht, dafür enthält § 12 HPresseG aber eine (widerlegbare) Vermutung zu Lasten des Redakteurs, Verlegers und Druckers, dass sie die strafbare Äußerung als eigene gewollt haben.

491 *Amb*s, in: Erbs/Kohlhaas, P 190, Pressegesetze der Länder, 195. EL 2013, § 21 Rn. 3; *Kühl*, in: Löffler, § 20 LPG Rn. 112.

Neben den Presseinhaltsdelikten normieren die Landesgesetze außerdem regelmäßig Sanktionen für die Presseordnungsverstöße,<sup>492</sup> d.h. für ein den Regelungen der LPG bzw. LMG widersprechendes Verhalten wie z.B. die Verletzung der Impressumspflicht, welche teilweise je nach der Schwere des Delikts als Straftat oder als Ordnungswidrigkeit, teilweise auch lediglich als Ordnungswidrigkeit geahndet werden.<sup>493</sup> Wiederum findet sich das Vorbild in den §§ 18, 19 RPG.

Ferner legen die Landesgesetze sämtlich, abweichend von § 78 StGB, für Presse-delikte eine kürzere Verjährungsfrist fest,<sup>494</sup> wie es auch schon § 22 RPG getan hatte. Diese gilt sowohl für die Presseordnungsdelikte als auch für die Mehrzahl der Presseinhaltsdelikte,<sup>495</sup> soweit sie nicht gesondert genannt sind. In einigen Ländern bestehen daneben Vorschriften über die Beschlagnahme von Presseerzeugnissen,<sup>496</sup> abermals in Reminiszenz an die §§ 23 ff. RPG.

Die Kompetenz der Länder für diesen Bereich ist erläuterungsbedürftig. Zunächst ist klar, dass die Materie „Presserecht“ insgesamt in die Länderkompetenz fällt. Selbst die frühere Rahmenkompetenz des Bundes nach Art. 75 Abs. 1 Nr. 2 GG a.F. für die allgemeinen Rechtsverhältnisse der Presse ist durch Aufhebung des Artikels im Zuge der Föderalismus-Reform I im Jahr 2006 beseitigt worden,<sup>497</sup> sodass nach der Grundregel des Art. 70 Abs. 1 GG die Zuständigkeit für die Presse nun vollständig an die Länder fiel.<sup>498</sup> Das Problem liegt jedoch darin, dass ein erkennbarer Sachbezug der einzelnen Bestimmungen des „Pressestrafrechts“ sowohl zum Kompetenztitel „Strafrecht“ als auch zum „Presserecht“ besteht, sodass entschieden werden muss, unter welche Zuständigkeit die Vorschriften fallen.

Das BVerfG erklärte im Hinblick auf die Verjährungsregeln des Pressestrafrechts, dass diese in engerem „wesensmäßigen und historischen“<sup>499</sup> Zusammen-

492 Vgl. *Bullinger*, in: Löffler, Einl. Rn. 58; *Kübl*, in: Löffler, Vor §§ 20 ff. LPG Rn. 9 f.; *Mitsch*, Medienstrafrecht, § 7 Rn. 27 ff.; *Weberling*, in: Ricker/Weberling, 17. Kapitel Rn. 16 ff.

493 Baden-Württemberg: §§ 21, 22 LPG; Bayern: Art. 12, 13 BayPrG; Berlin: §§ 20, 21 Berliner PresseG; Brandenburg: § 15 BrbgPG (nur OWi); Bremen: §§ 21, 22 LPG; Hamburg: §§ 20, 21 Hamburgisches PresseG; Hessen: §§ 14, 15 HPresseG; Mecklenburg-Vorpommern: §§ 20, 21 LPG MV; Niedersachsen: §§ 21, 22 Niedersächsisches PresseG; Nordrhein-Westfalen: §§ 22, 23 LPG NRW; Rheinland-Pfalz: §§ 35, 36 LMG; Saarland: §§ 63 ff. SMG; Sachsen: § 13 Sächsisches PresseG (nur OWi); Sachsen-Anhalt: §§ 13, 14 LPG SA; Schleswig-Holstein: §§ 15, 16 LPG und Thüringen: § 13 TPG (nur OWi).

494 Baden-Württemberg: § 24 LPG; Bayern: Art. 14 BayPrG; Berlin: § 22 Berliner PresseG; Brandenburg: § 16 BrbgPG; Bremen: § 24 LPG; Hamburg: § 23 Hamburgisches PresseG; Hessen: § 13 HPresseG; Mecklenburg-Vorpommern: § 22 LPG MV; Niedersachsen: § 24 Niedersächsisches PresseG; Nordrhein-Westfalen: § 25 LPG NRW; Rheinland-Pfalz: § 37 LMG; Saarland: § 66 SMG; Sachsen: § 14 Sächsisches PresseG; Sachsen-Anhalt: § 15 LPG SA; Schleswig-Holstein: § 17 LPG und Thüringen: § 14 TPG.

495 *Mitsch*, in: MüKo StGB, § 78 Rn. 18; *ders.*, Medienstrafrecht, § 7 Rn. 38.

496 Baden-Württemberg: §§ 13 ff. LPG; Bayern: Art. 15, 16 BayPrG; Berlin: §§ 12 ff. Berliner PresseG; Bremen: §§ 13 ff. LPG; Mecklenburg-Vorpommern: §§ 12 ff. LPG MV – Schleswig-Holstein: § 13 LPG nur Verbreitungsverbot bzgl. beschlagnahmtem Druckwerk.

497 Durch das Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes vom 28.8.2006, BGBl. I S. 2034.

498 *Uhle*, in: Maunz/Dürig, 69. EL 2013, Art. 70 Rn. 112.

499 BVerfGE 7, 29, 40.

hang zur Kompetenz für die allgemeinen Rechtsverhältnisse der Presse als zum Strafverfahrensrecht (Kompetenz für das gerichtliche Verfahren) oder zum Strafrecht stehen. Daher ist der Landesgesetzgeber zuständig,<sup>500</sup> ohne dass es einer Ausnahme im EGStGB bedurfte.<sup>501</sup> Für das Presserecht stand dem Bund in Art. 75 Nr. 2 GG a.F. auch nur eine Rahmenkompetenz zu, welche er jedoch nicht ausschöpfte.<sup>502</sup> Da er über diese nun ebenfalls nicht mehr verfügt, ist er konsequenterweise bezüglich originären Presserechts nun gar nicht mehr rechtssetzungsbefugt.

Diese Lage scheint auf den ersten Blick dem oben<sup>503</sup> hinsichtlich der Befugnis des Bundes zur Setzung von Strafnormen auch in den Bereichen der Landeszuständigkeit Angeführten zu widersprechen. Erklärbar wird die Kompetenzlage nur dann, wenn man sich erneut vergegenwärtigt, dass das BVerfG stets bemüht ist, die historisch gewachsenen Gesetze zu „retten“. Die historische Komponente der Auslegung, welche, wie oben<sup>504</sup> bereits ausgeführt, auch für die Materie „Strafrecht“ besondere Bedeutung hat,<sup>505</sup> gibt hier den Ausschlag.<sup>506</sup> Die Presse-Ordnungsverstöße und die Verjährung der Pressedelikte waren seinerzeit im RPG geregelt. Da das Reich jedoch gemäß Art. 4 Nr. 16 RV 1871 damals auch für das Presserecht zuständig war, stellte sich kein Kompetenzproblem. Die Einstellung dieser Regelungen des Pressestrafrechts im RPG kann demnach auch aus Gründen der Übersichtlichkeit erfolgt sein.

Nach dem Krieg ging jedoch die Kompetenz für das Recht der Presse – auch durch Intervention der Alliierten<sup>507</sup> – auf die Länder über. Sie haben das Presserecht inklusive der strafrechtlichen Sondervorschriften teilweise inhaltsgleich aus dem RPG übernommen. Wollte das BVerfG aber genau diese überkommene Gesetzeslage erhalten, d.h. sichern, dass die auf das Strafrecht bezogenen Vorschriften des Presserechts auch weiterhin in den Pressegesetzen bleiben können, so schien ihm der einzige Weg darin zu liegen, sie nicht als „Strafrecht“ im Kompetenzsinne,

500 BVerfGE 7, 29, 45; dem folgend *Bullinger*, in: Löffler, Einl. Rn. 66; *Groß*, NStZ 1994, 312, 314; *Kühl*, in: Löffler, Vor §§ 20 ff. LPG Rn. 12; *Maurach/Zipf*, AT 1, § 8 III Rn. 17; *Mitsch*, Medienstrafrecht, § 7 Rn. 4; *Sternberg-Lieben/Bosch*, in: Schönke/Schröder, § 78 Rn. 9; *Stettner*, in: Dreier, Suppl. 2007, Art. 74 Rn. 23; *Weberling*, in: Ricker/Weberling, 17. Kapitel Rn. 6, 51; vgl. aber auch *Jeschek/Weigend*, § 13 I 2 b) (4), die auf die Strafgesetzgebungskompetenz nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG abstellen.

501 Der Gesetzesentwurf der Bundesregierung enthielt in Art. 2 EGStGB auch noch eine Nr. 3, welche die Möglichkeit vorsah, im Landesrecht eine kürzere Verjährung oder einen anderen Verjährungsbeginn zu bestimmen, stellte aber selbst fest, dass im Rahmen der Pressedelikte die Verjährungsregel schon deshalb erhalten bleibe, weil eine spezielle Gesetzgebungskompetenz betroffen sei, sodass Art. 1 Abs. 2 EGStGB gar nicht greife, BT-Drs. 7/550, S. 198.

502 BVerfGE 7, 29, 43.

503 Oben 3. Kapitel A. II. 1. a).

504 Oben 3. Kapitel A. II. 1. a).

505 BVerfGE 109, 190, 213 f.; *Degenhart*, in: Sachs, Art. 74 Rn. 10; *Fischer*, Einleitung Rn. 2; *Oeter*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Art. 74 Rn. 14; *Zippelius/Würtenberger*, § 45 Rn. 8.

506 Vgl. auch *Degenhart*, in: Sachs, Art. 74 Rn. 19.

507 Siehe bereits oben 3. Kapitel A. I. 2. e).

sondern als Presserecht zu behandeln, sodass es sich jedenfalls kompetenzrechtlich nicht um Strafrecht handelt. Die Möglichkeit, stattdessen eine Strafrechtsmaterie im Sinne des Art. 4 Abs. 2 EGStGB anzunehmen, bei welcher der Bund seine konkurrierende Kompetenz für das Strafrecht noch nicht ausgeschöpft hat, erwog das Gericht nicht. Es bliebe nämlich zu befürchten, dass er diese Kompetenz jederzeit ausnutzen könnte.

Folgt man dieser Einschätzung, so ist zwischen allgemeinem Strafrecht im Sinne des Art. 74 Nr. 1 GG und den presserechtlichen Sonderbestimmungen zu unterscheiden, die unter den Kompetenztitel für das besondere Sachgebiet „Presserecht“ fallen. In diesem Zusammenhang erhält auch die Beschränkung wieder Bedeutung, welche das BVerfG hinsichtlich der Befugnis des Bundes zum Erlass von Sanktionen für landesrechtliche Verbote vornahm: Der Bund dürfe solche Normen „jedenfalls“ im Bereich der Materien, die herkömmlich im StGB behandelt wurden, schaffen.<sup>508</sup> Das könnte dann heißen: aber nicht in den Feldern, die traditionell nicht im StGB geregelt waren.<sup>509</sup> Dadurch entstehen jedoch einige Unklar-, wenn nicht gar Ungereimtheiten.

Zunächst muss aus dieser kompetenzrechtlichen Zuordnung geschlossen werden, dass der Bundesgesetzgeber die betreffenden Bestimmungen des Presserechts mangels Kompetenz gar nicht regeln könnte, da inzwischen auch eine Rahmenkompetenz nicht mehr besteht.<sup>510</sup> Es fragt sich dann aber, ob die Länder für das Presseordnungsstrafrecht nicht auch allgemeine Regeln der Strafbarkeit treffen müssen, solange und soweit der Regelungszusammenhang zum Presserecht auch in diesem Falle als enger erachtet wird als derjenige zum Strafrecht, was nahe liegt. Ist dies der Fall, so könnte die entsprechend § 20 RPG in den Landesgesetzen vorgesehene Verweisung auf den AT des StGB besondere Bedeutung erlangen.<sup>511</sup> Zwar ist die Geltung des StGB AT für die Presseinhaltsdelikte insofern selbstverständlich als dort ja auch die sonstigen Bestimmungen des StGB BT gelten, nicht aber ohne weiteres bei den Presseordnungsdelikten, sofern diese Presserecht darstellen. Nach h.M. wird die Verweisung denn auch so interpretiert, dass sie – über den Wortlaut und die systematische Stellung im Gesetz hinaus – auch für das Presseordnungsstrafrecht gilt.<sup>512</sup>

Anders als bei den Presseinhaltsdelikten (Materie: Strafrecht) könnte die Verweisung bei den Presseordnungsdelikten (Materie: Presserecht) deshalb konstitutiv

508 BVerfGE 23, 113, 124.

509 Zu einer ähnlichen Einschätzung scheint *Degenhart*, in: Sachs, Art. 74 Rn. 15, zu gelangen.

510 *Weberling*, in: Ricker/Weberling, 17. Kapitel Rn. 6; in diese Richtung bereits BVerfGE 7, 29, 45, das immerhin ausführte, dass der Bund kraft Art. 31 GG durch eine entsprechende, auf seine Rahmenkompetenz gestützte Vorschrift, die Landesregelungen zur Verjährung der Pressedelikte hätte ausschalten können; ebenso *Groß*, NStZ 1994, 312; *Kühl*, in: Löffler, Vor §§ 20 ff. LPG Rn. 20.

511 So etwa *Groß*, NStZ 1994, 312; *Kühl*, in: Löffler, § 20 LPG Rn. 61.

512 *Kühl*, in: Löffler, § 21 LPG Rn. 20; *Stöckel*, in: Erbs/Kohlhaas, P 190, Pressegesetze der Länder, 195. EL 2013, § 22 Rn. 2; vgl. auch *Groß*, NStZ 1994, 312: Verweisung gilt analog.

sein, da möglicherweise nur durch sie die allgemeinen Regeln des Bundesstrafrechts per Landesgesetz zur Anwendung gelangen.<sup>513</sup> Art. 1 Abs. 2 S. 1 EGStGB kann hier nämlich nicht herangezogen werden, da diese Vorschrift nur das „Strafrecht“ im Sinne von Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG betrifft, zumal das EGStGB ebenfalls auf diesen Kompetenztitel gestützt wurde.<sup>514</sup> Dann fragt sich allerdings, was in den Ländern gelten soll, die keine entsprechende Verweisungsregelung geschaffen haben. Eine denkbare Lösung präsentiert *Groß*:<sup>515</sup> Es müsse aus dem Fehlen der Regelung auf einen stillschweigenden Verweis auf das Bundesrecht geschlossen werden, denn sonst gäbe es im Presseordnungsstrafrecht der Länder keinen AT.<sup>516</sup> Der Bestimmtheit dieser Regelungen im Sinne von Art. 103 Abs. 2 GG ist dies nicht unbedingt förderlich. Eine etwas einfachere Lösung bestünde darin, entgegen der Ansicht des BVerfG hier davon auszugehen, dass es sich um eine Materie des „Strafrechts“ handelt, welche der Bund noch nicht ausgeschöpft hat. Dies hätte jedoch zur Folge, dass der Bund auf diesem Gebiet in der Zukunft tätig werden könnte, was zur Aufhebung wichtiger Teile der Landespressegesetze führen würde. Ähnliche Erwägungen ließen sich im Übrigen in sonstigen Bereichen des Landesmedienrechts anstellen. So haben die Länder z.B. auch in den Medien- und Rundfunkgesetzen sowie den Medien- und Rundfunkstaatsverträgen Strafvorschriften integriert. Der Bundesgesetzgeber nannte diese aber nun gerade als Beispiele für eine Anwendung des Art. 2 EGStGB,<sup>517</sup> wenngleich sich doch auch hier eine Spezialkompetenz der Länder annehmen ließe. Diese scheint indessen – aus historischen Gründen – wohl nur für das Presserecht allgemein anerkannt.

Auch wenn im Übrigen AT und BT des Bundesstraf- oder Ordnungswidrigkeitenrechts gelten, können die Länder demnach jedenfalls dann abweichende pressspezifische Sonderbestimmungen schaffen, wie etwa für die Verjährung, wenn es sich um „Presserecht“ handelt.<sup>518</sup> Diese Regelung gilt dann auch für Presseinhaltsdelikte nach dem allgemeinen Bundesstrafrecht.

513 *Groß*, NStZ 1994, 312; *Kühl*, in: Löffler, § 20 LPG Rn. 61; so wohl auch *Weberling*, in: Ricker/Weberling, 17. Kapitel Rn. 9.

514 *Groß*, NStZ 1994, 312; auch BVerfGE 7, 29, 45, weist darauf hin, dass das EGStGB die Landesgesetzgebung im Presserecht nicht sperren könne; vgl. ferner BT-Drs. 7/550, S. 197 f.

515 *Groß*, NStZ 1994, 312.

516 Diese Ansicht gilt aber nur dann, wenn man das „Pressestrafrecht“ insgesamt als Presserecht ansieht und den Ländern AT-Regelungen nicht nur dort zugesteht, wo auch tatsächlich presserechtliche Besonderheiten bestehen. Die Frage muss dann lauten: Umfasst eine Spezialkompetenz zum Erlass von Strafsanktionen jeweils auch die Möglichkeit zur Regelung der darauf bezogenen allgemeinen strafrechtlichen Grundsätze? Diese Frage muss bejaht werden, denn erstens lässt sich der Entscheidung zur Verjährung der Pressedelikte eine entsprechende Aussage entnehmen und zweitens die Regelung des EGStGB nicht auf solche Regelungen beziehen, die sich nicht auf die Materie Strafrecht stützen. Drittens könnten AT-Regelungen auch jeweils in die BT-Norm integriert werden, weil die Ausgliederung des AT nur ein gesetzestechnischer Weg ist, Wiederholungen zu vermeiden.

517 BT-Drs. 7/550, S. 198; vgl. oben 3. Kapitel A. II. 1. b) aa).

518 Dies ergibt sich aus der angeführten Kompetenz für das Presserecht; vgl. BT-Drs. 7/550, S. 198; siehe aber auch *Saliger*, in: NK, § 78 Rn. 18, der auf Art. 1 Abs. 2 S. 2 EGStGB abstellt.

Vergleichbare Fragen stellen sich im Verhältnis zum Strafverfahrensrecht. So sind etwa die Zeugnisverweigerungsrechte der Pressemitarbeiter seit dem Jahr 1975 bundesrechtlich in § 53 Abs. 1 Nr. 5 StPO geregelt.<sup>519</sup> Man hätte durchaus auch hier den Landesgesetzgeber wegen des Bezuges zum Presserecht für zuständig halten können, und tatsächlich hatten einige Länder zuvor auch entsprechende Bestimmungen erlassen. Die Kompetenz der Länder war dabei jedoch von Anfang an und so lange fraglich,<sup>520</sup> bis das BVerfG entschied, dass der Bezug zum Verfahrensrecht hier enger sei als zum Presserecht.<sup>521</sup> Anders als die Verjährung finden die Zeugnisverweigerungsrechte der Pressemitarbeiter zudem keinen Vorläufer im RPG, sodass das schlagende historische Argument hier nicht greift. Als dritten Grund führte das Gericht das Bedürfnis nach Rechtseinheit an. Es „widerspräche dem Gebot sachgemäßer und funktionsgerechter Auslegung der Kompetenzvorschriften, eine Materie, die in Deutschland seit der Verfassung von 1871 Sache des Reiches war und nach 1949 eine bundeseinheitliche Regelung erfuhr, aus dem Zusammenhang des Prozessrechts herauszulösen, den Ländern zu überantworten und damit die Gefahr einer partiellen Zersplitterung des Verfahrensrechts heraufzubeschwören.“<sup>522</sup> Insbesondere hinge dann der Ausgang des Verfahrens davon ab, in welchem Bundesland der Betroffene vernommen wird.

Diese – überzeugende – Kategorisierung als verfahrensrechtliche Materie hat wiederum zur Folge, dass neben dem durch die Kodifikation in der StPO weitestgehend abschließend geregelten Strafprozessrecht des Bundes gemäß § 3 EGStPO für entsprechende landesrechtliche Regelungen kein Platz mehr bleibt. Folgerichtig haben die meisten Länder die Zeugnisverweigerungsrechte aus ihren Pressegesetzen gestrichen. Sie hätten als „Strafverfahrensrecht“ mangels Kompetenz auch gar nicht erlassen werden dürfen, sodass auch die noch verbleibenden landesrechtlichen Regelungen<sup>523</sup> nichtig sind.<sup>524</sup>

In ähnlicher Weise ist auch die Kompetenz für die Regelung der Pressebeschlagnahme umstritten.<sup>525</sup> Nach ganz überwiegender Auffassung<sup>526</sup> handelt es sich auch hierbei um „Strafverfahrensrecht“ im Sinne des Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG, sodass das soeben Gesagte gilt: Nur der Bund ist zuständig, die Regelungen der

519 Eingeführt durch das Gesetz über das Zeugnisverweigerungsrecht der Mitarbeiter von Presse und Rundfunk vom 25.7.1975, BGBl. I S. 1973.

520 Vgl. *Achenbach*, in: Löffler, § 23 LPG Rn. 16.

521 BVerfGE 36, 193, 202 ff.; 36, 314, 319 f.; dem folgend *Achenbach*, in: Löffler, § 23 LPG Rn. 5; *Bullinger*, in: Löffler, Einl. Rn. 71; *Maunz*, in: Maunz/Dürig, 69. EL 2013, Art. 74 Rn. 80; *Stettner*, in: Dreier, Suppl. 2007, Art. 74 Rn. 31.

522 BVerfGE 36, 193, 209 f.

523 Vgl. etwa Baden-Württemberg: § 23 LPG; Berlin: § 18 Berliner PresseG.

524 *Achenbach*, in: Löffler, § 23 LPG Rn. 6.

525 Vgl. *Stöckel*, in: Erbs/Kohlhaas, P 190, Pressegesetze der Länder, 195. EL 2013, Vorbem. Rn. 21 ff.

526 So *Achenbach*, NStZ 2000, 123, 124, 126; *ders.*, in: Löffler, Vor §§ 13 LPG Rn. 27; *Degenhart*, in: Sachs, Art. 74 Rn. 27; *M. Huber*, in: Beck OK StPO, Stand: 30.9.2013, § 111m Rn. 1; *Maunz*, in: Maunz/Dürig, 69. EL 2013, Art. 74 Rn. 80; *Meyer-Gofner*, § 111m Rn. 2; *Mitsch*, Medienstrafrecht, § 7 Rn. 43; *Pfeiffer*, § 111m Rn. 1; *Spillecke*, in: KK StPO, § 111b Rn. 4.

§§ 94, 97 Abs. 5 S. 1 StPO bzgl. der Beschlagnahme sowie die ebenfalls 1975 eingefügten §§ 111b, 111m und 111n StPO<sup>527</sup> hinsichtlich der darauf bezogenen Sicherstellung sind insoweit abschließend. Auch der Bundesgesetzgeber ging bei Erlass der Vorschriften zur Pressebeschlagnahme in den §§ 111m und 111n StPO davon aus, dass die Ausführungen des BVerfG zum Zeugnisverweigerungsrecht auch in diesem Falle gelten, sodass seine Kompetenz begründet sei.<sup>528</sup>

Nach anderer Ansicht<sup>529</sup> handelt es sich jedoch um pressenspezifische Regelungen, sodass die teilweise (noch) vorhandenen Landesbestimmungen<sup>530</sup> auf die Kompetenz für das Pressewesen gestützt werden können. Für letztere Ansicht streitet wiederum insbesondere die historische Auslegung, denn die Pressebeschlagnahme war seinerzeit in den §§ 23 ff. RPG geregelt. Für die ganz herrschende Ansicht lässt sich jedoch das dritte Argument des BVerfG im Hinblick auf die Zeugnisverweigerungsrechte ins Feld führen:<sup>531</sup> Es besteht die Gefahr der Rechtszersplitterung im Verfahrensrecht. Noch viel stärker als im materiellen Recht war es das Ziel der StPO, einen Zustand der Einheitlichkeit im Verfahren herzustellen. Schon das EGStPO 1877 sah in § 3 weitaus geringere Spielräume für abweichendes Landesrecht vor als das EGStGB 1871.<sup>532</sup> Die Verfolgungsmaßnahmen im Hinblick auf dieselbe Tat sollten in den einzelnen Ländern nicht unterschiedlichen Voraussetzungen unterworfen sein.

*Groß*<sup>533</sup> unterscheidet hingegen die Pressebeschlagnahme nach Landesrecht und die Beschlagnahme von Druckerzeugnissen nach den §§ 94 ff., 111b ff. StPO. Während Letztere allgemein zur Verfahrens- oder Vollstreckungssicherung erfolge, gehe es bei der spezialgesetzlich geregelten bzw. zu regelnden Pressebeschlagnahme um die „Verhaftung des Gedankens“<sup>534</sup>, denn die Landespressegesetze sehen, wie bereits § 28 RPG, teilweise ein darauf aufbauendes und darüber hinausgehendes Verbreitungsverbot<sup>535</sup> hinsichtlich des beschlagnahmten Druckwerkes sowie teilweise auch eine Strafbarkeit bei Verstößen gegen dieses Verbot vor.<sup>536</sup> Beide wesensverschiedenen Institute könnten nebeneinander bestehen bleiben.<sup>537</sup>

527 Wiederum eingeführt durch das Gesetz über das Zeugnisverweigerungsrecht der Mitarbeiter von Presse und Rundfunk vom 25.7.1975, BGBl. I S. 1973.

528 BT-Drs. 7/2536, S. 9.

529 *Bullinger*, in: Löffler, Einl. Rn. 74; *Jarass*, NJW 1981, 193, 197.

530 Vgl. Baden-Württemberg: §§ 13 ff. LPG; Bayern: Art. 15 f. BayPrG; Berlin: §§ 12 ff. Berliner PresseG; Bremen: §§ 13 ff. LPG; Mecklenburg-Vorpommern: §§ 12 ff. LPG MV.

531 So *Achenbach*, in: Löffler, Vor §§ 13 LPG Rn. 27.

532 Siehe bereits oben 3. Kapitel A. I. 2. b).

533 *Groß*, NStZ 1999, 334.

534 *Groß*, NStZ 1999, 334.

535 Vgl. Baden-Württemberg: § 15 LPG; Berlin: § 14 Berliner PresseG; Bremen: § 15 LPG; Mecklenburg-Vorpommern: § 15 LPG MV; Rheinland-Pfalz: § 15 LMG; Schleswig-Holstein: § 13 LPG.

536 Vgl. Baden-Württemberg: § 21 Nr. 4 LPG; Bayern: Art. 13 Nr. 3 BayPrG; Berlin: § 20 Nr. 4 Berliner PresseG; Bremen: § 21 Nr. 4 LPG; Rheinland-Pfalz: § 35 Nr. 4 LMG; Schleswig-Holstein: § 15 Nr. 4 LPG.

537 *Groß*, NStZ 1999, 334 – dagegen *Achenbach*, NStZ 2000, 123, 125.

Auf dem Boden der verfassungsgerichtlichen Ansicht konsequent erscheint die Lösung, die *Achenbach*<sup>538</sup> vorschlägt. Er ordnet die Beschlagnahme selbst mit der h.M. dem Strafprozessrecht zu, was auf Grund der Sachnähe und des Bedürfnisses nach Einheitlichkeit im Strafverfahrensrecht sachgerecht ist, nicht aber das darauf aufbauende landesrechtliche Verbreitungsverbot und schon gar nicht die strafrechtliche Absicherung desselben, die er weiterhin landesrechtlich für zulässig hält. Auch wenn der Bundesgesetzgeber<sup>539</sup> und die überwiegende Ansicht<sup>540</sup> dieser Interpretation nicht folgen, sondern den Bund auch für diese Frage für zuständig halten, überzeugt dies jedenfalls dann nicht, wenn die obige Unterscheidung des BVerfG beibehalten werden soll. Denn das Verbreitungsverbot und die Strafvorschrift stellen kein Verfahrensrecht, sondern materielles Presse(straf)recht dar. Eine Kompetenz des Bundesgesetzgebers ließe sich für dieses, die Ansicht des BVerfG konsequent weitergeführt, dann aber nicht aus seiner Zuständigkeit für das „Strafrecht“ herleiten.

### cc) Ordnungswidrigkeiten

Etwas mehr Spielraum verbleibt den Ländern aus verschiedenen Gründen bei der Schaffung von Ordnungswidrigkeiten. Zwar begrenzt das OWiG des Bundes auch dieses Feld. Nach § 2 OWiG gilt das Gesetz für sämtliche Ordnungswidrigkeiten nach Bundes- und Landesrecht, sodass sowohl dessen materiell-rechtliche Vorgaben zum AT der Ordnungswidrigkeiten (1. Teil) als auch die Verfahrensvorschriften (2. Teil) abweichende landesrechtliche Bestimmungen ausschließen. Das Gleiche gilt ferner für die einzelnen Ordnungswidrigkeiten, die in den §§ 111 ff. OWiG enthalten sind. Auch wenn eine dem EGStGB entsprechende explizite Regelung fehlt, so folgt dies doch aus der allgemeinen Regel der Art. 31, 72, 74 Abs. 1 GG:<sup>541</sup> Der Bund ist über die Kompetenz für das Strafrecht und das gerichtliche Verfahren auch für die Ordnungswidrigkeiten zuständig.<sup>542</sup> Regelt er diese Materie abschließend, so bleibt kein Raum für Landesrecht.

Landesrechtliche Regelungen kommen jedoch in verschiedenen Bereichen in Betracht:<sup>543</sup> (1) Wenn das OWiG oder sonstige Nebengesetze die Materie nicht abschließend behandeln, (2) wenn das Bundesrecht, insbesondere das OWiG,<sup>544</sup> Vorbehalte für das Landesrecht zulässt, (3) bei vorrangiger Gesetzgebungskompetenz der Länder wie etwa im Presserecht und (4) bzgl. des Verfahrens bei Ordnungs-

538 *Achenbach*, NStZ 2000, 123, 126; *ders.*, in: Löffler, Vor §§ 13 LPG Rn. 28.

539 BT-Drs. 7/2539, S. 13.

540 *Kübl*, in: Löffler, Vor § 21 LPG Rn. 52; *Meyer-Göfner*, § 111m Rn. 2; *Schäfer*, in: Löwe/Rosenberg, § 111m Rn. 4.

541 *Rogall*, in: KK OWiG, § 2 Rn. 7.

542 Siehe bereits oben 3. Kapitel A. II. 1. a).

543 *Bohnert*, OWiG, § 2 Rn. 2 f.; *Rogall*, in: KK OWiG, § 2 Rn. 7 ff.

544 Vgl. die Aufzählung der Vorbehalte bei *Rogall*, in: KK OWiG, § 2 Rn. 8.

widrigkeiten. Der Grund für die weitergehende Regelungsbefugnis der Länder im Ordnungswidrigkeitenrecht liegt insbesondere darin, dass der Bund dieses nicht so umfangreich und abschließend geregelt hat wie das Kriminalstrafrecht. Zum einen enthält das OWiG selbst in den §§ 111 ff. nur wenige bundesrechtliche Ordnungswidrigkeiten. Zum anderen sind zwar in vielen Bundesgesetzen, die ein anderes Nebengebiet behandeln, Ordnungswidrigkeiten vorgesehen, jedoch – da es sich um Nebenstrafrecht handelt – nur in den Bereichen, in denen dem Bund eine Kompetenz nach einem anderen Titel zusteht, sodass er Verbot und Sanktion zusammen geregelt hat. In den Feldern der Landeskompetenz, in denen keine bundesrechtlichen Straf- oder Bußgeldvorschriften bestehen, sodass die betreffende Materie abschließend geregelt wäre, bleiben landesrechtliche Sanktionen möglich. Die Länder haben von dieser Kompetenz auch durchaus Gebrauch gemacht.<sup>545</sup>

Schließlich ist aber auch nicht immer davon auszugehen, dass eine bundesrechtliche Strafvorschrift eine Materie tatsächlich nicht nur im Hinblick auf die Straf-, sondern auch auf die Bußgeldbewehrung, abschließend regelt. Ist sie abschließend, so scheiden gemäß Art. 4 Abs. 2 EGStGB auch Ordnungswidrigkeiten aus, ist sie es nicht, so kann etwa trotz des Bestehens einer Bundesvorschrift, die ein vorsätzliches Verhalten unter Strafe stellt, eine fahrlässige Begehungsweise landesrechtlich mit Bußgeld belegt werden.<sup>546</sup>

#### dd) Gefahrenabwehr

Nach der im deutschen Recht etablierten Trennung von repressivem Straf- und präventivem Polizei- und Ordnungsrecht kommt den Ländern immerhin die allgemeine Kompetenz für die Gefahrenabwehr zu,<sup>547</sup> sofern diese nicht als Annex einer Spezialkompetenz in einem Bundesgesetz mitgeregelt wird.<sup>548</sup> Dass das Recht der Ordnungswidrigkeiten in einem engen Zusammenhang mit der Verwaltungstätigkeit der Länder steht, zumal es Verstöße gegen verwaltungsrechtliche Gebote mit Buße belegt, ändert, wie gesehen, nichts daran, dass es von der inzwischen ganz h.M. kompetenzrechtlich dem Strafrecht zugeschlagen wird. Das bayerische Landesstraf- und Verordnungsgesetz folgt noch der alten Einordnung und regelt Polizei- und Ordnungswidrigkeitenrecht in einem einheitlichen Gesetzeswerk. Gleichwohl sind für diese Regelungsbereiche jeweils andere Kompetenztitel einschlägig. Darüber hinaus finden sich auch Strafbestimmungen in Gemeindefestsetzungen.<sup>549</sup>

545 Vgl. für das Denkmalschutzrecht Weber, FS Tröndle, 1989, S. 348.

546 So Weber, FS Tröndle, 1989, S. 348 ff.; vgl. auch Eser/Hecker, in: Schönke/Schröder, Vorbem. § 1 Rn. 40.

547 BVerfGE 3, 407, 433; 100, 313, 369; 109, 190, 215; Badura, Staatsrecht, Teil F. Rn. 29; Uhle, in: Maunz/Dürig, 69. EL 2013, Art. 70 Rn. 111.

548 Siehe bereits oben 3. Kapitel A. II. 1. a).

549 Zu deren Zulässigkeit siehe BVerfGE 32, 346.

## ee) Strafvollzug

Mit der Föderalismusreform I des Jahres 2006 wurde die Gesetzgebungskompetenz für das Strafvollzugsrecht an die Länder überwiesen.<sup>550</sup> Es war zuvor in Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG a.F. neben dem Strafrecht als eigenständige Materie aufgeführt. Durch die nun erfolgte Streichung fällt es nach dem Grundprinzip der Art. 30, 70 GG als Residualkompetenz an die Länder. Gemäß Art. 125a GG galt aber zunächst noch das StVollzG des Bundes vom 16.3.1976<sup>551</sup> bis zur Neuregelung durch die Länder fort. Hier bestand demnach eine Situation, wie sie sonst im Rahmen der konkurrierenden Kompetenzen bekannt ist, nur unter umgekehrten Vorzeichen, denn dort haben Landesregelungen so lange Bestand bis der Bund tätig wird. Vom Strafvollzug zu unterscheiden ist die Strafvollstreckung, welche (weiterhin) unter die Zuständigkeit für das gerichtliche Verfahren fällt.<sup>552</sup> Während Letztere die Anordnung und Überwachung des Strafvollzuges betrifft, werden aufgrund der Materie Strafvollzug Regelungen hinsichtlich der konkreten Ausgestaltung getroffen.<sup>553</sup>

Der Vollzug der Untersuchungshaft fällt ebenfalls nicht unter die Materie Strafvollzug, sondern gehört zum gerichtlichen Verfahren.<sup>554</sup> Er wurde jedoch im Zuge der Föderalismusreform I in Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG explizit ausgeklammert und daher ebenfalls auf die Länder übertragen.

## 2. Gerichtszuständigkeit und Strafverfolgungskompetenz

### a) Strafgerichtsbarkeit

Ähnlich wie die Gesetzgebung ist auch die Gerichtsbarkeit nach dem Leitbild des Art. 30 GG, welches durch Art. 92 GG präzisiert wird, grundsätzlich Ländersache. Anders als im Bereich der Rechtssetzung wird dieses Prinzip im Rahmen der Gerichtsbarkeit in stärkerem Maße verwirklicht. Die Länder sind generell für die strafgerichtliche Rechtsprechung zuständig, der Bund hingegen nur, wenn das GG ausdrücklich Bundesgerichte vorsieht.<sup>555</sup> Rechtseinheit wird daher – auch im Strafrecht – zunächst im Wesentlichen durch die weitestgehend zentrale Gesetzgebung gesichert, während die Justizhoheit bei den Ländern liegt. Es ist selbstverständlich, dass Gerichten der Länder in Fragen des Landesrechts die Rechtsprechung obliegt. Hier sind die Länder gesetzgebungsbefugt, dezentrale, voneinander abweichende

550 Dazu *Pohlreich*, in: Brunhöber/Höffler/Kaspar/Reinbacher/Vormbaum, S. 117.

551 BGBl. I S. 581; zuletzt geändert durch Art. 2 des Gesetzes vom 29.7.2009, BGBl. I S. 2274.

552 *Maunz*, in: Maunz/Dürig, 69. EL 2013, Art. 74 Rn. 70; *Stettner*, in: Dreier, Suppl. 2007, Art. 74 Rn. 25.

553 *Maunz*, in: Maunz/Dürig, 69. EL 2013, Art. 74 Rn. 70; *Stettner*, in: Dreier, Suppl. 2007, Art. 74 Rn. 25.

554 *Stettner*, in: Dreier, Suppl. 2007, Art. 74 Rn. 25.

555 *Hillgruber*, in: Maunz/Dürig, 69. EL 2013, Art. 92 Rn. 15; *Ipsen*, Staatsrecht I, § 12 Rn. 692.

Regelungen liegen in der Natur der Sache. Der Bund kann die Sachverhalte nicht regeln, jedes Land kann über die Anwendung und Auslegung dieser Gegenstände zudem durch eigene Gerichte entscheiden.

Aufgrund der Dominanz des Bundes bei der Gesetzgebung müssen die Gerichte der Länder aber primär Bundesrecht anwenden. Würde ihnen jedoch auch eine unbeschränkte Kompetenz zu dessen Auslegung eingeräumt, so könnte das jeweilige Bundesrecht trotz der vom GG – regelmäßig aus Gründen einer erwünschten Rechtseinheit – übertragenen zentralen Regelungskompetenz so unterschiedlich interpretiert werden, dass die Gesetzgebungskompetenz des Bundes entwertet würde. Daher sieht Art. 95 Abs. 1 GG die Möglichkeit vor, im Bereich der „ordentlichen Gerichtsbarkeit“, zu der ausweislich § 13 GVG auch die Strafgerichte gehören, oberste Bundesgerichte, also höchste Revisionsgerichte, einzurichten, welche – zumindest in den wichtigen Fragen – eine Einheitlichkeit bei der Auslegung des Bundesrechts gewährleisten und damit wiederum der Gefahr einer Rechtszersplitterung entgegenzutreten sollen.<sup>556</sup> Diese Aufgabe kommt im Strafrecht dem BGH zu. Der Instanzenzug im Strafverfahren ist teilweise drei-, teilweise auch nur zweistufig aufgebaut. Die wesentlichen Regelungen hat der Bund aufgrund seiner Kompetenz für das gerichtliche Verfahren in GVG und StPO geschaffen.<sup>557</sup>

Auf Landesebene sind in erster Instanz gemäß § 24 GVG grundsätzlich die Amtsgerichte (AG) zuständig, es sei denn es ist eine besondere erstinstanzliche Zuständigkeit des Landgerichtes (LG) nach den §§ 74, 74a GVG oder des Oberlandesgerichtes (OLG) nach § 120 GVG begründet oder es ist im Einzelfall eine höhere Strafe als vier Jahre Freiheitsstrafe oder die Unterbringung des Beschuldigten in einem psychiatrischen Krankenhaus, allein oder neben einer Strafe, oder in der Sicherungsverwahrung zu erwarten oder die StA erhebt wegen der besonderen Schutzbedürftigkeit von Verletzten der Straftat, die als Zeugen in Betracht kommen, des besonderen Umfangs oder der besonderen Bedeutung des Falles Anklage beim LG. Die §§ 74, 74a GVG bestimmen die Zuständigkeit des jeweiligen LG. Dieses ist zunächst nach § 74 Abs. 1 GVG für Straftaten mit einer höheren Strafverurteilung als vier Jahre und in den anderen in § 24 GVG von der Zuständigkeit des AG ausgeschlossenen Fällen zuständig. Zudem enthält § 74 Abs. 2 GVG ebenso wie § 74a GVG einen Katalog bestimmter schwerer Verbrechen, für welche das LG als Schwurgericht zuständig ist.

§ 120 GVG sieht hingegen eine erstinstanzliche Zuständigkeit des OLG vor, so etwa in Abs. 1 für einige Staatsschutzdelikte, insbesondere Friedens-, Hoch- und Landesverrat, sowie für Straftaten nach dem Völkerstrafgesetzbuch (VStGB) und in Abs. 2 für schwere Straftaten, deren Verfolgung der Generalbundesanwalt (GBA) übernommen hat. Diese erstinstanzliche Zuständigkeit des OLG, also eines

556 Ipsen, Staatsrecht I, § 12 Rn. 694; Jachmann, in: Maunz/Dürig, 69. EL 2013, Art. 95 Rn. 17.

557 Siehe bereits oben 3. Kapitel A. II. 1. a) bb).

Gerichtes der Länder, in Staatsschutzsachen ist in Art. 96 Abs. 5 GG vorgesehen. Dieser stellt klar, dass es sich hierbei grundsätzlich um eine Bundesgerichtsbarkeit handelt, welche nur auf die Länder übertragen und durch diese ausgeübt werden kann.<sup>558</sup> Bis zur Einführung der Bestimmung im Jahr 1969<sup>559</sup> war der BGH selbst in erster Instanz zuständig gewesen. Die nun getroffene Regelung erhöht den Rechtsschutz für die Betroffenen, da sie nun durch die Möglichkeit der Revision zum BGH über eine zweite Instanz verfügen.<sup>560</sup> Gleichzeitig blieb aber die Ermittlungszuständigkeit des GBA als zentrale Strafverfolgungsbehörde erhalten. Dies ist deshalb möglich, weil es sich materiell weiterhin um Bundesgerichtsbarkeit handelt, welche die Länder nur durch Organleihe ausüben. Daher ist es auch nicht zweifelhaft, dass die Bundesstaatsanwaltschaft vor dem Gericht eines Landes auftreten darf.<sup>561</sup>

Die örtliche Zuständigkeit der Gerichte bestimmt sich nach den §§ 7 ff. StPO. Dem Grundsatz nach bestehen primäre Gerichtsstände für den Ort der Tatbegehung (§ 7 StPO), des Wohnsitzes des Täters (§ 8 StPO) und des Ortes seiner Ergreifung (§ 9 StPO).<sup>562</sup> Hinsichtlich der Frage des Ortes der Tatbegehung wird in § 9 StGB präzisiert, dass eine Tat sowohl an dem Ort begangen wird, an dem der Täter gehandelt hat, als auch am Ort des Eintrittes des Erfolges, sodass es mit Handlungs- und Erfolgsort folglich auch diesbezüglich mehrere Gerichtsstände geben kann.<sup>563</sup> Als subsidiäre Gerichtsstände kommen u.a. der gewöhnliche Aufenthaltsort oder der letzte Wohnsitz des Täters (§ 8 Abs. 2 StPO) in Betracht. Daneben werden verschiedene spezielle Gerichtsstände, wie etwa für Pressedelikte (§ 7 Abs. 2 StPO), sowie Gerichtsstandskonzentrationen begründet, wie etwa in § 74a GVG für die Staatsschutzkammern oder in § 74c GVG für die Wirtschaftsstrafkammern der Landgerichte.<sup>564</sup> Bei mehreren möglichen Gerichtsständen kommt der StA ein Wahlrecht zu, wo sie Anklage erheben will.<sup>565</sup> Nach Eröffnung des Hauptverfahrens durch das Gericht entsteht Rechtshängigkeit. Daher ist gemäß § 12 Abs. 1 StPO bei mehreren Gerichtsständen das Gericht zuständig, das die Untersuchung, also das Haupt- oder Sicherungsverfahren,<sup>566</sup> eröffnet hat. Nach § 12 Abs. 2 StPO bleibt aber die Übertragung an ein anderes Gericht bis zum Ergehen eines Urteils möglich. Bei zusammenhängenden Straftaten, die verschiedene Gerichtsstände begründen, ist nach Maßgabe des § 13 StPO eine Verbindung bei einem Gericht möglich.

558 *Jachmann*, in: Maunz/Dürig, 69. EL 2013, Art. 96 Rn. 56; *H. Mayer*, in: KK StPO, § 142a GVG Rn. 1.

559 Durch das Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes vom 26.8.1969, BGBl. I S. 1357.

560 *Jachmann*, in: Maunz/Dürig, 69. EL 2013, Art. 96 Rn. 56.

561 *Jachmann*, in: Maunz/Dürig, 69. EL 2013, Art. 96 Rn. 56.

562 *Scheuten*, in: KK StPO, Vor §§ 7 ff. Rn. 2; *Pfeiffer*, StPO, § 7 Rn. 1.

563 *Pfeiffer*, StPO, § 7 Rn. 1.

564 Zu diesen und weiteren speziellen Gerichtsständen siehe *Scheuten*, in: KK StPO, Vor §§ 7 ff. Rn. 2.

565 BGHSt 26, 374; *Scheuten*, in: KK StPO, Vor §§ 7 ff. Rn. 3, § 12 Rn. 1; *Pfeiffer*, StPO, § 7 Rn. 1; zur Zuständigkeit der StA siehe unten 4 Kapitel A. II. 2. b).

566 *Scheuten*, in: KK StPO, § 12 Rn. 4; *Pfeiffer*, StPO, § 12 Rn. 1.

In zweiter Instanz entscheiden das LG gemäß § 74 Abs. 3 GVG über Berufungen gegen Urteile des AG sowie das OLG in dritter Instanz gemäß § 121 Abs. 1 GVG über Revisionen gegen die Berufungsurteile des LG oder sogleich im Wege der Sprungrevision nach § 335 StPO gegen die erstinstanzlichen Urteile des AG. In diesem Fall kann der BGH als oberstes Bundesgericht nicht angerufen werden, sodass die Rechtsanwendung in diesem Fall den Ländern alleine obliegt. Anders ist es in den bedeutenderen Fällen, in denen bereits die erste Instanz vor dem LG oder OLG verhandelt wird. In diesem Fall entscheidet der BGH gemäß § 135 GVG als Revisionsgericht. Das Verfahren hat hier demnach nur zwei Instanzen, eine Berufung ist nicht möglich.

### b) Polizeibehörden und Staatsanwaltschaft

#### aa) Grundsatz der dezentralen Strafverfolgung

Auch der Gesetzesvollzug kommt nach der Grundregel der Art. 30, 83 GG grundsätzlich den Ländern zu. Diese vollziehen sowohl die Landes- als auch die Bundesgesetze gemäß Art. 83 GG in der Regel als „eigene Angelegenheit“. Gerade dadurch üben sie ihre eigenständige Landesstaatsgewalt aus.<sup>567</sup> Anders als bei der Gesetzgebung ist die primäre Vollzugszuständigkeit der Länder nicht nur eine Leerformel, sondern die Kompetenzzuweisung hinsichtlich des Vollzuges der Gesetze ist nach der weitestgehenden Übernahme der Gesetzgebung durch den Bund tatsächlich der wichtigste föderative Aspekt der deutschen Verfassung, welche heute primär als „Verwaltungsföderalismus“<sup>568</sup> funktioniert. Ein Vollzug durch Behörden des Bundes (bundeseigene Verwaltung) ist nach Art. 83 GG nur in den Fällen möglich, in denen das GG dies „bestimmt“ oder „zulässt“. Diesbezüglich finden sich in den Art. 87 ff. GG Bestimmungen, welche die bundeseigene Verwaltung ermöglichen. Besteht keine solche Ausnahmeregelung, so gilt der Grundsatz der Landeszuständigkeit.<sup>569</sup> Während die zentrale Gesetzgebung Einheitlichkeit des Rechts bewirkt, gewährleistet der dezentrale Vollzug eine größere Problem-, Sach-, aber auch Bürgernähe.<sup>570</sup>

Die Polizei der Länder hat eine Doppelfunktion.<sup>571</sup> Ihr obliegt zunächst die allgemeine Gefahrenabwehr, daneben aber auch die repressive Verfolgung von Straf-

567 *Badura*, Staatsrecht, Teil G. Rn. 27.

568 *Lauffer/Münch*, S. 88, 136; *Zippelius/Würtenberger*, § 14 Rn. 17, § 46 Rn. 6; siehe bereits oben 3. Kapitel A. I. 1.

569 *Ipsen*, Staatsrecht I, § 11 Rn. 614.

570 *Zippelius/Würtenberger*, § 46 Rn. 6.

571 *Beulke*, Rn. 103.

taten. Bestimmte Dienstgrade der Polizei<sup>572</sup> sind als Ermittlungspersonen gemäß § 152 Abs. 1 GVG verpflichtet, den Anordnungen der StA Folge zu leisten. Ihnen stehen weitergehende Befugnisse in der StPO zu. Aber auch andere Polizeibeamte müssen nach § 161 Abs. 1 S. 2 StPO dem Ersuchen der StA genügen.<sup>573</sup> Jedenfalls soweit die Polizei Befugnisse zur Gefahrenabwehr wahrnimmt, lässt sie sich dem Bereich der Verwaltung im Sinne der Art. 83 ff. GG zuordnen.<sup>574</sup>

Im Bereich der Strafverfolgung ist die Einordnung von StA und ausführender Polizei hingegen umstritten. Das BVerfG sieht die StA inzwischen als Teil der Exekutive an.<sup>575</sup> Immerhin führt sie Gesetze (insbesondere die StPO) aus und ist daher formal besehen Verwaltungsbehörde. Nach a.A. kommt der StA eine Sonderstellung als zwischen Exekutive (Polizei) und den Gerichten vermittelndes selbstständiges, den Gerichten gleichgeordnetes,<sup>576</sup> Organ der Rechtspflege zu,<sup>577</sup> sodass sie der Justiz zuzuordnen sei. Dafür spreche insbesondere, dass die Strafverfolgung letztlich eine unselbstständige Vorbereitungsmaßnahme für den gerichtlichen Strafprozess darstelle.<sup>578</sup> Aus dem GG oder dem Deutschen Richtergesetz (DRiG) lässt sich eine genaue Einordnung nicht herleiten. Die Frage muss hier indessen nicht vertieft werden. Festzuhalten bleibt, dass die StA jedenfalls gemäß § 141 GVG einem Gericht zugeordnet ist. Ferner ist zu konstatieren, dass die Strafverfolgung insgesamt primär in den Händen der StA und der Polizeibehörden der Länder liegt, ganz im Sinne der grundgesetzlichen Verteilung der Vollzugskompetenzen. Bundesbehörden, insbesondere BKA und Bundespolizei, aber auch der Generalbundesanwalt (GBA), haben nur begrenzte Zuständigkeiten.<sup>579</sup>

Die Zuständigkeit der StA bestimmt sich nach § 143 GVG. Sie ist nach § 143 Abs. 1 GVG bei dem jeweiligen Gericht angesiedelt, für das sie bestellt ist, folgt also dessen Gerichtsstand. Bei sich überschneidender Zuständigkeit mehrerer Behörden kann die Sache formlos an eine andere StA übertragen werden.<sup>580</sup> Sobald einmal die Zuständigkeit der StA begründet ist, kann sie jedoch Ermittlungen im gesamten Bundesgebiet durchführen.<sup>581</sup> Zu diesem Zweck kann sie durch Ersuchen gemäß § 161 GVG bei den örtlichen Polizeibehörden Ermittlungshilfe verlan-

572 Nach § 152 Abs. 2 GVG können die Landesregierungen durch Rechtsverordnung die entsprechenden Beamtengruppen bezeichnen; dies haben sie inzwischen sämtlich getan; vgl. *H. Mayer*, in: KK StPO, § 152 GVG Rn. 6.

573 *Beulke*, Rn. 102.

574 *Gärditz*, S. 365.

575 BVerfG NJW 2001, 1121, 1123.

576 BGHSt 24, 170, 171.

577 *Gärditz*, S. 365; *H. Mayer*, in: KK StPO, § 141 GVG Rn. 3; *Schaefer*, NJW 2001, 1396, 1397.

578 *Gärditz*, S. 365.

579 Siehe dazu noch unten 3. Kapitel A. II. 2. b) bb).

580 *M. Huber*, in: Beck OK StPO, Stand: 30.9.2013, § 143 GVG Rn. 1.

581 *Heinrich*, NStZ 1996, 361, 362; *M. Huber*, in: Beck OK StPO, Stand: 30.9.2013, § 143 GVG Rn. 2; *H. Mayer*, in: KK StPO, § 143 GVG Rn. 2; *Meyer-Göfner*, § 143 GVG Rn. 1; .

gen.<sup>582</sup> Die örtliche Zuständigkeit der Polizei richtet sich auch im Falle einer Tätigkeit als Ermittlungsperson nach ihrer Haupttätigkeit,<sup>583</sup> ist also den jeweiligen Polizei-, Ordnungs- und Zuständigkeitsgesetzen der Länder zu entnehmen. Sie endet – argumentum ex § 167 GVG – an der jeweiligen Landesgrenze.<sup>584</sup> Dies gilt auch, wenn die Beamten auf Anweisung der StA handeln, sodass sie sich nicht darauf berufen können, dass die StA Befugnisse im gesamten Bundesgebiet hat.<sup>585</sup> Der jeweiligen StA bleibt es nämlich unbenommen, bei der zuständigen Behörde Ermittlungshilfe einzufordern, sodass sie nicht auf die Beamten ihres originären örtlichen Zuständigkeitsbereiches angewiesen ist.

#### bb) Zentrale Behörden

Nur in wenigen Bereichen existieren Strafverfolgungsbehörden des Bundes. Der GBA ist nach § 142 GVG beim BGH angesiedelt, wo er insbesondere als Vertreter der Anklage in Revisionsverfahren mitwirkt. Er übt aber gemäß § 142a GVG in den zur Zuständigkeit eines OLG im ersten Rechtszug gehörenden Strafsachen (§ 120 Abs. 1 und 2 GVG) das Amt der StA auch in der ersten Instanz aus, also in den schweren Staatsschutzsachen, welche die innere oder äußere Sicherheit Deutschlands in besonderem Maße berühren sowie bei Straftaten nach dem VStGB. Wie bereits ausgeführt,<sup>586</sup> handelt es sich dabei auch nur um eine beliebige Tätigkeit des OLG, eigentlich aber um die Ausübung von Bundesgerichtsbarkeit.

Wichtigste Bundespolizeibehörde ist das BKA. Es wurde nach Maßgabe von Art. 73 Abs. 1 Nr. 10 GG installiert, seine Befugnisse richten sich daneben nun auch nach Art. 73 Abs. 1 Nr. 9a GG, der dem Bund die Gesetzgebungskompetenz für die Abwehr von Gefahren des internationalen Terrorismus einräumt.<sup>587</sup> Art. 87 Abs. 1 S. 2 GG ermächtigt den Bund daneben als Verwaltungskompetenz zur Errichtung von Zentralstellen für das polizeiliche Auskunfts- und Nachrichtenwesen sowie für die Kriminalpolizei. Hinsichtlich der präventiven Tätigkeit enthält Art. 87 GG keine entsprechenden Exekutivkompetenzen des BKA. Diese müssen daher in die Gesetzgebungsermächtigung hineingelesen werden.<sup>588</sup> Die §§ 1-6 BKAG legen die Aufgabenbereiche des BKA fest. Nach § 1 Abs. 1 BKAG wird das BKA zur Zusammenarbeit von Bund und Ländern errichtet, Abs. 3 deklariert, dass die Verfolgung und Verhütung von Straftaten sowie die Gefahren-

582 M. Huber, in: Beck OK StPO, Stand: 30.9.2013, § 143 GVG Rn. 2; H. Mayer, in: KK StPO, § 143 GVG Rn. 3.

583 H. Mayer, in: KK StPO, § 152 GVG Rn. 7.

584 BGH NJW 1953, 1031, 1032; Heinrich, NStZ 1996, 361, 362.

585 RGSt 66, 339, 340 – a.A. Heinrich, NStZ 1996, 361, 362; H. Mayer, in: KK StPO, § 152 GVG Rn. 8, § 167 GVG Rn. 3.

586 Oben 3. Kapitel A. II. 2. a).

587 Dazu oben 3. Kapitel A. II. 1. a) cc).

588 Papsthart, in: Erbs/Kohlhaas, B 190, BKAG, 195. EL 2013, Vorbem. Rn. 30.

abwehr grundsätzlich Sache der Länder bleiben. § 2 BKAG erläutert die Aufgaben des BKA als Zentralstelle zur Koordination der Strafverfolgung bei Straftaten mit länderübergreifender, internationaler oder erheblicher Bedeutung, welche insbesondere in der Sammlung und Auswertung von Daten bestehen.

Die konkreten Befugnisse werden näher ausgeführt in den §§ 7 ff. BKAG. § 3 BKAG etabliert das BKA als nationale Zentralbehörde für die internationale Strafverfolgung, Befugnisnormen finden sich in den §§ 14 f. BKAG. § 4 BKAG benennt die Aufgaben zur Strafverfolgung und Ermittlung in bestimmten Fällen der internationalen oder schweren Kriminalität. Da die Regelzuständigkeit der Länder erhalten bleiben soll, bedient sich die Vorschrift in Abs. 1 hinsichtlich der Strafverfolgungsbefugnisse der enumerativen Methode.<sup>589</sup> Diese betreffen Fälle des international organisierten ungesetzlichen Handels mit Waffen, Munition, Sprengstoffen, Betäubungsmitteln oder Arzneimitteln und der international organisierten Herstellung oder Verbreitung von Falschgeld, die eine Sachaufklärung im Ausland erfordern, sowie damit im Zusammenhang begangener Straftaten einschließlich der international organisierten Geldwäsche (Nr. 1);<sup>590</sup> Straftaten, die sich u.a. gegen Rechtsgüter von Bundesorganen richten (Nr. 2); Fälle international organisierter Straftaten nach den §§ 129a StGB, 129b Abs. 1 StGB oder nach den §§ 105 f. StGB zum Nachteil von Bundesorganen (Nr. 3); in den Fällen der in § 129a Abs. 1 Nr. 1 und 2 StGB genannten Straftaten, soweit es sich um Auslandstaten handelt und ein Gerichtsstand noch nicht feststeht (Nr. 4); bestimmte Fälle von Straftaten nach § 303b StGB (Nr. 5).

Das BKA kann darüber hinaus gemäß § 4 Abs. 2 BKAG tätig werden, wenn eine zuständige Landesbehörde darum ersucht (Nr. 1) oder der Bundesminister des Innern dies nach Unterrichtung der obersten Landesbehörde aus schwerwiegenden Gründen anordnet (Nr. 2) oder der GBA darum ersucht oder einen Auftrag erteilt (Nr. 3). Konkrete Ermächtigungsgrundlagen hinsichtlich der Strafverfolgung sehen die §§ 16-20 BKAG vor. § 4a BKAG enthält nun auch die Aufgabenbestimmung bezüglich der Abwehr der Gefahren des internationalen Terrorismus. Die §§ 20a ff. BKAG sehen wiederum entsprechende Ermächtigungsgrundlagen vor.

Ferner hat der Bund die Bundespolizei eingerichtet und ihr Kompetenzen in verschiedenen Gesetzen übertragen. Sie integriert u.a. Grenzschutz, Bahnpolizei, Luftsicherheit, Schutz von Bundesorganen oder Aufgaben auf See. In diesem Rahmen nimmt sie einerseits die Gefahrenabwehr, andererseits aber auch Aufgaben der Strafverfolgung wahr, so gemäß § 12 Abs. 1 BPolG etwa solche, die im Zusammenhang mit den Vorschriften des PaßG, des Aufenthaltsg oder des AsylverfahrensG stehen oder auf dem Gebiet der Bahnanlagen der Eisenbahnen des Bundes

589 *Papsthart*, in: Erbs/Kohlhaas, B 190, BKAG, 195. EL 2013, § 4 Rn. 1.

590 Die Voraussetzungen der internationalen Organisiertheit sowie der notwendigen Aufklärung im Ausland müssen kumulativ vorliegen; *Papsthart*, in: Erbs/Kohlhaas, B 190, BKAG, 195. EL 2013, § 4 Rn. 8.

begangen wurden oder Strafverfolgungsmaßnahmen auf hoher See erforderlich machen. Die örtliche Zuständigkeit der Bundespolizei richtet sich nach ihrem räumlichen Einsatzbereich, § 1 Abs. 7 BPolG. Daneben bleibt die Zuständigkeit der Landespolizei unberührt, d.h. die Bundespolizei beschränkt sich auf die sonderpolizeilichen Aufgaben.<sup>591</sup>

### III. Interaktion der Ebenen

#### 1. Verhältnis der Rechtsnormen

Kommen mehreren Ebenen legislative Strafrechtskompetenzen zu, so stellt sich zunächst die Frage nach dem Verhältnis der Normen zueinander. Art. 31 GG enthält die allgemeine Regel, dass Bundesrecht das Recht eines Landes im Falle der Normkollision grundsätzlich „bricht“, d.h. Vorrang genießt.<sup>592</sup> Es ist jedoch zu beachten, dass gemäß Art. 1 Abs. 3 GG sowohl der Bund als auch die Länder an die im Grundgesetz verankerten Grundrechte gebunden sind.<sup>593</sup> Ferner bindet Art. 20 Abs. 3 GG die Gesetzgebung an die verfassungsmäßige Ordnung. Beide Vorschriften sind Folge der auch an anderen Stellen, wie etwa in Art. 100 Abs. 1 GG, zum Ausdruck gebrachten Normenhierarchie, an deren Spitze die Bundesverfassung steht.<sup>594</sup> Landesrecht, das der Bundesverfassung widerspricht, ist daher bereits wegen eines Verstoßes gegen Art. 1 Abs. 3 GG verfassungswidrig. Bundesrecht, das dem GG zuwiderläuft, ist ebenfalls nichtig, sodass es in beiden Fällen auf die Kollisionsnorm des Art. 31 GG nicht mehr ankommt bzw. diese gar nicht zum Tragen kommen kann, da sie die Gültigkeit der jeweiligen Norm voraussetzt.<sup>595</sup>

Art. 102 GG erklärt darüber hinaus mit Wirkung für Bundes- und Landesebene die Todesstrafe als kriminalstrafrechtliche Sanktion für unzulässig und statuiert damit auch ein subjektives Abwehr- und Prozessgrundrecht.<sup>596</sup> Soweit einzelne Bestimmungen in Landesverfassungen vorkonstitutionell die Anwendung der Todesstrafe erlauben,<sup>597</sup> sind sie gemäß Art. 123 Abs. 1 GG wegen des Verstoßes gegen Art. 102 GG nichtig.<sup>598</sup>

Art. 31 GG kann also nur für das vertikale Verhältnis gültiger einfachgesetzlicher Normen Relevanz entfalten. Für den Kollisionsfall legt er den Vorrang des

591 Wehr, BPolG, § 1 Rn. 16.

592 Erwähnenswert ist allerdings, dass Art. 72 Abs. 3 S. 1 GG in bestimmten Fällen abweichende Regelungen der Länder zulässt, selbst wenn der Bund von seiner konkurrierenden Kompetenz Gebrauch gemacht hat. Art. 72 Abs. 3 S. 3 GG bestimmt dann, insoweit anders als Art. 31 GG, dass das jeweils spätere Gesetz Vorrang genießt; vgl. dazu auch Ipsen, Staatsrecht I, § 9 Rn. 542.

593 Herdegen, in: Maunz/Dürig, 69. EL 2013, Art. 1 Abs. 3 Rn. 93.

594 Herzog/Grzeszick, in: Maunz/Dürig, 69. EL 2013, Art. 20 VI Rn. 25.

595 Pieroth, in: Jarass/Pieroth, Art. 31 Rn. 3.

596 Scholz, in: Maunz/Dürig, 69. EL 2013, Art. 102 Rn. 2 ff.

597 Vgl. Art. 21 Abs. 1 S. 2 Hessische Verfassung.

598 Scholz, in: Maunz/Dürig, 69. EL 2013, Art. 102 Rn. 14.

Bundesrechts fest. Ob dies auch bei inhaltsgleichem Landes(straf)recht gelten würde, ist nicht abschließend geklärt.<sup>599</sup> Es kommt darauf aber auch gar nicht unbedingt an, da die Klausel im Strafrecht ohnehin kaum Bedeutung entfaltet. Denn die deutsche Verfassung kennt keine Doppelzuständigkeit.<sup>600</sup> Es muss vielmehr jeweils genau geklärt werden, unter welche Kompetenz eine Materie fällt. Aus diesem Grund klären sich Fragen der Normenkollision regelmäßig bereits im Vorfeld, nämlich im Rahmen der Kompetenzabgrenzung. Insofern genießen die Art. 70 ff. GG als *leges speciales* Vorrang vor Art. 31 GG.<sup>601</sup> Nur kompetenzmäßig erlassenes Bundesrecht kann also ein ebenso kompetenzmäßig erlassenes Landesrecht brechen. Art. 31 GG greift nur, wenn zuvor gültige Gesetze der Länder durch Bundesgesetz beseitigt werden; lag schon keine Kompetenz vor, sind die Normen erst gar nicht gültig, sondern waren von Anfang an nichtig.<sup>602</sup>

Daher ist der Bereich einer Überlagerung von Normen im strafrechtsrelevanten Bereich äußerst schmal. So können die Länder dem Bundesrecht entgegenstehendes Strafrecht regelmäßig gar nicht mehr erlassen, da der Bund von seiner Kompetenz im Sinne des Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG im durch das EGStGB präzisierten Ausmaß Gebrauch gemacht hat. Künftiges Landesrecht ist daher bereits wegen eines Verstoßes gegen Art. 72 GG verfassungswidrig, sodass es des Rückgriffes auf Art. 31 GG nicht mehr bedarf. In Bezug auf älteres Landesstrafrecht bewirkte Art. 31 GG jedoch dessen Unwirksamkeit.

Überschneiden sich Materien scheinbar, sodass ein Sachverhalt unter verschiedenen Aspekten kompetenzrechtlich zugeordnet werden kann, so ist die Zuständigkeit anhand des Schwerpunktes des Gegenstandes zu bestimmen. Die andere Ebene ist dann von der Gesetzgebung ausgeschlossen, sodass Art. 31 GG wiederum nicht greift. Hinsichtlich der Verjährung der Pressedelikte bedeutet dies nach der Auffassung des BVerfG, dass der Bund nur die allgemeine strafrechtliche Verjährung regeln darf, nicht aber die Verjährung der Pressedelikte, da hier allein die

599 Für einen Ausschluss *Jescheck/Weigend*, § 13 I 2 b) (1) (allerdings wegen Art. 4 EGStGB!); *Maurach/Zipf*, AT 1, § 8 III Rn. 14 – a.A. *Korioth*, in: Maunz/Dürig, 69. EL 2013, Art. 31 Rn. 14 f.; *Sammwald*, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Hopfau, Art. 31 Rn. 26, mit der Begründung, dass inhaltsgleiche Normen eben nicht zu einer Kollisionslage führen, da sie keine sich widersprechenden Verhaltensanforderungen stellen. Das BVerfGE 96, 345, 364, stellte immerhin fest, dass inhaltsgleiches Landesverfassungsrecht bestehen bleibt.

600 BVerfGE 36, 193, 202 f.; *Badura*, Staatsrecht, Teil D. Rn. 78; *Gubelt*, in: v. Münch/Kunig, Art. 30 Rn. 20, Art. 31 Rn. 18; *Kühl*, in: Löffler, Vor §§ 20 ff. LPG Rn. 13; v. *Münch/Mager*, Rn. 390; *Rozek*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Art. 70 Rn. 11; *Stern*, Staatsrecht I, S. 676 f.; *Stettner*, in: Dreier, Suppl. 2007, Art. 70 Rn. 38 – nach a.A. ist eine Doppelzuständigkeit möglich, sofern eine Frage sowohl unter eine Bundes- als auch unter eine Landeskompentenz subsumiert werden kann; so etwa *Wolfrum*, DÖV 1982, 674, 676; in diese Richtung auch *Lerche*, JZ 1972, 468, 471.

601 *Gubelt*, in: v. Münch/Kunig, Art. 31 Rn. 16, 25; *Korioth*, in: Maunz/Dürig, 69. EL 2013, Art. 31 Rn. 1; *Pieroth*, in: Jarass/Pieroth, Art. 31 Rn. 3; es ist daher missverständlich, wenn BVerfGE 29, 11, 17, Art. 31 GG neben Art. 72 GG erwähnt.

602 *Ipsen*, Staatsrecht I, § 13 Rn. 724; *Sammwald*, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Hopfau, Art. 31 Rn. 5 ff.; *Weber*, FS Tröndle, 1989, S. 348; *Wolfrum*, DÖV 1982, 674, 676; *Zippelius/Würtenberger*, § 14 Rn. 58 f.; vgl. auch *Badura*, Staatsrecht, Teil F. Rn. 31.

Länder zuständig sind. Auch hier besteht also keine Doppelzuständigkeit. Kann der Bund aber das Presserecht nicht regeln, so besteht konsequenterweise auch keine Normkollision, da allgemeine und presserechtliche Verjährung unterschiedliche „Materien“ betreffen. Das BVerfG erläuterte seinerzeit, dass der Bund nur über die Rahmenkompetenz nach Art. 75 GG a.F. für die Rechtsverhältnisse der Presse Verjährungsregelungen hätte treffen dürfen.<sup>603</sup> Nur diese hätten dann über Art. 31 GG die Landesvorschriften aushebeln können.

Potenzielle Überschneidungen können sich auch zwischen der Kompetenz für das „Strafrecht“ und der landesrechtlichen Zuständigkeit für präventive Maßnahmen ergeben. Es wurde bereits auf die Einordnung der „präventiven Sanktion“ Sicherungsverwahrung als Annex der Strafrechtskompetenz hingewiesen.<sup>604</sup> Hier geht die Gesetzgebung des Bundes schon wegen Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG vor, die Länder dürfen entsprechende Regelungen gar nicht treffen. Soweit der Bund darüber hinaus zunehmend Normen schafft, die Vorbereitungshandlungen kriminalisieren, wie etwa schon allgemein § 30 StGB, speziell aber z.B. auch die §§ 80, 83, 89a, 89b, 129a, 129b, 202c, 275, 303a Abs. 3, 303b Abs. 5 StGB, so regelt er damit Handlungen strafrechtlich, die eigentlich im Vorfeld einer Straftat liegen, sodass die Regelungssachverhalte eher polizeirechtlichen Charakter haben.<sup>605</sup> Es handelt sich um Straftatbestände mit „präventiver Funktion“<sup>606</sup>. Soweit er diese Handlungen aber bereits per se als strafwürdiges Unrecht wertet, ist seine Kompetenz für das Strafrecht einschlägig. Die Strafwürdigkeit dieser Verhaltensweisen kann zwar zweifelhaft sein, dies ist aber letztlich eine rechtspolitische und keine kompetenzbezogene Entscheidung. Die Länder sind nicht dafür zuständig, diese zu treffen, wenn und soweit der Bund tätig wurde.

Ähnliches gilt hinsichtlich der hoch umstrittenen Frage, inwieweit strafrechtliche Rechtfertigungsgründe Hoheitsträger, die zur Gefahrenabwehr tätig werden, rechtfertigen können, wenn und soweit Spezialregelungen nach Landesrecht bestehen,<sup>607</sup> wie etwa bzgl. des Schusswaffengebrauches. Der Bund ist jedenfalls gesetzgebungsbefugt in Bezug auf die strafrechtlichen Rechtfertigungsgründe und kann diese wie die Strafnormen auch auf Hoheitsträger ausdehnen,<sup>608</sup> sodass sie auch für Polizeibeamte gelten.<sup>609</sup> Landesrechtlich darf diese bundesrechtliche Re-

603 BVerfGE 7, 29, 45.

604 BVerfGE 109, 190, 212 ff., siehe bereits oben 3. Kapitel A. II. 1. a) aa).

605 Vgl. *Heinrich*, ZStW 121 (2009), 94, 112 ff.

606 *Roggan*, NJW 2009, 257, 258.

607 Zu diesem Streit ausführlich statt *Vieler Heinrich*, AT, Rn. 395 ff. m.w.N.; *Hillenkamp*, 5. Problem, S. 40 ff.; *Kühl*, AT, § 7 Rn. 148 ff.; *Römmau/Hohn*, in: LK, § 32 Rn. 216 ff.

608 *Schwabe*, JZ 1974, 634, 636.

609 BGH NStZ 2005, 31; *Beisel*, JA 1998, 721, 722; *F. Herzog*, in: NK, 3. Aufl. 2010, § 32 Rn. 82, 84; *Jescheck/Weigend*, § 32 II 2 c); *Kühl*, AT, § 7 Rn. 153; *Perron*, in: *Schönke/Schröder*, § 32 Rn. 42b; *Roxin*, AT I, § 15 Rn. 112 – a.A. etwa *Kindhäuser*, in: NK, § 32 Rn. 84; *Paeffgen*, in: NK, Vor § 32 Rn. 151; *Römmau/Hohn*, in: LK, § 32 Rn. 222.

gelung dann konsequenterweise auch gar nicht beschränkt werden.<sup>610</sup> Die polizeirechtliche Rechtmäßigkeit kann jedoch durchaus anders, nämlich nach dem Landesrecht, beurteilt werden.<sup>611</sup> Auch im Verhältnis von Strafprozess und Polizeirecht gilt, dass sie grundsätzlich unterschiedliche Materien betreffen, Strafverfolgung hier – Prävention dort, und daher bzgl. der Gesetzgebungskompetenz verfassungsmäßig nicht kollidieren.

Dennoch müssen beide Gesetzgeber in Fällen eines möglichen Hineinreichens in den Kompetenzbereich der anderen Ebene Vorsicht walten lassen. Immerhin bildet der Grundsatz der Bundestreue, der nach h.M. aus dem Bundesstaatsprinzip herzuleiten ist,<sup>612</sup> eine „Rechtsschranke für die Ausübung von Gesetzgebungsbefugnissen im Bundesstaat“<sup>613</sup> und gebietet, dass das Maß der Ausübung der formal bestehenden Kompetenzen von gegenseitiger Rücksichtnahme geprägt sein muss.<sup>614</sup>

Denkbar ist schließlich auch die Kollision abweichenden Landesstrafrechts, so etwa im Pressestrafrecht, da insofern „partikulare Strafrechtsordnungen“<sup>615</sup> gelten. Die Problematik stellte sich nach der Wiedervereinigung auch im Verhältnis des Rechts der alten Länder und des Beitrittsgebietes der Länder der ehemaligen DDR<sup>616</sup> und ist aus Bundesstaaten generell bekannt, wie etwa aus den USA.<sup>617</sup> Sie wird mit dem Begriff „interlokales Strafrecht“ umschrieben, welcher klarstellt, dass es sich um unterschiedliches Partikularrecht innerhalb einer (gesamtstaatlichen)

610 *Beaucamp*, JA 2003, 402, 404; *Rengier*, AT, § 18 Rn. 96; *Schwabe*, JZ 1974, 634, 636; *Seebode*, FS Klug, 1983, S. 359, 368 – a.A. *Blei*, JZ 1955, 625, 630; *Kunz*, ZStW 95 (1983), 973, 981 ff.; *Rönnau/Hohm*, in: LK, § 32 Rn. 222.

611 So zutreffend etwa *Beaucamp*, JA 2003, 402, 404; *Beisel*, JA 1998, 721, 722; *Erb*, in: MüKo StGB, § 32 Rn. 189 ff.; *Günther*, in: SK, § 32 Rn. 15 ff.; *Jerouschek*, JuS 2005, 296, 302; *Jeßberger*, JURA 2003, 711, 713, Fn. 7; *Rogall*, JuS 1992, 551, 559; *Seebode*, FS Klug, 1983, S. 359, 368; wohl auch *Lackner/Kühl*, § 32 Rn. 17; nach den Gegenansichten setzt sich entweder das Polizeirecht gegenüber dem Strafrecht durch, sodass § 32 StGB nicht anwendbar ist (so statt Vieler etwa *Blei*, JZ 1955, 625, 630; *Jakobs*, AT, 12. Abschn. Rn. 41 ff.; *Kindhäuser*, in: NK, § 32 Rn. 84; *Paeffgen*, in: NK, Vor § 32 Rn. 151; *Rönnau/Hohm*, in: LK, § 32 Rn. 220 ff.) oder das Strafrecht gegenüber dem Polizeirecht, sodass die durch § 32 StGB gerechtfertigte Handlung auch verwaltungsrechtlich rechtmäßig ist (so statt Vieler etwa *Perron*, in: Schönke/Schröder, § 32 Rn. 42b, c; *Roxin*, AT I, § 15 Rn. 112; *Wessels/Beulke/Satzger*, Rn. 288 f.). Andere versuchen das Notwehrrecht nach § 32 StGB durch das polizeirechtliche Verhältnismäßigkeitsprinzip zu begrenzen und kombinieren somit beide Rechtsgebiete (so z.B. *F. Herzog*, in: NK, 3. Aufl. 2010, § 32 Rn. 85) oder differenzieren nach Notwehr und Nothilfe, wobei Letztere nur nach Polizeirecht zu beurteilen sei (so z.B. *Heinrich*, AT, Rn. 398; *Hoffmann-Holland*, Rn. 276; vgl. auch *Krey/Meyer*, ZRP 1973, 1, 4 f.). Im Hinblick auf die Kompetenzordnung erscheint die hier befürwortete Lösung überzeugender.

612 *Herzog/Grzeszick*, in: Maunz/Dürig, 69. EL 2013, Art. 20 IV Rn. 121.

613 BVerfGE 4, 115, 140.

614 BVerfGE 4, 115, 141 f.

615 *Ambos*, in: MüKo StGB, Vor §§ 3 ff. Rn. 85; *Eser*, in: Schönke/Schröder, Vorbem. §§ 3-9 Rn. 66.

616 Vgl. dazu ausführlich *Ambos*, Intern. Strafrecht, § 1 Rn. 43 ff., 46; *ders.*, in: MüKo StGB, Vor §§ 3 ff. Rn. 86 ff.; *Werle/Jeßberger*, in: LK, Vor § 3 Rn. 438 ff.

617 Siehe dazu *Reinbacher*, Das Strafrechtssystem der USA, S. 86; ferner unten 3. Kapitel B. II. 2. a).

Rechtsordnung handelt.<sup>618</sup> Es wird nicht durch die §§ 3 ff. StGB, sondern durch ungeschriebene Regeln des Gewohnheitsrechts bestimmt.<sup>619</sup> Grundsätzlich gilt hier das Recht des Tatortes, auch wenn ein anderes Gericht für die Aburteilung zuständig ist, und zwar unabhängig davon, ob das Recht des Landes des erkennenden Gerichts die Tat nicht oder milder bestraft.<sup>620</sup> Bei Sachverhalten, die sich auf mehrere Länder erstrecken, kann demzufolge unterschiedliches Recht zur Anwendung gelangen, so etwa, wenn ein Presserzeugnis in verschiedenen Ländern erscheint. In diesem Fall gilt nach h.M. das strengste Recht.<sup>621</sup>

## 2. Verfolgungszuständigkeit und Kooperation der Ebenen

Wie ausgeführt obliegt die Zuständigkeit für die Strafverfolgung grundsätzlich den Ländern. Daneben sind in bestimmten Fällen jedoch auch Bundesbehörden mit entsprechenden Aufgaben betraut. Durch Art. 73 Nr. 9a GG wird inzwischen gar eine Doppelzuständigkeit der Behörden in Bereichen der Gefahrenabwehr möglich.<sup>622</sup> Sowohl zwischen Behörden der Länder als auch vertikal sind Kooperation und Koordination der Ermittlungen notwendig. Die Einschaltung anderer Behörden kann unter Umständen gar durch das Prinzip der Bundestreue geboten sein.<sup>623</sup>

Art. 35 Abs. 1 GG statuiert ganz allgemein eine Pflicht zur gegenseitigen Rechts- und Amtshilfe. Sie wird präzisiert durch besondere Regelungen in GVG und StPO. So legen die §§ 156 ff. GVG die Rechtshilfe näher fest. Nach § 156 GVG haben die Gerichte sich in Strafsachen, einschließlich der Ordnungswidrigkeiten (vgl. § 46 OWiG),<sup>624</sup> Rechtshilfe zu leisten. Darunter fallen sämtliche gerichtlichen Tätigkeiten, insbesondere aber Zeugenvernehmungen und sonstige Beweisaufnah-

618 *Ambos*, Intern. Strafrecht, § 1 Rn. 44; *ders.*, in: MüKo StGB, Vor §§ 3 ff. Rn. 85; *Böse*, in: NK, Vor § 3 Rn. 69; *Eser*, in: Schönke/Schröder, Vorbem. §§ 3-9 Rn. 66; *Werle/Jeffberger*, in: LK, Vor § 3 Rn. 415.

619 *Ambos*, in: MüKo StGB, Vor §§ 3 ff. Rn. 89; *Eser*, in: Schönke/Schröder, Vorbem. §§ 3-9 Rn. 69; *Werle/Jeffberger*, in: LK, Vor § 3 Rn. 420.

620 BGHSt 11, 365, 366; *Ambos*, Intern. Strafrecht, § 1 Rn. 48; *ders.*, in: MüKo StGB, Vor §§ 3 ff. Rn. 89; *Böse*, in: NK, Vor § 3 Rn. 72; vgl. dazu ferner *Eisele*, ZStW 125 (2013), 1, 29; *Eser*, in: Schönke/Schröder, Vorbem. §§ 3-9 Rn. 70 f.; *Werle/Jeffberger*, in: LK, Vor § 3 Rn. 421 ff.

621 RGSSt 75, 385, 386; BGH NJW 1975, 1610; *Böse*, in: NK, Vor § 3 Rn. 73; *Eser*, in: Schönke/Schröder, Vorbem. §§ 3-9 Rn. 71; *Werle/Jeffberger*, in: LK, Vor § 3 Rn. 425 ff. – differenzierend *Ambos*, in: MüKo StGB, Vor §§ 3 ff. Rn. 91: Nur um Strafbarkeitslücken zu vermeiden, sonst Recht des Tatortes, an dem das Verhalten schwerpunktmäßig stattfand; in Bezug auf das Pressestrafrecht *Kühl*, in: Löffler, Vor §§ 20 ff. LPG, der allerdings fordert, das mildere Strafgesetz dann zu berücksichtigen, wenn sich das Verhalten maßgeblich in seinem Geltungsbereich abgespielt habe; zur Problematik im Pressestrafrecht vgl. auch *Mitsch*, Medienstrafrecht, § 7 Rn. 12.

622 *Uhle*, in: Maunz/Dürig, 69. EL 2013, Art. 73 Rn. 223 f.

623 Vgl. *Krey/Meyer*, ZRP 1973, 1, 2, mit dem Beispiel, dass die Länder aus diesem Grunde Bundesbehörden hinzuziehen müssten, wenn etwa, wie bei einer Geiselnahme ausländischer Staatsbürger, außenpolitische Auswirkungen beachtet werden müssen.

624 *H. Mayer*, in: KK StPO, § 156 GVG Rn. 2: entsprechend anzuwenden.

men,<sup>625</sup> in allen Abschnitten des Strafverfahrens.<sup>626</sup> § 223 StPO sieht vor, dass eine Vernehmung durch ein anderes Gericht vorgenommen werden kann u.a. wegen der besonderen Entfernung oder wegen einer Krankheit des zu Vernehmenden. Ein Rechtshilfeersuchen darf gemäß § 158 Abs. 1 GVG grundsätzlich nicht abgelehnt werden, wobei Abs. 2 einige Ausnahmen festlegt. In den §§ 162, 163 GVG sind Möglichkeiten vorgesehen, die Strafvollstreckung in anderen Gerichtsbezirken durchführen.

Wichtige Bestimmungen hinsichtlich grenzüberschreitender Maßnahmen enthalten ferner insbesondere die §§ 166, 167 GVG. Sie betreffen keine Rechts- oder Amtshilfe,<sup>627</sup> sondern die Voraussetzungen, unter denen Gerichte und Behörden auch in anderen Zuständigkeitsbereichen tätig werden dürfen. Gemäß § 166 GVG können Gerichte Amtshandlungen außerhalb ihres Bezirkes durchführen, auch in einem anderen Bundesland.<sup>628</sup> Hierunter sind wiederum sämtliche Maßnahmen eines Gerichts zu verstehen, also etwa Zeugenvernehmungen oder Inaugenscheinnahme, aber auch die Durchführung eines ganzen Verfahrens oder der Hauptverhandlung.<sup>629</sup> Diese Regelung gilt nicht für die StA, denn diese kann stets bundesweit tätig werden,<sup>630</sup> wie sich aus den §§ 142 f. GVG, 162 StPO ergibt.<sup>631</sup> Was die konkrete Zuständigkeit der StA bei länderübergreifenden Straftaten anbelangt, so bestimmt § 143 Abs. 3 GVG für den Fall, dass die Beamten der StA verschiedener Länder sich nicht darüber einigen können, wer von ihnen die Verfolgung zu übernehmen hat, dass der ihnen gemeinsam vorgesetzte Beamte der StA, sonst der Generalbundesanwalt, entscheidet.<sup>632</sup>

§ 167 GVG erlaubt die Nacheile, d.h. die Verfolgung flüchtiger Straftäter,<sup>633</sup> in ein anderes Bundesland.<sup>634</sup> Auch wenn die Beamten als Ermittlungspersonen der StA handeln, welche grundsätzlich an Landesgrenzen innerhalb der Bundesrepublik nicht gebunden ist, müssen sie § 167 GVG beachten.<sup>635</sup> Für die Bediensteten des BKA gilt die Vorschrift indessen nicht, da sie im Rahmen ihrer Zuständigkeit

625 W. Zimmermann, in: MüKo ZPO, § 156 GVG Rn. 5.

626 H. Mayer, in: KK StPO, § 156 GVG Rn. 2.

627 Vgl. Heinrich, NStZ 1996, 361.

628 H. Mayer, in: KK StPO, § 166 GVG Rn. 1.

629 H. Mayer, in: KK StPO, § 166 GVG Rn. 1.

630 Heinrich, NStZ 1996, 361, 362; M. Huber, in: Beck OK StPO, Stand: 30.9.2013, § 143 GVG Rn. 2; Meyer-Gofßner, § 143 GVG Rn. 1; H. Mayer, in: KK StPO, § 142 GVG Rn. 4; § 143 GVG Rn. 2; § 166 GVG Rn. 2.

631 Vgl. auch Sieber, ZStW 121 (2009), 1, 22 f., Fn. 41.

632 Vgl. auch L. Wörner/M. Wörner, in: Sinn, Jurisdiktionskonflikte, S. 259.

633 H. Mayer, in: KK StPO, § 167 GVG Rn. 4; genauer Heinrich, NStZ 1996, 361, 362, der vier Gruppen von Flüchtigen differenziert: (1) solche, die sich auf frischer Tat betroffen der Ergreifung sofort durch Flucht entziehen; (2) Flüchtige, die sich der Ergreifung entzogen hatten, (3) andere Beschuldigte und (4) rechtskräftig Verurteilte.

634 Siehe bereits oben 3. Kapitel A. II. 2. b) aa).

635 Schmid/Schoreit, in: KK StPO, 6. Aufl. 2008, § 167 GVG Rn. 4 – a.A. Heinrich, NStZ 1996, 361, 362; H. Mayer, in: KK StPO, § 167 GVG Rn. 3.

nach dem BKAG generell bundesweit operieren dürfen.<sup>636</sup> Eine Nacheile kommt aber z.B. für Angehörige der Bundespolizei nach § 58 Abs. 3 BPolG in Betracht, soweit sie über ihren räumlichen Zuständigkeitsbereich hinaus Flüchtlinge verfolgen. Dem BKA kommt als zentrale Behörde insgesamt die notwendige Aufgabe der Koordination der Strafverfolgung durch Behörden der Länder zu, §§ 1, 7 ff. BKAG.<sup>637</sup>

### 3. Doppelbestrafung

Wenn mehrere Ebenen Strafverfolgungsbefugnisse haben, insbesondere wenn durch die Dezentralisierung der Strafverfolgung mehrere horizontale Ebenen zuständig sein können, so stellt sich schließlich die wichtige Frage nach der Zulässigkeit doppelter Bestrafung und Verfolgung durch unterschiedliche Ebenen. Art. 103 Abs. 3 GG verbietet zunächst die doppelte Bestrafung durch sämtliche Gerichte der Bundesrepublik.<sup>638</sup> Die Strafklage ist hinsichtlich der prozessualen Tat, die rechtskräftig abgeurteilt wurde, verbraucht. Darüber hinaus ist aber auch bereits die Einleitung eines neuen Verfahrens unzulässig, sofern dieses zu einer doppelten Bestrafung führen könnte, Art. 103 Abs. 3 GG bildet insoweit ein Verfahrenshindernis und richtet sich an alle Träger der Staatsgewalt.<sup>639</sup>

## IV. Zusammenfassung

Im deutschen Bundesstaat ist die Gesetzgebung faktisch weitgehend zentralisiert. Dies gilt auch im Strafrecht. Der Bund hat zwar ausweislich Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG nur eine „konkurrierende“ Kompetenz, durch das StGB diese Zuständigkeit aber so weitgehend ausgeschöpft, dass für die Länder kaum mehr Spielraum verbleibt. Gewaltenteilung und Föderalismus wirken sich daher nicht bei der Gesetzgebung, sondern primär beim Vollzug der Gesetze aus. Die Strafverfolgung und Strafgerichtsbarkeit erfolgen daher dezentral. Gleichwohl dominiert der Bund auch im Bereich der Letzteren dadurch, dass ihm in den wichtigen Fällen die höchste Revisionsgerichtsbarkeit durch den BGH zukommt. Überdies überragt die Bundesverfassung das Gesamtsystem, sodass auch Gesetze und Vollzugsakte der Län-

636 Heinrich, NStZ 1996, 361, 362; H. Mayer, in: KK StPO, § 167 GVG Rn. 2.

637 Siehe dazu bereits ausführlich oben 3. Kapitel A. II. 2. b) bb).

638 BVerfGE 12, 62, 66. Art. 103 Abs. 3 GG verbietet daher keine erneute Bestrafung, falls der Täter zuvor im Ausland verurteilt wurde; Strafurteile durch Gerichte der ehemaligen DDR entfalten inzwischen jedoch wohl ebenfalls Sperrwirkung, wenn auch nicht durch Art. 103 Abs. 3 GG; Schmid-Aßmann, in: Maunz/Dürig, 69. EL 2013, Art. 103 Rn. 304 – anders war dies aber noch vor der Wiedervereinigung, da § 11 des Gesetzes über die innerdeutsche Rechts- und Amtshilfe in Strafsachen vom 2. Mai 1953, BGBl. I S. 161, eine erneute Verurteilung in der Bundesrepublik zuließ und BVerfGE 12, 62, 66, dieses Gesetz für mit Art. 103 Abs. 3 GG vereinbar hielt; das Gesetz wurde jedoch durch den Einigungsvertrag aufgehoben und Urteile der DDR-Gerichte haben grds. Bestand.

639 Schmid-Aßmann, in: Maunz/Dürig, 69. EL 2013, Art. 103 Rn. 273, 301; eine Wiederaufnahme des Verfahrens nach rechtskräftigem Abschluss ist nur unter den engen Voraussetzungen der §§ 359 ff. StPO möglich.

der an dieser gemessen werden müssen. Der Bund verfügt zunehmend auch über eigene polizeiliche Befugnisse, da das BKA in jüngerer Zeit nicht unbedeutende Zuständigkeiten in Bereichen von entscheidender Bedeutung für den Gesamtstaat erhalten hat.

*Übersicht: Modell Deutschland. Konkurrierende Strafrechtssetzungskompetenz, dezentrales Verfolgungs- und Gerichtssystem*

	Zentrale Ebene	Dezentrale Ebene
<b>Legislative Kompetenz</b>	„Konkurrierende“ Kompetenz zum Erlass von allgemeinen Strafnormen und Strafprozessrecht als Vorrangkompetenz	„Konkurrierende“ Kompetenz zum Erlass von Strafgesetzen, soweit der Bund keine abschließende Regelung getroffen hat; daneben Erlass von strafrechtlichen Regelungen als Ausdruck anderer Kompetenz (insbesondere im Presserecht)
<b>Strafverfolgungskompetenz</b>	Bundesanwaltschaft (GBA) zuständig für Staatsschutzdelikte; BKA koordiniert die Arbeit der Polizeibehörden der Länder und des Bundes bei Straftaten mit länderübergreifender, internationaler oder sonst erheblicher Bedeutung; daneben Aufgaben zur Strafverfolgung und Ermittlung in bestimmten Fällen der internationalen oder schweren Kriminalität; Bundespolizei kann in der Form des „Ersten Angriffes“ Aufgaben der Strafverfolgung innerhalb ihres Kompetenzbereiches wahrnehmen	Staatsanwaltschaft und Polizei der Länder umfassend zuständig für Verfolgung von Straftaten nach Bundesrecht im StGB und nach dem Recht des jeweiligen Landes
<b>Gerichtszuständigkeit</b>	Keine unteren Bundesgerichte; BGH höchste Revisionsinstanz bei schwererer Kriminalität	Gerichte der Länder umfassend zuständig in der 1. Instanz, für Berufungen sowie für Revisionen in Fällen leichter Kriminalität

## B. Vereinigte Staaten von Amerika

### I. Konstitutioneller Hintergrund

Auch in den Vereinigten Staaten wird ein konstitutioneller, föderativer Bundesstaat betrachtet, in welchem für die Zwecke dieser Untersuchung zwei Ebenen – Bund und Einzelstaaten – unterscheidbar sind.<sup>640</sup> Diese Mehrebenenstruktur<sup>641</sup> wurde durch die U.S. Constitution des Jahres 1787<sup>642</sup> etabliert. In seinen Ursprüngen handelte es sich um einen stark dezentralisierten föderativen Staat, seit Mitte des 19. Jahrhunderts lassen sich aber deutliche Zentralisierungstendenzen ausmachen, welche sich auch im Strafrecht auswirken.<sup>643</sup> Das US-amerikanische Modell der Verteilung strafrechtlicher Zuständigkeit zwischen zentraler (Bund) und dezentraler Ebene (Gliederstaaten) unterscheidet sich sowohl hinsichtlich der grundsätzlichen verfassungsmäßigen Kompetenzverteilung als auch bezüglich der praktischen Umsetzung derselben vom soeben<sup>644</sup> dargestellten deutschen System.

Es wird häufig als Beispiel für eine Rechtsordnung angeführt, in welcher „das Strafrecht“ in den Verantwortungsbereich der Einzelstaaten falle und welche somit in scharfem Kontrast etwa zum kanadischen<sup>645</sup> Konzept stehe.<sup>646</sup> Dies trifft vom konstitutionellen Grundprinzip her zu. Die US-amerikanische Verfassung belässt alle nicht enumerativ dem Bund zugewiesenen Kompetenzen bei den Einzelstaaten. Da sich sodann, anders als etwa in Deutschland in Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG oder in Kanada in s. 91 (27) Constitution Act 1867, in der U.S. Constitution keine sta-

640 Oben (1. Kapitel B. V.) wurde die Untersuchung der Mehrebenensysteme auf zwei Ebenen begrenzt. Zwar finden sich im hier interessierenden Bereich der strafrechtsbezogenen Kompetenzen in den USA auch auf einer dritten Ebene, nämlich derjenigen der Gemeinden („*municipalities*“), legislative, judikative und exekutive Akte, sodass z.B. durch sog. „*ordinances*“ im Hinblick auf geringfügige Vergehen im kommunalen Bereich auch „strafrechtlich“ relevante Tatbestände geschaffen (und durchgesetzt) werden. Dieses Feld kann hier aber wiederum aus den oben angeführten Gründen vernachlässigt werden, da es sich bei der gemeindlichen Rechtssetzung nur um eine Ausübung der verfassungsmäßigen Befugnisse der Gliedstaaten handelt. Anders als in Deutschland besteht kein Recht auf kommunale Selbstverwaltung, die Gemeinden bilden lediglich Parzellen der Einzelstaaten und das kommunale Strafrecht nur einen Unterbereich des Strafrechts der Einzelstaaten; vgl. dazu *Logan*, 62 Ohio St. L.J. 1409 (2001); *Reinbacher*, Das Strafrechtssystem der USA, S. 141 ff. Darüber hinaus sei auf zwei weitere wichtige Felder verwiesen, die hier, der Begrenzung des Untersuchungsgegenstandes geschuldet, unberücksichtigt bleiben: Die Rechtsordnungen der „*Native Americans*“ sowie das Militärstrafrecht. Beide Bereiche verdienen durchaus eine (gesonderte) Betrachtung, welche hier aber nicht zu leisten ist.

641 Vgl. zu den USA als Mehrebenensystem auch *F.C. Mayer*, Kompetenzüberschreitung, S. 277 ff.

642 Der Entwurf der U.S. Constitution wurde am 17.9.1787 beschlossen; damit sie in Kraft treten konnte, musste sie von neun Einzelstaaten ratifiziert werden (U.S. Const. Art. VII); dies wurde am 21.6.1788 durch Ratifikation in *New Hampshire* erreicht, sodass sie (erst) zu diesem Datum in Kraft trat; vgl. *Ketcham*, in: ders., S. 14.

643 Ausführlich dazu *Reinbacher*, Das Strafrechtssystem der USA, S. 62 ff.; speziell zur Expansion des Bundesstrafrechts *Baker*, 16 Rutgers L.J. 495, 513 ff. (1985); *Beale*, 543 Annals Am. Acad. Pol. & Soc. Sci. 39, 41 (1996); *Brickey*, 46 Hastings L.J. 1135, 1140 ff. (1995).

644 Siehe dazu oben 3. Kapitel A.

645 Siehe dazu unten 3. Kapitel C.

646 So etwa *Constitutional Law Group*, S. 421; *Hogg*, S. 535; *Jackson/Tushnet*, S. 933; *Monahan*, S. 333; *Watts*, S. 198.

tische Erwähnung des „Strafrechts“ als Gesamtkompetenz findet, ist es konstitutionell zunächst einmal Sache der Einzelstaaten, welche daher auch sämtlich eigene Strafgesetzbücher erlassen haben und die darin normierten Taten mittels ihrer Gerichte und Behörden verfolgen.

Bei näherer Betrachtung ist diese Einschätzung allerdings in doppelter Hinsicht zu relativieren. Zum einen weist bereits die US-amerikanische Verfassung auch dem Bund verschiedene Spezialkompetenzen zum Erlass strafrechtlicher Regelungen zu,<sup>647</sup> wobei dieser wiederum die entsprechenden Straftaten mit eigenen Gerichten und Behörden verfolgt, und zum anderen kann kein Zweifel mehr daran bestehen, dass Strafrechtssetzung und Strafverfolgung in den Vereinigten Staaten heute faktisch sowohl zentral durch den Bund als auch dezentral durch die Gliedstaaten ausgeübt werden. Denn das Bundesstrafrecht reicht – auf Grund extensiver Interpretation der allgemeinen Bundeskompetenzen und der Möglichkeit, auch Strafnormen darauf zu stützen – in nahezu alle Bereiche des täglichen Lebens hinein und ergänzt das einzelstaatliche Recht nicht nur, sondern dupliziert es sogar vielfach.<sup>648</sup> Hier zeigt sich erneut, dass eine verfassungsmäßige Grundordnung sich im Laufe der Zeit entwickeln und durch ihre Auslegung durch die Rechtsanwender eine andere Prägung erhalten kann als dem reinen Text der Konstitution zu entnehmen ist oder als es der ursprünglichen Zielsetzung entsprach. Diese extensive Auslegung ist durch das US-amerikanische Verfassungsgericht lange Zeit gebilligt und nicht als verfassungswidrig eingestuft worden, in jüngerer Zeit scheint der U.S. Supreme Court einer allzu zentralisierten Interpretation der Kompetenznormen jedoch Einhalt zu gebieten.<sup>649</sup>

Besser erscheint es daher, heute von einem Strafrechtssystem zu sprechen, in welchem die Zuständigkeit zwischen Bund und Einzelstaaten aufgeteilt ist und beide Ebenen, und damit letztlich 52 Rechtsordnungen,<sup>650</sup> mit eigenem materiellen Recht, eigener Gerichtsbarkeit, eigenen Strafverfolgungsorganen und eigenen Vollzugsanstalten parallel operieren.<sup>651</sup> Soll das ursprüngliche konstitutionelle Grundkonzept grob eingeordnet werden, so lässt es sich als ein „Trennmodell“<sup>652</sup> bezeichnen, welches eine allgemeine dezentrale Strafrechtskompetenz und eine zentrale strafrechtliche Bereichskompetenz vorsieht und dessen Besonderheit darin

647 Vgl. dazu unten 3. Kapitel B. II.

648 Ausführlich dazu *Reinbacher*, Das Strafrechtssystem der USA, S. 28 ff.; *ders.*, DAJV-NL 2011, 50, 54.

649 Vgl. zu den neueren Tendenzen vgl. insbesondere die Entscheidung *United States v. Lopez*, 514 U.S. 549 (1995); siehe zur Entwicklung der US-Verfassung und der Rechtsprechung des U.S. Supreme Courts ausführlich *Reinbacher*, Das Strafrechtssystem der USA, S. 56 ff.; ferner unten 3. Kapitel A. II. 1. b).

650 Die 50 Gliedstaaten und der Bund bilden jeweils eine eigenständige Rechtsordnung. Zählt man ferner den Regierungsbezirk, *District of Columbia*, um die Hauptstadt *Washington, D.C.* hinzu, welcher zwar konstitutionell zur Ebene des Bundes zählt, dabei aber ebenfalls ein eigenes Strafgesetzbuch erlassen hat, so lässt sich von 52 Rechtsordnungen sprechen.

651 Siehe dazu ausführlich *Reinbacher*, Das Strafrechtssystem der USA, S. 28 ff.

652 *Lauffer/Münch*, S. 24; *Pernice*, JZ 2000, 866, 873. Dieses Trennmodell gilt jedenfalls vom Grundsatz her und um die Darstellung dieses Grundsatzes geht es hier, sodass Spezialfälle außer Betracht bleiben.

besteht, dass beide Ebenen die entsprechenden Straftaten jeweils selbstständig mit eigenen Behörden und Gerichten verfolgen. Diese Zuordnung soll aber nicht suggerieren, dass die Bereiche heute noch sämtlich klar abgrenzbar seien. Im Gegenteil überschneidet sich in vielen Feldern inzwischen die Zuständigkeit, sodass eher eine parallele Jurisdiktion besteht.

Die Kompetenzverteilung zwischen Bund und Einzelstaaten in der U.S. Constitution diene insbesondere der Machtbegrenzung durch vertikale Gewaltenteilung.<sup>653</sup> Die US-amerikanische Verfassung entstand einerseits unter dem Eindruck der Revolution und des Unabhängigkeitskrieges und sollte eine zu große Machtkonzentration und einen Zentralismus britischer Prägung vermeiden.<sup>654</sup> Andererseits sollte aber eine engere Union herbeigeführt werden als in der als gescheitert empfundenen Konföderation von 1781, deren Ziel primär ein schneller Zusammenschluss der durch die Revolution aus den Kolonien neu entstandenen Staaten war, um sich gegen Großbritannien verteidigen zu können. Die Konföderationsverfassung, festgehalten in den Articles of Confederation, hatte einen Staatenbund etabliert<sup>655</sup> und dabei die Souveränität der einzelnen Mitgliedstaaten betont und gesichert.<sup>656</sup> Im Congress waren unter Geltung der Articles of Confederation nach Art. V auch nur die Delegierten der Staaten versammelt. Folglich waren auch nur wenige Kompetenzen des Bundes vorgesehen.<sup>657</sup> Hierunter fielen insbesondere Zuständigkeiten in äußeren Angelegenheiten, wie das Erklären von Krieg und Frieden oder der Abschluss völkerrechtlicher Verträge. Explizite strafrechtsbezogene Kompetenzen standen dem Bund kaum zu.<sup>658</sup> Zu nennen ist jedoch das Recht zur Einrichtung von Gerichtshöfen betreffend Piraterie und Verbrechen auf Hoher See, Art. IX.

Die Konföderation sah sich bald vehementer Kritik ausgesetzt, denn der Bund wurde als zu schwach empfunden, um überhaupt wirkungsvoll regieren zu können, sodass der Verbund unter dem Einfluss partikularer Interessenpolitik zu zerbrechen drohte.<sup>659</sup> Daher entwarf im Jahr 1787 der Verfassungskonvent, der eigentlich zur Reform der Konföderationsartikel einberufen worden war, die Verfassung der Vereinigten Staaten, die U.S. Constitution, welche im folgenden Jahr ratifiziert

653 Benz, Politik in Mehrebenensystemen, S. 14; Reinbacher, Das Strafrechtssystem der USA, S. 43, 46 ff.; siehe außerdem noch unten 5. Kapitel A.

654 Gerston, S. 24; Reinbacher, Das Strafrechtssystem der USA, S. 38; Sutton, S. 3, 25.

655 Laufer/Münch, S. 17; Starck, in: Härtel, Hdb. Föderalismus I, § 1 Rn. 5; Stern, Staatsrecht I, S. 654; siehe bereits oben 2. Kapitel B. I.

656 Articles of Confederation, Art. II: Each state retains its sovereignty, freedom, and independence, and every Power, Jurisdiction, and right, which is not by this confederation expressly delegated to the United States, in Congress assembled; siehe bereits oben 2. Kapitel B. I.

657 Reinbacher, Das Strafrechtssystem der USA, S. 38; Sutton, S. 25.

658 Vgl. dazu Reinbacher, Das Strafrechtssystem der USA, S. 38 f.

659 Ausführlich zu den Konföderationsartikeln Gerston, S. 24 f.; Middlekauff, S. 603 ff.; Reinbacher, Das Strafrechtssystem der USA, S. 37 ff.; zur Schwäche der Konföderationsartikel aus Sicht der Federalists vgl. insbesondere die Ausführungen von Hamilton und Madison, in Federalist No. 1, No. 15-22.

wurde.<sup>660</sup> Dabei galt es, zwei politische Gruppierungen zu versöhnen, welche die Debatten um die Ausgestaltung der Verfassung beherrschten: die *Federalists*,<sup>661</sup> die den Bund stärken wollten, um für Stabilität nach innen, eine Forcierung der Wirtschaft sowie größere Sicherheit nach außen zu sorgen,<sup>662</sup> auf der einen sowie die *Anti-Federalists* auf der anderen Seite, deren Ziel die Vermeidung von Tyrannei und eines Zentralismus nach Art der britischen Monarchie<sup>663</sup> war.<sup>664</sup> Die US-amerikanische Verfassung stellte einen Kompromiss dieser Strömungen dar und wies der dezentralen Ebene weitgehende allgemeine Kompetenzen, dem Bund hingegen nur bestimmte, enumerierte Spezialzuständigkeiten für Belange nationaler Bedeutung zu, welche jedoch deutlich weiter gehen als unter den Articles of Confederation.

Besonders charakteristisch und wichtig für die Zwecke dieser Untersuchung ist, dass im Trennsystem der USA beide Ebenen innerhalb desselben Staatsgebildes mit eigenen Gesetzen, Gerichten und Behörden operieren. Verfügt ein Staatsteil über die „Jurisdiktion“ über ein Gebiet oder einen bestimmten Bereich, so umfasst diese neben der Gesetzgebung stets auch die Vollzugsbefugnis und daher im Strafrecht auch Strafverfolgung, Gerichtsbarkeit und Strafvollzug.<sup>665</sup>

Vom Prinzip her war die US-amerikanische Verfassungsordnung in ihren Anfängen stark dezentralisiert. Sämtliche allgemeinen Kompetenzen lagen bei den Einzelstaaten, der Bund verfügte nur über die enumerativ genannten Spezialzuständigkeiten, welche nur ihn selbst oder die Nation als Ganzes betreffen. Als in Praxis wichtigste Kompetenz des Bundes ist die Zuständigkeit zu nennen, den Handel mit fremden Ländern, zwischen den Einzelstaaten und mit den „Indianerstämmen“ zu regeln, U.S. Const. Art. I § 8 cl. 3,<sup>666</sup> die so genannte Handelsklausel

660 Dazu *Reinbacher*, Das Strafrechtssystem der USA, S. 39 ff.

661 Als deren wichtigste Vertreter gelten *Madison*, *Hamilton* und *Jay*, die ihre Ansichten in politischen Essays unter dem Pseudonym „*Publius*“, später zusammengefasst als „*The Federalist*“, veröffentlichten; vgl. zu den Federalist Papers *Brunhöber*, passim.

662 Von den oben (2. Kapitel B. II.) erläuterten Gründen für Zusammenschlüsse unabhängiger Staaten im Bundesstaat wurden somit einige besonders wichtige aufgeführt.

663 Insgesamt fürchteten die *Anti-Federalists* eine Beschränkung der Freiheit der Bürger und der Einzelstaaten; Tyrannei ließ sich nach ihrer Auffassung nur durch möglichst starke Repräsentation des Volkswillens auf kleiner Ebene erreichen; vgl. dazu insbesondere „*John De Witt*“, Essay I (1787), in: *Ketcham*, S. 190 ff.

664 Ausführlich zu diesen Gruppierungen *Reinbacher*, Das Strafrechtssystem der USA, S. 39 ff.; *Wood*, S. 475 ff.

665 Vgl. insbesondere *Printz v. United States*, 521 U.S. 898, 921 (1997). So umschreibt der Begriff „*jurisdiction*“ im US-amerikanischen Recht jeweils Rechtssetzungs-, Gerichts- und Verfolgungszuständigkeit; vgl. *LaFave*, S. 263; *Reinbacher*, Das Strafrechtssystem der USA, S. 29; *ders.*, DAJV-NL 2011, 50, 51; ferner *Ambos*, Intern. Strafrecht, § 1 Rn. 4; *Werle/Jeßberger*, in: LK, Vor § 3 Rn. 5; vgl. auch Restatement (Third) of Foreign Relations Law § 401 (1987), worin nach *jurisdiction to prescribe*, *jurisdiction to adjudicate* und *jurisdiction to enforce* differenziert wird.

666 U.S. Const. Art. I § 8 cl. 3: „The Congress shall have power [...] to regulate commerce with foreign nations, and among the several states, and with the Indian tribes“.

(„*commerce clause*“).<sup>667</sup> Einer der Hintergründe der Entstehung der US-amerikanischen Union lag in der Schaffung bzw. Ausweitung des gemeinsamen Marktes. Eine Bundeskompetenz zu dessen Reglementierung erschien nach den Erfahrungen der Konföderation notwendig. Heute bildet sie den wichtigsten Ansatzpunkt der Bundesgesetzgebung, auch im Strafrecht.<sup>668</sup>

## II. Aufteilung der Strafrechtskompetenz zwischen den Ebenen

### 1. Rechtssetzungskompetenz

#### a) Grundsatz der dezentralen Strafrechtskompetenz der Einzelstaaten

Grundsätzlich haben die Einzelstaaten eine nahezu unbeschränkte und umfassende Strafrechtskompetenz in ihrem Staatsgebiet. Sie dürfen eigene Strafgesetzbücher erlassen und die Strafverfolgung und Strafgerichtsbarkeit ausüben und tragen insgesamt auch die Hauptverantwortlichkeit für den Erlass von Strafbestimmungen und die Strafverfolgung in den USA.<sup>669</sup> Insofern trifft die Einschätzung zu, dass „das Strafrecht“ vom Konzept der U.S. Constitution her primär in die einzelstaatliche Zuständigkeit fällt.

Die Gesetzgebungsbefugnisse auf einzelstaatlicher Ebene sind aus der Sicht des US-amerikanischen Verfassungsrechts eine Selbstverständlichkeit. Die Gliedstaaten haben auch unter Geltung der U.S. Constitution im lokalen Bereich sämtliche Residualkompetenzen behalten, soweit nicht eine der wenigen, enumerativ bestimmten Zuständigkeiten des Bundes besteht. Sie haben daher das Recht behalten – wie ein unabhängiger Nationalstaat – ihre eigenen Angelegenheiten zu regeln. Die nahezu unbeschränkte<sup>670</sup> Kompetenz, das Zusammenleben der Bürgerinnen und Bürger und den eigenen Haushalt zu ordnen, wird im US-amerikanischen Verfassungsrecht als „Polizeigewalt“ oder „Polizeimacht“ (*Police Power*) bezeichnet.<sup>671</sup> Hierzu gehören Gesundheit, Sicherheit, Ordnung und Wohlstand sowie

667 Zur Terminologie Bumgarner, S. 6; Reinbacher, Das Strafrechtssystem der USA, S. 52; Stone/Seidman/Sunstein/Tushnet/Karlan, S. 72; Sutton, S. 5.

668 Dazu sogleich unter 3. Kapitel B. II. 1. b).

669 Reinbacher, Das Strafrechtssystem der USA, S. 123; vgl. auch *Abbate v. United States*, 359 U.S. 187, 195 (1959); *Van Alstyne*, 26 Am. Crim. L. Rev. 1740, 1742 (1989).

670 Grenzen sind durch die U.S. Constitution sowie durch das Bundesrecht selbst gesetzt; vgl. dazu noch unten 3. Kapitel B. III. 1.

671 Der Begriff geht zurück auf *Chief Justice Marshall* in der Entscheidung *Brown v. Maryland*, 25 U.S. 419, 443 (1827); vgl. ferner *Chemerinsky*, S. 234; *Dressler*, S. 38; *Dubber*, *Police Power*, S. 82; *ders.*, Einführung, S. 5; *LaFave*, S. 269, 294; *Reinbacher*, Das Strafrechtssystem der USA, S. 50 f.; *ders.*, DAJV-NL 2011, 50, 52.

Fragen der Moral und Ethik, kurz gesagt alles, was das Gemeinschaftsleben umfasst.<sup>672</sup>

Es steht dabei außer Zweifel, dass die Gliedstaaten in ihrem Territorium auch über die Kompetenz im Hinblick auf das Strafrecht verfügen.<sup>673</sup> Dies folgt aus verschiedenen Erwägungen. Erstens ist die Zuständigkeit der Einzelstaaten grundsätzlich unbeschränkt – solange nicht eine Einzelkompetenz auf den Bund übertragen wurde und die Gesetze nicht gegen die Verfassung oder Bundesrecht verstoßen – und erfasst daher auch das Strafrecht.<sup>674</sup> Zweitens ist das Strafrecht eng mit der Polizeimacht des Staates verbunden. Nach der Sicht des *common law*, welchem das US-amerikanische Recht traditionell verbunden ist, stellt jede Straftat einen Angriff auf den Staat dar, sodass es diesem auch zustehen muss, zu seiner Verteidigung zu strafen.<sup>675</sup> Die US-amerikanische Verfassung sieht nach der „*Dual Sovereignty Doctrine*“ des U.S. Supreme Courts<sup>676</sup> eine „duale Souveränität“<sup>677</sup> von Bund und Einzelstaaten im Hinblick auf die Strafverfolgung vor. Drittens werden Strafsanktionen als eines unter verschiedenen Mitteln zur Verwirklichung der jeweils verfolgten Ziele angesehen. Daher berechtigt jede legislative Kompetenz auch zum Erlass von strafrechtlichen Normen, da die Macht zu strafen jedem konstitutionellen Recht immanent sei.<sup>678</sup>

Die Strafgesetze der Einzelstaaten unterscheiden sich in Einzelbereichen kaum weniger als die Rechtsordnungen von Nationalstaaten. Signifikante Unterschiede lassen sich z.B. im Sanktionsrecht, insbesondere hinsichtlich der Akzeptanz der

672 *Dubber*, Police Power, S. 86 ff.; *Reinbacher*, Das Strafrechtssystem der USA, S. 123; *ders.*, DAJV-NL 2011, 50, 52; vgl. auch *Bartkus v. Illinois*, 359 U.S. 121, 137 (1959): Dies sei die historische Pflicht der Einzelstaaten, in ihren Gebieten Ordnung und Frieden aufrecht zu erhalten.

673 Vgl. insbesondere *Heath v. Alabama*, 474 U.S. 82, 89 f. (1985): „*Each (state) has the power, inherent in any sovereign, independently to determine what shall be an offense against its authority and to punish such offenses, and in doing so each is exercising its own sovereignty*“.

674 *Reinbacher*, Das Strafrechtssystem der USA, S. 50 f.; vgl. auch *Gibbons v. Ogden*, 22 U.S. 1, 203 (1824): „[...] *that immense mass of legislation, which embraces everything within the territory of a State, not surrendered to the General Government*“.

675 *Reinbacher*, Das Strafrechtssystem der USA, S. 162 f.; vgl. auch *Heath v. Alabama*, 474 U.S. 82, 88 ff. (1985).

676 Vgl. etwa *Heath v. Alabama*, 474 U.S. 82, 88 (1985); *Reinbacher*, Das Strafrechtssystem der USA, S. 28.

677 Dieses Verständnis ist insbesondere die Sicht des U.S. Supreme Courts; vgl. nur *Heath v. Alabama*, 474 U.S. 82, 88 (1985): „*The States are no less sovereign with respect to each other than they are with respect to the Federal Government*“; diese Sicht ist indes auch in den USA nicht unumstritten; kritisch etwa *Amar*, (1987) 96 Yale L.J. 1425; vgl. dazu auch *Eser/Burchard*, FS Meyer, 2006, S. 501 ff.; zur umstrittenen Frage der Souveränität im Bundesstaat siehe aber bereits oben 2. Kapitel B. IV.

678 So bereits *McCulloch v. Maryland*, 17 U.S. 316, 416 f. (1819): „[...] *the power of punishment appertains to sovereignty, and may be exercised, whenever the sovereign has a right to act, as incidental to his Constitutional powers*“; vgl. dazu auch *Reinbacher*, Das Strafrechtssystem der USA, S. 55.

Todesstrafe,<sup>679</sup> oder bezüglich allgemeiner Regeln der Strafbarkeit<sup>680</sup> ausmachen. Besonders groß sind die Abweichungen erwartungsgemäß im Besonderen Teil, sowohl bezüglich der als strafwürdig angesehenen Verhaltensweisen als auch der Tatbestandsvoraussetzungen der einzelnen Delikte, da die Einzelstaaten teilweise sehr unterschiedlichen sozialen und religiösen Prägungen unterworfen sind. Besonders deutlich treten diese z.B. im Hinblick auf die Frage der Strafbarkeit von Schwangerschaftsabbrüchen<sup>681</sup> oder Sterbehilfe,<sup>682</sup> bei den Strafbestimmungen zum Schutze der Moral, Ethik und öffentlichen Ordnung,<sup>683</sup> oder bei der Bekämpfung der Betäubungsmittelkriminalität hervor.<sup>684</sup>

Zwar hat das *American Law Institute* im Jahr 1962 ein Modellstrafgesetzbuch (Model Penal Code, MPC) veröffentlicht, nach dessen Vorbild viele Einzelstaaten ihr Recht umgestaltet haben. Jedoch hat kein einziger Gliedstaat dieses Modellgesetz vollständig übernommen, manche ließen es sogar völlig unberücksichtigt.<sup>685</sup> Ziel des MPC war gerade nicht die Harmonisierung oder Vereinheitlichung des Rechts der Einzelstaaten, sondern die Unterbreitung eines Vorschlages zur besseren Strukturierung der zuvor als etwas chaotisch empfundenen Strafgesetze.<sup>686</sup>

- 679 Im Jahr 2013 sahen 33 Einzelstaaten die Todesstrafe in ihren Strafgesetzbüchern vor, nur 17 hatten sie komplett beseitigt; vgl. die Übersicht von *Amnesty International*, abrufbar im Internet unter: [www.amnestyusa.org/our-work/issues/death-penalty](http://www.amnestyusa.org/our-work/issues/death-penalty), zuletzt abgerufen am 5.2.2014; besonders intensiv wird sie nur in zehn Gliedstaaten umgesetzt, welche sämtlich im Süden der USA liegen; die Spitze bildet *Texas*; vgl. *Gerston*, S. 121 f. Die Strafgesetze des Bundes sehen für verschiedene Delikte ebenfalls die Todesstrafe vor; zur Todesstrafe in den Vereinigten Staaten ferner *Bedan*, 1 *Encyclopedia of Crime & Justice* 125, 127 (2002); *Reinbacher*, Das Strafrechtssystem der USA, S. 129 ff.; *Steiker*, 1 *Encyclopedia of Crime & Justice* 119 (2002).
- 680 Gerade in diesem Bereich sind die Strafgesetzbücher teilweise sehr lückenhaft, fehlende Gesetzesbestimmungen werden vielfach durch Richterrecht ergänzt, so etwa im Hinblick auf die Notwehr; vgl. *Dressler*, S. 311; *Fraser/Weidner*, 1 *Encyclopedia of Crime & Justice* 371, 373 (2002); *Reinbacher*, Das Strafrechtssystem der USA, S. 139 f., sowie die Studie von *Robinson/Cahill/Mohammad*, 95 *Nw. U. L. Rev.* 1, 8, 17, 26 f. (2000).
- 681 In diesem Bereich nahm allerdings auch der U.S. Supreme Court großen Einfluss auf die Rechtsordnungen der Einzelstaaten, da er deren Bestimmungen an den Vorgaben der Verfassung maß; vgl. zuletzt etwa *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey*, 505 U.S. 833 (1992). Die Einzelstaaten haben inzwischen recht unterschiedliche Methoden der Reglementierung der Schwangerschaftsabbrüche eingeführt; vgl. dazu ausführlich *Reinbacher*, Das Strafrechtssystem der USA, S. 131 ff.; *Wise*, 1 *Encyclopedia of Crime & Justice* 1 (2002).
- 682 Vgl. dazu *Klein*, 90 *Calif. L. Rev.* 1541, 1544 (2002).
- 683 Die Wahrung von Anstand und Moral war ursprünglich auch das wichtigste Betätigungsfeld des Strafrechts in den Einzelstaaten; vgl. dazu *Beale*, 54 *Am. U. L. Rev.* 747, 751 (2005); *Reinbacher*, Das Strafrechtssystem der USA, S. 134 f. Vgl. z.B. die Unterschiede hinsichtlich der Strafbarkeit des Ehebruchs oder der „Verführung“ *Boyce/Dripps/Perkins*, S. 398 f.
- 684 Insbesondere hinsichtlich der Strafbarkeit und des Strafmaßes im Hinblick auf Konsum, Handel und Anbau bzw. Eigengebrauch von Marihuana lassen sich große Unterschiede feststellen; vgl. dazu *Husak*, 2 *Encyclopedia of Crime & Justice* 566, 569 (2002); *Reinbacher*, Das Strafrechtssystem der USA, S. 138; *ders.*, *DAJV-NL* 2011, 50.
- 685 *Dressler*, S. 33; *Dubber*, Einführung, S. 16; *Low*, 19 *Rutgers L.J.* 539 (1988); *McClain/Kaban*, 1 *Encyclopedia of Crime & Justice* 412, 424 (2002); *Weigend*, *ZStW* 105 (1993), 774, 791.
- 686 Ausführlich zu den Ursprüngen und Intentionen des MPC *Dubber*, Einführung, S. 2 ff.; *Kadish*, 19 *Rutgers L.J.* 521 (1988); *McClain/Kaban*, 1 *Encyclopedia of Crime & Justice* 412, 424 (2002); *Reinbacher*, Das Strafrechtssystem der USA, S. 126; *Weigend*, *ZStW* 105 (1993), 774, 791; *Wechsler*, 65 *Harvard L. Rev.* 1097 (1952); zu möglichen Zukunftsprojekten *Dubber*, 4 *Buff. Crim. L. Rev.* 53 (2000).

Die Unterschiede in den Strafgesetzen der Einzelstaaten sind ein gewünschter Effekt des föderativen Systems. Der U.S. Supreme Court<sup>687</sup> betont den Vorzug, dass die Gliedstaaten als „Laboratorien“ unterschiedliche Strategien erproben können.<sup>688</sup> Denn in den einzelnen Regionen können andere Probleme auftreten oder dieselben Probleme in unterschiedlicher Form oder Intensität, ferner mögen sich jeweils andere Lösungen anbieten. Dies dient (auch) der Entwicklung effektiver Konfliktbewältigungsmechanismen, denn erweist sich eine Strategie als besonders wirkungsvoll, kann sie von anderen Einzelstaaten übernommen werden, während im gegenteiligen Fall andere Gliedstaaten ihr Recht nicht ändern müssen. Hierin liegt ein Vorteil gegenüber der Vereinheitlichung des Rechts.<sup>689</sup>

Gleichermaßen können die Einzelstaaten aber auch den Anwendungsbereich ihrer Strafgesetze festlegen. Schon im *common law* war dabei das Territorialitätsprinzip entscheidend und bildet auch heute noch den wichtigsten und nahezu ausschließlichen Anknüpfungspunkt des „Strafanwendungsrechts“ der Einzelstaaten.<sup>690</sup> Hiernach kann im Einzelfall durchaus das Strafrecht mehrerer Gliedstaaten auf denselben Vorfall anwendbar sein. Die legislative Kompetenz erstreckt sich im Übrigen jeweils auch auf das Strafprozess- und Strafvollzugsrecht und die Gerichtsverfassungen.

### b) Das Bundesstrafrecht

Neben das dezentrale Strafrecht der Einzelstaaten tritt das zentrale Strafrecht des Bundes. Dieser kann vom Grundsatz her nur tätig werden, wenn sich ein Bezug zu seinen enumerativ genannten konstitutionellen Befugnissen herstellen lässt. Daher darf er auch keine allgemeinen Strafgesetze, also z.B. keine allgemeine Strafbestimmung für den Mord, erlassen.<sup>691</sup> Nach der Grundidee der U.S. Constitution sollen die Einzelstaaten im lokalen Bereich allgemein zuständig sein, während der Bund nur die Felder regeln soll, in welchen entweder Institutionen des Bundes selbst oder

687 *United States v. Lopez*, 514 U.S. 549, 581 (1995).

688 Vgl. auch *Markel*, 4 Ohio St. J. Crim. L. 573, 581 (1995): „fifty labs federalism“.

689 Dennoch finden sich Vorstöße zur Harmonisierung von Einzelbereichen des Rechts der Gliedstaaten. So wurde die *National Conference of Commissioners on Uniform State Laws* eingerichtet. Ihre Aufgabe ist das Auffinden von Feldern notwendiger Uniformität des einzelstaatlichen Rechts sowie die Entwicklung von „Uniform Acts“, deren Umsetzung aber nicht obligatorisch, sondern den Gliedstaaten überlassen ist. Siehe dazu *Hay*, Rn. 18; *Reinbacher*, Das Strafrechtssystem der USA, S. 126 f.; *Schmid*, S. 31; vgl. auch die Website der *National Conference of Commissioners on Uniform State Laws*, abrufbar im Internet unter: [www.uniformlaws.org](http://www.uniformlaws.org), zuletzt abgerufen am 5.2.2014.

690 Vgl. dazu *LaFave*, S. 295; *LaFave/Israel/King/Kerr*, S. 839; ferner *Reinbacher*, Das Strafrechtssystem der USA, S. 147. Ob darüber hinaus auch andere international anerkannte Prinzipien, wie etwa das (aktive) Personalitätsprinzip oder das Staatsschutzprinzip für die Einzelstaaten gelten, ist noch nicht abschließend geklärt; vgl. *Fletcher/Sheppard*, S. 278.

691 *Baker*, 16 Rutgers L.J. 495, 502 (1985); *Beale*, 2 Encyclopedia of Crime & Justice 694 (2002); ausführlich zum Strafrecht des Bundes *Reinbacher*, Das Strafrechtssystem der USA, S. 86 ff.; *ders.*, DAJV-NL 2011, 50, 52 ff.

nationale Interessen betroffen sind oder, wie etwa bei der Hohen See, der Tatort außerhalb der Jurisdiktion der Einzelstaaten liegt.<sup>692</sup>

Die US-amerikanische Verfassung enthält nur wenige explizite strafrechtliche Spezialkompetenzen des Bundes, so etwa die Zuständigkeit für die Münzfälschung, U.S. Const. Art. I § 8 cl. 6, für Straftaten gegen das Völkerrecht und auf hoher See, U.S. Const. Art. I § 8 cl. 10, sowie für den Hochverrat gegen die Vereinigten Staaten, U.S. Const. Art. III § 3 cl. 2.

Neben diesen ausdrücklichen Kompetenzen sind inzwischen aber weitere Bereiche anerkannt, in welchen der Bund Strafrecht setzen und vollziehen darf. Er greift hierbei auf andere verfassungsmäßige Spezialzuständigkeiten zurück, in Verbindung mit der allgemeinen Befugnis aus U.S. Const. Art. I § 8 cl. 18, alle notwendigen und zweckdienlichen Gesetze zur Regelung seiner Zuständigkeitsbereiche zu erlassen (sog. „*necessary and proper clause*“).<sup>693</sup> Es ist schon seit der Zeit des ersten Congress anerkannt, dass auf diese allgemeine Kompetenz auch Strafgesetze gestützt werden können.<sup>694</sup> Steht einem Staatsteil die Gesetzgebungskompetenz für einen Bereich zu, so beinhaltet dies, wie bereits ausgeführt,<sup>695</sup> auch die Möglichkeit, Strafnormen zu erlassen. Man kann darüber streiten, ob es sich dabei um *implied powers* der jeweiligen Zuständigkeit des Bundes handelt, da sich seine Befugnis zum Erlass von Strafgesetzen bereits schlicht aus der insoweit geschriebenen Kompetenz des U.S. Const. Art. I § 8 cl. 18 ergibt.<sup>696</sup> Im Ergebnis hat sich dadurch aber der Gedanke durchgesetzt, dass der Bund nicht nur über die ausdrücklich genannten Zuständigkeiten verfügt, sondern alle damit in Zusammenhang stehenden zweckdienlichen Gesetze, und daher auch Strafnormen, erlassen darf.<sup>697</sup>

Zunächst besteht eine Zuständigkeit des Bundes für seine Territorien, U.S. Const. Art. I § 8 cl. 17. Diese umfassen u.a. den Regierungsbezirk (District of Columbia), die Nationalparks sowie Grundstücke des Bundes auf dem Gebiet der Gliedstaaten, auf welchen Institutionen des Bundes, wie Bundesgerichte oder Postämter, errichtet wurden. Hier darf er sogar allgemeines Strafrecht setzen<sup>698</sup> und hat daher etwa im Gesetzbuch für den District of Columbia umfassende Strafbestim-

692 *Reinbacher*, Das Strafrechtssystem der USA, S. 88.

693 Vgl. zu diesem Begriff *Bumgarner*, S. 6; *Reinbacher*, Das Strafrechtssystem der USA, S. 52; *ders.*, DAJV-NL 2011, 50, 52; *Stone/Seidman/Sunstein/Tushnet/Karlan*, S. 72; *Sutton*, S. 5 – *Schmid*, S. 20, verwendet hingegen die Bezeichnung „*coefficient clause*“.

694 Vgl. nur *McCulloch v. Maryland*, 17 U.S. 316, 416 (1819); *Logan v. United States*, 144 U.S. 263, 283 (1892); ferner *Beale*, 2 Encyclopedia of Crime & Justice 694 (2002); *LaFave*, S. 269 ff.; *Reinbacher*, Das Strafrechtssystem der USA, S. 56, 88; *ders.*, DAJV-NL 2011, 50, 52; *Welling/Beale/Bucy*, S. 2.

695 Oben 3. Kapitel B. II. 1. a).

696 *Stone/Seidman/Sunstein/Tushnet/Karlan*, S. 73.

697 Vgl. *McCulloch v. Maryland*, 17 U.S. 316, 413 (1819), *Reinbacher*, Das Strafrechtssystem der USA, S. 61.

698 Die meisten Strafvorschriften des Bundes finden sich im 18. Titel des Bundesgesetzbuches (18 United States Code kurz: 18 U.S.C.), unabhängig davon, auf welche verfassungsmäßige Kompetenz sie gestützt wurden. Für den Regierungsbezirk, *District of Columbia*, besteht hingegen ein eigenes Strafgesetzbuch.

mungen,<sup>699</sup> welche, wie in den Einzelstaaten, sämtliche Straftaten regeln, die innerhalb dieses Bundesgebietes begangen werden, sowie das diesbezügliche Strafverfahrensrecht<sup>700</sup> eingefügt. Des Weiteren werden Strafvorschriften zum Schutz direkter Interessen und Rechtsgüter des Bundes, etwa Personal, Institutionen oder Finanzmittel, mit dem Schutzprinzip begründet.<sup>701</sup> Jeder Staatsteil darf Normen zum Schutz seiner eigenen Organe und Mittel erlassen. So bestehen etwa Strafvorschriften hinsichtlich des Mordes am US-Präsidenten und sonstigen Bundesangestellten oder im Zusammenhang mit der Behinderung der Bundesjustiz.<sup>702</sup> Diese Bereiche des Bundesstrafrechts stehen ohne weiteres im Einklang mit der ursprünglichen föderativen Struktur und bildeten zunächst auch das ausschließliche Feld desselben.<sup>703</sup>

Die Strafvorschriften und Strafverfahrensnormen des Bundes sind über die 50 Untertitel des Bundesgesetzbuches (United States Code, kurz: U.S.C.) verteilt. Die Mehrzahl findet sich jedoch im 18. Titel des U.S.C., der auch die Überschrift „*Crimes and Criminal Procedure*“ trägt.<sup>704</sup> Zu nennen sind daneben etwa die Drogengesetze im 21. Titel des U.S.C. („*Food and Drugs*“) sowie die bereits angeführte Gesetzessammlung des District of Columbia.

Der Bund begann bereits seit der Zeit des Bürgerkrieges sowie insbesondere in der Wirtschaftskrise der 1920er Jahre und während der Weltkriege, seine Tätigkeit auch auf Felder auszuweiten, welche traditionell ausschließlich durch die Einzelstaaten geregelt worden waren. Dies gilt für das Bundesrecht im Allgemeinen, aber auch für den Bereich des Strafrechts im Besonderen. Da Strafsanktionen, wie ausgeführt, letztlich als ein Mittel (im Sinne von U.S. Const. Art. I § 8 cl. 18) unter vielen zur Ausübung der verfassungsmäßigen Befugnisse des Bundes gelten und viele Bundesgesetze sogleich mit Strafnormen versehen sind,<sup>705</sup> teilt das Strafrecht das Schicksal der Spezialkompetenzen und erfuh, ebenso wie das föderative System der Vereinigten Staaten insgesamt, eine deutliche Zentralisierung.

Ein wichtiger Grund für die Ausweitung des Bundesrechts liegt in der zunehmenden Vernetzung der Wirtschaft und des zwischenstaatlichen Handels. Auf die Handelsklausel, U.S. Const. Art. I § 8 cl. 3, gestützt nationale Vorschriften zur

699 District of Columbia Code, Title 22.

700 District of Columbia Code, Title 23.

701 Vgl. *Schwartz*, 13 Law & Contemp. Probs. 64, 66 (1948): „*federal self-defensive criminal jurisdiction*“.

702 Mord am US-Präsidenten: 18 U.S.C. § 1751 (a); Mord an sonstigen Bundesangestellten: 18 U.S.C. § 1114; Behinderung der Bundesjustiz: 18 U.S.C. §§ 1501 ff., so etwa Meineid vor Bundesgerichten: 18 U.S.C. §§ 1621 ff. Eine ausdrückliche Bestimmung besteht für den Hochverrat gegen die Vereinigten Staaten in U.S. Const. Art. III § 3 cl. 1., im Übrigen wird auf U.S. Const. Art. I § 8 cl. 18 rekuriert; zu weiteren Beispielen *Reinbacher*, Das Strafrechtssystem der USA, S. 97 ff.

703 Siehe zur Entwicklungsgeschichte des Bundesstrafrechts *Beale*, 2 Encyclopedia of Crime & Justice 694 (2002); *Rehn*, 108 Colum. L. Rev. 1991, 1993 ff. (2008); *Reinbacher*, Das Strafrechtssystem der USA, S. 57 ff.; *Welling/Beale/Bucy*, S. 2.

704 Vgl. auch *Reinbacher*, Das Strafrechtssystem der USA, S. 33.

705 *LaFave*, S. 270, Fn. 10; *Reinbacher*, Das Strafrechtssystem der USA, S. 57.

Regulierung der Gesamtwirtschaft wurden zunehmend als erforderlich erachtet.<sup>706</sup> Heute wird der überwiegende Teil der Bundesnormen, auch im Hinblick auf das Strafrecht, auf die Handelsklausel in Verbindung mit der Kompetenz zum Erlass notwendiger und zweckdienlicher Gesetze, U.S. Const. Art. I § 8 cl. 18, gestützt. Verantwortlich für die Expansion des Bundesrechts ist die extensive Interpretation der Bundeskompetenzen, insbesondere der Handelsklausel, durch den Congress, aber auch durch den U.S. Supreme Court. Schon zu Anfang des 19. Jahrhunderts setzte im höchsten Gericht unter Vorsitz des Verfassungsrichters *Marshall* (1801-1835) eine Phase des „gerichtlichen Nationalismus“ ein.<sup>707</sup> Das Verfassungsgericht entschied zu dieser Zeit, dass der Bund für den zwischenstaatlichen Handel ausschließlich zuständig ist, während lediglich die rein internen wirtschaftlichen Tätigkeiten innerhalb eines Gliedstaates von dieser Kompetenz ausgenommen sind.<sup>708</sup>

In der Restaurationsphase nach dem nord-amerikanischen Bürgerkrieg erschienen einheitliche Bundesgesetze des Weiteren notwendig zur Sicherung der Rechte der nun befreiten Sklaven. Die „*Civil Rights legislation*“ wird als entscheidender Wendepunkt hin zu einem zentralisierten Kurs des Rechts in den Vereinigten Staaten ausgemacht,<sup>709</sup> d.h. im Allgemeinen, aber auch im Bereich des Strafrechts. Seit dem Ende des Bürgerkrieges nahm das Bundesrecht eine rasante Entwicklung, welche u.a. auf innen- und außenpolitische Spannungen, zunehmende Vernetzung der Wirtschaft und des zwischenstaatlichen Handels sowie politische Grundsatzentscheidungen zurückgeführt werden kann. Nationale Regelungen sollten wirtschaftliche und gesellschaftspolitische Reformen gegen oftmals konservative Einzelstaaten, vornehmlich im Süden der Republik, durchsetzen.<sup>710</sup>

Diese Entwicklung gilt auch für das Strafrecht. Dies hat noch einen weiteren Grund. Bis in die Mitte des 19. Jahrhunderts hatte das Strafrecht noch als Aufgabe der lokalen Gesetzgebung und Gerichtsbarkeit gegolten und der Bund sich diesbezüglich auf seine Territorien und den „Selbstschutz“ seiner Institutionen beschränkt. Die wachsende Mobilität der Bevölkerung und der Straftäter führte aber dazu, dass die Einzelstaaten mit ihrer auf das eigene Territorium beschränkten Ju-

706 Vgl. dazu auch *Brickey*, 543 *Annals Am. Acad. Pol. & Soc. Sci.* 27 (1996).

707 *Reinbacher*, Das Strafrechtssystem der USA, S. 60 ff.; *Sutton*, S. 8, 77 ff.

708 *Gibbons v. Ogden*, 22 U.S. 1 (1829); dazu *Bumgarner*, S. 16 ff.; *Chemerinsky*, S. 243 ff.; *McGimsey*, 90 *Calif. L. Rev.* 1675, 1687 ff. (2002); *v. Mehren/Murray*, S. 109 ff.; *Reinbacher*, Das Strafrechtssystem der USA, S. 61 f.

709 Vgl. *Baker*, 16 *Rutgers L.J.* 495, 514 (1985); *Brickey*, 46 *Hastings L.J.* 1135, 1139 ff. (1995); ferner *Riker*, S. 63, 65 f. Auch Anti-Diskriminierungsgesetze werden dabei auf die Handelsklausel gestützt, da Rassendiskriminierung sich negativ auf den zwischenstaatlichen Handel auswirke: vgl. *Heart of Atlanta Motel v. United States*, 379 U.S. 241 (1964); *Katzenbach v. McClung*, 379 U.S. 294 (1964). Diese Praxis war seit den *Civil Rights Cases*, 109 U.S. 3 (1883), erforderlich geworden, da diese festgelegt hatten, dass entsprechende Bundesgesetze nicht auf die Zusatzartikel XIII und XIV gestützt werden können; dazu *Fletcher/Sheppard*, S. 173 ff., 201 ff.; *Reinbacher*, Das Strafrechtssystem der USA, S. 62; *Stonel/Seidman/Sunstein/Tushnet/Karlan*, S. 210 ff., 1584 ff.

710 Ausführlich *Reinbacher*, Das Strafrechtssystem der USA, S. 62 ff.

risdiktion den überregionalen Problemen und damit auch der Kriminalität zunehmend nicht mehr gewachsen schienen.<sup>711</sup> Das Bundesstrafrecht wurde als Hilfsinstrument zur Unterstützung der Einzelstaaten begriffen.<sup>712</sup> Strafnormen des Bundes werden heute wiederum im Wesentlichen, wenn auch nicht ausschließlich,<sup>713</sup> auf die Handelsklausel gestützt.

Bei seinen Entscheidungen hinsichtlich der Verfassungsmäßigkeit der Bundesgesetze galt es für den U.S. Supreme Court, die Notwendigkeit der Regelung für den zwischenstaatlichen Handel und die Effektivität der Strafverfolgung auf der einen und die Kompetenzen der Einzelstaaten auf der anderen Seite gegeneinander abzuwägen. Je nach Gewichtung der Kriterien fiel die Bewertung anders aus. Während das Gericht um die Jahrhundertwende zum 20. Jahrhundert mit konservativen Richtern besetzt war und sich vorübergehend noch für die Freiheit der Wirtschaft von staatlicher Reglementierung und damit auch oftmals zu Gunsten der Einzelstaaten einsetzte,<sup>714</sup> gab es diese Haltung unter dem Druck des US-Präsidenten *Franklin D. Roosevelt* (1933-1945) im Jahr 1937 auf. Dieser stieß in seinem „*New Deal*“ tief greifende Reformen der Wirtschafts- und Arbeitsbedingungen an.<sup>715</sup>

Seither wird insbesondere die Handelsklausel äußerst weit interpretiert. Der Congress kann nun auf diese Kompetenz gestützt sämtliche Aktivitäten regeln, die eine Auswirkung auf den zwischenstaatlichen Handel aufweisen. Auch das Bundesstrafrecht erreichte mit der Zeit des *New Deal* eine andere Dimension. Zwar sollte es weiterhin nur Bereiche nationalen Interesses betreffen, jedoch änderte sich die Wahrnehmung derselben, indem vielen Kriminalitätsfeldern nun eine gesamtstaatliche Bedeutung zugeschrieben wurde. Insbesondere die Organisierte Kriminalität geriet seit den 1920er Jahren verstärkt in den Blickpunkt und macht heute einen Schwerpunkt des Bundesstrafrechts aus.<sup>716</sup> Bereits 1937 stellte ein Congress-Ausschuss lapidar fest, dass die Einzelstaaten der Kriminalität nicht mehr alleine Herr werden könnten und daher das Bundesstrafrecht inklusive der Bundesbehörden als Hilfsinstrument eingesetzt werden müsse.<sup>717</sup> Denn strafrechtliche Normen des Bundes eröffnen gleichzeitig die zentrale Strafverfolgung. Dennoch muss das

711 *Beale*, 543 *Annals Am. Acad. Pol. & Soc. Sci.* 39, 41 (1996); *Brickey*, 46 *Hastings L.J.* 1135, 1141 ff. (1995); *Rehn*, 108 *Colum. L. Rev.* 1991, 1994 (2008); *Reinbacher*, Das Strafrechtssystem der USA, S. 64; siehe zur Strafverfolgung auf der Ebene der Einzelstaaten unten 3. Kapitel B. II. 2.

712 *Brickey*, 46 *Hastings L.J.* 1135, 1140 ff. (1995); vgl. insbesondere auch *Schwartz*, 13 *Law & Contemp. Probs.* 64, 73 (1948): „*auxiliary federal criminal law*“.

713 Eine weitere wichtige Grundlage für Strafnormen bilden z.B. die Kompetenzen für Steuern und für das Postwesen; vgl. dazu *Reinbacher*, Das Strafrechtssystem der USA, S. 112 f.

714 Als wichtige Entscheidungen seien genannt: *Schechter Poultry Corp. v. United States*, 295 U.S. 495 (1935); *Carter v. Carter Coal Co.*, 298 U.S. 238 (1936); vgl. dazu *Chemersinsky*, S. 247; *F.C. Mayer*, Kompetenzüberschreitung, S. 304 f.; *Reinbacher*, Das Strafrechtssystem der USA, S. 66.

715 Dazu *Beale*, 543 *Annals Am. Acad. Pol. & Soc. Sci.* 39, 41 (1996); *Chemersinsky*, S. 252 ff.; *F.C. Mayer*, Kompetenzüberschreitung, S. 305; *Rehn*, 108 *Colum. L. Rev.* 1991, 1994 (2008); *Reinbacher*, Das Strafrechtssystem der USA, S. 66 ff.; *Stone/Seidman/Sunstein/Tushnet/Karlan*, S. 192 ff.

716 Ausführlich zur Rolle der organisierten Kriminalität *Baker*, 16 *Rutgers L.J.* 495 (1985).

717 *Beale*, 543 *Annals Am. Acad. Pol. & Soc. Sci.* 39, 42 (1996).

Bundesrecht mit einer Spezialkompetenz des Bundes begründet werden können. Diese Aufgabe fällt vornehmlich der Handelsklausel zu.

Das auf die Handelskompetenz gestützte Strafrecht des Bundes hat sich von der offiziellen Zielsetzung der Wirtschaftsregulierung inzwischen erstaunlich weit entfernt. Der U.S. Supreme Court erkennt nunmehr grundsätzlich drei Fälle an, in welchen das Bundesstrafrecht auf die Handelsklausel gestützt werden darf:<sup>718</sup> (1) zum Schutz der zwischenstaatlichen Handelswege (*channels of interstate commerce*), (2) zum Schutz der Personen, die im zwischenstaatlichen Handel reisen sowie der Sachen, die im zwischenstaatlichen Handel transportiert oder als Transportmittel benutzt werden, sowie (3) bei Aktivitäten, die eine besondere Auswirkung auf den zwischenstaatlichen Handel entfalten.

Die ersten beiden Kategorien sind zwar mit dem Überschreiten von Binnengrenzen eng verbunden und bildeten auch die Grundlage der ersten Bundesstrafnormen, so etwa beim Mann Act des Jahres 1910, der den Transport von Frauen zu unmoralischen Zwecken, d.h. zur Prostitution, über die Grenze zwischen zwei Gliedstaaten unter Strafe stellte.<sup>719</sup> Inzwischen wird der Zusammenhang zwischen dem Tatmittel oder Tatobjekt und dem grenzüberschreitenden Handel jedoch sehr weit interpretiert. So ist die Handelsklausel etwa als verfassungsmäßiges Fundament einschlägig, wenn Tatobjekt oder Tatmittel vor der Tat Bestandteil des zwischenstaatlichen Handels waren oder aber überregionale Transport- und Kommunikationsmittel verwendet wurden.<sup>720</sup> So ist gemäß 18 U.S.C. § 1958 derjenige strafbar nach Bundesrecht, der einen anderen zur Ermordung eines Dritten anstiftet und zu diesem Zwecke entweder eine Fahrt oder einen Telefonanruf in einen anderen Gliedstaat tätigt, weil er damit Grenzen überschreitet oder Kommunikationsmittel des zwischenstaatlichen Handels einsetzt.<sup>721</sup> Das Internet als kommerzielle Handelsplattform hat der Bund ebenfalls als Grundlage seiner Strafvorschriften entdeckt und regelt sie im Zusammenhang mit Computerkriminalität als *Cyber-crimes*. Zur Begründung der diesbzgl. Bundeskompetenz werden angeführt (1) die überörtliche Natur der Delikte sowie (2) die effektivere Verfolgung durch Bundesbehörden.<sup>722</sup>

Noch uferloser erweist sich jedoch die dritte Kategorie, da hier nur noch verlangt wird, dass die Straftat irgendeine auch nur mittelbare Auswirkung auf den zwi-

718 *Perez v. United States*, 402 U.S. 146, 150 (1971); *United States v. Lopez*, 514 U.S. 549, 558 f. (1995); dazu *Reinbacher*, Das Strafrechtssystem der USA, S. 100 ff.

719 Dazu *Reinbacher*, Das Strafrechtssystem der USA, S. 101.

720 Vgl. zu den anerkannten Kategorien *Perez v. United States*, 402 U.S. 146, 150 (1971); *United States v. Lopez*, 514 U.S. 549, 558 (1995); *Gonzalez v. Raich*, 545 U.S. 1, 18 (2005); *Abrams/Beale/Klein*, S. 19 ff.; *Reinbacher*, Das Strafrechtssystem der USA, S. 101 ff.; *ders.*, DAJV-NL 2011, 50, 53.

721 Vgl. dazu *Abrams/Beale/Klein*, S. 21 f.; *Reinbacher*, Das Strafrechtssystem der USA, S. 102; *Welling/Beale/Bucy*, S. 6.

722 Ausführlich dazu *Forbes*, 20 Pace L. Rev. 189, 198 ff. (1999).

schenstaatlichen Handel aufweist.<sup>723</sup> Dieses Erfordernis wird in der Literatur auch als „*de minimis effect*“<sup>724</sup> bezeichnet. Eine solchermaßen ausreichende Auswirkung ist z.B. anzunehmen, wenn das Opfer durch die Tat der Mittel beraubt wurde, welche es sonst zu Warenkäufen im zwischenstaatlichen Handel eingesetzt hätte,<sup>725</sup> oder wenn sich aus der Addition der Taten, z.B. von kleinen Überfällen auf Läden des lokalen Einzelhandels, durch das so genannte „Aggregationsprinzip“ ein hinreichender negativer Einfluss auf die Gesamtwirtschaft herleiten lässt.<sup>726</sup> Üblicherweise wird der Bezug zum zwischenstaatlichen Handel als „*jurisdictional element*“ in den Strafstatuten explizit erwähnt, sodass dem U.S. Supreme Court eine Basis zur Überprüfung der Bundeskompetenz geliefert wird.<sup>727</sup> Nach dem so genannten „*Class of Activities Approach*“ ist jedoch auch dies dann nicht notwendig, wenn der Congress einer bestimmten Tätigkeit per se einen bedeutsamen Einfluss auf den zwischenstaatlichen Handel attestiert.<sup>728</sup> So konnte er etwa in 18 U.S.C. § 892 den Kreditwucher unter Strafe stellen, ohne dass ein Bezug zum zwischenstaatlichen Handel ausdrücklich in das Gesetz aufgenommen wurde. Der U.S. Supreme Court billigte die Verurteilung eines „Kredithais“ nach Bundesrecht, weil der Geldverleih eine wesentliche Einnahmequelle der organisierten Kriminalität sei, welche sich wiederum insgesamt überregional betätige.<sup>729</sup>

Es liegt auf der Hand, dass bei einer solchen Interpretation der Handelskompetenz heute kaum eine Tätigkeit nicht vom Bundesstrafrecht erfasst werden kann. Der U.S. Supreme Court hat die Ausweitung von Bundesrecht und Bundesjurisdiktion lange Zeit gebilligt, seit dem *New Deal* erklärte er Bundesstatuten regelmäßig nicht mehr wegen einer Kompetenzüberschreitung im Hinblick auf die Handelsklausel für verfassungswidrig. Der US-amerikanische Föderalismus hat sich seitdem insgesamt gewandelt<sup>730</sup> und mit ihm das Strafrechtssystem.

723 Dies ist anerkannt seit der Entscheidung *N.L.R.B. v. Jones & Laughlin Steel Corp.*, 301 U.S. 1 (1937); ausführlich zu dieser Kategorie *Reinbacher*, Das Strafrechtssystem der USA, S. 103 ff.

724 *Abrams/Beale/Klein*, S. 24; *Bradley*, 55 Hastings L.J. 574, 575 (2004).

725 Eine Bestrafung nach 18 U.S.C. § 1951 wurde als zulässig angesehen vom U.S. Court of Appeals (7th Cir.) in *United States v. DeMet*, 486 F.2d 816 (1973). Hier wurde Schutzgeld vom Inhaber einer Cocktail Lounge erpresst, der seine Getränke aus anderen Gliedstaaten bezog.

726 Das „Aggregationsprinzip“ ist anerkannt seit der Entscheidung *Wickard v. Filburn*, 317 U.S. 111, 125 (1942); dazu *Abrams/Beale/Klein*, S. 42; *Stone/Seidman/Sunstein/Tushnet/Karlan*, S. 225; für das Strafrecht übernommen durch U.S. Court of Appeals (11th Cir.) in *United States v. Guerra*, 164 F.3d 1358, 1361 (1999).

727 Dazu *Reinbacher*, Das Strafrechtssystem der USA, S. 103 f.

728 Dazu *Reinbacher*, Das Strafrechtssystem der USA, S. 106.

729 *Perez v. United States*, 402 U.S. 146 (1971); vgl. dazu *Baker*, 16 Rutgers L.J. 495, 530 (1985).

730 So ist angenommen worden, dass inzwischen aus einem „dualen Föderalismus“ ein „kooperativer Föderalismus“ geworden sei, in welchem es keine exklusiven Kompetenzen der Einzelstaaten mehr gebe, sondern die jeweiligen staatlichen Kompetenzen parallel (kooperativ) durch Bund und Gliedstaaten wahrgenommen werden; vgl. nur *Katz*, in: *Majeed/Watts/Brown*, S. 301, 397; *F.C. Mayer*, Kompetenzüberschreitung, S. 305; *Schütze*, S. 7 ff.; 88 ff.

Im Jahr 1995 verwarf das Verfassungsgericht in der Entscheidung *United States v. Lopez*<sup>731</sup> allerdings erstmalig nach fast 60 Jahren wieder ein Bundesgesetz wegen Überschreitung der Kompetenzen, interessanterweise ein Strafstatut. Dieses hatte den Besitz von Schusswaffen in Schulen unter Strafe gestellt. Es wurde für verfassungswidrig erklärt, da sich ein hinreichender Bezug zur Handelsklausel nach Ansicht des Gerichts in diesem Fall nicht herstellen ließ. Dabei spielten verschiedene Erwägungen eine Rolle. So sei insbesondere der Waffenbesitz keine ökonomische Tätigkeit, die Strafvorschrift enthielt kein „*jurisdictional element*“ und die Motive des Gesetzgebers seien ebenfalls nicht geeignet, einen hinreichenden Einfluss auf den zwischenstaatlichen Handel zu begründen.<sup>732</sup> Der U.S. Supreme Court betonte, es gelte bei der genauen Bestimmung der aufgeführten Zuständigkeiten des Congress die Unterscheidung zu wahren, welche Bereiche „wirklich national und welche wirklich lokal“ seien.<sup>733</sup> Die Erwartungen, dass die Bundesgerichte nunmehr insgesamt einen Kurs zu Gunsten der Einzelstaaten einschlagen werden, haben sich aber – zumindest für das Strafrecht – bislang kaum erfüllt,<sup>734</sup> auch der U.S. Supreme Court hat vielmehr inzwischen etwa den „*Class of Activities Approach*“ für Drogendelikte bestätigt.<sup>735</sup>

Die Handelsklausel bildet die wichtigste Grundlage für das Bundesstrafrecht, daneben kommen jedoch auch andere Kompetenztitel in Frage, wie etwa die Zuständigkeit für Steuern oder das Postwesen.<sup>736</sup> Erstere wurde etwa als Basis für die Anti-Drogengesetze eingesetzt, bevor die Handelsklausel auch diesbezüglich als einschlägig erachtet wurde.

#### Übersicht: Das Strafrecht des Bundes in den USA

- Straftaten auf dem Territorium des Bundes,
- Straftaten auf hoher See und in der Luft sowie im Bereich transnationaler Kriminalität und des Völkerrechts,
- Straftaten, welche Rechtsgüter des Bundes betreffen (z.B. wenn Personal oder Sachmittel des Bundes betroffen sind oder der Bund selbst direkt bedroht ist) sowie

731 *United States v. Lopez*, 514 U.S. 549 (1995); zu dieser Entscheidung *Abrams/Beale/Klein*, S. 28 ff.; *Bradley*, 55 *Hastings L.J.* 574, 576 ff. (2004); *Reinbacher*, Das Strafrechtssystem der USA, S. 107 ff.; *ders.*, *DAJV-NL* 2011, 50, 53 f.

732 *United States v. Lopez*, 514 U.S. 549, 561 ff. (1995).

733 *United States v. Lopez*, 514 U.S. 549, 567 f. (1995): „[...] *distinction between what is truly national and what is truly local*“; ähnlich bereits in *N.L.R.B. v. Jones & Laughlin Steel Corp.*, 301 U.S. 1, 29 (1937).

734 Siehe allerdings das – nicht-strafrechtliche – Urteil in: *United States v. Morrison*, 529 U.S. 598 (2000); vgl. dazu *Reinbacher*, Das Strafrechtssystem der USA, S. 72, 110 f.

735 *Gonzalez v. Raich*, 545 U.S. 1 (2005).

736 Vgl. dazu *Reinbacher*, Das Strafrechtssystem der USA, S. 112 f.

- Straftaten, welche nur indirekte Interessen des Bundes betreffen, aber einen hinreichenden Bezug zu seinen verfassungsmäßigen Kompetenzen aufweisen, insbesondere gestützt auf die Handelsklausel, und als Mittel der Durchführung der politischen Ziele oder der Unterstützung der Einzelstaaten dienen.

## 2. Gerichtszuständigkeit und Strafverfolgungskompetenz

### a) Dezentrale Strafverfolgung und Strafgerichte

Die Gliedstaaten verfolgen die in ihren Strafgesetzbüchern normierten Straftaten mittels eigener Behörden und Gerichte und vollstrecken sie in eigenen Strafvollzugsanstalten. Die Strafverfolgungs- und Gerichtszuständigkeit der Einzelstaaten ist dabei grundsätzlich territorial begrenzt. Daher kann es bei der Verfolgung grenzüberschreitender Kriminalität zu ähnlichen Problemen kommen wie zwischen Nationalstaaten.<sup>737</sup> Da die Einzelstaaten über weitaus mehr Befugnisse verfügen als in Deutschland, treten hier Konstellationen des divergierenden Partikularrechts wesentlich häufiger auf.<sup>738</sup>

Die Jurisdiktionen sind aber auch stärker voneinander getrennt als im deutschen Bundesstaat. Wird eine Straftat in mehreren Einzelstaaten begangen, so sind sie zumindest verfassungsmäßig nicht daran gehindert, die Tat parallel oder sukzessiv jeweils nach ihrem eigenen Recht zu verfolgen, denn es besteht kein horizontales Doppelbestrafungsverbot.<sup>739</sup> Teilweise haben sie aber entsprechende Verbote normiert.<sup>740</sup>

### b) Zentrale Strafrechtspflege

Auch der Bund unterhält eigene Gerichte und Bundesbehörden, die mit der Strafverfolgung betraut sind.<sup>741</sup> In jedem der Einzelstaaten besteht mindestens ein U.S. District Court als untere Instanz für Strafverfahren nach Bundesrecht.<sup>742</sup>

<sup>737</sup> Ausführlich zu diesen Problemen im Recht der Gliedstaaten in den USA *Reinbacher*, Das Strafrechtssystem der USA, S. 149 ff.

<sup>738</sup> Siehe oben zu vergleichbaren Problemen des interlokalen Strafrechts 3. Kapitel A. III. 1.

<sup>739</sup> *Heath v. Alabama*, 474 U.S. 82 (1985); vgl. auch noch unten 3. Kapitel B. III. 3.

<sup>740</sup> *Reinbacher*, Das Strafrechtssystem der USA, S. 182 f.; eine Aufzählung findet sich bei *LaFave*, S. 325, Fn. 27; *Stuckenberg*, S. 40, Fn. 205; siehe auch noch unten 3. Kapitel B. III. 3.

<sup>741</sup> Ausführlich zum Gerichtssystem und der Strafverfolgung des Bundes *v. Mehren/Murray*, S. 118 ff.; *Reinbacher*, Das Strafrechtssystem der USA, S. 115 ff.; *ders.*, DAJV-NL 2011, 50, 54; *Richman*, 2 Encyclopedia of Crime & Justice 698 (2002); *Schmid*, S. 46 f.

<sup>742</sup> Insgesamt bestehen 94 untere Gerichtsbezirke (*districts*) des Bundes; vgl. *Reinbacher*, Das Strafrechtssystem der USA, S. 116.

Zweite Instanz bilden die U.S. Courts of Appeals,<sup>743</sup> höchste Instanz der U.S. Supreme Court. In jedem District ist ein Staatsanwalt des Bundes (U.S. Attorney) zuständig für Strafverfolgung und Anklagen nach Bundesrecht.<sup>744</sup> Als wichtige mit der Ermittlung von Straftaten nach Bundesrecht betraute Behörden sind z.B. Federal Bureau of Investigation (FBI)<sup>745</sup> und Drug Enforcement Administration (DEA) zu nennen. Schließlich erfolgt auch die Vollstreckung nach Bundesrecht verurteilter Straftäter in Bundesgefängnissen.

### III. Interaktion der Ebenen

Auch im Strafrechtssystem der USA stellen sich bezüglich der Interaktion der Ebenen verschiedene wichtige Fragen. Dies gilt gerade auf Grund der besonderen Eigenständigkeit und Trennung derselben.

#### 1. Verhältnis der Rechtsnormen

Zunächst muss geklärt werden, in welchem Verhältnis die Kompetenzen und das auf diese gestützte materielle Recht der Ebenen stehen. Denn auch in den USA können der Rechtssetzung des jeweiligen Rechtskreises durch die verfassungsmäßigen Kompetenzen der anderen Ebene Grenzen gesetzt sein. Felder ausschließlicher verfassungsmäßiger Zuständigkeit sind inzwischen jedoch höchst selten,<sup>746</sup> die Bundeszuständigkeit besteht nach heutiger Sicht stattdessen vielfach parallel zu derjenigen der Gliedstaaten („*concurrent power*“).<sup>747</sup> Sind beide Rechtskreise von der Verfassung her zuständig, so ist weiter zu untersuchen, ob das kodifizierte Recht einer Ebene Gesetze der anderen ausschließt. Diese Frage wird in föderativen Staaten häufig durch konstitutionelle Vorrangregelungen beantwortet. Ähnlich wie dem deutschen Art. 31 GG<sup>748</sup> lässt sich auch U.S. Const. Art. IV cl. 2 (*supremacy clause*) entnehmen, dass sowohl Bundesverfassung als auch einfaches Bundesrecht dem einzelstaatlichen Recht vorgehen. Trotz der grundsätzlichen Unabhängigkeit der Ebenen im US-amerikanischen Strafrechtssystem bleibt daher zunächst die Bundesverfassung der höchste und von allen Staatsteilen zu beachtende Maßstab.

743 Diesbezüglich sind mehrere *districts* zu größeren Gerichtsbezirken für die zweite Instanz (*circuits*) zusammengefasst; insgesamt bestehen zurzeit 12 *circuits*; vgl. *Reimbacher*, Das Strafrechtssystem der USA, S. 116.

744 Dazu *Livingston*, 2 Encyclopedia of Crime & Justice 1253 (2002); siehe zum Verfahrensgang nach Bundesrecht auch *Krißmann*, S. 197 ff.; zur Geschichte der öffentlichen Staatsanwaltschaft *Goldstein*, 2 Encyclopedia of Crime & Justice 1242 (2002).

745 Dazu *Brandl*, 2 Encyclopedia of Crime & Justice 686 (2002); *Ellermann*, S. 92 ff.

746 So etwa bei der Münzprägung: U.S. Const. Art. I § 8 cl. 5 weist dem Bund das Recht zur Münzprägung zu, während U.S. Const. Art. I § 10 cl. 1 bestimmt, dass die Einzelstaaten keine Münzen prägen dürfen.

747 *Reimbacher*, Das Strafrechtssystem der USA, S. 76; *ders.*, DAJV-NL 2011, 50, 54; *Stone/Seidman/Sunstein/Tushnet/Karlan*, S. 231; *Stuckenberg*, S. 37.

748 Siehe dazu oben 3. Kapitel A. III. 1.; vgl. zu den Vorläufern in Art. 2 RV 1871 und in Art. 13 WRV oben 3. Kapitel A. I. 2. b) und c).

Wegen der durch die U.S. Constitution gewährten Grundrechte kam es daher z.B. auch zu zahlreichen Angleichungen von Prozessrechten der Einzelstaaten durch Urteile des U.S. Supreme Courts oder gar unterer Bundesgerichte.<sup>749</sup> Denn Verstöße gegen in der Bundesverfassung etablierte Rechte durch die Einzelstaaten können vor den einfachen Bundesgerichten und letztinstanzlich auch vor dem U.S. Supreme Court geltend gemacht werden, 18 U.S.C. § 3626.<sup>750</sup> In einer besonders aktuellen Entscheidung<sup>751</sup> bezeichnete das Verfassungsgericht etwa den kalifornischen Strafvollzug als verfassungswidrige Strafe im Sinne von Amendment VIII der U.S. Constitution, was eine Umstrukturierung des gesamten Strafvollzugssystems dieses Gliedstaates zur Folge hatte.<sup>752</sup>

Der Vorrang des einfachgesetzlichen Bundesstrafrechts gegenüber einzelstaatlichen Regelungen ist hingegen weitaus weniger eindeutig. Im US-amerikanischen Verfassungsrecht sind in Interpretation der Vorrangklausel in U.S. Const. Art. IV cl. 2 inzwischen einige Fälle des Ausschlusses des Rechts der Gliedstaaten durch das einfache Bundesrecht anerkannt. Dies sind insbesondere die Fälle (1) des expliziten Ausschlusses des Rechts der Einzelstaaten in der Bundesvorschrift, (2) des Widerspruchs des einzelstaatlichen Rechts zum Bundesrecht (sog. *conflict preemption*) und (3) der vollständigen Belegung eines gesamten Feldes durch den Bund (sog. *field preemption*).<sup>753</sup>

Sämtliche Bereiche greifen jedoch im Strafrecht selten. Es wird stattdessen von einer starken Vermutung gegen den Ausschluss von einzelstaatlichem Strafrecht durch das Bundesstrafrecht ausgegangen.<sup>754</sup> So finden sich kaum explizite Ausschlüsse des Rechts der Gliedstaaten in Bundesvorschriften. Liegt ein solcher ausdrücklicher Hinweis nicht vor, so können nur die beiden anderen Gründe greifen. Es wird jedoch wiederum äußerst selten von einem Konflikt der Gesetze ausgegangen,<sup>755</sup> selbst dann nicht, wenn nahezu identische Strafnormen bestehen, unter Umständen mit unterschiedlicher Strafdrohung. Dies hat verschiedene Gründe. Erstens wird ein Konflikt von Vorschriften regelmäßig nur dann angenommen, wenn diese sich gegenseitig ausschließen, sodass es den Bürgern unmöglich ist, beide zu befolgen.<sup>756</sup> Dies ist aber im Strafrecht kaum der Fall, denn dann müsste etwa ein Strafgesetz des Bundes ein Verhalten verbieten, welches die Gesetze des Gliedstaates explizit vorschreiben. Zweitens intendiert der Bund den Ausschluss von einzelstaatlichem Strafrecht gar nicht, da seine Rechtsordnung – inklusive der Ge-

749 Vgl. dazu auch Sieber, ZStW 103 (1991), 957, 962.

750 Reinbacher, NK 2012, 45.

751 *Brown v. Plata*, 563 U.S. \_\_ (2011).

752 Ausführlich dazu Reinbacher, NK 2012, 45.

753 Dazu Reinbacher, Das Strafrechtssystem der USA, S. 77 ff.; ders., DAJV-NL 2011, 50, 55.

754 *Abrams/Beale/Klein*, S. 99 f.; Reinbacher, Das Strafrechtssystem der USA, S. 79; ders., DAJV-NL 2011, 50, 55; so auch explizit *Jones v. United States*, 529 U.S. 848, 859 (2000).

755 *LaFave*, S. 258; *Welling/Beale/Bucy*, S. 5.

756 Vgl. *Florida Lime & Avocado Growers, Inc. v. Paul*, 373 U.S. 132, 142-143: „physical impossibility“; dazu Reinbacher, Das Strafrechtssystem der USA, S. 78; ders., DAJV-NL 2011, 50, 55.

richte und Strafverfolgungsbehörden – gerade parallel als Instrument zur Unterstützung der Gliedstaaten bestehen und operieren soll.<sup>757</sup> Drittens darf der Bund die Einzelstaaten nicht verpflichten, seine Gesetze und Ziele durchzusetzen.<sup>758</sup> Daraus wird geschlossen, dass ein Unterschied bestehe zwischen einer – nicht zulässigen – Anweisung der Einzelstaaten zum Handeln (*commandeering*) und einem Verbot des Handelns der Gliedstaaten (*preemption*).<sup>759</sup> Auf die Gesetzgebungsebene übertragen bedeute dies, dass der Bund zwar Gesetze der Einzelstaaten verhindern, jedoch keine Gesetze erzwingen dürfe.<sup>760</sup> Ist also ein Verhalten nach einzelstaatlichem Recht straflos und stellt der Bund es nun unter Strafe, so schließt er nur eine seiner Ansicht nach bestehende Lücke, ein Konflikt erwächst daraus jedoch nicht und die Gliedstaaten können nicht verpflichtet werden, ihrerseits tätig zu werden.<sup>761</sup> Mikos<sup>762</sup> führt diesen Gedanken weiter und schlägt vor, dass nicht jedes einzelstaatliche Gesetz außer Kraft gesetzt werden dürfe, sondern nur ein solches, das für den Bürger Reglementierungen und Verbote vorsehe und somit vom „Naturzustand“ abweiche, nicht aber ein solches, das entkriminalisiere. Auf diese Weise könnten nur strengere gliedstaatliche Gesetze verhindert werden.

Schließlich wird auch kaum angenommen, dass der Bund ein Feld ausschließlich belegt habe. Ein Beispiel hierfür bietet jedoch der Hochverrat gegen die Vereinigten Staaten. Diesbezüglich entschied der U.S. Supreme Court im Jahr 1953 in der Sache *Pennsylvania v. Nelson*, dass der Bund dieses Feld vollständig belegt habe, sodass entsprechende einzelstaatliche Vorschriften ausgeschlossen sind.<sup>763</sup> Später ist dieser Ausschlussgrund im Strafrecht jedoch nicht mehr angewandt worden.

Die durch diese restriktive Interpretation der Vorrangklausel begünstigte Überlappung der Jurisdiktionen wird im Strafrecht ganz offensichtlich nicht als schädlich empfunden, sondern als notwendige und erwünschte Folge des modernen föderativen Systems. Ersteres, weil die Vorschriften sich jeweils mit einer verfassungsmäßigen Kompetenz begründen lassen, und Letzteres, weil auf diese Weise ein möglichst umfassendes Netz der Strafnormen geschaffen wird und das Bundesstrafrecht das einzelstaatliche Recht ergänzen soll. Dadurch besteht neben der Verfolgung durch die einzelstaatlichen Behörden die Option des Eingreifens des Bundes entweder als paralleles oder als sukzessives oder gar als das einzelstaatliche Tätigwerden ersetzendes Verfahren, ferner sowohl in Form eines eigenständigen Tätigwerdens als auch der Kooperation der zentralen und dezentralen Behörden. Insgesamt wird angenommen, dass der Charakter des US-amerikanischen Bundes-

757 Vgl. Reinbacher, Das Strafrechtssystem der USA, S. 79.

758 *Printz v. United States*, 521 U.S. 898, 920 (1997).

759 Mikos, 62 Vand. L. Rev. 1421, 1445 ff. (2009) m.w.N.

760 Mikos, 62 Vand. L. Rev. 1421, 1445 ff. (2009) m.w.N.

761 Vgl. auch Beale, 543 Annals Am. Acad. Pol. & Soc. Sci. 39, 44 (1996); ferner Reinbacher, Das Strafrechtssystem der USA, S. 81 f.

762 Mikos, 62 Vand. L. Rev. 1421, 1446 ff. (2009) m.w.N.

763 *Pennsylvania v. Nelson*, 350 U.S. 497 (1953).

staates sich von seinem ursprünglich dualen Föderalismus in Richtung eines kooperativen Modells entwickelt habe.<sup>764</sup> In 18 U.S.C. § 351 (f) ist indes der Ausschluss der Strafverfolgung durch die Behörden der Einzelstaaten bei einem Tätigwerden der Bundesbehörden vorgesehen.<sup>765</sup> Hierin läge zwar eine Möglichkeit der Auflösung der Überschneidung der Jurisdiktionen. Diese Vorschrift bezieht sich aber ausschließlich auf die in 18 U.S.C. § 351 genannten Verbrechen der Ermordung oder Entführung von Bundesangestellten, wie etwa von Abgeordneten im Congress oder von Bundesrichtern. Vergleichbare Vorschriften für andere Kriminalitätsbereiche existieren bislang aber nicht.<sup>766</sup>

Eine interessante Aktualität kommt dieser Frage u.a. in Bezug auf die Drogenetze des Bundes einerseits und einzelner Gliedstaaten, wie insbesondere Kalifornien, andererseits zu.<sup>767</sup> In Kalifornien sind Anbau und Konsum von Marihuana zu medizinischen Zwecken erlaubt, im November 2010 scheiterte in einem Volksentscheid zudem nur knapp die so genannte *Proposition 19*, nach welcher auch der private nicht-medizinische Konsum der Substanz vollständig legalisiert worden wäre.<sup>768</sup> Die Bundesstrafgesetze sehen hingegen harsche Strafen für jegliche Art des Umgangs mit der Droge vor. Es ist sehr fraglich, ob die Vorrangklausel hier zum Einsatz gelangt wäre mit der Folge der Außerkraftsetzung des einzelstaatlichen Rechts. Dies ist in der Vergangenheit auch im Hinblick auf die medizinische Nutzung nicht geschehen,<sup>769</sup> welche nach Bundesrecht verboten ist. Denn der Bund kann den Einzelstaaten nicht vorschreiben, welche Drogenpolitik sie betreiben sollen.<sup>770</sup>

## 2. Verfolgungszuständigkeit und Kooperation der Ebenen

Überlagern sich die Rechtsordnungen verschiedener Ebenen, so ist zu klären, welches materielle Strafrecht im konkreten Fall zur Anwendung kommt und welche Ebene tätig wird. Befinden sich Täter oder Beweise außerhalb der eigenen Jurisdiktion, so ist weiterhin u.U. eine Rechtshilfe erforderlich. Im US-amerikanischen Strafrecht fallen die Anwendbarkeit des materiellen Rechts und die Zuständigkeit zur Strafverfolgung zusammen. Die Strafgewalt der Einzelstaaten ist im Wesentlichen auf ihr Territorium beschränkt, die Behörden und Gerichte des Bundes ope-

<sup>764</sup> Schütze, S. 7.

<sup>765</sup> In 18 U.S.C. § 351 (f) heißt es: „If Federal investigative or prosecutive jurisdiction is asserted for a violation of this section, such assertion shall suspend the exercise of jurisdiction by a State or local authority, under any applicable State or local law, until Federal action is terminate“; vgl. dazu *Abrams/Beale/Klein*, S. 100.

<sup>766</sup> *Abrams/Beale/Klein*, S. 100.

<sup>767</sup> Dazu ausführlich *Reinbacher*, DAJV-NL 2011, 50.

<sup>768</sup> Dazu ausführlich *Reinbacher*, DAJV-NL 2011, 50.

<sup>769</sup> Dazu *Kreit*, 13 Chap. L. Rev. 555 (2010).

<sup>770</sup> *Kreit*, 13 Chap. L. Rev. 555, 572 (2010); *Mikos*, 62 Vand. L. Rev. 1421, 1445 ff. (2009) m.w.N.

rieren hingegen auf dem gesamten Gebiet der Vereinigten Staaten.<sup>771</sup> Daher überlagert sich mit dem materiellen Recht auch die Verfolgungszuständigkeit. Die Entscheidung, ob eine Ebene in der Praxis tatsächlich verfolgt wird, wird durch die jeweils zuständige Staatsanwaltschaft des Einzelstaates oder des Bundes getroffen.<sup>772</sup> Das US-amerikanische Strafrecht kennt keinen Verfolgungszwang im Sinne des deutschen Legalitätsprinzips, sodass die Behörden selbstständig entscheiden können, ob überhaupt verfolgt wird.<sup>773</sup> Dadurch wird ein so genanntes *Forum Shopping* begünstigt,<sup>774</sup> nämlich die (willkürliche) Entscheidung für die Rechtsordnung, welche die geringsten prozessualen Anforderungen an die Beweisgewinnung stellt oder die höchste Strafe zulässt.<sup>775</sup> Besonders bekannt ist das Beispiel der beiden minderjährigen Heckenschützen, die in mehreren Einzelstaaten Menschen erschossen und jeweils eine Geldzahlung in Millionenhöhe gefordert hatten, um weitere Anschläge zu vermeiden. Für die Strafverfolgung gewählt wurde letztlich der Gliedstaat, in dem die Todesstrafe angewandt werden konnte.<sup>776</sup> In diesem Zusammenhang problematisch ist ferner die Übergabe von Beweismitteln von einer Rechtsordnung an die andere, welche in den USA durchaus üblich ist,<sup>777</sup> insbesondere da parallele oder sukzessive Verfahren durch verschiedene Jurisdiktionen nicht ausgeschlossen sind.<sup>778</sup> Wurden Beweismittel in einem anderen Gliedstaat oder durch die Bundesbehörden auf eine Weise erlangt, die im Einzelstaat, der nun verfolgen will, nicht zulässig gewesen wäre, so entscheidet dieser selbst, ob die Beweise verwertbar sind.<sup>779</sup>

Zentrale Regelungen zur Koordination der Strafverfolgung finden sich, anders als z.B. innerhalb der EU,<sup>780</sup> kaum. Daher sind auch die Zulässigkeit der Nacheile oder Ermittlungen auf fremdem Gebiet vom Recht des jeweiligen Einzelstaates, in dem der Täter sich befindet, d.h. in dem die entsprechenden Maßnahmen durchgeführt werden sollen, abhängig.<sup>781</sup>

Auch die Auslieferung eines Straftäters zwischen den Einzelstaaten ist nicht ohne Hindernisse. Zwar ist sie in U.S. Const. Art. IV § 2 cl. 2 grundsätzlich vorgeschrieben, in der Vergangenheit hatte es jedoch durchaus Probleme zwischen den Glied-

771 Vgl. ferner zu extra-territorialen Zuständigkeiten und dem „Strafanwendungsrecht“ des Bundes *Thaman*, in: Sinn, Jurisdiktionskonflikte, S. 475 ff.

772 Siehe dazu *Jeffries/Gleeson*, 46 Hastings L.J. 1095, 1099 (1995); *Reinbacher*, Das Strafrechtssystem der USA, S. 171 f.; *ders.*, DAJV-NL 2011, 50, 56.

773 *Dubber*, Einführung, S. 9; *Reinbacher*, Das Strafrechtssystem der USA, S. 171; *Stuckenberger*, S. 10; vgl. zur Ausübung des Ermessens der Bundesbehörden *O'Neill*, 79 Notre Dame L. Rev. 221 (2003).

774 *Abrams/Beale/Klein*, S. 80 ff.; *Reinbacher*, Das Strafrechtssystem der USA, S. 175 ff.

775 Vgl. auch *Ambos*, Intern. Strafrecht, § 9 Rn. 12; *Sieber*, in: Sieber/Brüner/Satzger/v. Heintschel-Heinegg, Einführung Rn. 225; *Vogel*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, 51. EL 2013, Art. 82 AEUV Rn. 79.

776 Vgl. dazu *Ambos*, Intern. Strafrecht, § 1 Rn. 45; *Reinbacher*, Das Strafrechtssystem der USA, S. 176 f.

777 Vgl. dazu *Bloom/Massey*, 79 U. Colo. L. Rev. 381 (2008); *Reinbacher*, Das Strafrechtssystem der USA, S. 177.

778 Siehe zur Frage der sukzessiven Verfahren noch unten 3. Kapitel B. III. 3.

779 *Reinbacher*, Das Strafrechtssystem der USA, S. 177.

780 Siehe zum System der Rechtshilfe in der Europäischen Union noch unten 4. Kapitel C. III. 2.

781 Vgl. dazu *Reinbacher*, Das Strafrechtssystem der USA, S. 149 ff.

staaten gegeben, weil diese die Auslieferung teilweise verweigerten. Der U.S. Supreme Court hatte sich hier zunächst noch deutlich zurückgehalten und nur eine rein „moralische“ Pflicht zur Auslieferung angenommen.<sup>782</sup> Die Entscheidung erging kurz vor Ausbruch des Bürgerkrieges und hatte einigen politischen Zündstoff, da die verweigerte Auslieferung eines Mannes im Raume stand, der in einem der Südstaaten einem Sklaven zur Flucht verholfen haben sollte. Erst 1987 wurde diese Rechtsprechung aufgegeben, sodass inzwischen Bundesgerichte Auslieferungsersuchen durchsetzen können.<sup>783</sup> Dennoch ist sie auch weiterhin von der Entscheidung des jeweiligen Gouverneurs des ausliefernden Einzelstaates abhängig. Zudem darf ein Gliedstaat vor einer Auslieferung zunächst ein eigenes Verfahren durchführen und auch vollstrecken.<sup>784</sup> Sowohl bei der Nacheile als auch bei der Auslieferung nahm die *National Conference of Commissioners on Uniform State Laws* jedoch einen Bereich an, der ihrer Meinung nach einheitlich geregelt werden sollte, und schlug jeweils „*Uniform Acts*“ vor, die auch von etlichen Gliedstaaten umgesetzt wurden.<sup>785</sup>

Es werden jedoch nicht selten so genannte *Joint Task Forces* gebildet, in welchen Behörden des Bundes und der Einzelstaaten zusammen operieren.<sup>786</sup>

### 3. Doppelbestrafung

Schließlich stellt sich bei einer Überlagerung der Jurisdiktionsbereiche der Ebenen die Frage, ob eine doppelte Strafverfolgung möglich ist. In den Vereinigten Staaten schließt Zusatzartikel V der US-amerikanischen Verfassung eine „*double jeopardy*“ zwar aus.<sup>787</sup> Die Bestimmung hat aber nach der vom U.S. Supreme Court entwickelten „*Dual Sovereignty Doctrine*“<sup>788</sup> nur Geltung innerhalb eines Staatsteils, da sowohl der Bund als auch die Gliedstaaten als unabhängige „Souveräne“ behandelt werden. Daher dürfen sowohl der Bund und ein Einzelstaat<sup>789</sup> als auch zwei Gliedstaaten<sup>790</sup> parallele oder sukzessive Strafverfahren durchführen.<sup>791</sup>

782 *Kentucky v. Dennison*, 65 U.S. 66 (1861).

783 *Puerto Rico v. Branstad*, 483 U.S. 219, 230 (1987).

784 *Taylor v. Taintor*, 83 U.S. 366, 371 (1873); vgl. *Reinbacher*, Das Strafrechtssystem der USA, S. 159 f.

785 Vgl. *Reinbacher*, Das Strafrechtssystem der USA, S. 152, 159.

786 Dazu *Guerra*, 73 N.C.L. Rev. 1160, 1182 ff. (1995); *Reinbacher*, Das Strafrechtssystem der USA, S. 168.

787 U.S. Const. Amend. V: [...] nor shall any person be subject for the same offence to be twice put in jeopardy of life or limb.

788 Dazu *Amar/Marcus*, 95 Colum. L. Rev. 1 (1995); *Guerra*, 73 N.C.L. Rev. 1160 (1995); *Stuckenberg*, S. 37 ff.; vgl. auch *Merkel*, 31 Colum. Hum. Rts. L. Rev. 175 (1999).

789 *United States v. Lanza*, 260 U.S. 377 (1922); *Abbate v. United States*, 359 U.S. 187 (1959); *Bartkus v. Illinois*, 359 U.S. 121 (1959) (auch der *Due Process Clause*, Zusatzartikel XIV., verbietet dies selbst dann nicht, wenn im Wesentlichen dieselben Beweise verwendet werden, sofern kein „Scheinverfahren“ vorliegt); dazu *Reinbacher*, Das Strafrechtssystem der USA, S. 178 ff.

790 *Heath v. Alabama*, 474 U.S. 82 (1985); *Reinbacher*, Das Strafrechtssystem der USA, S. 162 f.

791 Vgl. zur Kritik in der US-amerikanischen Literatur ABA Report, S. 28; *Abrams/Beale/Klein*, S. 95 ff.; *Beale*, Am. U. L. Rev. 747, 770 ff. (2005); *Reinbacher*, Das Strafrechtssystem der USA, S. 181.

Die Einzelstaaten haben jedoch teilweise (mit unterschiedlichen Voraussetzungen) ein entsprechendes Verbot normiert,<sup>792</sup> auch einige Bundesvorschriften sehen in Bezug auf bestimmte Straftaten explizit vor, dass ein Verfahren nach einer Aburteilung in einem der Einzelstaaten ausgeschlossen ist,<sup>793</sup> ein bundesweites Verbot doppelter Verfahren existiert jedoch nicht. Für die Bundesbehörden wurde im Anschluss an die Entscheidung *Petit v. United States*<sup>794</sup> aber immerhin die so genannte „*Petit Policy*“ eingeführt und in den Dienstvorschriften der Bundesstaatsanwälte (United States Attorneys' Manual, kurz: USAM) festgehalten.<sup>795</sup> Nach Kapitel 9-2.031 USAM soll bei einer bereits erfolgten Strafverfolgung durch einen Gliedstaat kein erneutes Verfahren nach Bundesstrafrecht durchgeführt werden, solange keine zwingenden Gründe bestehen. Solche liegen etwa vor, wenn ein substantielles Interesse des Bundes berührt ist, durch die Einzelstaaten nicht ausreichend befriedigt wurde und ein hinreichender Tatverdacht hinsichtlich einer entsprechenden Straftat vorliegt. Letztlich bleibt aber auch hier das Ermessen der Staatsanwaltschaft maßgeblich, da diese Richtlinie letztlich nicht justiziabel ist.<sup>796</sup>

#### IV. Zusammenfassung

Das Strafrecht der USA war ursprünglich primär als dezentrale Zuständigkeit der Einzelstaaten konzipiert. Daneben kamen dem Bund nur verschiedene Spezialkompetenzen zu, welche ihn selbst oder die Nation insgesamt betreffen. Die zentrale Ebene hat ihre Jurisdiktion aber durch extensive Interpretation der Bundeskompetenzen weit ausgedehnt, sodass das materielle Bundesstrafrecht heute nahezu parallel zum Strafrecht der Gliedstaaten verläuft. Dennoch werden nur etwa 5 % der Strafverfahren in den USA tatsächlich durch Bundesgerichte und Bundesbehörden durchgeführt,<sup>797</sup> was insbesondere den begrenzten Ressourcen des Bundes geschuldet ist. Daher bleibt das Strafrecht der Vereinigten Staaten in seiner tatsächlichen praktischen Umsetzung weiterhin stark dezentralisiert. Die zentrale Strafverfolgung wird teilweise durch die vom US-Justizministerium festgelegten Schwerpunkte der Strafverfolgung („*enforcement priorities*“) oder besonderen Missionen des Bundes, wie etwa den groß angekündigten „*War on Drugs*“ oder

792 *Reinbacher*, Das Strafrechtssystem der USA, S. 182 f. Eine Aufzählung findet sich bei *LaFave*, S. 325, Fn. 27; *Stuckenberg*, S. 40, Fn. 205.

793 Vgl. etwa 18 U.S.C. § 659: „A judgment of conviction or acquittal on the merits under the laws of any State shall be a bar to any prosecution under this section for the same act or acts“; vgl. ferner *Abrams/Beale/Klein*, S. 102, mit weiteren Beispielen.

794 *Petit v. United States*, 361 U.S. 529 (1960).

795 Siehe dazu *Abrams/Beale/Klein*, S. 101 ff.; *Guerra*, 73 N.C.L. Rev. 1160, 1195 ff. (1995); *Litman/Greenberg*, 543 Annals Am. Acad. Pol. & Soc. Sci. 72, 75 ff. (1996); *Merkel*, 31 Colum. Hum. Rts. L. Rev. 175, 200 (1999); *Reinbacher*, Das Strafrechtssystem der USA, S. 183 f.; *Stuckenberg*, S. 39 f.

796 *Abrams/Beale/Klein*, S. 107 f.; *Reinbacher*, Das Strafrechtssystem der USA, S. 184.

797 ABA Report, S. 19; *Reinbacher*, Das Strafrechtssystem der USA, S. 169.

kürzlich den „*War on Terrorism*“,<sup>798</sup> gesteuert und auf besondere Kriminalitätsfelder fokussiert, die Entscheidung bleibt aber dennoch der Staatsanwaltschaft im Einzelfall überlassen. Da es sich um ein „Trennmodell“ handelt, verfolgt jede Ebene Straftaten nach ihrem jeweiligen Recht selbstständig mit Gerichten und Behörden.

*Übersicht: Modell USA. Dezentrales Strafrecht, zentrales Bereichsstrafrecht, getrenntes Gerichtssystem (Trennmodell)*

	Zentrale Ebene	Dezentrale Ebene
<b>Legislative Kompetenz</b>	Spezielle Kompetenz zum Erlass von Strafnormen und Strafprozessrecht in Einzelbereichen sowie im Zusammenhang mit sonstigen Bundeskompetenzen	Umfassende allgemeine und primäre Kompetenz zur Setzung von Strafnormen und Strafprozessrecht im lokalen Bereich
<b>Strafverfolgungskompetenz</b>	Staatsanwaltschaft und Polizei des Bundes zuständig für Verfolgung von Straftaten nach Bundesrecht	Staatsanwaltschaft und Polizei der Gliedstaaten zuständig für Verfolgung von Straftaten nach dem Recht des jeweiligen Einzelstaates
<b>Gerichtszuständigkeit</b>	Bundesgerichte zuständig für Anklagen nach Bundesrecht	Gerichte der Gliedstaaten zuständig für Anklagen nach dem Recht des jeweiligen Einzelstaates

<sup>798</sup> *Abrams/Beale/Klein*, S. 116 ff., 707 ff.; *Lynch*, 2 *Encyclopedia of Crime & Justice* 1246, 1252 f. (2002); siehe zum „*War on Drugs*“ *Brickey*, 46 *Hastings L.J.* 1135, 1148 ff. (1995); *Guerra*, 73 *N.C.L. Rev.* 1160, 1180 ff. (1995); grundsätzlich kritisch zum „*War on Crime*“ der Vereinigten Staaten *Dubber*, 91 *J. Crim. L. & Criminology* 829 (2001).

## C. Kanada

### I. Konstitutioneller Hintergrund

Auch in Kanada findet sich ein Mehrebenensystem<sup>799</sup> in der Form eines föderativen Staates,<sup>800</sup> welcher allerdings mit einer konstitutionellen Monarchie kombiniert ist. Im kanadischen Verfassungsrecht wird für den 1867 geschaffenen Staat zuweilen die Terminologie „Konföderation“ verwendet.<sup>801</sup> Da diese Bezeichnung mit dem oben<sup>802</sup> angeführten Verständnis nicht ganz übereinstimmt, kann sie hier aber nur mit Vorsicht verwendet werden. Denn das zentrale Parlament ist keineswegs eine Versammlung der Vertreter unabhängiger konföderierter Staaten, sondern eine direkt vom Gesamtvolk gewählte, eigenständige Institution. Der kanadische Staat entspricht damit vielmehr einem Bundesstaat.<sup>803</sup> Daher lässt sich hier für die zentrale Ebene wiederum die Vokabel „Bund“ verwenden. Die dezentrale Ebene bilden die zehn Provinzen des Landes. Kanada hat sich von einem ursprünglich besonders zentralisiert gestalteten Staat im Laufe der Zeit zu einem der am meisten dezentralisierten föderalen Systeme<sup>804</sup> gewandelt. Auch hier haben dabei insbesondere die gerichtliche Interpretation der Verfassung sowie die politische, wirtschaftliche, kulturelle und soziale Entwicklung eine entscheidende Rolle gespielt. Das Umfeld, in welchem die Konstitution heute operiert, unterscheidet sich in vielerlei Hinsicht von den ursprünglichen Voraussetzungen zur Zeit ihrer Verabschiedung.

Die Zuordnung des kanadischen Strafrechtssystems zu einem bestimmten Modell erweist sich trotz einer augenscheinlich klaren konstitutionellen Verteilung der strafrechtlichen Kompetenzen als nicht unproblematisch. Wird nur der Text der kanadischen Verfassung betrachtet, so findet sich in s. 91 (27) Constitution Act 1867 die explizite Zuweisung der exklusiven legislativen Autorität im Hinblick auf das Strafrecht und das Strafprozessrecht („*The Criminal Law [...] including the Procedure in Criminal Matters*“) an die zentrale Ebene, das *Parliament of Canada*, während den Provinzen die Verfolgungszuständigkeit zukommt, da ihnen gemäß s. 92 (14) Constitution Act 1867 die „*Administration of Justice*“ obliegt.

Nach kanadischem Verständnis dürfen daher echte kriminalstrafrechtliche Normen, d.h. solche Statuten, deren Erlass mit s. 91 (27) Constitution Act 1867 begründet wird, nur vom Bund erlassen werden. Daneben können Sanktionsnormen

799 Wiederum ist diese Untersuchung auf die beiden Ebenen Bund und Provinzen begrenzt, um die föderale Kompetenzverteilung darzustellen, d.h. wie in den USA muss dem Umfang der Arbeit geschuldet auf die – sehr lohnenswerte – Erörterung des Strafrechts der „First Nations“, der indigenen Bevölkerung Kanadas, verzichtet werden.

800 Hogg, S. 110 ff.; Monahan, S. 99; Riker, S. 26 f.; Simeon/Papillon, in: Majeed/Watts/Brown, S. 92.

801 Hogg, S. 113; Wheare, S. 32.

802 Oben 2. Kapitel B. I.

803 Hogg, S. 110 ff.; Monahan, S. 99; Riker, S. 26 f.; Simeon/Papillon, in: Majeed/Watts/Brown, S. 92.

804 Monahan, S. 101; Simeon/Papillon, in: Majeed/Watts/Brown, S. 92.

aber auch auf andere enumerierte Zuständigkeiten des Bundes gestützt werden, was seinen Grund darin hat, dass, ähnlich wie in den USA, davon ausgegangen wird, dass jede verfassungsmäßige Zuständigkeit es mit sich bringt, dass zur Durchsetzung der darauf gestützten Verbote auch Sanktionen in das entsprechende Statut inkludiert werden dürfen.<sup>805</sup>

Diese Erwägung kommt aber auch für die Provinzen durch s. 92 (15) Constitution Act 1867 zum Ausdruck.<sup>806</sup> Dort wird den Provinzen die exklusive Kompetenz verliehen, ihre Gesetze zur Durchsetzung mit einer Sanktion zu versehen, welche neben der Geldstrafe auch als Freiheitsstrafe ausgestaltet sein darf („*The Imposition of Punishment by Fine, Penalty, or Imprisonment for enforcing any Law of the Province [...]*“). Es muss freilich konstatiert werden, dass diese „Strafnormen“ der Provinzen, ebenso wie solche Strafsanktionen des Bundes, die nicht auf die verfassungsmäßige „Strafrechtskompetenz“ gestützt werden, nach kanadischem Verständnis nicht als „Kriminalstrafrecht“ im eigentlichen Sinne angesehen und bezeichnet werden. Dabei kann es sich vielmehr dem Grunde nach etwa um Polizei- und Ordnungsstrafrecht handeln, welches auch in Deutschland nach der klassischen Schule noch vom Kern-Strafrecht unterschieden wurde, bis diese Trennung im Deutschen Reich aufgegeben wurde,<sup>807</sup> bzw. um Ordnungswidrigkeiten.

Jedenfalls sind diese Sanktionen der Provinzen im Gegensatz zu den rein kriminalstrafrechtlichen Normen nur Maßnahmen zur Durchsetzung einer Bestimmung („*for enforcing any Law of the Province*“), die im Übrigen auf eine Kompetenz der Provinzen gestützt werden kann.<sup>808</sup> Dabei geht es weniger um den sozial-ethischen Tadel als vielmehr darum, den Verstoß gegen sonstige Regelungen der Provinzen zu ahnden, um ihre Befolgung zu gewährleisten. Auf der anderen Seite sieht das kanadische Recht aber, anders als die früher im deutschen StGB enthaltenen Übertretungen,<sup>809</sup> auch die Sanktion Gefängnisstrafe vor, sodass das „Provinzstrafrecht“ dem Kriminalstrafrecht näher steht als die heutigen Ordnungswidrigkeiten des deutschen Rechts. Daher muss der Supreme Court of Canada bei jedem Statut ermitteln, ob es sich um „Strafrecht“ im Sinne von s. 91 (27) Constitution Act 1867 oder nur um eine unterstützende Sanktion in einem auf eine andere Kompetenz zurückführbaren Gesetz handelt.

Da inzwischen selten von einem konstitutionellen Vorrang der Bundesstrafgesetze gegenüber möglicherweise gar inhaltsgleichen Provinzgesetzen ausgegangen

805 Vgl. etwa *Colvin/Anand*, S. 5; *Hogg*, S. 565.

806 Vgl. *Hogg*, S. 565, der ausführt, dass diese Annex-Kompetenz („*ancillary power*“), eigene Gesetze mit Strafsanktionen zu versehen, bei Abwesenheit der expliziten Regelung in s. 92 (15) Constitution Act 1867 wohl in die Verfassung hineingelesen worden wäre.

807 Siehe oben 3. Kapitel A. I. 2. b); vgl. ferner dazu *Schubert*, FS Gmür, 1983, S. 165 ff.

808 Vgl. zur Unterscheidung und Einordnung dieser Strafnormen im deutschen Recht bereits oben 3. Kapitel A. II. 1.

809 Vgl. § 1 StGB in der bis zum 1.1.1975 geltenden alten Fassung; siehe dazu auch bereits oben 3. Kapitel A. II. 1.

wird,<sup>810</sup> finden sich heute auch in Kanada teilweise parallele „Strafnormen“ beider Ebenen. Das System enthält damit in manchen Bereichen sowohl ein zentrales materielles Strafrecht auf Bundes- als auch ein dezentrales „Quasi-Strafrecht“ auf Provinzebene. Dies ist umso verwunderlicher, wenn man sich vergegenwärtigt, dass die kanadische Verfassung gerade im Strafrecht ausdrücklich einen anderen Weg beschreiten sollte als die U.S. Constitution.<sup>811</sup>

Die Kompetenzverteilung im Strafrecht ist wiederum nur im historischen Kontext verständlich. Anders als die Vereinigten Staaten hat Kanada sich nur allmählich, schrittweise und ohne Revolution von der Kolonie zu einem unabhängigen Staat emanzipiert und blieb stets Monarchie und Krone verbunden.<sup>812</sup> Als Frankreich 1763 den Krieg gegen Großbritannien verlor, musste es seine Kolonie New France, das heutige Quebec, abtreten. Sofort wurden dort durch die „*Royal Proclamation*“ das englische Zivil- und Strafrecht eingeführt.<sup>813</sup> Bereits 1774 kehrte aber durch den Quebec Act das französische Privatrecht nach Quebec zurück, da die Etablierung des englischen Zivilrechts sich als schwierig erwiesen hatte, insbesondere weil es von Gerichten angewandt werden sollte, die es nicht kannten und in einer ganz anderen Tradition standen.<sup>814</sup> Nicht wieder eingeführt wurde jedoch das französische Strafrecht. Ein wichtiger Grund wird darin gesehen, dass dieses die Folter erlaubte, was dem Zeitgeist nicht mehr entsprach und auch in Frankreich, z.B. durch *Voltaire*, kritisiert wurde.<sup>815</sup> Zudem wird angenommen, dass die Rechtsanwender das englische Strafrecht selbst als vorteilhafter empfanden.<sup>816</sup> Diese Situation in Quebec – französisches Zivilrecht, englisches Strafrecht – war ein wichtiger Grund für die spätere Aufteilung der Kompetenzen in der kanadischen Verfassung, ebenfalls ein Akt des britischen Parlaments, welcher in Kontinuität zu seinen Vorgängern stand und u.a. diesen Status Quo sichern sollte.<sup>817</sup>

Bereits der Constitution Act 1791 hatte zuvor Elemente der (Selbst-)Verwaltung und Gesetzgebung, namentlich die vom Volk gewählte Legislative Assembly und das durch die Krone festgelegte Legislative Council geschaffen. Diese Regelung rief indes Interessenskonflikte hervor, welche in den Jahren 1837-1838 sogar in kleineren Rebellionen kulminierten. Die Unzufriedenheit rührte u.a. daher, dass in der Legislative Assembly französische Katholiken, im Legislative Council hingegen

810 Dazu noch unten 3. Kapitel C. III.

811 *Constitutional Law Group*, S. 80; *Friedland*, A Century of Criminal Justice, S. 47f.; *ders.*, (1967) 17 U.T. L.J. 66, 67f.

812 So waren auch viele Royalisten nach dem Unabhängigkeitskrieg aus den Vereinigten Staaten nach Kanada geflohen.

813 *Constitutional Law Group*, S. 73; *Colvin/Anand*, S. 3; *Friedland*, A Century of Criminal Justice, S. 48 ff.; *Sterling*, (1957) 15 U.T. Fac. of Law Rev. 1.

814 *Constitutional Law Group*, S. 73 f.; *Sterling*, (1957) 15 U.T. Fac. of Law Rev. 1.

815 *Friedland*, A Century of Criminal Justice, S. 49 ff.; vgl. ferner *Friedland*, A Century of Criminal Justice, S. 48 ff.; *Sterling*, (1957) 15 U.T. Fac. of Law Rev. 1, 2 ff.

816 *Constitutional Law Group*, S. 74.

817 *Friedland*, A Century of Criminal Justice, S. 49 ff.

britische Protestanten in der Mehrheit waren.<sup>818</sup> 1840 wurden Canada-West, das heutige Ontario, und Canada-East, das heutige Quebec, im Act of Union zur „Province of Canada“ vereinigt. Beide Teile wurden nun zahlenmäßig gleich in der Legislative Assembly repräsentiert, obwohl Ost-Kanada eine höhere Bevölkerung hatte. Zudem wurde englisch als einzige offizielle Sprache festgelegt. Beide Regelungen kreierten wiederum eine starke Opposition in Ost-Kanada.<sup>819</sup>

Im Jahr 1867 entstand schließlich per Akt des britischen Parlaments die so genannte „Konföderation“ durch den British North America Act (B.N.A. Act) 1867, später umbenannt in Constitution Act 1867. Kanada blieb konstitutionelle Monarchie, der Monarch in London *Head of State*. Der Status als Kolonie wurde erst 1931 durch das Statute of Westminster formal beseitigt.<sup>820</sup> Verschiedene Gründe, Motive, Interessen und ideologische Präferenzen standen hinter dem ersten Schritt zur Selbstständigkeit, aber auch der konkreten Ausgestaltung des B.N.A. Acts. Gegen die Bedrohung durch die Vereinigten Staaten, deren Bürgerkrieg sich dem Ende zuneigte, ließ sich ein geeintes Kanada inklusive der maritimen Provinzen Nova Scotia und New Brunswick, welche den Zugang zur See sicherten, wesentlich besser verteidigen.<sup>821</sup> Ferner spielten wiederum ökonomische Motive eine entscheidende Rolle, sowie die Vision einer Ausdehnung des Staatsgebietes gen Westen.<sup>822</sup> Wichtigster Protagonist und einer der Hauptautoren des B.N.A. Acts auf kanadischer Seite war der ehemalige Staatsanwalt *John A. MacDonald*, später von 1867-1875 und 1878-1891 auch Premierminister Kanadas, der über wichtige Kontakte zur Wirtschaft verfügte, deren Unterstützung wesentlich zur Entstehung der ersten Verfassung Kanadas beitrug. Zwar favorisierte *MacDonald* ein unitarisches Prinzip britischer Prägung, was auch in die Präambel als Ziel einer Verfassung „ähnlich der des Vereinigten Königreiches“ aufgenommen wurde.<sup>823</sup> Ein quasi-unitarisches System schien aber nicht durchsetzbar, insbesondere nicht gegenüber den Vertretern Quebecs.<sup>824</sup> In der Realität existierten in Kanada zwei Sprachen, Religionen und (Zivil-)Rechtssysteme, deren Wahrung insbesondere die französischen Kanadier beabsichtigten. Das föderative System erschien daher als das bessere Konzept.

Dennoch war dieser Föderalismus in seinen Anfängen deutlich stärker zentralisiert als der US-amerikanische es noch zur Zeit des Bürgerkrieges war. Dies kommt insbesondere auch durch die Verteilung der Kompetenzen zum Ausdruck. Die Entstehung der kanadischen Verfassung unterlag anderen Grundvoraussetzungen als

818 *Constitutional Law Group*, S. 75.

819 *Constitutional Law Group*, S. 76.

820 Vgl. dazu *Constitutional Law Group*, S. 6.

821 *Constitutional Law Group*, S. 78 f.; *Riker*, S. 27; *Simeon/Papillon*, in: Majeed/Watts/Brown, S. 98.

822 *Constitutional Law Group*, S. 78 f.

823 Es heißt in der Präambel des Constitution Act 1867: „[...] a Constitution similar in Principle to that of the United Kingdom [...]“.

824 Einer der wichtigsten Gegenspieler *MacDonalds* auf Seiten Quebecs war *Sir Georges Etienne Cartier*, der in den Debatten für die Wahrung der Interessen dieser (zukünftigen) Provinz eintrat; vgl. dazu *Constitutional Law Group*, S. 80 ff.; *Simeon/Papillon*, in: Majeed/Watts/Brown, S. 98.

die U.S. Constitution.<sup>825</sup> So fanden sich weder eine so starke Opposition gegenüber dem Zentralismus, wie sie etwa im politischen Denken der *Anti-Federalists*<sup>826</sup> vorherrschte, noch traten mit den Provinzen wie in den USA unabhängige und souveräne Staaten in den Bund ein. Daher war es leichter, weitgehende Befugnisse bei der bereits existierenden zentralen Ebene zu belassen und die neu entstehende dezentrale Ebene nur mit wenigen Zuständigkeiten auszustatten und insbesondere alle verbleibenden Kompetenzen, im Gegensatz zur U.S. Constitution, beim Bund anzusiedeln.<sup>827</sup>

In diesem Zuge wurde auch die Gesetzgebungskompetenz für das Strafrecht auf den Bund übertragen. Hierzu äußerte der damalige Generalstaatsanwalt *MacDonald*, dass die Einheitlichkeit des Strafrechts von großer Bedeutung sei, denn die Erfahrung mit dem US-amerikanischen System habe gelehrt, dass die Existenz verschiedener Strafgesetze auf einzelstaatlicher Ebene eine der besonderen Schwächen der U.S. Constitution sei.<sup>828</sup> Somit begründet sich die Zentralisierung der Gesetzgebungskompetenz im Bereich des Strafrechts in Kanada darin, dass dem Bund einerseits eine besonders wichtige Kompetenz eingeräumt und andererseits die Einheitlichkeit des materiellen Strafrechts gewährleistet und der Status quo der Geltung des englischen Strafrechts in allen Provinzen festgeschrieben werden sollte.<sup>829</sup> Kurz nach dem Inkrafttreten der Verfassung wurde zudem hervorgehoben, einer der Hauptgründe für die Zentralisierung dieser Kompetenz liege darin, dass auf diese Weise sichergestellt sei, dass alle Bürger die gleichen Rechte, aber auch die gleiche Bestrafung zu erwarten hätten.<sup>830</sup> Zu dieser Zeit war auch die „*Dual Sovereignty Doctrine*“ des U.S. Supreme Courts bereits fest etabliert, sodass *Friedland*<sup>831</sup> vermutet, auch die Gefahr der Doppelbestrafung, wie sie aus den USA bekannt war, könne eine Rolle gespielt haben. Weitere wichtige Bundeskompetenzen bilden etwa die Zuständigkeit für den Handel („*The Regulation of Trade and Commerce*“), s. 91 (2) Constitution Act 1867, oder die allgemeine Kompetenz aus dem Einleitungssatz zu s. 91 Constitution Act 1867 zum Erlass von Gesetzen im Hinblick auf Frieden, Ordnung und die „gute Regierung“ des Landes („*Peace, Order, and good Government of Canada*“), bezeichnet als „*P.O.G.G. clause*“. Wie ausgeführt, können Statuten, die auf die anderen Kompetenzen des Bundes gestützt werden, ebenfalls Strafsanktionen enthalten.

Auch den Provinzen wurden indes einige wichtige Zuständigkeiten übertragen, so etwa im Hinblick auf Eigentum und Zivilrecht („*Property and Civil Rights*“),

825 Dazu *Constitutional Law Group*, S. 80; *Simeon/Papillon*, in: *Majeed/Watts/Brown*, S. 98.

826 Siehe dazu oben 3. Kapitel B. I.

827 *Constitutional Law Group*, S. 80.

828 Zitiert nach *Friedland*, *A Century of Criminal Justice*, S. 48.

829 Dazu *Friedland*, *A Century of Criminal Justice*, S. 48 ff.; *Sterling*, (1957) 15 U.T. Fac. of Law Rev. 1, 5 f.

830 So der Richter *Harrison C.J.*, zitiert nach *Friedland*, (1967) 17 U. T. L.J. 66, 66 f.

831 *Friedland*, (1967) 17 U. T. L.J. 66, 67; zur „*Dual Sovereignty Doctrine*“ und zur Möglichkeit der Doppelbestrafung in den USA siehe oben 3. Kapitel B. III. 3.

s. 92 (13) Constitution Act 1867, die Administration der Justiz inklusive des Strafrechts, s. 92 (14) Constitution Act 1867, die Möglichkeit zum Erlass von „Quasi-Strafgesetzen“,<sup>832</sup> s. 92 (15) Constitution Act 1867, sowie generell alle Bereiche rein lokaler oder privater Natur, s. 92 (16) Constitution Act 1867.

Trotz der bewussten Zentralisierung in der Verfassung hat sich der kanadische Staat inzwischen sehr stark dezentralisiert. Zwar finden sich – ähnlich wie in den Vereinigten Staaten<sup>833</sup> – verschiedene besondere Phasen und Fixpunkte der Machtkonzentration auf der Bundesebene, insbesondere durch Vorstöße des kanadischen Parlaments in der Wirtschaftskrise der 1920er Jahre und während der Weltkriege, zur stärkeren Regulierung der Wirtschaft oder nach dem zweiten Weltkrieg zur Errichtung des Wohlfahrtsstaates. Jedoch lässt sich eine generelle Transformation des Staates nicht bestreiten. Wiederum waren es spezifische Umstände, welche diese Entwicklung bewirkten. Eine besondere Bedeutung kommt dabei auch hier dem höchsten Verfassungsgericht zu. Bis in das Jahr 1949 war als höchste Instanz in Verfassungsfragen der Geheime Rat (Privy Council) in London zuständig. Dieses Gericht interpretierte die Bundeskompetenzen unter Vorsitz der Richter *Haldane* und *Watson* äußerst restriktiv, während es den Zuständigkeiten der Provinzen, insbesondere derjenigen für das Zivilrecht in s. 92 Constitution Act 1867, eine sehr weite Bedeutung zumaß. So verhinderte das Gericht z.B. in einigen wegweisenden Entscheidungen in den 1930er Jahren<sup>834</sup> auch die Durchführung eines kanadischen „*New Deal*“.<sup>835</sup>

Seit der Übernahme der führenden Rolle durch den Supreme Court of Canada und der Abschaffung des Gerichtsweges zum Privy Council nach dem Zweiten Weltkrieg und der Ausweitung des Wohlfahrtsstaates haben sich die Vorzeichen zwar wieder zu Gunsten des Bundes verschoben. Die Entscheidungen des Privy Council haben das Rechtssystem Kanadas gleichwohl nachhaltig geprägt. Daneben spielten v.a. das kontinuierliche Streben der Provinz Quebec nach Unabhängigkeit und deren „stille Revolution“ eine entscheidende Rolle für die Dezentralisierung.<sup>836</sup>

832 *Colvin/Anand*, S. 4: „quasi-criminal offences“; *Monahan*, S. 345: „quasi-criminal legislation“.

833 Siehe dazu oben 3. Kapitel B. I.

834 Siehe z.B. *A.G. Canada v. A.G. Ontario*, (1937) AC 326 (PC) (*Labour Conventions*); *A.G. British Columbia v. A.G. Canada*, (1937) AC 377 (PC) (*The Natural Products Marketing Act*).

835 In den 1930er Jahren holten die Große Depression und die Weltwirtschaftskrise auch Kanada ein und hatten gewaltige Auswirkungen. 1930 kamen die Konservativen unter *Bennett* (Prime Minister von 1930-1935) an die Macht. Dieser versuchte in Anlehnung an *Roosevelt* auch in Kanada in einem *New Deal* (auch wenn er ihn selbst nicht so bezeichnete) Bundesregelungen zur Steuerung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen zu etablieren; vgl. dazu *Constitutional Law Group*, S. 159 ff.

836 Die „stille Revolution“ bezeichnet eine Periode durchgreifender Reformen in Quebec in den 1960er Jahren; vgl. dazu *Simeon/Papillon*, in: *Majeed/Watts/Brown*, S. 102.

## II. Aufteilung der Strafrechtskompetenz zwischen den Ebenen

### 1. Rechtssetzungskompetenz

Die kanadische Verfassung weist „das Strafrecht“ in s. 91 (27) Constitution Act 1867 explizit und „exklusiv“ dem Bund zu. Da aber gemäß s. 92 (15) Constitution Act 1867 auch die Provinzen Sanktionen zur Durchsetzung der in ihren Statuten verfolgten Ziele erlassen können, werden solche Gesetze der Provinzen nur dann als *ultra vires*, d.h. als verfassungswidrig wegen einer Überschreitung der verfassungsmäßigen Kompetenzen, angesehen, wenn es sich dabei um echtes „Kriminalstrafrecht“ im Sinne der kanadischen Verfassung handelt. Es besteht demnach ein wesensmäßiger konstitutioneller Unterschied zwischen Statuten, die auf die „Strafrechtskompetenz“ gestützt werden und ein soziales Unwerturteil enthalten, und Strafsanktionen, die nur der Durchsetzung sonstiger Verbote dienen.

#### a) Umfang der Kompetenz des Bundes für das „Strafrecht“

Echtes Kriminalstrafrecht darf nur der Bund setzen, und zwar auch in den Feldern, in welchen sonst die Provinzen zuständig sind, z.B. im Bereich des Eigentums.<sup>837</sup> Daher muss jeweils ermittelt werden, unter welche Kompetenz das jeweilige Gesetz „seinem Kern und seiner Substanz“ („*pith and substance*“<sup>838</sup>) nach fällt. Damit kommt der Definition des „Strafrechts“, d.h. der Qualifikation eines bestimmten Statuts als „Strafrecht“, eine entscheidende Bedeutung hinsichtlich der Kompetenzverteilung zu. Der Begriff „Strafrecht“ hat dabei im Laufe der Zeit durchaus verschiedene Interpretationen erfahren.<sup>839</sup>

Zunächst wollte *Lord Haldane* im Privy Council in der Entscheidung *Reference re The Board of Commerce* des Jahres 1922 nur solche Bereiche erfassen, welche bereits ihrer Natur nach als strafrechtliche Materie anzusehen sind.<sup>840</sup> Er interpretierte damit – ähnlich wie andere Bundeskompetenzen – auch die Zuständigkeit für das Strafrecht zunächst sehr eng. Im Jahr 1931 wurde diese Rechtsprechung, nun unter Vorsitz von *Lord Atkin*, im Privy Council ausdrücklich aufgegeben und stattdessen angenommen, dass der Begriff des Strafrechts sich nicht durch Intuition

837 So ist eine Vorschrift, welche den Diebstahl unter Strafe stellt, echtes Kriminalstrafrecht. Der Bund darf dieses erlassen, obwohl im Bereich Eigentum eigentlich die Provinzen zuständig sind. *Colvin/Anand*, S. 5, erblicken hierin die wesentliche Bedeutung der Strafrechtskompetenz, da der Bund in den Feldern seiner sonstigen Zuständigkeit ohnehin Annex-Sanktionen erlassen darf.

838 Vgl. zu dieser Bezeichnung etwa *Union Colliery Co. of British Columbia v. Bryden*, (1899) AC 580, 587 (PC).

839 Dazu *Colvin/Anand*, S. 10 ff.; *Constitutional Law Group*, S. 421 ff.; *Hogg*, S. 537 ff.; *Monahan*, S. 334 ff.

840 *Reference re The Board of Commerce Act*, (1922) 1 AC 191, 198 f. (PC): „[...] where the subject matter is one which by its very nature belongs to the domain of criminal jurisprudence“.

bestimmen lasse, sondern einzig dadurch, ob ein Statut ein Verbot enthalte, das mit Strafsanktionen versehen sei.<sup>841</sup>

Diese Definition erwies sich allerdings in der Folge als zu weit, insbesondere weil dadurch die verfassungsmäßige Strafrechtskompetenz durch das bloße Beifügen einer Strafbestimmung stets einschlägig würde, auch wenn das betreffende Gesetz sonst (ausschließlich) unter eine ganz andere Zuständigkeit fiele. *Lord Atkin* versuchte sich selbst an einer Einschränkung der von ihm eingeführten Begriffsdefinition. Der Bund dürfe keine Gesetze erlassen, die nur zum Schein auf die Zuständigkeit für das Strafrecht gestützt würden, in Wahrheit aber einen verdeckten Übergriff auf die Kompetenzen der Provinzen darstellten.<sup>842</sup>

Moderne Definitionen orientieren sich hingegen an der Entscheidung *Margarine Reference*, welche im Jahr 1949 vom Supreme Court of Canada<sup>843</sup> gefällt und 1951 noch vom Privy Council<sup>844</sup> bestätigt wurde. Hier stellten die Gerichte fest, dass das betroffene Gesetz, das Herstellung und Import von Margarine zum Schutze der kanadischen Milchproduktindustrie untersagte, zwar die von *Lord Atkin* zuvor aufgestellten Kriterien erfülle, da es sich um ein Verbot inklusive Strafsanktion handele, gleichwohl aber nach Kern und Substanz kein „Strafrecht“ darstelle, da es kein typisch strafrechtliches öffentliches Ziel verfolge.<sup>845</sup> Vielmehr handele es sich der Natur nach um ein Statut zur Regelung der Wirtschaft, welche in die Kompetenz der Provinzen für Eigentum und Zivilrecht falle.<sup>846</sup> Als Beispiele für besondere öffentliche Interessen, die Strafnormen rechtfertigen, wurden öffentlicher Frieden, Ordnung, Sicherheit, Gesundheit oder Moral genannt.<sup>847</sup>

Dies sollte aber nicht so verstanden werden, als dürfe der Bund keine Strafvorschriften im Zusammenhang mit Eigentum oder wirtschaftlichen Aktivitäten erlassen.<sup>848</sup> Erstens beinhalten viele „echte“ Strafvorschriften entsprechende Bezüge, man denke nur an Eigentumsdelikte oder Gesetze betreffend Steuern oder kommerzielle Praktiken und Wettbewerb.<sup>849</sup> Zweitens enthält der soeben angeführte

841 *Proprietary Articles Trade Assn. v. A.G. Canada*, (1931) AC 310, 324 (PC). Damit kam es entscheidend auf die Form des Statuts an. Strafstatute enthalten regelmäßig Verbot und Sanktion, während andere Gesetze ausführliche Vorschriften in Bezug auf die geregelte Materie enthalten und die Sanktion nur einen Annex bildet; vgl. *Colvin/Anand*, S. 11 f.; *Friedland*, (1967) 17 U. T. L.J. 66, 67 f.

842 *A.G. British Columbia v. A.G. Canada*, (1937) AC 368, 375 (PC) (*Price Spreads*).

843 *Reference re Validity of Section 5 (a) of the Dairy Industry Act*, (1949) SCR 1 (*Margarine Reference*); vgl. zu dieser Entscheidung *Constitutional Law Group*, S. 422 ff.; *Hogg*, S. 538 ff.; *Monahan*, S. 334 f.

844 *Canadian Federation of Agriculture v. A.G. Quebec*, (1951) AC 179 (PC).

845 *Reference re Validity of Section 5 (a) of the Dairy Industry Act*, (1949) SCR 1, 50 (*Margarine Reference*).

846 *Reference re Validity of Section 5 (a) of the Dairy Industry Act*, (1949) SCR 1, 52 (*Margarine Reference*).

847 *Reference re Validity of Section 5 (a) of the Dairy Industry Act*, (1949) SCR 1, 50 (*Margarine Reference*).

848 Vgl. insbesondere *Laskin/Finkelstein*, S. 849: „Resort to the criminal law power to proscribe undesirable commercial practices is today as characteristic of its exercise as has been resort thereto to curb violence or immoral conduct“.

849 Vgl. die Beispiele bei *Hogg*, S. 539 f.; *Laskin/Finkelstein*, S. 849.

Katalog öffentlicher Interessen selbst eher unbestimmte und dehnbare Begriffe. Er ist auch tatsächlich in der Folge sehr weit interpretiert<sup>850</sup> und durch andere Bereiche ergänzt worden, so etwa den Umweltschutz.<sup>851</sup> Drittens können Strafnormen auch nur Bestandteil eines Gesetzes sein, das auf andere Kompetenzen gestützt wird. Verbot und Sanktion führen per se noch nicht zur Qualifikation einer (Gesamt-)Regelung als „Strafrecht“ im Kompetenzsinne.<sup>852</sup>

Die Entscheidung im Fall *Ward v. Canada*<sup>853</sup> möge diese Sicht illustrieren. Hier wurde ein Bundesgesetz inklusive Strafsanktion, welches das Verbot enthielt, junge Seehunde zu verkaufen, nicht als „Strafrecht“ im Sinne der Verfassungskompetenz qualifiziert, da es letztlich in „Kern und Substanz“ nicht den Schutz der Jungtiere vor grausamen Fang- und Tötungspraktiken, welcher wohl ein hinreichendes Fundament für eine Einordnung als „Strafrecht“ gebildet hätte,<sup>854</sup> sondern den Erhalt der Ressource und daher eine Regulation der Fischerei betreffe. Das Gesetz konnte also nicht auf Grund der Kompetenz für das „Strafrecht“ erlassen, gleichwohl aber deshalb aufrecht erhalten werden, weil es auf die Bundeskompetenz für die Fischerei aus s. 91 (12) Constitution Act 1867 gestützt werden konnte. Damit spielen also auch andere Bundeszuständigkeiten, wie etwa die Handels- oder die P.O.G.G.-Kompetenz, für den Erlass von Strafsanktionen eine Rolle. Die Interpretation der Handelsklausel fiel jedoch, insbesondere unter der Ägide des Privy Council, wiederum nicht so weit aus wie in den USA.<sup>855</sup>

So wurde die Handelskompetenz, welche wesentlich weiter formuliert ist als in U.S. Const. Art. I § 8 cl. 3, im Privy Council auf den internationalen und interprovinziellen Handel reduziert,<sup>856</sup> was insbesondere auch daran liegt, dass sie mit der expliziten Kompetenz der Provinzen für das Zivilrecht in Einklang gebracht werden muss. *Lord Haldane* interpretierte sie sogar als bloß untergeordnete Kompetenz zur Unterstützung anderer enumerierter Zuständigkeiten.<sup>857</sup> Zwar wurde diese Sicht unter Vorsitz von *Lord Atkin* im Privy Council aufgegeben,<sup>858</sup> jedoch wurde während der Zeit des kanadischen „*New Deal*“ weiterhin eine sehr restriktive In-

850 Vgl. nur *RJR-MacDonald Inc. v. Canada*, (1995) 3 SCR 199, 201: „defined broadly“.

851 Vgl. *R. v. Hydro-Québec*, (1997) 3 SCR 213.

852 *O’Grady v. Sparling*, (1960) SCR 804, 810; *Laskin/Finkelstein*, S. 849.

853 *Ward v. Canada*, (2002) 1 SCR 569.

854 Vgl. *Hogg*, S. 541.

855 Siehe dazu oben 3. Kapitel B. II. 1.

856 Seit *Citizens’ Insurance C. v. Parsons*, (1881) 7 AC 96, 113 (PC), wurde die Handelskompetenz auf zwei Kategorien beschränkt: (1) *interprovincial and international trade and commerce*, (2) *general trade and commerce affecting the whole dominion*; diese gelten auch heute noch; vgl. *Hogg*, S. 595 ff.

857 *Reference re The Board of Commerce Act*, (1922) 1 AC 191, 198 (PC); *Electric Commissioners v. Snider*, (1925) AC 396, 410 (PC); in beiden Fällen ging es um die Regulation von Kombinationen, Preisen und Arbeitsbedingungen durch Bundesgesetze, welche für *ultra vires* erklärt wurden.

858 *Proprietary Articles Trade Assn. v. A.G. Canada*, (1931) AC 310, 326 (PC).

terpretation zu Grunde gelegt, sodass rein intraprovinzielle Vorgänge ausgeschlossen waren.<sup>859</sup>

Später wurde diese strikte Eingrenzung jedoch durch den Supreme Court of Canada aufgeweicht. Einerseits sind nun zwei Bereiche anerkannt, welche durch die Handelskompetenz geregelt werden dürfen, neben den interprovinziellen und internationalen Handel tritt unter bestimmten Voraussetzungen<sup>860</sup> eine generelle Kompetenz zur Regelung des Handels („*general trade and commerce*“) mit gesamtstaatlicher Bedeutung.<sup>861</sup> Andererseits dürfen durch die erste Kategorie jetzt auch rein lokale Vorgänge erfasst werden, wenn es in „Kern und Substanz“ um die Regulierung des interprovinziellen Markts geht.<sup>862</sup>

In ähnlicher Weise verlief das Schicksal der P.O.G.G.-Kompetenz des Bundes. Nachdem Lord Watson im Privy Council noch die Sicht vertreten hatte, dass hierunter alle Bereiche von nationalem Interesse („*national concern*“) fallen,<sup>863</sup> wurde diese Bundeszuständigkeit unter Lord Haldane auf eine Notstandsgesetzgebung reduziert.<sup>864</sup> Diese Sicht blieb auch bis zum Ende des 2. Weltkrieges vorherrschend, sodass diese Kompetenz sehr eingeschränkt war. Später wurde jedoch wieder auf den Bereich der nationalen Interessen Rekurs genommen,<sup>865</sup> wenngleich nur unter engen Voraussetzungen. Hier haben die Gerichte verschiedene einschränkende Kriterien entwickelt. So soll etwa (1) die Ineffektivität der Provinzen maßgeblich sein: Uniformität ist dann erforderlich, wenn die Provinzen ein Problem nicht alleine

859 Vgl. A.G. *British Columbia v. A.G. Canada*, (1937) AC 377, 387 (PC) (*The Natural Products Marketing Act*): Bundesstatut *ultra vires*, weil es auch solche Transaktionen umfasste, die rein intraprovinziell waren.

860 Inzwischen wohl fünf Voraussetzungen: (1) *general regulatory scheme*, (2) *oversight of a regulatory agency*, (3) *concern with trade as a whole rather than a particular industry*, (4) *legislation of a nature that the provinces jointly or severally would be constitutionally incapable of enacting*, (5) *the failure to include one or more provinces [...] would jeopardize the successful operation of the scheme*; vgl. *General Motors v. City National Leasing*, (1989) 1 SCR 641, 662; Hogg, S. 610.

861 Anerkannt seit *General Motors v. City National Leasing*, (1989) 1 SCR 641; auch diese Kategorie war vom Privy Council in *Citizens' Insurance C. v. Parsons*, (1881) 7 AC 96, 113 (PC), aufgebracht, in der Folge aber nicht angewandt worden [z.B. in *Reference re The Board of Commerce Act*, (1922) 1 AC 191 (PC); *Toronto Electric Commissioners v. Snider*, (1925) AC 396 (PC); A.G. *British Columbia v. A.G. Canada*, (1937) AC 377 (PC) (*The Natural Products Marketing Act*)]; möglicherweise aber in einem „*New Deal*“-Fall für die Einführung einer Bundesmarke anerkannt [A.G. *Ontario v. A.G. Canada*, (1937) AC 405, 417 (PC) (*Canada Standard Trade Mark*)]; vgl. dazu *Constitutional Law Group*, S. 365 ff.; Hogg, S. 605 ff.; Swinton, S. 141 ff.

862 So zunächst Manitoba Court of Appeal, *The Queen v. Klassen*, (1960) 20 DLR (2d) 406, 412; später vom Supreme Court of Canada bestätigt in *Caloil Inc. v. A.G. Canada*, (1971) SCR 543.

863 A.G. *Ontario v. A.G. Canada*, (1896) AC 348, 361 (*Local Prohibition*).

864 Vgl. *Reference re The Board of Commerce Act*, (1922) 1 AC 191, 197 (PC); *Toronto Electric Commissioners v. Snider*, (1925) AC 396, 412 (PC).

865 *Viscount Simon* belebte 1946 im Privy Council in A.G. *Ontario v. Canada Temperance Federation*, (1946) AC 193, 205 (PC), den *national concern*-Ansatz wieder; seitdem ist anerkannt, dass er neben der Notstandsgesetzgebung besteht; vgl. etwa R. v. *Crown Zellerbach*, (1988) 1 SCR 401, 423 ff. (i.H.a. die Meeresverschmutzung).

bewältigen können,<sup>866</sup> und (2) die Abgrenzbarkeit der Kompetenzen: Nationale und lokale Interessensbereiche müssen klar trenn- und unterscheidbar sein.<sup>867</sup>

Inzwischen sind drei Bereiche anerkannt, in welchen die P.O.G.G.-Klausel greift: (1) wenn die Verfassung eine Lücke enthält,<sup>868</sup> (2) ein besonderes nationales Interesse vorliegt oder (3) ein nationaler Notstand<sup>869</sup> herrscht.

### b) Legislative Sanktionskompetenz der Provinzen

Auch die Provinzen können jedoch ihre Gesetze mit Sanktionen versehen, s. 92 (15) Constitution Act 1867. Hogg<sup>870</sup> vermutet, dass die Befugnis zur Schaffung von „provincial offences“<sup>871</sup> wohl auch dann in die Verfassung hineingelesen worden wäre, wenn sie nicht explizit aufgeführt worden wäre, da offensichtlich sei, dass die Provinzen einer solchen zur Durchführung ihrer Ziele bedürfen. Die Sanktionsbestimmungen in Provinzgesetzen ähneln in ihrer Form jedoch den echten „Kriminalstrafgesetzen“ des Bundes. Fraglich ist daher, wo die Kompetenz der Provinzen zum Erlass von Sanktionen endet. Aus dem Wortlaut der Verfassung wird geschlossen, dass theoretisch keine Obergrenze der Strafe besteht, solange es sich

866 R. v. Crown Zellerbach, (1988) 1 SCR 401, 434: Die Verschmutzung von Gewässern wirke sich nicht nur innerhalb einer Provinz aus, sodass übergreifende Regelungen notwendig sind.

867 Vgl. R. v. Crown Zellerbach, (1988) 1 SCR 401, 434: Hier wurde der Ocean Dumping Control Act, S.C. 1974-75-76, c. 55, des Bundes, der die Verschmutzung von Gewässern sowohl inner- als auch außerhalb der Provinzen betraf, aufrecht erhalten; nach der Ansicht der Mehrheit des Gerichts waren die Bereiche abgrenzbar genug, da per Definition nur Salzwässer erfasst waren; vgl. *Constitutional Law Group*, S. 318 ff.; Hogg, S. 848: Der Umweltschutz ist generell ein sehr weiter Bereich, daher besteht eine konkurrierende Zuständigkeit von Bund und Provinzen; die Kompetenz des Bundes kann sich aus der P.O.G.G.-Kompetenz [*Friends of the Oldman River Society v. Canada (Minister of Transport)*, (1992) 1 SCR 3, 10], oder der Strafrechtskompetenz [R. v. *Hydro-Québec*, (1997) 3 SCR 213, 215 (Verbot toxischer Substanzen)] herleiten; in R. v. *Hauser*, (1979) 1 SCR 984, 1000, wurde stattdessen auf die „Neuheit“ einer Materie abgestellt und ein Anti-Drogen-Gesetz des Bundes (inkl. Strafvorschriften!) auf die P.O.G.G.-Kompetenz gestützt; später wurde in R. v. *Malmo-Levine*, (2003) 3 SCR 571, 574, klargestellt, dass die Strafrechtskompetenz einschlägig ist; kritisch zur Entscheidung *Hauser Hogg*, S. 520; *Lysyk*, (1979) 57 Can. Bar Rev. 531, 571 f.

868 So z.B. im Hinblick auf (1) Bundesunternehmen: s. 92 (11) regelt nur lokale Unternehmen, daher greift P.O.G.G. für solche des Bundes; vgl. Hogg, S. 507, 681 f.; (2) Umsetzung internationaler Verträge: Der Privy Council hat zunächst in *Reference re Regulation and Control of Radio Communication in Canada*, (1932) AC 304, 312 (PC), eine solche Kompetenz aus P.O.G.G. anerkannt, später aber in *A.G. Canada v. A.G. Ontario*, (1937) AC 326, 351 (PC) (*Labour Conventions*), wieder verworfen, denn es komme auch bei der Umsetzung der Verträge darauf an, welcher Bereich konkret betroffen ist; inzwischen scheint der Supreme Court of Canada die ältere Auffassung aber wiederzubeleben; vgl. Hogg, S. 338, 508, der sich auf *Schneider v. The Queen*, (1982) 2 SCR 112, 134 f., bezieht; in beiden Fällen ist durch die Verfassung ein Bereich festgelegt, aber nicht umfassend geregelt, P.O.G.G. füllt diese Lücke; problematisch wird der Ansatz aber dann, wenn er allgemein darauf erweitert wird, dass P.O.G.G. einschlägig ist, wenn eine bestimmte Materie gar nicht genannt ist, da sich fast immer eine neue Bezeichnung finden lässt; kritisch *Le Dain*, (1974) 12 Osgoode Hall L.J. 261, 293.

869 Die *emergency doctrine* spielt also auch weiterhin eine Rolle; vgl. den *Emergencies Act*, sc. 1988, c. 29; anerkannte Bereiche sind (1) Krieg, (2) Aufruhr (*Front de Libération du Québec*), (3) Inflation; zum Ganzen Hogg, S. 521 ff.; *Rosenthal*, (1991) 20 Manitoba L.J. 563.

870 Hogg, S. 565.

871 Diese Terminologie verwendet z.B. der Gesetzgeber in Ontarios „*Provincial Offences Act*“; vgl. ferner *Colvin/Anand*, S. 14: „provincial offences“; *Laskin/Finkelstein*, S. 851: „provincial crimes“.

jedenfalls um die Sanktion „*Punishment by Fine, Penalty or Imprisonment*“ handelt.<sup>872</sup>

Die Gerichte halten Provinzgesetze mit Strafsanktionen nur dann für *ultra vires*, wenn es sich um einen verdeckten Versuch handelt, Kriminalstrafrecht im Sinne von s. 91 (27) Constitution Act 1867 zu schaffen,<sup>873</sup> denn die allgemeine Zuständigkeit für das „Strafrecht“ fällt, wie gezeigt, ausschließlich dem Bund zu. Es muss sich stets ein hinreichender Grund dafür finden lassen, dass das Gesetz auf eine Spezialkompetenz der Provinzen gestützt werden kann, also untersucht werden, ob es sich bei dem entsprechenden Statut nicht etwa in Kern und Substanz um „Strafrecht“ handelt. Die „Quasi-Strafstatute“ der Provinzen betreffen häufig den Straßenverkehr oder die Durchsetzung lokaler Bestimmungen („*bylaws*“).<sup>874</sup>

Nachdem in den Anfängen überlappende Gesetze der Provinzen noch häufiger für verfassungswidrig erklärt worden waren, da sie die Gefahr beinhalteten, das uniforme Strafrecht und Strafprozessrecht des Bundes zu unterminieren,<sup>875</sup> besteht inzwischen insgesamt eine deutliche Tendenz der Gerichte zur Annahme der Wirksamkeit der Provinzgesetze,<sup>876</sup> so etwa in Bezug auf den Betrieb von „*disorderly houses*“, in welchen illegalem Glücksspiel oder der Prostitution, beide verboten durch das Strafgesetzbuch des Bundes, nachgegangen wurde.<sup>877</sup> Zwar sind Prostitution und illegales Glücksspiel bereits nach den Vorschriften des Bundes strafbar, der Betrieb eines solchen Hauses gehört jedoch zum lokalen Bereich und ist durch Provinznormen verboten und mit einer Sanktion belegt. In ähnlicher Weise wurden Sanktionen der Provinzen im Hinblick auf Trunkenheit<sup>878</sup> oder unvorsichtige Fahrweise am Steuer,<sup>879</sup> die Zensur von Filmen<sup>880</sup> oder Striptease-Lokale<sup>881</sup> trotz vergleichbarer Regelungen auf Bundesebene anerkannt.

Teilweise wurde jedoch auch eine Verfassungswidrigkeit wegen des Versuches des Erlasses von „Strafrecht“ angenommen, so etwa im Hinblick auf das Verbot inklusive Sanktion, sich zu Zwecken der Prostitution auf der Straße aufzuhalten<sup>882</sup> oder Schwangerschaftsabbrüche außerhalb von bestimmten Kliniken vorzunehmen.<sup>883</sup>

872 Andere Strafen sind jedoch ausgeschlossen; vgl. *Laskin/Finkelstein*, S. 851, mit dem Beispiel Todesstrafe.

873 Vgl. etwa *Westendorp v. The Queen*, (1983) 1 SCR 43, 53 f.: Bekämpfung der Prostitution fällt unter die Strafrechtskompetenz des Bundes.

874 Vgl. z.B. den Provincial Offences Act der Provinz Ontario, abrufbar im Internet unter [www.e-laws.gov.on.ca/html/statutes/english/elaws\\_statutes\\_90p33\\_e.htm#BK54](http://www.e-laws.gov.on.ca/html/statutes/english/elaws_statutes_90p33_e.htm#BK54), zuletzt abgerufen am 5.2.2014.

875 Dazu *Friedland*, (1967) 17 U. T. L.J. 66, 68 f.

876 *Hogg*, S. 565; *Monahan*, S. 346.

877 *Bedard v. Dawson*, (1923) SCR 681.

878 *Provincial Secretary of Prince Edward Island v. Egan*, (1941) SCR 396.

879 *O'Grady v. Sparling*, (1960) SCR 804; *Mann v. The Queen*, (1966) SCR 238; vgl. dazu *Friedland*, (1967) 17 U. T. L.J. 66, 70.

880 *N.S. Board of Censors v. McNeil*, (1978) 2 SCR 662.

881 *Rio Hotel Ltd. v. New Brunswick (Liquor Licensing Board)*, (1987) 2 SCR 59.

882 *Westendorp v. The Queen*, (1983) 1 SCR 43.

883 *R v. Morgentaler*, (1993) 3 SCR 463.

### c) Strafprozessrecht

Neben der Kompetenz für das materielle Strafrecht weist s. 91 (27) Constitution Act 1867 dem Bund auch die allgemeine legislative Zuständigkeit für das „Strafprozessrecht“ zu. Die Provinzen regeln hingegen das Verfahren im Hinblick auf die „provincial offences“.<sup>884</sup>

## 2. Gerichtszuständigkeit und Strafverfolgungskompetenz

### a) Strafgerichtsbarkeit

Für die Aburteilung von Straftätern sind in unterer Instanz ausschließlich die Provinzen zuständig, untere Bundesgerichte existieren nicht. Die höchste mögliche Instanz bildet mit dem Supreme Court of Canada jedoch, ähnlich wie in Deutschland mit dem BGH, ein Bundesgericht. Einige Bestimmungen der kanadischen Verfassung sind für diese Aufteilung der Strafjustiz relevant. Zunächst ist gemäß s. 92 (14) Constitution Act 1867 die „Administration der Justiz“ inklusive der Organisation und Verfassung der Zivil- und Strafgerichte Sache der Provinzen. Andererseits wird aber gemäß s. 96 Constitution Act 1867 die Zusammensetzung der Superior, District und County Courts der Provinzen durch den Bund festgelegt, sodass dieser durch die Besetzung der Richterposten einen wesentlichen Einfluss auf die Gerichte behält.

Durch Reformen in den 1970er Jahren wurde die Zwischenebene der District und County Courts inzwischen abgeschafft,<sup>885</sup> in den Provinzen verbleiben aber die in s. 96 Constitution Act 1867 genannten Superior Courts als Gerichte mit strafrechtlicher Zuständigkeit. Daneben bestehen auf Provinzebene einerseits Courts of Appeal als höhere sowie Provincial Courts als niedrigste Instanz in Strafsachen. Die Provincial Courts sind einerseits besonders wichtig für die tägliche Praxis des Strafrechts in Kanada, da sie in 99 % der Fälle als erste Instanz zuständig sind,<sup>886</sup> und andererseits deshalb bemerkenswert, weil sie als nicht in s. 96 Constitution Act 1867 aufgeführte Gerichte gerade nicht durch den Bund, sondern durch die Provinzen besetzt und finanziert werden.

Interessanterweise stört sich der Bund nicht an dieser Umgehung seiner Befugnis zur Bestellung der Richter nach s. 96 Constitution Act 1867, sondern hat vielmehr die Provincial Courts im Bundes-Strafgesetzbuch selbst mit der entsprechenden Jurisdiktion ausgestattet.<sup>887</sup> Die Provincial Courts sind für alle „Quasi-Straftaten“

884 Colvin/Anand, S. 14.

885 Hogg, S. 184.

886 Vgl. die Website des kanadischen Justizministeriums, abrufbar im Internet unter [www.justice.gc.ca/eng/dept-min/pub/just/07.html](http://www.justice.gc.ca/eng/dept-min/pub/just/07.html), zuletzt abgerufen am 5.2.2014.

887 Vgl. insbesondere R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 469, 553 ff.

nach Provinzrecht sowie für die leichteren und mittelschweren Straftaten nach Bundesrecht zuständig.<sup>888</sup>

Schwere Verbrechen („*indictable offences*“) nach Bundesstrafrecht werden hingegen von den Superior Courts abgeurteilt. Sie dürfen jedoch – bis auf wenige Ausnahmen<sup>889</sup> – bei Zustimmung des Angeklagten auch in den Provincial Courts verhandelt werden, deren Jurisdiktion in diesen Fällen parallel („*concurrent*“) zu derjenigen der Superior Courts besteht.<sup>890</sup> Auch das Verfassungsgericht billigt diese Zuweisung der erstinstanzlichen Zuständigkeit grundsätzlich.<sup>891</sup> Die Courts of Appeals fungieren als nächste Instanz sowohl bei Urteilen der Provincial Courts als auch der Superior Courts.<sup>892</sup> Ihre Entscheidungen können vom Supreme Court of Canada überprüft werden.

Der Bund hat nach s. 101 Constitution Act 1867 ferner die Befugnis zur Schaffung von Bundesgerichten „*for the better administration of the laws of Canada*“ und demgemäß den Supreme Court of Canada eingerichtet, nicht aber untere Bundesstraferichte. Möglicherweise wird dies deshalb nicht für notwendig erachtet, weil die Superior Courts der Provinzen ohnehin durch den Bund besetzt werden. Anders ist dies hingegen in den Bundesterritorien, welche nicht den Status einer Provinz haben.<sup>893</sup> Hier bestehen auch untere Bundesgerichte, welche die gleichen Funktionen ausfüllen wie die Gerichte der Provinzen.

### b) Strafverfolgung

Auch die Ermittlungen werden primär, aber nicht ausschließlich, durch die Provinzen durchgeführt. Die Staatsanwaltschaft der jeweiligen Provinz ist zuständig für die Verfolgung nahezu aller Straftaten, welche im Strafgesetzbuch des Bundes, dem Criminal Code, normiert sind, sowie selbstverständlich für die Verfolgung der

888 Vgl. etwa für Ontario die Website des Provincial Courts, welcher hier den Namen Ontario Court of Justice trägt, abrufbar im Internet unter [www.ontariocourts.ca/ocj](http://www.ontariocourts.ca/ocj), zuletzt abgerufen am 5.2.2014.

889 Diese finden sich im Strafgesetzbuch in R.S.C. 1985, c. C-46, s. 469, und umfassen u.a. Hochverrat, Bedrohung des Parlaments, Piraterie oder Mord. Hier sind die Superior Courts alleine zuständig.

890 Dazu *Colvin/Anand*, S. 9 f.; *Hogg*, S. 571.

891 In *Re Vancini*, (1904) 34 SCR 621, wurde zunächst die Befugnis des Bundes zur Verleihung der Jurisdiktion an Provinzgerichte für zulässig und nicht als Eingriff in die verfassungsmäßige Zuständigkeit der Provinzen aus s. 92 (14) Constitution Act 1867 [„*Administration of Justice*“], erachtet; in *McEvoy v. A.G. New Brunswick*, (1982) 1 SCR 704, wurde jedoch einschränkend festgestellt, dass die Schaffung eines einheitlichen Strafgerichts durch den Bund, welches sämtliche Straftaten abgeurteilt hätte und dessen Mitglieder durch die Provinzen bestimmt worden wären, nicht verfassungsgemäß ist.

892 Vgl. zum Instanzenzug die Website des kanadischen Justizministeriums, abrufbar im Internet unter [www.justice.gc.ca/eng/dept-min/pub/just/07.html](http://www.justice.gc.ca/eng/dept-min/pub/just/07.html), zuletzt abgerufen am 5.2.2014.

893 Dazu gehören zzt. Northwest Territories, Yukon und Nunavut.

„Quasi-Straftaten“ nach den Provinzgesetzen.<sup>894</sup> Die Bundesstaatsanwaltschaft (Public Prosecution Service of Canada, PPSC) verfolgt hingegen Straftaten nach Bundesrecht, welche außerhalb des Strafgesetzbuches in anderen Bundesstatuten geregelt sind, sowie einige besondere Straftaten des Strafgesetzbuches. Die Zuständigkeit der Bundesbehörden umfasst u.a. Drogendelikte, Organisierte Kriminalität, Terrorismus, Kriegsverbrechen sowie Betrügereien gegenüber Bundesinstitutionen.<sup>895</sup>

Da – anders als etwa in den USA – in den Provinzen aber keine unteren Bundesgerichte bestehen, erheben die Staatsanwälte des Bundes diese Anklagen dennoch vor Provinzgerichten. Diese Aufteilung der Zuständigkeit für die Strafverfolgung zwischen den Staatsanwaltschaften des Bundes und der Provinzen entsprang zunächst Absprachen zwischen den jeweiligen Regierungen, findet sich seit dem Jahr 1969 aber auch im Bundesstrafgesetzbuch in s. 2 wieder. Das konstitutionelle Fundament ist hingegen nicht eindeutig und musste erst durch die Gerichte geklärt werden.

Die Strafverfolgungskompetenz der Provinzen wird aus s. 92 (14) Constitution Act 1867 („*Administration of Justice*“) gefolgert.<sup>896</sup> Die entsprechende Kompetenz des Bundes zur Verfolgung von Straftaten nach Bundesrecht war hingegen lange Zeit fraglich, gilt nun aber ebenfalls als etabliert.<sup>897</sup> Hogg<sup>898</sup> führt aus, sie basiere auf der generellen Regel, dass jede Zuständigkeit für den Erlass von Gesetzen die Kompetenz zur Durchsetzung dieser Gesetze enthalte, eine Theorie die sich beispielsweise auch im US-amerikanischen Verständnis widerspiegelt. Es bleibt dabei allerdings streitig, ob diese Kompetenz zur Ausführung des Bundesrechts grundsätzlich exklusiv ist, aber an die Provinzen delegiert werden kann,<sup>899</sup> wie dies bei

894 Oberste Behörde ist der Attorney General der jeweiligen Provinz; ihm unterstehen die Crown Attorneys (in Alberta: Crown Prosecutors) sowie die Assistant Crown Attorneys im Rahmen des Crown Attorney Office (in British Columbia, Nova Scotia und Quebec: Public Prosecutions Service, PPS), welche die Straftaten nach dem Bundesstrafgesetzbuch verfolgen. Daneben existieren Provincial Prosecutors, welche die Verfolgung der Verstöße gegen die Provinzstatuten verfolgen. Diese Staatsanwälte werden nicht vom Volk gewählt, sondern von der Exekutive eingesetzt, so bestimmt z.B. in Ontario gemäß s. 1, 2 Crown Attorney Act, R.S.O. 1990, Chapter C.49, der Lieutenant Governor in Council die Crown Attorneys und Assistant Crown Attorneys, und gemäß s. 5 Crown Attorney Act der Attorney General die Provincial Prosecutors.

895 Vgl. zur Zuständigkeit der Bundesstaatsanwaltschaft insbesondere die Website des Public Prosecution Service of Canada, abrufbar im Internet unter [www.ppsc-sppc.gc.ca/engl/](http://www.ppsc-sppc.gc.ca/engl/), zuletzt abgerufen am 5.2.2014; ferner Hogg, S. 582 ff.

896 So jedenfalls *Re Bradley and the Queen*, (1975) 9 O.R. (2d) 161 (C.A.); eine andere Theorie gründet diese Befugnis auf die Ermächtigung durch den Bund im *Criminal Code*; vgl. *Laskin C.J.*, in seinem Votum in *A.G. Canada v. CN Transportation*, (1983) 2 SCR 206, 223 ff.

897 Zunächst wurde in *The Queen v. Hauser*, (1979) 1 SCR 984, festgestellt, dass der Bund jedenfalls solche Taten verfolgen darf, welche nicht auf seine Kompetenz für das „Strafrecht“ gestützt sind; diese Differenzierung wurde in *A.G. Canada v. CN Transportation*, (1983) 2 SCR 206, und *R. v. Wetmore*, (1983) 2 SCR 284, aufgegeben; seitdem hat der Bund die Kompetenz zur Verfolgung sämtlicher Straftaten nach Bundesrecht, welche er vielfach aber nicht ausübt.

898 Hogg, S. 587.

899 So etwa *Laskin C.J.*, als obiter dictum in *A.G. Canada v. CN Transportation*, (1983) 2 SCR 206, 223 ff.; *Colvin/Anand*, S. 6 f.; *Roach/Healy/Trotter*, S. 13.

den meisten Straftaten nach dem Strafgesetzbuch der Fall ist, oder ob sie von vorneherein parallel („*concurrent*“) zu derjenigen der Provinzen verläuft.<sup>900</sup>

Eine ähnliche Aufteilung gilt für die Polizeibehörden. Als generelle Regel lässt sich sagen, dass die Zuständigkeit der Polizei der Provinzen respektive des Bundes sich mit derjenigen der jeweiligen Staatsanwaltschaft deckt. Grundsätzlich sind daher wegen s. 92 (14) Constitution Act 1867 („*Administration of Justice*“) die Behörden der Provinzen zuständig. In bestimmten Fällen, z.B. für die Verfolgung von Bundesstraftaten außerhalb des Bundesstrafgesetzbuches sowie für bestimmte Delikte im Criminal Code, wird aber auch die Bundespolizei (Royal Canadian Mounted Police, kurz: RCMP), tätig. Die Situation wird in manchen Provinzen zusätzlich verkompliziert, da z.B. nur die Provinzen Ontario oder Quebec eigene Polizeikräfte eingerichtet haben. Die anderen Provinzen bedienen sich stattdessen der Bundespolizei, welche auf Grund von entsprechenden Verträgen die Aufgaben der Provinzpolizei erfüllt.<sup>901</sup> In diesen Provinzen übt die RCMP also teilweise ihre Funktion als Bundesbehörde für die Verfolgung bestimmter Delikte als Bundesangelegenheit aus, während sie im Übrigen stellvertretend für die Provinzbehörden tätig wird. In den unmittelbaren Bundesterritorien werden hingegen grundsätzlich nur Bundesbehörden, also Bundesstaatsanwaltschaft und Bundespolizei, tätig.

### III. Interaktion der Ebenen

Da sowohl auf zentraler als auch auf dezentraler Ebene „Strafnormen“ gesetzt werden können, stellen sich hinsichtlich des Verhältnisses der Ebenen wiederum drei unterschiedliche Fragen. Die erste betrifft die Verfassungsmäßigkeit der Überlagerung des materiellen Rechts, die zweite die konkrete Anwendbarkeit der jeweiligen Normen bzw. die konkrete Verfolgungszuständigkeit und die dritte die Zulässigkeit einer doppelten Strafverfolgung.

#### 1. Verhältnis der Rechtsnormen

Das kanadische Verfassungsrecht hat im Hinblick auf die Frage der Überlappung der Vorschriften von Bund und Provinzen verschiedene Ansätze entwickelt, welche Verhältnis und Konkurrenz der Ebenen betreffen. Eine Regelung ist dann unwirksam, wenn sie die Kompetenz des Gesetzgebers übersteigt und in die Zuständigkeit der anderen Ebene übergreift. Hierzu muss jedes Gesetz für sich betrachtet und daraufhin untersucht werden, unter welche verfassungsmäßige Kompetenz es fällt.<sup>902</sup> Dabei sind nach der bereits vom Privy Council entwickelten „*Pith and*

<sup>900</sup> So etwa Hogg, S. 586.

<sup>901</sup> Hogg, S. 578; vgl. ferner die Website der Bundespolizei, abrufbar im Internet unter [www.rcmp-grc.gc.ca/about-ausujet/index-eng.htm](http://www.rcmp-grc.gc.ca/about-ausujet/index-eng.htm), zuletzt abgerufen am 5.2.2014.

<sup>902</sup> Lederman, Constitutional Dilemmas, S. 236 ff.

*Substance Doctrine*<sup>903</sup> zunächst Natur und Charakter des Gesetzes zu ermitteln und sodann ist zu überprüfen, welche der in der Verfassung genannten Zuständigkeiten einschlägig ist.<sup>904</sup>

Die kanadische Verfassung suggeriert hinsichtlich der einzelnen Materien eine Aufteilung in exklusive Zuständigkeiten. So heißt es in s. 91 Constitution Act 1867: „[...] *the exclusive Legislative Authority of the Parliament of Canada extends to all Matters coming within the Classes of Subjects next hereinafter enumerated* [...]“, während s. 92 Constitution Act 1867 bestimmt: „*In each Province the Legislature may exclusively make Laws in relation to Matters coming within the Classes of Subjects next hereinafter enumerated* [...]“. In der Rechtsprechung des Privy Council wurde diese Formulierung zunächst auch durchaus wörtlich genommen. Die klassische Sicht beinhaltete daher eine enge Interpretation der Kompetenzen und eine klare Trennung der legislativen Zuständigkeiten in wasserdichte Abteilungen („*watertight compartments*“<sup>905</sup>), sodass Regelungen, die in den Bereich der anderen Ebene übergriffen, jeweils *ultra vires* waren.

Inzwischen lässt sich aber konstatieren, dass Bundes- und Provinzkompetenzen sowie die darauf gestützten Normen sich nicht selten überlagern.<sup>906</sup> Ähnlich wie in anderen föderativen Systemen hat sich in Kanada in jüngerer Zeit die Ansicht durchgesetzt, dass effektive Politik in vielen Feldern der gemeinsamen Anstrengung der zentralen wie dezentralen Ebene bedarf bzw. ein Bereich sich kaum noch exklusiv einer Ebene oder Kompetenz zuordnen lässt.<sup>907</sup> Dieser Erwägung trägt die bereits vom Privy Council entwickelte „*Double Aspects Doctrine*“ Rechnung,<sup>908</sup> nach welcher eine Materie verschiedene Aspekte aufweisen und daher sowohl eine Bundes- als auch eine Provinzkompetenz betreffen kann, sodass sowohl Bundes- als auch Provinzgesetze in diesem Bereich verfassungsgemäß sein können.

Dies gilt naturgemäß besonders für solche Felder, die nicht explizit in der Verfassung genannt oder besonders weit und amorph sind. So fallen etwa die Bereiche „Gesundheit“ oder „Umweltschutz“ zwar einerseits in die Provinzzuständigkeit, andererseits können aber bestimmte Aspekte, z.B. strafrechtliche, auch durch den

903 *British Columbia v. Bryden*, (1899) AC 580, 587 (PC); vgl. dazu auch *Laskin*, (1955) 11 U. T. L.J. 114; *Lederman*, Constitutional Dilemmas, S. 236 ff.

904 *Starr v. Houlden*, (1990) 1 SCR 1366.

905 So etwa *Lord Atkin* in: *A.G. Canada v. A.G. Ontario*, (1937) AC 326, 354 (PC) (*Labour Conventions*); vgl. zur „klassischen Sicht“ auch *Ryder*, (1991) 36 McGill L.J. 308, 312.

906 Vgl. etwa *O.P.S.E.U. v. A.G. Ontario*, (1987) 2 SCR 2, 18: „*The history of Canadian constitutional law has been to allow for a fair amount of interplay and indeed overlap between federal and provincial powers*“.

907 Auch hier wird daher inzwischen der Begriff des „kooperativen Föderalismus“ verwandt; vgl. *Hogg*, S. 154.

908 Sie fand ihren Ursprung bereits in *Hodge v. The Queen*, (1883) 9 AC 117 (PC); vgl. auch *Constitutional Law Group*, S. 224; *Lederman*, Constitutional Dilemmas, S. 243; *ders.*, (1963) 9 McGill L.J. 185.

Bund (als Strafrecht im Kompetenzsinne) geregelt werden.<sup>909</sup> Leider ist nicht ganz klar, wann die „*Double Aspects Doctrine*“ zum Zuge kommt und wann nicht.<sup>910</sup> *Lederman*<sup>911</sup> schlägt vor, sie (nur) dann anzuwenden, wenn beide Aspekte von gleicher Wichtigkeit sind.

Nach der moderneren Interpretation der konstitutionellen Kompetenzverteilung bedeutet Exklusivität nur noch, dass keine Vorschriften erlassen werden dürfen, die nach „Kern und Substanz“ in den Zuständigkeitsbereich der anderen Ebene fallen.<sup>912</sup> Da viele Materien aber sehr weit sind, besteht oftmals eine parallele Zuständigkeit von Bund und Provinzen, solange sich eine hinreichende Begründung dafür finden lässt, dass sich die Regelung jeweils unter eine legislative Kompetenz subsumieren lässt. Effekte und Beweggründe eines Gesetzes können sowohl für eine Zuständigkeit des Bundes als auch der Provinzen sprechen.

Die endgültige Bestimmung der Kompetenzgrenzen obliegt dann den Gerichten, welche neben anderen Kriterien auch das Grundkonzept des kanadischen Föderalismus bei ihrer Wertung berücksichtigen.<sup>913</sup> Lässt sich ein Gesetz mit einer verfassungsmäßigen Kompetenz begründen, so sind zufällige Übergriffe in die Zuständigkeit der anderen Ebene zulässig. Somit können in einem bestimmten Feld Bundes- und Provinzgesetze nebeneinander bestehen, sofern sie auf entsprechende Kompetenzen gestützt werden können. Ein Provinzgesetz ist aber z.B. dann verfassungswidrig, wenn es seinem Kern und Charakter nach als „Strafrecht“ zu qualifizieren ist.<sup>914</sup> So wurde ein Gesetz der Provinz Nova Scotia, welches die Vornahme von Schwangerschaftsabbrüchen außerhalb von gesetzlich anerkannten Krankenhäusern unter Strafe stellte, als *ultra vires* angesehen, da es seiner Natur nach „Strafrecht“ sei und daher in die Kompetenz des Bundes falle.<sup>915</sup>

909 Vgl. etwa *Schneider v. The Queen*, (1982) 2 SCR 112: Hiernach war der Heroin Treatment Act der Provinz British Columbia eine verfassungsgemäße Ausübung der generellen Kompetenz der Provinzen für die Gesundheit aus s. 92 (16) Constitution Act 1867, obgleich Abhängige bis zu sechs Monaten in Anstalten inkarzeriert werden konnten; daneben bestehen auch Bundeskompetenzen im Bereich „Gesundheit“; so wurden in *R. v. Hauser*, (1979) 1 SCR 984, 1000, Anti-Drogen-Gesetz des Bundes (inkl. Strafvorschriften!) auf die P.O.G.G.-Kompetenz gestützt – später wurde in *R. v. Malmo-Levine*, (2003) 3 SCR 571, 574, aber klargestellt, dass es sich dabei um „Strafrecht“ handelt; bzgl. des Umweltschutzes kann sich eine Kompetenz des Bundes z.B. aus der P.O.G.G.- [*Friends of the Oldman River Society v. Canada (Minister of Transport)*, (1992) 1 SCR 3, 10] oder der Strafrechtskompetenz [*R. v. Hydro-Québec*, (1997) 3 SCR 213, 215 (Verbot toxischer Substanzen)] ergeben; vgl. dazu auch *Hogg*, S. 546.

910 *Constitutional Law Group*, S. 236: Es bestehen unterschiedliche Trends und Entwicklungen innerhalb der Gerichte hinsichtlich der Anwendung der „*Double Aspects Doctrine*“; sie wurde z.B. angewandt für Bereiche wie öffentliche Ordnung, Sicherheit und Moral (z.B. Altersbeschränkungen bei Filmen, Nackt-Tanz-Bars etc.); bei *Hogg*, S. 438, findet sich das Beispiel der Fahrerflucht: Sowohl Bundeskriminalstrafgesetze als auch Provinzgesetze (bzgl. Eigentum) wurden aufrecht erhalten.

911 *Lederman*, Constitutional Dilemmas, S. 244; zustimmend *Hogg*, S. 438; auch die Rechtsprechung folgt ihm teilweise, z.B. *Multiple Access Ltd. v. McCutcheon*, (1982) 2 SCR 161.

912 Vgl. *Ryder*, (1991) 36 McGill L.J. 308, 312.

913 *Starr v. Houlden*, (1990) 1 SCR 1366, 1393.

914 Vgl. etwa *R. v. Morgentaler*, (1993) 3 SCR 463.

915 *R. v. Morgentaler*, (1993) 3 SCR 463.

Die ebenfalls von den Gerichten (in anderen Bereichen) entwickelte „*Interjurisdictional Immunity Rule*“<sup>916</sup> verfolgt hingegen ein anderes Ziel. Sie betont stärker die Exklusivität und verneint die Anwendbarkeit von Statuten der Provinzen, welche zwar in Kern und Substanz im Allgemeinen *intra vires* sind, in Spezialsituationen aber Bundesunternehmungen beeinträchtigen. Sie wird allerdings im Strafrecht offenbar nicht angewandt.<sup>917</sup>

Bestehen auf diese Weise nun Regelungen beider Ebenen, so sieht die kanadische Verfassung für den Fall kollidierender Gesetze der Ebenen keine geschriebene Vorrangklausel vor. Durch die Gerichte wurde jedoch die „*Paramountcy Doctrine*“ entwickelt,<sup>918</sup> wonach das Bundesrecht grundsätzlich dominiert. Hiernach wird ein Provinzgesetz nicht ungültig, aber unwirksam („*inoperative*“), soweit es mit Bundesregelungen in Konflikt gerät. Ein solcher wird angenommen, wenn es wegen eines ausdrücklichen Widerspruches der Regelungen unmöglich ist, beide Vorschriften zu beachten, wenn die politischen Entscheidungen nicht kompatibel sind oder wenn der Bund ein Feld vollständig besetzt hat.<sup>919</sup> Im kanadischen Recht führen diese Ansätze heute nur noch selten zu einer Unwirksamkeit des Rechts der dezentralen Ebene, was auch im Hinblick auf das „Quasi-Strafrecht“ der Provinzen gilt.<sup>920</sup> Insbesondere wird die Duplikation und Überlappung inhaltsgleicher Vorschriften nicht als konstitutionelles Problem wahrgenommen. Die Kriterien gleichen hier den in den USA im Hinblick auf die Vorrangklausel entwickelten Ansätzen.<sup>921</sup> Der Bund erklärt jedoch auch in Kanada selten ausdrücklich, dass er ein Feld vollständig belegen und Provinzgesetze ausschließen wolle, und strafrechtlichen Sanktionen oder Nicht-Sanktionen wird regelmäßig auch hier nicht die Implikation entnommen, dass das Feld durch den Bund belegt sei und das Verhalten nicht durch die Provinz geahndet werden dürfe.<sup>922</sup> Bei einer Strafbarkeit nach beiden Rechtsordnungen bestehe schließlich auch kein echter Konflikt in dem Sinne,

916 Wichtige Entscheidungen: *Commission du Salaire Minimum v. Bell Telephone Co. of Canada*, (1966) SCR 767 (*Bell #1*); *Bell Canada v. Quebec (Commission de la Santé et de la Sécurité du Travail)*, (1988) 1 SCR 749 (*Bell #2*).

917 *Constitutional Law Group*, S. 253: „*The courts have not articulated the „core“ of federal exclusive jurisdiction to enact criminal laws that is beyond the reach of valid provincial legislation. To the contrary, many of the subject matters addressed through federal criminal law have been held to be double aspect matters subject to concurrent provincial legislation.*“.

918 Dazu *Constitutional Law Group*, S. 254; Hogg, S. 483 ff.

919 *Constitutional Law Group*, S. 255; Hogg, S. 488 ff.; *Lederman*, (1963) 9 McGill L.J. 185, 190 ff.

920 Vgl. dazu *Friedland*, (1967) 17 U. T. L.J. 66, 69 ff.

921 Siehe dazu oben 3. Kapitel B. III. 1.

922 Vgl. *O’Grady v. Sparling*, (1960) SCR 804: Hier war es nach Bundesrecht strafbar, rücksichtslos („*recklessly*“) zu fahren, während ein Provinzstatut bereits das unvorsichtige („*careless*“) Fahren sanktionierte; ein Konflikt wurde nicht angenommen, da der Bürger beide Gesetze befolgen kann, indem er sich an die Vorgaben des strengeren Provinzrechts hält, und der Bund habe auch nicht implizit zum Ausdruck gebracht, dass er das Feld belegen oder das unvorsichtige Fahren straflos lassen wollte; vgl. die weiteren beiden Entscheidungen aus dem Straßenverkehrsrecht *Smith v. The Queen*, (1960) SCR 776; *Ross v. Registrar of Motor Vehicles*, (1975) 1 SCR 5; ferner *Multiple Access Ltd. v. McCutcheon*, (1982) 2 SCR 161.

dass der Bürger gegen eines der Gesetze verstoßen müsse, um die Vorgaben des anderen zu erfüllen, da das Verhalten schließlich nach beiden verboten sei.<sup>923</sup>

Auf diese Weise kann es nun in verschiedenen Feldern zu Überlagerungen der strafrechtlichen und quasi-strafrechtlichen Normen von Bund und Provinzen kommen.<sup>924</sup> Legt man das deutsche Verständnis zu Grunde, so beinhalten die Provinznormen trotz ihres Charakters als nicht kriminalstrafrechtliches Übel, sondern eher als Übertretung des Provinzrechts, jedoch nicht nur Ordnungswidrigkeiten im deutschen Sinne, da sie teilweise auch hohe Gefängnisstrafen vorsehen. Hier stellt sich die noch zu behandelnde Frage nach einer Doppelbestrafung.<sup>925</sup>

## 2. Verfolgungszuständigkeit und Kooperation der Ebenen

Die Zuständigkeit des konkreten Gerichts wird wesentlich durch das Territorialitätsprinzip bestimmt. Damit werden regelmäßig die Gerichte der Provinzen tätig, in deren Jurisdiktionsbereich die Tat begangen wurde.<sup>926</sup> Dabei können jedoch Strafverfolgungsbehörden beider Ebenen zuständig sein, wenn dieselbe Tat sowohl Straftatbestände nach dem Strafgesetzbuch des Bundes oder nach den Provinzgesetzen, für welche in beiden Fällen die Staatsanwaltschaft der Provinz zuständig ist, als auch nach sonstigen Bundesgesetzen oder speziellen Normen des Strafgesetzbuches des Bundes, welche durch die Bundesstaatsanwaltschaft verfolgt werden, erfüllt. In diesem Fall kann zwar dasselbe Gericht zuständig sein, die Ermittlungen jedoch seitens verschiedener Behörden geführt werden. Auf diese Weise kann es zu Überschneidungen der Zuständigkeit kommen, sodass auch im kanadischen System Koordination der Strafverfolgung und Kooperation der Behörden von Wichtigkeit sind.

Ähnlich wie in den USA spielen hierbei Absprachen eine große Rolle. Die Staatsanwaltschaften der Provinzen und die Bundesstaatsanwaltschaft haben sich u.a. darauf verständigt, dass die jeweilige Behörde, die eine Straftat verfolgt, dabei aus Gründen der Effizienz und Effektivität mit der Zustimmung der zuständigen Staatsanwaltschaft auch die Ermittlungen hinsichtlich unbedeutender Vergehen („*minor offences*“) führen darf, die in den Jurisdiktionsbereich der anderen Ebene fal-

923 *Multiple Access Ltd. v. McCutcheon*, (1982) 2 SCR 161, 190: Hier hatten der Bund und die Provinz Ontario nahezu inhaltsgleiche Vorschriften gegen den Insider-Handel erlassen, welche beide im Hinblick auf die *Double Aspects Doctrine* zulässigerweise mit den jeweiligen Kompetenzen begründet werden konnten; die Duplikation begründe keinen Konflikt, sondern im Gegenteil die größtmögliche Harmonie („*the ultimate in harmony*“); so auch Hogg, S. 498; vgl. zu dieser Sichtweise auch Friedland, (1967) 17 U. T. L.J. 66, 70 f. – a.A. noch *Laskin/Finkelstein*, S. 117; *Lederman*, (1963) 9 McGill L.J. 185, 196.

924 Friedland, (1967) 17 U. T. L.J. 66, 72.

925 Siehe sogleich unten 3. Kapitel C. III. 3.

926 Für Straftaten nach Bundesrecht vgl. R.S.C. 1985, c. C-46, s. 468 ff.; fallen Tathandlung und Erfolg auseinander und in verschiedene Jurisdiktionsbereiche, so sind beide Provinzgerichte zuständig, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 476; für Delikte nach Provinzrecht vgl. z.B. für Ontario: Provincial Offences Act, R.S.O. 1990, c. 33, s. 29.

len.<sup>927</sup> Diese Absprachen werden dadurch begünstigt bzw. möglich, dass auch in Kanada ein weites Ermessen der StA („*prosecutorial discretion*“) besteht, welches u.a. die Entscheidung umfasst, ob überhaupt Anklage erhoben, ob im Rahmen einer Verständigung im Strafverfahren ein Schuldanerkenntnis akzeptiert und eine reduzierte Anklage erhoben oder ob die Anklage insgesamt fallengelassen wird.<sup>928</sup>

### 3. Doppelbestrafung

Bei Überlagerung des materiellen Rechts und der Behördenzuständigkeit mehrerer Ebenen kann sich das Problem der doppelten Bestrafung oder Strafverfolgung stellen. Die Gefahr der Doppelbestrafung ist in Kanada aber schon deshalb deutlich reduziert, weil sämtliche Straftaten – anders als in den USA – in den Provinzen ausschließlich vor dezentralen Strafgerichten verhandelt werden. Sie kann jedoch – zumindest theoretisch – in verschiedener Hinsicht entstehen. Denn wenn z.B. Strafverfolgungsbehörden beider Ebenen zuständig sein können, sofern dieselbe Tat sowohl Straftatbestände nach dem Strafgesetzbuch des Bundes, für welche die Staatsanwaltschaft der Provinz zuständig ist, als auch nach sonstigen Bundesgesetzen, welche durch die Bundesstaatsanwaltschaft verfolgt werden, erfüllt, dann könnten sukzessiv verschiedene Anklagen – sogar bei demselben Gericht – erhoben werden. Ferner könnte die Staatsanwaltschaft der Provinz sowohl Bundes- als auch Provinzdelikte anklagen.

Die doppelte Strafverfolgung ist durch s. 11 (h) of the Canadian Charter of Rights and Freedoms,<sup>929</sup> eingeführt im Jahr 1982 im Zuge der Verfassungsreform als Teil des Constitution Act 1982, verboten. Aber schon im *common law* war das Verbot der „*Double Jeopardy*“ anerkannt.<sup>930</sup> Es umfasst verschiedene prozessuale Aspekte und Einreden des Betroffenen, die inzwischen teilweise auch gesetzlich geregelt sind und unterschiedliche Voraussetzungen haben.<sup>931</sup> Dazu gehören die

927 Vgl. zu diesen Arrangements die Auskünfte des PPSC unter [www.ppsc-sppc.gc.ca/eng/pub/ar-ra/2011\\_2012/03.html#section1\\_8\\_3](http://www.ppsc-sppc.gc.ca/eng/pub/ar-ra/2011_2012/03.html#section1_8_3), zuletzt abgerufen am 5.2.2014.

928 *Krieger v. Law Society of Alberta*, (2002) 3 SCR 372, 394.

929 „Any person charged with an offence has the right [...] (h) if finally acquitted of the offence, not to be tried for it again and, if finally found guilty and punished for the offence, not to be tried or punished for it again“.

930 Vgl. *Friedland*, (1967) 17 U.T. L.J. 66, 76 ff. Zum Vereinigten Königreich siehe unten 3. Kapitel D. III. 3.

931 Vgl. dazu *Canadian Bar Association*, *Double Jeopardy; Law Reform Commission of Canada*, *Double jeopardy, pleas and verdicts*, 1991.

„*pleas of autrefois acquit/convict*“,<sup>932</sup> das Verbot der missbräuchlichen Abtrennung von Verfahren („*unreasonably splitting*“),<sup>933</sup> das Verbot von „*multiple convictions*“<sup>934</sup> und „*issue estoppel*“<sup>935</sup>. Inwieweit s. 11 (h) of the Canadian Charter of Rights and Freedoms mit diesen Regeln übereinstimmt, ist noch nicht abschließend geklärt. Jedenfalls sind hiervon nur echte strafrechtliche Sanktionen erfasst.<sup>936</sup> Das Verbot greift z.B. dann nicht, wenn Pflichten betroffen sind, die eine unterschiedliche Natur haben.<sup>937</sup>

Hier ist indes primär das Verhältnis der Ebenen von Interesse, also die Frage, ob die Regeln des Verbotes der „*Double Jeopardy*“ auch im vertikalen Verhältnis anwendbar sind. Anfänglich schien diesbezüglich Ähnliches zu gelten wie in den USA. So war im Jahr 1942 der Angeklagte *Kissick* zunächst wegen Besitzes illegal hergestellten Alkohols nach Bundesrecht angeklagt worden und hatte einen Freispruch erwirkt, der Manitoba Court of Appeal hielt es jedoch für zulässig, dass er danach wegen desselben Verhaltens erneut nach Provinzrecht angeklagt und ver-

932 Diese Regeln sind im Criminal Code in R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 607 ff. festgehalten. Sie stehen nach s. 609 unter zwei Voraussetzungen: „(a) the matter [...] is the same in whole or in part; (b) that on the former trial, if all proper amendments had been made that might then have been made, he might have been convicted [...]“; hierzu sind also die konkreten Anklagesätze und Unrechtsmerkmale der betreffenden Straftaten zu vergleichen, sodass nicht nur die Faktenlage, sondern auch der rechtliche Gesichtspunkt und konkrete Strafvorwurf, entscheidend sind. Im Verfahren *Van Rassel*, (1990) 1 SCR 225, stellte der Supreme Court of Canada z.B. fest, dass der kanadische und der US-amerikanische Tatvorwurf ihrer Natur nach zu unterschiedlich seien, um einen entsprechenden Strafklageverbrauch zu begründen, da z.B. die kanadische Straftat voraussetzt, dass der Täter ein kanadischer Amtsträger ist. Die Frage, ob das Verbot der Doppelbestrafung zwischen zwei Nationen überhaupt gilt, ließ das Gericht offen, verwies jedoch auf untere Gerichte, die dies angenommen haben; vgl. zum diesbzgl. *common law* auch unten 3. Kapitel D. III. 3.

933 Vgl. das Verbot des „*abuse of process*“ im *common law* des englischen Rechts; dazu unten 3. Kapitel D. III. 3; eine Aufteilung einzelner Tatvorwürfe ist aber nur unter engen Voraussetzungen missbräuchlich, möglich blieb z.B. eine Aufteilung und doppelte Bestrafung wegen sexuellen Missbrauchs und wegen Inzests; vgl. *R. v. B.*, (1986) 29 CCC 365 (Ontario Court of Appeal).

934 Hiernach können auch zwei unterschiedliche Tatvorwürfe verboten sein, wenn sich die Elemente der Delikte überschneiden; grundlegend *Kienapple v. The Queen*, (1975) 1 SCR 729 (Vergewaltigung und sexueller Missbrauch). Nach *R. v. Prince*, (1986) 2 SCR 480, müssen aber zwei Voraussetzungen erfüllt sein: „(1) *factual nexus between the charges and* (2) *sufficient nexus between the offences*. [...] *Factual proximity will normally be established if each of the charges stems from the same act of the accused*. [...] *Offences will be sufficiently proximate if there is no additional distinguishing element in the second offence*“; möglich blieb daher z.B. eine doppelte Verfolgung wegen der Verletzung einer Schwangeren durch einen Messerstich in den Unterleib und wegen der Tötung des ungeborenen Kindes; ferner gilt die Regel nicht bei unterschiedlichen Opfern; vgl. *R. v. Van Rassel*, (1990) 1 SCR 225.

935 Hierunter ist das Verbot inkonsistenter Entscheidungen im Hinblick auf Tatsachen zu verstehen, die bereits festgestellt sind; vgl. *Law Reform Commission of Canada*, *Double jeopardy, pleas and verdicts*, 1991, S. 13 f.

936 *R. v. Wigglesworth*, (1987) 2 SCR 541: „*A matter could fall within s. 11 either because by its very nature it is a criminal proceeding or because a conviction in respect of the offence may lead to a true penal consequence*“. Daher sind z.B. Disziplinarmaßnahmen nicht erfasst.

937 In *R. v. Van Rassel*, (1990) 1 SCR 225, ging es um die Frage, ob ein kanadischer Polizist, der als Mitglied einer internationalen Anti-Drogen-Operation in den USA wegen Bestechlichkeit und Geheimnisverrats freigesprochen wurde, wegen dieses Verhaltens in Kanada erneut verfolgt werden konnte. Das Gericht bejahte dies, weil das Verhalten Pflichten ganz unterschiedlicher Natur gegenüber dem jeweiligen Staat verletzte.

urteilt wurde, und bediente sich dabei einer ähnlichen Diktion<sup>938</sup> wie der U.S. Supreme Court im Rahmen seiner „*Dual Sovereignty Doctrine*“.<sup>939</sup> Inzwischen ist das Verbot der Doppelbestrafung in Kanada nach der wohl herrschenden Ansicht aber auch für Straftaten nach Bundes- und Provinzrecht anwendbar.<sup>940</sup>

#### IV. Zusammenfassung

Verfassungsrichter *Dickson*<sup>941</sup> beschrieb die „kanadische Lösung“ der konstitutionellen Verteilung der Kompetenzen im Strafrecht folgendermaßen: Auf der einen Seite bestehe im Kontrast zu den Vereinigten Staaten ein einheitliches materielles Strafrecht und Strafprozessrecht auf Grund der exklusiven Gesetzgebungskompetenz des Bundes, auf der anderen Seite fänden Strafverfolgung und Strafjustiz auf Provinzebene statt, sodass dadurch wiederum den lokalen Bedürfnissen, Werten und Ansichten Rechnung getragen werden könne. Tatsächlich können auf diese Weise trotz einheitlicher Strafbarkeit einer bestimmten Verhaltensweise lokale Unterschiede hinsichtlich der Verfolgung der Tat bestehen, da ähnlich wie in den USA die Verfolgung einer Straftat in Kanada im Ermessen der Behörde liegt.

Gleichwohl ist diese Darstellung des Verfassungsrichters zweifach zu ergänzen. Erstens setzen auch die Provinzen teilweise „Quasi-Strafrecht“ und zweitens verfolgen auch Behörden des Bundes einzelne bundesstrafrechtliche Normen.

938 *Manitoba Court of Appeal, R. v. Kissick*, (1942) 78 CCC 34, 43: „Here are two authorities, each acting within its own jurisdiction, taking cognizance of the same facts, which violate the law of each. It cannot be said that an acquittal or conviction under one ousts the jurisdiction of the other or expiates the offence against it. Jurisdiction is not to be held to be exclusive according to the order of time in which proceedings are commenced and concluded. The facts may be the same, but the offence is against a different law of a different origin“; vgl. sehr kritisch dazu *Friedland*, (1967) 17 U. T. L.J. 66, 75 f.

939 Siehe dazu oben 3. Kapitel B. III. 3.

940 *Canadian Bar Association, Double Jeopardy*, S. 11; *Hogg*, S. 500; *Law Reform Commission of Canada, Double jeopardy, pleas and verdicts*, 1991, S. 19, mit dem Hinweis auf einige Gerichtsentscheidungen der Provinzgerichte; in *R. v. Wigglesworth*, (1987) 2 SCR 541, stellte der Supreme Court immerhin die Anwendbarkeit von s. 11 (h) of the Canadian Charter of Rights and Freedoms auf Provinzgesetze fest: „The rights guaranteed by s. 11 of the Charter are available to persons prosecuted by the State for public offences involving punitive sanctions, i.e., criminal, quasi-criminal and regulatory offences, either federally or provincially enacted. The section is intended to provide procedural safeguards in proceedings which may attract penal consequences even if not criminal in the strict sense“.

941 *Dickson J.*, Dissens-Votum in: *R. v. Wetmore*, (1983) 2 SCR 284, 305 ff. Er kommt allerdings zu dem von der h.M. abweichenden Ergebnis, dass die provinzielle Zuständigkeit für die Strafverfolgung exklusiv sei.

*Übersicht: Modell Kanada. Zentrales Strafrecht, dezentrales „Quasi-Strafrecht“, dezentrales Gerichtssystem*

	Zentrale Ebene	Dezentrale Ebene
<b>Legislative Kompetenz</b>	Umfassende allgemeine Kompetenz zum Erlass von Strafnormen und Strafprozessrecht als „Criminal Law and Procedure“ sowie Sanktionierung von Verstößen gegen Bundesrecht	Kompetenz zum Erlass von „Quasi-Strafgesetzen“ im lokalen Bereich zur Sanktionierung von Verstößen gegen Provinzrecht inklusive des diesbezüglichen Verfahrensrechts
<b>Strafverfolgungskompetenz</b>	Staatsanwaltschaft und Polizei des Bundes zuständig für Verfolgung von Straftaten nach Bundesrecht außerhalb des Strafgesetzbuches und einige Straftaten des Strafgesetzbuches; Anklagen erfolgen aber vor den Provinzgerichten	Staatsanwaltschaft und Polizei der Provinzen zuständig für Verfolgung von Straftaten nach Bundesrecht im Strafgesetzbuch und nach dem Recht der jeweiligen Provinz
<b>Gerichtszuständigkeit</b>	Keine unteren Bundesgerichte; Supreme Court of Canada höchste Revisionsinstanz	Gerichte der Provinzen umfassend zuständig in unterer Instanz

## D. Das Vereinigte Königreich von Großbritannien und Nordirland

### I. Konstitutioneller Hintergrund

#### 1. Überblick

Das Vereinigte Königreich von Großbritannien und Nordirland besteht aus den vier Landesteilen England, Nordirland, Schottland und Wales.<sup>942</sup> Während der Gesamtstaat ein souveräner Staat im Sinne des Völkerrechts ist, verbleibt der Status der unteren Ebenen ein interessantes Untersuchungs- und Diskussionsfeld.<sup>943</sup> Schon die Wahl der richtigen Bezeichnung derselben kann Ausdruck einer persönlichen Präferenz, aber auch politischen Ansicht sein. So werden England, Schottland und auch Wales oftmals „Nationen“ genannt,<sup>944</sup> wenngleich ohne eigenständigen Nationalstaat. Dies ist im Fall von Nordirland brisant. Es ist zwar Bestandteil des Vereinigten Königreiches, daneben aber auch der irischen Nation zugehörig, welche im Süden der Insel über einen eigenen Nationalstaat, die Republik Irland, verfügt. Offizielle Stellen gebrauchen ferner zuweilen die Terminologie „*constituent countries*“<sup>945</sup>.

Das Vereinigte Königreich von Großbritannien und Nordirland ist des Weiteren eine konstitutionelle Monarchie, mit einem zentralen Gesamtparlament in Westminster, London (kurz: Westminster). Es verfügt über keinen kodifizierten Verfassungstext, die Konstitution des Gesamtstaates besteht vielmehr aus einigen wichtigen Dokumenten, wie etwa der Magna Carta des Jahres 1215 oder dem Unionsvertrag (Treaty of Union) zwischen England und Schottland aus den Jahren 1706/1707, sowie besonders elementaren Gesetzen, wie etwa dem Bill of Rights 1689, worin wichtige Rechte des Parlaments gegenüber dem Königshaus festgelegt sind, den Parliament Acts 1911 und 1949, dem European Communities Act 1972 (ECA 1972), durch welchen der Beitritt zur Europäischen Union umgesetzt und die Anwendung von europäischen Rechtsakten ermöglicht wurde, den Gesetzen betreffend die „*devolution*“ oder dem Human Rights Act 1998 (HRA 1998), welcher der EMRK innerstaatliche Geltung verschaffte.<sup>946</sup>

942 Die Kronbesitztümer (*Crown Dependencies*) Channel Islands und Isle of Man werden hier – wiederum aus Gründen der Übersichtlichkeit und des Umfanges der Arbeit – nicht betrachtet, denn sie gehören nicht unmittelbar zum Vereinigten Königreich von Großbritannien und Nordirland; vgl. *Forster*, in: Sieber/Cornils, S. 129.

943 Vgl. *Forster*, in: Sieber/Cornils, S. 129: Keine Staaten, sondern Landesteile; *Summers*, in: Sieber/Cornils, S. 553: Schottland „kein souveräner Staat, sondern ein Teil des Vereinigten Königreichs“.

944 *Alder*, S. 182; *Bogdanor*, *Devolution*, S. 3; *Hadfield*, in: Jowell/Oliver (6. Aufl.), S. 172; *Hübner/Münch*, S. 52.

945 So etwa das Office for National Statistics in seinen Publikationen.

946 *Barendt*, S. 32 ff.; *Forster*, in: Sieber/Cornils, S. 131 f., 149; *Hübner/Münch*, S. 30 f.; vgl. auch *Summers*, in: Sieber/Cornils, S. 569; *Sydow*, *ZaöRV* 2004, 65, 67 f.

Den wohl wichtigsten Grundsatz der Verfassung bildete traditionell die so genannte „Souveränität“ des Parlaments in Westminster. Mit „Parlament“ sind hierbei aber beide Häuser des Parlaments, das House of Commons als gewählte Volksvertretung und das House of Lords als traditionelle aristokratische Kammer, und die Krone gemeint.<sup>947</sup> Die Basis dieser „Parlamentssouveränität“ ist im *common law* zu suchen, denn die Gerichte haben in ständiger Rechtsprechung erklärt, dass den Gesetzen aus Westminster stets Vorrang zukomme, und zwar insbesondere gegenüber der Judikative, aber auch gegenüber bestehenden Gesetzen.<sup>948</sup> Daraus folgte nach der klassischen Theorie<sup>949</sup> die Erkenntnis, dass das zentrale Parlament verfassungsrechtlich omnipotent ist. Entgegenstehende ältere Gesetze können nach dieser Doktrin jederzeit aufgehoben werden oder auch implizit außer Geltung geraten, wenn sie nicht mit einem neuen Statut vereinbar sind.<sup>950</sup> Es erscheint aber trefflicher, hier statt von „Souveränität“ vom Vorrang („*supremacy*“) des Parlaments zu sprechen.<sup>951</sup>

In jüngerer Zeit ist diese Theorie indes in verschiedener Hinsicht ins Wanken geraten. So hat z.B. *Laws L.J.* in der Entscheidung des englischen High Court im Fall *Thoburn v. Sunderland City Council* die Meinung vertreten, einigen Statuten komme ein verfassungsmäßiger Status zu, sodass sie nur explizit aufgehoben werden können,<sup>952</sup> womit die soeben angeführten Dokumente und Gesetze gemeint sein dürften. Des Weiteren wird angenommen, dass jedenfalls die politische Realität Westminster in verschiedener Hinsicht einschränke.<sup>953</sup> Insbesondere etwa im Hinblick auf die Mitgliedschaft in der Europäischen Union oder die „*devolution*“ ist zwar die ultimative rechtliche Möglichkeit erhalten geblieben, die jeweiligen Gesetze explizit außer Kraft zu setzen und damit aus der Europäischen Union auszuschneiden oder den Staat wieder vollständig zu zentralisieren, gleichwohl bestehen gewichtige politische Hindernisse, die diese Maßnahmen als nicht ohne weiteres durchsetzbar erscheinen lassen. Überdies sind, jedenfalls solange das Vereinigte Königreich von Großbritannien und Nordirland Vertragsstaat bleibt, durch EMRK und europäische Verträge auch rechtliche Schranken zu beachten. Europäische Rechtsakte können gemäß s. 2 (4) ECA 1972 auch im Vereinigten Königreich unmittelbare Wirkung entfalten, die Gerichte gewähren diesen sodann Vorrang vor innerstaatlichem Recht, das dem EU-Recht widerspricht, selbst wenn

947 *Barendt*, S. 88; *Dicey* (1915; Neuauf. 1982), S. 3; *Forster*, in: Sieber/Cornils, S. 149; vgl. auch *Clasen*, Demokratische Legitimation, S. 91.

948 *Barendt*, S. 87; *Forster*, in: Sieber/Cornils, S. 149; ausführlich dazu *Bradley/Ewing*, S. 60 ff.

949 Vgl. insbesondere *Dicey* (1915; Neuauf. 1982), S. 3 ff.; dazu *Bradley*, in: Jowell/Oliver, S. 37 ff.

950 *Dicey* (1915; Neuauf. 1982), S. 4; dazu *Barendt*, S. 91 ff.; *Hübner/Münch*, S. 33 f.; *Sydow*, ZaöRV 2004, 65, 74 f.

951 *Barendt*, S. 88 f.; vgl. auch *Parpworth*, S. 179. *Bradley*, in: Jowell/Oliver, S. 39, betont aber gleichwohl, dass hierin die Parallele zur Autorität des Vereinigten Königreiches im Völkerrecht liege.

952 *Thoburn v. Sunderland City Council*, (2003) QB 151, Rn. 62 f.; vgl. dazu *Bradley*, in: Jowell/Oliver, S. 57; *Bradley/Ewing*, S. 67; *Sydow*, ZaöRV 2004, 65, 79 f.

953 *Barendt*, S. 89 ff.; *Hübner/Münch*, S. 39.

es erst später erlassen wird.<sup>954</sup> In ähnlicher Form muss auch die EMRK beachtet werden. Zwar dürfen die Gerichte Gesetze aus Westminster weiterhin nicht aufheben, sie aber gemäß s. 4 HRA 1998 für unvereinbar mit den Menschenrechten erklären.<sup>955</sup>

Auch wenn innerstaatlich die Doktrin der Parlamentsouveränität zumindest verfassungstheoretisch noch Gültigkeit haben mag, erfüllt das Vereinigte Königreich von Großbritannien und Nordirland heute dennoch durchaus die Wesensmerkmale eines Mehrebenensystems.<sup>956</sup> Dies gilt nicht nur im Hinblick auf die Verteilung der Zuständigkeit zwischen den Ebenen, sondern auch hinsichtlich der Verflechtung der Politik. Durch die *devolution* wurden Kompetenzen auf die dezentralen Ebenen transferiert und eine Struktur der Koordination von Politikzielen sowie der Kooperation der Regierungen und Parlamente erforderlich.<sup>957</sup> Westminster erließ diesbezüglich im Jahr 1998 drei entscheidende Gesetze, den Scotland Act 1998 (SA 1998)<sup>958</sup>, den Northern Ireland Act 1998 (NIA 1998) sowie den Government of Wales Act 1998 (GWA 1998)<sup>959</sup>, durch welche in unterschiedlichem Maße Staatsgewalt von der zentralen Ebene auf die Landesteile transferiert („*devolved*“) wurde. Allen drei Gesetzen gingen Volksabstimmungen in den Landesteilen voraus.

Die dezentralen Volksvertretungen üben im „*devolved state*“ nun eigenständige Staatsmacht aus. So besteht zwar rechtlich weiterhin die Kompetenz des zentralen Parlaments in Westminster zur Gesetzgebung in den übertragenen Bereichen, diese hängt qua so genannter „*Sewel Convention*“<sup>960</sup> jedoch politisch von der Zustimmung der dezentralen Ebene ab. Diese Vereinbarung geht auf eine Erklärung des Ministers *Lord Sewel* während des Gesetzgebungsverfahrens betreffend die *devolution* zurück und ist inzwischen auch im Memorandum of Understanding and

954 Wegweisend *R. v. Secretary of State for Transport ex parte Factortame Ltd. (No. 2)*, (1991) 1 AC 603, 643; dazu *Barendt*, S. 96 ff.; *Bradley*, in: Jowell/Oliver, S. 52 ff.; vgl. ferner *Forster*, in: Sieber/Cornils, S. 150; *Sydow*, ZaöRV 2004, 65, 76 f.

955 Dazu *Bradley*, in: Jowell/Oliver, S. 61 ff.; *Summers*, in: Sieber/Cornils, S. 582; *Sydow*, ZaöRV 2004, 65, 77 f.

956 Siehe bereits oben 1. Kapitel B. IV. 1.

957 Vgl. dazu etwa die Devolution Guidance Notes (DGN), welche Hinweise für die Operation der bilateralen Beziehungen geben; zur Kooperation der Parlamente *Trench*, in: Hazell/Rawlings, S. 193; *Winetrobe*, in: Hazell/Rawlings, S. 39.

958 Inzwischen gilt zudem der SA 2012.

959 Inzwischen gilt zudem der GWA 2006.

960 Dazu *Alder*, S. 347; *Bradley*, in: Jowell/Oliver, S. 60; *Bradley/Ewing*, S. 43; *Bogdanor*, Devolution, S. 291; *ders.*, British Constitution, S. 112; *Hazell*, in: Hazell/Rawlings, S. 304; *Hazell/Rawlings*, in: dies., S. 6; *Sydow*, ZaöRV 2004, 65, 80 ff., 85 ff.; *Trench*, in: Hazell/Rawlings, S. 197; *Winetrobe*, in: Hazell/Rawlings, S. 39; *ders.*, in: Jowell/Oliver (6. Aufl.), S. 217.

Supplementary Agreements (MoU),<sup>961</sup> welches die Beziehungen zwischen den Regierungen im Vereinigten Königreich regelt, festgehalten.

Diese intergouvernementalen Absprachen sind zwar gerichtlich nicht durchsetzbar,<sup>962</sup> stellen aber dennoch Konventionen dar, von denen das zentrale Parlament politisch nicht ohne weiteres abweichen kann.<sup>963</sup> Hier zeigt sich erneut die Diskrepanz zwischen Verfassungstheorie und praktischer Ausprägung des Systems. Verfassungstheoretisch bleibt Westminster durchaus auch in den delegierten Bereichen zuständig, was in allen drei die *devolution* betreffenden Gesetzen deklaratorisch festgehalten wurde,<sup>964</sup> verfassungspraktisch und politisch jedoch nicht.

Auch wenn die Staatsgewalt nur von Westminster delegiert und nicht durch eine kodifizierte Verfassung abgesichert ist, findet damit faktisch eine Aufteilung der staatlichen Kompetenzen statt.<sup>965</sup> In der „*Sewel Convention*“ und dem MoU ist ein gewichtiger Unterschied zwischen der *devolution* und einer allgemeinen Dezentralisierung der Verwaltung zu sehen.<sup>966</sup> Zwar sind auch lokale Verwaltungskörper zum Erlass von „*by-laws*“, d.h. materiellen Gesetzen der Exekutive, befugt, sofern sie dazu in primären Gesetzen ausdrücklich ermächtigt wurden, wobei in solchen kommunalen Verordnungen auch Verbote und Sanktionen („*criminal offences*“) enthalten sein können.<sup>967</sup> Lokale Verwaltungsträger sind aber als klassisches Instrument des dezentralisierten Einheitsstaates nur subsidiäre Untereinheiten der zentralen Verwaltung und Regierung. Ihre Entscheidungen können jederzeit von

961 So bereits im MoU des Jahres 2001, Cm. 5240, para. 13: „The United Kingdom Parliament retains authority to legislate on any issue, whether devolved or not. It is ultimately for Parliament to decide what use to make of that power. However, the UK Government will proceed in accordance with the convention that the UK Parliament would not normally legislate with regard to devolved matters except with the agreement of the devolved legislature [...]“; dieses MoU ersetzte ein vorausgegangenes aus dem Jahr 2000, vgl. Cm. 4806; das Memorandum of Understanding and Supplementary Agreements aus dem Jahr 2010, Cm. 7864 (aktueller Stand: Oktober 2013), enthält in para. 14 eine identische Passage und ersetzt nun seinerseits das MoU 2001; abrufbar im Internet unter [www.gov.uk/government/publications/devolution-memorandum-of-understanding-and-supplementary-agreement](http://www.gov.uk/government/publications/devolution-memorandum-of-understanding-and-supplementary-agreement), zuletzt abgerufen am 5.2.2014.

962 MoU 2001, para. 2: „It does not create legal obligations between the parties. It is binding in honour only“; MoU 2010, para 2: „This Memorandum is a statement of political intent, and should not be interpreted as a binding agreement. It does not create legal obligations between the parties“.

963 *Barendt*, S. 60; *Bogdanor*, *Devolution*, S. 292 ff.; *Brazier*, S. 111; *Sydow*, *ZaöRV* 2004, 65, 85 ff.

964 Vgl. s. 28 (7) SA 1998, s. 5 (6) NIA 1998 und s. 7 (5) GWA 2006; dazu *Barendt*, S. 59; *Bogdanor*, *British Constitution*, S. 112 f.; *Bradley*, in: *Jowell/Oliver*, S. 60; *Sydow*, *ZaöRV* 2004, 65, 80.

965 *Bogdanor*, *Devolution*, S. 290; *Cornes*, in: *Bamforth/Leyland*, S. 115; *Winetrobe*, in: *Jowell/Oliver* (6. Aufl.), S. 210.

966 *Cornes*, in: *Bamforth/Leyland*, S. 115; *N. Walker*, *Final Appellate Jurisdiction in the Scottish Legal System*, Appendix I, S. 13 f., abrufbar im Internet unter [www.scotland.gov.uk/Resource/Doc/299388/0093334.pdf](http://www.scotland.gov.uk/Resource/Doc/299388/0093334.pdf), zuletzt abgerufen am 5.2.2014.

967 *Ormerod*, S. 17; vgl. auch *Bradley/Ewing*, S. 57.

Gerichten<sup>968</sup> und höheren Stellen aufgehoben werden und ihr Zuständigkeitsbereich ist nur schmal und erfährt keinerlei konstitutionelle Absicherung.<sup>969</sup>

Das Gesamtsystem der strafrechtsbezogenen Kompetenzen ist dabei als asymmetrisch zu bezeichnen.<sup>970</sup> Einige dezentrale Ebenen, nämlich Nordirland und Schottland, verfügen über allgemeine Gesetzgebungskompetenzen für Strafrecht und Strafjustiz, während Westminster sich diesbezüglich nur spezielle legislative Zuständigkeiten reserviert hat.<sup>971</sup> In Wales ist diese Zuständigkeitsverteilung hingegen umgekehrt, indem nur spezielle Kompetenzen bei der National Assembly for Wales liegen, die allgemeinen jedoch der zentralen Ebene zukommen.<sup>972</sup> Auch waren die Kompetenzen zum Erlass von Sanktionen zunächst inhaltlich stark eingeschränkt und die Regelungsinstrumente auf sekundäre Rechtsakte begrenzt. England schließlich verfügt nicht einmal über eine eigene Volksvertretung, sodass das zentrale Parlament in Westminster dessen Belange regelt,<sup>973</sup> indem es Gesetze mit territorialem Anwendungsbereich (nur) für England erlässt. Daneben bleibt Westminster aber, wie bereits ausgeführt, verfassungstheoretisch parallel auch über die explizit in den die *devolution* betreffenden Gesetzen zugewiesenen Bereiche hinaus allgemein zuständig, muss aber faktisch aufgrund der „*Sewel Convention*“ bzw. des MoU die Zustimmung der dezentralen Parlamente einholen, sofern ein delegierter Bereich betroffen ist.

Da diese Entscheidungen jeweils einzelfallbezogen gefällt werden können, ist die Verfassung des Vereinigten Königreiches als besonders flexibel zu bezeichnen.<sup>974</sup> Dies gilt auch jetzt noch in gewissem Maße fort, indem die Verteilung der Staatsgewalt, welche durch die *devolution* vollzogen wurde, nicht in einer kodifizierten Verfassungsurkunde abgesichert ist, sodass die Kompetenzen von Westminster

968 Es ist ein besonderes Merkmal des Vorranges (der „Souveränität“) des Parlaments, dass seine formellen Gesetze durch Gerichte nicht aufgehoben werden können. Sekundäre Rechtsakte der lokalen Autoritäten hingegen voll nach den traditionellen Maßgaben des *common law* überprüft und z.B. auch aus Gründen der Unverhältnismäßigkeit verworfen werden. Es gehört zu den noch ungeklärten Problemen der *devolution*, inwieweit Gesetze der Parlamente in Nordirland, Schottland und Wales auch dieser Kontrolle unterliegen, d.h. inwieweit die Überprüfung der „*devolution issues*“ auch allgemeine Maßstäbe umfasst. Ein schottisches Gericht hat diese Frage verneint; vgl. *Trevor Adams and others v. Advocate General for Scotland and the Scottish Executive*, (2003) SLT 366 (OH), Rn. 63; dazu *Cornes*, in: Bamforth/Leyland, S. 116 f.

969 *Cornes*, in: Bamforth/Leyland, S. 115; *Hübner/Münch*, S. 65; zum *local government* vgl. *Barendt*, S. 64 ff.

970 So insgesamt für die Verteilung der Kompetenzen im Rahmen der *devolution* *Hadfield*, in: Jowell/Oliver (6. Aufl.), S. 273; *Hazell*, in: *Hazell/Rawlings*, S. 230; *Hazell/Rawlings*, in: dies., S. 1.

971 Siehe dazu noch ausführlich unten 3. Kapitel D. II. 1. a) und b).

972 Siehe dazu noch ausführlich unten 3. Kapitel D. II. 1. c).

973 Auch in England hat durch den Local Government Act 2000 eine Dezentralisierung stattgefunden, da den lokalen Autoritäten auch hier Kompetenzen übertragen wurden. Die Unterschiede zu den anderen Parlamenten sind jedoch groß. Bei der Gesetzgebung lokaler Einheiten in England handelt es sich auch weiterhin um eine exekutive Funktion. Vgl. zu den Unterschieden zur *devolution* insbesondere *Cornes*, in: Bamforth/Leyland, S. 103 ff.; zur lokalen Verwaltung ferner *I. Leigh*, in: Jowell/Oliver (6. Aufl.), S. 293 ff.

974 *Barendt*, S. 34; *Hazell*, in: *Hazell/Rawlings*, S. 297.

fortbestehen und im Einzelfall durchaus zur gesamtstaatlichen Regelung genutzt werden können, wenn dies opportun erscheint.

Auch die Jurisdiktion der Gerichte und die Zuständigkeit der Strafverfolgungsbehörden sind nicht einheitlich verteilt. So haben England und Wales ein gemeinsames Gerichts- und Verfolgungssystem mit dem Supreme Court of the United Kingdom (U.K.) in London an der Spitze der Gerichtspyramide; Nordirland hat zwar ein eigenes Strafgerichts- und Strafverfolgungssystem, höchste Revisionsinstanz ist jedoch auch hier der zentrale Supreme Court of the U.K.; Strafjustiz und Strafrechtspflege in Schottland sind hingegen vollständig abgespalten, höchstes Gericht ist der High Court of Judiciary in Edinburgh. Für Fragen der Menschenrechte, des EU-Rechts und der *devolution* ist der Supreme Court of the U.K. indes als höchste Instanz für alle dezentralen Ebenen zuständig.<sup>975</sup>

## 2. Historische Hintergründe der Kompetenzverteilung

Schon vor Einführung der *devolution* operierten in England/Wales, Nordirland und Schottland historisch bedingt drei getrennte Jurisdiktionen<sup>976</sup> und Strafrechtssysteme,<sup>977</sup> sodass das Strafrecht eine überraschend dezentrale Materie war. Auch wenn ausschließlich das zentrale Parlament zuständig war, erließ dieses jedoch nur selten Strafgesetze mit gesamtstaatlicher Geltung, oftmals, jedenfalls im Hinblick auf das traditionell als grundverschieden angesehene schottische Strafrecht, hingegen Strafstatuten mit unterschiedlicher territorialer Anwendbarkeit.<sup>978</sup> Westminster war daher auch vor der *devolution* nicht rein unitarisch ausgerichtet.<sup>979</sup> Die *devolution* vollzieht historisch gewachsene Strukturen nach und verleiht damit u.a. auch den drei getrennten Strafrechtssystemen Ausdruck, welche zuvor nur durch das zentrale Parlament berücksichtigt und gewahrt werden konnten. Die Interessen der jeweiligen Landesteile wurden zuvor lediglich durch die entsprechenden zentralen Ministerien *Northern Ireland Office*, *Scottish Office* (jetzt: *Scotland Of-*

975 Sched. 10 NIA 1998, sched. 6 SA 1998 und sched. 9 GWA 2006, jeweils geändert durch den Constitutional Reform Act 2005. Der Supreme Court of the U.K. übernahm einerseits die Revisionszuständigkeit in (Zivil- und) Strafsachen vom House of Lords sowie andererseits die Zuständigkeit für „*devolution issues*“ vom Privy Council und fungiert nun als einheitliches höchstes Gericht im Vereinigten Königreich von Großbritannien und Nordirland. Er erfüllt damit neben der Revision in ordentlichen Sachen auch eine verfassungsgerichtliche Funktion; vgl. zur Einrichtung und Ausgestaltung Sydow, ZaöRV 2004, 65.

976 Central Office of Information, HSMO, Criminal Justice, S. 1; *Spencer*, ZIS 2010, 602, 603. Eine *jurisdiction* zeichnet sich gewöhnlich durch ein eigenes Territorium, ein eigenständiges Rechtssystem und eine eigene Gerichtsstruktur aus; vgl. *T. Jones/Williams*, (2004) P.L. 78.

977 *Sieber*, in: *Sieber/Brüner/Satzger/v. Heintschel-Heinegg*, Einführung Rn. 93.

978 Vgl. auch *Forster*, in: *Sieber/Cornils*, S. 149.

979 *Hazell*, in: *Hazell/Rawlings*, S. 226.

rice) und *Welsh Office*, denen jeweils der entsprechende *Secretary of State* vorstand, vertreten.<sup>980</sup>

#### a) Schottland

Dass der Transfer von Kompetenzen auf das schottische Parlament sogleich wesentlich weiter ausfiel als in den anderen Landesteilen, hat historische Gründe. Die Vereinigung mit England wurde im Unionsvertrag (Treaty of Union), der im Jahr 1706 unterzeichnet und durch die Acts of Union 1707 umgesetzt wurde, zwischen zwei souveränen Staaten vollzogen. Er führte zur Auflösung und Vereinigung der beiden Parlamente zu einem einheitlichen Parlament, in dem von nun an neben solchen aus England und Wales auch Abgeordnete aus Schottland saßen,<sup>981</sup> sowie zur Entstehung des neuen souveränen Staates Vereinigtes Königreich von Großbritannien.<sup>982</sup> Dabei spielten auf schottischer Seite v.a. wirtschaftliche Gründe eine Rolle, da nicht nur die englischen Märkte, sondern auch diejenigen in den Kolonien erschlossen werden konnten, aber auch die Furcht vor einer englischen Invasion trug dazu bei.<sup>983</sup> Zu dieser Zeit war das Königshaus beider Länder zudem schon vereint, sodass auch ein gemeinsames Parlament notwendig erschien.<sup>984</sup> England strebte v.a. danach, die Sicherheit seiner nördlichen Grenze sowie die Thronfolge der Hannoveraner zu gewährleisten.<sup>985</sup>

Zwar hatte die schottische Delegation bei den Verhandlungen noch eine „föderale Lösung“ vorgeschlagen, welche u.a. die Erhaltung des schottischen Parlaments bedeutet hätte, dies war von Seiten Englands jedoch strikt abgelehnt worden.<sup>986</sup> Trotz der Dominanz Englands und der grundsätzlich zentralen Ausrichtung des Einheitsstaates Großbritannien gelang es der schottischen Seite aber, gewichtige Rechte zu sichern: u.a. die schottische Kirche und das schottische Rechtssystem.<sup>987</sup> Bezüglich Letzterem bestimmte Art. XVIII Act of Union 1707, dass alle Gesetze Schottlands in Kraft bleiben sollten, mit Ausnahme solcher, die den Grundgedanken des Unionsvertrages widersprachen, wie etwa dem gemeinsamen Handel.

980 Diese Ministerien bestehen zwar auch jetzt noch, ihre Funktion hat sich aber seit der *devolution* stark verändert, sie besteht u.a. in der Überwachung der Funktionsfähigkeit des Mehrebenensystems und dabei insbesondere auch in der Koordination der Regierungen und Parlamente; vgl. DGN 3-5 zu Aufgaben der *Secretaries of State*.

981 Art. III Act of Union 1707; dazu *Alder*, S. 348; *Bogdanor*, *Devolution*, S. 4; *Le Sueur/Sunkin/Murkens*, S. 137 ff.; *Sieber*, in: *Sieber/Brüner/Satzger/v. Heintschel-Heinegg*, Einführung Rn. 100; *Wicks*, S. 31 ff.

982 Der genaue verfassungsrechtliche Status dieses Vertrages ist bis heute nicht unumstritten. Aus schottisch-nationalstaatlicher Sicht blieb es ein Abkommen, welchem das schottische Volk – ganz im Gegensatz zur *devolution* – nie explizit zugestimmt hatte; vgl. *Bogdanor*, *Devolution*, S. 9 f.

983 *Alder*, S. 348; *Bogdanor*, *Devolution*, S. 9; *Hübner/Münch*, S. 54; *Leyland*, S. 14; *Wicks*, S. 31 ff.

984 *Hübner/Münch*, S. 54.

985 Zu den Hintergründen *Bogdanor*, *Devolution*, S. 9; *Wicks*, S. 31 ff.

986 *Bogdanor*, *Devolution*, S. 11 f.; *Himsworth/Munro*, S. VIII; *Wicks*, S. 34.

987 *Bradley/Ewing*, S. 36; *Himsworth/Munro*, S. IX f.; *Leyland*, S. 14; *Parpworth*, S. 176; *Summers*, in: *Sieber/Cornils*, S. 569; *Wicks*, S. 42 ff.

Es wurde jedoch festgelegt, dass das Parlament in Westminster schottisches Recht ändern konnte, sodass der Vorrang des Parlaments auch hier bestand, aber mit der gewichtigen Ausnahme „Privater Rechte“, außer in Fällen evidenter Notwendigkeit.

Ob das Strafrecht nun unter die Ausnahme „*private right*“ oder vielmehr unter „*public right*“ fiel, war anfangs streitig, eine spezifische Erwähnung findet das Strafrecht nämlich nicht.<sup>988</sup> Unabhängig von einer solchen Einordnung hat es seine Eigenständigkeit aber durchaus wahren können.<sup>989</sup> Art. XIX Act of Union 1707 sicherte ferner das schottische Gerichtssystem. Bis heute bildet der High Court of Judiciary wie erwähnt die letzte Instanz in Strafsachen.<sup>990</sup> Schottisches Nationalgefühl manifestierte sich daher insbesondere auch am eigenen Strafrechtssystem.<sup>991</sup> In Westminster trugen die schottischen Abgeordneten sowie der Secretary of State for Scotland im Schottland-Ministerium dafür Sorge, dass rein schottische Gesetze durch das Parlament kamen.<sup>992</sup>

Das Nationalgefühl in Schottland blieb stets ausgeprägt, die *Scottish National Party* (SNP) propagierte seit den 1970er Jahren die Unabhängigkeit des Landes oder jedenfalls eine weitgehende *devolution*.<sup>993</sup> Nun wird im Rahmen des Referendums im September 2014 sogar tatsächlich über die Unabhängigkeit abgestimmt. Schon 1977 versuchte die damalige *Labour*-Regierung diesen Bestrebungen durch eine Übertragung von Kompetenzen nachzukommen und setzte in Westminster einen Scotland Act 1978 sowie einen Wales Act 1978 durch. Beide nahmen die Struktur des Jahres 1998 vorweg, indem sie ein schottisches Parlament sowie eine Welsh Assembly mit exekutiven Befugnissen vorsahen.<sup>994</sup> In beiden Landesteilen scheiterten jedoch die Referenden infolge der sehr hohen Anforderungen an die Annahme.<sup>995</sup> Die Pläne des Jahres 1978 wurden nach dem Wahlerfolg der konservativen Regierung sogleich wieder aufgegeben.<sup>996</sup> In Schottland blieb die Thematik jedoch präsent. Die 1989 eingesetzte *Scottish Constitutional Convention*, ein Zu-

988 N. Walker, Final Appellate Jurisdiction in the Scottish Legal System, Appendix I, S. 9, abrufbar im Internet unter [www.scotland.gov.uk/Resource/Doc/299388/0093334.pdf](http://www.scotland.gov.uk/Resource/Doc/299388/0093334.pdf), zuletzt abgerufen am 5.2.2014. Ferguson/McDiarmid, S. 106, subsumieren das Strafrecht offensichtlich unter die Ausnahme in Art. XVIII Act of Union.

989 Dazu Summers, in: Sieber/Cornils, S. 563.

990 Auch wenn dies im 18. Jahrhundert zunächst noch fraglich war, hatte das House of Lords eine Zuständigkeit selbst abgelehnt; vgl. etwa *Bywater v. Lord Advocate* (1781) 2 Paton 563; später haben auch Gesetze dies festgelegt; zunächst der Criminal Procedure (Scotland) Act 1887, später s. 124 (2) Criminal Procedure (Scotland) Act 1995, zuletzt auch s. 40 (3) Constitutional Reform Act 2005 bzgl. des Supreme Court of the U.K.; vgl. Gee, in: Hazell/Rawlings, S. 253; N. Walker, Final Appellate Jurisdiction in the Scottish Legal System, S. 22, abrufbar im Internet unter [www.scotland.gov.uk/Resource/Doc/299388/0093334.pdf](http://www.scotland.gov.uk/Resource/Doc/299388/0093334.pdf), zuletzt abgerufen am 5.2.2014.

991 Ferguson/McDiarmid, S. 106; T. Jones, (2004) Crim. L. R. 96; Summers, in: Sieber/Cornils, S. 563.

992 Vgl. dazu Bradley/Ewing, S. 37; Le Sueur/Sunkin/Murkens, S. 155; Winetrobe, in: Hazell/Rawlings, S. 39, 50.

993 Hübner/Münch, S. 55 f.

994 Hübner/Münch, S. 56.

995 Hübner/Münch, S. 57.

996 Hübner/Münch, S. 57.

sammenschluss aus verschiedenen Parteien und Organisationen, forderte in ihrem Abschlussbericht im Jahr 1995 die Schaffung eines schottischen Parlaments.<sup>997</sup> Die *Labour*-Partei legte diesen Vorschlag ihrem White Paper „*Scotland's Parliament*“ zu Grunde, in dem sie 1997 die Grundlagen der *devolution* formulierte.<sup>998</sup>

Die *devolution* des Jahres 1998 hat der historisch gewachsenen Struktur Ausdruck verliehen, indem sie das schottische Parlament mit eigenen Kompetenzen ausstattete und damit den Zustand einer eigenständigen Rechtsordnung ohne eigenes Parlament beendete. Das Strafrecht war sogar in besonderem Maße und stärker als andere Rechtsgebiete eigenständig geblieben, da es einerseits auch heute noch besonders stark auf dem von den Gerichten entwickelten *common law* beruht<sup>999</sup> und der rein schottische High Court of Justiciary die höchste Revisionsinstanz bildet, und andererseits seine Verschiedenheit ein konstantes Anliegen blieb, auch wenn die schottischen Abgeordneten entsprechende nur Schottland betreffende Gesetze gleichwohl in Westminster durchsetzen mussten.<sup>1000</sup>

Es darf angenommen werden, dass z.B. das eigenständige schottische Strafrecht insbesondere dort gewahrt bleiben sollte, wo es traditionell gewachsen war. Moderne Bereiche und solche mit nationaler Bedeutung wurden hingegen für den gesamten Staat einheitlich geregelt. So sind z.B. Anti-Drogengesetze inklusive Strafanktion auch nach der *devolution* noch Sache von Westminster.<sup>1001</sup> Im Übrigen gingen legislative Kompetenzen zu weiten Teilen auf das neue schottische Parlament über. Der SA 1998 bedient sich dabei des Prinzips der Enumeration der zentralen Zuständigkeiten („*reserved matters*“), sodass sämtliche nicht aufgeführten Kompetenzen auf Schottland übertragen wurden, ss. 28 ff., sched. 5 SA 1998. Die ultimative Gesetzgebungskompetenz von Westminster wird jedoch in s. 28 (7) SA 1998 deklaratorisch festgestellt.

Der Scotland Act 2012 (SA 2012) hat inzwischen noch weitere Kompetenzen auf Schottland übertragen und den SA 1998 insoweit reformiert. Für die Zwecke dieser Arbeit interessant sind hierbei insbesondere die näheren Bestimmungen der Zuständigkeit des Supreme Court of the U.K. bzgl. der Vereinbarkeit mit dem HRA 1998 und dem EU-Recht in den ss. 34 ff. SA 2012.

997 Der Abschlussbericht „*Scotland's Parliament, Scotland's Right*“ ist im Internet abrufbar unter [www.almac.co.uk/business\\_park/scc/scc-rep.htm](http://www.almac.co.uk/business_park/scc/scc-rep.htm), zuletzt abgerufen am 5.2.2014; vgl. dazu *Hadfield*, in: *Jowell/Oliver*, S. 217 f.; *Hübner/Münch*, S. 57.

998 *Hübner/Münch*, S. 58.

999 *Cubie*, S. 3; *Ferguson/McDiarmid*, S. 107.

1000 *Hübner/Münch*, S. 59, Fn. 34.

1001 Vgl. sched. 5 Part II B1 SA 1998; dazu *Ferguson/McDiarmid*, S. 115; vgl. auch *Bradley/Ewing*, S. 42; *Sieber*, in: *Sieber/Brüning/Satzger/v. Heintschel-Heinegg*, Einführung Rn. 103.

## b) Nordirland

Die Geschichte Nordirlands unterscheidet sich wiederum stark von den beiden anderen Landesteilen. Die Vereinigung von Irland mit Großbritannien vollzog sich durch den Act of Union 1800, durch welchen das irische Parlament aufgelöst wurde, sodass Westminster nun zentral für das gesamte Vereinigte Königreich zuständig war.<sup>1002</sup> Irische Nationalisten und Katholiken waren aber seit der Integration Irlands im Jahr 1534 in den englischen Regierungsverband der Herrschaft des englischen Königshauses und der Besiedlung insbesondere des Nordens mit protestantischen Unionisten feindlich gesinnt und blieben es auch nach der Union.<sup>1003</sup> Rebellionen und bewaffneter Widerstand führten dazu, dass die Frage der Selbstregierung („*Home Rule*“) Irlands stets auf der politischen Agenda blieb.<sup>1004</sup>

Der Government of Ireland Act 1914 sollte eine solche Selbstverwaltung in Irland einführen,<sup>1005</sup> wurde aber wegen des Ausbruches des Ersten Weltkrieges nicht effektiv. Stattdessen kam es durch den Government of Ireland Act 1920 (GIA 1920) zur Teilung des Landes, sodass sowohl der Süden als auch der Norden jeweils ein eigenes Parlament und eine Form der *devolution* erhielten.<sup>1006</sup> Umgesetzt wurde diese aber nur in Nordirland, wo das Parlament in Stormont von 1920 bis 1972 existierte, während der Süden nach bewaffneten Aufständen im Irish Free State (Agreement) Act 1922 aus der Zuständigkeit von Westminster ausschied und eine Form des Status als *Dominion* im Commonwealth erhielt,<sup>1007</sup> wie etwa die ehemaligen Kolonien in Kanada. Irland gab sich jedoch im Jahr 1937 eine eigene Verfassung und scherte 1949 durch den Republic of Ireland Act 1948 endgültig als eigenständiger souveräner Staat aus dem Herrschaftsverband aus.<sup>1008</sup>

S. 4 GIA 1920 hatte Stormont die Kompetenz übertragen „*laws for the peace, order and good government*“<sup>1009</sup> in Nordirland zu erlassen, also eine ganz allgemeine Zuständigkeit mit Ausnahme einiger explizit aufgeführter exklusiver Kompetenzen von Westminster (*excepted matters*),<sup>1010</sup> wie etwa auswärtiger Angelegenheiten, aber auch im Hinblick auf die Straftat des Hochverrats, s. 4 (6) GIA 1920. Die allgemeine Kompetenz für Strafrecht und Justiz lag demnach bei Stormont.<sup>1011</sup> Der Vorrang von Westminster wurde in s. 75 GIA 1920 explizit

1002 Alder, S. 356; Leyland, S. 14; Parpworth, S. 177.

1003 Leyland, S. 14.

1004 Alder, S. 356; Leyland, S. 14.

1005 Wie auch schon einige Gesetzesinitiativen zuvor; vgl. dazu Bradley/Ewing, S. 38; Leyland, S. 14.

1006 Dazu Alder, S. 356; Anthony/Morison, in: Hazell/Rawlings, S. 159; Leyland, S. 195.

1007 McCrudden, in: Jowell/Oliver (6. Aufl.), S. 233.

1008 Dazu Alder, S. 357; Leyland, S. 14 f.; McCrudden, in: Jowell/Oliver (6. Aufl.), S. 233; Parpworth, S. 178.

1009 Vgl. auch die P.O.G.G.-Kompetenz des kanadischen Parlaments oben S. Kapitel C. I.

1010 Vgl. zu dem der heutigen *devolution* nicht unähnlichen Konzept der Unterscheidung von *transferred*, *reserved* und *excepted matters* Anthony/Morison, in: Hazell/Rawlings, S. 159.

1011 Vgl. NIO, Devolving Police and Justice in Northern Ireland: A Discussion Paper, S. 2.

gesichert. In den folgenden Jahren war Stormont trotz dieser verfassungstheoretischen Möglichkeit zur zentralen Gesetzgebung weitgehend unabhängig legislativ tätig, da die Zentralregierung sich wenig für die inneren Belange Nordirlands begeisterte.<sup>1012</sup>

Auch die höchsten Gerichte benutzten ähnliche Kriterien zur Abgrenzung der Kompetenzen wie hinsichtlich der föderalen Ebenen in Kanada. Mit der Frage befasst, ob der Milk and Milk Products Act (NI) 1934 des nordirischen Parlaments, welcher den Handel mit Milchprodukten regelte und auch eine Strafbestimmung für den Handel ohne Lizenz enthielt, von der Kompetenz von Stormont gedeckt war, wandte das House of Lords die auch im Hinblick auf das kanadische Recht vom Privy Council entwickelte „*pith and substance doctrine*“ an. Daher hielt es die allgemeine P.O.G.G.-Kompetenz von Stormont, nicht aber die Zuständigkeit von Westminster für den Handel, s. 4 (7) GIA 1920, für einschlägig.<sup>1013</sup> Die ss. 38 ff. GIA 1920 etablierten überdies ein eigenes Gerichtssystem in Nordirland, wobei auch eine eigenständige Straferichtbarkeit bestand, jedoch – im Gegensatz zu Schottland – mit einer letztinstanzlichen Zuständigkeit des House of Lords in London.

Als Folge der Probleme im Zusammenhang mit terroristischen Anschlägen wurde das Parlament in Stormont von März 1972 bis Januar 1974 zunächst suspendiert, ab Juli 1974 dann völlig beseitigt und mit ihm die *devolution*, sodass Nordirland ab dieser Zeit direkt durch die Zentrale regiert wurde.<sup>1014</sup> Neben Gesetzen des Parlaments ermöglichte sched. 1 para. 1 (1) (b) NIA 1974 die sekundäre Gesetzgebung durch „*Her Majesty by Order in Council*“. Solche Orders werden formal von der Königin im Privy Council, d.h. auf Vorschlag der zentralen Regierung, erlassen, sind dem Parlament aber noch zur Zustimmung vorzulegen.<sup>1015</sup>

Bei der *devolution* des Jahres 1998 ging es daher zum einen um die Wiederherstellung der suspendierten Selbstregierung, zum anderen war sie aber auch Teil des Friedensprozesses. Der NIA 1998 setzte die Ergebnisse des „*Belfast Agreements*“ vom 10.4.1998 um, an dem nicht nur die meisten nordirischen Parteien, sondern auch die Regierungen des Vereinigten Königreiches und der Republik Irland mitgewirkt hatten.<sup>1016</sup> Die *devolution* ist hier also auch Bestandteil eines internationalen Abkommens. Wichtig ist diesbezüglich die Übereinkunft der beiden Staaten, dass der Status Nordirlands vom Willen des nordirischen Volkes abhängig ist, sodass nach einem entsprechenden Referendum sogar der Austritt aus dem Verei-

1012 *Barendt*, S. 60, spricht deshalb von einer „de facto federation“.

1013 *Gallagher v. Lynn*, (1937) AC 863, 870; vgl. dazu *Dickson*, S. 54; *Hadfield*, in: Bamforth/Leyland, S. 136; zur Auswirkung der Doktrin im kanadischen Recht siehe oben 3. Kapitel C. I. und III.

1014 Vgl. Northern Ireland (Temporary Provisions) Act 1972; Northern Ireland Constitution Act 1973; Northern Ireland Act 1974 (NIA 1974); dazu *Hadfield*, in: Jowell/Oliver, S. 229; *Leyland*, S. 195.

1015 Dazu *Anthony/Morison*, in: Hazell/Rawlings, S. 180; *Dickson*, S. 24, 73.

1016 Vgl. dazu *McCrudden*, in: Jowell/Oliver (6. Aufl.), S. 228 ff.

nigten Königreich und der Anschluss an Irland möglich wären.<sup>1017</sup> Weitere Besonderheiten der *devolution* in Nordirland sind etwa der besondere Schutz von Menschenrechten und Gleichheit sowie das Erfordernis einer Zustimmung beider Religionsgemeinden in wichtigen Fragen.<sup>1018</sup>

Hinsichtlich der Übertragung der legislativen Kompetenzen bedient sich der NIA 1998 desselben Mechanismus wie bereits der NIA 1920, indem er zwischen übertragenen (*transferred*), noch reservierten (*reserved*) und gänzlich unübertragbaren (*excepted*) Materien unterscheidet.<sup>1019</sup> Ähnlich wie in Schottland sind hier alle Bereiche auf die Northern Ireland Assembly übertragen, die nicht als *reserved* oder *excepted matters* aufgeführt sind. Gemäß sched. 3 para 9 (a) und (b) waren das Strafrecht im Allgemeinen und die Schaffung von „*criminal offences*“ zunächst „*reserved matters*“.

Die Übertragung des Straf- und des Polizeirechts auf nordirische Behörden und Gerichte war indessen ein besonders wichtiger Punkt auf der Agenda der nationalistischen Bewegung.<sup>1020</sup> Sie erfolgte schließlich mit Wirkung zum 12.4.2010. In der Zwischenzeit war die Northern Ireland Assembly jedoch wegen anhaltender Probleme hinsichtlich der Entwaffnung der paramilitärischen Gruppen mehrfach suspendiert worden, was zur Folge hatte, dass in den ihr übertragenen Bereichen nun ebenfalls Orders in Council erlassen werden durften.<sup>1021</sup> Bis ins Jahr 2007 war sie häufig inoperativ.<sup>1022</sup> Zuletzt wurde sie jedoch am 8.5.2007 wieder eingesetzt und ist seitdem in Funktion.<sup>1023</sup>

### c) England und Wales – gemeinsames Rechtssystem und *devolution* durch GWA 1998 und GWA 2006

England und Wales hatten schon seit langer Zeit ein gemeinsames Rechtssystem. Die endgültige Vereinigung von England und Wales vollzog sich im 16. Jahrhundert durch ein Gesetz des Jahres 1536, durch welches das englische Verwaltungssystem auf das gesamte Gebiet von Wales ausgedehnt wurde.<sup>1024</sup> Es war wohl mehr eine Eingliederung von Wales<sup>1025</sup> als eine echte Union, wie sie die Bezeichnung „Act

1017 Diese Übereinkunft wurde festgeschrieben in s. 1 (2) NIA 1998.

1018 Vgl. ss. 68 ff., 73 ff. NIA 1998.

1019 *Anthony/Morison*, in: *Hazell/Rawlings*, S. 159.

1020 *McCrudden*, in: *Jowell/Oliver* (6. Aufl.), S. 238, 251 ff., 265.

1021 So etwa sched. para. 1 NIA 2000; vgl. dazu *McCrudden*, in: *Jowell/Oliver* (6. Aufl.), S. 242.

1022 Vgl. *Leyland*, S. 196.

1023 Vgl. den NIA 2006 sowie den Northern Ireland (St. Andrews Agreement) Act 2006.

1024 *Alder*, S. 359; *Bradley/Ewing*, S. 35; *Brazier*, S. 108; *Hübner/Münch*, S. 52; *T. Jones/Williams*, (2004) P.L. 78, 82; *Leyland*, S. 13; vgl. auch *Sieber*, in: *Sieber/Brüner/Satzger/v. Heintschel-Heinegg*, Einführung Rn. 99.

1025 Vgl. *Hübner/Münch*, S. 52.

of Union“<sup>1026</sup> suggeriert. Wales entsandte seitdem jedoch auch Abgeordnete nach Westminster.<sup>1027</sup>

Ab dem Jahr 1830 operierte ein einheitliches Gerichtssystem in England und Wales,<sup>1028</sup> 1876 wurde die Zuständigkeit des Appellate Committee des House of Lords als höchste Revisionsinstanz im Strafrecht bestimmt.<sup>1029</sup> Die Vereinigung der Rechtssysteme war so vollständig, dass s. 3 Wales and Berwick Act 1746 bis in das Jahr 1967 festlegte, dass, immer wenn in einem Gesetz die Rede von „England“ sei, gleichzeitig auch Wales gemeint sei, und im 19. Jahrhundert die Auffassung geäußert wurde, jede Unterscheidung zwischen England und Wales sei der britischen Verfassung fremd.<sup>1030</sup> Entsprechend war auch das Strafrechtssystem von England und Wales sowohl rechtlich als auch im Hinblick auf das Gerichtsverfahren vereinigt. Die walisische Nation hatte nie einen eigenen Staat, denn ihre Vereinigung mit England erfolgte, noch bevor sie zu einem solchen hätte werden können.<sup>1031</sup> Ein Nationalgefühl war hier nicht so ausgeprägt wie etwa in Schottland, wengleich immerhin die walisische Sprache ein – allerdings schwindendes – Unterscheidungs- und Identifikationsmerkmal blieb.<sup>1032</sup>

Die regionalen Interessen wurden in Westminster einerseits durch die walisischen Abgeordneten, andererseits durch den Secretary of State for Wales, d.h. durch einen speziellen Minister der zentralen Regierung, wahrgenommen,<sup>1033</sup> welcher das *Welsh Office* leitete und sekundäre Gesetze erlassen konnte. Im Referendum des Jahres 1997 waren auch nur 50,3 % der Stimmberechtigten für die Einführung der *devolution* in Wales.<sup>1034</sup>

Dementsprechend verlieh der GWA 1998 der National Assembly for Wales zunächst ausschließlich sekundäre Gesetzgebungsbefugnisse, indem er in genau aufgezählten Bereichen die zuvor bestehenden exekutiven Zuständigkeiten des Secretary of State übertrug, d.h. es konnten nur Gesetze im materiellen Sinne erlassen werden, wenn und soweit eine spezielle Ermächtigung durch zentralen Rechtsakt erteilt wurde.<sup>1035</sup> Faktisch handelte es sich demnach eher um eine „*executive de-*

1026 Diese ist jedoch durchaus gebräuchlich; vgl. Alder, S. 359.

1027 Leyland, S. 13.

1028 J. Jones, Crimes and Misdemeanors 2/1 (2008), S. 9; T. Jones/Williams, (2004) P.L. 78, 96.

1029 Appellate Jurisdiction Act 1876; der Constitutional Reform Act 2005 hat diese Funktion auf den Supreme Court of the U.K. übertragen.

1030 Bogdanor, Devolution, S. 144. Jedenfalls das *common law* ist identisch; Gesetze wurden von Westminster hingegen teilweise nicht oder nur auf Wales ausgedehnt; T. Jones/Williams, (2004) P.L. 78, 82 ff.

1031 Alder, S. 359; Bogdanor, Devolution, S. 144 ff.; T. Jones/Williams, (2004) P.L. 78, 100.

1032 Bogdanor, Devolution, S. 144 ff.; Hübner/Münch, S. 53.

1033 Bradley/Ewing, S. 35; Le Sueur/Sunkin/Murkens, S. 155; Leyland, S. 193.

1034 Näher zum Ausgang des Referendums insbesondere Balsom, in: Jones/Balsom, S. 151 ff.

1035 Bogdanor, Devolution, S. 254 ff.; Hadfield, in: Jowell/Oliver (6. Aufl.), S. 276 ff.; Leyland, S. 193. Vgl. aber T. Jones/Williams, (2004) P.L. 78, 84 ff., die den Unterschied zu formellen Gesetzen für unbedeutend halten.

*volution*<sup>1036</sup> als um eine Übertragung echter Gesetzgebungsbefugnisse. Die National Assembly war ursprünglich als einheitlicher Körper strukturiert und nicht nach Legislative und Regierung getrennt.<sup>1037</sup> Dieses Konzept einer nur „quasi-legislativen“<sup>1038</sup> *devolution* war eher einer Gemeindeverwaltung vergleichbar. Ähnlich wie bei lokalen Autoritäten bzw. dem Secretary of State mögen hierbei auch vereinzelte Ermächtigungen zum Einschluss von „*criminal offences*“ bestanden haben, jedoch nur im für lokale „*by-laws*“ üblichen Rahmen.

Der GWA 2006 hat die Struktur der National Assembly for Wales reformiert, nachdem bereits zuvor eine faktische Trennung von Versammlung und Regierung stattgefunden hatte, und ihre Kompetenzen stark erweitert, da die kaum vorhandenen legislativen Kompetenzen trotz demokratischer Legitimierung der Volksvertretung als unzureichend empfunden wurden.<sup>1039</sup> In den ss. 93 ff. GWA 2006 sind Befugnisse zum Erlass von „*Assembly Measures*“ in den transferierten Bereichen übertragen, welche schon eher echten Gesetzen vergleichbar sind,<sup>1040</sup> deren Wirksamkeit aber weiterhin von der Billigung durch die Zentrale, „*Her Majesty in Council*“, abhängt, s. 93 (2) GWA 2006. In sched. 5 Part 2 Appendix 2 GWA 2006 ist diesbezüglich der Erlass von Strafsanktionen („*criminal offences*“) auf Freiheitsstrafen bis zu maximal zwei Jahren beschränkt. Daneben führten jedoch die ss. 107 ff. GWA 2006 die Möglichkeit zur echten primären Gesetzgebung ein. Das In-Kraft-Treten dieser Bestimmungen war gemäß s. 103 GWA 2006 von einem weiteren Referendum anhängig, welches am 3.3.2011 durchgeführt wurde und in welchem 63,5 % der Teilnehmenden für die Annahme stimmten.<sup>1041</sup> Sched. 7 GWA 2006 legt die Bereiche fest, in denen nun eine primäre legislative Kompetenz übertragen ist, eine Beschränkung der Sanktionen besteht nicht mehr.

## II. Aufteilung der Strafrechtskompetenz zwischen den Ebenen

### 1. Rechtssetzungskompetenz

Auch wenn Westminster verfassungstheoretisch grundsätzlich weiterhin in allen Bereichen und daher auch im Strafrecht zuständig ist, wurde durch die *de-*

1036 Bogdanor, *Devolution*, S. 254; Patchett, in: Jones/Balsom, S. 229; kritisch Hadfield, in: Jowell/Oliver, S. 222.

1037 Leyland, S. 194.

1038 Patchett, in: Jones/Balsom, S. 247; Rawlings, in: Hazell/Rawlings, S. 80.

1039 Vgl. den Report of the Richard Commission on the Powers and Electoral Arrangements of the National Assembly for Wales 2004; dazu Hadfield, in: Jowell/Oliver, S. 225 f.; Trench, (2006) P.L. 687; zu den Schwierigkeiten der alten Regelung und zur Entwicklung Hadfield, in: Jowell/Oliver (6. Aufl.), S. 278 ff.; Hübner/Münch, S. 60; Leyland, S. 193 f.; Patchett, in: Hazell/Rawlings, S. 112 ff.; Rawlings, in: Hazell/Rawlings, S. 73 ff.

1040 Sie können z.B. Gesetze aus Westminster ändern; vgl. dazu Hadfield, in: Jowell/Oliver (6. Aufl.), S. 287; Trench, (2006) P.L. 687, 691 f.

1041 Vgl. die Website der Regierung von Wales: <http://wales.gov.uk/legislation/referendumpowers/?lang=en>, zuletzt abgerufen am 5.2.2014.

*volution* die Staatsgewalt in bestimmten Feldern faktisch verteilt. „*Sewel Convention*“ und MoU sichern diese Verteilung, wie ausgeführt,<sup>1042</sup> jedenfalls politisch. In der Folge soll diese *de facto* Verteilung der Rechtssetzungskompetenzen im Hinblick auf das Strafrecht zu Grunde gelegt und näher beleuchtet werden. Die Zuweisung strafrechtlicher Kompetenzen an die dezentrale Ebene erfolgt, wie auch die gesamte *devolution*,<sup>1043</sup> in asymmetrischer Form. Nordirland und Schottland haben weitgehende allgemeine Kompetenzen, jeweils jedoch mit einigen Restriktionen.

#### a) Schottland

Dem schottischen Parlament weisen die ss. 28, 29 SA 1998 die allgemeine Gesetzgebungskompetenz in allen Feldern zu, die nicht explizit in s. 29 (2) SA 1998 genannt sind.<sup>1044</sup> Hierdurch sind folgende Gesetze von der legislativen Kompetenz ausgenommen: (1) wenn sie Wirkung außerhalb Schottlands haben, (2) „*reserved matters*“ im Sinne von sched. 5 betreffen, (3) den generellen Restriktionen in sched. 4 unterfallen, (4) mit der EMRK oder EU-Recht inkompatibel sind oder (5) die Position des Lord Advocate als Spitze des Strafjustizsystems beseitigen. Sched. 4 nimmt als generelle Restriktion mehrere Bestimmungen in Statuten von der Änderungsbefugnis durch schottische Gesetze aus, darunter z.B. einige des Treaty of Union oder des ECA 1972 sowie den gesamten HRA 1998. Sched. 5 definiert die „*reserved matters*“, die ausschließlich Westminster vorbehalten sind, näher. Hier werden in Part I zunächst einige generelle Ausnahmen aufgezählt, welche Krone, zentrales Parlament oder die Union zwischen Schottland und England betreffen, darunter aber auch die Jurisdiktion des High Court of Judiciary in Strafsachen. Part II klammert sodann einige spezifische Gesetze und Felder aus der Regelungsbefugnis aus. Für das Strafrecht interessant sind etwa die Gesetze betreffend Drogenbekämpfung, Waffen oder nationale Sicherheit.

Das schottische Strafrecht ist daher bis auf einige wenige Bereiche nun Sache des schottischen Parlaments in Holyrood. Es wird seit jeher auch als deutlich vom englischen abgegrenzt angesehen,<sup>1045</sup> sodass die Übertragung der allgemeinen Kompetenz folgerichtig ist. Das schottische Recht wird als ein „*mixed legal system*“ bezeichnet, da es auch viel vom französischen und sonstigen kontinentalen Recht

1042 Siehe oben 3. Kapitel D. I. 1.

1043 *Hadfield*, in: Jowell/Oliver (6. Aufl.), S. 273; *Hazell*, in: Hazell/Rawlings, S. 230; *Hazell/Rawlings*, in: dies., S. 1.

1044 Inzwischen wurden durch den SA 2012 weitere Kompetenzen übertragen. Zur *devolution* in Schottland *Parpworth*, S. 188 ff.

1045 Vgl. nur *Cubie*, S. 4 ff.; *Gee*, in: Hazell/Rawlings, S. 253. *Lord Hope of Craighead* formulierte in *R. v. Manchester Stipendiary Magistrate, Ex parte Granada Television Ltd.*, (2001) 1 AC 300, 304, dass das schottische Recht sich von englischen so unterscheidet wie das Recht zweier fremder Staaten; vgl. auch schon oben 3. Kapitel D. I. 2. a); vgl. aber auch *Summers*, in: Sieber/Cornils, S. 563, die konstatiert, dass das schottische Recht stark durch das englische beeinflusst sei.

übernommen hat.<sup>1046</sup> Es verwundert zwar etwas, dass signifikante Unterschiede erhalten bleiben konnten, obwohl 190 Jahre lang kein schottischer Gesetzgeber bestand und Gesetze einzig in Westminster gemacht wurden. Einige wichtige Strafvorschriften, wie etwa im *Misuse of Drugs Act 1971*, gelten auch im gesamten Vereinigten Königreich.<sup>1047</sup>

Es gab aber bedeutsame Sicherungen für die gesonderte Behandlung. So hatte schon der *Treaty of Union* die Fortgeltung des schottischen Rechtssystems gewährleistet.<sup>1048</sup> Zudem wurden auch in Westminster Gesetze oftmals nur mit territorialer Anwendbarkeit für Schottland geschaffen,<sup>1049</sup> wofür die schottischen Abgeordneten Sorge trugen.<sup>1050</sup> Schließlich ist zu bedenken, dass das schottische Strafrecht stärker als andere Systeme auf dem *common law* der Gerichte basiert, inklusive einer lange Zeit anerkannten Kompetenz der Gerichte zur Findung neuer Straftatbestände.<sup>1051</sup> So sind selbst so wichtige Delikte wie der Mord heute noch Richterrecht und unterscheiden sich nicht unwesentlich vom englischen Recht,<sup>1052</sup> da eine Revisionskompetenz des Supreme Court of the U.K. – ganz im Gegenteil zum Zivilrecht – nicht besteht. Dieser Zustand wurde bei der Einrichtung des Supreme Court of the U.K. auch bewusst beibehalten.<sup>1053</sup> Hierbei wurde einerseits pragmatisch die historisch etablierte Zuständigkeit des House of Lords übertragen, andererseits aber auch Rücksicht auf schottische Empfindsamkeit im Hinblick auf die Bewahrung des eigenen Strafrechts genommen.<sup>1054</sup> Die Regierung bezog sich zur Begründung explizit auf die Verschiedenheit der Rechtsordnungen.<sup>1055</sup>

Die deutlichsten Unterschiede dürften im Prozessrecht zu finden sein, so etwa in der Besetzung der *Jury* und der benötigten Anzahl an Stimmen für eine Verurteilung, im Erfordernis der „*corroboration*“, wonach jeder Beweis durch einen

1046 *Cubie*, S. 4; *Ferguson*, (1987) *Jur. Rev.* 179, 188; *Summers*, in: *Sieber/Cornils*, S. 563.

1047 Vgl. auch *Sieber*, in: *Sieber/Brüner/Satzger/v. Heintschel-Heinegg*, Einführung Rn. 103; *Summers*, in: *Sieber/Cornils*, S. 581 f.

1048 Siehe bereits oben 3. Kapitel D. I. 2. a).

1049 *Summers*, in: *Sieber/Cornils*, S. 582; siehe bereits oben 3. Kapitel D. I. 1.

1050 Vgl. dazu *Wimetrobe*, in: *Hazell/Rawlings*, S. 39, 50.

1051 *Cubie*, S. 3; *Farmer*, S. 21; *Ferguson/McDiarmid*, S. 107; vgl. auch *Sieber*, in: *Sieber/Brüner/Satzger/v. Heintschel-Heinegg*, Einführung Rn. 101; zur Bedeutung des *common law* im schottischen Recht vgl. auch *Summers*, in: *Sieber/Cornils*, S. 583 f., 586 ff.

1052 Die fehlende Revisionszuständigkeit macht *T. Jones*, (2004) *Crim. L. Rev.* 96, 97 f., als wichtigen Grund für die Verschiedenheit des Rechts aus; vgl. zu Mord und Besonderheiten des schottischen Rechts *Cubie*, S. 159 ff.; *Ferguson/McDiarmid*, S. 226 ff.; insgesamt zur Diversität des schottischen Strafrechts *Farmer*, *passim*.

1053 Dazu *Chalmers*, (2004) *Edin. L. Rev.* 4; *Gee*, in: *Hazell/Rawlings*, S. 286; *T. Jones*, (2004) *Crim. L. Rev.* 96; *N. Walker*, *Final Appellate Jurisdiction in the Scottish Legal System*, S. 9; abrufbar im Internet unter [www.scotland.gov.uk/Resource/Doc/299388/0093334.pdf](http://www.scotland.gov.uk/Resource/Doc/299388/0093334.pdf), zuletzt abgerufen am 5.2.2014.

1054 *Chalmers*, (2004) *Edin. L. Rev.* 4, 5; *T. Jones*, (2004) *Crim. L. Rev.* 96, 97 ff.

1055 Vgl. Department for Constitutional Affairs, *Constitutional Reform: a Supreme Court for the United Kingdom*, Consultation Paper 11/03, para. 26, unter Bezugnahme auf *Lord Hope of Craighead*, in: *R. v. Manchester Stipendiary Magistrate, Ex parte Granada Television Ltd.*, (2001) 1 AC 300, 304. Ausführlich zu den Gründen, welche gegen eine zentrale Jurisdiktion im Strafrecht sprechen *Chalmers*, (2004) *Edin. L. Rev.* 4, 26 ff.

weiteren abgesichert sein muss,<sup>1056</sup> in der Möglichkeit des Ergebnisses „nicht bewiesen“ neben Frei- und Schuldspruch sowie im Verbot, ein Verfahren nach Ablauf einer signifikanten Zeit durchzuführen.<sup>1057</sup> Auch das Strafverfahrensrecht ist wie das materielle Strafrecht nicht kodifiziert, sondern in einigen Einzelgesetzen, insbesondere im Criminal Procedure (Scotland) Act 1995, geregelt bzw. zu großen Teilen weiterhin *common law*.<sup>1058</sup>

#### b) Nordirland

In Nordirland wurde die Zuständigkeit für Strafrecht und Strafjustiz inzwischen ebenfalls auf die Northern Ireland Assembly übertragen, nachdem es sich zunächst um ein „*reserved matter*“ gehandelt hatte. Auch hier gilt gemäß den ss. 5, 6 NIA 1998, dass die Assembly immer dann zuständig ist, wenn nichts anderes bestimmt ist. Der NIA 1998 unterscheidet jedoch, anders als der SA 1998, zwischen den drei Kategorien „*transferred*“, „*reserved*“ und „*excepted matters*“. Nur in „*transferred matters*“ kann die Assembly ohne weiteres tätig werden. Ein Katalog der Ausnahmen von der legislativen Kompetenz findet sich in den ss. 6 f. NIA 1998. Hiernach sind solche Gesetze *ultra vires*, die (1) Wirkung außerhalb Nordirlands haben, (2) „*excepted matters*“ im Sinne von sched. 2 betreffen, es sei denn es handelt sich um eine Bestimmung, die eine andere Materie regelt und nur zufällig („*ancillary*“) einen ausgenommenen Bereich tangiert, (3) mit EMRK oder EU-Recht inkompatibel sind, (4) eine Diskriminierung nach Person, Religion oder politischer Anschauung enthalten oder (5) den generellen Restriktionen in s. 7 NIA 1998 unterfallen. In s. 7 NIA 1998 sind – wie in Bezug auf Schottland – wiederum HRA 1998 und ECA 1972 von der Änderungsbefugnis ausgenommen. Sched. 2 NIA 1998 definiert die „*excepted matters*“ näher. Hierzu gehören u.a. Krone, Parlament, auswärtige Beziehungen, Hochverrat oder die nationale Sicherheit inklusive Terrorismusbekämpfung.

Die Einordnung des Strafrechts als „*reserved matter*“ in sched. 3 para. 9 (a) und (b) hatte zum einen zur Folge, dass die Assembly im Bereich des Strafrechts nur mit Zustimmung des Secretary of State tätig werden konnte, auch wenn es sich nur um einzelne Strafbestimmungen handelte, und zum anderen, dass die zentrale Ebene hier nicht nur Parlamentsgesetze, sondern auch Orders in Council erlassen konnte.<sup>1059</sup> Am 12.4.2010 wurden Strafrecht und Polizeiwesen durch die NIA 1998

1056 Summers, in: Sieber/Cornils, S. 575. Für England/Wales wurde dieses Erfordernis durch s. 32 Criminal Justice and Public Order Act 1994 abgeschafft.

1057 Vgl. zu diesen Unterschieden etwa Cubie, S. 7 f.

1058 Summers, in: Sieber/Cornils, S. 588 f.

1059 Vgl. ss. 8 (b), 85 NIA 1998; dazu Anthony/Morison, in: Hazell/Rawlings, S. 170, 180.

(Amendment of Schedule 3) Order 2010 vom 31.3.2010 auf Nordirland übertragen.<sup>1060</sup>

Das nordirische Strafrecht besteht heute aus einer Ansammlung von Statuten, die von den unterschiedlichsten Gesetzgebern erlassen wurden, so etwa noch vom alten irischen Parlament, seit 1800 von Westminster, ab 1920 von Stormont, ab 1972 wieder durch das zentrale Parlament, aber insbesondere auch durch exekutive Orders, seit 1998 teilweise durch die Assembly, soweit eine Zustimmung des Secretary of State vorlag, nach der Suspendierung wiederum durch die Zentrale. Gerade die häufige Zentralgesetzgebung, insbesondere durch die Exekutive, dürfte dazu beigetragen haben, dass die Unterschiede zum englischen Recht nicht allzu groß sind.<sup>1061</sup> Zudem entstammen zwar auch hier einige Straftaten, wie etwa der Mord, noch dem *common law*,<sup>1062</sup> zu bedenken ist aber, dass die höchste Instanz seit langem beim House of Lords (jetzt: dem Supreme Court of the U.K.) angesiedelt ist.<sup>1063</sup>

Es bestanden aber v.a. im Hinblick auf den Terrorismus Besonderheiten durch einerseits spezielle strafprozessuale Regelungen,<sup>1064</sup> andererseits aber auch durch materielles Recht<sup>1065</sup> sowie polizeiliche Befugnisse.<sup>1066</sup> Diesbezüglich ist jedoch zu beachten, dass auch in der Zukunft die zentrale Ebene zuständig sein wird für die Terrorismus-Bekämpfung inklusive entsprechender Gesetzgebung, da es sich gemäß sched. 2 NIA 1998 um ein „*excepted matter*“ handelt. Der Terrorism Act 2006 beansprucht daher wiederum im gesamten Vereinigten Königreich von Großbritannien und Nordirland Geltung.

### c) Wales

Auch Wales verfügt gemäß den ss. 107 ff. GWA 2006 nun über legislative Kompetenzen.<sup>1067</sup> Nach s. 108 (4) GWA 2006 umfassen diese nur die in sched. 7 GWA 2006 aufgelisteten Spezialzuständigkeiten, sofern nicht eine der dort

1060 Vg. ferner den NIA 2009 sowie den Department of Justice Act (NI) 2010, durch welche das Justizministerium eingerichtet wurde; vgl. *Bradley/Ewing*, S. 47.

1061 *Gee*, in: *Hazell/Rawlings*, S. 253.

1062 *Dickson*, S. 187.

1063 Dies wird teilweise als problematisch empfunden, da eine Besetzung des höchsten Gerichts auch mit Richtern aus Nordirland nicht gewährleistet ist; vgl. *Gee*, in: *Hazell/Rawlings*, S. 254.

1064 Insbesondere Verfahren vor sog. „*Diplock Courts*“, d.h. ohne *Jury*; vgl. *Dickson*, S. 188 ff., 202; *C. Walker*, S. 496 ff.; siehe dazu noch unten 3. Kapitel D. II. 2.

1065 So bestand in der Vergangenheit eine Vielzahl an Notstandsregelungen, allerdings mit meist zur temporären Geltung, häufig erlassen bzw. verlängert durch Orders; auch der Terrorism Act 2000, der zwar grds. für das gesamte Vereinigte Königreich gilt, enthielt in Part VII spezielle Bestimmungen im Hinblick auf Nordirland; der Justice and Security (NI) Act 2007 beseitigte jedoch diese Spezialregelungen und damit u.a. auch einige Straftatbestände; vgl. dazu *Dickson*, S. 192 ff.; *C. Walker*, S. 494.

1066 Dazu *C. Walker*, S. 504 ff.

1067 Nach Durchführung des Referendums traten diese durch GWA 2006 (Commencement of Assembly Act Provisions, Transitional and Saving Provisions and Modifications) Order 2011 mit Wirkung vom 5.5.2011 in Kraft; zur *devolution* in Wales *Parpworth*, S. 178 ff.

ebenfalls genannten Ausnahmen greift und das entsprechende Gesetz sich nur auf Wales bezieht. Die Liste in sched. 7 GWA 2006 ist bereits jetzt recht umfangreich und umfasst 20 Materien. Sie kann durch „Legislative Competence Orders“ ständig erweitert werden, sodass die einzelnen Zuständigkeiten teilweise mühsam aus einer Vielzahl an Ermächtigungsgesetzen und Orders der Ministerien herausgesucht werden müssen.<sup>1068</sup> Jeweils sind zudem direkt im Katalog spezielle Ausnahmen normiert, so sind etwa in s. 9 die Kompetenz für das Gesundheitswesen und in s. 10 für den Straßenverkehr übertragen, Drogenbekämpfung und Straßenverkehrsdelikte sind aber explizit ausgenommen. Ferner sind die generellen Restriktionen in Part II zu beachten, durch welche die Änderungsbefugnis etwa bezüglich ECA 1972, HRA 1998 und (weitestgehend) GWA 2006 ausgeschlossen ist.

In s. 108 (5) (a) GWA 2006 wird die Befugnis bestätigt, die Gesetze (Acts of the Assembly) mit Bestimmungen zur Durchsetzung („*enforcement*“) zu versehen. Anders als in sched. 5 Part 2 s. 2 GWA 2006, wo der Erlass von Strafsanktionen („*criminal offences*“) im Hinblick auf Assembly Measures noch auf Freiheitsstrafen bis zu maximal zwei Jahren beschränkt ist, sind für die Acts of the Assembly solche Restriktionen nicht mehr vorgesehen, sodass nun wohl die Möglichkeit zum Erlass von Sanktionen in den übertragenen Feldern besteht. Gleichwohl sind Strafrecht und Strafjustiz als Materie derzeit noch nicht transferiert, sodass das Ausmaß der Regelungsbefugnis im Hinblick auf das Strafrecht noch unklar ist.<sup>1069</sup> Die Regierungskoalition in Wales hat sich in einem Positionspapier darauf verständigt, die Möglichkeit einer diesbezüglichen *devolution* zu erörtern und damit letztlich auf die Entstehung einer vierten eigenständigen strafrechtlichen Jurisdiktion innerhalb des Vereinigten Königreiches hinzuwirken.<sup>1070</sup>

#### d) Zentrale Gesetzgebung in Westminster

Neben die soeben angeführten dezentralen Ebenen tritt Westminster als zentraler Gesetzgeber. Erstens erlässt das zentrale Parlament weiterhin selbstverständlich Gesetze für England,<sup>1071</sup> weil dort keine eigenes den anderen Landesteilen vergleichbares Parlament besteht und auch keine vergleichbare *devolution* stattgefunden

1068 Dazu *Patchett*, in: Jones/Balsom, S. 231, noch in Bezug auf den alten GWA 1998.

1069 Gerade jüngst hat die National Assembly angekündigt, sie wolle, gestützt auf ihre Kompetenz für das Wohlergehen von Kindern, den Rechtfertigungsgrund des elterlichen Züchtigungsrechts aus dem Strafrecht eliminieren. Ob diese Kompetenz besteht, wird derzeit noch diskutiert.

1070 *One Wales Agreement* vom 27.6.2007, S. 29; vgl. auch *J. Jones*, Crimes and Misdemeanors 2/1 (2008); *T. Jones/Williams*, (2004) P.L. 78, 95 ff.; *Trench*, (2006) P.L. 687, 693.

1071 Dies wird zuweilen als Nachteil für England empfunden, weil es über kein rein englisches Parlament verfügt, sodass z.B. schottische Abgeordnete weiterhin über Materien mit abstimmen können, die einzig England betreffen, während umgekehrt in rein schottischen Fragen einzig Holyrood zuständig ist; zu dieser sog. „*West Lothian Question*“ oder „*English Question*“ und möglichen Lösungen vgl. *Bogdanor*, *Devolution*, S. 264 ff.; *Hadfield*, in: *Jowell/Oliver* (6. Aufl.), S. 271 ff., 288 f.; *Hübner/Münch*, S. 62; *Le Sueur/Sunkin/Murkens*, S. 161 ff.; *Leyland*, S. 206 f.; *Parpworth*, S. 194 f.; zur Entwicklung des Strafrechts in England/Wales *Forster*, in: *Siebert/Cornils*, S. 179 ff.

den hat. Zweitens sind, wie ausgeführt, einige Materien in den jeweiligen die *devolution* betreffenden Statuten explizit für Westminster reserviert, die, wie etwa Drogenkriminalität oder nationale Sicherheit, den Gesamtstaat betreffen. Drittens bleibt Westminster *de jure* auch allgemein zuständig für das gesamte Königreich, was jeweils noch einmal ausdrücklich aufgeführt ist. Aufgrund von „*Sewel Convention*“ und MoU<sup>1072</sup> muss Westminster politisch zwar die Zustimmung der dezentralen Parlamente einholen, ist jedoch auch im übertragenen Bereich ein bedeutsamer Gesetzgeber geblieben.<sup>1073</sup> Die diesbezügliche Abstimmung zwischen den Ebenen ist eine interessante Ausprägung der Politik in Mehrebenensystemen.<sup>1074</sup> Als Beispiel mag der Serious Crime Act 2007 (SCA 2007) dienen. In s. 93 SCA 2007 ist der territoriale Anwendungsbereich ausführlich beschrieben. Die Mehrzahl der Vorschriften bezieht sich nur auf England und Wales, viele auch auf Nordirland. Da aber einige Bestimmungen auch in Schottland anwendbar sind, wurde zuvor die wegen „*Sewel Convention*“ und MoU notwendige Zustimmung durch Holyrood erteilt. Schließlich darf nicht vergessen werden, dass der Gesamtstaat Mitglied der EU ist, sodass z.B. dort eingeleitete Harmonisierungsmaßnahmen im Gesamtstaat zur Geltung gebracht werden müssen.

Eine umfassende Kodifizierung des materiellen oder prozessualen Rechts existiert nicht, auch nicht in England, wo immerhin Westminster alleine tätig sein darf.<sup>1075</sup> Die betreffenden Bestimmungen sind einer Vielzahl an Gesetzen zu entnehmen, die häufig nicht nur materielles Recht, sondern auch prozessuales Recht enthalten.<sup>1076</sup> Dabei wird nicht nur das Parlament tätig, es ermächtigt vielmehr oftmals die Exekutive zum Erlass strafrechtlicher Vorschriften in *statutory instruments*.<sup>1077</sup> Zu beachten ist schließlich, dass auch in England und Wales das *common law* weiterhin eine Rolle spielt.<sup>1078</sup> So sind etwa die Grundlagen des Strafprozessrechts auch tradierten Regeln sowie allgemeinen Verfassungsprinzipien zu entnehmen.<sup>1079</sup>

1072 Siehe dazu bereits oben 3. Kapitel D. I. 1.

1073 Dies war insbesondere in den ersten Jahren nach der *devolution* darauf zurückzuführen, dass jeweils dieselbe Partei die Mehrheit hatte. Laut *Hadfield*, in: Jowell/Oliver, S. 217, hat das schottische Parlament in den ersten 10 Jahren in über 100 Fällen seine Zustimmung zur zentralen Gesetzgebung erteilt. Es darf gespannt beobachtet werden, wie die Entwicklung verläuft, nachdem die SNP im Mai 2011 die absolute Mehrheit in Holyrood erzielen konnte. Vgl. auch *Page*, in: Hazell/Rawlings, S. 33 f.; *Winetrobe*, in: Hazell/Rawlings, S. 41 ff.

1074 Dazu etwa *Hazell*, in: Hazell/Rawlings, S. 226; *Trench*, in: Hazell/Rawlings, S. 193; *Winetrobe*, in: Jowell/Oliver (6. Aufl.), S. 207; *ders.*, in: Hazell/Rawlings, S. 39.

1075 *Forster*, in: Sieber/Cornils, S. 157, 169.

1076 *Forster*, in: Sieber/Cornils, S. 170.

1077 *Forster*, in: Sieber/Cornils, S. 170.

1078 *Forster*, in: Sieber/Cornils, S. 169.

1079 *Forster*, in: Sieber/Cornils, S. 157.

## e) „Strafanwendungsrecht“

Was das „Strafanwendungsrecht“ betrifft, so gilt als alte Regel des *common law* ein strenges Territorialitätsprinzip.<sup>1080</sup> In England/Wales muss dazu die Straftat im dortigen örtlichen Bereich begangen sein, d.h. Tathandlung oder Taterfolg müssen hier liegen.<sup>1081</sup> Daher kann es von Bedeutung sein, um welche Art von Delikt (z.B. Tätigkeits- oder Erfolgsdelikt) es sich handelt und wie dieses interpretiert wird.<sup>1082</sup> In Schottland wird dieses Prinzip ferner durch die „*Main-Act*“-Theorie<sup>1083</sup> ergänzt, nach welcher jedenfalls der wichtigste Teil der Tathandlung in Schottland stattgefunden haben muss. Auch in England/Wales galt zwar zunächst die „*last act rule*“, nach welcher der Ort der Erfüllung des letzten Tatbestandselements Ausschlag gebend war, inzwischen wurden aber für einige Delikte Sonderregelungen getroffen, welche insbesondere im Criminal Justice Act 1993 festgehalten sind.<sup>1084</sup> In diesen Fällen genügt die Verwirklichung eines „*relevant*“ bzw. „*essential element*“ des Tatbestandes in England/Wales.<sup>1085</sup>

Ungeklärt ist, ob dies auch für nicht in diesem Katalog enthaltene Delikte gilt.<sup>1086</sup> Auch hier macht es sich bemerkbar, dass keine umfassende Kodifikation des Strafrechts existiert, sodass die Delikte in einzelnen Gesetzen geregelt werden und dabei auch die Ausdehnung der Anwendbarkeit festgelegt wird. Dabei gelten in geringem Umfang auch andere der international anerkannten Prinzipien.<sup>1087</sup> Probleme entstehen, wenn die verschiedenen Anknüpfungspunkte auseinander fallen bzw. wenn bei „*cross-border crimes*“ Tathandlung oder Erfolg in verschiedenen Landesteilen liegen.<sup>1088</sup> Dann können auch innerhalb des Vereinigten Königreiches von Großbritannien und Nordirland zwei Jurisdiktionen zuständig sein.<sup>1089</sup>

1080 Vgl. etwa bzgl. England/Wales *Hirst*, in: Böse/Meyer/Schneider, S. 27 ff.; *B. Huber*, in: Sinn, Jurisdiktionskonflikte, S. 266, 270 ff.; *Ferguson*, (1987) *Jur. Rev.* 179, 182 ff.; *Hampton*, S. 9 ff.; auch *Böse/Meyer/Schneider*, in: dies., S. 428; bzgl. Schottland *Cubie*, S. 13; *Ferguson*, (1987) *Jur. Rev.* 179, 188 ff.; *Ferguson/McDiarmid*, S. 105.

1081 *B. Huber*, in: Sinn, Jurisdiktionskonflikte, S. 271; *Ferguson*, (1987) *Jur. Rev.* 179, 182 ff.; *Hampton*, S. 9 ff.

1082 Vgl. zu entsprechenden Theorien *Hirst*, in: Böse/Meyer/Schneider, S. 31 ff.; *Hood*, S. 140 m.w.N.

1083 *Laird v. HM Advocate*, (1985) SLT 298; dazu *Cubie*, S. 14 f.; *Ferguson*, (1987) *Jur. Rev.* 179, 188 ff.

1084 *Hirst*, in: Böse/Meyer/Schneider, S. 31 f.; *B. Huber*, in: Sinn, Jurisdiktionskonflikte, S. 271 ff.

1085 *Hirst*, in: Böse/Meyer/Schneider, S. 32; *B. Huber*, in: Sinn, Jurisdiktionskonflikte, S. 272.

1086 *Hirst*, in: Böse/Meyer/Schneider, S. 32 f.

1087 Beispiele bei *Hirst*, in: Böse/Meyer/Schneider, S. 38 ff.; *B. Huber*, in: Sinn, Jurisdiktionskonflikte, S. 273 ff.; in Bezug auf Schottland *Hood*, S. 139: schottische Gerichte zuständig, wenn der Täter Schotte ist.

1088 Vgl. *Cubie*, S. 15.

1089 So wurde die Jurisdiktion schottischer und englischer Gerichte bejaht bzgl. eines betrügerischen Briefes, der in Schottland abgeschickt, aber in England empfangen und gelesen wurde; vgl. *Hood*, S. 139; siehe zum Verbot doppelter Strafverfolgung noch unten 3. Kapitel D. III.

## 2. Gerichtszuständigkeit und Strafverfolgungskompetenz

### a) Strafgerichtsbarkeit

Das Vereinigte Königreich von Großbritannien und Nordirland verfügt über kein einheitliches Justizsystem, es bestehen vielmehr drei strafrechtliche Jurisdiktionen.<sup>1090</sup> Die Gerichtszuständigkeit folgt der Anwendbarkeit des materiellen Rechts.<sup>1091</sup> England und Wales haben ein einheitliches Gerichtssystem.<sup>1092</sup> Auf der untersten Ebene operieren dort Magistrates' Courts und Crown Courts.<sup>1093</sup> Die Frage, vor welchem Gericht verhandelt wird, hängt von der Art der Straftat ab, wobei drei Kategorien unterschieden werden.<sup>1094</sup>

*Summary offences* (summarisch verfolgbare Delikte), welche in etwa den Vergehen im deutschen Recht vergleichbar sind, werden vor den Magistrates' Courts ohne Beteiligung einer *Jury* verhandelt,<sup>1095</sup> jeweils in dem Bezirk, in dem die Tat begangen wurde.<sup>1096</sup> *Indictable offences* (auf förmliche Anklage verfolgte schwere Delikte) müssen hingegen vor dem Crown Court<sup>1097</sup> unter Beteiligung einer *Jury* verhandelt werden, bei ganz besonders schweren Taten werden Richter des High Court tätig. Die *Jury* besteht aus zwölf Personen und kann ein Urteil nur fällen, wenn mindestens zehn Mitglieder zustimmen.<sup>1098</sup> In der dritten Kategorie, den „*triable either way offences*“, die in Schwere und Bedeutung zwischen den beiden anderen rangieren (z.B. Diebstahl), besteht in der Regel ein Wahlrecht des Angeklagten, vor welchem Gericht verhandelt werden soll.<sup>1099</sup> Die Magistrates' Courts können für ein Vergehen eine Geldstrafe von bis zu 5000 £ oder eine Haftstrafe von bis zu maximal sechs Monaten für eine Tat aussprechen.<sup>1100</sup> *Summary offences* sind per Gesetz der Jurisdiktion der Magistrates' Courts zugewiesen, während sich *indictable offences* auch im *common law* finden.<sup>1101</sup>

1090 Central Office of Information, HMSO, S. 1.

1091 *Hirst*, in: Böse/Meyer/Schneider, S. 28, präzisiert: „[...] *English courts do not lack jurisdiction over any offence. [...] The reason why such an offence cannot be tried in England is that it is not an offence under English law*“; vgl. auch Böse/Meyer/Schneider, in: dies., S. 424 f.

1092 Vgl. *Davies/Croall/Tyler*, S. 269 ff.; *Forster*, in: Sieber/Cornils, S. 135.

1093 Vgl. zum Instanzenzug, auch im Folgenden, *Oakland*, S. 154 ff.; ferner *Schuster*, S. 147.

1094 *Davies/Croall/Tyler*, S. 279; *Forster*, in: Sieber/Cornils, S. 135 f.; *Ormerod*, S. 32 f.

1095 *Forster*, in: Sieber/Cornils, S. 142.

1096 *Slapper/Kelly*, S. 162.

1097 Technisch gesehen handelt es sich um einen Gerichtshof, der nur in verschiedenen Bezirken Sitzungen abhält; daher können Verfahren innerhalb der Jurisdiktion von England/Wales auch vor jedem Crown Court verhandelt werden, unabhängig vom konkreten Tatort; *Davies/Croall/Tyler*, S. 277 ff.; *Hampton*, S. 18.

1098 Central Office of Information, HMSO, Criminal Justice, S. 46.

1099 Vgl. sched. 3 s. 6 Criminal Justice Act 2003; ferner Central Office of Information, HMSO, Criminal Justice, S. 40; *Ormerod*, S. 33; *Sanders/Young/Burton*, S. 500.

1100 S. 32 Magistrates' Courts Act 1980; dies wurde zwar durch s. 154 Criminal Justice Act 2003 auf 12 Monate erhöht, die entsprechende Vorschrift ist aber zzt. (2013) noch nicht in Kraft.

1101 *Dickson*, S. 189.

Verfahren vor den Magistrates' Courts können in Tatsachen- oder Rechtsfragen in zweiter Instanz vor dem Crown Court verhandelt werden, alternativ besteht die Möglichkeit des Rechtsweges zum High Court, der überprüft, ob Rechtsfehler vorliegen oder das Gericht *ultra vires* gehandelt hat. Urteile des Crown Court können seitens des Angeklagten hinsichtlich Verurteilung und Strafmaß vor dem Court of Appeal angefochten werden. Dies gilt auch für Verfahren, die in erster Instanz vor Magistrates' Courts verhandelt wurden. Die Möglichkeiten der Staatsanwaltschaft sind diesbezüglich beschränkter.<sup>1102</sup> Höchste Instanz ist der Supreme Court of the U.K. Er behandelt Rechtsfragen nur bei Bejahung eines generellen öffentlichen Interesses.<sup>1103</sup>

Das Gerichtssystem in Nordirland ist dem soeben dargestellten sehr ähnlich. Insbesondere ist der Instanzenzug nahezu identisch, sodass der Supreme Court of the U.K. auch hier an der Spitze steht.<sup>1104</sup> Gleichwohl sind auch hier Revisionen zum höchsten Gericht wegen der hohen Anforderungen selten. Auf diese Weise spielen die nordirischen Gerichte durchaus eine gewisse Rolle, zumal auch hier einige Straftaten noch dem *common law* entstammen. Besonderheiten bestanden längere Zeit im Zusammenhang mit dem Terrorismus. Diesbezügliche Verfahren wurden in so genannten „*Diplock Courts*“ durchgeführt, d.h. bei bestimmten Straftaten wurde zwar „*on indictment*“ im Crown Court verhandelt, aber vor einem Einzelrichter ohne *Jury*.<sup>1105</sup> Dieses spezielle System wurde 2007 jedoch weitgehend abgeschafft.<sup>1106</sup>

Das Strafgerichtssystem in Schottland ist anders aufgebaut.<sup>1107</sup> Grundsätzlich ist der High Court of Justiciary zuständig, es sei denn die Jurisdiktion wurde explizit einem anderen Gericht zugewiesen. Auf der untersten Ebene sind Justice of the Peace Courts in ihrem Gerichtsbezirk für die leichtesten Delikte zuständig und können Strafen bis zu 2.500 £ und bis zu 60 Tagen Haft aussprechen.<sup>1108</sup> Sheriff Courts behandeln die mittelschweren Taten innerhalb ihres Bezirkes,<sup>1109</sup> je nach Schwere des Delikts entweder vor dem Einzelrichter (*Sheriff*) oder auf förmliche

1102 Vgl. dazu die ss. 57 ff. Criminal Justice Act 2003.

1103 Zum Verfahren allgemein Central Office of Information, HMSO, Criminal Justice, S. 40 ff.; *Ormerod*, S. 42 ff.

1104 Dazu *Dickson*, S. 188 ff.; *Ellison/Mulcahy*, in: Hucklesby/Wahidin, S. 327; Central Office of Information, HMSO, Criminal Justice, S. 60.

1105 Dazu *Dickson*, S. 188 ff., 202; *Ellison/Mulcahy*, in: Hucklesby/Wahidin, S. 327; *C. Walker*, S. 496 ff.

1106 Die ss. 10 ff. Justice and Security (NI) Act 2007 enthalten nur noch bestimmte Voraussetzungen, unter denen ein solches Verfahren auch weiterhin möglich bleibt, i.Ü. ist es ausgeschlossen; vgl. auch NIO, *Devolving Police and Justice in Northern Ireland: a Discussion Paper*, Belfast 2006, s. 18.10.

1107 Allgemein dazu Central Office of Information, HMSO, Criminal Justice, S. 55 f.; *Summers*, in: Sieber/Cornils, S. 557 ff.

1108 Eingeführt durch den Criminal Proceedings etc. (Reform) (Scotland) Act 2007; vgl. auch *Summers*, in: Sieber/Cornils, S. 560; *Wilson*, in: Hucklesby/Wahidin, S. 303 ff.; bzgl. der örtlichen Zuständigkeit vgl. s. 62 Criminal Proceedings etc. (Reform) (Scotland) Act 2007 und s. 9 ff. Criminal Procedure (Scotland) Act 1995.

1109 Zur örtlichen Zuständigkeit siehe s. 4 ff. Criminal Procedure (Scotland) Act 1995.

Anklage mit einer *Jury* von 15 Personen.<sup>1110</sup> Diese kann ein Urteil mit einfacher Stimmenmehrheit von 8:7 fällen und dabei zu den Ergebnissen Freispruch, Verurteilung oder „nicht bewiesen“ gelangen.<sup>1111</sup> In zweiter Instanz wird vor dem High Court of Justiciary verhandelt, eine Revision zum Supreme Court of the U.K. ist nicht möglich.<sup>1112</sup> Dies wird teilweise kritisiert, da schottische Angeklagte durch das Fehlen der zentralen Revisionsinstanz schlechter stünden als solche in anderen Gebieten des Vereinigten Königreiches von Großbritannien und Nordirland.<sup>1113</sup> Der Supreme Court of the U.K. ist jedoch zuständig für „*devolution issues*“, welche neben der Kontrolle der Kompetenzmäßigkeit auch die Vereinbarkeit mit EU-Recht und HRA 1998 umfassen, sodass er z.B. auch auf das schottische Straf- bzw. Strafprozessrecht Einfluss nehmen kann.<sup>1114</sup> Auf diese Weise besteht im schottischen Strafrecht diesbezüglich wiederum ein stärkerer Schutz als etwa in England. Dies ist eine paradoxe Entwicklung, da somit durch die *devolution* erstmalig ein in London ansässiges Gericht auch in Strafrechtsfällen aus Schottland entscheidet.<sup>1115</sup>

Nähere Bestimmungen enthalten nun aber die ss. 34 ff. SA 2012. Die Fragen der Vereinbarkeit mit HRA 1998 und EU-Recht werden jetzt als „*compatibility issues*“ bezeichnet. Diese umfassen gemäß s. 34 (3) SA 2012 sämtliche Hoheitsakte, sodass sowohl Gesetze des schottischen Parlaments als auch Gerichtsentscheidungen oder Maßnahmen des Lord Advocate durch den Supreme Court of the U.K. auf ihre Kompatibilität mit Menschenrechten und EU-Recht überprüft werden können. Gemäß s. 36 (6) muss der High Court of Justiciary die Anrufung des Supreme Court of the U.K. innerhalb einer Frist von 28 Tagen zulassen.<sup>1116</sup> Lehnt er diese ab, so befindet der Supreme Court of the U.K. wiederum innerhalb von 28 Tagen selbst über die Zulassung. Nachdem er sodann über die Vereinbarkeit des Hoheitsaktes mit EU-Recht oder HRA entschieden hat, verweist der Supreme Court of the U.K. die Sache zurück an den schottischen High Court of Justiciary, der das Strafverfahren entsprechend fortsetzt, s. 36 (6) SA 2012. Niedrigere Gerichte, die mit weniger als zwei Richtern des High Court besetzt sind, können zunächst den High Court of Justiciary mit dieser Frage beschäftigen, der dann selbst

1110 *Summers*, in: Sieber/Cornils, S. 560.

1111 Central Office of Information, HMSO, Criminal Justice, S. 57.

1112 *Summers*, in: Sieber/Cornils, S. 558.

1113 *T. Jones*, (2004) Crim. L. Rev. 96.

1114 *Summers*, in: Sieber/Cornils, S. 558. In den ersten sechs Jahren nach der *devolution* wurden 14 Fälle bezüglich „*devolution issues*“ vor dem Privy Council, verhandelt, alle kamen aus Schottland und die meisten betrafen strafrechtliche Entscheidungen und die Frage der Kompatibilität mit der EMRK; vgl. z.B. *Montgomery v. HM Advocate* (No. 2), (2001) SC (PC) 1; *Brown v. Scott*, (2001) SC (PC) 43; *HM Advocate v. R.*, (2003) SC (PC) 1. Seit *Brown v. Scott*, (2001) SC (PC) 43, ist höchstrichterlich geklärt, dass auch Fragen der Menschenrechte „*devolution issues*“ bilden; vgl. *Gee*, in: Hazell/Rawlings, S. 265 ff.; *Hazell*, in: Hazell/Rawlings, S. 297. Dieser Trend setzt sich unter der Ägide des Supreme Court of the U.K. fort; vgl. nur *Cadder v. HM Advocate (Scotland)*, (2010) UKSC 43.

1115 Vgl. dazu *T. Jones*, (2004) Crim. L. Rev. 96.

1116 Ausgenommen von diesem Zulassungserfordernis ist das Vorgehen gegen Entscheidungen des High Court über *compatibility issues* durch den Lord Advocate oder den Advocate General of Scotland.

entscheidet oder die Sache sogleich dem Supreme Court of the U.K. vorlegt, s. 35 SA 2012.

### b) Strafverfolgung

Strafverfolgung und Polizeiarbeit werden in den jeweiligen Jurisdiktionen getrennt durchgeführt. In England/Wales existiert bis heute noch das Recht der privaten Anklage. Mit der Zeit hat jedoch zunächst die Polizei diese Funktion übernommen.<sup>1117</sup> Erst durch den Prosecution of Offences Act 1985 wurde der Crown Prosecution Service (CPS), die Staatsanwaltschaft für England/Wales, geschaffen.<sup>1118</sup> Die Staatsanwaltschaft führt in England/Wales nun in allen außer den ganz leichten Fällen die Anklage.<sup>1119</sup> Die Bereiche ihrer Zuständigkeit decken sich mit den 42 lokalen Polizeibezirken.<sup>1120</sup>

In Schottland ist die Strafverfolgung nahezu vollständig eine öffentliche Angelegenheit, die je nach Gericht in schweren Fällen vor dem High Court vom Crown Counsel unter Leitung des Lord Advocate und in allen anderen Fällen vom lokalen Procurator Fiscal übernommen wird.<sup>1121</sup> Beide zusammen sind Teil der übergeordneten Behörde Crown Office and Procurator Fiscal Service (COPFS), welcher der Lord Advocate vorsteht.<sup>1122</sup> In Nordirland werden sämtliche Anklagen vom Public Prosecution Service (PPS)<sup>1123</sup> durchgeführt.

In England/Wales bestehen 44 Polizeieinheiten,<sup>1124</sup> in Schottland acht,<sup>1125</sup> in Nordirland nur eine einheitliche, der Police Service of Northern Ireland (PSNI).<sup>1126</sup> Die wichtigsten Kompetenzen der Polizei für England/Wales sind im Police and Criminal Evidence Act 1984 (PACE Act) bzw. im Criminal Justice and

1117 *Davies/Croall/Tyler*, S. 213, 226; *Sanders/Young/Burton*, S. 370 ff.; vgl. auch *Schuster*, S. 146 f. mit Fn. 552.

1118 *Forster*, in: Sieber/Cornils, S. 134.

1119 *Davies/Croall/Tyler*, S. 213; vgl. auch *Schuster*, S. 146 f.

1120 *Davies/Croall/Tyler*, S. 216; *Sanders/Young/Burton*, S. 372, 427.

1121 Central Office of Information, HMSO, Criminal Justice, S. 53; vgl. auch *Summers*, in: Sieber/Cornils, S. 557.

1122 *McCallum*, Scottish Parliament Information Centre, The Scottish Criminal Justice System: The Public Prosecution System, S. 2, abrufbar im Internet unter: [www.scottish.parliament.uk/parliamentarybusiness/49084.aspx](http://www.scottish.parliament.uk/parliamentarybusiness/49084.aspx), zuletzt abgerufen am 5.2.2014.

1123 Dieser wurde im Jahr 2005 durch den Justice (NI) Act 2002 eingeführt. Seit der *devolution* von Strafrecht und Strafjustiz im April 2010 bildet er eine nicht-ministeriale Abteilung der nordirischen Exekutive; vgl. dazu die Website des PPS, abrufbar unter [www.ppsni.gov.uk](http://www.ppsni.gov.uk), zuletzt abgerufen am 5.2.2014; vgl. ferner *Dickson*, S. 210.

1124 Dies sind 42 regionale Bezirke, in London aber zwei Behörden: Metropolitan Police („*Scotland Yard*“) und City of London Police; dazu kommt ferner die British Transport Police; vgl. *Davies/Croall/Tyler*, S. 165.

1125 Es kommen jedoch noch etliche Spezialbehörden hinzu; vgl. *Summers*, in: Sieber/Cornils, S. 556.

1126 Dieser übernahm seine Tätigkeit von der Royal Ulster Constabulary (RUC). Seine Einrichtung und die Reform der Polizei in Nordirland gehörten zu den wichtigsten Diskussionspunkten im Rahmen des Belfast Agreements und waren auch in der Folge entscheidende Forderung der katholischen Vertreter Nordirlands sowie von *Sinn Féin*; vgl. dazu *Dickson*, S. 205 ff.; *McCrudden*, in: Jowell/Oliver (6. Aufl.), S. 238, 251 ff.

Public Order Act 1994 (CJPO Act), bei dem einige Bestimmungen auch in den anderen Landesteilen gelten, festgehalten. In Schottland hat neben dem *common law* insbesondere der Criminal Procedure (Scotland) Act 1995 Bedeutung, seit der *devolution* hat das schottische Parlament aber auch schon eine Vielzahl an neuen Gesetzen geschaffen.<sup>1127</sup> Dennoch basiert auch das Prozessrecht wiederum stark auf dem *common law*.<sup>1128</sup> Hieraus können sich bedeutsame Unterschiede zum englischen Verfahrensrecht ergeben, z.B. hinsichtlich der Beweisverbote.<sup>1129</sup> Bzgl. der Polizei stellt der Police (Scotland) Act 1967 das wichtigste Gesetz dar.

Seit 2005 verfolgt daneben u.a. die Serious and Organised Crime Agency (SOCA), die in Zukunft Teil der National Crime Agency (NCA) wird,<sup>1130</sup> als zentrale Behörde landesweit Fälle des schweren organisierten Verbrechens unter Verantwortung des Home Office.<sup>1131</sup> Im Bereich der Terrorismusbekämpfung spielen weitere zentrale Organisationen, wie insbesondere der Geheimdienst MI5, eine Rolle. Schließlich ist das Serious Fraud Office (SFO) zu nennen, das in England/Wales und Nordirland für die Verfolgung von komplexen Betrugsstraftaten und von Korruption zuständig ist.<sup>1132</sup>

### III. Interaktion der Ebenen

Auch im Vereinigten Königreich von Großbritannien und Nordirland können wie gesehen verschiedene Ebenen als Gesetzgeber im Strafrecht tätig werden. Zudem erfolgt auch die Strafverfolgung getrennt innerhalb der jeweiligen Rechtsordnung. Daher sind wiederum verschiedene Fragen des Konflikts der Rechtsakte und Jurisdiktionen zu klären.

#### 1. Verhältnis der Rechtsnormen

Erstens ist hinsichtlich des materiellen Rechts festzustellen, welche Ebene Vorrang genießt. Die Gesetze betreffend die *devolution* haben den dezentralen Ebenen Strafrechtskompetenzen übertragen. Solange und soweit die dezentralen Parla-

1127 Vgl. den Überblick in: Overview of Scotland's Criminal Justice System, S. 11, abrufbar im Internet unter [www.audit-scotland.gov.uk/docs/central/2011/nr\\_110906\\_justice\\_overview.pdf](http://www.audit-scotland.gov.uk/docs/central/2011/nr_110906_justice_overview.pdf), zuletzt abgerufen am 5.2.2014.

1128 *R. v. Manchester Stipendiary Magistrate, Ex parte Granada Television Ltd.*, (2001) 1 AC 300, 304.

1129 Vgl. *R. v. Manchester Stipendiary Magistrate, Ex parte Granada Television Ltd.*, (2001) 1 AC 300 (HL); dazu *Spencer*, ZIS 2010, 602, 603.

1130 *Oag*, Scottish Parliament Information Centre, The Scottish Criminal Justice System: The Police, S. 3, abrufbar im Internet unter [www.scottish.parliament.uk/parliamentarybusiness/49084.aspx](http://www.scottish.parliament.uk/parliamentarybusiness/49084.aspx), zuletzt abgerufen am 5.2.2014.

1131 Eingerichtet durch den Serious Organised Crime and Police Act 2005, erweitert durch den Serious Crime Act 2007; vgl. *Davies/Croall/Tyrer*, S. 167 f.; *Dickson*, S. 212; ferner *Forster*, in: Sieber/Cornils, S. 133, 183.

1132 Siehe die Website [www.sfo.gov.uk](http://www.sfo.gov.uk), zuletzt abgerufen am 5.2.2014; vgl. dazu auch *Schuster*, S. 147, Fn. 553.

mente sich dabei im Rahmen ihrer Zuständigkeit bewegen, können sie Gesetze für ihr jeweiliges Territorium erlassen und dabei auch älteres Recht des zentralen Parlaments ändern, sodass sie insoweit Vorrang genießen.<sup>1133</sup> Spätere Gesetze aus Westminster gehen jedoch im Konfliktfall den Akten der dezentralen Gesetzgeber vor. Dies ist Folge des weiterhin bestehenden Parlamentsvorranges. Westminster kann nicht *ultra vires* handeln, sondern bleibt stets allgemein zuständig. Eine Kontrolle erfolgt nicht durch die Gerichte, sondern nur durch politische Kanäle gemäß „*Sewel Convention*“ und MoU.<sup>1134</sup> Hinsichtlich der *vires*-Kontrolle durch die Gerichte gibt etwa s. 101 SA 1998 vor, dass die Gesetze möglichst so zu interpretieren sind, dass sie sich noch im Rahmen der Kompetenz bewegen.

## 2. Verfolgungszuständigkeit und Kooperation der Behörden

Konsequenz der verschiedenen Rechtsordnungen ist die Beschränkung der Anwendbarkeit des jeweiligen Rechts auf den territorialen Jurisdiktionsbereich.<sup>1135</sup> Trotz der politischen Vereinigung bleiben die Kriminaljustizsysteme der drei Jurisdiktionen getrennt.<sup>1136</sup> Die zweite Frage betrifft daher die konkrete Verfolgungszuständigkeit. Es wurde bereits ausgeführt, dass bei bestimmten Straftaten theoretisch mehrere Ebenen zuständig sein können,<sup>1137</sup> da das „Strafanwendungsrecht“ zwar grundsätzlich auf dem Territorialitätsprinzip aufbaut, jedoch einerseits bei „*cross-border crimes*“ auch auf diese Weise mehrere Jurisdiktionen zuständig sein können und andererseits (in allerdings geringem Maße) auch andere international anerkannte Prinzipien Anwendung finden. Jede Ebene wendet dabei allerdings grundsätzlich nur ihr eigenes Recht an.<sup>1138</sup>

Auch im Vereinigten Königreich von Großbritannien und Nordirland haben die Strafverfolgungsbehörden generell Ermessen, ob und wo Anklage erhoben wird,<sup>1139</sup> ein Legalitätsprinzip deutscher Prägung besteht hier also wiederum nicht. Wenn mehrere Jurisdiktionen zur Verfügung stehen, sind daher Absprachen der Staatsanwaltschaften möglich und notwendig.<sup>1140</sup> Diese erfolgen weitestgehend informell und im Einzelfall.<sup>1141</sup> Maßstäbe, nach denen entschieden wird, ob und wo

1133 Bradley, in: Jowell/Oliver, S. 59.

1134 Siehe dazu oben 3. Kapitel D. I. 1.

1135 Hampton, S. 9.

1136 *R. v. Manchester Stipendiary Magistrate, Ex parte Granada Television Ltd.*, (2001) 1 AC 300, 304 (HL).

1137 Oben 3. Kapitel D. II. 1. e).

1138 Hood, S. 138. Dies kann zu Problemen führen, wenn nicht klar ist, wo Handlung oder Erfolg geschahen; vgl. Hirst, in: Böse/Meyer/Schneider, S. 59; zu Ausnahmen B. Huber, in: Sinn, Jurisdiktionskonflikte, S. 267 f.

1139 Sanders/Young/Burton, S. 372 ff.; vgl. auch Hirst, in: Böse/Meyer/Schneider, S. 57; ferner Ferguson/McDiarmid, S. 118, zum dadurch bedingten großen Einfluss des Crown Office auf die Entwicklung des schottischen Strafrechts.

1140 B. Huber, in: Sinn, Jurisdiktionskonflikte, S. 278.

1141 Martin/Wade/Muñoz de Morales, in: Ligeti, Prosecutor, S. 799.

angeklagt wird, finden sich jedoch z.B. im Code for Crown Prosecutors.<sup>1142</sup> Darauf aufbauend hat der CPS seine Legal Guidance veröffentlicht.<sup>1143</sup> Dort finden sich auch Hinweise auf grenzüberschreitende Fälle im Hinblick auf Schottland und Nordirland, da diese als fremde Jurisdiktionen behandelt werden. Maßgeblich ist zunächst, ob ein substanzieller Bezug zu der jeweiligen Jurisdiktion besteht, sodass ihre Behörden überhaupt zuständig sind. Fällt ein grenzüberschreitender Sachverhalt in mehrere Jurisdiktionen, so sind bei der Frage, ob er in England/Wales angeklagt werden soll, u.a. die Aufteilbarkeit des Falles, Wohnort und Interessen der Opfer, Zeugen und Angeklagten sowie potenzielle Verzögerungen zu berücksichtigen.

Interessant ist ferner die Kooperation der Behörden in grenzüberschreitenden Fällen. Zunächst ist bedeutsam, dass die SOCA als nationale Polizei übergreifende Zuständigkeit hat und mit der lokalen Polizei kooperiert. Anti-Terror-Gesetze haben zudem die Befugnisse der zentralen Exekutive erweitert.<sup>1144</sup>

Hinsichtlich der dezentralen Polizeikräfte legen die ss. 136 ff. CJPO Act 1994 jedoch auch weit gehende grenzüberschreitende Kompetenzen fest. So bestimmt s. 136 CJPO Act 1994, dass Haftbefehle aller Jurisdiktionen in den jeweils anderen beiden Rechtsordnungen gelten und dort jeweils sowohl durch Behörden des Ausstellungs- als auch des jeweiligen Aufenthaltsortes vollstreckt werden können.<sup>1145</sup> Damit haben die entsprechenden Rechtsakte also unmittelbare Geltungswirkung auch in den anderen beiden Rechtsordnungen.<sup>1146</sup> Dasselbe gilt auch für Durchsuchungsbefehle, was jedoch bereits auf s. 4 Summary Jurisdiction (Process) Act 1881 zurückgeht. Ein entsprechender Durchsuchungsbefehl hat also auch in den anderen beiden Landesteilen Geltung, muss aber noch eine Bestätigung (*endorsement*) durch ein Gericht der betroffenen Jurisdiktion erhalten, in welcher die Durchsuchung durchgeführt werden soll.<sup>1147</sup> Das House of Lords musste jedoch im Jahr 2001 zunächst entscheiden, dass dies auch dann gilt, wenn die prozessualen Voraussetzungen für die Beweiserhebung divergieren.<sup>1148</sup> So legt etwa der PACE Act 1984 für England/Wales fest, dass bestimmte Beweise nicht erhoben werden dürfen, während im schottischen Recht eine solche Vorgabe fehlt. Das House of Lords akzeptierte dennoch die Geltung des von einem schottischen Richter ausgestellten

1142 Dies ist ein öffentliches Statement der Richtlinien für die Strafverfolgung; vgl. dazu auch *Davies/Croall/Tyler*, S. 217 ff.; *B. Huber*, in: Sinn, Jurisdiktionskonflikte, S. 278.

1143 Abrufbar im Internet unter [www.cps.gov.uk/legal/index.html](http://www.cps.gov.uk/legal/index.html), zuletzt abgerufen am 5.2.2014; vgl. dazu auch *Hirst*, in: Böse/Meyer/Schneider, S. 57, 59; *Böse/Meyer/Schneider*, in: dies., S. 454, 456.

1144 Vgl. etwa den Anti-Terrorism, Crime and Security Act 2001.

1145 Vgl. dazu auch *Hood*, S. 98 f.; *Sieber*, ZStW 121 (2009), 1, 20.

1146 *Sieber*, ZStW 121 (2009), 1, 20.

1147 S. 4 Summary Jurisdiction (Process) Act 1881; vgl. auch *Sieber*, ZStW 121 (2009), 1, 20. Eine solche Bestätigung ist bei Haftbefehlen nach s. 36 CJPO Act 1994 hingegen nicht erforderlich; vgl. *Hood*, S. 99.

1148 Vgl. *R. v. Manchester Stipendiary Magistrate, Ex parte Granada Television Ltd.*, (2001) 1 AC 300 (HL); dazu *Spencer*, ZIS 2010, 602, 603.

und von einem englischen Richter bestätigten Durchsuchungsbefehls in England.<sup>1149</sup>

Ferner sind in s. 137 CJPO Act 1994 die grenzüberschreitenden Rechte erweitert auf vorläufige Festnahmen und in s. 140 CJPO Act 1994 ist eine generelle wechselseitige Übertragung der Arrestbefugnisse vorgesehen, sodass auch Beamte der einen Rechtsordnung die entsprechenden Befugnisse auf dem Territorium der anderen nutzen können.<sup>1150</sup> Diese Vorschriften sind ausweislich des im Gesetz angeführten *geographical extent* im gesamten Vereinigten Königreich von Großbritannien und Nordirland anwendbar.

### 3. Doppelbestrafung

Darauf aufbauend muss drittens die Frage der Zulässigkeit einer doppelten Strafverfolgung beantwortet werden. Im materiellen und prozessualen Recht sind die drei Rechtsordnungen eigenständig. Daher kann es bei Sachverhalten, die eine grenzüberschreitende Dimension haben, zu Überschneidungen der Jurisdiktionsbereiche kommen. Grundsätzlich werden die Jurisdiktionen auch als völlig getrennt behandelt, sodass sie nebeneinander stehen wie fremde Staaten im internationalen Recht.<sup>1151</sup>

Das Verbot der Doppelbestrafung ist jedoch eine alte Regel des *common law*.<sup>1152</sup> Ferner enthält s. 18 Interpretation Act 1978 eine allgemeine Bestimmung.<sup>1153</sup> Das Verbot hat im *common law* verschiedene prozessuale Ausprägungen erhalten.<sup>1154</sup> So kann der Angeklagte etwa in England/Wales eine Verfahrenseinrede erheben, wenn er zuvor bereits in derselben Sache freigesprochen oder verurteilt wurde („*plea of autrefois acquit/convict*“).<sup>1155</sup> Der Anwendungsbereich dieser „*pleas*“ ist jedoch insofern beschränkt, als es sich um eine faktisch und rechtlich

1149 *R. v. Manchester Stipendiary Magistrate, Ex parte Granada Television Ltd.*, (2001) 1 AC 300 (HL); dazu *Spencer*, ZIS 2010, 602, 603.

1150 *Hood*, S. 99; *Sieber*, ZStW 121 (2009), 1, 20.

1151 *Hood*, S. 138 ff.; vgl. auch *B. Huber*, in: Sinn, Jurisdiktionskonflikte, S. 266.

1152 *Hirst*, in: Böse/Meyer/Schneider, S. 54.

1153 Dort heißt es: “Where an act or omission constitutes an offence under two or more Acts, or both under an Act and at common law, the offender shall, unless the contrary intention appears, be liable to be prosecuted and punished under either or any of those Acts or at common law, but shall not be liable to be punished more than once for the same offence”.

1154 Vgl. zur ähnlichen Rechtslage in Kanada auch schon oben 3. Kapitel C. III. 3.

1155 *B. Huber*, in: Sinn, Jurisdiktionskonflikte, S. 268; vgl. zu den Einreden *autrefois acquit/convict* auch *Broadbridge*, Double Jeopardy, Standard Note, Home Affairs Section, SN/HA/1082, S. 2, abrufbar unter <http://88.198.249.35/d/Double-Jeopardy-Standard-Note-SN-HA-1082-Last.pdf>; zuletzt abgerufen am 5.2.2014; in Schottland galt eine ähnliche Einrede (*plea of res judicata*); vgl. *Scottish Law Commission*, Discussion Paper on Double Jeopardy, 2009, S. 19 ff.

identische Tat handeln muss.<sup>1156</sup> Entscheidend sind Faktenlage und rechtliche Gesichtspunkte im konkreten Anklagesatz, sodass eine neue Anklage desselben Sachverhalts unter einem anderen rechtlichen Aspekt erhoben werden kann.<sup>1157</sup> So greift diese Einrede z.B. nicht, wenn nach einem Freispruch wegen Mordes ein neuer Prozess wegen Raubes geführt wird,<sup>1158</sup> weil diese Vorwürfe nicht substantiell identisch sind, d.h. nicht derselbe Aspekt des Verhaltens angeklagt ist.

Möglich bleibt aber der Einwand eines missbräuchlichen Prozesses („*abuse of process*“),<sup>1159</sup> d.h. einer missbräuchlichen Aufteilung der Verfahren, wenn wegen derselben Fakten eine neue Anklage erhoben wird, es sei denn, diese ist durch „besondere Umstände“ gerechtfertigt.<sup>1160</sup> Ausgeschlossen sind etwa neue Anklagen wegen qualifizierter Formen desselben Delikts, „besondere Umstände“ liegen aber bei neuen Ereignissen (z.B. Tod des Opfers) oder neuen Beweisen hinsichtlich anderer Taten vor.<sup>1161</sup>

In Schottland wurden entsprechende Regelungen nun im Double Jeopardy (Scotland) Act 2011 normiert. In s. 1 wurde die allgemeine Regel („*core rule*“<sup>1162</sup>) des Verbotes der Doppelbestrafung aufgenommen,<sup>1163</sup> wobei es wiederum auf den konkreten rechtlichen Anklagepunkt ankommt, sodass etwa nicht zweimal wegen Mordes im Hinblick auf dasselbe Verhalten bestraft werden darf. Dies gilt auch im Hinblick auf in diesem Vorwurf enthaltene Delikte, wie etwa den Versuch, aber auch für qualifizierte Formen des jeweiligen Delikts.<sup>1164</sup> Allerdings bleibt nach Maßgabe von s. 11 Double Jeopardy (Scotland) Act 2011 eine erneute Verfolgung wegen Tötungsdelikten möglich, wenn das Opfer erst später verstirbt. Daneben eröffnet s. 7 Double Jeopardy (Scotland) Act 2011 aber wiederum die Möglichkeit, eine Einrede zu erheben, wenn wegen desselben Verhaltens unter einem anderen

1156 *Connelly v. Director of gehen Public Prosecutions*, (1964) AC 1254, 1339-1340 (HL): „*the same offence both in fact and in law*“; vgl. ferner *Law Commission*, Double Jeopardy and Prosecution Appeals, 2001, Cm. 5048, S. 8; *Swoboda*, HRRS 2009, 188, 194. Auch beim schottischen „*plea of res judicata*“ („*tholed assize*“) spielten für die Qualifikation als „dieselbe Tat“ sowohl Faktenlage als auch rechtlicher Gesichtspunkt der Anklage ein Rolle; vgl. *Scottish Law Commission*, Discussion Paper on Double Jeopardy, 2009, S. 19 ff.

1157 *Swoboda*, HRRS 2009, 188, 194. Ähnliches dürfte wohl auch für s. 1 Double Jeopardy (Scotland) Act 2011 gelten; vgl. explanatory note 41 zu s. 7.

1158 *Connelly v. Director of Public Prosecutions*, (1964) AC 1254, 1359 (HL).

1159 *Connelly v. Director of Public Prosecutions*, (1964) AC 1254, 1359-1360 (HL); *Law Commission*, Double Jeopardy and Prosecution Appeals, 2001, Cm. 5048, S. 12; *Scottish Law Commission*, Discussion Paper on Double Jeopardy, 2009, S. 89; vgl. auch *Martín/Wade/Muñoz de Morales*, in: Ligeti, Prosecutor, S. 799.

1160 *R. v. Beedie*, (1998) QB 356; *Law Commission*, Double Jeopardy and Prosecution Appeals, 2001, Cm. 5048, S. 12 ff.; *Scottish Law Commission*, Discussion Paper on Double Jeopardy, 2009, S. 58.

1161 *Law Commission*, Double Jeopardy and Prosecution Appeals, 2001, Cm. 5048, S. 14.

1162 *Scottish Law Commission*, Report on Double Jeopardy, 2009, S. 6.

1163 Dort heißt es: “(1) It is not competent to charge a person who [...] has been convicted or acquitted of an offence [...] with (a) the original offence, (b) any other offence of which it would have been competent to convict the person on the original indictment or complaint, or (c) an offence which (i) arises out of the same, or largely the same, acts or omissions as gave rise to the original indictment or complaint, and (ii) is an aggravated way of committing the original offence”.

1164 *McCallum*, SPICe Briefing, Double Jeopardy (Scotland) Bill, S. 7.

Gesichtspunkt ein neuer Prozess geführt werden soll und sich dies als eine unvernünftige Aufspaltung der Anklage darstellen würde,<sup>1165</sup> es sei denn es liegen ein besonderer Grund („*special reason*“) und ein besonderes Interesse („*interest of justice*“) vor.<sup>1166</sup>

Allerdings existieren einige Ausnahmen von diesem grundsätzlichen Verbot. So besteht in England/Wales und Nordirland ein Wiederaufnahmegrund bei durch Beeinflussung der Jury oder eines Zeugen erlangten Freisprüchen nach s. 54 Criminal Procedure and Investigations Act 1996. In England/Wales hat ferner der Criminal Justice Act 2003 bei bestimmten schweren Straftaten bei Auffinden neuer Beweismittel die Möglichkeit eines neuen Prozesses eröffnet, sofern ein Freispruch in England/Wales oder im Ausland erfolgte,<sup>1167</sup> sowie neue Rechtsmittel der Staatsanwaltschaft eingeführt.

Diese Regelungen gelten auch für Nordirland, sodass auch dort unter diesen Voraussetzungen nach Freisprüchen in Nordirland oder im Ausland neu verhandelt werden darf.<sup>1168</sup> In Schottland sind die Bestimmungen des Criminal Justice Act 2003 nicht anwendbar, sodass Freisprüche hier bislang besonders privilegiert waren.<sup>1169</sup> Inzwischen haben jedoch die ss. 2-4 Double Jeopardy (Scotland) Act 2011 bei illegaler Beeinflussung der Justiz („*tainted acquittals*“), bei späterem Geständnis sowie bei neuen Beweismitteln ebenfalls einen neuen Prozess ermöglicht.

Hier interessiert insgesamt jedoch vornehmlich das Verhältnis der Ebenen. Dass das Verbot der Doppelbestrafung sich – im Rahmen seines Anwendungsbereiches – nicht nur auf die jeweilige Jurisdiktion bezieht, sondern für Urteile innerhalb des gesamten Vereinigten Königreiches gilt, stellte z.B. ein schottisches Gericht schon 1846 fest.<sup>1170</sup> Daher verhindern etwa Urteile englischer Gerichte grundsätzlich auch erneute Verfahren in Schottland.

1165 Die hier enthaltenen *pleas* gehen weiter als das allgemeine Verbot in s. 1 und betreffen „the same, or largely the same, acts or omissions as have already given rise to the person being tried for, and convicted or acquitted of, an offence“; vgl. auch explanatory note 41 zu s. 7. Interessanterweise rekurrierte die *Scottish Law Commission* in ihrem Vorschlag für diese Regelung im Hinblick auf den „*same acts test*“ auf die Interpretation des Art. 54 SDÜ durch den EuGH; vgl. *Scottish Law Commission*, Report on Double Jeopardy, 2009, S. 10.

1166 Vgl. s. 7 (4) Double Jeopardy (Scotland) Act 2011. Dies soll z.B. der Fall sein, wenn das Verfahren mit Zustimmung des Betroffenen abgetrennt wurde, vgl. explanatory note 43 zu s. 7.

1167 Vgl. ss. 75 ff. Criminal Justice Act 2003; dazu *Broadbridge*, Double Jeopardy, Standard Note, Home Affairs Section, SN/HA/1082, S. 13 ff., abrufbar unter <http://88.198.249.35/d/Double-Jeopardy-Standard-Note-SN-HA-1082-Last.pdf>; zuletzt abgerufen am 5.2.2014; *Dennis*, (2004) *Crim. L. Rev.* 619; *Hirst*, in: Böse/Meyer/Schneider, S. 55; *Swoboda*, HRRS 2009, 188, 195 ff.

1168 Insofern bestimmt s. 96 Criminal Justice Act 2003, dass die Nennung der Jurisdiktion „England/Wales“ durch „Nordirland“ zu ersetzen ist, sodass also die Entscheidungen nordirischer Gerichte in Nordirland neu verhandelt werden können.

1169 *Taylor/Wasik/Leng*, S. 103.

1170 In *Macgregor and Inglis*, (1846) *Ark* 49, 60, war dies noch eher ein *obiter dictum*, in welchem das Gericht feststellte, dass in Fällen, in denen jemand wegen Diebstahls in England verurteilt worden sei, schottische Gerichte gegen ihn nicht noch einmal ein Verfahren führen würden („*we would not try him again here*“); wohl auch angenommen in *Clements v. HMA*, (1991) *JC* 62, 71; vgl. dazu *Hood*,

#### IV. Zusammenfassung

Das System des Vereinigten Königreiches von Großbritannien und Nordirland ist asymmetrisch. Es inkorporiert vier Landesteile und drei strafrechtliche Jurisdiktionsbereiche, in welchen jeweils unterschiedliche strafrechtsbezogene Kompetenzen angesiedelt sind. In Bezug auf England besteht kein dezentrales Parlament, sodass Gesetze nur zentral in Westminster erlassen werden können. England teilt mit Wales zudem eine einheitliche strafrechtliche Jurisdiktion, wobei jedoch die Besonderheit besteht, dass die National Assembly for Wales nach der erfolgreichen Durchführung des Referendums im März 2011 nun auch über gewisse legislative Befugnisse im Hinblick auf das Strafrecht verfügt. Schottland und Nordirland bilden eigenständige Jurisdiktionsbereiche und haben inzwischen auch weit gehende allgemeine strafrechtsbezogene Rechtssetzungsbefugnisse. Daneben bleibt das zentrale Parlament in Westminster zum einen zuständig in bestimmten, explizit ausgenommenen Bereichen, wie etwa bzgl. der Drogenkriminalität oder der nationalen Sicherheit, zum anderen aber *de jure* auch in allen übertragenen Feldern. Hinsichtlich letzteren wurden inzwischen jedoch Vereinbarungen in Form der „*Sewel Convention*“ und im MoU etabliert, nach welchen die Zentrale nicht ohne Zustimmung der dezentralen Parlamente tätig werden darf. Dadurch ist *de facto* eine „Quasi-Föderalisierung“ der Verfassung eingetreten.

Strafverfolgung und Gerichte operieren in den jeweiligen Jurisdiktionsbereichen. In Bezug auf England/Wales und Nordirland ist der Supreme Court of the U.K. höchste Revisionsinstanz, nicht aber in Schottland. Dennoch kann er auch in Schottland Einfluss auf das Strafrecht nehmen und in schottischen Strafverfahren angerufen werden, wenn und soweit es um Kompetenzfragen geht. Letztere schließen aber auch die Vereinbarkeit schottischen Rechts mit der EMRK ein, denn das schottische Parlament hat u.a. nur dann eine legislative Kompetenz, wenn seine Gesetze nicht gegen den HRA 1998 verstoßen. Die Strafverfolgung erfolgt zwar grundsätzlich lokal, verfügt aber dennoch über gewisse Effektivitätsvorteile, da eine innerstaatliche Geltung wichtiger Justizakte innerhalb des Gesamtstaates gewährleistet ist. Die Betroffenen können im Hinblick die Wahrung ihrer Menschenrechte hingegen darauf vertrauen, dass der Supreme Court of the U.K. deren ein-

---

S. 140 f.; *Scottish Law Commission*, Discussion Paper on Double Jeopardy, 2009, S. 29 f.; vgl. zu England/Wales auch *Law Commission*, Double Jeopardy and Prosecution Appeals, 2001, Cm. 5048, S. 9, Fn. 9; In *Treacy v. Director of Public Prosecutions*, (1971) AC 537, ging es sogar um ein ausländisches Gericht. Auch s. 10 Double Jeopardy (Scotland) Act 2011 geht grundsätzlich davon aus, dass bei ausländischen (d.h. außerhalb des Vereinigten Königreiches getroffenen) Entscheidungen eine erneute Verhandlung in Schottland ausgeschlossen ist, eröffnet jedoch die Möglichkeit eines erneuten Verfahrens, wenn ein besonderes Interesse („*interest of justice*“) besteht. Dies gilt aber erstens nach s. 10 (3) Double Jeopardy (Scotland) Act 2011 nicht für die Schengen-Staaten (vgl. Art. 54 SDÜ) sowie zweitens ganz generell nicht für Verurteilungen innerhalb des Vereinigten Königreiches, bei welchen also keine neue Verhandlung möglich ist; vgl. *Scottish Law Commission*, Report on Double Jeopardy, 2009, S. 21.

heitliche Geltung sichert. Auch erkennt das *common law* seit vielen Jahren das Verbot der Doppelbestrafung jurisdiktionsübergreifend an.

Die Verfassungsordnung des Vereinigten Königreiches ist damit insgesamt deutlich flexibler<sup>1171</sup> als die bereits dargestellten föderativen Systeme. Denn durch einfache Parlamentsgesetze können Kompetenzen, jedenfalls theoretisch, je nach Bedarf ständig verschoben werden. Dabei bieten „*Sewel Convention*“ und MoU und die damit verbundene Zustimmung der dezentralen Parlamente eine Möglichkeit der konkreten Mehrebenenpolitik. Stellt sich etwa heraus, dass ein bestimmter Sachverhalt doch besser zentral zu regeln ist, so stimmen die dezentralen Parlamente einer zentralen Regelung zu, die sodann ohne weiteres erfolgen kann.

---

1171 Barendt, S. 27.

*Übersicht: Modell Vereinigtes Königreich. Asymmetrische Verteilung der strafrechtsbezogenen Kompetenz; Strafverfolgung und Gerichtssystem in drei Jurisdiktionen, teilweise zentrale Revisionszuständigkeit und zentrale Strafverfolgungsbehörden*

	Zentrale Ebene	Dezentrale Ebene
<b>Legislative Kompetenz</b>	Bzgl. England allgemeine Kompetenz; bzgl. Schottland und Nordirland Kompetenz zum Erlass von Strafnormen in Einzelbereichen; bzgl. Wales allgemeine Kompetenz mit Ausnahme einzelner Bereiche; daneben verfassungstheoretisch weiterhin allgemeine Kompetenz in sämtlichen Bereichen	In Schottland und Nordirland umfassende und allgemeine Kompetenz zur Setzung von Strafnormen und Strafprozessrecht für den jeweiligen Jurisdiktionsbereich; in Wales nur eingeschränkte Kompetenz für bestimmte Felder
<b>Strafverfolgungskompetenz</b>	SOCA bzw. NCA operieren als zentrale Polizei	Dezentral organisiertes Strafverfolgungssystem in Schottland und Nordirland; gemeinsames System für England und Wales
<b>Gerichtszuständigkeit</b>	Letztinstanzliche Zuständigkeit des Supreme Court of the U.K. für England/Wales und Nordirland in Strafsachen sowie für Nordirland, Schottland und Wales in „ <i>devolution issues</i> “	Gemeinsames Gerichtssystem für England und Wales; dezentrale, getrennte Jurisdiktion in Schottland und Nordirland



## 4. Kapitel

### Das gegenwärtige System der Verteilung der Strafrechtskompetenzen in der EU

#### A. Konstitutioneller Hintergrund

##### I. Überblick

Die Fortentwicklung der EU und ihrer Verfassung ist ein Prozess.<sup>1</sup> Zwar vollzieht auch im Verfassungsstaat die Verfassung einen gewissen Wandel und muss gegebenenfalls immer wieder durch Reformen an neue Gegebenheiten angepasst werden, wie auch die Entwicklung in den soeben behandelten staatlichen Mehrebenensystemen beweist. Jedoch haben die angeführten Staaten immerhin schon das erreicht, was in der EU vorerst nur als Zielvorstellung in Art. 1 Abs. 2 EUV als solche aufgenommen ist: „Eine immer engere Union“. Am Ende des Vorganges stand in den bislang im 3. Kapitel untersuchten Systemen der gemeinsame Staat. Dies muss in der EU keineswegs das Ziel sein. Vielmehr ist es durchaus denkbar, dass die Bürgerinnen und Bürger sich in einer neuen Form des Zusammenlebens jenseits des (National-)Staates organisieren.

Tatsächlich ist dies bereits geschehen. Die EU ist ein politisches System, das sich gängigen Formen der Einordnung entzieht und mit dem überkommenen Repertoire an staats- und völkerrechtlichen Begriffen nicht mehr zureichend erklärt werden kann.<sup>2</sup> Am besten lässt sie sich als überstaatlicher Föderalismus, d.h. als supranationales föderatives Mehrebenensystem beschreiben.<sup>3</sup> Wohin ihr Weg genau führen wird, lässt sich heute nicht sagen, es steht jedoch fest, dass sie sich noch auf einem Weg befindet. Das sollen auch die Präambel des EUV<sup>4</sup> sowie der bereits angeführte Art. 1 Abs. 2 EUV zum Ausdruck bringen.<sup>5</sup> Die Integration ist noch lange nicht abgeschlossen.

Dies gilt auch für die föderale Kompetenzordnung der Union. In dem Maße, in dem sich die Völker immer enger an die EU banden, haben sich auch die Zuständigkeiten der EU erweitert. Möglicherweise lässt sich dies auch in umgekehrter Reihenfolge behaupten. Die Organe der EU, allen voran die Kommission und der EuGH, haben ihre Kompetenzen ausgenutzt und extensiv anhand möglichst weit

1 *Frowein*, EuR 1995, 315, 322; *Hobe*, EuR 2003, 1, 4; *Pernice*, in: Dreier, Art. 23 Rn. 23; siehe bereits oben 2. Kapitel C. IV. 1. g).

2 Siehe bereits oben 1. Kapitel B. IV. 4.

3 Vgl. etwa *Nettesheim*, ZEuS 2002, 507; *ders.*, in: v. Bogdandy/Bast, S. 397; *Nida-Rümelin*, in: Härtel, Hdb. Föderalismus I, § 5 Rn. 14; *Pernice*, in: Dreier, Art. 23 Rn. 24; *Peters*, S. 182 ff.; *Zuleeg*, NJW 2000, 2846, 2851; siehe bereits oben 2. Kapitel C. I.

4 *Hilff/Terhechte*, in: Grabitz/Hilff/Nettesheim, 51. EL 2013, EUV Präambel Rn. 7.

5 *Calliess*, in: Calliess/Ruffert, Art. 1 EUV Rn. 11.

gehender Effektivität des Unionsrechts (*effet utile*<sup>6</sup>) interpretiert und dadurch auch der neuen und autonomen Rechtsordnung zu stetig wachsender Bedeutsamkeit verholfen. Die Systeme sind dadurch heute so sehr verzahnt, dass die Mitgliedstaaten in vielen Bereichen gar nicht mehr autonom handeln können. Dass im Gegensatz dazu auch die nationalen Verfassungsgerichte wiederum darauf bedacht waren, nicht zu viel an eigenen Prüfungskompetenzen zu verlieren, verwundert wenig.

Das soeben Ausgeführte lässt sich mit Fug und Recht auch und gerade für das Strafrecht sagen. Die Absicherung der strafrechtsbezogenen Kompetenzen der Mitgliedstaaten ist lange Zeit als ein gewichtiges Anliegen, gar als Wahrung einer der „letzten Bastionen mitgliedstaatlicher Souveränität“<sup>7</sup>, empfunden worden. Und doch haben nicht nur Regelungen der EU einen erheblichen Einfluss auf das mitgliedstaatliche Strafrecht entwickelt, sodass der eindeutige Befund lauten muss, dass das Strafrecht keineswegs eine dem Unionsrecht „resistente Materie“ ist,<sup>8</sup> sondern auch die Kompetenzen der EU sind kontinuierlich erweitert worden.

Hier gilt es zu beachten, dass sich die EU teilweise in unterschiedlicher Geschwindigkeit entwickelt bzw. dass eine gewisse Asymmetrie dadurch eingetreten ist, dass Irland und das Vereinigte Königreich von Großbritannien und Nordirland sich eine *Optin*- bzw. *Opt-out*-Klausel hinsichtlich des Raumes der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts vorbehalten<sup>9</sup> und diese auch genutzt haben.<sup>10</sup> Dem Grundsatz nach nehmen diese Mitgliedstaaten nicht an den entsprechenden Maßnahmen der EU teil, können sich jedoch je nach Einzelfall entscheiden, diese doch anzunehmen. In ähnlicher Weise sind beide Staaten auch nicht Mitglieder des Schengener Abkommens, können aber auch hier den „*Schengen-Acquis*“ mit Zustimmung der EU ganz oder in Teilen annehmen.<sup>11</sup> Das Vereinigte Königreich von Großbritannien und Nordirland hat inzwischen die Vorschriften des SDÜ, welche die Zusammenarbeit im Strafrecht betreffen, übernommen.<sup>12</sup> In den nun folgenden

6 Siehe zu diesem Auslegungsgrundsatz noch unten 4. Kapitel A. III. 2. b).

7 Pohl, ZIS 2006, 213; zum Zusammenhang von Strafrecht und nationalstaatlicher Souveränität vgl. nur Fromm, EG-Rechtssetzungsbefugnis, S. 11; Heger, in: Giegerich, S. 163 ff.; ders., Recht und Politik 2012, 88, 89; F. Meyer, Demokratieprinzip, S. 46 ff.; die Thematik wurde oben bereits ausführlich behandelt unter 2. Kapitel C. IV. 2. c) bb).

8 Fromm, EG-Rechtssetzungsbefugnis, S. 13; Pohl, ZIS 2006, 213; Satzger, Europäisierung, S. 152 ff.; ders., Intern. u. Europ. Strafrecht, § 9 Rn. 1 ff.; vgl. auch Zöller, ZIS 2009, 340; ferner Römmaul Wegner, GA 2013, 561: „keine unionsrechtliche Tabuzone“.

9 Protokoll über die Position des Vereinigten Königreiches und Irlands hinsichtlich des Raums der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts vom 17.12.2007, ABl. C 306, S. 185; vgl. dazu Röben, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, 51. EL 2013, Art. 67 AEUV Rn. 41 ff.; Spencer, ZIS 2010, 602.

10 Vgl. zum erst jüngst erfolgten *Opt-out* des Vereinigten Königreiches von Großbritannien und Nordirland aus dem *Acquis* im Bereich der polizeilichen und justiziellen Zusammenarbeit in Strafsachen Brodowski, ZIS 2013, 455, 458 f.; zuvor bereits ders., ZIS 2012, 558, 559 f.

11 Vgl. dazu Hecker, Europ. Strafrecht, § 5 Rn. 30.

12 Vgl. die Zustimmung im Beschluß 2000/365/EG des Rates vom 29. Mai 2000 zum Antrag des Vereinigten Königreichs Großbritannien und Nordirland, einzelne Bestimmungen des Schengen-Besitzstands auf sie anzuwenden, ABl. 2000 Nr. L 131, S. 43, inklusive der dortigen Aufzählung der einzelnen Bestimmungen.

Ausführungen wird auf die Sonderlage in diesen beiden Staaten nicht ausführlich eingegangen, da es um einen generellen Überblick geht.

Das derzeitige Strafrechtssystem der EU lässt sich modellartig so skizzieren, dass die unmittelbar strafrechtsbezogenen Rechtssetzungskompetenzen im Wesentlichen bei den Mitgliedstaaten liegen, während einzelne Regelungskompetenzen bei der EU angesiedelt sind, wobei es sich wiederum mehrheitlich nur um eine Zuständigkeit zur Harmonisierung des mitgliedstaatlichen Rechts, insbesondere nach den Art. 82, 83 AEUV, handelt, während originäre Kompetenzen zur Setzung von Kriminalstrafrecht im engeren Sinne per Verordnung nur in Einzelfällen bestehen, so etwa zur Bekämpfung von Betrügereien gegenüber den finanziellen Interessen der EU nach Art. 325 Abs. 4 AEUV.<sup>13</sup> Strafrechtsnormen im weiteren Sinne, die nicht-kriminalstrafrechtliche Sanktionen für Verstöße gegen Unionsrecht beinhalten, kann die EU jedoch in vielen Fällen als Kompetenz aus dem Sachzusammenhang mit sonstigen Zuständigkeiten erlassen. Insofern ist das System der EU im Hinblick auf die Rechtssetzungsmacht dem oben<sup>14</sup> dargestellten System der USA nicht unähnlich.

Dabei werden, ähnlich dem deutschen Verfassungsrecht, ausschließliche und geteilte Zuständigkeiten unterschieden.<sup>15</sup> Der Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts, welcher insbesondere die justizielle Zusammenarbeit in Strafsachen, Art. 82 ff. AEUV, sowie die polizeiliche Zusammenarbeit, Art. 87 f. AEUV, umfasst, fällt gemäß Art. 4 Abs. 2 lit. j) AEUV in die zwischen EU und Mitgliedstaaten geteilte Zuständigkeit. Damit ist die Integration der „Dritten Säule“ klargestellt.<sup>16</sup> Dennoch lässt sich nicht von einer kompetenziellen Gesamtregelung im Hinblick auf das „Strafrecht“ sprechen. Denn in der Verfassung der EU sind die Kompetenzen nicht wie im deutschen GG<sup>17</sup> nach Materien verteilt, sondern der EU wurden begrenzte Einzelermächtigungen zugesprochen, um bestimmte Ziele zu erreichen.<sup>18</sup> Es handelt sich daher um eine zielbezogene Zuständigkeitsverteilung, im Gegensatz etwa zur statischen deutschen Aufteilung.<sup>19</sup>

Neben dem Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung, das in Art. 5 Abs. 1 S. 1 und Abs. 2 S. 1 EUV verankert ist und die vertikale Kompetenzverteilung betrifft, sind bei der Kompetenzausübung – bei nicht ausschließlichen Unionszuständigkeiten – des Weiteren die Grundsätze der Subsidiarität, Art. 5 Abs. 1 S. 2, Abs. 3 EUV, und der Verhältnismäßigkeit, Art. 5 Abs. 1 S. 2, Abs. 4 EUV, zu be-

13 Vgl. zur Unterscheidung auch *Satzger*, Europäisierung, S. 90 f. Zur Frage, ob eine Kompetenz der EU zum Erlass von strafrechtlichen Verordnungen tatsächlich besteht, noch ausführlich unten 4. Kapitel B. I. 2. a).

14 Oben 3. Kapitel B.

15 Siehe dazu noch ausführlicher unten 4. Kapitel A. III. 3.

16 *Nettesheim*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, 51. EL 2013, Art. 4 AEUV Rn. 21.

17 Siehe dazu oben 3. Kapitel A.

18 *Satzger*, Intern. u. Europ. Strafrecht, § 8 Rn. 18.

19 *Hugger*, S. 61 ff.; *Satzger*, Intern. u. Europ. Strafrecht, § 9 Rn. 2 f.

rücksichtigen. Diese Prinzipien werden zuweilen als „Schrankentrias“ bezeichnet,<sup>20</sup> wenngleich dahingehend zu differenzieren ist, dass das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung die Frage betrifft, ob überhaupt eine entsprechende Verbandskompetenz der EU besteht, während Subsidiarität und Verhältnismäßigkeit die Ausübung der Gesetzgebungszuständigkeit beschränken.<sup>21</sup> In der Prüfungsreihenfolge ist daher zunächst nach einer Kompetenz der EU zu suchen und erst danach zu fragen, ob Subsidiarität und Verhältnismäßigkeit einer unionsrechtlichen Regelung entgegenstehen. Zudem bilden die beiden zuletzt genannten Kriterien nicht die einzigen Maßgaben, welche die EU bei der Ausübung ihrer Rechtssetzungsbefugnis zu berücksichtigen hat.<sup>22</sup> So muss sie etwa nach Art. 4 Abs. 2 EUV die Gleichheit der Mitgliedstaaten und ihre nationale Identität, die in ihren grundlegenden politischen und verfassungsmäßigen Strukturen einschließlich der regionalen und lokalen Selbstverwaltung zum Ausdruck kommt, ferner die grundlegenden Funktionen des Staates, insbesondere die Wahrung der territorialen Unversehrtheit, die Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung und den Schutz der nationalen Sicherheit achten. Auch auf die Grundrechte der Bürgerinnen und Bürger muss sie Rücksicht nehmen, denn nach Art. 6 Abs. 1 EUV erkennt sie die in der Charta der Grundrechte der Europäischen Union niedergelegten Rechte, Freiheiten und Grundsätze an. Ferner wird sie der EMRK gemäß Art. 6 Abs. 2 EUV beitreten.<sup>23</sup> Aber auch schon jetzt sind die Grundrechte, wie sie in der EMRK gewährleistet sind und wie sie sich aus den gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten ergeben, nach Art. 6 Abs. 3 EUV als allgemeine Grundsätze Teil des Unionsrechts.

Auf der anderen Seite ist aber auch die Aussage, dass der EU nur die explizit in den Verträgen aufgeführten Einzelermächtigungen zustehen, in doppelter Hinsicht zu relativieren. Denn einerseits sind seit langem, ähnlich wie in den anderen föderativen Systemen, auch in der EU „*implied powers*“ anerkannt.<sup>24</sup> Eine entsprechende Kompetenz der EU konnte daher kraft Sachzusammenhanges nach Ansicht des EuGH auch strafrechtsbezogene Regelungen umfassen.<sup>25</sup> Zudem beinhaltet die Kompetenzergänzungsklausel gemäß Art. 352 AEUV eine deutlich über den Einzelfall hinausgehende Zuständigkeit.<sup>26</sup> Die Residualkompetenz liegt hingegen bei den Mitgliedstaaten, diesen sind alle nicht übertragenen Zuständigkeiten vorbehalten, Art. 4 Abs. 1 EUV. Daher kommt den Mitgliedstaaten auch im Strafrecht die allgemeine und primäre Rechtssetzungszuständigkeit zu.

20 Calliess, ZEuS 2008, 3, 5; ders., in: Calliess/Ruffert, Art. 5 EUV Rn. 5.

21 Albin, NVwZ 2006, 629, 630; Streinz, Europarecht, Rn. 172; Streinz/Ohler/Herrmann, § 11 II.

22 Vgl. Bieber, in: Bieber/Epiney/Haag, § 3 Rn. 30.

23 Dazu ausführlich Obwexer, EuR 2012, 115.

24 Vgl. dazu noch unten 4. Kapitel A. III. 2. c).

25 EuGH Slg. 2005, I-7879, I-7925 – *Kommission/Rat* (Rs. C-176/03) („Umweltstrafrecht“); dazu ausführlicher unten 4. Kapitel A. II. 7 und 4. Kapitel A. III. 2. c).

26 Vgl. dazu noch unten 4. Kapitel A. III. 2. d).

Von den verschiedenen Regelungsinstrumenten, welche der EU zur Verfügung stehen, kommen im Hinblick auf das Strafrecht insbesondere die Verordnung im Sinne des Art. 288 Abs. 2 AEUV und die Richtlinie nach Art. 288 Abs. 3 AEUV in Betracht.<sup>27</sup> Während die Verordnung unmittelbar in allen Mitgliedstaaten wirkt und daher tatsächlich gleich einem echten zentralen Gesetz selbstständig Unionsrecht setzt und im gescheiterten Vertrag über eine Verfassung für Europa in Art. I-33 Abs. 1 UA. 2 VVE konsequenterweise auch als „Europäisches Gesetz“ bezeichnet wurde, ist die Richtlinie, in Art. I-33 Abs. 1 UA. 3 VVE „Rahmengesetz“ genannt, nur an die Mitgliedstaaten gerichtet und muss durch diese erst in innerstaatliches Recht umgesetzt werden. Eine solche Bezeichnung wurde im Vertrag von Lissabon bedauerlicherweise wieder aufgegeben, hätte sie doch die europäischen Rechtsakte als das bezeichnet, was sie der Sache nach sind.<sup>28</sup> Echte „Strafgesetzgebung“ bezieht sich daher nur auf Verordnungen, denn nur bei diesen würde eine Strafbarkeit sich unmittelbar aus dem europäischen Rechtsakt ergeben. Gleichwohl soll im Folgenden auch bei Richtlinien von einer strafrechtlichen Kompetenz der EU gesprochen werden.

Der Vollzug der strafrechtlichen Regelungen, die „Verfolgungs- und Ahndungskompetenz“<sup>29</sup>, fällt in der EU jedoch, ganz im Gegensatz zu den USA, wo jede Ebene die Straftaten nach dem jeweiligen Recht selbst mit eigenen Behörden verfolgt,<sup>30</sup> grundsätzlich in den Zuständigkeitsbereich der Mitgliedstaaten, indem nur sie Hoheitsakte gegenüber den Bürgerinnen und Bürgern durchsetzen können.<sup>31</sup> Auf europäischer Ebene wurden zwar auch einige zentrale Behörden, wie OLAF, Europol und Eurojust,<sup>32</sup> eingerichtet, diesen obliegt jedoch im Wesentlichen nur die Koordination der Ermittlungen seitens der Mitgliedstaaten. Insbesondere Europol ist nicht zu einem europäischen FBI avanciert.<sup>33</sup> Dieser Aspekt der europäischen Kompetenzordnung ist also mehr dem deutschen Ansatz als dem US-amerikanischen „Trennmodell“<sup>34</sup> vergleichbar.<sup>35</sup>

27 Satzger, Intern. u. Europ. Strafrecht, § 7 Rn. 8.

28 So auch Ruffert, in: Callies/Ruffert, Art. 288 AEUV Rn. 3; vgl. auch Hecker, Europ. Strafrecht, § 4 Rn. 51, der die Verordnung zu Recht weiterhin als „Europäisches Gesetz“ bezeichnet.

29 Vogel, in: Dannecker, Subventionsbetrug, S. 172.

30 Vgl. insbesondere *Printz v. United States*, 521 U.S. 898, 921 (1997). So umschreibt der Begriff „jurisdiction“ im US-amerikanischen Recht jeweils Rechtssetzungs-, Gerichts- und Verfolgungszuständigkeit; vgl. LaFave, S. 263; Reinbacher, Das Strafrechtssystem der USA, S. 29; ders., DAJV-NL 2011, 50, 51; ferner Ambos, Intern. Strafrecht, § 1 Rn. 4; Werle/Jeffberger, in: LK, Vor § 3 Rn. 5; siehe dazu bereits oben 3. Kapitel B. I.

31 Vgl. Heger, in: Giegerich, S. 163; F. Meyer, Strafrechtsgenese, S. 338.

32 Dazu Hecker, Europ. Strafrecht, § 5 Rn. 54 ff.; Kretschmer, JURA 2007, 169; Satzger, Intern. u. Europ. Strafrecht, § 10 Rn. 2 ff.; Schramm, Intern. Strafrecht, 4. Kapitel Rn. 150 ff.; Schuster, S. 40 ff.; ausführlich dazu noch unten 4. Kapitel B. II. 2. b).

33 Kretschmer, JURA 2007, 169, 170; zum Vergleich der Behörden Ellermann, Europol und FBI, passim.

34 Laufer/Münch, S. 24; Pernice, JZ 2000, 866, 873.

35 Vgl. auch Zuleeg, in: von der Groeben/Schwarze, Art. 5 EGV Rn. 14.

## II. Historische Entwicklung der europäischen Integration und der strafrechtlichen Kompetenzen

Die EU und ihre heutige Verfassung sind das Ergebnis eines Integrationsprozesses, der bereits unmittelbar nach dem 2. Weltkrieg einsetzte. Je nach Perspektive lassen sich die Hintergründe sehr unterschiedlich schildern und auch begreifen.<sup>36</sup>

Aus ökonomischer Sicht lässt sich zunächst die Wohlfahrtssteigerung durch Freihandelszonen und den Abbau von die Wirtschaft hemmenden Hindernissen in Betracht nehmen. Die Entwicklung des Gemeinsamen Marktes dient der Verbesserung der Lebensverhältnisse und dem wirtschaftlichen Wohlstand und die EU mag damit als logische Folge des Wirtschaftsliberalismus erscheinen.<sup>37</sup> Die Politikwissenschaft konzentrierte sich hingegen zunächst auf funktionalistische Konzepte, nach welchen die Arbeitsteilung im Hinblick auf möglichst effektive gemeinsame Problembewältigung sich zu einer Verknüpfung von staatlichen Aufgaben in besonderen überstaatlichen Organisationsformen verdichtet bzw. verdichten soll.<sup>38</sup> Dabei ging es anfangs auch um die friedliche Lösung von Konflikten, letztlich die Wahrung des Friedens in Europa.<sup>39</sup> Aus dieser ursprünglich noch stark auf die Kooperation als besondere Form der internationalen Zusammenarbeit von Staaten fixierten Theorie hat sich später, insbesondere nachdem nicht nur Wirtschaftsbereiche, sondern auch andere Felder integriert wurden, das Konzept des Mehrebenensystems als vernetztes politisches System entwickelt.<sup>40</sup> Daneben standen aber von Anfang an auch idealistische föderative Konzepte, nach deren traditioneller Sichtweise die europäische Integration auf die Errichtung eines europäischen Bundesstaates, in jüngerer Ausprägung auf ein überstaatliches föderales System, gerichtet ist.

In der Rechtswissenschaft ist vornehmlich um die völker- oder staatsrechtliche Einordnung der EU in den Kanon der überkommenen Staatenverbindungen gestritten worden.<sup>41</sup> Aus dieser Perspektive mag die Geschichte der Union daher oftmals die allmähliche Entwicklung vom Staatenbund zum Bundesstaat beschreiben. *Ipsen*<sup>42</sup> hat jedoch das Konzept eines Zweckverbandes funktioneller Integration eingeführt. Dieser unterscheidet sich vom Staat und vom Staatenbund, da er nicht über potenziell unbeschränkte Kompetenzen verfüge, aber bestimmte Sachaufgaben als Verband gemeinschaftlich erfülle. Inzwischen verdient aber, wie oben dar-

36 *Kohler-Koch/Conzelmann/Knodt*, S. 28 ff.; vgl. zu verschiedenen Integrationstheorien *Bieber*, in: *Bieber/Epiney/Haag*, § 1 Rn. 41 ff.

37 Zu ökonomischen Theorien der Integration vgl. *Bieber*, in: *Bieber/Epiney/Haag*, § 1 Rn. 46; *Kohler-Koch/Conzelmann/Knodt*, S. 49 ff.

38 Vgl. dazu *Bieber*, in: *Bieber/Epiney/Haag*, § 1 Rn. 42; *Kohler-Koch/Conzelmann/Knodt*, S. 52 ff.

39 *Kohler-Koch/Conzelmann/Knodt*, S. 31.

40 Siehe dazu bereits oben 1. Kapitel B.

41 Dazu oben 2. Kapitel C. I.

42 *Ipsen*, *Europäisches Gemeinschaftsrecht*, S. 196 ff.

gestellt,<sup>43</sup> die Interpretation der EU als Verfassungsverbund den Vorzug, welche sie in Parallele zum politikwissenschaftlichen Ansatz als föderales Mehrebenensystem mit geteilter Verantwortung und geteilter Hoheitsmacht ansieht, in welchem die Rechtsordnungen und Verfassungen verflochten sind. Denn längst ist klar, dass nicht alleine die wirtschaftliche Integration beabsichtigt ist.<sup>44</sup>

Die verschiedenen Sichtweisen prägen die Darstellung der Geschichte, dürfen jedoch auch tatsächlich jeweils einen Anteil beanspruchen. Die europäische Integration ist ein präzedenzloser Vorgang, der keine monokausale Erklärung duldet. Ihre Anfänge wurden fraglos von Visionen begleitet. Die Erfahrungen des Zweiten Weltkrieges mögen in verschiedener Hinsicht dazu beigetragen haben, dass die Idee eines geeinten Europas attraktiv erschien. Die Pervertierung des Nationalismus hatte im Krieg gemündet, sodass ein demokratisches Europa, in dem die Gemeinsamkeiten der europäischen Völker und nicht ihre Gegensätze betont werden, die einzige Alternative war.<sup>45</sup> Erst kürzlich erhielt die EU für ihre diesbezüglichen Verdienste den Friedensnobelpreis. *Winston Churchill* hatte in seiner viel zitierten Rede in Zürich im Jahr 1946 erklärt, dass die „europäische Familie“ wiedererschaffen werden müsse.<sup>46</sup> Die Anfänge der europäischen Integration waren demnach durchaus auf eine politische Gemeinschaft gerichtet und dabei noch so etatistisch gedacht, dass nicht nur für *Churchill* das Ziel der Entwicklung die „*United States of Europe*“ waren, also ein europäischer Bundesstaat am Ende des Prozesses stehen sollte.<sup>47</sup> Es wurden sogar einige konkrete Verfassungsentwürfe vorgelegt<sup>48</sup> und verschiedene Vereinigungen gegründet, welche sich der europäischen Idee widmeten.<sup>49</sup>

Beim ersten großen Integrationsschub Ende der 1940er, Anfang der 1950er Jahre kam großen Staatsmännern wie *Churchill* und *Schuman* ein entscheidender Einfluss zu.<sup>50</sup> Dabei ging es aber nicht nur um ein gewandeltes europäisches Selbstverständnis, sondern auch um den allenthalben vorhandenen Wunsch nach Sicherheit, Frieden, Freizügigkeit und Wohlstand.<sup>51</sup> Diese Ziele lassen sich im Wesentlichen auch heute noch der Präambel des EUV entnehmen, wenn dort nicht nur auf

43 Zur Erklärung oben 2. Kapitel C. IV. 1. f).

44 *Oppermann*, in: *Oppermann/Classen/Nettesheim*, § 4 Rn. 27 f.

45 *Kohler-Koch/Conzelmann/Knodt*, S. 31.

46 Zitiert nach *Kohler-Koch/Conzelmann/Knodt*, S. 30, und *Oppermann*, in: *Oppermann/Classen/Nettesheim*, § 2 Rn. 3; vgl. auch *Hattenbauer*, Rn. 2291; *Herdegen*, *Europarecht*, § 4 Rn. 1; *Streinz*, *Europarecht*, Rn. 14.

47 *Peters*, S. 179 ff.; vgl. auch BVerfGE 123, 267, 272 f.; allerdings sah er das Vereinigte Königreich von Großbritannien und Nordirland wohl nicht zwingend als Teil desselben; vgl. *Hattenbauer*, Rn. 2291.

48 Dazu BVerfGE 123, 267, 272 f.; *Peters*, S. 179 ff.; *Streinz/Ohler/Herrmann*, Teil 1, § 1 II.

49 Dazu gehörten u.a. die Europa-Union, die Europäische Bewegung oder das Arbeitskomitee für die Vereinigten Staaten von Europa; vgl. dazu *Bieber*, in: *Bieber/Epiney/Haag*, § 1 Rn. 10; *Oppermann*, in: *Oppermann/Classen/Nettesheim*, § 2 Rn. 4; *Streinz*, *Europarecht*, Rn. 13; *Streinz/Ohler/Herrmann*, Teil 1, § 1 II.

50 *Kohler-Koch/Conzelmann/Knodt*, S. 29 ff.

51 *Kohler-Koch/Conzelmann/Knodt*, S. 31.

das historische, kulturelle und religiöse Erbe Europas abgestellt, sondern auch auf die historische Bedeutung der Überwindung der Teilung des europäischen Kontinents verwiesen wird. Zudem sind Binnenmarkt, Freizügigkeit und Sicherheitspolitik wichtige Anliegen der Integration im Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts. In West-Europa, wo sich die hier interessierende Entwicklung in der Folge wesentlich vollzog, mögen aber auch die bereits aufkeimenden Anfänge des Ost-West-Konfliktes eine Rolle gespielt haben,<sup>52</sup> wenn nicht gar das Bedürfnis, den Weltmächten USA und Sowjetunion eine gemeinsame europäische Macht entgegenzustellen.<sup>53</sup>

Die Vorzeichen und Ziele der europäischen Integration haben sich im Laufe der Zeit aber verändert. Die EU hat sich dabei kontinuierlich konstitutionalisiert. Stand am Anfang noch die Pazifizierung der vormals antagonistischen Staaten im Vordergrund, insbesondere durch Wirtschaftsintegration, so ist dieses Motiv inzwischen abgelöst worden. Ziel des modernen Mehrebenensystems ist der Zugewinn an Handlungskapazitäten für die Bürgerinnen und Bürger in einer zunehmend internationalisierten Welt.<sup>54</sup>

### 1. Der Europarat, 1949

Als erste politische Organisation entstand der Europarat, der bereits am 5.5.1949 mit dem Ziel gegründet wurde, als Forum für politische Debatten und dabei auch der Förderung von Einheit und Zusammenarbeit in Europa zu dienen.<sup>55</sup> Er hat sich in der Folge durch seine Konventionen, zuvorderst die EMRK, aber weniger unmittelbar um die Europäische Union als um die Wahrung von Menschenrechten verdient machen können.<sup>56</sup> Die hier festgehaltenen gemeinsamen Menschenrechte sind aber auch für die EU und das Strafrecht von großer Bedeutung. Denn sie dienen nicht nur zur Entwicklung einer europäischen Wertegemeinschaft,<sup>57</sup> sondern bilden auch den Boden für ein europäisches Straf- und Strafverfahrensrecht<sup>58</sup> und haben insbesondere das Strafprozessrecht der europäischen Staaten stark geprägt.<sup>59</sup> Dies gilt auch für die Rechtsprechung des EGMR, der den der EMRK entsprechenden

52 Safferling, Intern. Strafrecht, § 9 Rn. 9; Oppermann, in: Oppermann/Classen/Nettesheim, § 2 Rn. 2.

53 Kohler-Koch/Conzelmann/Knodt, S. 31.

54 Vgl. Habermas, Zur Verfassung Europas, S. 46.

55 Kohler-Koch/Conzelmann/Knodt, S. 31; Oppermann, in: Oppermann/Classen/Nettesheim, § 2 Rn. 5; Safferling, Intern. Strafrecht, § 9 Rn. 10; Streinz, Europarecht, Rn. 16; vgl. auch Hattenbauer, Rn. 2296.

56 Zu Europarat und EMRK siehe ausführlich Ambos, Intern. Strafrecht, § 10; Corstens/Pradel, S. 267 ff.; Hecker, Europ. Strafrecht, § 3; Kreyer, in: Sieber/Brüner/Satzger/v. Heintschel-Heinegg, § 51; F. Meyer, Strafrechtsgenese, S. 254 ff.; Safferling, Intern. Strafrecht, § 13; Satzger, Intern. und Europ. Strafrecht, § 11.

57 Siehe oben 2. Kapitel C. III. 3. b) aa).

58 Sieber, in: Sieber/Brüner/Satzger/v. Heintschel-Heinegg, Einführung Rn. 129.

59 Schomburg, in: Sieber/Brüner/Satzger/v. Heintschel-Heinegg, § 3 Rn. 1; ausführlich Esser, Europ. Strafverfahrensrecht, S. 3 ff. und passim.

Rechtsschutz gewährt.<sup>60</sup> Von großer verfahrensrechtlicher Relevanz sind ferner das Europäische Auslieferungsübereinkommen vom 13.12.1957 und das Europäische Übereinkommen über Rechtshilfe in Strafsachen vom 20.4.1959.<sup>61</sup>

Zudem hat der Europarat in der Folge auch durchaus eine Vielzahl<sup>62</sup> an strafrechtsbezogenen Konventionen auf den Weg gebracht, die allerdings nicht alle in Kraft getreten sind oder von Deutschland ratifiziert wurden. Darunter sind aber so bedeutsame Werke wie etwa die *Cybercrime*-Konvention (2001).<sup>63</sup>

## 2. Die EGKS, 1951

Die EU als gemäß Art. 1 Abs. 2 EUV „immer engere Union der Völker Europas“ hat sich allerdings unabhängig von der Internationalen Organisation Europarat entwickelt. Sie wurde bereits durch den Vertrag über die Gründung der Europäischen Gemeinschaft für Kohle und Stahl (EGKS) vom 18.4.1951<sup>64</sup> eingeleitet. Nachdem zunächst in der beratenden Versammlung des Europarates sogar noch der Entwurf einer europäischen Bundesverfassung vorgelegt worden war, erwies sich der Schritt zum europäischen Bundesstaat als noch zu gewaltig, sodass die Integration zunächst in den Feldern Wirtschaft und Sicherheitspolitik verlief. Zwar scheiterte im Bereich Sicherheit die geplante Europäische Verteidigungsgemeinschaft (EVG),<sup>65</sup> die eine gemeinsame europäische Armee und dabei auch ein gemeinsames Militärstrafrecht inklusive des Überganges der Strafgewalt in diesem Bereich vorgesehen hätte,<sup>66</sup> im Sektor der wirtschaftlichen Integration waren die Schritte jedoch von Anfang an – und bis heute – erfolgreicher.

Die Europäische Einigung ist zwar stets visionär gewesen, verlief letztlich aber nach Maßgabe des realpolitisch Machbaren. Wirtschaftliche Integration versprach nicht nur Förderung des allgemeinen Wohlstandes, sondern auch Sicherheit, denn innereuropäische Kriege wurden in dem Maße weniger wahrscheinlich oder gar unmöglich wie die Ökonomie der Staaten vernetzt und gerade so kriegswichtige Zweige wie Kohle und Stahl verbunden und gemeinsam genutzt wurden.<sup>67</sup> Kooperation in wichtigen Wirtschaftssektoren trat damit an die Stelle des Wettlaufes um Ressourcen. Zudem blieb der Wunsch erhalten, die wirtschaftliche Integration mö-

60 *Schomburg*, in: Sieber/Brüner/Satzger/v. Heintschel-Heinegg, § 3 Rn. 3.

61 Dazu *Schomburg*, in: Sieber/Brüner/Satzger/v. Heintschel-Heinegg, § 3 Rn. 13 ff.

62 Auflistung bei *Schomburg*, in: Sieber/Brüner/Satzger/v. Heintschel-Heinegg, § 4 Rn. 6 ff.

63 Übereinkommen des Europarates über Computerkriminalität vom 23.11.2001; BGBl. 2008 II S. 1242; dazu *Sieber*, in: Sieber/Brüner/Satzger/v. Heintschel-Heinegg, § 24 Rn. 19 f.

64 In Deutschland umgesetzt durch das Gesetz betreffend den Vertrag vom 18. April 1951 über die Gründung der Europäischen Gemeinschaft für Kohle und Stahl vom 6.5.1952, BGBl. II, S. 445.

65 Dazu BVerfGE 123, 267, 273; *Bieber*, in: Bieber/Epiney/Haag, § 1 Rn. 15; *F. Meyer*, Strafrechtsgenese, S. 295; *Oppermann*, in: Oppermann/Classen/Nettesheim, § 2 Rn. 8 ff.; *Safferling*, Intern. Strafrecht, § 9 Rn. 11.

66 Dazu *Heger*, Europäisierung des Umweltstrafrechts, S. 69; *ders.*, in: Giegerich, S. 157; *Sieber*, in: Sieber/Brüner/Satzger/v. Heintschel-Heinegg, Einführung Rn. 116.

67 *Bieber*, in: Bieber/Epiney/Haag, § 1 Rn. 11 f.

ge die politische Einigung vorbereiten, zumal Versuche wie die Europäische Politische Gemeinschaft (EPG) noch scheiterten.<sup>68</sup>

Die EGKS bildete hierbei einen entscheidenden Schritt und markiert den Beginn der europäischen Einigung.<sup>69</sup> Die Präambel bezeichnete sie selbst als „Grundstein für eine weitere und vertiefte Gemeinschaft“. An ihr waren als Gründerstaaten Belgien, Deutschland, Frankreich, Italien, Luxemburg und die Niederlande beteiligt. Sie lief erst zum 23.7.2002 aus. Die EGKS war zudem bereits supranational organisiert, da die Hohe Behörde, welche später als Kommission bezeichnet wurde, als von den Mitgliedstaaten unabhängiges Organ, Art. 9 EGKSV, zur Rechtssetzung tätig wurde.<sup>70</sup>

### 3. Verträge von Rom, 1957: EWG und EAG

Den nächsten Meilenstein bildeten die Römischen Verträge vom 25.3.1957,<sup>71</sup> nämlich der Vertrag zur Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft (EWGV)<sup>72</sup> und der Vertrag zur Gründung der Europäischen Atomgemeinschaft (EAGV),<sup>73</sup> beide in Kraft getreten am 1.1.1958. Als Mitglieder waren die sechs Staaten der EGKS beteiligt. Zudem verfügten die drei europäischen Gemeinschaften über eigene Organe. In der EAG und EWG wurde die bis heute bedeutsame Kommission, Art. 124 ff. EAGV, Art. 155 ff. EWGV, und in der EGKS die so genannte Hohe Behörde, Art. 8 ff. EGKSV, eingerichtet. Jeweils bestand zudem ein Rat, in dem Vertreter der Regierungen der Mitgliedstaaten, nämlich die jeweiligen Ressortminister, saßen, Art. 27 EGKSV, Art. 116 EAGV und Art. 146 EWGV. Daneben existierte als Vorläufer des heutigen Europäischen Parlaments in der EGKS bereits eine „Gemeinsame Versammlung“, in der EWG und EAG schlicht als „Versammlung“ bezeichnet, welche seinerzeit allerdings nicht direkt von den Bürgerinnen und Bürgern gewählt wurde, sondern als Vertretung der Völker der Mitgliedstaaten fungierte, von deren Parlamenten ernannt wurde, Art. 20, 21 EGKSV, Art. 107, 108 EAGV und Art. 137, 138 EWGV, und nur über sehr geringe Befugnisse zur Beratung und Kontrolle verfügte. Ferner hatten die Gemeinschaften jeweils einen eigenen Gerichtshof, Art. 31 ff. EGKSV, Art. 136 ff. EAGV und Art. 164 ff. EWGV. Die EAG teilte sich allerdings Versammlung und Gerichtshof mit der EWG.

68 BVerfGE 123, 267, 274; ausführlich *Kohler-Koch/Conzelmann/Knodt*, S. 60 ff.; vgl. ferner *Herdegen*, Europarecht, § 4 Rn. 5; *F. Meyer*, Strafrechtsgenese, S. 295; *Oppermann*, in: *Oppermann/Classen/Nettesheim*, § 2 Rn. 11; *Sieber*, in: *Sieber/Brüner/Satzger/v. Heintschel-Heinegg*, Einführung Rn. 114 ff.; *Streinz*, Europarecht, Rn. 19.

69 *Scholz*, in: *Maunz/Dürig*, 69. EL 2013, Art. 23 Rn. 11.

70 *Herdegen*, Europarecht, § 4 Rn. 2, § 5 Rn. 9; *Streinz*, Europarecht, Rn. 22.

71 Dazu *Hattenhauer*, Rn. 2307 ff.

72 Vgl. das deutsche Zustimmungsgesetz vom 27.7.1957, BGBl. II S. 766.

73 Vgl. das deutsche Zustimmungsgesetz vom 27.7.1957, BGBl. II S. 753.

Durch den „Fusionsvertrag“<sup>74</sup> vom 8.4.1965, in Kraft getreten am 1.7.1967, wurden jedoch die Räte und Kommissionen der drei europäischen Gemeinschaften zusammengeführt, sodass es künftig nur noch einen Rat und eine Kommission gab. Während EGKS und EAG nur eine sektorale Integration brachten, bildete die EWG als gesamtwirtschaftliche Gemeinschaft den Kern der europäischen Einigung, hatte sie doch sektorenübergreifend gemäß Art. 2 EWGV die Bildung eines Gemeinsamen Marktes zum Ziel. Zu diesem Zwecke war die Tätigkeit der EWG u.a. darauf gerichtet, zwischen den Mitgliedstaaten Zölle und mengenmäßige Ein- und Ausfuhrbeschränkungen von Waren abzuschaffen, Art. 3 lit. a) EWGV, Hindernisse für den freien Personen-, Dienstleistungs- und Kapitalverkehr zu beseitigen, Art. 3 lit. b) EWGV, sowie ein System zu errichten, das den Wettbewerb innerhalb des Gemeinsamen Marktes vor Verfälschungen schützt, Art. 3 lit. f) EWGV. Die entsprechenden Grundfreiheiten waren im EWGV verankert. Darüber hinaus war die Möglichkeit der Angleichung der innerstaatlichen Rechtsvorschriften vorgesehen, Art. 3 lit. h) EWGV. Der EWGV sah die Kompetenz zum Erlass von unmittelbar wirksamen Verordnungen sowie von Richtlinien zur Angleichung der Vorschriften der Mitgliedstaaten vor, Art. 189 EWGV. Dabei fungierte der Rat als primäres „Gesetzgebungsorgan“ der Gemeinschaft, während der Kommission ein Vorschlags- und der Versammlung lediglich ein Anhörungsrecht zukam.<sup>75</sup> Insofern war die Gemeinschaft in ihren Anfängen noch weniger supranational und eher auf die Rechtssetzung in ihrem intergouvernementalen Organ, dem Rat, ausgerichtet. Demgemäß war die EWG zunächst eher einer Internationalen Organisation vergleichbar ausgestaltet.<sup>76</sup>

Der Wille zur politischen Föderation war in diesen Jahren jedoch trotz der nur auf wirtschaftlichen Sektoren vorgenommenen Integrationsmaßnahmen auf politischer wie wissenschaftlicher Ebene durchaus erhalten geblieben, da man weiterhin daran glaubte, dass die ökonomisch-funktionalen Sachzwänge letztlich die politische Fusion erzwingen würden.<sup>77</sup> *Walter Hallstein*, der erste Präsident der Europäischen Kommission, konnte daher noch 1969 sein Buch über die EWG mit „Der unvollendete Bundesstaat“ betiteln. So war auch in der Präambel zum EWGV noch einmal der feste Wille bekräftigt, die Grundlagen für einen immer engeren Zusammenschluss der europäischen Völker zu schaffen. Weiterhin ging es also bei der Wirtschaftsintegration nicht nur um eine Steigerung der Wohlfahrt, sondern

74 Vgl. das deutsche Zustimmungsgesetz vom 20.10.1965, BGBl. II S. 1453; offizieller Name: Vertrag zur Einsetzung eines gemeinsamen Rates und einer gemeinsamen Kommission der Europäischen Gemeinschaften.

75 Vgl. dazu *Herdegen*, Europarecht, § 4 Rn. 6; *Krajewski/Rösslein*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, 51. EL 2013, Art. 289 AEUV Rn. 6.

76 *F. Meyer*, Strafrechtsgenese, S. 296, Fn. 4; *Streinz*, Europarecht, Rn. 22.

77 *Oppermann*, in: *Oppermann/Classen/Nettesheim*, § 2 Rn. 15; *Peters*, S. 180.

auch um einen funktionalistischen Ansatz, die Union durch Verflechtung der Ökonomien zu erreichen.<sup>78</sup>

Zudem entwickelten die supranationalen europäischen Organe eine eigenständige Dynamik und nahmen maßgeblichen Einfluss auf die Integration und das politische und verfassungsrechtliche Verständnis derselben. Dabei war nicht zuletzt die Kommission unter der Präsidentschaft von *Hallstein* ein Motor der europäischen Integration. Des Weiteren erklärte der EuGH bereits im Jahr 1963 in der Entscheidung *van Gend & Loos*,<sup>79</sup> dass das Gemeinschaftsrecht eine autonome Rechtsordnung darstelle, deren Rechtssubjekte nicht nur die Mitgliedstaaten, sondern auch die Einzelnen sind, sodass ihre Organe aus sich heraus nicht nur für die Mitgliedstaaten, sondern auch für die jeweiligen Staatsangehörigen der Mitgliedstaaten verbindliche Rechtsakte erlassen können. Rechtsnormen der EWG konnten daher auch für die Bürgerinnen und Bürger eine unmittelbare Wirkung entfalten, was nicht nur für Verordnungen im Sinne des Art. 189 Abs. 2 EWGV, sondern sogar für Richtlinien im Sinne des Art. 189 Abs. 3 EWGV vor ihrer Umsetzung galt.<sup>80</sup> Die EWG entwickelte sich daher zunehmend auch zur Rechtsgemeinschaft, in der europäische Integration auch und gerade durch das gemeinsame supranationale Recht erfolgte. Dabei ist auf die Ermächtigung zum Erlass von Richtlinien oder Verordnungen zur Gewährleistung der Beachtung der Verbote kartellrechtswidriger Verhaltensweisen durch die Einführung von Geldbußen und Zwangsgeldern in Art. 87 Abs. 1 lit. a) EWGV hinzuweisen, von welcher durch die VO (EWG) Nr. 17/62 vom 6.2.1962 Gebrauch gemacht wurde.<sup>81</sup> Die darin enthaltenen Bußgeldtatbestände setzten immerhin Strafrecht im weiteren Sinne.<sup>82</sup>

Politisch verlief die europäische Einigung jedoch nicht nur einförmig und ohne Probleme. So führte die Blockadehaltung der französischen Regierung unter *Charles De Gaulle* zur Mitte der 1960er Jahre zu einer „Verfassungskrise“<sup>83</sup>, während derer Frankreich sogar den Sitzungen des Rates fern blieb. *De Gaulle* wollte die nationalstaatliche Komponente im Einigungsprozess wieder stärker betonen und verwehrte sich insbesondere gegen die Möglichkeit der Mehrheitsentscheidung im Rat.

Diese Meinungsverschiedenheiten zwischen Frankreich und den übrigen Mitgliedstaaten konnten erst durch die Luxemburger Vereinbarung vom 29.1.1966 beigelegt werden, in welcher u.a. die Übereinkunft erzielt wurde, dass zwar wei-

78 BVerfGE 123, 267, 274; *Kobler-Koch/Conzelmann/Knodt*, S. 62; *Oppermann*, in: *Oppermann/Classen/Nettesheim*, § 2 Rn. 15; *Peters*, S. 180.

79 EuGH Slg. 1963, 3, 25 – *van Gend & Loos* (Rs. 26/62); vgl. ferner Slg. 1964, 1253, 1270 – *Costa/ENEL* (Rs. 6/64); vgl. auch schon oben 2. Kapitel C. II.

80 EuGH Slg. 1979, 1629, 1642 – *Ratti* (Rs. 148/78).

81 ABl. Nr. P 13 vom 21.2.1962; vgl. dazu *Vogel*, in: *Grabitz/Hilf/Nettesheim*, 51. EL 2013, Art. 83 AEUV Rn. 1; siehe ferner die zahlreichen Beispiele bei *Vogel*, in: *Dannecker*, S. 172 ff.

82 Siehe unten 4. Kapitel A. IV. 2.

83 *Oppermann*, in: *Oppermann/Classen/Nettesheim*, § 2 Rn. 21.

terhin Mehrheitsbeschlüsse im Rat möglich sind, dass aber dann, wenn ein Mitgliedstaat „sehr wichtige Interessen“ geltend macht, weiter verhandelt und eine einvernehmliche Lösung gesucht werden soll.<sup>84</sup> Dieser Kompromiss bewirkte zwar, dass die französische Seite ihre Tätigkeit im Rat wieder aufnahm, gleichzeitig aber auch, dass in der Folge Mehrheitsentscheidungen gegen den Willen eines Mitgliedstaates faktisch gemieden wurden.<sup>85</sup> Zudem war der Prozess der europäischen Einigung zunächst erlahmt, kam jedoch nach dem Ende der Präsidentschaft von *De Gaulle* wieder in Bewegung. Dies galt auch bzgl. der Zielrichtung einer politischen Europäischen Union, in welcher nicht nur die Wirtschaft, sondern auch andere Bereiche des Staatslebens integriert werden sollten. Schon die Gipfelkonferenz in Den Haag im Jahr 1969 erweiterte die Aufgaben der EWG und behandelte Themen, die in der Folge große Wichtigkeit erlangen sollten, nämlich die Erweiterung der Zahl der Mitglieder, die Wirtschafts- und Währungsunion, die Direktwahl des Europäischen Parlaments und die Europäische Politische Zusammenarbeit (EPZ).<sup>86</sup> Die Konferenz von Paris legte sich im Jahr 1972 darauf fest, den institutionellen Rahmen in eine Europäische Union zu überführen. Im Jahr 1973 traten Dänemark, Irland und das Vereinigte Königreich von Großbritannien und Nordirland der EWG bei, in den 1980er Jahren folgten Griechenland, Portugal und Spanien, sodass sie nun über zwölf Mitglieder verfügte.

Die Pläne zur Verwirklichung des politischen Einigungsprozesses wurden zunächst in Gipfelkonferenzen der Staats- und Regierungschefs diskutiert, welche seit 1974 als Europäischer Rat zweimal jährlich tagten. Dieser beschloss u.a., Direktwahlen zum Europäischen Parlament einzuführen, welche bereits in Art. 138 Nr. 3 EWGV vorgesehen waren und seit 1979 nun alle fünf Jahre stattfinden. Seither bildet das Europäische Parlament als direkt durch die Bürgerinnen und Bürger der EWG, heute der EU, gewähltes Organ den zweiten Pfeiler der demokratischen Legitimation der Gemeinschaft und ist Ausdruck des Demokratieprinzips auf europäischer Ebene.<sup>87</sup>

#### 4. Die Einheitliche Europäische Akte, 1986

In der „Feierlichen Erklärung der Europäischen Union“ vom 20.7.1983 bekundete der Europäische Rat in Stuttgart die Absicht zur Gründung der EU und zur Intensivierung der EWG. In diesem Sinne reformierte die Einheitliche Europäische Akte

84 Die Luxemburger Vereinbarung ist abgedruckt in: EuR 1966, 73; vgl. dazu *Bieber*, in: *Bieber/Epiney/Haag*, § 1 Rn. 18, § 4 Rn. 55; *Oppermann*, in: *Oppermann/Classen/Nettesheim*, § 2 Rn. 21 f.; *Streinz*, *Europarecht*, Rn. 25.

85 *Oppermann*, in: *Oppermann/Classen/Nettesheim*, § 2 Rn. 22; *Streinz*, *Europarecht*, Rn. 25.

86 Dazu *Bieber*, in: *Bieber/Epiney/Haag*, § 1 Rn. 18; *Oppermann*, in: *Oppermann/Classen/Nettesheim*, § 2 Rn. 23.

87 *Hölscheidt*, in: *Grabitz/Hilf/Nettesheim*, 51. EL 2013, Art. 14 EUV Rn. 5; vgl. dazu ausführlich oben 2. Kapitel C. III. 2. und 3. a).

(EEA) vom 17.2.1986,<sup>88</sup> in Kraft ab dem 1.7.1987, als Änderungsvertrag die bisherigen drei Verträge. Die Präambel der EEA drückte den Willen aus, „die Gesamtheit der Beziehungen [...] gemäß der Feierlichen Deklaration von Stuttgart [...] in eine Europäische Union umzuwandeln“. Der Wille zur politischen Union kam dadurch wiederum zum Ausdruck.<sup>89</sup> Dabei wurde u.a. die Europäische Politische Zusammenarbeit (EPZ) zum Zwecke einer gemeinsamen Außenpolitik institutionalisiert, Art. 30 EEA, und ebenso wie die europäischen Gemeinschaften dem Ziel gewidmet, zu konkreten Fortschritten auf dem Wege zur EU beizutragen, Art. 1 EEA. Die EEA vereinigte die europäischen Gemeinschaften und die EPZ, wobei jedoch nach der Handlungsweise weiterhin ein vergemeinschafteter und ein nur intergouvernementaler Bereich (EPZ) zu unterscheiden waren.

Zudem wurden die Zuständigkeiten der EWG um einige Bereiche, wie etwa Umwelt oder Forschung und Technologie erweitert. Besonders wichtiges Anliegen war jedoch die Verwirklichung des gemeinsamen Binnenmarktes, Art. 13 ff. EEA, als „Raum ohne Binnengrenzen, in dem der freie Verkehr von Waren, Personen, Dienstleistungen und Kapital gemäß den Bestimmungen dieses Vertrages gewährleistet ist“, Art. 8a Abs. 2 EWGV in der Fassung des Art. 13 EEA.<sup>90</sup> Zur Entwicklung des Binnenmarktes, der schon seit den Römischen Verträgen anvisiert war, gehörte insbesondere die Währungsunion, deren Ausarbeitung sich die Kommission unter Vorsitz von *Delors* widmete. Zur „Vollendung des Binnenmarktes“ wurden annähernd 300 legislatorische Akte vorgeschlagen, die entsprechende Hemmnisse beseitigen sollten.<sup>91</sup> Sie wurden in der Folge nahezu gänzlich umgesetzt.<sup>92</sup>

Auch der EuGH hat maßgeblich zur Entwicklung des Binnenmarktes beigetragen, indem er die darauf abzielenden Grundfreiheiten des freien Waren-, Personen-, Dienstleistungs- und Kapitalverkehrs extensiv auslegte. So hat er etwa im Jahr 1974 in der Entscheidung *Dassonville*<sup>93</sup> den Begriff der Maßnahmen gleicher Wirkung wie mengenmäßige Einfuhrbeschränkungen im Sinne des Art. 30 EWGV<sup>94</sup> sehr weit interpretiert und darunter „jede Handelsregelung der Mitgliedstaaten, die geeignet ist, den innergemeinschaftlichen Handel unmittelbar oder mittelbar, tatsächlich oder potentiell zu behindern,“ gefasst. Diese *Dassonville*-Formel gilt im

88 Vgl. das deutsche Zustimmungsgesetz vom 19.12.1986, BGBl. II S. 1102.

89 Vgl. BVerfGE 123, 267, 275.

90 Jetzt: Art. 26 Abs. 2 AEUV.

91 Vgl. insbesondere das Weißbuch der Kommission zur Vollendung des Binnenmarktes aus dem Jahr 1985; dazu *Oppermann*, in: *Oppermann/Classen/Nettesheim*, § 2 Rn. 30 f.; *Oppermann/Classen*, NJW 1993, 5, 6.

92 *Oppermann/Classen*, NJW 1993, 5, 6.

93 EuGH Slg. 1974, 837, 852 – *Dassonville* (Rs. 8/74); vgl. dazu *Classen*, in: *Oppermann/Classen/Nettesheim*, § 22 Rn. 30; *Leible/Strein*, in: *Grabitz/Hilf/Nettesheim*, 51. EL 2013, Art. 34 AEUV Rn. 60 ff.

94 Jetzt: Art. 34 AEUV.

Wesentlichen bis heute,<sup>95</sup> wurde aber teilweise eingeschränkt.<sup>96</sup> Damit war und ist jede in einem Mitgliedstaat hergestellte Ware im gesamten Unionsgebiet verkehrsfähig.<sup>97</sup>

Neben dem Prozess der immer engeren Verzahnung der Wirtschaft wurden auch bedeutende Schritte auf dem Wege zur politischen Einigung gegangen. So stärkte bereits die EEA die Rechte des Europäischen Parlaments, welches erstmalig anstelle seiner vorherigen bloßen Beratungsfunktion nun auch im Wege der Zusammenarbeit in den Rechtssetzungsprozess eingebunden wurde.<sup>98</sup> In dem Maße wie nun zunehmend gewichtige Entscheidungen auf europäischer Ebene gefällt wurden, indem die EWG in weiten Bereichen rechtssetzend tätig wurde, traten die Frage nach der demokratischen Legitimität der Rechtsakte und das vielfach beklagte Demokratiedefizit der europäischen Rechtssetzung ins Bewusstsein.<sup>99</sup> Es war und ist die begrüßenswerte Strategie der europäischen Entscheidungsträger, diesem Defizit nicht durch Renationalisierung der Kompetenzen, sondern durch eine Aufwertung des Europäischen Parlaments zu begegnen.<sup>100</sup>

Im Bereich Justiz und Inneres trafen sich bereits seit den 1970er Jahren die Innenminister der EWG-Mitgliedstaaten zu regelmäßigen Konferenzen als so genannte TREVI-Gruppe<sup>101</sup> sowie in anderen Koordinationsforen.<sup>102</sup> Dabei ging es um die Kooperation zur Bekämpfung des Terrorismus und der internationalen Kriminalität sowie um eine polizeiliche Zusammenarbeit zwischen den Staaten. Durch die EEA und ihr Ziel eines gemeinsamen Binnenmarktes entstand jedoch die Verpflichtung zur Abschaffung von Grenzkontrollen. Dieser kamen die Benelux-Staaten sowie Deutschland und Frankreich durch das Übereinkommen von Schengen vom 15.6.1985 über den schrittweisen Abbau der Personenkontrollen an den

95 Vgl. etwa die Entscheidung EuGH Slg. 1979, 649 – *Rewe/Bundesmonopolverwaltung für Branntwein* (Rs. 120/78) („*Cassis de Dijon*“), in welcher das Gericht jedoch die Rechtfertigungsgründe nach Art. 36 EWGV (jetzt: Art. 36 AEUV) erweiterte, indem es auch immanente Schranken anerkannte; vgl. dazu *Classen*, in: Oppermann/Classen/Nettesheim, § 22 Rn. 31; *Leible/Streinz*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, 51. EL 2013, Art. 34 AEUV Rn. 67 ff.

96 So insbesondere in den Entscheidungen EuGH Slg. 1994, I-6097, I-6130 ff. – *Keck* (Rs. C-267/91) und *Mithouard* (Rs. C-268/91), in welchen das Gericht Verkaufsmodalitäten von dem Verbot ausnahm; vgl. dazu *Classen*, in: Oppermann/Classen/Nettesheim, § 22 Rn. 32; *Leible/Streinz*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, 51. EL 2013, Art. 34 AEUV Rn. 74 ff.

97 *Classen*, in: Oppermann/Classen/Nettesheim, § 22 Rn. 31.

98 *F. Meyer*, Strafrechtsgenese, S. 296; *Sieber*, in: Sieber/Brüner/Satzger/v. Heintschel-Heinegg, Einführung Rn. 142; *Streinz*, Europarecht, Rn. 36.

99 Siehe dazu ausführlich oben 2. Kapitel C. III. 1.

100 Vgl. auch *v. Bogdandy*, NJW 2010, 1, 3.

101 Der Name TREVI steht einerseits für den ersten Tagungsort Trevi, ein Stadtteil von Rom, andererseits aber auch als Abkürzung für die französischen Ausdrücke „*Terrorisme, Radicalisme, Extrémisme et Violence Internationale*“; vgl. dazu *Epiney*, in: Bieber/Epiney/Haag, § 17 Rn. 13; *Mitsilegas*, S. 6; *Schmidhuber*, in: Dannecker, Subventionsbetrug, S. 109.

102 Dazu gehören CELAD (*Comité Européen de la Lutte Anti-Drogue*), GAM (*Groupe d'Assistance Mutuelle*) sowie die Arbeitsgruppe für justizielle Zusammenarbeit; vgl. dazu *Hetzler*, in: Sieber/Brüner/Satzger/v. Heintschel-Heinegg, § 41 Rn. 1.

Binnengrenzen zwischen den Vertragsparteien (SÜ)<sup>103</sup> nach. Dadurch ist es den Bürgerinnen und Bürgern der Schengen-Staaten möglich, sich ohne Grenzkontrollen im gesamten Schengen-Raum frei zu bewegen, eine notwendige Grundvoraussetzung für den freien Waren-, Personen- und Dienstleistungsverkehr im Binnenmarkt.

Fielen nun aber die Grenzkontrollen weg, so erleichterte dies auch die grenzüberschreitende Kriminalität.<sup>104</sup> Daher verständigten sich die Vertragsparteien in Art. 9 SÜ darauf, die „Zusammenarbeit zwischen ihren Zoll- und Polizeibehörden insbesondere im Kampf gegen Kriminalität, vor allem gegen den illegalen Handel mit Betäubungsmitteln und Waffen, gegen die unerlaubte Einreise und den unerlaubten Aufenthalt von Personen, gegen Steuer- und Zollhinterziehung sowie gegen Schmuggel“ und den Austausch von Informationen zu verstärken. Als langfristige Maßnahmen waren in Art. 18 SÜ die „Prüfung der sich bei Anwendung der Abkommen über die internationale Rechtshilfe und die Auslieferung möglicherweise ergebenden Schwierigkeiten, um die am besten geeigneten Lösungen für eine Verbesserung der Zusammenarbeit der Vertragsparteien in diesen Bereichen zu finden“ und die „Suche nach Mitteln zur gemeinsamen Verbrechensbekämpfung, unter anderem durch Prüfung der etwaigen Einführung eines Rechts der polizeilichen Nacheile sowie unter Berücksichtigung der vorhandenen Kommunikationsmöglichkeiten und der internationalen Rechtshilfe“ vorgesehen. Außerdem wurde in Art. 19 SÜ erklärt, dass die Vertragsparteien die Angleichung der Gesetze im Betäubungsmittelrecht und im Recht des Waffen- und Sprengstoffverkehrs anstreben.

Diese Vorgaben wurden durch das Übereinkommen zur Durchführung des Übereinkommens von Schengen (SDÜ) vom 19.6.1990 ergänzt und präzisiert, welches am 1.9.1993 in Kraft trat.<sup>105</sup> Das SDÜ enthält in Titel III Vorschriften über Polizei und Sicherheit. Darin sind u.a. geregelt: eine enge polizeiliche Zusammenarbeit durch Verpflichtung zur Hilfeleistung bei Ersuchen, Art. 39 SDÜ, Recht und Voraussetzungen der grenzüberschreitenden Observation von Personen auf fremdem Territorium, Art. 40 SDÜ, Recht und Voraussetzungen der grenzüberschreitenden Nacheile, Art. 41 SDÜ, die Rechtshilfe in Strafsachen, Art. 48 ff. SDÜ, das Verbot der Doppelbestrafung innerhalb des Vertragsraumes, Art. 54 ff. SDÜ, die Auslieferung, Art. 59 ff. SDÜ, sowie die Vollstreckungshilfe im Hinblick auf Strafurteile, Art. 67 ff. SDÜ.<sup>106</sup> Ferner fanden sich Bestimmungen zur Rechtsvereinheitlichung im Hinblick auf Betäubungsmittel, Art. 70 ff. SDÜ, sowie Feuerwaffen und Munition, Art. 77 ff. SDÜ. Darin war u.a. die Verpflichtung vorgesehen, den Handel mit Betäubungsmitteln mit strafrechtlichen Mitteln zu unterbinden, Art. 71 Abs. 2 SDÜ, und die nationalen Vorschriften über den Erwerb, den Besitz, den

103 BAnz Nr. 217a vom 23.11.1990; informell auch Schengen I genannt.

104 Vgl. Sieber, in: Delmas-Marty, Corpus Juris, S. 2.

105 Das Abkommen wurde für Deutschland durch Gesetz vom 15.7.1993 ratifiziert, BGBl. II S. 1010.

106 Vgl. zu diesen und weiteren Formen der polizeilichen Kooperation J. Hecker, EuR 2001, 826, 834 ff.

Vertrieb und das Überlassen von Feuerwaffen und Munition den Bestimmungen des SDÜ anzupassen. Damit waren im Bereich der polizeilichen und justiziellen Zusammenarbeit (PJZ) entscheidende Schritte eingeleitet und das Strafrecht in den Bereich der europäischen Integration gerückt.

In den Verträgen der drei europäischen Gemeinschaften finden sich jedoch nur wenige explizit auf das Strafrecht bezogene Vorschriften. Darunter fallen etwa die primärrechtlichen Regelungen zur Eidesverletzung vor den europäischen Gerichten gemäß Art. 30 EuGH-Satzung sowie hinsichtlich der Verletzung der Geheimhaltungspflicht nach Art. 194 Abs. 1 UA. 2 EAGV.<sup>107</sup> Die seinerzeit h.M. stand denn auch auf dem Standpunkt, dass Kompetenzen zum Erlass echter supranationaler, originär kriminalstrafrechtlicher Regelungen im engeren Sinne nicht bestanden<sup>108</sup> und auf Grund des so genannten Demokratiedefizits der Rechtssetzung in der EU auch nicht wünschenswert waren.<sup>109</sup> Daher scheiterte eine Initiative zu Änderung der Verträge, die Regelungen zum strafrechtlichen Schutz der finanziellen Interessen ermöglichen sollte, zu diesem Zeitpunkt noch.<sup>110</sup>

Gleichwohl blieb das Strafrecht nicht unbeeinflusst durch das Gemeinschaftsrecht, denn dieses konnte vielmehr strafrechtliche Normen der Mitgliedstaaten ausschließen, ihre Auslegung beeinflussen oder sie sogar gebieten.<sup>111</sup> Denn sofern sie den Binnenmarkt gefährdeten, etwa durch strafrechtliche Verbote des Imports<sup>112</sup> oder Exports<sup>113</sup> bestimmter Waren aus einem anderen Mitgliedstaat, mussten derartige Bestimmungen im Kollisionsfall dem europäischen Recht auf Grund dessen Anwendungsvorranges weichen.<sup>114</sup> Der EuGH<sup>115</sup> formulierte später plattlich: „Für das Strafrecht sind zwar grundsätzlich die Mitgliedstaaten zuständig,

107 Siehe dazu noch unten 4. Kapitel A. IV. 1.

108 Vgl. nur EuGH Slg. 1999, I-11, I-29 – *Calfa* (Rs. C-348/96); zur Diskussion *Böse*, Strafen und Sanktionen, S. 55 ff.; *Vogel*, in: Dannecker, Subventionsbetrug, S. 175 ff, 180 ff.; *ders.*, in: Sieber/Brüner/Satzger/v. Heintschel-Heinegg, § 5 Rn. 1.

109 Siehe zu diesem Problem bereits oben 2. Kapitel C. III. 1. sowie 2. Kapitel C. IV. 2. c) aa); ferner zur damals nicht ausreichend demokratischen legitimierten Grundlage eines europäischen Strafrechts wegen der schwachen Beteiligung des Europäischen Parlaments *Sieber*, ZStW 103 (1991), 957, 969 ff.; *ders.*, in: Sieber/Brüner/Satzger/v. Heintschel-Heinegg, Einführung Rn. 144.

110 Dazu *Fromm*, Der strafrechtliche Schutz der Finanzinteressen, S. 4; *Tiedemann*, ZStW 116 (2004), 945, 954.

111 *Satzger*, Europäisierung, S. 295 ff.; *ders.*, Intern. und Europ. Strafrecht, § 9 Rn. 10 ff., 81 ff.: Europäisches Recht als Ober- und Untergrenze für das mitgliedstaatliche Strafrecht; vgl. ferner *Calliess*, ZEuS 2008, 3, 20 ff.; *Hecker*, Europ. Strafrecht, § 7 u. § 9; *Vogel*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, 51. EL 2013, Art. 83 AEUV Rn. 2.

112 Vgl. EuGH Slg. 1984, 1299 – *Prantl* (Rs. 16/83): Zur Frage der strafrechtlichen Ahndung der Verwendung von Bocksbeutelflaschen beim Import nach Deutschland, da diese Behältnisse nach den deutschen Vorschriften für Frankenweine vorbehalten waren; dazu *Satzger*, in: Sieber/Brüner/Satzger/v. Heintschel-Heinegg, § 9 Rn. 44.

113 Vgl. EuGH Slg. 1978, 2247 – *Thompson* (Rs. 7/78): Zur Frage der Zulässigkeit einer strafrechtlichen Sanktion für den Export von Münzen in einen anderen Mitgliedstaat; dazu *Satzger*, Europäisierung, S. 299; *ders.*, Intern. und Europ. Strafrecht, § 9 Rn. 16.

114 *Satzger*, Intern. und Europ. Strafrecht, § 7 Rn. 5; *ders.*, in: Sieber/Brüner/Satzger/v. Heintschel-Heinegg, § 9 Rn. 41; *Vogel*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, 51. EL 2013, Art. 83 AEUV Rn. 2.

115 EuGH Slg. 1999, I-11, I-29 – *Calfa* (Rs. C-348/96).

jedoch setzt das Gemeinschaftsrecht dieser Zuständigkeit [...] Schranken“. Es durfte und darf daher kein europarechtswidriges mitgliedstaatliches Strafrecht bestehen bleiben.<sup>116</sup>

So entschied der EuGH<sup>117</sup> etwa im Jahr 1977, dass eine Strafe nach den §§ 5, 47 AuslG a.F. wegen des Aufenthaltes oder der Einreise ohne gültige Aufenthaltserlaubnis bei Bürgern der EWG ausgeschlossen war, da die Mitgliedstaaten keine Sanktionen wegen der Nichtbeachtung einer Vorschrift verhängen durften und dürfen, die gemeinschaftsrechtswidrig ist und gegen die Personenfreiheit sowie die besonderen Voraussetzungen der RL 68/360 verstößt.<sup>118</sup> Dadurch trug das EG-Recht ganz erheblich zur Entkriminalisierung von Verhaltensweisen bei, indem es Strafen untersagte, die dem Primär- oder Sekundärrecht der EG widersprachen. Auch wenn letzterer Effekt ebenfalls die Kriminalhoheit der Mitgliedstaaten beeinträchtigen mag, so hat sich dagegen kaum Widerstand gebildet.<sup>119</sup>

Andererseits mussten und müssen die Mitgliedstaaten auf Grund ihrer Loyalitätspflicht nach Art. 5 EWGV<sup>120</sup> europäischem Recht zur Wirksamkeit verhelfen.<sup>121</sup> Da die EWG nicht über Kompetenzen zur Strafrechtssetzung verfügte, war sie hinsichtlich des Schutzes ihrer Rechtsgüter auf die Mitgliedstaaten angewiesen.<sup>122</sup> Dass die Mitgliedstaaten ihr Strafrecht in den Dienst der EWG stellen durften, hatte der EuGH bereits 1977 festgestellt.<sup>123</sup> So lagen Sanktionen zwar in der Kompetenz und daher auch im Ermessen der Mitgliedstaaten, es bestand jedoch eine Pflicht, die geeigneten Maßnahmen zu ergreifen, die notwendig sind, um die volle Wirksamkeit des Gemeinschaftsrechts zu gewährleisten.<sup>124</sup> Insbesondere wa-

116 Safferling, Intern. Strafrecht, § 11 Rn. 23; Satzger, Europäisierung, S. 297; ders., Intern. und Europ. Strafrecht, § 9 Rn. 12.

117 EuGH Slg. 1977, 1495, 1504 – *Sagulo* (Rs. 8/77); dazu Safferling, Intern. Strafrecht, § 11 Rn. 23; Satzger, Europäisierung, S. 305 ff.; ders., in: Sieber/Brüner/Satzger/v. Heintschel-Heinegg, § 9 Rn. 43; ders., Intern. und Europ. Strafrecht, § 9 Rn. 12, 81; Vogel, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, 51. EL 2013, Art. 83 AEUV Rn. 2.

118 Siehe dazu noch unten 4. Kapitel C. I. 3. und 4. Kapitel C. II. 2.

119 F. Meyer, Strafrechtsgenese, S. 368.

120 Jetzt: Art. 4 Abs. 3 EUV; vgl. aber auch Art. 291 AEUV als *lex specialis*; vgl. Ruffert, in: Calliess/Ruffert, Art. 291 AEUV Rn. 3.

121 Dazu Ambos, Intern. Strafrecht, § 11 Rn. 37 ff.; Hecker, JA 2007, 561, 562; ders., Europ. Strafrecht, § 7 Rn. 20 ff.; Safferling, Intern. Strafrecht, § 11 Rn. 30; Satzger, Europäisierung, S. 331 ff.; ders., Intern. und Europ. Strafrecht, § 9 Rn. 25 ff.; Schramm, Intern. Strafrecht, 4. Kapitel Rn. 62 ff.; Vogel, in: Dannecker, Subventionsbetrug, S. 172; vgl. ferner unten 4. Kapitel C. I.

122 Calliess, ZEuS 2011, 3, 16; Hecker, Europ. Strafrecht, § 7 Rn. 1; Heger, in: Böse, EnzEuR Bd. 9, § 5 Rn. 12; Satzger, Europäisierung, S. 328 f.; ders., Intern. und Europ. Strafrecht, § 9 Rn. 26.

123 EuGH Slg. 1977, 137, 150 – *Amsterdam Bulb* (Rs. 50/76); dazu Gröbblinghoff, S. 9 f.; Hecker, Europ. Strafrecht, § 7 Rn. 17 ff.; Hugger, S. 30; Satzger, Europäisierung, S. 210 ff., 331 ff., 353.

124 EuGH Slg. 1989, 2965, 2984 – *Kommission/Griechische Republik* (Rs. 68/88); Slg. 1990, I-2911, I-2935 – *Hansen* (Rs. C-326/88); dazu Ambos, Intern. Strafrecht, § 11 Rn. 37; Böse, Strafen und Sanktionen, S. 410 ff.; v. Bogdandy/Schill, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, 51. EL 2013, Art. 4 EUV Rn. 75; Braum, Europäische Strafgesetzmäßigkeit, S. 169, 200 ff.; Dannecker, JURA 1998, 79, 81; Deutscher, S. 352 ff.; Fromm, Der strafrechtliche Schutz der Finanzinteressen, S. 5 f.; Gröbblinghoff, S. 12 ff.; Hecker, JA 2002, 723, 725; ders., Europ. Strafrecht, § 7 Rn. 24 ff.; Heger, in: Böse, EnzEuR Bd. 9, § 5 Rn. 19; Hugger, S. 30 f.; Ligeti, S. 253 ff.; F. Meyer, Strafrechtsgenese, S. 364 f.; Mitsilegas, S. 63; Möhrenschrager, in:

ren die Mitgliedstaaten in Fällen, in denen für vergleichbare Handlungen eine innerstaatliche Sanktion besteht, verpflichtet, Verstöße gegen das Gemeinschaftsrecht mit ähnlichen sachlichen und verfahrensrechtlichen Regelungen zu ahnden, bezeichnet als „Gleichbehandlungsgebot“ oder „Assimilierungspflicht“.<sup>125</sup> Der EuGH<sup>126</sup> präzisierte, dass die Sanktionen wirksam, verhältnismäßig und abschreckend (sog. „Mindesttrias“<sup>127</sup>) sein müssen.<sup>128</sup>

Der EuGH<sup>129</sup> stellte wenig später klar, dass unter diese Sanktionsverpflichtung auch das Strafrecht fallen kann, sofern dessen Einsatz notwendig ist, um die Gemeinschaftsziele zu verwirklichen. Also konnte und kann das Loyalitätsgebot auch zum Einsatz des mitgliedstaatlichen Strafrechts im Dienste der Gemeinschaft verpflichten, wenn andere Mittel nicht ausreichen.<sup>130</sup> Auch in diesem Fall waren jedoch die Obergrenzen zu beachten, welche das europäische Recht nicht nur dem rein nationalen Strafrecht setzt, sondern auch dem zu seiner Durchsetzung erlassenen, wobei auch die allgemeinen Rechtsgrundsätze des Gemeinschaftsrechts zu beachten waren.<sup>131</sup>

Beide Konstellationen gehören zum größeren Bereich der so genannten „Europäisierung“ des nationalen Strafrechts,<sup>132</sup> also der Beeinflussung des mitgliedstaatlichen Strafrechts durch europäische Normen.<sup>133</sup> Hierunter fällt aber des Weiteren ganz allgemein auch die gemeinschaftsrechtskonforme, jetzt: unionsrechtskonforme, Auslegung des deutschen Strafrechts.<sup>134</sup> Die Loyalitätspflicht gebot und gebietet, auch nationale Strafvorschriften so auszulegen, dass sie die Ziele der EWG,

Dannecker, Subventionsbetrug, S. 166; Safferling, Intern. Strafrecht, § 10 Rn. 23, § 11 Rn. 34; Satzger, Europäisierung, S. 334 ff.; ders., Intern. und Europ. Strafrecht, § 9 Rn. 26; Tiedemann, NJW 1990, 2226; ders., NJW 1993, 23; Vogel, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, 51. EL 2013, Art. 83 AEUV Rn. 3.

125 Ambos, Intern. Strafrecht, § 11 Rn. 38; Böse, Strafen und Sanktionen, S. 415 ff.; v. Bogdandy/Schill, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, 51. EL 2013, Art. 4 EUV Rn. 75; Braum, Europäische Strafgesetzlichkeit, S. 169, 200 ff.; Calliess, ZEuS 2008, 3, 20 ff.; Gröbblinghoff, S. 12 ff.; Safferling, Intern. Strafrecht, § 11 Rn. 31; Satzger, Europäisierung, S. 334 ff.; ders., Intern. und Europ. Strafrecht, § 9 Rn. 27 ff.; Schramm, Intern. Strafrecht, 4. Kapitel Rn. 63 f.; Tiedemann, NJW 1990, 2226; ders., NJW 1993, 23, 25.

126 EuGH Slg. 1989, 2965, 2985 – *Kommission/Griechische Republik* (Rs. 68/88); Slg. 1990, I-2911, I-2935 – *Hansen* (Rs. C-326/88).

127 Ambos, Intern. Strafrecht, § 11 Rn. 37; Calliess, ZEuS 2008, 3, 21; Gröbblinghoff, S. 12 ff., 24 ff.; Hecker, Europ. Strafrecht, § 7 Rn. 26.

128 Zu diesen Voraussetzungen ausführlich Satzger, Europäisierung, S. 368 ff.; vgl. auch schon Böse, Strafen und Sanktionen, S. 418 ff.

129 EuGH Slg. 1990, I-3365, I-3372 – *Zwartveld* (Rs. C-2/88).

130 Fromm, ZIS 2007, 26, 27; Hecker, Europ. Strafrecht, § 7 Rn. 2 ff.; F. Meyer, Strafrechtsgenese, S. 365 f.; Satzger, Europäisierung, S. 336; Vogel, in: Dannecker, Subventionsbetrug, S. 173.

131 Böse, Strafen und Sanktionen, S. 121 f., 126 ff.; Satzger, Europäisierung, S. 354 ff.

132 Dazu allgemein Ambos, Intern. Strafrecht, § 9 Rn. 10 ff.; Hecker, Europ. Strafrecht, §§ 7 ff.; Heger, in: Giegerich, S. 169 ff.; ders., Recht und Politik, 88, 90, 92 ff.; ders., in: Böse, EnzEuR Bd. 9, § 5 Rn. 1; Rosenau, ZIS 2008, 9, 10 f.; Safferling, Intern. Strafrecht, § 11 Rn. 11 ff.; Satzger, Europäisierung, passim; ders., in: Sieber/Brüner/Satzger/v. Heintschel-Heinegg, § 9; ders., Intern. und Europ. Strafrecht, § 9 Rn. 1; speziell zur Europäisierung des deutschen Umweltstrafrechts Heger, Europäisierung des Umweltstrafrechts, passim.

133 Siehe dazu noch unten 4. Kapitel C. I.

134 Dazu ausführlich unten 4. Kapitel C. I. 4.

jetzt: der EU, nicht gefährden und ihnen möglichst Durchschlagskraft verleihen, indem etwa auch Rechtsgüter der EWG/EU in den Anwendungsbereich einbezogen werden.<sup>135</sup> Dieses Gebot der gemeinschaftsrechtsfreundlichen Auslegung gilt für Primär- und Sekundärrecht.<sup>136</sup>

Bestand insoweit bereits vor Gründung der EU ein beträchtlicher Einfluss auf das mitgliedstaatliche Strafrecht, so hat sich dieser seit der Mitte der 1990er Jahre insbesondere durch die Strafrechtsharmonisierung<sup>137</sup> enorm verstärkt.<sup>138</sup> Schon zu Anfang der 1990er Jahre, noch vor der Reform der Verträge in Maastricht, hatte die Kommission – wohl auch ermutigt durch die Rechtsprechung des EuGH zur Loyalitätspflicht der Mitgliedstaaten – versucht, die Mitgliedstaaten durch Anweisung per Richtlinie zum Erlass strafrechtlicher Normen zu verpflichten. Als frühe Form eines solchen Vorgehens wird häufig der Vorschlag der Kommission für den Erlass einer Richtlinie zur Bekämpfung der Geldwäsche in den Mitgliedstaaten<sup>139</sup> vom 23.3.1990 genannt, der letztlich zum Erlass der 1. Geldwäsche-RL<sup>140</sup> vom 10.6.1991 führte, welche ihrerseits wiederum strafrechtliche Regelungen in den Mitgliedstaaten bewirkte.<sup>141</sup> Während der Vorschlag der Kommission aber noch explizit vorgesehen hatte, die Mitgliedstaaten anzuweisen, dafür zu sorgen, dass die Geldwäsche als strafbare Handlung gilt, verlangte die RL nur noch, die Geldwäsche zu untersagen und geeignete Maßnahmen zu treffen, um die vollständige Anwendung der Bestimmungen der RL sicherzustellen und dabei festzulegen, wie Vetsöße zu ahnden sind, Art. 2, 14 RL 91/308/EWG. Die supranationalen Organe Kommission und Europäisches Parlament hatten den Standpunkt vertreten, die EWG dürfe durchaus zur Durchführung ihrer Ziele das Strafrecht der Mitgliedstaaten nutzen und entsprechend beeinflussen, die Mitgliedstaaten verwahrten sich hingegen seinerzeit noch gegen eine „strafrechtliche Annexkompetenz“ und sahen das Strafrecht als Domäne ihrer Souveränität.<sup>142</sup> Eine explizite Kompetenz, wie sie heute in Art. 83 Abs. 2 AEUV für die harmonisierten Sachbereiche vorgesehen ist,

135 Herleitung aus der Loyalitätspflicht: *Calliess*, ZEuS 2008, 3, 22; *Safferling*, Intern. Strafrecht, § 11 Rn. 15; *Satzger*, Europäisierung, S. 340 ff.; *ders.*, in: Sieber/Brüner/Satzger/v. Heintschel-Heinegg, § 9 Rn. 52; *ders.*, Intern. und Europ. Strafrecht, § 9 Rn. 97; *Schramm*, Intern. Strafrecht, 4. Kapitel Rn. 92.

136 EuGH Slg. 1987, 3969, 3986 – *Kolpinghuis Nijmegen* (Rs. 80/86), in Bezug auf Richtlinien; ferner *Safferling*, Intern. Strafrecht, § 11 Rn. 42 ff.

137 Dazu *Ambos*, Intern. Strafrecht, § 11 Rn. 32 ff.; *Hecker*, Europ. Strafrecht, § 8 Rn. 1 ff.; *ders.*, in: Sieber/Brüner/Satzger/v. Heintschel-Heinegg, § 10; *Satzger*, Intern. und Europ. Strafrecht, § 9 Rn. 31 ff.; *Schramm*, Intern. Strafrecht, 4. Kapitel Rn. 36 ff., 115 ff.; *Vogel*, in: Zieschang/Hilgendorf/Laubenthal, S. 33 ff.

138 *Hecker*, in: Sieber/Brüner/Satzger/v. Heintschel-Heinegg, § 10 Rn. 1.

139 ABl. 1990 Nr. C 106, S. 6.

140 RL 91/308/EWG des Rates vom 10.6.1991 zur Verhinderung der Nutzung des Finanzsystems zum Zwecke der Geldwäsche, ABl. 1991 Nr. L 166, S. 77.

141 *Ambos*, ZStW 114 (2002), 236, 240 ff.; *Dannecker*, JURA 1998, 79, 83; *Hecker*, Europ. Strafrecht, § 8 Rn. 11; *Hugger*, S. 43 ff.; *F. Meyer*, Strafrechtsgenese, S. 365; *Vogel*, ZStW 109 (1997), 335, 342 ff.; *ders.*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, 51. EL 2013, Art. 83 AEUV Rn. 3.

142 Zu diesem Streit *Hecker*, Europ. Strafrecht, § 8 Rn. 9; *Satzger*, Europäisierung, S. 400 ff.; vgl. auch *Möhrenschlager*, in: Dannecker, Subventionsbetrug, S. 162; noch ausführlicher unten 4. Kapitel A. II. 6.

bestand damals jedenfalls noch nicht. Die letztlich in den Art. 2, 14 RL 91/308/EWG getroffenen Regelungen erschienen demgegenüber als nicht problematisch, da sie nur eine Verpflichtung zur Ergreifung wirksamer Sanktionen vorsahen, welche auf Art. 5 EWGV gestützt werden konnte.<sup>143</sup>

Neben diesen Europäisierungseffekten im Hinblick auf das nationale Strafrecht sahen europäische Verordnungen zunehmend Geldbußen und andere Sanktionen vor, die zum Strafrecht im weiteren Sinne gezählt werden können.<sup>144</sup> Der EuGH<sup>145</sup> billigte auch die Sanktion des Leistungsausschlusses, welche die Bundesrepublik Deutschland hingegen als Strafsanktion einstufte und daher wegen der ihrer Ansicht nach fehlenden Kompetenz der EWG gegen ihren Erlass geklagt hatte. Der EuGH lehnte diese Einstufung ab und sah daher keine Veranlassung, über die Zuständigkeit der EWG für das Strafrecht zu entscheiden.<sup>146</sup>

### 5. Der Vertrag von Maastricht, 1992: EU und EG

Die EU, deren Gründung durch den Vertrag von Maastricht vom 7.2.1992<sup>147</sup> endlich umgesetzt wurde, Art. A EUV 1992, sollte eine klarere Kompetenzabgrenzung, eine Demokratisierung, aber auch eine noch stärkere politische Zusammenarbeit in den Bereichen Außen- und Sicherheitspolitik bewirken. Bei ihrer Gründung ging es ausweislich der Präambel darum, den Prozess der europäischen Integration auf eine neue Stufe zu heben. Auch Art. A EUV 1992 bekräftigte den Willen zu einer immer engeren Union der Völker Europas. Die EU vereinigte „drei Säulen“ unter einem einheitlichen institutionellen Dach nach dem bald geläufigen Modell eines Tempels:<sup>148</sup> (1) die Europäischen Gemeinschaften EGKS, EAG und EWG, (2) die Gemeinsame Außen- und Sicherheitspolitik (GASP) sowie (3) die Zusammenarbeit in den Bereichen Innen- und Justizpolitik (ZBJI), wobei streng genommen zu diesem Zeitpunkt eher nur zwei Säulen existierten, nämlich die supranationalen Gemeinschaften und die intergouvernementalen Bereiche reiner Zusammenarbeit.<sup>149</sup> Damit wurde der Weg zu einer weit über den wirtschaftlichen Sektor hinausgehenden Einigung entscheidend intensiviert. Die Befugnisse der EWG wurden signifikant erweitert und ihre Tätigkeitsbereiche in den Art. 3 ff. EGV 1992 gar ver-

143 Hecker, Europ. Strafrecht, § 8 Rn. 15.

144 Vogel, in: Dannecker, Subventionsbetrug, S. 170 ff.; ders., in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, 51. EL 2013, Art. 83 AEUV Rn. 3; vgl. den Überblick bei Heitzer, S. 47 ff.

145 EuGH Slg. 1992, I-5583 – *Bundesrepublik Deutschland/Kommission* (Rs. C-240/90); dazu Heitzer, S. 107 ff.

146 EuGH Slg. 1992, I-5583, I-5431 – *Bundesrepublik Deutschland/Kommission* (Rs. C-240/90); dazu Dannecker, ZStW 108 (1996), 577, 593 f.; Heitzer, S. 107 ff.; Tiedemann, NJW 1993, 49; Vogel, in: Dannecker, Subventionsbetrug, S. 170.

147 ABl. 1992 Nr. C 191; in Deutschland umgesetzt durch das Gesetz vom 28.12.1992 zum Vertrag vom 7. Februar 1992 über die Europäische Union, BGBl. II S. 1251.

148 Vgl. Sieber, in: Sieber/Brüner/Satzger/v. Heintschel-Heinegg, Einführung Rn. 146.

149 Herdegen, Europarecht, § 4 Rn. 10 („Zweigeisigkeit“); F. Meyer, Strafrechtsgenese, S. 298.

doppelt,<sup>150</sup> sodass die Umbenennung der EWG in Europäische Gemeinschaft (EG)<sup>151</sup> nur konsequent war, ging es doch längst nicht mehr bloß um wirtschaftliche Belange.<sup>152</sup> Als entscheidende Maßnahmen im Hinblick auf eine politische Integration sind zu nennen: die Einführung der Unionsbürgerschaft in den Art. 8 ff. EGV 1992<sup>153</sup> inklusive eines aktiven und passiven Wahlrechts zum Europäischen Parlament sowie die Stärkung desselben durch Einführung des Mitentscheidungsverfahrens in Art. 189b EGV 1992.<sup>154</sup>

In Deutschland wurde zur Implementation eine Verfassungsänderung vorgenommen, wobei die Integrationsermächtigung nun in Art. 23 GG angesiedelt wurde. Das BVerfG hielt in seiner Maastricht-Entscheidung<sup>155</sup> den Beitritt Deutschlands zur EU für verfassungsgemäß und erkannte auch die duale demokratische Legitimation der Rechtssetzung in der EU vom Grundsatz her an.<sup>156</sup> In den 1990er Jahren begann daher im deutschen Verfassungsrecht auch eine große Diskussion um Demokratie, Souveränität und Verfassung der EU.<sup>157</sup>

Die „Erste Säule“ der EU, und hier v.a. die EG, bildete den tragenden Stützpfeiler der Union. Hier erfolgte auch eine immer weiter gehende echte supranationale Rechtssetzung durch Verordnungen und Richtlinien, während in den politischen Bereichen GASP und ZBJI der Modus der intergouvernementalen Kooperation zwischen den Staaten erhalten blieb. Im Rahmen der „Ersten Säule“ wurden dabei nicht nur die explizit in den Verträgen aufgeführten Kompetenzen ausgeschöpft, sondern es wurde zunehmend auch auf *implied powers* sowie die Kompetenzergänzungsklausel in Art. 235 EGV 1992<sup>158</sup> zurückgegriffen.<sup>159</sup> Auf wirtschaftlicher Ebene markierte innerhalb der „Ersten Säule“ die Entscheidung für eine Wirtschafts- und Währungsunion den bedeutsamsten Schritt,<sup>160</sup> welcher durch die Errichtung der Europäischen Zentralbank (EZB) flankiert wurde. Die Währungsunion wurde im Jahr 2002 durch die Einführung des Euro verwirklicht.

In der „Ersten Säule“ fügte der Vertrag von Maastricht im EGV eine neue Vorschrift ein, die sich mit dem Strafrecht beschäftigte. Art. 209a Abs. 1 EGV 1992<sup>161</sup> legte fest, dass die Mitgliedstaaten zur Bekämpfung von Be-

150 Art. G Teil B EUV 1992 reformierte hierzu die Art. 2 und 3 EGV und führte Art. 3a EGV 1992 neu ein.

151 Durch Art. G Teil A (Nr. 1) EUV 1992.

152 F. Meyer, Strafrechtsgenese, S. 297; Oppermann/Classen, NJW 1993, 5, 7; Streinz, Europarecht, Rn. 44.

153 Durch Art. G Teil C EUV 1992.

154 Art. G Teil C (Nr. 61) EUV 1992; vgl. dazu BVerfGE 123, 267, 276; Oppermann/Classen, NJW 1993, 5, 7; Streinz, Europarecht, Rn. 42.

155 BVerfGE 89, 155.

156 Siehe dazu bereits ausführlich oben 2. Kapitel C. III. 3. a).

157 Siehe dazu bereits ausführlich oben 2. Kapitel C. III. und IV.

158 Jetzt: Art. 352 AEUV; vgl. dazu unten 4. Kapitel A. III. 2. d).

159 F. Meyer, Strafrechtsgenese, S. 297 f., 344 ff., 385 ff.; zu den *implied powers* vgl. Nettesheim, in: Oppermann/Classen/Nettesheim, § 11 Rn. 11 f., sowie unten 4. Kapitel A. III. 2. c).

160 Vgl. Art. 2 EGV 1992; dazu Herdegen, Europarecht, § 4 Rn. 10; Oppermann, in: Oppermann/Classen/Nettesheim, § 3 Rn. 6; Oppermann/Classen, NJW 1993, 1, 9; Streinz, Europarecht, Rn. 46.

161 Jetzt: Art. 325 Abs. 2 AEUV; siehe dazu noch unten 4. Kapitel B. I. 2. a) aa).

trügereien, die sich gegen die finanziellen Interessen der Gemeinschaft richten, die gleichen Maßnahmen ergreifen wie bei der Bekämpfung von Betrügereien, die sich gegen ihre eigenen finanziellen Interessen richten.<sup>162</sup> Damit wurde das vom EuGH vorgeschriebene Gleichbehandlungsgebot,<sup>163</sup> die Assimilierungspflicht<sup>164</sup> der Mitgliedstaaten, im Hinblick auf die Rechtsgüter der EG für den Bereich der Betrugsbekämpfung festgeschrieben. Dies konnte wegen der bereits gefestigten Rechtsprechung durchaus als bloß deklaratorischer Akt begriffen werden.<sup>165</sup> In Abs. 2 war die darüber hinausgehende Pflicht der Mitgliedstaaten aufgenommen, ihre Tätigkeit zum Schutz der finanziellen Interessen der Gemeinschaft vor Betrügereien zu koordinieren. Eine supranationale Rechtssetzungskompetenz der EG enthielt Art. 209a EGV 1992 nach h.M. freilich weiterhin nicht.<sup>166</sup>

Die Betrugsbekämpfung und der Schutz der finanziellen Interessen der EG/EU standen von Anfang an im Fokus des Interesses eines europäischen Strafrechts.<sup>167</sup> Gerade hier entwickelte und publizierte folgerichtig eine hochrangige Expertenkommission europäischer Strafrechtswissenschaftlerinnen und Strafrechtswissenschaftler im Auftrag des Europäischen Parlaments im Jahr 1997 das Corpus Juris (CJ) der Regelungen zum Schutz der finanziellen Interessen der EU.<sup>168</sup> Für diesen waren jedoch, wie sich aus Art. 209a EGV 1992 ergab, in erster Linie noch die Mitgliedstaaten zuständig.

Der Rat leitete diesbezüglich jedoch einige Maßnahmen ein. Hierzu gehörte zunächst innerhalb der „Dritten Säule“ das Übereinkommen zum Schutz der finan-

162 Dazu *Dannecker*, ZStW 108 (1996), 577; *Fromm*, Der strafrechtliche Schutz der Finanzinteressen, S. 1 ff., 287 ff.; *Sieber*, in: *Sieber/Brüner/Satzger/v. Heintschel-Heinegg*, Einführung Rn. 149.

163 EuGH Slg. 1989, 2965, 2985 – *Kommission/Griechische Republik* (Rs. 68/88); Slg. 1990, I-2911, I-2935 – *Hansen* (Rs. C-326/88); siehe dazu bereits 4. Kapitel A. II. 4 sowie unten 4. Kapitel C. I. 2.

164 *Dannecker*, ZStW 108 (1996), 577, 585; *Heger*, in: Böse, *EnzEuR* Bd. 9, § 5 Rn. 10; *Waldhoff*, in: *Callies/Ruffert*, Art. 325 AEUV Rn. 7.

165 Böse, *Strafen und Sanktionen*, S. 411; *Dannecker*, ZStW 108 (1996), 577, 585; *ders.*, JURA 1998, 79, 81; *Hecker*, *Europ. Strafrecht*, § 14 Rn. 4; *Heitzer*, S. 30; *Tiedemann*, NJW 1993, 23, 25; so auch *Rosenau*, ZIS 2008, 9, 14, für die Nachfolgevorschrift des Art. 280 Abs. 1 EUV 2001.

166 Vgl. *Prieß/Spitzer*, in: von der Groeben/Schwarze, Art. 280 EGV Rn. 82; allgemein zu den Strafrechtskompetenzen unter Geltung des EGV 1992 *Fromm*, *Der strafrechtliche Schutz der Finanzinteressen*, S. 36 ff.

167 *Fromm*, *Der strafrechtliche Schutz der Finanzinteressen*, S. 3 ff.; *Hecker*, *Europ. Strafrecht*, § 14 Rn. 4; *Safferling*, *Intern. Strafrecht*, § 10 Rn. 19; *Vogel*, GA 2003, 314, 322. Zur Notwendigkeit strafrechtlicher Regelungen zum Schutz der finanziellen Interessen der EG *Tiedemann*, NJW 1990, 2226; vgl. speziell zum Subventionsbetrug die Beiträge in: *Dannecker*, *Subventionsbetrug*, passim.

168 *Delmas-Marty*, *Corpus Juris*, passim. In seiner aktuellen Version als *Corpus Juris 2000* (Fassung von Florenz) ins Deutsche übersetzt von *Walter*; kritisch zum CJ *Braun*, JZ 2000, 493, 498 ff.; *ders.*, Europäische Strafgesetzlichkeit, S. 186 ff.; vgl. insbesondere auch die Kritik und Gegenvorschläge im Alternativentwurf Europäische Strafverfolgung, in: *Schünemann*, *Alternativentwurf*, S. 26 ff.; dazu wiederum *Vogel*, ZStW 116 (2004), 400, 419 ff.; vgl. zum CJ ferner *Hassemer*, *KritV* 1999, 133; *Hecker*, *Europ. Strafrecht*, § 14 Rn. 28 ff.; *Otto*, JURA 2000, 98; *Rosenau*, ZIS 2008, 9, 11; *Safferling*, *Intern. Strafrecht*, § 10 Rn. 104 ff.; *Satzger*, *Europäisierung*, S. 87 ff.; *ders.*, *Intern. und Europ. Strafrecht*, § 8 Rn. 33 ff.; *Schramm*, ZJS 2010, 615, 616; ferner die Beiträge in: *B. Huber*, *Corpus Juris*.

ziellen Interessen der Gemeinschaft (sog. PIF-Konvention),<sup>169</sup> das wiederum nur strafrechtliche Sanktionen in den Mitgliedstaaten vorschrieb, allerdings als völkerrechtliches Abkommen erst 2002 nach Abschluss eines langwierigen Ratifizierungsverfahrens in Kraft trat.<sup>170</sup> Daneben stützte der Rat die Verordnung (EG, EAG) Nr. 2988/95 vom 18.12.1995 über den Schutz der finanziellen Interessen der Europäischen Gemeinschaften<sup>171</sup> sowie die Verordnung (EG, EAG) Nr. 2185/96 des Rates vom 11.11.1996 betreffend die Kontrollen und Überprüfungen vor Ort durch die Kommission zum Schutz der finanziellen Interessen der Europäischen Gemeinschaften vor Betrug und anderen Unregelmäßigkeiten<sup>172</sup> auf die Flexibilitätsklausel des Art. 235 EGV 1992 bzw. Art. 203 EAGV 1992, also auf Vertragsbestimmungen der „Ersten Säule“. Dies mag deshalb erfolgt sein, da es sich bei den hierin vorgesehenen Rechtsfolgen um so genannte verwaltungsrechtliche Sanktionen handelte, also nur um Strafrecht im weiteren Sinne.<sup>173</sup> Die Verordnung (EG, EAG) Nr. 2988/95 ist als Allgemeiner Teil des Sanktionsrechts ausgestaltet.<sup>174</sup>

Das Strafrecht als solches geriet jedoch stattdessen als Teil der „Dritten Säule“ der ZBJI (Titel VI Art. K EUV 1992) in den Einflussbereich der EU.<sup>175</sup> Zur ZBJI gehörten gemäß Art. K.1 EUV 1992 insbesondere

- die Asyl- und Einwanderungspolitik (Nr. 1 und 3),
- die Bekämpfung der Drogenabhängigkeit (Nr. 4),
- die Bekämpfung von Betrügereien im internationalen Maßstab (Nr. 5),
- die justizielle Zusammenarbeit in Zivil- und Strafsachen (Nr. 6 und 7) sowie
- die polizeiliche Zusammenarbeit zur Verhütung und Bekämpfung des Terrorismus, des illegalen Drogenhandels und sonstiger schwerwiegender Formen der internationalen Kriminalität, erforderlichenfalls einschließlich bestimmter Aspekte der Zusammenarbeit im Zollwesen, in Verbindung mit dem Aufbau eines unionsweiten Systems zum Austausch von Informationen im Rahmen eines Europäischen Polizeiamts (Europol) (Nr. 9).

Hier konnte der Vertrag von Maastricht auf den Besitzstand der seit Mitte der 1970er Jahre stattfindenden Kooperationstreffen der Fachminister zurückgreifen

169 ABl. 1995 Nr. C 316, S. 48; vgl. dazu *Dannecker*, ZStW 108 (1996), 577, 596 ff.; *Deutscher*, S. 55 ff., 372 ff.; *Fromm*, EG-Rechtssetzungsbefugnis, S. 54 ff.; *Gröblichhoff*, S. 153 ff.; *Hecker*, Europ. Strafrecht, § 14 Rn. 4, 22 ff.; *Killmann/Schröder*, in: *Sieber/Brüner/Satzger/v. Heintschel-Heinegg*, § 12 Rn. 8 ff.; *Rosenau*, ZIS 2008, 9, 10; *Safferling*, Intern. Strafrecht, § 10 Rn. 23; *Satzger*, Europäisierung, S. 467 ff.; *ders.*, ZRP 2001, 549, 550; *Tiedemann*, ZStW 116 (2004), 945, 951; ferner *Schwarzburg/Hamdorf*, NStZ 2002, 617, 618, mit Hinweisen auf weitere Maßnahmen.

170 In Deutschland wurde es umgesetzt durch das EG-Finanzschutzgesetz vom 10.9.1998, BGBl. II S. 2322.

171 ABl. 1995 Nr. L 312, S. 1; dazu vgl. dazu *Dannecker*, ZStW 108 (1996), 577, 604 ff.

172 ABl. 1996 Nr. L 292, S. 2.

173 *Satzger*, Intern. und Europ. Strafrecht, § 8 Rn. 5 ff.; *Schramm*, Intern. Strafrecht, 4. Kapitel Rn. 2; siehe unten 4. Kapitel A. IV. 2.

174 *Dannecker*, ZStW 108 (1996), 577, 604; *Satzger*, Intern. und Europ. Strafrecht, § 8 Rn. 7; *Tiedemann*, FS Lenckner, 1998, S. 413; *Waldhoff*, in: *Calliess/Ruffert*, Art. 325 AEUV Rn. 3; ausführlich dazu *Heitzer*, S. 121 ff.; siehe auch schon *Vogel*, JZ 1995, 331, 332 f.

175 Vgl. dazu auch *Bacigalupo*, in: *Schünemann*, Gesamtkonzept, S. 85 f.; *Braun*, Europäische Strafgesetzlichkeit, S. 162 ff.; *Ligeti*, S. 58 ff.; *Tiedemann*, in: *Kreuzer/Scheuing/Sieber*, S. 146 f.

und diese in die EU überführen.<sup>176</sup> Da dieses Feld jedoch nicht „vergemeinschaftet“, sondern außerhalb des Bereiches supranationaler Rechtssetzung in einer eigenständigen Säule verankert war, blieb es hier noch bei der zwischenstaatlichen Kooperation im Rat.<sup>177</sup> Hier sollten die Mitgliedstaaten einander unterrichten und konsultieren, um ihr Vorgehen zu koordinieren. Der Rat konnte nach Art. K.3 Abs. 2 EUV 1992 lediglich

- in Bereichen des Artikels K.1 Nummern 1 bis 6 auf Initiative eines Mitgliedstaates oder der Kommission,
- in Bereichen des Artikels K.1 Nummern 7, 8 und 9 auf Initiative eines Mitgliedstaates
  - a) gemeinsame Standpunkte festlegen sowie in geeigneter Form und nach geeigneten Verfahren jede Art der Zusammenarbeit fördern, die den Zielen der Union dient;
  - b) gemeinsame Maßnahmen annehmen, soweit sich die Ziele der Union aufgrund des Umfangs oder der Wirkungen der geplanten Maßnahme durch gemeinsames Vorgehen besser verwirklichen lassen als durch Maßnahmen der einzelnen Mitgliedstaaten [...]
  - c) unbeschadet des Artikels 220 EGV Übereinkommen ausarbeiten, die er den Mitgliedstaaten zur Annahme gemäß ihren verfassungsrechtlichen Vorschriften empfiehlt.

Damit verfügte der Rat unter Geltung des Vertrages von Maastricht noch nicht über hinreichende Rechtssetzungsbefugnisse, insbesondere konnte er keine verbindlichen Maßnahmen erlassen. Zudem mussten seine Rechtsakte regelmäßig einstimmig beschlossen werden.<sup>178</sup> Es wurden jedoch immerhin u.a. folgende Maßnahmen auf den Weg gebracht:<sup>179</sup> Das Europol-Übereinkommen (1995),<sup>180</sup> die Entschließung über den Schutz von Zeugen (1995),<sup>181</sup> das Übereinkommen über den Entzug der Fahrerlaubnis (1998)<sup>182</sup> sowie die Gemeinsame Maßnahme über die Anwendung bewährter Methoden bei der Rechtshilfe in Strafsachen (1998).<sup>183</sup>

Im Jahr 1994 erweiterte sich die EU durch den Beitritt von Österreich, Finnland und Schweden auf 15 Mitglieder. Sie war in einigen Belangen noch nicht zufrieden stellend ausgestaltet. So war sie einerseits nicht vollständig supranationalisiert, andererseits auch noch immer nicht hinreichend demokratisiert.

176 *Hetzer*, in: *Sieber/Brüner/Satzger/v. Heintschel-Heinegg*, § 41 Rn. 2; *F. Meyer*, *Strafrechtsgenese*, S. 298 f.

177 *F. Meyer*, *Strafrechtsgenese*, S. 299; *Satzger*, *Intern. und Europ. Strafrecht*, § 7 Rn. 6; *Sieber*, in: *Sieber/Brüner/Satzger/v. Heintschel-Heinegg*, Einführung Rn. 147; *Streinz*, *Europarecht*, Rn. 48.

178 *Sieber*, in: *Sieber/Brüner/Satzger/v. Heintschel-Heinegg*, Einführung Rn. 147.

179 Vgl. die Aufzählung bei *Bieber*, in: *Bieber/Epiney/Haag*, § 16 Rn. 12 ff.

180 ABl. 1995 Nr. C 316, S. 2.

181 ABl. 1995 Nr. C 327, S. 5.

182 ABl. 1998 Nr. C 216, S. 2.

183 ABl. 1998 Nr. L 191, S. 1.

## 6. Der Vertrag vom Amsterdam, 1997

In beiden Punkten brachte der Vertrag von Amsterdam,<sup>184</sup> der bereits am 21.10.1997 abgeschlossen wurde und am 1.5.1999 in Kraft trat, weitere Fortschritte. So wurde einerseits das Europäische Parlament weiter gestärkt, indem das Verfahren der Mitentscheidung gemäß Art. 251 EG 1997 in der „Ersten Säule“ ausgeweitet wurde.<sup>185</sup> Andererseits wurden einige wichtige Bereiche der „Dritten Säule“ nun supranationalisiert, so etwa die Visa-, Asyl- und Einwanderungspolitik sowie die justizielle Zusammenarbeit im Zivilrecht, nicht aber im Strafrecht.<sup>186</sup> Dieses verblieb vielmehr alleine in der „Dritten Säule“, welche nun auf eine Polizeiliche und Justizielle Zusammenarbeit in Strafsachen (PJZS) beschränkt war und entsprechend umgetauft wurde. Nach der Neunummerierung und Neubezeichnung des Vertragswerkes<sup>187</sup> fanden sich die Bestimmungen zur „Dritten Säule“ in den Art. 29 ff. EUV 1997. In den Feldern ihrer Zuständigkeit konnte die EG supranationales Recht mit unmittelbarer Wirkung erlassen. Die verbleibende „Dritte Säule“ war hingegen weiterhin nicht supranational im eigentlichen Sinne. In Art. 29 Abs. 1 EUV 1997 war das Ziel der EU festgehalten, „den Bürgern in einem Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts ein hohes Maß an Sicherheit zu bieten, indem sie ein gemeinsames Vorgehen der Mitgliedstaaten im Bereich der polizeilichen und justiziellen Zusammenarbeit in Strafsachen entwickelt sowie Rassismus und Fremdenfeindlichkeit verhütet und bekämpft“. Im Gegensatz zu K.1 EUV 1992 ging es also nicht mehr lediglich um die Ermöglichung der Freizügigkeit, sondern um die Eröffnung eines Raumes der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts. Dieser sollte ausweislich des Wortlauts der geänderten Vorschrift erreicht werden durch „die Verhütung und Bekämpfung der – organisierten oder nichtorganisierten – Kriminalität, insbesondere des Terrorismus, des Menschenhandels und der Straftaten gegenüber Kindern, des illegalen Drogen- und Waffenhandels, der Bestechung und Bestechlichkeit sowie des Betrugs im Wege einer – engeren Zusammenarbeit der Polizei-, Zoll- und anderer zuständiger Behörden in den Mitgliedstaaten, sowohl unmittelbar als auch unter Einschaltung des Europäischen Polizeiamts (Europol), nach den Artikeln 30 und 32;

184 ABl. 1997 Nr. C 340, S. 1.

185 *Hilf/Pache*, NJW 1998, 705, 710; Europäisches Parlament als „Gewinner des Amsterdamer Vertrages“; ferner *Herdegen*, Europarecht, § 4 Rn 21; *Hölscheidt*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, 51. EL 2013, Art. 14 EUV Rn. 6; *F. Meyer*, Strafrechtsgenese, S. 299; *Oppermann*, in: Oppermann/Classen/Nettesheim, § 3 Rn. 3; *Sieber*, in: Sieber/Brüner/Satzger/v. Heintschel-Heinegg, Einführung Rn. 152; *Streinz*, Europarecht, Rn. 50.

186 Dazu *Sieber*, in: Sieber/Brüner/Satzger/v. Heintschel-Heinegg, Einführung Rn. 153; *Weißer*, ZIS 2006, 562, 566 f.

187 Bei der Zitierweise wurde damals das „V“ weggelassen, sodass nur noch von „EU“ und „EG“ als Vertragswerke die Rede war. Dieser eher unglücklichen Schreibweise wird hier nicht gefolgt.

- engeren Zusammenarbeit der Justizbehörden sowie anderer zuständiger Behörden der Mitgliedstaaten nach Artikel 31 Buchstaben a bis d und Artikel 32;
- Annäherung der Strafvorschriften der Mitgliedstaaten nach Artikel 31 Buchstabe e, soweit dies erforderlich ist.“

Auch die Kriminalitätsbekämpfung war also ein notwendiges Mittel zur Gewährleistung des Raumes der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts.<sup>188</sup> Die Strafrechtsintegration war somit – zumindest theoretisch – an einem anderen Ziel ausgerichtet, d.h. nicht mehr lediglich an Einzelinteressen der Mitgliedstaaten und effektiver Ausweitung ihrer eigenen Strafgewalt orientiert, sondern der Gewährleistung von Freiheit, Sicherheit und Recht in einem gemeinsamen Rechtsraum verschrieben,<sup>189</sup> auch wenn zu Recht betont wird, dass diese drei Prinzipien in Einklang zu bringen sind<sup>190</sup> und dies bislang nicht gelungen ist.<sup>191</sup> Im Strafrecht verblieb es zwar grundsätzlich bei der intergouvernementalen Zusammenarbeit im Rat, jedoch traten auch hier supranationale Elemente hinzu,<sup>192</sup> u.a. die Anerkennung der Jurisdiktion des EuGH oder die Anhörung des Europäischen Parlaments. Zur Umsetzung der Vorhaben erhielt der Rat neben den Übereinkommen, welche in traditioneller Weise erst noch von den einzelnen Mitgliedstaaten angenommen werden mussten, mit dem Rahmenbeschluss gemäß Art. 34 EUV 1997 ein neues Regelungsinstrument.

In seiner Wirkung glied der Rahmenbeschluss der Richtlinie, indem er die Harmonisierung des Rechts der Mitgliedstaaten bezweckte und die darin enthaltenen Vorgaben hinsichtlich der zu erreichenden Ziele für die Mitgliedstaaten bindend waren, diesen aber die Umsetzung und dabei die Wahl der Form und Mittel überlassen blieb.<sup>193</sup> Zu unmittelbaren europäischen Strafvorschriften ermächtigten die Bestimmungen der „Dritten Säule“ also nicht.<sup>194</sup> Im Unterschied zu Richtlinien kam

188 *Calliess*, ZEuS 2008, 3, 10; *Vogel*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, 51. EL 2013, Art. 82 AEUV Rn. 3.

189 *F. Meyer*, EuR 2011, 169, 170; *ders.*, Strafrechtsgenese, S. 357.

190 *Böse*, in: Schwarze, Art. 82 EUV Rn. 6; vgl. auch *Böse*, in: *ders.*, EnzEuR Bd. 9, § 27 Rn. 3; *F. Meyer*, EuR 2011, 169, 189; „Prinzipienkonkordanz“.

191 Vgl. etwa *Hassemer*, ZStW 116 (2004), 304, 307; *Lüderssen*, in: Schünemann, Alternativentwurf, S. 46; *Weigend*, ZStW 116 (2004), 275, 276 f.; auch *Polakiewicz*, ZEuS 2010, 1, 2: „gewisse Schiefelage“.

192 *F. Meyer*, Strafrechtsgenese, S. 299 f.; *Wasmeier*, ZEuS 2006, 23, 27; *Weißer*, ZIS 2006, 562, 567 f.

193 *Braun*, Europäische Strafgesetzlichkeit, S. 165 f.; *Dorra*, S. 48 ff.; *Hilf/Pache*, NJW 1998, 705, 707; *Kretschmer*, JURA 2005, 780, 781; *Satzger*, Europäisierung, S. 466; *ders.*, in: Tiedemann, Freiburg-Symposium, S. 84; *Schünemann*, StV 2003, 116; *Sieber*, in: Sieber/Brüner/Satzger/v. Heintschel-Heinegg, Einführung Rn. 152; *Wasmeier*, ZEuS 2006, 23, 27; *Weißer*, ZIS 2006, 562, 569; *Zieschang*, ZStW 113 (2001), 255, 262; zur Umsetzung von Rahmenbeschlüssen in deutsches Recht *Sinn/Wörner*, ZIS 2007, 204, 206 f.

194 *Calliess*, ZEuS 2008, 3, 11; *Kretschmer*, JURA 2005, 780, 781; *F. Meyer*, Strafrechtsgenese, S. 357; *Satzger*, Intern. und Europ. Strafrecht, 3. Aufl. 2009, § 7 Rn. 32.

dem Rahmenbeschluss keinerlei Wirkung vor Umsetzung zu,<sup>195</sup> wobei allerdings festzuhalten ist, dass Richtlinien ebenfalls keine unmittelbare, den Einzelnen belastende Wirkung haben.<sup>196</sup> Zudem stand das Vertragsverletzungsverfahren nicht zur Verfügung.<sup>197</sup>

Dabei hatte auch die Kommission ein Vorschlagsrecht, Art. 34 Abs. 2 EUV 1997, und der EuGH konnte über Gültigkeit und Auslegung der Rahmenbeschlüsse entscheiden, Art. 35 EUV 1997. Diese Elemente heben das Instrumentarium von einem reinen Intergovernmentalismus ab, sodass sich die „Dritte Säule“ insgesamt als Kompromiss zwischen der einerseits empfundenen Notwendigkeit zur weiteren Herausbildung der Union, zu der auch weitere Kompetenzübertragungen zur effektiven Durchführung der Politik gehörten, und andererseits den Souveränitätsinteressen der Mitgliedstaaten darstellte.<sup>198</sup> Materiell war umstritten, ob eine Harmonisierung per Rahmenbeschluss nach Art. 31 Abs. 1 lit. e) EUV 1997 nur in den dort genannten Bereichen – organisierte Kriminalität, Terrorismus und illegaler Drogenhandel – möglich war oder ob sich die Reichweite der Angleichungskompetenz nach den Zielen des Art. 29 EUV 1997 richtete und daher weit zu interpretieren und auf sämtliche Bereiche im Sinne des Besonderen Teils des StGB zu beziehen war, wobei Letzteres der h.M. entsprach.<sup>199</sup>

Im Zuge des Amsterdamer Vertrages wurden ferner SÜ und SDÜ, der Schengen-Besitzstand, in das EU-Recht überführt.<sup>200</sup> Damit gehörten folgerichtig auch die dort getroffenen Regelungen zur polizeilichen Zusammenarbeit, zur Nacheile, zur Rechtshilfe in Strafsachen, zum Verbot der Doppelbestrafung innerhalb des Vertragsraumes, zur Auslieferung sowie zur Vollstreckungshilfe im Hinblick auf Strafurteile in den Bereich der Verträge und der Rat wurde zum entscheidenden Organ. Irland und das Vereinigte Königreich von Großbritannien und Nordirland waren zwar weiterhin keine Mitglieder des Schengener Abkommens, konnten aber den „Schengen-Acquis“ mit Zustimmung der EU ganz oder in Teilen annehmen.<sup>201</sup> Das

195 *Dorra*, S. 45 f.; *Rosenau*, ZIS 2008, 9, 13; *Satzger*, in: Tiedemann, Freiburg-Symposium, S. 84; *Sieber*, in: *Sieber/Brüner/Satzger/v. Heintschel-Heinegg*, Einführung Rn. 152; *Sinn/Wörner*, ZIS 2007, 204, 206; *Wasmeier*, ZEuS 2006, 23, 27; zu Gemeinsamkeiten und Unterschieden von Rahmenbeschluss und Richtlinie *Heger*, Europäisierung des Umweltstrafrechts, S. 123 ff.; *Vogel*, GA 2003, 314, 322; *Weißer*, ZIS 2006, 562, 569 ff.

196 *Wasmeier*, ZEuS 2006, 23, 28.

197 *Vogel*, GA 2003, 314, 322; *F. Zimmermann*, JURA 2009, 844.

198 *F. Meyer*, Strafrechtsgenese, S. 300.

199 *Ambos*, Intern. Strafrecht, 2006, § 12 Rn. 9; *Eisele*, JZ 2008, 251, 252; *Heger*, Recht und Politik 2012, 88, 92; *Satzger*, in: Tiedemann, Freiburg-Symposium, S. 82; *Wasmeier*, in: von der Groeben/Schwarze, Art. 31 Rn. 69; auch der Europäische Rat ging von einer weiten Interpretation aus, schlug jedoch eine Konzentration auf bestimmte Bereiche vor, vgl. Europäischer Rat Tampere, Schlussfolgerungen des Vorsitzes, Nr. 48 – gegen eine weite Auslegung *Calliess*, ZEuS 2008, 3, 13; *Dorra*, S. 70 ff.; *Subr*, ZEuS 2008, 45, 55.

200 Durch das Protokoll zur Einbeziehung des Schengen-Besitzstandes im Rahmen der Europäischen Union, ABl. 1997 Nr. C 340, S. 93; vgl. *Bieber*, in: *Bieber/Epiney/Haag*, § 1 Rn. 25, 33; *Herdegen*, Europarecht, § 4 Rn. 21; *Hilf/Pache*, NJW 1998, 705, 707 f.; *Sieber*, in: *Sieber/Brüner/Satzger/v. Heintschel-Heinegg*, Einführung Rn. 154.

201 Vgl. dazu *Hecker*, Europ. Strafrecht, § 5 Rn. 30.

Vereinigtes Königreich von Großbritannien und Nordirland hat inzwischen die Vorschriften des SDÜ, welche die Zusammenarbeit im Strafrecht betreffen, übernommen.<sup>202</sup>

Wichtig erscheint im Hinblick auf strafrechtliche Maßnahmen ferner die Neuformulierung von Art. 209a EGV 1992 betreffend den Schutz der finanziellen Interessen der EG/EU. In seiner neuen Fassung in Art. 280 EGV 1997 hieß es in Abs. 1: „Die Gemeinschaft und die Mitgliedstaaten bekämpfen Betrugereien und sonstige gegen die finanziellen Interessen der Gemeinschaft gerichtete rechtswidrige Handlungen mit Maßnahmen nach diesem Artikel, die abschreckend sind und in den Mitgliedstaaten einen effektiven Schutz bewirken.“<sup>203</sup> In Abs. 2 war das Gleichbehandlungsgebot festgehalten, das sich schon in Art. 209a Abs. 1 EGV 1992 fand.<sup>204</sup> Abs. 3 normierte wiederum die Pflicht der Mitgliedstaaten zur Koordinierung ihrer Tätigkeiten.

Besonders bedeutsam war jedoch Abs. 4, in dem es hieß: „Zur Gewährleistung eines effektiven und gleichwertigen Schutzes in den Mitgliedstaaten beschließt der Rat gemäß dem Verfahren des Artikels 251 nach Anhörung des Rechnungshofs die erforderlichen Maßnahmen zur Verhütung und Bekämpfung von Betrugereien, die sich gegen die finanziellen Interessen der Gemeinschaft richten. Die Anwendung des Strafrechts der Mitgliedstaaten und ihre Strafrechtspflege bleiben von diesen Maßnahmen unberührt.“ Dieser letzte Satz bildete in der Folge das gewichtigste Argument gegen eine Strafrechtskompetenz der EG, was freilich stark umstritten war.<sup>205</sup>

Immerhin ist es ein Zeichen der fortschreitenden Strafrechts-Integration, dass nun überhaupt vehement um die Frage einer Kompetenz der EG zum Erlass supranationaler Strafrechtsnormen gestritten werden konnte. Der einschränkende Zusatz hinsichtlich des Strafrechts der Mitgliedstaaten fand sich im Übrigen auch in Art. 135 S. 2 EGV 1997 betreffend der Zusammenarbeit im Zollwesen, welcher durch den Vertrag von Amsterdam neu eingefügt worden war. Eine explizite Aussage zum Strafrecht oder eine entsprechende Zuständigkeitsregelung enthielt der EGV weiterhin nicht. Weitgehend Einigkeit bestand jedoch einerseits dahingehend,

202 Vgl. die Zustimmung im Beschluss 2000/365/EG des Rates vom 29. Mai 2000 zum Antrag des Vereinigten Königreichs Großbritannien und Nordirland, einzelne Bestimmungen des Schengen-Besitzstands auf sie anzuwenden, ABl. 2000 Nr. L 131, S. 43, inklusive der dortigen Aufzählung der einzelnen Bestimmungen.

203 Insofern nahm die Vorschrift klarstellend die Rechtsprechung des EuGH auf; vgl. *Satzger*, Europäisierung, S. 340.

204 Vgl. dazu oben 4. Kapitel A. II. 4.

205 Vgl. zum damaligen Streitstand *Calliess*, ZEuS 2008, 3, 13 ff.; *Dorra*, S. 122 ff.; *Hugger*, S. 52 ff.; *F. Meyer*, Strafrechtsgenese, S. 360 f.; *Satzger*, Europäisierung, S. 94, 138 ff.; *ders.*, Intern. und Europ. Strafrecht, 3. Aufl. 2009, § 7 Rn. 25 ff.; *Sieber*, in: *Sieber/Brüner/Satzger/v. Heintschel-Heinegg*, Einführung Rn. 154; *Vogel*, in: *Sieber/Brüner/Satzger/v. Heintschel-Heinegg*, § 5 Rn. 3; umfassende Auslegung des Art. 280 Abs. 4 EGV 1997 bei *Fromm*, Der strafrechtliche Schutz der Finanzinteressen, S. 107 ff., mit dem Ergebnis, dass eine Kompetenz der EG seinerzeit noch nicht bestand; vgl. aber auch *Tiedemann*, FS Roxin, 2001, S. 1408, der zum entgegengesetzten Ergebnis gelangt.

dass die Mitgliedstaaten vom Grundsatz her für „das Strafrecht“ zuständig waren, was auch der EuGH bestätigte,<sup>206</sup> dass jedoch andererseits die EG durchaus Strafsanktionen im weiteren Sinne erlassen durfte.<sup>207</sup> Unklar blieb hingegen, ob bereichsbezogene kriminalstrafrechtliche Sanktionen auf EG-Ebene (in der „Ersten Säule“) möglich waren. Auch wenn eine ausdrückliche Regelung in den Verträgen nicht vorgesehen war, waren doch etliche Kompetenznormen so weit formuliert, dass sie – im Wege von *implied powers* – theoretisch auch strafrechtliche Sanktionen einschließen konnten.<sup>208</sup>

Besondere Bestrebungen zum Erlass supranationalen Strafrechts betrafen insbesondere die Betrugsbekämpfung. Diesbezüglich war das Corpus Juris entwickelt worden und hatte die Kommission ihr Grünbuch zum strafrechtlichen Schutz der finanziellen Interessen der Europäischen Gemeinschaften und zur Schaffung einer Europäischen Staatsanwaltschaft<sup>209</sup> vorgelegt. Während in den übrigen Bereichen supranationale Strafvorschriften nahezu einhellig abgelehnt wurden, schien dies bei der Betrugsbekämpfung schon vom Wortlaut her näher zu liegen, ging es doch um die „Bekämpfung“ von „Betrügereien“.<sup>210</sup> Die eine partielle Strafrechtskompetenz befürwortende Ansicht stellte darauf ab, dass der Wortlaut des Art. 280 Abs. 4 S. 2 EGV 1997 bzw. Art. 135 S. 2 EGV 1997 keineswegs strafrechtliche Regelungen der EG als solche ausschließe, sondern nur darauf hinweise, dass die Anwendung des Strafrechts der Mitgliedstaaten dort „unberührt“ bleibe, wo es ausreichende Regelungen enthalte, der EG komme hingegen eine Ergänzungskompetenz zu.<sup>211</sup> Die „Unberührtheit“ sei stattdessen auf den Anwendungsvorrang des europäischen Rechts bezogen, sodass er im Bereich der sektoralen EG-Strafnormen nicht gelte.<sup>212</sup> Dies entspreche auch der üblichen Regelungstechnik, nach welcher nicht ganze Materien wie „das Strafrecht“, sondern nur zielbezogene Kompetenzen eingeräumt werden, welche dann aber umfassend seien. Die Situation entspreche ferner einem Kompromiss, da das souveränitätsnahe Strafrecht zwar grundsätzlich in der „Dritten Säule“ verankert sei, bereichsspezifische Regelungen zur Betrugsbekämpfung jedoch möglich blieben.<sup>213</sup>

Im Bereich der Betrugsbekämpfung schienen Kompetenzen der EG deshalb so wichtig, weil einerseits gewichtige Teile des Budgets der EG durch unlautere Prak-

206 EuGH Slg. 1999, I-11, I-29 – *Calfa* (Rs. C-348/96).

207 EuGH Slg. 1992, I-5583 – *Bundesrepublik Deutschland/Kommission* (Rs. C-240/90); zu dieser Frage ausführlich *Heitzer*, S. 134 ff.

208 Überblick bei *Dorra*, S. 101 ff.

209 Grünbuch zum strafrechtlichen Schutz der finanziellen Interessen der Europäischen Gemeinschaften und zur Schaffung einer Europäischen Staatsanwaltschaft vom 11.12.2001, KOM (2001) 715 endg.

210 Vgl. dazu *Dorra*, S. 118 ff., 122 ff.

211 *Tiedemann*, GA 1998, 107, 108, Fn. 7; *ders.*, FS Roxin, 2001, S. 1409; *Zieschang*, ZStW 113 (2001), 255, 260 f.

212 *Tiedemann*, FS Roxin, 2001, S. 1409.

213 Zu diesen und weiteren Argumenten *Prieß/Spitzer*, in: von der Groeben/Schwarze, Art. 280 EGV Rn. 88 ff.; vgl. ferner *Zieschang*, ZStW 113 (2001), 255, 260 f.

tiken verloren gingen und gehen<sup>214</sup> und andererseits große Defizite beim Schutz desselben bestanden, weil die Mitgliedstaaten kein gleichermaßen großes Interesse offenbarten, die EG-Finzen in ähnlicher Weise zu schützen wie die eigenen,<sup>215</sup> und die Strafrechtsordnungen diesbezüglich teilweise zu große Unterschiede aufwiesen.<sup>216</sup>

Die seinerzeit h.M. lehnte eine Befugnis zum Erlass kriminalstrafrechtlicher Sanktionsvorschriften im engeren Sinne hingegen weiterhin ab.<sup>217</sup> Im Bereich der Betrugsbekämpfung diente als Hauptargument, wie erläutert, der Wortlaut des Art. 280 Abs. 4 S. 2 EGV 1997 sowie des Art. 135 S. 2 EGV 1997. Da das Strafrecht der Mitgliedstaaten „unberührt“ bleiben musste, sollten nach dieser Auffassung insbesondere keine Verordnungen,<sup>218</sup> nach noch engerer Auffassung<sup>219</sup> aber auch keine harmonisierenden Richtlinien auf diese Vorschriften gestützt werden können. Ferner galt es auch allgemein als Argument, dass den Vertragsparteien wegen des gescheiterten Projektes der EVG inklusive Militärstrafrecht<sup>220</sup> das Thema Strafgewalt durchaus bewusst gewesen sei, sie aber gleichwohl keine Regelung getroffen hätten, und schließlich, dass die Systematik der Verträge, in welchen das Strafrecht einzig in der „Dritten Säule“ verblieben sei, eine solche Kompetenz nicht stütze.<sup>221</sup>

Neben diesen sich v.a. auf die Auslegung der Verträge beziehenden Begründungen wurden, wie oben<sup>222</sup> ausführlich dargelegt, auch ganz grundlegende Einwände gegen eine Strafrechtskompetenz auf europäischer Ebene vorgetragen, die sich auf

214 Vgl. die Zahlen bei *Dannecker*, in: ders., Subventionsbetrug, S. 23; *Eisele*, JA 2000, 896, 898; *Fromm*, Der strafrechtliche Schutz der Finanzinteressen, S. 11 ff.; *ders.*, EG-Rechtssetzungsbefugnis, S. 10; *Heitzer*, S. 1 f.; *Rosenau*, ZIS 2008, 9, 17; *Satzger*, StV 2003, 137; *Sieber*, in: ders., Europäische Einigung, S. 11; *ders.*, in: Delmas-Marty, Corpus Juris, S. 4; *Weigend*, in: Zieschang/Hilgendorf/Laubenthal, S. 64, sowie im von der Kommission vorgelegten Grünbuch zum Schutz der finanziellen Interessen der Europäischen Gemeinschaften und zur Schaffung einer Europäischen Staatsanwaltschaft, KOM (2001) 715 endg., S. 9; ferner den Bericht der Kommission an das Europäische Parlament und den Rat vom 6.7.2007; KOM (2007), 390 endg., S. 5 ff.; ganz aktuelle Zahlen in KOM (2012), 363 endg., S. 2, sowie bei *Gómez-Jara*, EuCLR 2013, 170, 176, Fn. 31; zu Erscheinungsformen der Manipulationen *Deutscher*, S. 36 ff.

215 *Fromm*, Der strafrechtliche Schutz der Finanzinteressen, S. 21 ff.; *ders.*, ZIS 2007, 26, 27; *Tiedemann*, NJW 1990, 2226, 2231.

216 *Dannecker*, ZStW 108 (1996), 577, 583 ff.

217 So etwa (teilweise auch noch unter Geltung des Vertrages von Nizza) *Ambos*, Intern. Strafrecht, 2. Aufl. 2008, § 11 Rn. 6 ff.; *Calliess*, ZEuS 2008, 3, 15; *Dannecker*, JURA 1998, 79, 79 f.; *Deutscher*, S. 309 ff., 350; *Filopoulos*, S. 19; *Fromm*, Der strafrechtliche Schutz der Finanzinteressen, S. 107 ff., 335; *Griese*, EuR 1998, 462, 476; *Hecker*, Europ. Strafrecht, 2. Aufl. 2007, § 4 Rn. 90 ff.; *Klip*, ZStW 117 (2005), 889 (900 ff.); *Kühl*, ZStW 109 (1997), 777, 779; *Musil*, NStZ 2000, 68; *Otto*, JURA 2000, 98; *Rosenau*, ZIS 2008, 9, 14 f.; *Satzger*, ZRP 2001, 549, 553; *ders.*, Intern. und Europ. Strafrecht, 3. Aufl. 2009, § 7 Rn. 25 ff.; *Schwarzburg/Hamdorf*, NStZ 2002, 617, 623; *Sieber*, ZStW 103 (1991), 957, 969; *Weigend*, ZStW 105 (1993), 774, 779; *Zöller*, ZIS 2009, 340, 342; kritisch zu den Argumenten der h.M. *Böse*, GA 2006, 211, 212 ff.

218 *Vogel*, in: *Dannecker*, Subventionsbetrug, S. 172; *Eisele*, JZ 2001, 1157, 1160; wollten immerhin Richtlinien zulassen.

219 So etwa *Gröbblinghoff*, S. 92; *Musil*, NStZ 2000, 68; *Satzger*, ZRP 2001, 549, 553.

220 Siehe oben 4. Kapitel A. II. 2.

221 Zu diesen Argumenten *Satzger*, Intern. und Europ. Strafrecht, 3. Aufl. 2009, § 7 Rn. 26 ff.; kritisch dazu *Heger*, in: *Giegerich*, S. 157, Fn. 2.

222 Oben 2. Kapitel C. IV. 2. c).

Demokratieprinzip, Souveränität und Kulturgebundenheit des Strafrechts stützen.<sup>223</sup> Hinsichtlich des Schutzes der finanziellen Interessen der Gemeinschaft war die EG nach h.M. daher auf verwaltungsrechtliche Sanktionen, also Strafrecht im weiteren Sinne, beschränkt.<sup>224</sup>

Neben der Setzung echter kriminalstrafrechtlicher Normen im Sinne von Verordnungen wurde allerdings diskutiert, ob die EG die Mitgliedstaaten nicht immerhin in Form von Richtlinien zum Erlass von strafrechtlichen Sanktionen anweisen könne. Auch hier wiesen die Verträge keine explizite Regelung auf, überwiegend wurde jedoch angenommen, dass Anweisungen zum Erlass von Sanktionen in Form von Richtlinien mit *implied powers* im Zusammenhang mit sonstigen Kompetenzen der EG begründet werden konnten.<sup>225</sup> Umstritten war jedoch die Reichweite der Vorgaben.<sup>226</sup> Tatsächlich fanden sich in der Folge einige Richtlinien, in denen die EG die Mitgliedstaaten zum Einsatz von Sanktionen verpflichtete, dabei jedoch zunächst noch darauf verzichtete, explizit den Einsatz des Kriminalstrafrechts zu fordern oder eine bestimmte kriminalstrafrechtliche Sanktion festzulegen,<sup>227</sup> da solche Bestrebungen insbesondere am Widerstand des Rates scheiterten.<sup>228</sup>

Hinsichtlich der Bekämpfung des Betruges zu Lasten der Finanzmittel der EG/EU ging es jedoch institutionell voran. Im Zuge der Korruptionsvorwürfe gegenüber Mitgliedern der Kommission gründete diese per Kommissionsbeschluss vom 28.4.1999<sup>229</sup> das Europäische Amt für Betrugsbekämpfung (*Office Européen de Lutte Antifraude*, kurz: OLAF).<sup>230</sup> Durch mehrere Verordnungen wurden OLAF seine entsprechenden Befugnisse eingeräumt. Diese konnten jeweils auf Art. 280 EGV 1997 gestützt werden.<sup>231</sup>

Der Amsterdamer Vertrag hatte die Verträge aber auch reformiert, um den Weg für den Beitritt weiterer Mitgliedstaaten frei zu machen. Zu diesem Zweck eröffnete er in seinem Titel VI a die Möglichkeit zur engeren Zusammenarbeit einzelner

223 Vgl. dazu auch *Deutscher*, S. 312 ff.; *Dorra*, S. 126 ff.

224 *Musil*, NStZ 2000, 68; *Tiedemann*, NJW 1990, 2226, 2231 f.; *Vogel*, in: *Dannecker*, Subventionsbetrug, S. 171.

225 Vgl. etwa *Dannecker*, JURA 1998, 79, 81; *Deutscher*, S. 361 ff.; ausführlich zu möglichen Kompetenznormen *Gröblichhoff*, S. 91 ff.; so sogar schon vor der Reform von Maastricht *Sieber*, ZStW 103 (1991), 957, 972; vgl. auch *Hugger*, S. 59 ff., der eine Anweisungskompetenz der EG gestützt auf die finale Struktur der EG-Kompetenzen annahm und eine solche auch in Form einer VO für möglich hielt (S. 80); zum Meinungsstand insgesamt *Dorra*, S. 162 f.

226 Vgl. zu diesem Streit *Deutscher*, S. 368 ff.; *Heitzer*, S. 30 ff.; *Satzger*, Intern. und Europ. Strafrecht, 3. Aufl. 2009, § 8 Rn. 32, 35 ff.

227 Vgl. dazu z.B. *Dannecker*, JURA 1998, 79, 81 ff., mit Beispielen.

228 *Gröblichhoff*, S. 84 ff.

229 Kommissionsbeschluss 1999/352/EG, ABl. 1999 Nr. L 136, S. 20.

230 Vgl. dazu *Ambos*, Intern. Strafrecht, § 13 Rn. 1 ff.; *Brüner/Spitzer*, in: *Sieber/Brüner/Satzger/v. Heintschel-Heinegg*, § 43; *Kretschmer*, JURA 2007, 169, 174 f.; *Ligeti*, S. 198 ff.; *Satzger*, Intern. und Europ. Strafrecht, § 10 Rn. 18 ff.; *Schuster*, S. 40 ff.; siehe ferner unten 4. Kapitel C. II. 2. b).

231 *Brüner/Spitzer*, in: *Sieber/Brüner/Satzger/v. Heintschel-Heinegg*, § 43 Rn. 26, sowie zu den einzelnen Verordnungen Rn. 29 ff.

Mitgliedstaaten, sodass die EU sich in unterschiedlicher Geschwindigkeit integrieren konnte,<sup>232</sup> was im Übrigen auch schon für die Währungsunion gegolten hatte, an welcher nicht alle Mitgliedstaaten teilnahmen und teilnehmen.

Im Jahr 1999 kamen die Regierungschefs der Mitgliedstaaten im Europäischen Rat in Tampere zusammen, um ihr weiteres Vorgehen in den Bereichen Justiz und Inneres zu koordinieren. Einige wichtige Beschlüsse betrafen auch das Strafrecht. Dabei ging es insbesondere darum, die EG/EU über den Binnenmarkt hinaus zu integrieren und den Bürgerinnen und Bürgern den Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts zu eröffnen.<sup>233</sup> Zu den diesbezüglichen Diskussionspunkten zählte neben der gemeinsamen Asyl-, Migrations- und Außenpolitik sowie der Schaffung eines echten europäischen Raumes des Rechts auch die unionsweite Kriminalitätsbekämpfung.<sup>234</sup>

In Bezug auf Letztere sollten für einzelne Deliktsbereiche gemeinsame Definitionen, Straftatbestände und Sanktionen vereinbart und in das innerstaatliche Strafrecht überführt werden.<sup>235</sup> Zudem sollte die polizeiliche Zusammenarbeit u.a. durch die Einrichtung von gemeinsamen Ermittlungsteams, einer Task Force der europäischen Polizeichefs und von Eurojust zur Koordinierung der Staatsanwaltschaften weiter verstärkt werden.<sup>236</sup> Ferner wurden eine europäische Drogenstrategie, Amtshilfe bei der Verfolgung von Wirtschaftskriminalität und die Ausweitung der Kompetenzen von Europol gefordert.<sup>237</sup> Im Hinblick auf den „echten europäischen Rechtsraum“ sollte im Strafrecht die gegenseitige Anerkennung von Entscheidungen, sowohl von Urteilen als auch von Anordnungen im Ermittlungsverfahren, zum „Eckstein“ der justiziellen Zusammenarbeit werden.<sup>238</sup> In dieser Hinsicht erging eine Vielzahl an Maßnahmen.<sup>239</sup>

232 *Streinz*, Europarecht, Rn. 50.

233 Europäischer Rat Tampere, Schlussfolgerungen des Vorsitzes, Einleitung; ferner Fact Sheet #3.1 der Kommission, Generaldirektion Justiz und Inneres, Tampere, Brüssel 2002; vgl. zum Rat von Tampere und den Einflüssen auf das Strafrecht auch *Vogel*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, 51. EL 2013, Art. 82 AEUV Rn. 7.

234 Europäischer Rat Tampere, Schlussfolgerungen des Vorsitzes; ferner Fact Sheet #3.1 der Kommission, Generaldirektion Justiz und Inneres, Tampere, Brüssel 2002.

235 Europäischer Rat Tampere, Schlussfolgerungen des Vorsitzes, Nr. 48; ferner Fact Sheet #3.3 der Kommission, Generaldirektion Justiz und Inneres, Tampere, Brüssel 2002.

236 Europäischer Rat Tampere, Schlussfolgerungen des Vorsitzes, Nr. 43, 44, 46; ferner Fact Sheet #3.3 der Kommission, Generaldirektion Justiz und Inneres, Tampere, Brüssel 2002.

237 Europäischer Rat Tampere, Schlussfolgerungen des Vorsitzes, Nr. 45, 49, 50; ferner Fact Sheet #3.3 der Kommission, Generaldirektion Justiz und Inneres, Tampere, Brüssel 2002.

238 Europäischer Rat Tampere, Schlussfolgerungen des Vorsitzes, Nr. 33, 36; vgl. dazu auch *Bacigalupo*, in: Schünemann, Gesamtkonzept, S. 87; *Böse*, in: Ambos, Europ. Strafrecht, S. 57 ff.; *Gleß*, ZStW 116 (2004), 353; *Heger*, ZIS 2009, 406, 410; *Vogel*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, 51. EL 2013, Art. 82 AEUV Rn. 6 f.; *Wasmeier*, ZStW 116 (2004), 320, 321; zur gegenseitigen Anerkennung in Strafsachen auch schon *Sieber*, ZStW 103 (1991), 957, 963; *ders.*, ZRP 2000, 186, 190 f.

239 Vgl. die ausführliche Übersicht bei *Jour-Schröder/Wasmeier*, in: von der Groeben, Vorbem. zu den Art. 29 bis 42 EU-Vertrag, Rn. 74; ferner *Heger*, Europäisierung des Umweltstrafrechts, S. 72.

### 7. Der Vertrag von Nizza, 2001

Der Vertrag von Nizza vom 26.2.2001<sup>240</sup> brachte insbesondere institutionelle Veränderungen, wie etwa eine zahlenmäßige Anpassung des Europäischen Parlaments oder die Regelung des Verhältnisses von EuGH und EuG. Im Rat wurde die Zahl der mit qualifizierter Mehrheit zu beschließenden Materien erhöht und die Gewichtung der Stimmen verändert.<sup>241</sup> Diese Maßnahmen zielten insbesondere darauf ab, die Aufnahme weiterer Staaten vorzubereiten, welche im Jahr 2004 durch den Beitritt von Estland, Lettland, Litauen, Malta, Polen, Slowakei, Slowenien, Tschechien, Ungarn und Zypern erfolgte, durch welchen sich die EU auf nunmehr 25 Mitglieder erweiterte. Dennoch blieb es in wesentlichen Bereichen bei der Einstimmigkeit der Entscheidungen im Rat, so etwa gemäß Art. 34 Abs. 2 S. 2 lit. b) EUV 2001 für Rahmenbeschlüsse zur Angleichung der strafrechtlichen Rechtsvorschriften in der „Dritten Säule“.

Im Rahmen der Vertragsreform von Nizza wurde die am 2.10.2000 verabschiedete Charta der Grundrechte der EU, die im so genannten Europäischen Konvent aus Vertretern der Mitgliedstaaten, des Europäischen Parlaments und der Kommission ausgearbeitet worden war, feierlich proklamiert und von Europäischem Parlament, Rat und Kommission ausdrücklich begrüßt, jedoch kein Vertragsbestandteil.<sup>242</sup> Materiell enthielt der Vertrag von Nizza nicht viel Neues,<sup>243</sup> insbesondere nicht für den hier interessierenden Bereich des Strafrechts. Art. 31 EUV 2001 wurde ergänzt um Bestimmungen im Hinblick auf Eurojust. Im Übrigen blieb es bei der Säulenstruktur des Amsterdamer Vertrages<sup>244</sup> und damit zunächst auch bei der grundsätzlichen Einordnung strafrechtsbezogener Maßnahmen in die „Dritte Säule“.

Dies bedeutete, dass der Rahmenbeschluss im Rat das wesentliche Instrument blieb. Art. 31 Abs. 1 lit. e) EUV 2001 hielt eine eindeutige Möglichkeit zur Strafrechtsharmonisierung bereit.<sup>245</sup> Insgesamt wurden in der Praxis die Bereiche der Rechtssetzung durch den Rat sehr extensiv interpretiert, sodass wegen der Formulierung des Art. 31 Abs. 1 EUV 2001 („schließt ein“) nach h.M. auch Felder des

240 Abl. 2001 Nr. C 80, S. 1; in Deutschland umgesetzt durch das Gesetz zum Vertrag von Nizza vom 21.12.2001, BGBl. II S. 1666.

241 *Oppermann*, in: *Oppermann/Classen/Nettesheim*, § 3 Rn. 5; *Streinz*, *Europarecht*, Rn. 54.

242 *Epiney*, in: *Bieber/Epiney/Haag*, § 2 Rn. 14.

243 Zu den wenigen materiellen Änderungen *Streinz*, *Europarecht*, Rn. 55.

244 Zur institutionellen Ordnung unter Geltung des Vertrages von Nizza *Ambos/Rackow*, *JURA* 2006, 505.

245 *Vogel*, in: *Grabitz/Hilf/Nettesheim*, 51. EL 2013, Art. 83 AEUV Rn. 5.

materiellen Strafrechts oder gar des Strafprozessrechts erfasst wurden, welche nicht ausdrücklich aufgeführt waren.<sup>246</sup>

Im Rahmen der verfahrensmäßigen Zusammenarbeit sind v.a. das EU-Rechtshilfe-Übereinkommen vom 29.5.2000,<sup>247</sup> die Einrichtung von Eurojust im Jahr 2002<sup>248</sup> sowie der Rahmenbeschluss über den Europäischen Haftbefehl<sup>249</sup> zu nennen. Wichtige Rahmenbeschlüsse<sup>250</sup> des Rates aus der Zeit nach Nizza im Hinblick auf das materielle Recht betrafen u.a. die Bekämpfung des Menschenhandels,<sup>251</sup> der sexuellen Ausbeutung von Kindern und der Kinderpornographie,<sup>252</sup> des Rassismus<sup>253</sup> oder des Terrorismus<sup>254</sup> und Angriffe auf Informationssysteme.<sup>255</sup> Dabei setzte der Rat die Strafrechtsharmonisierung auch dazu ein, die Wirksamkeit der EG-Politik zu gewährleisten, indem strafrechtsbezogene Vorschläge aus Richtlinien herausgelöst und in Rahmenbeschlüssen umgesetzt wurden.<sup>256</sup>

Der Rat hat, wenn man so will, die fehlende Kompetenz der EG zum Erlass strafrechtsbezogener Maßnahmen überkompensiert. Nicht nur „musste“ er entsprechende Vorhaben übernehmen und okkupieren, sondern er hat sich damit auch von der eigentlichen Zielsetzung der „Dritten Säule“ entfernt, was dem Anliegen, die Autonomie der Mitgliedstaaten zu erhalten, nicht förderlich war.

- 
- 246 So etwa *Satzger*, in: Tiedemann, Freiburg-Symposium, S. 82; *Tiedemann*, FS Roxin, 2001, S. 1409; vgl. zur damaligen h.M. ferner *Heger*, Recht und Politik 2012, 88, 92; *Krüßmann*, S. 584 ff.; *F. Meyer*, Strafrechtsgenese, S. 358; kritisch dazu *Calliess*, ZEuS 2008, 3, 13; zum Streit ausführlich *Heger*, Europäisierung des Umweltstrafrechts, S. 140 ff.
- 247 Übereinkommen über die Rechtshilfe in Strafsachen zwischen den Mitgliedstaaten der EU, ABl. 2000 Nr. C 197, S. 3.
- 248 Beschluss des Rates vom 28.2.2002 über die Errichtung von Eurojust zur Verstärkung der Bekämpfung der schweren Kriminalität (2002/187/JI), ABl. 2002 Nr. L 63, S. 1; vgl. dazu *Grotz*, in: Sieber/Brüner/Satzger/v. Heintschel-Heinegg, § 45.
- 249 Rahmenbeschluss 2002/584/JI des Rates vom 13.6.2002 über den Europäischen Haftbefehl und die Übergabeverfahren zwischen den Mitgliedstaaten, ABl. 2002 Nr. L 190, S. 1; vgl. zum Europäischen Haftbefehl noch unten 4. Kapitel B. I. 2 b) ee) und 4. Kapitel C. III. 2. a).
- 250 Überblick über die Rahmenbeschlüsse mit strafrechtlichem Gehalt bei *Hecker*, Europ. Strafrecht, § 11 Rn. 10; *Mitsilegas*, S. 86; *Nelles/Tinkl/Lauchstädt*, in: Schulze/Zuleeg/Kadelbach, § 42 Rn. 34; *Satzger*, Intern. und Europ. Strafrecht, § 9 Rn. 33; vgl. auch *Heger*, Recht und Politik 2012, 88, 92.
- 251 Rahmenbeschluss 2002/629/JI des Rates zur Bekämpfung des Menschenhandels vom 29.7.2002, ABl. 2002 Nr. L 203, S. 203; vgl. dazu *B. Huber*, in: Sieber/Brüner/Satzger/v. Heintschel-Heinegg, § 21 Rn. 18 ff.
- 252 Rahmenbeschluss 2004/68/JI des Rates zur Bekämpfung der sexuellen Ausbeutung von Kindern und der Kinderpornographie vom 22.12.2003, ABl. 2003 Nr. L 13, S. 44; vgl. dazu *B. Huber*, in: Sieber/Brüner/Satzger/v. Heintschel-Heinegg, § 23 Rn. 43 ff.; *Reinbacher/Wincierz*, ZRP 2007, 195.
- 253 Rahmenbeschluss 2008/913/JI des Rates zur strafrechtlichen Bekämpfung bestimmter Formen und Ausdrucksweisen von Rassismus und Fremdenfeindlichkeit vom 28.11.2008, ABl. 2008 Nr. L 328, S. 55; vgl. dazu *F. Zimmermann*, ZIS 2009, 1, 6 ff.
- 254 Rahmenbeschluss 2008/919/JI des Rates zur Änderung des Rahmenbeschlusses 2002/475/JI zur Terrorismusbekämpfung vom 29.7.2002, ABl. 2002 Nr. L 330, S. 21; vgl. hierzu *Hecker*, Europ. Strafrecht, § 11 Rn. 12 ff.; *Kreß/Gazeas*, in: Sieber/Brüner/Satzger/v. Heintschel-Heinegg, § 19 Rn. 9 ff.; *F. Zimmermann*, ZIS 2009, 1.
- 255 Rahmenbeschluss 2005/222/JI des Rates über Angriffe auf Informationssysteme vom 24.2.2005, ABl. 2005 Nr. L 69, S. 67; vgl. dazu *Hecker*, Europ. Strafrecht, § 11 Rn. 90 ff.; *Sieber*, in: Sieber/Brüner/Satzger/v. Heintschel-Heinegg, § 24 Rn. 66 ff.
- 256 Dazu *Fletcher/Löff/Gilmore*, S. 176 („double-text-mechanism“); *F. Meyer*, EuR 2011, 169, 172.

Daneben wurde die Frage, ob eine Harmonisierung des Strafrechts durch Richtlinien im Rahmen der „Ersten Säule“ möglich war, zunehmend virulent. Dabei überschritten sich die Bereiche der Säulen, wenn es um die Effektivität der EG-Politik ging. Zwar hatte der EuGH, wie oben<sup>257</sup> dargestellt, bereits mehrfach entschieden, dass aus dem Gebot des *effet utile*, jetzt normiert in Art. 10 EGV 2001, Verpflichtungen für den nationalen Strafgesetzgeber folgen konnten. Inwieweit die EG aber auch sekundärrechtliche Vorgaben im Hinblick auf das Strafrecht machen durfte, also über eine so genannte strafrechtliche Anweisungskompetenz verfügte, war den Verträgen weiterhin nicht unmittelbar zu entnehmen.<sup>258</sup> Diese wäre jeweils auf *implied powers* der entsprechenden Kompetenz der EG für einen bestimmten Sachbereich sowie Art. 10 EGV 2001 zu stützen gewesen, gegebenenfalls auch auf die Vertragsabrundungskompetenz nach Art. 308 EGV 2001,<sup>259</sup> und hätte der Tatsache Rechnung getragen, dass grundsätzlich die gesamte Rechtsordnung der Mitgliedstaaten dem Einfluss des europäischen Rechts untersteht.

In der deutschen strafrechtlichen Literatur war die Frage der „Strafrechtskompetenzen“ der EG weiterhin streitig.<sup>260</sup> Dabei sind zwei Bereiche zu trennen: zum einen die spezielle Frage der Harmonisierung zum Zwecke des Schutzes der finanziellen Interessen der EG/EU als eigenständiges supranationales Rechtsgut und zum anderen das Vorhandensein einer allgemeinen Harmonisierungskompetenz als Annex zu sonstigen Kompetenzen der „Ersten Säule“. Hinsichtlich der ersten Frage, ob auf Art. 280 EGV 2001 strafrechtsbezogene Maßnahmen gestützt werden konnten, bestand weiterhin keine Einigkeit.<sup>261</sup> Die Meinungen reichten von der Extremposition, der Hinweis, das Strafrecht bleibe „unberührt“, schließe sämtliche Rechtsakte aus,<sup>262</sup> über die vermittelnde Ansicht, die immerhin Richtlinien zulassen wollte,<sup>263</sup> bis hin zu der Auffassung, auch Verordnungen seien möglich.<sup>264</sup> Teilweise wurde auch die Ansicht vertreten, da das Strafrecht der Mitgliedstaaten „unberührt“ bleiben müsse, seien nur echte kriminalstrafrechtliche Normen der EU zulässig und eben gerade keine harmonisierenden Richtlinien.<sup>265</sup>

257 Oben 4. Kapitel A. II. 3.

258 *Dorra*, S. 148.

259 Zu dieser Begründung der Harmonisierungskompetenz siehe *Gröbblinghoff*, S. 107 ff.; *Hefendehl*, ZIS 2006, 161, 163; *Satzger*, Europäisierung, S. 437 ff.; ablehnend *Braun*, Europäische Strafgesetzlichkeit, S. 268 f.

260 Zum Meinungsstand *Dannecker*, JURA 2006, 95, 96 ff.; *Fromm*, ZIS 2007, 26; *Hecker*, JA 2002, 723, 726 f.; *Heger*, Europäisierung des Umweltstrafrechts, S. 68 ff.; *F. Meyer*, Strafrechtsgenese, S. 359 ff.; *Satzger*, Europäisierung, S. 400 ff.; *ders.*, Intern. und Europ. Strafrecht, 3. Aufl. 2009, § 8 Rn. 32; *Schwarzburg/Hamdorf*, NStZ 2002, 617, 619 f.; *Walter*, ZStW 117 (2005), 912, 917.

261 Ausführlicher Überblick über den Streit bei *Dorra*, S. 122 ff.; *Fromm*, EG-Rechtssetzungsbefugnis, S. 15 f., 29 ff.; *Schwarzburg/Hamdorf*, NStZ 2002, 617, 620.

262 So etwa *Satzger*, Europäisierung, S. 437; *ders.*, ZRP 2001, 549, 552 f.

263 So etwa *Eisele*, JZ 2001, 1157, 1160; *Rosenau*, ZIS 2008, 9, 15.

264 So etwa *Tiedemann*, GA 1998, 107, 108, Fn. 7; *ders.*, FS Roxin, 2001, S. 1406 ff.

265 So etwa *Schoo*, in *Schwarze*, 1. Aufl. 2000, Art. 280 EGV Rn. 24: Dass das Strafrecht der Mitgliedstaaten „unberührt“ bleiben müsse, schließe nicht aus, dass die EG eigene Strafnormen erlassen könne, die neben dem Strafrecht der Mitgliedstaaten gelten.

Insgesamt stand die h.M., wie bereits unter Geltung des Vertrages von Amsterdam,<sup>266</sup> jedoch weiterhin auf dem Standpunkt, dass Kompetenzen der EG zum Erlass echter kriminalstrafrechtlicher Normen in Form von Verordnungen nicht bestanden.<sup>267</sup> Auch im Bereich der Betrugsbekämpfung hatten die Art. 135, 280 EGV 2001 die Fassung des Amsterdamer Vertrages behalten und „das Strafrecht“ war weiterhin der „Dritten Säule“ zugeordnet. Dies sah selbst die Kommission so, da sie die Einführung eines Art. 280a EGV vorschlug, der zur Strafgesetzgebung auf dem Gebiet der Betrugsbekämpfung ermächtigen sollte, allerdings nicht übernommen wurde.<sup>268</sup>

Eine allgemeine Kompetenz der EG zur Anweisung der Mitgliedstaaten per Richtlinie zum Erlass von Sanktionen sowie zur Harmonisierung des mitgliedstaatlichen Strafrechts wurde hingegen, wie schon unter Geltung des Vertrages von Amsterdam,<sup>269</sup> inzwischen überwiegend angenommen.<sup>270</sup> Insbesondere wurde auch deshalb zwischen den originären Rechtssetzungskompetenzen der EG im Verordnungswege und der Harmonisierung durch Richtlinien differenziert, weil die verfassungsrechtlichen Bedenken, die von vielen Autoren im Hinblick auf Souveränität, Demokratieprinzip und Gesetzesvorbehalt gegenüber einer Strafgesetzgebung der EG geltend gemacht wurden,<sup>271</sup> bei dieser Form der Rechtssetzung nicht in gleichem Maße angenommen wurden, da eine demokratische Legitimation durch das Umsetzungsgesetz erfolgen könne.<sup>272</sup> Zudem war es nicht bestreitbar, dass die EG immerhin die der Strafnorm vorgelagerten Verhaltensnormen, die außerstrafrechtlichen „Primärnormen“, welche die jeweiligen Ge- und Verbote aussprechen und damit die Tatbestandsvoraussetzungen der Strafnormen bestimmen, vorgeben

266 Siehe dazu bereits oben 4. Kapitel A. II. 6.

267 Zum Meinungsstand *Dorra*, S. 118 ff., 126 ff. m.w.N.

268 Vgl. zunächst Mitteilung der Kommission, KOM (2000) 608 endg., S. 7, vom 29.9.2000; im Grünbuch zum Schutz der finanziellen Interessen der Europäischen Gemeinschaften und zur Schaffung einer Europäischen Staatsanwaltschaft, KOM (2001) 715 endg., S. 22 f., schlug die Kommission sodann die Einführung eines neuen Art. 280a EGV vor, der die Grundlage zur Einrichtung der Europäischen Staatsanwaltschaft (EStA) sowie zur Schaffung von Vorschriften zur Festlegung der Tatbestandsmerkmale von Straftaten zu Lasten der Finanzmittel der EG/EU, Verfahrensvorschriften für das Tätigwerden der EStA und die Zulässigkeit von Beweismittel sowie die gerichtliche Kontrolle der EStA bilden sollte; vgl. dazu *Calliess*, ZEuS 2011, 3, 16; *Fromm*, Der strafrechtliche Schutz der Finanzinteressen, S. 101 ff.; *Heger*, Europäisierung des Umweltstrafrechts, S. 69; *Radtke*, GA 2004, 1, 4; *Rosenau*, ZIS 2008, 9, 15; *SchwarzburgHamdorf*, NStZ 2002, 617; *Zöller*, ZIS 2009, 340, 342 f.; nach *Tiedemann*, FS Roxin, 2001, S. 1412, der eine Kompetenz nach Art. 280 Abs. 4 EGV bejahte, handelte es sich bei Art. 280a EGV insofern konsequenterweise nur um ein Klarstellung.

269 Siehe oben 4. Kapitel A. II. 6.

270 *Ambos*, Intern. Strafrecht, 2. Aufl. 2008, § 11 Rn. 30; *Dannecker*, JURA 2006, 95, 97; *Hecker*, Europ. Strafrecht, 2. Aufl. 2007, § 40 ff.; *Satzger*, Europäisierung, S. 405 ff.; *ders.*, Intern. und Europ. Strafrecht, 3. Aufl. 2009, § 8 Rn. 32; so auch schon *Dannecker*, JURA 1998, 79, 81; *Sieber*, ZStW 103 (1991), 957, 965, 972; *Vogel*, in: *Dannecker*, Subventionsbetrug, S. 172 – a.A. etwa *Zöller*, ZIS 2009, 340, 342; vgl. zum Meinungsstand *Dorra*, S. 162 f. m.w.N.

271 Siehe dazu ausführlich oben 2. Kapitel C. IV. 2. c) aa).

272 *Sieber*, ZStW 103 (1991), 957, 972.

und harmonisieren durfte.<sup>273</sup> Nach *Tiedemann*<sup>274</sup> hatte die EG folglich eine „Tatbestandskompetenz“, während den Mitgliedstaaten die Sanktionshoheit verblieben war.

Jedoch wurde weiterhin überwiegend die einschränkende Auffassung vertreten, dass einerseits eine Anweisung zu genau bestimmten Sanktionen (z.B. „Freiheitsstrafe nicht unter einem Jahr“) nicht zulässig sei, eine Richtlinie andererseits aber selbst die „Strafbarkeit“ eines Verhaltens nicht verlangen dürfe.<sup>275</sup> Die Anordnung von „notwendigen Maßnahmen“ sollte also zulässig sein, nicht aber die explizite Verpflichtung zum Erlass von „Strafvorschriften“.<sup>276</sup> Es wurde insbesondere vorgebracht, durch zu detaillierte Richtlinien könne die fehlende Strafrechtssetzungskompetenz der EG faktisch umgangen werden.<sup>277</sup> Zudem verkomme die Mitwirkung des nationalen Parlaments zur reinen Formalie.<sup>278</sup> Schließlich waren seit Amsterdam Harmonisierungsmaßnahmen im Hinblick auf das Strafrecht selbst bei der EG betreffenden Fragen nur im Rahmen der „Dritten Säule“ vollzogen worden.<sup>279</sup>

Nach anderer Ansicht war das Strafrecht insgesamt nicht von der Rechtssetzungsbefugnis der EG ausgenommen, da die Verträge sachgebietsbezogen aufgebaut waren und sind und die jeweiligen Einzelermächtigungen das Strafrecht als solches auch nicht explizit ausschlossen.<sup>280</sup> Daher waren nach dieser Ansicht auch Richtlinien möglich, die detaillierte Vorgaben machten.<sup>281</sup> Schließlich wurde teilweise danach differenziert, ob bereits entsprechende Normen auf mitgliedstaatlicher Ebene vorhanden seien, und falls nicht, eine Berechtigung der EG zum Tätigwerden angenommen.<sup>282</sup>

Diese Unklarheit wuchs sich auf europäischer Ebene zu einem Streit um die Strafrechtsharmonisierungskompetenz zwischen den supranationalen Organen Kommission und Europäisches Parlament auf der einen und dem Rat auf der anderen Seite aus.<sup>283</sup> Europäisches Parlament und Kommission wollten Richtlinien in

273 Zu dieser Differenzierung zwischen außerstrafrechtlicher Primärnorm und strafrechtlicher Sekundärnorm ausführlich *Satzger*, Europäisierung, S. 220 ff., 406; *ders.*, in: *Tiedemann*, Freiburg-Symposium, S. 73; *ders.*, Intern. u. Europ. Strafrecht, § 9 Rn. 14; vgl. auch *Rüter*, ZStW 105 (1993), 30, 36; *Tiedemann*, FS Roxin, 2001, S. 1404.

274 *Tiedemann*, FS Roxin, 2001, S. 1404.

275 *Deutscher*, S. 368 ff.; *Oehler*, FS Jescheck, 1985, S. 1408; *Satzger*, Europäisierung, S. 449 ff., 455; *ders.*, Intern. und Europ. Strafrecht, 3. Aufl. 2009, § 8 Rn. 37 f.; *Tiedemann*, NJW 1993, 23, 26.

276 Zu dieser Differenzierung *Satzger*, in: *Tiedemann*, Freiburg-Symposium, S. 79; *ders.*, Intern. u. Europ. Strafrecht, 3. Aufl. 2009, § 8 Rn. 37; *Sieber*, ZStW 103 (1991), 957, 965.

277 *Satzger*, in: *Tiedemann*, Freiburg-Symposium, S. 73; *ders.*, Intern. und Europ. Strafrecht, 3. Aufl. 2009, § 8 Rn. 37; *Zöller*, ZIS 2009, 340, 342; vgl. auch schon *Gröbblinghoff*, S. 141 f.

278 *Dannecker*, JURA 1998, 79, 82; *Weigend*, ZStW 105 (1993), 774, 799.

279 Dazu *Dannecker*, JURA 1998, 79, 82 ff.; *F. Meyer*, Strafrechtsgenese, S. 369.

280 *Böse*, Strafen und Sanktionen, S. 56, 61 ff., 81, 94; *Heitzer*, S. 136 ff.

281 *Dannecker*, JURA 1998, 79, 81.

282 So etwa *Heitzer*, S. 150.

283 Zu diesem Streit ausführlich *Heger*, Europäisierung des Umweltstrafrechts, S. 118 ff.; ferner *Fletcher/Lööf/Gilmore*, S. 176 ff.; *Fromm*, EG-Rechtssetzungsbefugnis, S. 18 f.; *Hefendehl*, ZIS 2006, 161; *F. Meyer*, Strafrechtsgenese, S. 370; *Satzger*, Intern. und Europ. Strafrecht, 3. Aufl. 2009, § 8 Rn. 31 ff.; *Zöller*, ZIS 2009, 340, 344 f.

der „Ersten Säule“ erlassen, um die Mitgliedstaaten zum Einsatz ihres Strafrechts zu veranlassen. Die Kommission hatte dies bereits in den 1990er Jahren versucht, war aber mit der Geldwäsche-RL noch gescheitert.<sup>284</sup> Hintergrund ihres Vorstoßes waren auch die Schwierigkeiten, die sich bei der Ratifikation der Maßnahmen der „Dritten Säule“ offenbarten, wie etwa im Falle der PIF-Konvention.<sup>285</sup>

Der Streit kulminierte, als im Jahr 2001 ein Vorschlag der Kommission für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über den strafrechtlichen Schutz der Umwelt<sup>286</sup> gestützt auf Art. 175 EGV 2001 erging. Letztlich hatte die Kommission in ihrem Richtlinienvorschlag die Strafvorschriften auf eine Vielzahl von Richtlinien und Verordnungen zum Schutz der Umwelt aus den vergangenen 30 Jahren bezogen, sodass es sich letztlich um *implied powers* im Zusammenhang mit sachbezogenen Umweltschutzregelungen nach Art. 175 EGV 2001 handelte.<sup>287</sup> Der Rat lehnte die Umsetzung wegen Kompetenzvorbehalten ab, da das Strafrecht einzig in den Bereich der „Dritten Säule“ falle und erließ im Jahr 2003 stattdessen einen Rahmenbeschluss zum Schutz der Umwelt durch das Strafrecht<sup>288</sup> gestützt auf die Art. 29, 31 Abs. 1 lit. e), 34 Abs. 2 lit. b) EUV 2001. Das Europäische Parlament schloss sich hingegen der Auffassung der Kommission an und unterstützte diese bei ihrer folgenden Nichtigkeitsklage gegen den Rahmenbeschluss vor dem EuGH.<sup>289</sup>

Die Frage der Einordnung der Kompetenz hatte durchaus gewichtige Folgen, da das Europäische Parlament in der „Dritten Säule“ nicht mitbestimmen konnte, sondern nur anzuhören war, Art. 39 Abs. 1 EUV 2001, und Rahmenbeschlüsse im Rat weiterhin einstimmig gefasst werden mussten, Art. 34 Abs. 2 S. 2 EUV 2001.<sup>290</sup> Der EuGH entschied im Sinne der Kommission.<sup>291</sup> Zwar falle „das Strafrecht“ nicht in den Zuständigkeitsbereich der EG. Dies hindere den EG-Gesetzgeber aber nicht daran, „Maßnahmen in Bezug auf das Strafrecht der Mitgliedstaaten zu ergreifen, die seiner Meinung nach erforderlich sind, um die volle Wirksamkeit der von ihm zum Schutz der Umwelt erlassenen Rechtsnormen zu gewährleisten, wenn die Anwendung wirksamer, verhältnismäßiger und abschreckender Sanktionen durch die zuständigen nationalen Behörden eine zur Bekämpfung

284 Siehe dazu oben 4. Kapitel A. II. 4.

285 *Rosenau*, ZIS 2008, 9, 10.

286 ABl. 2001 Nr. C 180, S. 238; zum Inhalt siehe *Heger*, Europäisierung des Umweltstrafrechts, S. 275 ff.

287 *Calliess*, ZEuS 2008, 3, 32.

288 Rahmenbeschluss 2003/80/JI des Rates vom 27.1.2003 über den Schutz der Umwelt durch das Strafrecht, ABl. 2003 Nr. L 29, S. 55; auch zu dessen Inhalt siehe *Heger*, Europäisierung des Umweltstrafrechts, S. 275 ff.

289 Vgl. dazu *Hefendehl*, ZIS 2006, 161, 162.

290 *Eisele*, JZ 2008, 251.

291 EuGH Slg. 2005, I-7879, I-7925 – *Kommission/Rat* (Rs. C-176/03) („Umweltstrafrecht“); ausführlich zur Entscheidung *Braum*, wistra 2006, 121; *Dorra*, S. 153 ff.; *Fletcher/Löff/Gilmore*, S. 177 ff.; *Fromm*, ZIS 2008, 168, 169 f.; *ders.*, EG-Rechtssetzungsbefugnis, S. 18 ff.; *Heger*, Europäisierung des Umweltstrafrechts, S. 133 ff.; *Kubiciel*, NStZ 2007, 136; *F. Meyer*, Strafrechtsgenese, S. 371 ff.; *Mitsilegas*, S. 70 ff.; *Subr*, ZEuS 2008, 45, 57 ff.

fung schwerer Beeinträchtigungen der Umwelt unerlässliche Maßnahme“ darstellte.<sup>292</sup>

Damit wird einerseits deutlich, dass das Gericht die Anweisungskompetenz auf eine Auslegung der Vorschriften anhand von *implied powers* der jeweiligen Einzelmächtigung und den Gedanken des *effet utile* stützte, sowie andererseits, dass das Strafrecht als solches keine „europarechtsresistente Materie“ ist.<sup>293</sup> Im Gegenteil stellte das Urteil des EuGH klar, dass die EG per Richtlinie durchaus Vorgaben für das Strafrecht machen durfte.<sup>294</sup> Der EuGH band die Frage der Strafrechtsharmonisierungskompetenz an zwei Voraussetzungen, es musste nämlich (1) eine Kompetenz der EG einschlägig sein und (2) der Einsatz wirksamer, verhältnismäßiger und abschreckender Strafsanktionen zur Gewährleistung der vollen Wirksamkeit dieser Rechtsnormen der EG „unerlässlich“ sein.

Da Art. 47 EUV 2001 bestimmte, dass der EUV den EGV „unberührt“ ließ, schloss das Gericht daraus einen Vorrang der hier einschlägigen Kompetenz der „Ersten Säule“. <sup>295</sup> Auch die Art. 135 S. 2, 280 Abs. 4 EGV 2001 stünden dem nicht entgegen.<sup>296</sup> Am 26.12.2008 trat die RL 2008/99/EG<sup>297</sup> über den strafrechtlichen Schutz der Umwelt in Kraft. Dort heißt es nun in Art. 3: „Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass die folgenden Handlungen unter Strafe gestellt werden [...]“ und Art. 5 betont, dass es sich um wirksame, angemessene und abschreckende „strafrechtliche Sanktionen“ handeln muss.

Die Entscheidung wurde von den Literaturstimmen, die eine Kompetenz der EG zur Anweisung zu kriminalstrafrechtlichen Sanktionen bisher abgelehnt hatten, erwartungsgemäß kritisch aufgenommen.<sup>298</sup> Die Argumente sind hier schon vorgebracht worden und müssen nicht ausführlich wiederholt werden. Im Wesentlichen spielten grundsätzliche Bedenken eine Rolle, welche sich aus der Natur des Strafrechts, der spezifischen Kultur und der Souveränität der Mitgliedstaaten speis-

292 EuGH Slg. 2005, I-7879, I-7925 – *Kommission/Rat* (Rs. C-176/03) („Umweltstrafrecht“).

293 *Fromm*, EG-Rechtssetzungsbefugnis, S. 23 f.; *Safferling*, Intern. Strafrecht, § 11 Rn. 2; *Satzger*, Intern. und Europ. Strafrecht, § 9 Rn. 1 ff.

294 Vgl. dazu *Eisele*, JZ 2008, 251; *F. Meyer*, Strafrechtsgenese, S. 373.

295 EuGH Slg. 2005, I-7879, I-7927 – *Kommission/Rat* (Rs. C-176/03) („Umweltstrafrecht“); vgl. auch *Eisele*, JZ 2008, 251, 252. Dagegen schlugen einige Autoren einen „weichen Ansatz“ vor, nach welchem der Rat ein Wahlrecht hinsichtlich des Instrumentes haben sollte; so etwa *Böse*, GA 2006, 211, 222 ff.; *Vogel*, GA 2003, 314, 321, Fn. 30.

296 EuGH Slg. 2005, I-7879, I-7926 – *Kommission/Rat* (Rs. C-176/03) („Umweltstrafrecht“).

297 Richtlinie 2008/99/EG des Europäischen Parlaments und des Rates über den strafrechtlichen Schutz der Umwelt, ABl. 2008 Nr. L 328, S. 28; dazu *Fromm*, EG-Rechtssetzungsbefugnis, S. 48 ff.; *Hecker*, in: *Sieber/Brüner/Satzger/v. Heintschel-Heinegg*, § 10 Rn. 22; *Satzger*, Intern. und Europ. Strafrecht, 3. Aufl. 2009, § 8 Rn. 49; *F. Zimmermann*, ZRP 2009, 74; zur Umsetzung in Deutschland *Heger*, HRRS 2012, 211.

298 So etwa *Braun*, wistra 2006, 121; *Hefendehl*, ZIS 2006, 161; *Heger*, JZ 2006, 310; *ders.*, Europäisierung des Umweltstrafrechts, S. 134 ff.; *Kaiafa-Gbandi*, in: *Schünemann*, Gesamtkonzept, S. 69 ff.; *Pohl*, ZIS 2006, 213; *Rackow*, ZIS 2008, 526, 534 f.; *Satzger*, Intern. und Europ. Strafrecht, 3. Aufl. 2009, § 8 Rn. 41 ff.; *ders.*, KritV 2008, 17, 14; *Schünemann*, ZIS 2007, 535; *Zöller*, ZIS 2009, 340, 344 f., 346 ff.

ten.<sup>299</sup> Zudem widerspreche diese Kompetenz dem Prinzip der begrenzten Einzelmächtigung<sup>300</sup> und bereits die Existenz der „Dritten Säule“ streite gegen eine solche Befugnis der EG.<sup>301</sup> Sie entwerte die „Dritte Säule“ vielmehr vollständig.<sup>302</sup>

Genauso wenig überrascht die Freude der Kommission über das Urteil, die sie in einer Mitteilung an das Europäische Parlament und den Rat zum Ausdruck brachte.<sup>303</sup> Das Urteil habe Grundsatzcharakter und sei daher auch auf andere Bereiche des EG-Rechts zu übertragen.<sup>304</sup> Etwas zögerlicher äußerte sich das Europäische Parlament, das letztlich jedoch ebenfalls begrüßte, dass der EuGH bekräftigt habe, dass im Rahmen der „Ersten Säule“ strafrechtliche Bestimmungen – jedenfalls zum Schutz der Umwelt – erlassen werden dürfen.<sup>305</sup> Auch in der Literatur wurde das Urteil teilweise für richtig und sachgerecht befunden.<sup>306</sup> Die Lehre von den *implied powers*, auf welche bislang immerhin punitive Sanktionen gestützt werden konnten,<sup>307</sup> werde konsequent angewandt, ein Souveränitätsvorbehalt, der das Strafrecht in jeglicher Form von der Rechtssetzung der EG ausnehme, habe noch nie existiert.<sup>308</sup> Auch systematische Argumente griffen nicht, da der EuGH zu Recht die Schranke der Art. 135 S. 2, 280 Abs. 4 S. 2 EGV 2001, sofern man die dortige Formulierung überhaupt als solche begreifen wolle, nicht auf andere Bereiche, wie den Umweltschutz nach Art. 175 EGV 2001, übertragen habe.<sup>309</sup> Auch die grundsätzliche Einordnung des Strafrechts in die „Dritte Säule“ könne nicht vom Gegenteil überzeugen, da das Gemeinschaftsrecht gemäß Art. 47 EUV 2001 unberührt bleibe.<sup>310</sup> Daher sei es möglich, diese Bereiche insofern getrennt zu behandeln, dass im einen Fall die allgemeine Harmonisierung des Strafrechts in der „Dritten Säule“ zum Zwecke der Bekämpfung von grenzüberschreitender Kriminalität durch Angleichung der nationalen Strafrechtsordnungen und im anderen

299 Siehe zu diesen Argumenten ausführlich oben 2. Kapitel C. IV. 2. c).

300 *Ambos/Rackow*, ZIS 2009, 397, 401; *Zöller*, ZIS 2009, 340, 342.

301 *Zöller*, ZIS 2009, 340, 341 f.; so auch schon *Dannecker*, JURA 1998, 79, 80.

302 *Hefendebl*, ZIS 2006, 161, 165 f.; *F. Zimmermann*, NSTZ 2008, 662, 665; *ders.*, ZIS 2009, 1, 10.

303 Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament und den Rat über die Folgen des Urteils des Gerichtshofs vom 13. September 2005 (Rs. C-176/03, Kommission gegen Rat), vom 23.11.2005, KOM (2005) 583 endg.; dazu *Fromm*, EG-Rechtssetzungsbefugnis, S. 26 ff.

304 Mitteilung der Kommission vom 23.11.2005, KOM (2005) 583 endg. Rn. 6; zustimmend *Eisele*, JZ 2008, 251.

305 Entschließung des Europäischen Parlaments zu den Folgen des Urteils des Gerichtshofs vom 13. September 2005 (Rs. C-176/03, Kommission gegen Rat), ABl. 2006 Nr. C 300 E, S. 255, 257; hinsichtlich der generellen Übertragbarkeit auf sämtliche Politikbereiche zeigte es sich noch skeptisch; dazu *Fromm*, EG-Rechtssetzungsbefugnis, S. 28 f.

306 *Böse*, GA 2006, 211, 212 ff.; *Calliess*, ZEuS 2008, 3, 27 ff.; *Eisele*, JZ 2008, 251, 252; *Fromm*, ZIS 2007, 26, 28; *ders.*, EG-Rechtssetzungsbefugnis, S. 24 f.; vgl. auch *F. Meyer*, Strafrechtsgenese, S. 376 f.; wohlwollender gegenüber dem EuGH auch *Rosenau*, ZIS 2008, 9, 13 f., der allerdings den Vorrang der Richtlinie vor dem Rahmenbeschluss ablehnte.

307 *F. Meyer*, Strafrechtsgenese, S. 388.

308 *Böse*, GA 2006, 211, 212 ff.; *Fromm*, EG-Rechtssetzungsbefugnis, S. 24.

309 *Böse*, GA 2006, 211, 214 f.; so auch *F. Meyer*, Strafrechtsgenese, S. 387.

310 *Böse*, GA 2006, 211, 215 f.; *Fromm*, EG-Rechtssetzungsbefugnis, S. 25.

die Durchführung einer spezifischen EG-Politik den Auslöser der Maßnahme bilde.<sup>311</sup>

Mit dieser Einschätzung korrespondiert im Übrigen auch die inzwischen durch das Vertragswerk von Lissabon geschaffene Lage, indem nun in Art. 83 AEUV insofern differenziert wird, dass Abs. 1 Richtlinien hinsichtlich grenzüberschreitender Kriminalität und Abs. 2 Richtlinien zur Strafrechtsangleichung zur wirksamen Durchführung einer EU-Politik in anderen Gebieten zulässt.<sup>312</sup>

Schließlich wurde völlig zu Recht angemerkt, dass auch aus den viel beschworenen demokratiethoretischen Aspekten eine Zuordnung zur „Dritten Säule“ kontraproduktiv war, da im Rahmen der „Ersten Säule“ das Europäische Parlament im Gegensatz zur Rechtssetzung in der „Dritten Säule“ gerade beteiligt wurde.<sup>313</sup>

Fraglich war nur die Übertragbarkeit des Urteils auf andere Bereiche.<sup>314</sup> Die beharrliche Auffassung der Kommission erfuhr alsbald eine weitere Bestätigung durch den EuGH, der im Jahr 2007 in einer weiteren Nichtigkeitsklage der Kommission auch den Rahmenbeschluss zur Bekämpfung der Meeresverschmutzung<sup>315</sup> wegen vorrangiger Kompetenz der EG zu Fall brachte.<sup>316</sup> Wiederum ging er davon aus, dass es dem Gemeinschaftsgesetzgeber zustehe, die Mitgliedstaaten per Richtlinie zur Ahndung von Verstößen, auch durch Strafvorschriften, anzuweisen, um die „volle Wirksamkeit der von ihm in diesem Bereich erlassenen Rechtsnormen zu gewährleisten“.<sup>317</sup> Da der Rahmenbeschluss zur Sicherheit des Seeverkehrs letztlich dem Schutz der Umwelt, also einem gewichtigen Bereich der Gemeinschaftspolitik, diene, sei die richtige Vorgehensweise eine auf Art. 80 Abs. 2 EGV 2001 (Verkehrspolitik) gestützte Richtlinie.<sup>318</sup> Das Gericht nahm jedoch eine gewichtige Einschränkung vor, indem es feststellte, dass eine Bestimmung von Art und Maß der Sanktion nicht in die Zuständigkeit der EG falle,<sup>319</sup> sodass sie keinen genauen Strafrahmen vorgeben könne. Damit sollte die Sorge entkräftet werden, dass zu

311 *Vervaele*, FS Tiedemann, 2008, S. 1353, 1367; zustimmend *F. Meyer*, Strafrechtsgenese, S. 388.

312 Siehe dazu noch unten 4. Kapitel B. I.

313 *Böse*, GA 2006, 211, 218; vgl. zu den demokratiethoretischen Implikationen bereits ausführlich oben 2. Kapitel C. III. 1. und 2. c) aa).

314 *Mitsilegas*, S. 73 f.; ausführlich zur Frage der Übertragbarkeit auf den Schutz der finanziellen Interessen der EG *Fromm*, EG-Rechtssetzungsbefugnis, S. 29 ff.

315 Rahmenbeschluss 2005/667/JI des Rates vom 12.7.2005 zur Verstärkung des strafrechtlichen Rahmens zur Bekämpfung der Verschmutzung durch Schiffe, ABl. 2005 Nr. L 255, S. 164.

316 EuGH Slg. 2007, I-9097, I-9157 ff. – *Kommission/Rat* (Rs. C-440/05); vgl. dazu *Calliess*, ZEuS 2008, 3, 25 ff.; *Dorra*, S. 153 ff.; *Eisele*, JZ 2008, 251; *Fletcher/Löffel/Gilmore*, S. 179 ff.; *Fromm*, ZIS 2008, 168; *ders.*, EG-Rechtssetzungsbefugnis, S. 34 ff.; *F. Meyer*, Strafrechtsgenese, S. 379 ff.; *Mitsilegas*, S. 79 ff.; *Safferling*, Intern. Strafrecht, § 10 Rn. 29 f.; *Satzger*, Intern. und Europ. Strafrecht, 3. Aufl. 2009, § 8 Rn. 47 f.; *F. Zimmermann*, NSStZ 2008, 662; *Zöller*, ZIS 2009, 340, 345 f.

317 EuGH Slg. 2007, I-9097, I-9157 f. – *Kommission/Rat* (Rs. C-440/05).

318 EuGH Slg. 2007, I-9097, I-9158 – *Kommission/Rat* (Rs. C-440/05).

319 EuGH Slg. 2007, I-9097, I-9158 – *Kommission/Rat* (Rs. C-440/05); ablehnend *Eisele*, JZ 2008, 251, 253 f.

detaillierte Richtlinien die Wirkung von Verordnungen haben und dadurch quasi originäres EU-Strafrecht setzten.

Ein Tätigwerden der EG in der „Ersten Säule“ stand damit unter anderen Voraussetzungen als das intergouvernementale Vorgehen in der „Dritten Säule“. Zur Abgrenzung, wann nun aber welche „Säule“ einschlägig war, musste – wie üblicherweise bei der Frage nach der einschlägigen Kompetenz, sofern keine klare Spezialität vorliegt<sup>320</sup> – auf den Schwerpunkt der Regelung rekurriert werden.<sup>321</sup>

In der Tiefe nahm die zweite Entscheidung des EuGH jedoch einiges zurück. Dies konnte als Schlappe für die Kommission gewertet und das Ziel der Effektivierung des Gemeinschaftsrechts durch den Einsatz von Strafsanktionen daher durchaus als gefährdet angesehen werden.<sup>322</sup> In systemischer wie dogmatischer Sicht blieb insgesamt vieles unklar. So wurde das Kriterium der „Unerlässlichkeit“ nicht hinreichend erläutert.<sup>323</sup> Zudem blieb die dogmatische Einordnung der beiden Restriktionen (1) der „Unerlässlichkeit“ und (2) im Hinblick auf „Art und Maß der Sanktion“ in die Prüfungsreihenfolge des Art. 5 EGV 2001 offen.<sup>324</sup>

Bestand im Falle des Fehlens einer Unerlässlichkeit und bzgl. Art und Maß der Sanktion schon gar keine Kompetenz der EG oder betrafen beide Beschränkungen nur die Ausübung einer bestehenden EG-Zuständigkeit (inklusive Sperrwirkung für die „Dritte Säule“) im Sinne von Subsidiarität und Verhältnismäßigkeit?<sup>325</sup> Dadurch war aber auch unklar, ob diese einschränkenden Kriterien überhaupt gegenüber den Schranken der Subsidiarität und der Verhältnismäßigkeit einen eigenständigen Gehalt haben sollten oder ob sie nur logische Ausprägung dieser Prinzipien waren.<sup>326</sup> Für letztere Interpretation spricht, dass die Restriktion nur dadurch an vertragliche Grundsätze gebunden war. Fraglich blieb schließlich auch, ob die Kommission mit ihrer Einschätzung richtig lag, dass diese Richtlinien-Kompetenz auf sämtliche EG-Politiken zu übertragen war.<sup>327</sup> Im Rahmen des Schutzes des geistigen Eigentums hat der Rat z.B. seinen Vorschlag für einen Rahmenbeschluss als Reaktion auf die Rechtsprechung des EuGH im Hinblick auf die vorrangige Kompetenz der EG zurückgezogen.<sup>328</sup>

320 Ritzer, S. 207 f.

321 Calliess, ZEuS 2008, 3, 32 f.; F. Meyer, Strafrechtsgenese, S. 395; zu dieser Methode (und Alternativen) Ritzer, S. 209 ff.

322 Eisele, JZ 2008, 251, 252 f.

323 So auch die Kritik bei Kubiciel, ZIS 2010, 742, 744; F. Meyer, Strafrechtsgenese, S. 397; Rackow, ZIS 2008, 526, 534; F. Zimmermann, NStZ 2008, 662, 665.

324 Vgl. dazu auch F. Meyer, Strafrechtsgenese, S. 397 ff., 405 ff.

325 Im zuletzt genannten Sinne der Einordnung als Frage der Subsidiarität Calliess, ZEuS 2008, 3, 33; F. Meyer, Strafrechtsgenese, S. 406.

326 In letzterem Sinne lässt sich Calliess, ZEuS 2008, 3, 33, verstehen.

327 In diesem Sinne Calliess, ZEuS 2008, 3, 31; GA Mazák, Schlussanträge, EuGH Slg. 2007, I-9097, I-9117 – *Kommission/Rat* (Rs. C-440/05).

328 Vgl. den Vorschlag für einen Rahmenbeschluss des Rates zur Verstärkung des strafrechtlichen Rahmens zur Ahndung der Verletzung des geistigen Eigentums vom 12.7.2005, KOM (2005) 276 endg.; dazu Sieber, in: Sieber/Brüner/Satzger/v. Heintschel-Heinegg, § 26 Rn. 62 f.

## 8. Der gescheiterte Verfassungsvertrag, 2004

Im Jahr 2002 war die EGKS ausgelaufen und bereits im Zuge des Vertrages von Nizza in die EG überführt worden. Dadurch war endgültig das Ende einer nur sektoralen Integration erreicht und die EU verdichtete sich immer mehr zu einem umfassenden Verbund, der – zumindest in der „Ersten Säule“ – supranational in einer Vielzahl von Bereichen Entscheidungen mit direkter Wirkung für die Bürgerinnen und Bürger treffen konnte. Auch ohne explizite Bezeichnung konnte daher von einer sich kontinuierlich entwickelnden Verfassung gesprochen werden.<sup>329</sup> Die europäischen Verträge verteilten Kompetenzen zwischen Hoheitsträgern, legten die Modi der Gesetzgebung fest und enthielten Rechte der Unionsbürgerinnen und Unionsbürger.

Der vom europäischen „Konvent zur Zukunft Europas“<sup>330</sup> im Juli 2003 vorgeschlagene Entwurf,<sup>331</sup> welcher am 29.10.2004 von den Regierungen der Mitgliedstaaten in Rom feierlich als Vertrag über eine Verfassung für Europa (VVE) angenommen wurde,<sup>332</sup> verwendete den Begriff „Verfassung“ offiziell und gab auch Verordnung und Richtlinie einen passenderen Namen, indem er sie als Europäisches Gesetz und Rahmengesetz bezeichnete, Art. III-33 Abs. 1 VVE. Nach zutreffender Auffassung hätte er die Verfassung der EU nicht geschaffen, sondern beim Namen genannt.<sup>333</sup> So war im Vertrag selbst, aber auch im allgemeinen Sprachgebrauch, schnell nur noch von der „Verfassung der EU“ die Rede, während der Zusatz „Vertrag“ entfiel.<sup>334</sup> Diese Verfassungsreform wurde schon im Zuge des Vertrages von Nizza angestoßen. Die 23. Erklärung zur Zukunft der Union, welche dem Vertrag von Nizza beigefügt war, enthielt in ihrer Nr. 3 den Wunsch zur Aufnahme einer breiter angelegten Diskussion über die Zukunft der EU. An diesem Prozess sollten neben Kommission und Europäischem Parlament auch Vertreter der nationalen Parlamente und der Öffentlichkeit, aus Politik, Wirtschaft und dem Hochschulbereich usw. teilnehmen. Als Ziele nannte Nr. 5 der Erklärung die Klärung der Fragen einer dem Subsidiaritätsprinzip entsprechenden Abgrenzung der Zuständigkeiten zwischen der EU und den Mitgliedstaaten, des Status der Charta der Grundrechte der EU, der Vereinfachung der Verträge sowie der Rolle der nationalen Parlamente. Der Europäische Rat in Laeken berief einen Europäischen Konvent ein, der sich mit der Zukunft der EU beschäftigen sollte und sich aus

329 Siehe dazu ausführlich oben 2. Kapitel C. IV. 1. f).

330 Vgl. dazu *Herdegen*, Europarecht, § 4 Rn. 26 ff.; *Hobe*, EuR 2003, 1, 10 ff.

331 ABl. 2003 Nr. C 169, S. 1.

332 ABl. 2004 Nr. C 310, S. 1.

333 Zum Verfassungscharakter der Verträge oben 2. Kapitel C. IV. 1. f).

334 Vgl. nur *Läufer*, Die Verfassung der Europäischen Union; *Walter*, ZStW 117 (2005), 912.

Vertretern der nationalen Regierungen und Parlamente, des Europäischen Parlaments und der Kommission zusammensetzte.<sup>335</sup>

Es war eine umfangreiche und epochale Reform der bisherigen Verträge, welche im Ergebnis zu einer Stärkung von Demokratie und Handlungsfähigkeit der EU geführt hätte. Sämtliche Änderungen lassen sich hier nicht wiedergeben, auf einige entscheidende Punkte sei jedoch hingewiesen. So führte der VVE die bisher getrennten Verträge in einem einheitlichen Dokument zusammen. Die EU, welche gemäß Art. I-1 VVE begründet wurde, trat an die Stelle der alten EU und der Gemeinschaften und erhielt offiziell eine Rechtspersönlichkeit, Art. I-7 VVE, was zuvor umstritten war.<sup>336</sup> Der Vorrang des Unionsrechts vor dem mitgliedstaatlichen Recht erfuhr in Art. I-6 VVE eine explizite Regelung. Zudem wurde die Charta der Grundrechte der EU in Teil II des VVE eingegliedert.

Der VVE bewirkte damit nicht nur eine unmittelbare Stärkung der Grundrechte der Bürgerinnen und Bürger, sondern brachte auch zum Ausdruck, dass die EU inzwischen eine Wertegemeinschaft darstellt.<sup>337</sup> Hier waren in den Art. II-107 ff. VVE (Justizielle Rechte) etliche auf den Strafprozess bezogene Garantien verankert, wie etwa die Unschuldsvermutung (Art. II-108 VVE), die Grundsätze der Gesetzmäßigkeit und Verhältnismäßigkeit im Zusammenhang mit Straftaten und Strafen (Art. II-109 VVE) oder der Grundsatz des *ne bis in idem* (Art. II-110 VVE). Schließlich erfolgte in Art. I-1 Abs. 1 VVE die Klarstellung, dass es sich um eine Union der Staaten und der Bürgerinnen und Bürger handelt.<sup>338</sup> Auf der anderen Seite wurden in Art. I-60 VVE aber auch erstmalig ein Austrittsrecht der Mitgliedstaaten festgeschrieben und in Art. I-11 Abs. 1 VVE die Grundsätze der Subsidiarität und Verhältnismäßigkeit als Maßstab der Kompetenzausübung verankert.<sup>339</sup>

Besonders wichtig für das Strafrecht<sup>340</sup> war jedoch einerseits die Auflösung der Säulenstruktur,<sup>341</sup> sodass die PJZS den anderen Bereichen angeglichen wurde, das Strafrecht also seinen intergouvernementalen Sondercharakter verlor. Andererseits wurde auch der für die Betrugsbekämpfung entscheidende Kompetenztitel des Art. 280 Abs. 4 EGV 2001 nun umformuliert. Der entsprechende Art. III-415 Abs. 4 S. 1 VVE lautete: „Zur Gewährleistung eines effektiven und

335 Zur genauen Zusammensetzung *Streinz/Ohler/Herrmann*, Teil 1, § 2 II 3 a); vgl. ferner *Herdegen*, Europarecht, § 4 Rn. 26; *Hobe*, EuR 2003, 1, 12 f.

336 So noch BVerfGE 89, 155, 195; vgl. zu dieser Diskussion *Pernice*, in: Dreier, Art. 23 Rn. 42 m.w.N.

337 *Läufer*, in: ders., Verfassung der Europäischen Union, S. 15; vgl. auch *Pernice*, EuZW 2008, 65, wengleich zum Vertrag von Lissabon; siehe auch bereits oben 2. Kapitel C. III. 3. b) aa).

338 *Hölscheidt*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, 51. EL 2013, Art. 14 EUV Rn. 18.

339 Dazu und allgemein zur Kompetenzordnung nach dem VVE *Walter*, ZStW 117 (2005), 912, 914 f.

340 Vgl. ausführlich zu den Auswirkungen des VVE auf das Strafrecht *Walter*, ZStW 117 (2005), 912; *Weigend*, ZStW 116 (2004), 275; ferner *Vogel*, 12 MJ 2 (2005), 125, 143 ff.; vgl. auch das Haager Programm zur Stärkung von Freiheit, Sicherheit und Recht in der Europäischen Union, Abl. 2005 Nr. C 53, S. 9 ff.

341 Vgl. *Ambos/Rackow*, JURA 2006, 505, 512.

gleichwertigen Schutzes in den Mitgliedstaaten sowie in den Organen, Einrichtungen und sonstigen Stellen der Union werden die erforderlichen Maßnahmen zur Verhütung und Bekämpfung von Betrügereien, die sich gegen die finanziellen Interessen der Union richten, durch Europäisches Gesetz oder Rahmengesetz festgelegt [...].“ Da der Zusatz fehlte, das Strafrecht der Mitgliedstaaten bleibe unberührt, fiel auch das entscheidende Argument<sup>342</sup> gegen eine Rechtssetzungskompetenz der EU weg.<sup>343</sup> Zudem nannte S. 1 selbst explizit die Möglichkeit, ein Europäisches Gesetz zu erlassen, welches gemäß Art. I-33 Abs. 1 UA. 2 VVE unmittelbar anwendbar gewesen wäre.

Damit wäre zumindest in diesem Bereich eine europäische Strafgesetzgebung im engeren Sinne möglich gewesen.<sup>344</sup> In ähnlicher Weise ersetzte auch Art. I-152 VVE im Bereich des Zollwesens den bisherigen Art. 135 EGV 2001, wobei auch hier dessen S. 2 gestrichen wurde und damit wiederum der Strafrechtsvorbehalt. Aber auch in den übrigen Bereichen kamen keine Rahmenbeschlüsse mehr in Betracht, sondern nur noch die allgemeinen in Art. I-33 VVE aufgeführten Instrumente. Die Justizielle Zusammenarbeit in Strafsachen wurde in die Art. III-270 ff. VVE überstellt.<sup>345</sup> Nach Art. III-270 Abs. 1 VVE beruhte diese auf dem Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung gerichtlicher Urteile und Entscheidungen und umfasste die Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten in den in Abs. 2 und Art. III-271 genannten Bereichen.

Gemäß Art. III-270 Abs. 2 VVE konnten durch Europäisches Rahmengesetz Mindestvorschriften im Hinblick auf das Strafverfahren und gemäß Art. III-271 Abs. 1 VVE hinsichtlich des materiellen Rechts getroffen werden. Letztere waren beschränkt auf Fälle besonders schwerer Kriminalität, „die aufgrund der Art oder der Auswirkungen der Straftaten oder aufgrund einer besonderen Notwendigkeit, sie von gemeinsamen Grundlagen ausgehend zu bekämpfen, eine grenzüberschreitende Dimension haben.“ Derartige Kriminalitätsbereiche umfassen: Terrorismus, Menschenhandel und sexuelle Ausbeutung von Frauen und Kindern, illegalen Drogenhandel, illegalen Waffenhandel, Geldwäsche, Korruption, Fälschung von Zahlungsmitteln, Computerkriminalität und organisierte Kriminalität. Damit war einerseits konsequenterweise in den Bereichen, in welchen zuvor Rahmenbeschlüsse in der „Dritten Säule“ nach Art. 31 Abs. 1 lit. e) EUV 2001 möglich waren, nun eine Harmonisierungskompetenz per Rahmengesetz vorgesehen. Andererseits wurde der Katalog gegenüber der bisherigen Regelung nun im Wortlaut deutlich erweitert. Dies hätte aber nur dann eine Ausweitung der ein-

342 Siehe dazu oben 4. Kapitel A. II. 6.

343 *Rosenau*, ZIS 2008, 9, 16; *Satzger*, Intern. und Europ. Strafrecht, 3. Aufl. 2009, § 7 Rn. 42; *Walter*, ZStW 117 (2005), 912, 917.

344 *Dannecker*, JURA 2006, 173, 176 f.; *Rosenau*, ZIS 2008, 9, 16; *Tiedemann*, ZStW 116 (2004), 945, 955; *Walter*, ZStW 117 (2005), 912, 918; *Weigend*, in: LK, Einl. Rn. 93; in diese Richtung auch *Hefendehl*, in: Schünemann, Alternativentwurf, S. 84; *Weigend*, ZStW 116 (2004), 275, 288.

345 Vgl. dazu *Vogel*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, 51. EL 2013, Art. 82 AEUV Rn. 4.

schlägigen Materien bedeutet, wenn man nicht ohnehin schon mit der damals h.M. den Standpunkt vertrat,<sup>346</sup> dass auch Art. 31 Abs. 1 lit. e) EUV 2001 äußerst extensiv zu verstehen war.

Ferner sah Art. III-271 Abs. 2 VVE die Möglichkeit zum Erlass von Rahmengesetzen vor, wenn die Angleichung der strafrechtlichen Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten sich „als unerlässlich für die wirksame Durchführung der Politik der Union auf einem Gebiet, auf dem Harmonisierungsmaßnahmen erfolgt sind“, erwies. Letztere Regelung entsprach der vom EuGH angenommenen Annexkompetenz in der „Ersten Säule“,<sup>347</sup> ging letztlich aber über das Urteil des EuGH zur Meeresverschmutzung hinaus, indem der VVE Mindestvorschriften hinsichtlich der Festlegung von Straftatbestand und Strafmaß zuließ.<sup>348</sup> Nach Abs. 3 war in dessen eine Art „Notbremse“ vorgesehen, vermittelt welcher die Mitgliedstaaten den Europäischen Rat einschalten konnten, sofern sie der Auffassung waren, dass grundlegende Aspekte ihrer Strafrechtsordnung berührt würden.

Der VVE hätte zudem eine Intensivierung der Demokratie in der EU durch Stärkung des Europäischen Parlaments, aber auch der nationalen Parlamente, bewirkt. Es sollte nicht vergessen werden, dass gerade hinsichtlich des Strafrechts in der „Dritten Säule“ erhebliche Defizite bestanden, dominierte dort doch der Rat bei der Rechtssetzung, in welchem Rahmenbeschlüsse einstimmig und ohne echte Beteiligung des Europäischen Parlaments erlassen wurden.<sup>349</sup> So bestimmte Art. I-34 Abs. 1 VVE, dass Europäisches Gesetz und Rahmengesetz im Wege des ordentlichen Gesetzgebungsverfahrens nach Art. III-396 VVE erlassen werden mussten. Als gesetzgeberisches Regelverfahren war die volle Beteiligung des Europäischen Parlaments in Form einer gleichberechtigten Mitentscheidung vorgesehen. Ferner erfolgte auch eine sprachliche Anpassung, indem das Europäische Parlament in Art. I-20 Abs. 2 VVE nun als Parlament der Unionsbürgerinnen und Unionsbürger bezeichnet wurde.<sup>350</sup>

Auch die nationalen Parlamente wurden durch ein Frühwarnsystem und die Klagemöglichkeit vor dem EuGH wegen einer Verletzung des Prinzips der Subsidiarität gestärkt, Art. I-11 Abs. 3 VVE i.V.m. den Protokollen I (Protokoll über die Rolle der nationalen Parlamente in der Europäischen Union) und II (Protokoll über die Anwendung der Grundsätze der Subsidiarität und der Verhältnismäßigkeit).<sup>351</sup> Schließlich wurde im Rat das Prinzip der doppelten Mehrheit festgeschrieben, Art. I-25, welches ebenfalls die Doppelnatur als Union der Staaten und der

346 Siehe bereits oben 4. Kapitel A. II. 6.

347 *Rosenau*, ZIS 2008, 9, 16; vgl. zu entsprechenden Urteilen bereits oben 4. Kapitel A. II. 7.

348 *Heger*, ZIS 2009, 406, 413, in Bezug auf den späteren Art. 83 Abs. 2 AEUV.

349 Vgl. dazu die Diskussion oben im 2. Kapitel C. IV. 2. c) aa).

350 Dazu *Pernice*, in: Dreier, Art. 23 Rn. 54; *Sack*, ZEuS 2007, 457, 477.

351 Dazu *Walter*, ZStW 117 (2005), 912, 922 f.; vgl. auch *Mitsilegas*, S. 49; *Pernice*, EuZW 2008, 65, wenngleich zum Vertrag von Lissabon.

Bürger berücksichtigte.<sup>352</sup> Der Verfassungsvertrag regelte damit Grundrechte der Bürgerinnen und Bürger, Kompetenzverteilung, Verfahrensgrundsätze etc. Sein Verfassungscharakter dürfte klar zu Tage treten. Daneben bediente er sich auch eines durchaus verfassungstypischen Symbolismus, indem er in Art. I-8 VVE die Symbole der EU festlegte, nämlich Flagge, Hymne, Leitspruch, Währung und Europatag. Ob es nun gerade diese Symbolik war, die ihn letztlich im Jahr 2005 an Referenden in Frankreich und den Niederlanden scheitern ließ, oder ob dabei vermehrt innenpolitische Gründe oder diffuse Ängste vor der Globalisierung oder eine mangelhafte Information eine Rolle spielten,<sup>353</sup> bleibt ungeklärt. Die dennoch als notwendig empfundenen Reformbestrebungen wurden erst im Jahr 2007 nach zweijähriger Reflexionsphase wieder aufgenommen.<sup>354</sup> An ihrem Ende stand der am 13.12.2007 unterzeichnete Vertrag von Lissabon.

Außerhalb des eigentlichen Vertragswerkes wurde am 27.5.2005 von nur sieben Mitgliedstaaten in Prüm der „Vertrag über die Vertiefung der grenzüberschreitenden Zusammenarbeit, insbesondere zur Bekämpfung des Terrorismus, der grenzüberschreitenden Kriminalität und der illegalen Migration“ geschlossen (Prümer Vertrag, PV).<sup>355</sup> Hier stand der Austausch von Informationen und personenbezogenen Daten, wie etwa auch von DNA-Profilen, im Vordergrund. Daneben waren, ähnlich dem SDÜ, Maßnahmen zur engeren polizeilichen Zusammenarbeit, etwa durch gemeinsame Einsätze, vorgesehen, in Art. 25 PV aber auch grenzüberschreitende Maßnahmen.

### 9. Der Vertrag von Lissabon, 2007

Im Jahr 2007 kam es durch den Beitritt von Bulgarien und Rumänien wiederum zu einer Erweiterung der EU auf 27 Mitglieder, ohne dass zuvor die erhoffte Vertiefung der Union erfolgt war. Da jedoch weiterhin ein starkes Reformbedürfnis bestand und der Vertrag von Nizza als unzureichend empfunden wurde,<sup>356</sup> gelang es unter der deutschen Ratspräsidentschaft den Reformprozess wieder anzuschieben.<sup>357</sup> Diese Bemühungen mündeten unter der portugiesischen Präsidentschaft in

352 *Läufer*, in: ders., *Verfassung der Europäischen Union*, S. 17 f.

353 Vgl. zu möglichen Hintergründen des Scheiterns *Bieber*, in: *Bieber/Epiney/Haag*, § 1 Rn. 30; *Sack*, *ZEuS* 2007, 457, 459 ff.; *Streinz/Ohler/Herrmann*, Teil 1, § 3 I; *Terhechte*, *EuR* 2008, 143, 144.

354 Dazu *Terhechte*, *EuR* 2008, 143, 144 f.

355 In Deutschland umgesetzt durch das Gesetz zu dem Vertrag vom 27. Mai 2005 zwischen dem Königreich Belgien, der Bundesrepublik Deutschland, dem Königreich Spanien, der Französischen Republik, dem Großherzogtum Luxemburg, dem Königreich der Niederlande und der Republik Österreich über die Vertiefung der grenzüberschreitenden Zusammenarbeit, insbesondere zur Bekämpfung des Terrorismus, der grenzüberschreitenden Kriminalität und der illegalen Migration vom 10.7.2006, *BGBI. II*, S. 626; vgl. ausführlich zum Prümer Vertrag *Papayannis*, *ZEuS* 2008, 219; ferner *Fletcher/Löffel/Gilmore*, S. 98 ff.

356 *Pernice*, *EuZW* 2008, 65; *Terhechte*, *EuR* 2008, 143.

357 Dazu *Streinz*, *Europarecht*, Rn. 60; *Terhechte*, *EuR* 2008, 143, 145; vgl. auch *Wuermeling*, in: *Pernice*, *Der Vertrag von Lissabon*, S. 27.

einem neuen „Reformvertrag“, der am 13.12.2007 in Lissabon unterzeichnet wurde.<sup>358</sup> Mit diesem Reformwerk konnte es schnell gehen, da im Wesentlichen auf den Verfassungsvertrag zurückgegriffen wurde. Laut Präambel geht es auch im Vertrag von Lissabon u.a. darum, Effektivität und Demokratie zu stärken und den Prozess der Schaffung einer immer engeren Union der Völker Europas, in der die Entscheidungen entsprechend dem Subsidiaritätsprinzip möglichst bürgernah getroffen werden, weiterzuführen. Verzichtet wird zwar auf die Verfassungssymbolik, sodass weder der Begriff Verfassung selbst, noch die begrüßenswerten, da klarstellenden und in der Sache angemessenen, Termini Gesetz und Rahmengesetz verwendet werden.<sup>359</sup> Stattdessen bleiben gemäß Art. 288 Abs. 2, 3 AEUV die Bezeichnungen Verordnung und Richtlinie in Gebrauch. Zudem wurden die Symbole wie Flagge, Hymne etc. nicht aufgenommen.<sup>360</sup> Schließlich nahm man auch davon Abstand, die Verträge in einem einheitlichen Werk zusammenzuführen, sodass mit EUV und AEUV weiterhin zwei Verträge existieren.

Im Übrigen werden aber die wesentlichen institutionellen und inhaltlichen Regelungen des VVE übernommen, sodass der Vertrag von Lissabon, der am 1.12.2009 in Kraft getreten ist, in nahezu identischer Weise dessen materielle Änderungen mit sich bringt,<sup>361</sup> auch wenn sie teilweise in ein anderes Gewand gekleidet sind. Auch durch den Vertrag von Lissabon wird daher durch Aufwertung sowohl des Europäischen Parlaments als auch der nationalen Parlamente die Demokratie gestärkt.<sup>362</sup> Ferner ist die EU nun ein einheitliches Gebilde, tritt gemäß Art. 1 Abs. 3 S. 3 EUV an die Stelle der EG und besitzt gemäß Art. 47 EUV explizit Rechtspersönlichkeit.<sup>363</sup>

Der EGV heißt nun Vertrag über die Arbeitsweise der EU (AEUV). Anders als im VVE ist die Charta der Grundrechte zwar nicht direkt in das Vertragswerk integriert, gemäß Art. 6 Abs. 1 EUV jedoch ausdrücklich anerkannt und den Verträgen gleichrangig gestellt. Auch der Anwendungsvorrang des EU-Rechts ist nicht wie in Art. I-6 VVE explizit aufgenommen, findet sich aber in der Erklärung Nr. 17 zur Schlussakte.<sup>364</sup> Die Kompetenzabgrenzung wird in den Art. 4 und 5 EUV präzisiert. Zudem legt Art. 2 AEUV – wie Art. I-12 VVE – erstmalig die Kompe-

358 ABl. 2007 Nr. C 306, S. 1.

359 Dazu *Terhechte*, EuR 2008, 143, 174 ff.

360 Dazu *Terhechte*, EuR 2008, 143, 174 f.

361 *Herdegen*, Europarecht, § 4 Rn. 31; *Hölscheidt*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, 51. EL 2013, Art. 14 EUV Rn. 19; *F. Meyer*, Strafrechtsgenese, S. 303; *Pernice*, EuZW 2008, 65; *Satzger*, Intern. und Europ. Strafrecht, § 7 Rn. 7; *Streinz*, Europarecht, Rn. 63; *Streinz/Obler/Herrmann*, Teil 1, § 3 III; *Wuermeling*, in: *Pernice*, Der Vertrag von Lissabon, S. 28 f.; nach *Terhechte*, EuR 2008, 143, 186, wurden 95 % des Bestandes des VVE übernommen.

362 *Pernice*, EuZW 2008, 65; *Subr*, ZEuS 2009, 687, 692 ff.

363 Dazu *Terhechte*, EuR 2008, 143, 146 f.

364 *Terhechte*, EuR 2008, 143, 154.

tenzarten fest, was als wesentlicher Beitrag zur genaueren Kompetenzabgrenzung zu begreifen ist.<sup>365</sup>

Wie auch schon im VVE sind die Auswirkungen des Vertrages von Lissabon auf die Art der strafrechtlichen Kompetenzen nicht unerheblich. Denn auch durch den Reformvertrag wird die Säulenarchitektur beseitigt und das Strafrecht den übrigen Bereichen der Unionspolitik gleichgestellt und damit grundsätzlich integriert.<sup>366</sup> Besonderheiten wie bei der Gemeinsamen Außenpolitik bestehen hier nicht.<sup>367</sup> Art. 3 Abs. 2 EUV benennt als Ziel der EU den „Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts ohne Binnengrenzen, in dem – in Verbindung mit geeigneten Maßnahmen in Bezug auf die Kontrollen an den Außengrenzen, das Asyl, die Einwanderung sowie die Verhütung und Bekämpfung der Kriminalität – der freie Personenverkehr gewährleistet ist.“ Damit steht die Kriminalitätsbekämpfung nicht nur an prominenter Stelle der Unionsziele, sondern wird der übergeordneten Vorgabe des gemeinsamen Raumes der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts zugeordnet.<sup>368</sup>

Art. 4 Abs. 2 lit. j) AEUV weist diesen ausdrücklich der zwischen EU und Mitgliedstaaten geteilten Zuständigkeit zu, was die Integration der „Dritten Säule“ veranschaulicht und auch der EU diese Kompetenz eindeutig überträgt.<sup>369</sup> Dadurch wird die strafrechtsbezogene Rechtssetzung nicht nur demokratisiert, sie wird gegenüber dem auf Verhandlung, Einstimmigkeit und Vetorechte ausgerichteten Verfahren der Rahmenbeschlüsse auch effektiver.<sup>370</sup> Was die in Art. 135 S. 2, 280 Abs. 4 EGV 2001 enthaltenen Vorbehalte hinsichtlich des Strafrechts der Mitgliedstaaten anbelangt, so fallen diese wie auch im VVE gänzlich weg. Wie der VVE sieht auch der Vertrag von Lissabon ferner explizite Harmonisierungskompetenzen in den Art. 82 ff. AEUV vor, aber auch die „Notbremse“ in den Art. 82 Abs. 3, 83 Abs. 3 AEUV.

365 Calliess, in: Calliess/Ruffert, Art. 2 AEUV Rn. 1; siehe dazu noch unten 4. Kapitel III. 3.

366 Dazu Heger, ZIS 2009, 406, 407; Subr, ZEuS 2009, 687, 690 ff. Ladenburger, ZEuS 2011, 389, 393, nennt dies den vielleicht „größten Integrationssprung“ im Vertrag von Lissabon.

367 Streinz/Obler/Herrmann, Teil 1, § 3 IV 2; vgl. auch Satzger, Intern. und Europ. Strafrecht, 3. Aufl. 2009, § 7 Rn. 41.

368 Heger, ZIS 2009, 406, 408.

369 Calliess, in: Calliess/Ruffert, Art. 4 AEUV Rn. 19; Nettesheim, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, 51. EL 2013, Art. 4 AEUV Rn. 21.

370 Vgl. Vogel, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, 51. EL 2013, Art. 83 AEUV Rn. 5 ff.

### III. Grundsätze der Kompetenzordnung

#### 1. Strukturprinzipien

##### a) Die föderative Grundstruktur

Die Kompetenzverteilung zwischen EU und Mitgliedstaaten erfolgt nach den in Art. 4 und Art. 5 EUV festgelegten Prinzipien. In jedem föderalen System sind Kompetenzen zwischen den Ebenen verteilt, sodass die Handlungsbefugnisse der einen Ebene an den Zuständigkeiten der anderen ihre Beschränkung finden. Die Vorzüge föderaler Kompetenzverteilung werden unten<sup>371</sup> noch näher erläutert. Schlagwortartig lässt sich zusammenfassen, dass dadurch einerseits eine Aufteilung von politischer Macht im Sinne vertikaler Gewaltenteilung sowie andererseits eine Spezialisierung und zweckmäßige Allokation von Zuständigkeiten erreicht werden. Je nach Ausrichtung des Systems kommen dabei der zentralen Ebene, wie etwa in der Bundesrepublik Deutschland, umfangreichere oder, wie etwa in den USA, nur begrenzte Gesetzgebungszuständigkeiten zu. Auch im Hinblick auf den Gesetzesvollzug kann die Aufteilung unterschiedlich ausfallen.

Die Kompetenzverteilung charakterisiert das jeweilige System<sup>372</sup> und spiegelt den dort gefundenen Ausgleich zwischen Effektivität, Einheitsbildung und lokaler Vielfalt wider.<sup>373</sup> Das System der EU ist vergleichsweise dezentralisiert. Die Hoheitsgewalt der EU äußert sich vornehmlich in Gesetzgebungskompetenzen sowie der Zuständigkeit des EuGH für die Vertragsauslegung. Der Vollzug obliegt im Wesentlichen den Mitgliedstaaten. Daher spielen auch im Folgenden primär die Rechtssetzungszuständigkeiten der EU eine Rolle. Die föderative Struktur wird ferner im Grundsatz der Subsidiarität gespiegelt und verstärkt, welcher wiederum sowohl durch Art. 23 Abs. 1 S. 1 GG gefordert als auch durch Art. 5 Abs. 1, 3 EUV ausdrücklich vorgeschrieben ist. Auch dieses Prinzip schützt letztlich die Hoheitsgewalt der Mitgliedstaaten.<sup>374</sup> Die Verpflichtung der EU zur Einhaltung föderativer Grundsätze wird auch in Art. 23 Abs. 1 S. 1 GG ausgesprochen. Damit ist jedenfalls klargestellt, dass die EU sich nicht zu einem Zentralstaat entwickeln darf, in dem den dezentralen Ebenen keine (hinreichenden) Befugnisse mehr verbleiben.<sup>375</sup> Die EU erfüllt diese Voraussetzungen,<sup>376</sup> sie ist ein Mehrebenensystem mit föderativer Struktur.<sup>377</sup> Die in Art. 23 Abs. 1 S. 1 GG ausgesprochene Verpflichtung findet

371 Unten 5. Kapitel A.

372 *Nettesheim*, EuR 2004, 511.

373 Siehe zu diesen Kriterien noch unten 5. Kapitel B. I. und II.

374 *Pernice*, in: Dreier, Art. 23 Rn. 70; vgl. dazu ausführlicher unten 4. Kapitel A. III. 4. a).

375 *Jarass*, in: Jarass/Pieroth, Art. 23 Rn. 18; *Pernice*, in: Dreier, Art. 23 Rn. 65; *Uerpmann-Witzack*, in: v. Münch/Kunig, Art. 23 Rn. 22; *Zuleeg*, NJW 2000, 2846.

376 *Scholz*, in: Maunz/Dürig, 69. EL 2013, Art. 23 Rn. 97.

377 *Zuleeg*, NJW 2000, 2846.

denn auch ihre Entsprechung in Art. 4 EUV. Dieser legt die Bauprinzipien der föderativen Ordnung der EU fest, indem er die Grundsätze der beschränkten Einzelmächtigung der Union, der Gleichheit der Mitgliedstaaten, der Verpflichtung der EU auf Achtung der nationalen Identität der Mitgliedstaaten und ihrer grundlegenden Staatsfunktionen sowie andererseits der Pflicht zur loyalen Zusammenarbeit normiert.<sup>378</sup>

*b) Achtung der Gleichheit und nationalen Identität der Mitgliedstaaten und Pflicht zur loyalen Zusammenarbeit*

Wie in föderativen Systemen üblich, haben die zentrale Ebene und die dezentralen Glieder daher bestimmte Pflichten einander gegenüber. Aus dem deutschen Staatsrecht ist etwa der Grundsatz der Bundestreue bekannt, der beide Staatsteile zur gegenseitigen Rücksichtnahme verpflichtet.<sup>379</sup> In der EU bestehen die Pflichten der zentralen Ebene zunächst darin, die Gleichheit der Mitgliedstaaten vor den Verträgen und ihre nationale Identität zu achten, Art. 4 Abs. 2 S. 1 EUV.<sup>380</sup> Auch das Prinzip der Gleichheit der Mitgliedstaaten ist aus dem Staatsrecht von Bundesstaaten bekannt und etwa auch in Deutschland etabliert.<sup>381</sup> Der Grundsatz ist unionsrechtlich auszulegen, da es um eine Gleichheit „vor den Verträgen“ geht, sodass er etwa eine im Primärrecht selbst festgelegte unterschiedliche Behandlung im Hinblick auf die Besetzung des Europäischen Parlaments nicht verhindert.<sup>382</sup>

Die Wahrung der nationalen Identität ist ein bedeutsames Anliegen der EU und fand sich schon in den Verträgen von Maastricht in Art. F Abs. 1 EUV 1992 und Amsterdam in Art. 6 Abs. 3 EUV 1997.<sup>383</sup> Die Bestimmung drückt ein Grundverständnis des europäischen Mehrebenensystems aus als Verfassungsverbund,<sup>384</sup> in dem die nationalen Verfassungen zu achten sind.<sup>385</sup> Die EU ist nicht auf eine Einheitsstaatlichkeit ausgelegt, sondern hat eine föderale Grundstruktur, in welcher das Verhältnis der zentralen und dezentralen Ebene so konzipiert ist, dass die Mitgliedstaaten ihre Eigenart und Autonomie, letztlich ihre Staatlichkeit, grundsätzlich behalten sollen.<sup>386</sup> Dieses Grundverhältnis wird durch Art. 4 Abs. 2 S. 1 EUV zum Ausdruck gebracht.<sup>387</sup> Er ist daher folgerichtig als „föderales Grundrecht“ der

378 *v. Bogdandy/Schill*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, 51. EL 2013, Art. 4 EUV Rn. 1.

379 BVerfGE 1, 299, 315; 6, 309, 361; ausführlich dazu *Herzog/Grzeszick*, in: Maunz/Dürig, 69. EL 2013, Art. 20 IV Rn. 118 ff.

380 Dazu *Epiney*, in: Bieber/Epiney/Haag, § 2 Rn. 55; *Hatje*, in: Schwarze, Art. 4 EUV Rn. 3 ff.

381 *v. Bogdandy/Schill*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, 51. EL 2013, Art. 4 EUV Rn. 6; zum deutschen Staatsrecht BVerfGE 1, 299, 315; *Herzog/Grzeszick*, in: Maunz/Dürig, 69. EL 2013, Art. 20 IV Rn. 113 ff.

382 *v. Bogdandy/Schill*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, 51. EL 2013, Art. 4 EUV Rn. 7; *Epiney*, in: Bieber/Epiney/Haag, § 2 Rn. 57; vgl. auch *Hatje*, in: Schwarze, Art. 4 EUV Rn. 8.

383 Vgl. dazu *Zuleeg*, NJW 2000, 2846.

384 Siehe oben 2. Kapitel C. IV. 1. f).

385 *v. Bogdandy/Schill*, ZaöRV 70 (2010), 701, 706.

386 *Zuleeg*, NJW 2000, 2846.

387 *Pernice*, AöR 136 (2011), 185, 187.

Mitgliedstaaten bezeichnet worden.<sup>388</sup> In grundlegenden Bereichen dürfen und sollen die Mitgliedstaaten verschieden bleiben, wie es auch das Motto der EU „in Vielfalt geeint“ postuliert.<sup>389</sup>

Nimmt man den Grundsatz der Subsidiarität<sup>390</sup> als Strukturprinzip ernst, so wird deutlich, dass die dezentrale Zuständigkeit im Dienste von Bürgernähe und demokratischer Teilhabe den Regelfall bildet, zentrale Kompetenzen jedoch dann eingreifen, wenn eine dezentrale Zuständigkeit das Gemeinwohlziel nicht effektiv erreichen kann. Freilich muss auch dann die nationale Identität in der in Art. 4 Abs. 2 S. 1 EUV umschriebenen Weise erhalten bleiben. Das Gebot der Wahrung der nationalen Identität bildet letztlich eine weitere Schranke für die Ausübung der Kompetenzen der EU.<sup>391</sup>

Der Schutzbereich ist gegenüber früheren Formulierungen präzisiert und damit auch beschränkt worden,<sup>392</sup> da es nur um eine nationale Identität geht, die „in ihren grundlegenden politischen und verfassungsmäßigen Strukturen einschließlich der regionalen und lokalen Selbstverwaltung zum Ausdruck kommt“. Dabei sind nicht sämtliche verfassungsrechtlichen Besonderheiten der nationalen Ordnung geschützt, sondern nur die „grundlegenden“ Bereiche von besonderer Konflikttintensität.<sup>393</sup> Art. 4 Abs. 2 S. 2 EUV erläutert ferner, dass die EU die „grundlegenden Funktionen des Staates, insbesondere die Wahrung der territorialen Unversehrtheit, die Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung und den Schutz der nationalen Sicherheit“ achtet, und Art. 4 Abs. 2 S. 3 EUV stellt klar, dass insbesondere die nationale Sicherheit weiterhin in die „alleinige Verantwortung der einzelnen Mitgliedstaaten“ fällt.

Damit korrespondiert die spezifische Eigenart der EU, in welcher die Mitgliedstaaten jedenfalls zurzeit noch insoweit alleinige Inhaber der staatlichen Vollzugsgewalt sind, als sie die europäischen Rechtsakte selbstständig durchsetzen und über das Gewaltmonopol verfügen.<sup>394</sup> Auch das BVerfG hat hierin einen besonders sensiblen Bereich der demokratischen Selbstbestimmung ausgemacht.<sup>395</sup> Die Befugnisse etwa von Europol sind bislang noch stark beschränkt.<sup>396</sup> Gerade hierin liegt

388 *Pernice*, JZ 2000, 866, 875; *ders.*, AöR 136 (2011), 185, 193; vgl. auch *Nettesheim*, EuR 2004, 511, 536.

389 Vgl. Art. I-8 Abs. 3 VVE.

390 Dazu noch ausführlich unter 4. Kapitel A. III. 4. a).

391 BVerfGE 123, 267, 383; *Pernice*, AöR 136 (2011), 185, 187, 213; *Puttler*, in: Calliess/Ruffert, Art. 4 EUV Rn. 14; *Vedder*, in: *Vedder/Heintschel v. Heinegg*, Art. 4 EUV Rn. 16; zu den Kompetenzzuschneidungsschranken siehe unten 4. Kapitel A. III. 4.

392 *Hatje*, in: *Schwarze*, Art. 4 EUV Rn. 9; *Puttler*, in: *Calliess/Ruffert*, Art. 4 EUV Rn. 11.

393 *v. Bogdandy/Schill*, ZaöRV 70 (2010), 701, 714; *dies.*, in: *Grabitz/Hilf/Nettesheim*, 51. EL 2013, Art. 4 EUV Rn. 16; vgl. auch *Puttler*, in: *Calliess/Ruffert*, Art. 4 EUV Rn. 15.

394 *Pernice*, AöR 136 (2011), 185, 190, 198 f.

395 BVerfGE 123, 267, 359.

396 Vgl. dazu noch ausführlich unten 4. Kapitel B.

auch ein besonders gewichtiger Unterschied der EU zum Staat.<sup>397</sup> Zudem garantiert Art. 4 Abs. 2 S. 2 EUV die territoriale Unversehrtheit und damit durchaus mehr als das deutsche GG den Ländern zugesteht. Im Verein mit dem Austrittsrecht nach Art. 50 EUV zeigt sich auch hierin ein grundlegender Unterschied des europäischen Mehrebenensystems *sui generis* gegenüber dem Bundesstaat.<sup>398</sup>

Das BVerfG proklamierte in seiner Lissabon-Entscheidung den Begriff der „Verfassungsidentität“ als Kerngehalt, der im Hinblick auf Art. 79 Abs. 3 GG unantastbar sei.<sup>399</sup> Wie man auch zu diesem Gehalt der Entscheidung positioniert sein mag,<sup>400</sup> der Begriff der nationalen Identität ist jedenfalls unionsrechtlich zu bestimmen.<sup>401</sup> Er ist beschränkt auf die Positionen, die in der konkreten mitgliedstaatlichen Verfassung niedergelegt sind.<sup>402</sup> Auch will Art. 4 Abs. 2 S. 1 EUV die nationale Identität nicht für unantastbar erklären, sondern nur zu ihrer Achtung verpflichtet, was eher einem Gebot der Rücksichtnahme entspricht.<sup>403</sup> Art. 4 EUV steht daher nicht isoliert, sondern im Gesamtzusammenhang der Verträge,<sup>404</sup> also auch der Kompetenzordnung.<sup>405</sup> Das bedeutet aber auch, dass die Grundwerte der Union im Sinne des Art. 2 EUV beachtet werden müssen.<sup>406</sup> Ferner können Eingriffe in die Grundfreiheiten des Unionsrechts zwar unter Umständen mit der nationalen Identität begründet werden, jedoch nur, wenn sie verhältnismäßig sind.<sup>407</sup> Daher muss gegebenenfalls eine Abwägung stattfinden. Ferner müssen der Vorrang des Unionsrechts und die Pflicht zur Gewährleistung der vollen Wirksamkeit desselben Berücksichtigung finden und können durch die „nationale Identität“ nicht ohne weiteres gesperrt oder außer Kraft gesetzt werden.<sup>408</sup>

Der Schutz der nationalen Identität kann daher nicht als Ausdruck der Reservierung eines wie auch immer gearteten Souveränitätsgehaltes ohne Rücksicht auf sonstige Pflichten aus den europäischen Verträgen verstanden werden.<sup>409</sup> Beachtlich ist zudem, dass von einer „souveränen“ Staatlichkeit der Einzelstaaten gar

397 F.C. Mayer, ZaöRV 63 (2003), 59, 61 f.; Pernice, AöR 136 (2011), 185, 193, 199; vgl. zu dieser Verbindung von Gewaltmonopol und Staat auch Möllers, Staat als Argument, S. 272 ff.; siehe bereits oben 1. Kapitel B. I.

398 Pernice, AöR 136 (2011), 185, 200.

399 BVerfGE 123, 267, 344; zur Vergleichbarkeit der Begriffe *Puttler*, in: Callies/Ruffert, Art. 4 EUV Rn. 17.

400 Vgl. dazu oben 2. Kapitel C. IV. 1.

401 v. Bogdandy/Schill, ZaöRV 70 (2010), 701, 711; *dies.*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, 51. EL 2013, Art. 4 EUV Rn. 13; Pernice, AöR 136 (2011), 185, 195.

402 v. Bogdandy/Schill, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, 51. EL 2013, Art. 4 EUV Rn. 14.

403 Pernice, AöR 136 (2011), 185, 194 f.

404 Pernice, AöR 136 (2011), 185, 203.

405 Hatje, in: Schwarze, Art. 4 EUV Rn. 18.

406 v. Bogdandy/Schill, ZaöRV 70 (2010), 701, 715.

407 Vgl. EuGH Slg. 1996, I-3207, I-3258 – *Kommission/Luxemburg* (Rs. C-473/93); vgl. zu weiteren Beispielen aus der Rechtsprechung des EuGH v. Bogdandy/Schill, ZaöRV 70 (2010), 701, 707 f.; *dies.*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, 51. EL 2013, Art. 4 EUV Rn. 19 ff.

408 Pernice, AöR 136 (2011), 185, 214 f.

409 Pernice, AöR 136 (2011), 185, 194 ff.

nicht die Rede ist,<sup>410</sup> sodass der Schutz sich auch nur auf eine offene und in die EU integrierte Staatlichkeit beziehen kann.<sup>411</sup> Dennoch muss sich die Auslegung letztlich an dem jeweiligen mitgliedstaatlichen Verständnis orientieren.<sup>412</sup> Daher kommt den nationalen Verfassungsgerichten als Interpretatoren der mitgliedstaatlichen Verfassungsordnung ein besonderes Gewicht zu für die Bestimmung der jeweiligen Verfassungsidentität.<sup>413</sup> Dies kann als Zusammenspiel der Gerichte im Verfassungsverbund bzw. Verfassungsgerichtsverbund gewertet werden.<sup>414</sup>

Das BVerfG sieht die Verfassungsidentität aus der Perspektive des deutschen GG im durch die Ewigkeitsklausel des Art. 79 Abs. 3 GG gesicherten Bereich der Art. 1 und 20 GG.<sup>415</sup> Neben der Menschenwürde geht es also um Demokratie, Sozial- und Bundesstaat, Republik und Rechtsstaat. Das Gericht hat sich insofern eine eigene Identitätskontrolle vorbehalten, diese jedoch zu Recht unter den Vorbehalt der Europarechtsfreundlichkeit des GG gestellt.<sup>416</sup> Dass das BVerfG jedoch zudem weitere Bereiche aufzählt, die als integrationsfester Kern der staatlichen Souveränität zu gelten hätten und darunter auch „Entscheidungen über das materielle und formelle Strafrecht“ fasst, ist, wie bereits oben ausgeführt,<sup>417</sup> nicht so zu verstehen, dass eine Übertragung von Kompetenzen in diesem Bereich gänzlich unmöglich wäre.

Union und Mitgliedstaaten sind zudem gemäß Art. 4 Abs. 3 EUV gegenseitig zur loyalen Zusammenarbeit verpflichtet.<sup>418</sup> Schon zuvor wurden Art. 10 EGV 2001 eine entsprechende Verpflichtung sowie der Grundsatz der „Gemeinschaftstreue“ in Anlehnung an die Bundestreue im deutschen Bundesstaat entnommen.<sup>419</sup> Dem-

410 *v. Bogdandy/Schill*, ZaöRV 70 (2010), 701, 709; *dies.*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, 51. EL 2013, Art. 4 EUV Rn. 10; *Epiney*, in: Bieber/Epiney/Haag, § 2 Rn. 57.

411 *Pernice*, AöR 136 (2011), 185, 210; vgl. auch *Beutler*, in: von der Groeben/Schwarze, Art. 6 EUV Rn. 200; zur Problematik der Gleichsetzung von nationaler Identität mit Souveränität *Beutler*, in: von der Groeben/Schwarze, Art. 6 EUV Rn. 198; für eine solche Gleichsetzung aber etwa *Doebing*, FS Everling, 1995, S. 269; *Hatje*, in: Schwarze, Art. 4 EUV Rn. 11; vgl. ferner *Puttler*, in: Callies/Ruffert, Art. 4 EUV Rn. 17, die zwar die Souveränität der Mitgliedstaaten als Teil der Grundstrukturen ansieht, aber dennoch zu Recht darauf hinweist, dass es sich um eine „integrierte“ Staatlichkeit handeln muss, bei welcher der Souveränitätsspanzer geöffnet ist.

412 *v. Bogdandy/Schill*, ZaöRV 70 (2010), 701, 731; *dies.*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, 51. EL 2013, Art. 4 EUV Rn. 22; *Hatje*, in: Schwarze, Art. 4 EUV Rn. 19; *Pernice*, AöR 136 (2011), 185, 214.

413 *v. Bogdandy/Schill*, ZaöRV 70 (2010), 701, 716 f.; *dies.*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, 51. EL 2013, Art. 4 EUV Rn. 23.

414 *v. Bogdandy/Schill*, ZaöRV 70 (2010), 701, 715; *dies.*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, 51. EL 2013, Art. 4 EUV Rn. 43.

415 BVerfGE 123, 267, 343.

416 BVerfGE 123, 267, 354.

417 Siehe oben 2. Kapitel C. IV. 2. c) cc).

418 Dazu *v. Bogdandy/Schill*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, 51. EL 2013, Art. 4 EUV Rn. 51; *Epiney*, in: Bieber/Epiney/Haag, § 2 Rn. 62; *Hatje*, in: Schwarze, Art. 4 EUV Rn. 21 ff.; *Herdegen*, Europarecht, § 6 Rn. 14; *Satzger*, Europäisierung, S. 295 ff.; *Vedder*, in: *Vedder/Heintschel v. Heinegg*, Art. 4 EUV Rn. 18 ff.

419 EuGH Slg. 1983, 255, 287 – *Luxemburg/Parlament* (Rs. C-230/81), zu Art. 5 EWGV; *Zuleeg*, NJW 2000, 2846, 2846 f.; *ders.*, in: von der Groeben/Schwarze, Art. 10 EGV Rn. 1; vgl. auch schon *Tiedemann*, NJW 1993, 23, 25.

entsprechend findet jetzt der Ausdruck „Unionstreue“ Verwendung.<sup>420</sup> Auch dieses Prinzip ist elementar für jede föderale Ordnung, da ohne Loyalität und Bundestreue bei Autonomie der Glieder und Wahrung ihrer nationalen Identität kein funktionsfähiger Bund bestehen kann. Es besteht eine wechselseitige Pflicht, sich bei der Erfüllung der Aufgaben, die sich aus den Verträgen ergeben, zu unterstützen, wodurch der kooperative Föderalismus der EU zu Tage tritt.<sup>421</sup> Beide Ebenen bewirken zusammen die Erfüllung der Gemeinwohlintressen. Der EuGH hat in diesem Zusammenhang schon unter Geltung von Art. 5 EWGV und Art. 10 EGV 1992 eine Vielzahl an Prinzipien entwickelt. Darunter fallen u.a. der Vorrang des EU-Rechts, die unmittelbare Wirkung von Richtlinien vor ihrer Umsetzung oder die Pflicht zur richtlinienkonformen Auslegung des nationalen Rechts.<sup>422</sup>

Die Mitgliedstaaten sind nach Art. 4 Abs. 3 UA. 2 EUV gegenüber der EU verpflichtet, alle geeigneten Maßnahmen allgemeiner oder besonderer Art zur Erfüllung der Verpflichtungen, die sich aus den Verträgen oder den Handlungen der Organe der Union ergeben, zu ergreifen.<sup>423</sup> Konkret muss das nationale Recht modifiziert werden durch Erlass, Änderung oder Aufhebung von Vorschriften, um dem Unionsrecht zur Geltung und praktischen Wirksamkeit (*effet utile*)<sup>424</sup> zu verhelfen.<sup>425</sup> Eine Pflicht zur Umsetzung von Richtlinien ergibt sich zwar schon aus Art. 288 Abs. 3 AEUV, aus dem Grundsatz der loyalen Zusammenarbeit und des *effet utile* kann sich daneben aber auch Weiteres ergeben, z.B. die Wirkung der Richtlinie vor Umsetzung<sup>426</sup> oder die Anforderungen an das „Wie“ der Umsetzung.<sup>427</sup> Zudem bestehen nach Art. 4 Abs. 3 UA. 3 EUV Unterlassungspflichten der Mitgliedstaaten, sodass sie auch im Rahmen ihrer Kompetenzen die Unionsziele nicht gefährden dürfen, was zu einem Verbot unionsrechtswidriger Handlungen führt.<sup>428</sup> Letztlich bestehen entsprechende Loyalitätspflichten für alle drei hoheitlichen Gewalten der Mitgliedstaaten.<sup>429</sup>

Auch im Hinblick auf das Strafrecht ergeben sich gewichtige Pflichten der Mitgliedstaaten. Einerseits darf das nationale Strafrecht nicht unionsrechtswidrig sein und dadurch die Ziele der EU gefährden.<sup>430</sup> Wenn Strafnormen gegen die europäi-

420 So etwa bei *Herdegen*, Europarecht, § 6 Rn. 14; *Terhechte*, EuR-Beiheft 2010, 135, 146 f.; *Vedder*, in: *Vedder/Heintschel v. Heinegg*, Art. 4 EUV Rn. 23; *Weißer*, ZIS 2006, 562, 568; *Zuleeg*, NJW 2000, 2846, 2846 f.

421 Dazu *v. Bogdandy/Schill*, in: *Grabitz/Hilf/Nettesheim*, 51. EL 2013, Art. 4 EUV Rn. 53 ff.

422 Vgl. die Aufzählung bei *v. Bogdandy/Schill*, in: *Grabitz/Hilf/Nettesheim*, 51. EL 2013, Art. 4 EUV Rn. 57.

423 Vgl. zum Inhalt der Unionstreue auch schon *Zuleeg*, NJW 2000, 2846, 2847.

424 Siehe zum *effet utile* als Auslegungsgrundsatz noch unten 4. Kapitel A. III. 2. b).

425 *Kahl*, in: *Calliess/Ruffert*, Art. 4 EUV Rn. 54.

426 *v. Bogdandy/Schill*, in: *Grabitz/Hilf/Nettesheim*, 51. EL 2013, Art. 4 EUV Rn. 66.

427 *Kahl*, in: *Calliess/Ruffert*, Art. 4 EUV Rn. 54.

428 *v. Bogdandy/Schill*, in: *Grabitz/Hilf/Nettesheim*, 51. EL 2013, Art. 4 EUV Rn. 63.

429 *v. Bogdandy/Schill*, in: *Grabitz/Hilf/Nettesheim*, 51. EL 2013, Art. 4 EUV Rn. 62; *Zuleeg*, in: von der Groeben/Schwarze, Art. 10 EGV Rn. 5.

430 Dazu *Satzger*, Europäisierung, S. 295 ff.

schen Vorgaben verstoßen, sind sie daher in diesem Kontext unanwendbar.<sup>431</sup> Andererseits müssen die Mitgliedstaaten auf Grund ihrer Loyalitätspflicht dem europäischen Recht zur Wirksamkeit verhelfen.<sup>432</sup> Schon allgemein müssen die Mitgliedstaaten das EU-Recht ausführen, da sie insoweit das Gewaltmonopol und die Vollzugszuständigkeit innehaben. Daneben kann aber auch der Erlass von Rechtsvorschriften notwendig werden, insbesondere wenn eine entsprechende Rechtssetzungsbefugnis der EU fehlt. Dies kann gerade auch zu einer Verpflichtung zur Einführung von Sanktionen führen. Da die EWG/EG lange Zeit nicht über Kompetenzen zur Strafrechtssetzung verfügte, war sie hinsichtlich des Schutzes ihrer Rechtsgüter auf die Mitgliedstaaten angewiesen.<sup>433</sup>

So besteht die Pflicht, die geeigneten Maßnahmen zu ergreifen, die notwendig sind, um die volle Wirksamkeit des Unionsrechts zu gewährleisten.<sup>434</sup> Insbesondere müssen sie Verstöße gegen Unionsrecht in gleicher Weise ahnden wie Verstöße gegen das nationale Recht, bezeichnet als Gleichbehandlungsgebot oder Assimilierungspflicht.<sup>435</sup> Der EuGH stellte klar, dass unter diese Sanktionsverpflichtung auch das Strafrecht fällt, sofern dessen Einsatz notwendig ist, um die Gemeinschaftsziele zu erreichen.<sup>436</sup> Also konnte das Loyalitätsgebot hier zu einer Pflicht zum Einsatz des mitgliedstaatlichen Strafrechts im Dienste der EG/EU führen.<sup>437</sup>

431 Hecker, Europ. Strafrecht, § 9 Rn. 10; Satzger, Europäisierung, S. 295 ff.; ders., Intern. u. Europ. Strafrecht, § 9 Rn. 80; vgl. auch noch unten 4. Kapitel C. II. 2.

432 Dazu Ambos, Intern. Strafrecht, § 11 Rn. 37; Hecker, Europ. Strafrecht, § 7 Rn. 20 ff.; Safferling, Intern. Strafrecht, § 11 Rn. 30; Satzger, Europäisierung, S. 328 ff.; ders., Intern. und Europ. Strafrecht, § 9 Rn. 25 ff.; Schramm, Intern. Strafrecht, 4. Kapitel Rn. 62 ff.; ausführlich noch unten 4. Kapitel C. I. 2.

433 Calliess, ZEuS 2008, 3, 16; Hecker, JA 2007, 561, 562; ders., Europ. Strafrecht, § 7 Rn. 1; Heger, in: Böse, EnzEuR Bd. 9, § 5 Rn. 12; Satzger, Europäisierung, S. 328; ders., Intern. und Europ. Strafrecht, § 9 Rn. 26; vgl. auch Tiedemann, NJW 1990, 2226.

434 EuGH Slg. 1989, 2965, 2984 – *Kommission/Griechische Republik* (Rs. C-68/88); Slg. 1990, I-2911, I-2935 – *Hansen* (Rs. C-326/88); dazu Ambos, Intern. Strafrecht, § 11 Rn. 38; Böse, Strafen und Sanktionen, S. 410 f.; v. Bogdandy/Schill, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, 51. EL 2013, Art. 4 EUV Rn. 79; Braum, Europäische Strafgesetzlichkeit, S. 169, 200 ff.; Dannecker, JURA 1998, 79, 81; Deutscher, S. 352 ff.; Fromm, Der strafrechtliche Schutz der Finanzinteressen, S. 5 f.; Gröbblinghoff, S. 12 ff.; Hecker, JA 2002, 723, 725; ders., Europ. Strafrecht, § 7 Rn. 24 ff.; Heger, in: Böse, EnzEuR Bd. 9, § 5 Rn. 19; F. Meyer, Strafrechtsgenese, S. 364 f.; Möhrenschrager, in: Dannecker, Subventionsbetrug, S. 166; Safferling, Intern. Strafrecht, § 10 Rn. 23, § 11 Rn. 34; Satzger, Europäisierung, S. 333 ff.; ders., Intern. und Europ. Strafrecht, § 9 Rn. 27 ff.; Vogel, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, 51. EL 2013, Art. 83 AEUV Rn. 3; siehe bereits oben 4. Kapitel A. II. 4.

435 Ambos, Intern. Strafrecht, § 11 Rn. 38; v. Bogdandy/Schill, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, 51. EL 2013, Art. 4 EUV Rn. 79; Braum, Europäische Strafgesetzlichkeit, S. 169, 200 ff.; Calliess, ZEuS 2008, 3, 20 ff.; Dannecker, JURA 1998, 79, 81; Fromm, Der strafrechtliche Schutz der Finanzinteressen, S. 5 f.; Gröbblinghoff, S. 12 ff.; Hecker, Europ. Strafrecht, § 7 Rn. 28; Heger, in: Böse, EnzEuR Bd. 9, § 5 Rn. 8 ff.; Safferling, Intern. Strafrecht, § 11 Rn. 31; Satzger, Intern. und Europ. Strafrecht, § 9 Rn. 27 ff.; Schramm, Intern. Strafrecht, 4. Kapitel Rn. 63 f.; Tiedemann, NJW 1990, 2226; siehe zur Assimilierungspflicht noch ausführlich unten 4. Kapitel C. I. 2.

436 EuGH Slg. 1990, I-3365, I-3372 – *Zwartveld* (Rs. C-2/88).

437 Fromm, ZIS 2007, 26, 27; Hecker, Europ. Strafrecht, § 7 Rn. 2 ff.; F. Meyer, Strafrechtsgenese, S. 365 f.; Satzger, Europäisierung, S. 328 ff.; siehe oben 4. Kapitel A. II. 4.

Daneben gelten auch im Hinblick auf das Strafrecht der Anwendungsvorrang des Unionsrechts sowie die Pflicht zur unionsrechtskonformen Auslegung.<sup>438</sup>

Auf der anderen Seite ist auch die EU gegenüber den Mitgliedstaaten zur Loyalität verpflichtet, was – ergänzt durch die Pflicht zur Achtung der nationalen Identität – zu Konsultations-, Hilfs- und Rücksichtnahmepflichten der einzelnen Unionsorgane führen kann.<sup>439</sup>

## 2. Handlungsermächtigung der EU, Reichweite und Auslegung

### a) Das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung

Die EU verfügt gemäß dem u.a. in Art. 4 Abs. 1 und Art. 5 Abs. 1 EUV zum Ausdruck kommenden Grundsatz der begrenzten Einzelermächtigung nur über die ihr übertragenen Zuständigkeiten. Art. 5 Abs. 1 EUV bildet die Zentralnorm der föderalen Kompetenzverteilung der EU<sup>440</sup> und entspricht wortgleich Art. I-11 VVE. Art. 5 Abs. 2 EUV erläutert dieses Prinzip näher und erklärt, dass die EU nur über die ihr übertragenen Zuständigkeiten verfügt und dass alle nicht der Union übertragenen Kompetenzen bei den Mitgliedstaaten verbleiben.<sup>441</sup> In deklaratorischer Form bringt auch Art. 4 Abs. 1 EUV Letzteres zum Ausdruck. Diese doppelte Feststellung der grundsätzlich auf die Mitgliedstaaten zentrierten Kompetenzordnung ist überflüssig und exemplifiziert die Furcht derselben vor einer Ansaugung von Zuständigkeiten durch die EU.<sup>442</sup> Auch Art. 1 Abs. 1 EUV ist zu entnehmen, dass der EU die Zuständigkeiten zur Wahrnehmung der gemeinsamen Ziele übertragen wurden, wodurch ebenfalls offenkundig wird, dass der Union nicht allgemeine, alles umfassende Kompetenzen eingeräumt wurden, sondern nur solche, die der Problemlösung und der Erreichung bestimmter Zwecke auf übergeordneter Ebene bedürfen.

Dies ist die Grundstruktur des Mehrebenensystems der Union. Es bleibt daher bei einer grundsätzlich umfassenden Zuständigkeit der Mitgliedstaaten und einer Kompetenz der EU für bestimmte Einzelbereiche.<sup>443</sup> Art. 7 AEUV verpflichtet die Union nochmals, dem Grundsatz der begrenzten Einzelermächtigung Rechnung zu tragen. Dieses Prinzip bringt zum Ausdruck, dass die EU außer in den ihr übertra-

438 Dazu *Ambos*, Intern. Strafrecht, § 11 Rn. 41 ff., 46 ff.; *Hecker*, Europ. Strafrecht, § 9 und § 10; *Safferling*, Intern. Strafrecht, § 11 Rn. 12 ff., 15 ff.; *Satzger*, Intern. und Europ. Strafrecht, § 9 Rn. 79 ff., 89 ff.; *Schramm*, Intern. Strafrecht, 4. Kapitel Rn. 75 ff., 83 ff.; siehe noch unten 4. Kapitel C. I. 4. (unionsrechtskonforme Auslegung) und 4. Kapitel C. II. 1. (Vorrang des EU-Rechts).

439 v. *Bogdandy/Schill*, in: *Grabitz/Hilf/Nettesheim*, 51. EL 2013, Art. 4 EUV Rn. 111 ff.; *Hatje*, in: *Schwarze*, Art. 4 EUV Rn. 76.

440 *Bast*, in: *Grabitz/Hilf/Nettesheim*, 51. EL 2013, Art. 5 EUV Rn. 1; vgl. auch *Calliess*, in: *Calliess/Ruffert*, Art. 5 EUV Rn. 4: „Schlüsselnorm“.

441 Vgl. *Hecker*, Europ. Strafrecht, § 4 Rn. 44; *Lienbacher*, in: *Schwarze*, Art. 5 EUV Rn. 6; *Ritzer*, S. 62.

442 *F.C. Mayer*, *ZaöRV* 67 (2007), 1141, 1163 ff.

443 *Ritzer*, S. 62; *Zuleeg*, *NJW* 2000, 2846, 2847.

genen Bereichen nicht tätig werden darf, und erfüllt damit eine Funktion der Kompetenzabgrenzung sowie im Hinblick auf die EU auch der Begrenzung.<sup>444</sup> In diesem Sinne belegt auch Art. 13 Abs. 2 EUV noch einmal, dass die Organe der EU außerhalb der im Vertrag zugewiesenen Befugnisse nicht handeln dürfen. Dieser Grundsatz gilt für sämtliche Bereiche des hoheitlichen Handelns in der EU.<sup>445</sup> Der deutsche Vertragstext verwendet hinsichtlich der Rechtsgrundlage für ein Tätigwerden der EU die auch in Rechtsprechung Literatur weit verbreitete Terminologie der „begrenzten Einzelermächtigung“.<sup>446</sup>

Dieser Begriff ist jedoch nicht unumstritten,<sup>447</sup> denn er suggeriert, dass der EU nur enumerativ und explizit aufgeführte Handlungsbefugnisse zukommen. Tatsächlich erlaubt aber z.B. Art. 352 AEUV ein ergänzendes Tätigwerden in weitaus größerem Umfang.<sup>448</sup> Daher wird teilweise vorgeschlagen, stattdessen von „begrenzter Ermächtigung“ zu sprechen,<sup>449</sup> um auch dieser Tatsache Rechnung zu tragen und dem Eindruck entgegenzutreten, dass die Verträge einer strengen Enumerationstechnik unterworfen seien. Da die Terminologie „begrenzte Einzelermächtigung“ jedoch inzwischen auch in der deutschen Version des Vertragstextes benutzt wird, soll sie auch im Rahmen dieser Arbeit verwendet werden.

Letztlich dürfte der gewichtige Gehalt des Prinzips darin liegen, festzuhalten, dass die EU nicht über eine Allzuständigkeit verfügt,<sup>450</sup> sondern sich auf konkrete Handlungsermächtigungen im Primärrecht berufen muss, während alle anderen Zuständigkeiten bei den Mitgliedstaaten verbleiben, Art. 4 Abs. 1 EUV. Nicht zuletzt geht es dabei auch um die Unterscheidung zwischen zulässiger Kompetenzwahrnehmung und Vertragsreform.<sup>451</sup> Für das BVerfG hat das Prinzip deshalb besondere Bedeutung, nämlich nicht nur als vertraglicher Grundsatz, sondern als mitgliedstaatliches Verfassungsprinzip, da Kompetenz-Kompetenz und das Selbstbestimmungsrecht des deutschen Volkes gewahrt blieben.<sup>452</sup> Das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung betrifft die erste Stufe der Kompetenzprüfung, nämlich die Frage, ob überhaupt eine entsprechende Handlungsbefugnis der EU besteht.<sup>453</sup> Die EU darf nur tätig werden, sofern und soweit sich eine Rechtsgrundlage

444 Bast, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, 51. EL 2013, Art. 5 EUV Rn. 14.

445 Nettesheim, in: v. Bogdandy/Bast, S. 407; Ritzer, S. 58.

446 Vgl. statt Vieler nur BVerfGE 123, 267, 347; Deutscher, S. 199 ff.; Herdegen, Europarecht, § 8 Rn. 59; Ritzer, S. 56 ff.; Satzger, Intern. u. Europ. Strafrecht, § 8 Rn. 18; Streinz, in: ders., EUV/AEUV, Art. 5 EUV Rn. 8; Vedder, in: Vedder/Heintschel v. Heinegg, Art. 5 EUV Rn. 7; Zöller, ZIS 2009, 340, 341.

447 Kritisch Bast, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, 51. EL 2013, Art. 5 EUV Rn. 13; Nettesheim, in: v. Bogdandy/Bast, S. 398.

448 Siehe dazu noch unten 4. Kapitel A. III. 2. d).

449 Ipsen, Europ. Gemeinschaftsrecht, S. 425 ff.; Nettesheim, in: v. Bogdandy/Bast, S. 398.

450 Calliess, ZEuS 2008, 3, 6; vgl. auch Zuleeg, NJW 2000, 2846, 2847.

451 BVerfGE 89, 155, 210; Nettesheim, in: v. Bogdandy/Bast, S. 399 f.

452 BVerfGE 123, 267, 349 f.; vgl. auch Braum, Europäische Strafgesetzmäßigkeit, S. 243, der es als Bestandteil der demokratischen Legitimationskette wertet.

453 Calliess, ZEuS 2008, 3, 6; ders., in: Calliess/Ruffert, Art. 5 EUV Rn. 9.

aus dem Primärrecht ergibt, d.h. ausdrücklich normiert ist oder sich jedenfalls durch Auslegung herleiten lässt,<sup>454</sup> was der Begrenzungsfunktion der Kompetenztitel entspricht.<sup>455</sup>

Trotz der genannten Beschränkungen zu Gunsten der Mitgliedstaaten wird in den der EU zustehenden Bereichen eine autonome und originäre Hoheitsgewalt begründet, die sie selbstständig und eigenverantwortlich durch eigene Organe wahrnimmt.<sup>456</sup> Auch ist das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung nicht so zu verstehen, dass es eine dynamische Auslegung und Weiterentwicklung des Unionsrechts generell verhindert.<sup>457</sup> Vielmehr steht eine solche im Einklang mit Art. 5 EUV. Der dynamische Charakter ist einer Kompetenzordnung immanent, die nicht auf die Übertragung von Materien, sondern von zielbezogenen Zuständigkeiten gerichtet ist.

#### b) *Effet utile als Auslegungsgrundsatz*

Wie in den anderen dargestellten (staatlichen) Systemen ist auch die Reichweite der Kompetenzen der EU durch Auslegung zu ermitteln. Schon seit langem ist in der Rechtsprechung des EuGH dabei der Grundsatz des *effet utile* als teleologische Auslegungsregel<sup>458</sup> anerkannt. Ihr kommt im europäischen Recht im Vergleich zu anderen Auslegungsmethoden sogar besonderes Gewicht zu.<sup>459</sup> Der EuGH hat in der Entscheidung *Van Gend & Loos*<sup>460</sup> längere Ausführungen zur Auslegung der Verträge gemacht und dabei schon durch die Reihenfolge der Benennung der Auslegungsgrundsätze „Geist dieser Vorschriften, Systematik und Wortlaut“ die Dominanz des teleologischen Ansatzes betont.<sup>461</sup> Die Kompetenztitel sind daher nach Auffassung des EuGH so zu interpretieren, dass sie ihre volle „praktische Wirksamkeit“ entfalten können, um die Ziele der EU zu erreichen und ihre Politiken zu verwirklichen.<sup>462</sup>

Letztlich geht es dabei um eine „größtmögliche Ausschöpfung“ der Unionsbefugnisse.<sup>463</sup> Dies ist eine weite Auslegung der „begrenzten Einzelermächtigungen“, die durchaus geeignet sein könnte, die zentrale Hoheitsgewalt stark auszuweiten, wie es etwa auch im US-amerikanischen Recht Folge einer extensiven Interpretation der Bundeskompetenzen war.<sup>464</sup> Damit kommt einerseits zum Ausdruck, dass

454 Hecker, Europ. Strafrecht, § 4 Rn. 44.

455 Bast, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, 51. EL 2013, Art. 5 EUV Rn. 14.

456 Nettesheim, in: v. Bogdandy/Bast, S. 397 f.

457 Nettesheim, in: v. Bogdandy/Bast, S. 400.

458 Calliess, ZEuS 2008, 3, 7; Nettesheim, in: Oppermann/Classen/Nettesheim, § 11 Rn. 7; Ritzler, S. 64.

459 Wegener, in: Calliess/Ruffert, Art. 19 EUV Rn. 15.

460 EuGH Slg. 1963, 3, 24 – *van Gend & Loos* (Rs. 26/62).

461 F. Meyer, Strafrechtsgenese, S. 343.

462 Calliess, ZEuS 2008, 3, 7; Nettesheim, in: Oppermann/Classen/Nettesheim, § 11 Rn. 7.

463 BVerfGE 89, 155, 210; vgl. auch Calliess, ZEuS 2008, 3, 7.

464 Siehe dazu oben 3. Kapitel B. I. und II. 1. b).

das Recht der EU kein klassisches Völkerrecht ist, bei welchem der historische Wille der Vertragsparteien vornehmlich zu beachten ist, sondern Bestandteil einer autonomen Rechtsordnung,<sup>465</sup> die Vorrang vor dem Recht der Mitgliedstaaten beansprucht und deren Ziele möglichst zu verwirklichen sind.<sup>466</sup> Andererseits wird deutlich, dass die Kompetenzordnung trotz der genannten Schranken auf eine dynamische Entwicklung angelegt ist.

### c) *Implied Powers*

Dies wird noch dadurch verstärkt, dass der EuGH auch im Recht der EU *implied powers* anerkannt hat.<sup>467</sup> Die Lehre von den *implied powers* ist auch in Bundesstaaten wie den USA<sup>468</sup> oder der Bundesrepublik Deutschland<sup>469</sup> anerkannt. Letztlich handelt es sich dabei um eine Auslegung der bestehenden Kompetenzordnung, durch welche eine Erstreckung ausdrücklicher Zuständigkeiten auf implizit mitgeschriebene Befugnisse möglich wird.<sup>470</sup> Jeweils muss sich also ein Anknüpfungspunkt in der geschriebenen Kompetenzordnung der Verfassung finden lassen.<sup>471</sup>

Zwar kann eine solch extensive Auslegung in scheinbarem Konflikt mit dem Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung sowie in starke Nähe zur Vertragserweiterung geraten, sie ist jedoch seit langem anerkannt. Zudem widerspricht die Annahme von *implied powers* dem Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung bei genauer Betrachtung nicht, da sie jeweils aus bestehenden Kompetenzen hergeleitet werden, also inhärenter Teil einer Einzelermächtigung sind.<sup>472</sup> Daher sollte – wie im deutschen Recht<sup>473</sup> – besser von stillschweigend mitgeschriebenen Kompetenzen gesprochen werden. Sie sind daher auch vereinbar mit den Grundsätzen des

465 Siehe bereits oben 2. Kapitel C. II.

466 Vgl. auch F. Meyer, Strafrechtsgenese, S. 344.

467 EuGH Slg. 1956, 297, 312 – *Fédération Charbonniere de Belgique/Hobe Behörde der EGKS* (Rs. C-8/55); Slg. 1960, 663, 708 – *Italienische Republik/Hobe Behörde der EGKS* (Rs. C-20/59); dazu Bast, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, 51. EL 2013, Art. 5 EUV Rn. 21; Calliess, in: Calliess/Ruffert, Art. 5 EUV Rn. 16 f.; Herdegen, Europarecht, § 8 Rn. 61; Lienbacher, in: Schwarze, Art. 5 EUV Rn. 9; F. Meyer, Strafrechtsgenese, S. 344 ff.; Nettesheim, in: v. Bogdandy/Bast, S. 412 ff.; ders., in: Oppermann/Classen/Nettesheim, § 11 Rn. 11 f.; Nicolaysen, EuR 1966, 129; Ritzer, S. 64 ff.; Streinz, in: ders., EUV/AEUV, Art. 5 EUV Rn. 13; Vedder, in: Vedder/Heintschel v. Heinegg, Art. 5 EUV Rn. 11.

468 Vgl. insbesondere *McCulloch v. Maryland*, 17 U.S. 316, 406 (1819); dazu *Fletcher/Sheppard*, S. 155 ff.; *Reinbacher*, Das Strafrechtssystem der USA, S. 60 f.

469 Siehe zu den mitgeschriebenen Kompetenzen im Recht der Bundesrepublik Deutschland oben 3. Kapitel A. I. 2. e).

470 Calliess, in: Calliess/Ruffert, Art. 5 EUV Rn. 17; Nicolaysen, EuR 1966, 129, 131; Winkler, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, 51. EL 2013, Art. 352 AEUV Rn. 80; für das deutsche Recht: Gubelt, in: v. Münch/Kunig, Art. 30 Rn. 16; Rozek, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Art. 70 Rn. 44; Stern, Staatsrecht I, S. 676; Stettner, in: Dreier, Suppl. 2007, Art. 70 Rn. 21; Uhle, in: Maunz/Dürig, 69. EL 2013, Art. 70 Rn. 63.

471 Rozek, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Art. 70 Rn. 44; Stettner, in: Dreier, Suppl. 2007, Art. 70 Rn. 64.

472 Bast, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, 51. EL 2013, Art. 5 EUV Rn. 21; Calliess, in: Calliess/Ruffert, Art. 5 Rn. 17; Nettesheim, in: v. Bogdandy/Bast, S. 412; Zuleeg, in: von der Groeben/Schwarze, Art. 5 EGV Rn. 3.

473 Gubelt, in: v. Münch/Kunig, Art. 30 Rn. 16; Pernice, in: Dreier, Art. 30 Rn. 31; Uhle, in: Maunz/Dürig, 69. EL 2013, Art. 70 Rn. 62; siehe bereits oben 3. Kapitel A. I. 2. e).

Art. 5 EUV und unabhängig von der Flexibilitätsklausel des Art. 352 AEUV.<sup>474</sup> Auch das BVerfG hat inzwischen die Annahme von *implied powers* und *effet utile* als Auslegungsregeln des Unionsrechts grundsätzlich anerkannt und die „Tendenz der Besitzstandswahrung“ der europäischen Organe als Teil des vom Grundgesetz gewollten Integrationsauftrages bezeichnet.<sup>475</sup> Dennoch muss auch für eine solche Auslegung zunächst einmal eine Kompetenz übertragen worden sein, da *implied powers* zwingend auf eine explizit erteilte Ermächtigung bezogen sind.<sup>476</sup> Ferner sind die Schranken der Subsidiarität, Verhältnismäßigkeit und der Wahrung der nationalen Identität zu beachten.<sup>477</sup> *Implied powers* werden also durch die Vertragsbestimmungen begründet und begrenzt.<sup>478</sup>

Im deutschen Recht werden diesbezüglich Kompetenzen aus der Natur der Sache, Kompetenzen kraft Sachzusammenhangs und Annexkompetenzen unterschieden.<sup>479</sup> Nach der Diktion des EuGH umfassen Kompetenztitel zugleich diejenigen Befugnisse, „bei deren Fehlen sie sinnlos wären oder nicht in vernünftiger und zweckmäßiger Weise zur Anwendung gelangen könnten“.<sup>480</sup> Der Sache nach ist die Lehre der *implied powers* des EuGH daher den Kompetenzen kraft Sachzusammenhangs des deutschen Verfassungsrechts zu vergleichen.<sup>481</sup> Der EuGH hat in der Folge – vor der Vertragsreform von Lissabon und der Einführung des Art. 83 Abs. 2 AEUV – auch Befugnisse zur Veranlassung strafrechtlicher Maßnahmen per Richtlinie als *implied powers* der Kompetenzen der damaligen EG angenommen.<sup>482</sup>

Daneben sind auch im EU-Recht Annexregelungen sowie Kompetenzen aus der Natur der Sache („*resulting powers*“<sup>483</sup>), in Fällen, in denen eine Regelung durch die Mitgliedstaaten nicht in Betracht käme, weil denklogischerweise die EU zuständig sein muss, anerkannt,<sup>484</sup> z.B. hinsichtlich Verwaltungsverfahren und Organisation der Verwaltungseinrichtungen. Bei letzteren ungeschriebenen Zustän-

474 Siehe dazu noch unten 4. Kapitel A. III. 2. d).

475 BVerfGE 123, 267, 351 f.

476 Winkler, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, 51. EL 2013, Art. 352 AEUV Rn. 80.

477 Zu diesen Ausübungsschranken noch unten 4. Kapitel A. III. 4.

478 Bast, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, 51. EL 2013, Art. 5 EUV Rn. 21.

479 Ipsen, Staatsrecht I, § 10 Rn. 590 ff.; Stettner, in: Dreier, Suppl. 2007, Art. 70 Rn. 63 ff.; Uble, in: Maunz/Dürig, 69. EL 2013, Art. 70 Rn. 65 ff.; siehe dazu oben 3. Kapitel A. I. 2. e).

480 EuGH Slg. 1956, 297, 312 – *Fédération Charbonniere de Belgique/Hohe Behörde der EGKS* (Rs. C-8/55); Slg. 1960, 663, 708 – *Italienische Republik/Hohe Behörde der EGKS* (Rs. C-20/59).

481 Calliess, ZEuS 2008, 3, 7; Nicolaysen, EuR 1966, 129, 131; Winkler, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, 51. EL 2013, Art. 352 AEUV Rn. 80.

482 Dazu ausführlich oben 4. Kapitel A. II. 7.

483 Nicolaysen, EuR 1966, 129, 131; Winkler, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, 51. EL 2013, Art. 352 AEUV Rn. 79.

484 Bast, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, 51. EL 2013, Art. 5 EUV Rn. 21; Nettesheim, in: v. Bogdandy/Bast, S. 412; ders., in: Oppermann/Classen/Nettesheim, § 11 Rn. 12; Nicolaysen, EuR 1966, 129, 131; Vedder, in: Vedder/Heintschel v. Heinegg, Art. 5 EUV Rn. 11 – *resulting powers* ablehnend Ritzer, S. 66 ff.

digkeiten ist allerdings Vorsicht geboten, da auch Art. 352 AEUV herangezogen werden könnte.<sup>485</sup>

#### d) Flexibilitätsklausel des Art. 352 AEUV

Ermöglichen damit die Auslegung nach dem *effet utile* und die Anerkennung von *implied powers* eine gewisse Weiterentwicklung der bestehenden Kompetenzen innerhalb des Primärrechts und damit des Unionsrechts und der Unionszuständigkeiten ohne Vertragsreform, so gilt dies auch für die Flexibilitätsklausel<sup>486</sup> des Art. 352 AEUV. Sie erlaubt ein Tätigwerden der EU zur „Vertragsabrundung“<sup>487</sup>, um die Vertragsziele zu erreichen, wenn es erforderlich erscheint, entsprechende Spezialbefugnisse im Primärrecht jedoch nicht vorgesehen sind.

Vorläufer finden sich bereits in Art. 235 EWGV und in Art. 308 EGV 1997/2001, jedoch wurde im Zuge der Reform von Lissabon der Bezug zum Gemeinsamen Markt in Art. 352 AEUV gestrichen.<sup>488</sup> Ein weiterer Unterschied besteht in der nun erforderlichen Zustimmung des Europäischen Parlaments, sodass der Einwand der primär gubernativen Rechtssetzung im Rahmen des Art. 308 EGV 1997/2001 nun wegfällt.<sup>489</sup> Zudem ist auch die Rechtssetzung nach Art. 352 AEUV nun an das Subsidiaritätsprinzip gebunden, weshalb die nationalen Parlamente gemäß Art. 352 Abs. 2 AEUV im Rahmen des „Frühwarnsystems“ über geplante Rechtssetzungsakte informiert werden müssen.<sup>490</sup>

Auch hierbei handelt es sich um eine Befugnisnorm, die der EU insoweit eine Ermächtigung zum hoheitlichen Handeln erteilt, nicht aber um eine Berechtigung zur eigenständigen Kompetenzerweiterung.<sup>491</sup> Sie ist daher ebenfalls mit dem Prin-

485 Vgl. *Zuleeg*, in: von der Groeben/Schwarze, Art. 5 EGV Rn. 3.

486 *Braams*, in: Pernice, Der Vertrag von Lissabon, S. 132; *Lienbacher*, in: Schwarze, Art. 5 EUV Rn. 10; *Nettesheim*, EuR 2004, 511, 516; *Winkler*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, 51. EL 2013, Art. 352 AEUV Rn. 1. Daneben findet sich auch die Bezeichnung als „Vertragsabrundungskompetenz“; vgl. *Braum*, Europäische Strafgesetzlichkeit, S. 263 ff.; *Nettesheim*, in: Oppermann/Classen/Nettesheim, § 11 Rn. 8; *Rossi*, in: Calliess/Ruffert, Art. 352 AEUV Rn. 2; *Terhechte*, EuR 2008, 143, 156; ähnlich *Ritzer*, S. 64 – kritisch zu dieser Bezeichnung *Winkler*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, 51. EL 2013, Art. 352 AEUV Rn. 17; als „Auffangkompetenz“ bei *Nettesheim*, in: v. Bogdandy/Bast, S. 411, oder als „Generalmächtigung“ bei *Herdegen*, Europarecht, § 8 Rn. 63.

487 *Braum*, Europäische Strafgesetzlichkeit, S. 264.

488 Dazu *Herdegen*, Europarecht, § 8 Rn. 63; *Rossi*, in: Calliess/Ruffert, Art. 352 AEUV Rn. 1; *Winkler*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, 51. EL 2013, Art. 352 AEUV Rn. 2.

489 *Rossi*, in: Calliess/Ruffert, Art. 352 AEUV Rn. 6.

490 *Terhechte*, EuR 2008, 143, 156. Insbesondere durch die restriktive Rechtsprechung des BVerfG, das die Zustimmung des deutschen Vertreters im Rat an eine Ratifikation durch Bundestag und Bundesrat band (BVerfGE 123, 267, 395; nun auch normiert in § 8 IntVG), wird bezweifelt, ob der Klausel überhaupt noch eine hinreichende Flexibilität zukommt; vgl. *F.C. Mayer*, NJW 2010, 714, 715; *Rossi*, in: Calliess/Ruffert, Art. 352 AEUV Rn. 9.

491 *Bast*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, 51. EL 2013, Art. 5 EUV Rn. 22; *Lienbacher*, in: Schwarze, Art. 5 EUV Rn. 10.

zip der Einzelermächtigung vereinbar<sup>492</sup> und verfolgt wiederum eine zielorientierte Zuweisung von Zuständigkeit.<sup>493</sup> Sie soll dabei diejenigen Fälle erfassen, in denen sich weder ausdrückliche noch implizite Befugnisse der EU herleiten lassen, gleichwohl aber erforderlich erscheinen, um die Aufgaben und Vertragsziele zu erfüllen. Insofern sind bestehende Kompetenzen inklusive der jeweiligen *implied powers* vorrangig, sodass ein Rückgriff auf Art. 352 AEUV ausscheidet, wenn sich in Auslegung der sonstigen Kompetenztitel eine Befugnis zum Tätigwerden findet.<sup>494</sup>

### 3. Arten von Zuständigkeiten

Der Vertrag von Lissabon hat die verschiedenen Gesetzgebungskompetenzen der EU nach lang anhaltender diesbezüglicher Kritik endlich systematisiert. Die Art. 2 ff. AEUV, welche den Art. I-12 ff. VVE entsprechen,<sup>495</sup> unterteilen die Rechtssetzungskompetenzen nun in unterschiedliche Arten der Zuständigkeit. Ähnlich wie im deutschen Recht lassen sich zunächst ausschließliche und geteilte Zuständigkeiten trennen. Schon vor der Reform des Vertragswerkes war eine entsprechende Differenzierung in der Literatur vertreten worden.<sup>496</sup> Auch der EuGH hatte ausschließliche Unionskompetenzen anerkannt, von den konkurrierenden Zuständigkeiten unterschieden und näher erläutert.<sup>497</sup> Im Übrigen waren aber Inhalt und Reichweite der ausschließlichen Kompetenzen sehr umstritten.<sup>498</sup>

Art. 2 Abs. 1 AEUV bestimmt nun für die ausschließlichen Zuständigkeiten der EU ausdrücklich, dass nur die Union in den betreffenden Bereichen gesetzgeberisch tätig werden darf. Die Mitgliedstaaten haben diesbezüglich keine Kompetenz mehr, unabhängig davon, ob die EU tätig geworden ist.<sup>499</sup> Zudem greift das Subsidiaritätsprinzip als Ausübungsschranke hier nicht.<sup>500</sup> Die Felder der ausschließlichen Unionszuständigkeit sind in Art. 3 AEUV aufgezählt. Hierzu gehören die Zollunion, die Festlegung der für das Funktionieren des Binnenmarktes erforderlichen Wettbewerbsregeln, die Währungspolitik der Euro-Länder, die Erhaltung der bio-

492 Lienbacher, in: Schwarze, Art. 5 EUV Rn. 10; Rossi, in: Calliess/Ruffert, Art. 352 AEUV Rn. 12; Winkler, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, 51. EL 2013, Art. 352 AEUV Rn. 14.

493 Winkler, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, 51. EL 2013, Art. 352 AEUV Rn. 18: „zielgebundene Generallermächtigung“.

494 Herdegen, Europarecht, § 8 Rn. 64; Winkler, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, 51. EL 2013, Art. 352 AEUV Rn. 80; Zuleeg, in: von der Groeben/Schwarze, Art. 5 EGV Rn. 3.

495 Braams, in: Pernice, Der Vertrag von Lissabon, S. 120; Calliess, in: Calliess/Ruffert, Art. 2 AEUV Rn. 1; Streinz, Europarecht, Rn. 152.

496 Vgl. etwa Hugger, S. 101 ff.; Jarass, AöR 121 (1996), 173, 185 ff.; Lienbacher, in: Schwarze, Art. 5 EUV Rn. 11; Nettesheim, in: v. Bogdandy/Bast, S. 423 ff.

497 EuGH Slg. 1981, 1045, 1072 ff. – *Kommission/Vereinigtes Königreich von Großbritannien und Nordirland* (Rs. C-804/79).

498 Vgl. zu diesem Streit Calliess, in: Calliess/Ruffert, Art. 2 AEUV Rn. 6 ff.

499 Calliess, in: Calliess/Ruffert, Art. 2 AEUV Rn. 9; Streinz, Europarecht, Rn. 154.

500 Nettesheim, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, 51. EL 2013, Art. 2 AEUV Rn. 18, Art. 3 AEUV Rn. 8.

logischen Meeresschätze, die gemeinsame Handelspolitik sowie der Abschluss internationaler Übereinkünfte unter gewissen Voraussetzungen.

Art. 2 Abs. 2 AEUV etabliert ferner die Kategorie der geteilten Zuständigkeit. Eine solche liegt gemäß Art. 4 Abs. 1 AEUV immer dann vor, wenn nicht ausdrücklich eine ausschließliche Kompetenz nach Art. 3 AEUV oder eine Zuständigkeit für Unterstützungs-, Koordinierungs- oder Ergänzungsmaßnahmen nach Art. 6 AEUV einschlägig ist. Insofern sind geteilte Zuständigkeiten der Regelfall,<sup>501</sup> was in einem modernen Mehrebenensystem, das auf kooperative Problemlösung ausgerichtet ist, auch angemessen ist. Auch Bundesstaaten wie die Bundesrepublik Deutschland oder die USA kennen nur wenige ausschließliche Zuständigkeiten des Bundes. In der kanadischen Verfassung ist zwar vermehrt von exklusiven Zuständigkeiten die Rede, bereits im Privy Council wurde jedoch die „*Double Aspects Doctrine*“ entwickelt,<sup>502</sup> nach welcher eine Materie verschiedene Aspekte aufweisen und daher sowohl in die Bundes- als auch eine Provinzkompetenz fallen kann.

Die in Art. 2 Abs. 2 AEUV normierte Art der Zuständigkeit entspricht der konkurrierenden Kompetenz des deutschen GG.<sup>503</sup> Denn in diesem Bereich sind neben der Union auch die Mitgliedstaaten grundsätzlich zuständig, jedoch nur solange die EU nicht rechtssetzend tätig geworden ist. Daher besteht in den betreffenden Feldern zunächst eine theoretische Zuständigkeit beider Ebenen, die EU sperrt jedoch durch ihre Rechtsakte eine Kompetenz der Mitgliedstaaten.<sup>504</sup> Anders als bei der ausschließlichen Zuständigkeit ist eine mitgliedstaatliche Kompetenz somit nicht per se ausgeschlossen, sondern besteht bis zum Tätigwerden der EU fort. Wie im deutschen Recht verlieren die Mitgliedstaaten diese Regelungsbefugnis materiell aber gemäß Art. 2 Abs. 2 S. 2 AEUV auch nur „sofern und soweit“ die EU von ihrer Kompetenz Gebrauch gemacht hat, sodass Reichweite und Intention des Rechtsaktes zu berücksichtigen und im Einzelfall zu prüfen sind, da die Sperrwirkung nur für die konkret geregelten Aspekte, nicht aber für den gesamten Bereich entsteht.<sup>505</sup>

Daraus folgt einerseits, dass die EU etwa nur Einzelbereiche eines bestimmten Feldes regeln und den Mitgliedstaaten im Übrigen die Rechtssetzungsmacht belas-

501 *Bieber*, in: *Bieber/Epiney/Haag*, § 3 Rn. 25; *Nettesheim*, in: *Grabitz/Hilf/Nettesheim*, 51. EL 2013, Art. 2 AEUV Rn. 23; *Satzger*, in: *Sieber/Brüner/Satzger/v. Heintschel-Heinegg*, § 1 Rn. 36; *Streinz*, Europarecht, Rn. 157.

502 *Hodge v. The Queen*, (1883) 9 AC 117 (PC); vgl. dazu oben 3. Kapitel C. III. 1.

503 *Calliess*, in: *Calliess/Ruffert*, Art. 2 AEUV Rn. 16; *Nettesheim*, EuR 2004, 511, 529; *Vogel*, in: *Ambos*, Europ. Strafrecht, S. 43; so auch schon in Bezug auf den VVE *Ritzler*, S. 165 („geteilt-konkurrierend“); *Weigend*, ZStW 116 (2004), 275, 280.

504 *Bast*, in: *Grabitz/Hilf/Nettesheim*, 51. EL 2013, Art. 5 EUV Rn. 42; *Braams*, in: *Pernice*, Der Vertrag von Lissabon, S. 121; *Calliess*, in: *Calliess/Ruffert*, Art. 2 AEUV Rn. 1; *Nettesheim*, in: *Oppermann/Classen/Nettesheim*, § 11 Rn. 15.

505 *Bieber*, in: *Bieber/Epiney/Haag*, § 3 Rn. 25; *Calliess*, in: *Calliess/Ruffert*, Art. 2 AEUV Rn. 17; *Nettesheim*, in: *Grabitz/Hilf/Nettesheim*, 51. EL 2013, Art. 2 AEUV Rn. 26.

sen kann, sowie andererseits, dass – wiederum wie im deutschen Recht – auch eine stillschweigende Regelung vorliegen kann, wenn die EU sich entschließt, einen Bereich durch Nicht-Handlung gerade zu deregulieren.<sup>506</sup> Zudem wirkt es sich aus, dass die Unionszuständigkeiten in den Verträgen zielbezogen und in unterschiedlicher Weite und Tiefe normiert wurden, sodass der Umfang der jeweiligen Regelungsmacht und damit korrespondierend die den Mitgliedstaaten verbleibende Zuständigkeit anhand der konkreten Kompetenznorm zu ermitteln sind.<sup>507</sup> Soweit also auch nach dem Tätigwerden ein Handlungsspielraum der Mitgliedstaaten verbleibt, besteht ihre entsprechende Kompetenz fort. Dies ist für das Strafrecht u.a. insofern interessant als Art. 83 AEUV etwa nur den Erlass von „Mindestvorschriften“ seitens der EU vorsieht. Ein darüber hinausgehender Schutz bleibt den Mitgliedstaaten daher vorbehalten.<sup>508</sup>

Da geteilte Zuständigkeiten immer dann vorliegen, wenn keine andere Kompetenzart greift, kann die in Art. 4 Abs. 2 AEUV aufgeführte Liste keineswegs abschließend sein.<sup>509</sup> Sie benennt nur die wichtigsten Bereiche. Für das Strafrecht interessant ist neben Binnenmarkt, Art. 4 Abs. 2 lit. a) AEUV, und Umwelt, Art. 4 Abs. 2 lit. e) AEUV, die Erwähnung des Raumes der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts, Art. 4 Abs. 2 lit. j) AEUV. Dadurch wird die „Vergemeinschaftung“ dieses Bereiches, also die Auflösung der „Dritten Säule“ und Übertragung derselben in die supranationale Regelungsbefugnis, noch einmal deutlich.<sup>510</sup> Das Strafrecht findet – anders als im deutschen Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG – als Gesamtmaterie hingegen keine Erwähnung. Die europäischen Verträge verleihen generell keine statischen Kompetenzen nach Materien, sondern zielbezogene Handlungsermächtigungen.<sup>511</sup> Die wichtigsten explizit strafrechtsbezogenen Zuständigkeiten finden sich in den Art. 82 ff. AEUV, also in Bestimmungen, die den Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts betreffen.

Neben den konkurrierenden Kompetenzen werden oftmals als weitere Kategorie parallele Zuständigkeiten genannt.<sup>512</sup> Dabei handelt es sich um Zuständigkeitsbereiche, in denen sowohl Union als auch Mitgliedstaaten tätig werden dürfen, ohne dass eine entsprechende Sperrwirkung durch EU-Recht einträte. Dabei wird insbesondere auf Art. 4 Abs. 3 und Abs. 4 AEUV rekurriert. In den dort genannten Bereichen der Forschung, technologischen Entwicklung, Raumfahrt, Entwick-

506 *Bieber*, in: *Bieber/Epiney/Haag*, § 3 Rn. 25.

507 *Calliess*, in: *Calliess/Ruffert*, Art. 2 AEUV Rn. 18 f.

508 *Calliess*, in: *Calliess/Ruffert*, Art. 2 AEUV Rn. 17; vgl. auch *Subr*, in: *Calliess/Ruffert*, Art. 83 AEUV Rn. 8.

509 *Braams*, in: *Pernice*, *Der Vertrag von Lissabon*, S. 122; *Nettesheim*, in: *Grabitz/Hilf/Nettesheim*, 51. EL 2013, Art. 4 AEUV Rn. 9; *Streinz*, *Europarecht*, Rn. 157.

510 *Nettesheim*, in: *Grabitz/Hilf/Nettesheim*, 51. EL 2013, Art. 4 AEUV Rn. 21.

511 *Satzger*, *Intern. u. Europ. Strafrecht*, § 9 Rn. 2 f.; vgl. auch *Ritzer*, S. 202 ff.; siehe bereits oben 4. Kapitel A. I.

512 *Bast*, in: *Grabitz/Hilf/Nettesheim*, 51. EL 2013, Art. 5 EUV Rn. 45; *Nettesheim*, in: *Grabitz/Hilf/Nettesheim*, 50. EL 2013, Art. 4 AEUV Rn. 26; *Streinz*, *Europarecht*, Rn. 158.

lungszusammenarbeit und humanitären Hilfe wird nämlich die Zuständigkeit der Mitgliedstaaten durch ein Tätigwerden der EU nicht ausgeschlossen. Tatsächlich liegt in diesen Fällen keine „konkurrierende Kompetenz“ vor, sodass diese Einstufung zutrifft.

Terminologisch ungeklärt ist dabei allerdings, ob die parallele Kompetenz eine eigenständige Kategorie oder lediglich einen Unterfall der geteilten Zuständigkeit bildet. Letzteres erscheint schon im Hinblick auf die Systematik des Art. 4 AEUV, der die geteilte Zuständigkeit insgesamt regelt, zutreffend.<sup>513</sup> Ferner sind die Bereiche zu nennen, in denen der EU nur eine Kompetenz zur Durchführung von Unterstützungs-, Koordinierungs- und Ergänzungsmaßnahmen zukommt, Art. 2 Abs. 5, Art. 6 AEUV. Auch in diesem Fall verdrängen Maßnahmen der EU nicht die generelle Zuständigkeit der Mitgliedstaaten. Auch hier mag man begrifflich streiten, ob es sich wiederum um Spezialfälle der parallelen Zuständigkeit oder um eigenständige Kompetenzkategorien handelt.<sup>514</sup> Ähnliches gilt für die Koordination der Wirtschafts- und Beschäftigungspolitik, Art. 2 Abs. 3, Art. 5 AEUV.<sup>515</sup>

Es findet sich – wiederum ähnlich wie im deutschen GG oder der U.S. Constitution – keine Auflistung ausschließlicher Zuständigkeiten der Mitgliedstaaten. Diese verfügen vielmehr grundsätzlich über die Residualkompetenz in allen nicht übertragenen Bereichen.

#### 4. Kompetenzausübungsschranken

##### a) Subsidiarität

Von der Frage der Zuordnung einer Zuständigkeit an die EU, dem „Ob“ der Regelungsbefugnis, sind die Schranken der Ausübung einer vorhandenen Kompetenz zu unterscheiden.<sup>516</sup> Das Subsidiaritätsprinzip kann beide Bereiche beeinflussen. Die zuerst genannte Komponente bildet den politischen Gehalt eines allgemeinen Subsidiaritätsprinzips, welches schon bei der Entscheidung über die Allokation von Zuständigkeiten zwischen den Ebenen des politischen Systems zum Tragen kommen kann,<sup>517</sup> also bei der Installation oder Reform der verfassungsmäßigen Kom-

513 So auch *Bast*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, 51. EL 2013, Art. 5 EUV Rn. 45; *Nettesheim*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, 51. EL 2013, Art. 4 AEUV Rn. 26; *Ritzer*, S. 169 („geteilt-parallele Zuständigkeit“).

514 Als parallele Zuständigkeit behandelt bei *Nettesheim*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, 51. EL 2013, Art. 6 AEUV Rn. 4; *ders.*, in: Oppermann/Classen/Nettesheim, § 11 Rn. 16 – für eine Verselbstständigung als eigenständiger Typus *Bast*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, 51. EL 2013, Art. 5 EUV Rn. 47; *Braams*, in: Pernice, Der Vertrag von Lissabon, S. 125 f.; *Ritzer*, S. 170 ff.

515 Als Spezialfall der geteilten Zuständigkeit behandelt bei *Bieber*, in: Bieber/Epiney/Haag, § 3 Rn. 27 – für eine eigenständige Zuständigkeit *Bandilla*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, 51. EL 2013, Art. 5 AEUV Rn. 10; *Braams*, in: Pernice, Der Vertrag von Lissabon, S. 131; *Ritzer*, S. 192 f.; *Streinz*, Europarecht, Rn. 161.

516 *Albin*, NVwZ 2006, 629, 630; *Scholz*, in: Maunz/Dürig, 69. EL 2013, Art. 23 Rn. 104; *Streinz*, Europarecht, Rn. 172; *Streinz/Ohler/Herrmann*, § 11 II.

517 *Calliess*, in: Calliess/Ruffert, Art. 5 EUV Rn. 21; *Pernice*, in: Dreier, Art. 23 Rn. 71.

petenzordnung. Dass ein solchermaßen verstandenes allgemeines Subsidiaritätsprinzip bei der Verteilung der Zuständigkeiten zwischen EU und Mitgliedstaaten im politischen Prozess der Vertragsgestaltung eine Rolle gespielt hat, wurde oben<sup>518</sup> erläutert. Die Auswirkung des Subsidiaritätsprinzips schon auf der Ebene der Verfassungsgestaltung lässt sich gerade auch im strafrechtsrelevanten Bereich nachweisen und exemplifizieren. Denn der Katalog des Art. 83 Abs. 1 AEUV überträgt etwa von vorneherein nur solche Handlungsermächtigungen auf die EU, die bestimmte grenzüberschreitende Straftaten betreffen, und nicht eine allgemeine Kompetenz, deren Ausübung dann erst durch das Subsidiaritätsprinzip zu begrenzen wäre. Insofern bildet Art. 5 Abs. 3 EUV nur einen Unterfall.<sup>519</sup> Er hat nicht die Wirkrichtung einer Beschränkung der Kompetenzbegründung, sondern normiert lediglich eine Kompetenzausübungsschranke.<sup>520</sup> Dies bringt der Wortlaut des Art. 5 Abs. 1 S. 2 EUV klar zum Ausdruck. Daher setzt das in Art. 5 Abs. 1 S. 2, Abs. 3 EUV verankerte Subsidiaritätsprinzip im Rahmen des EU-Rechts eine bereits bestehende Kompetenzverteilung voraus und modifiziert sodann nur die Ausübung der vorhandenen Zuständigkeiten der EU. Es betrifft also nicht die Frage, ob eine Kompetenz der EU besteht, sondern ob die EU im Einzelfall in Wahrnehmung dieser Zuständigkeit tätig werden soll.<sup>521</sup> Vereinfacht gesagt beantwortet das Subsidiaritätsprinzip in dieser Ausprägung die Frage, wer von zwei Kompetenzträgern, die im Rahmen der geteilten Zuständigkeit beide handlungsbefugt sind, denn nun tatsächlich handeln soll.

Formale Voraussetzung der Subsidiaritätsprüfung ist daher, dass keine ausschließliche Kompetenz der EU vorliegt.<sup>522</sup> Dies ging schon aus Nr. 3 des Protokolls über die Anwendung der Grundsätze der Subsidiarität und Verhältnismäßigkeit zum Vertrag von Amsterdam<sup>523</sup> hervor, ist inzwischen jedoch explizit in Art. 5 Abs. 3 EUV normiert. Eine Subsidiaritätskontrolle erfolgt daher nur bei geteilten Zuständigkeiten sowie bei den anderen genannten Kategorien,<sup>524</sup> die keine aus-

518 Oben 2. Kapitel C. IV. 1. g).

519 *Zuleeg*, in: von der Groeben/Schwarze, Präambel EUV Rn. 15, Art. 5 EGV Rn. 25, zu Art. 5 EGV 2001.

520 *Albin*, NVwZ 2006, 629, 630; *Ambos*, Intern. Strafrecht, § 9 Rn. 5; *Calliess*, in: Calliess/Ruffert, Art. 5 EUV Rn. 21; *Dannecker*, JURA 2006, 95, 97; *Hailbronner*, in: Pernice, Der Vertrag von Lissabon, S. 135; *Hecker*, JA 2007, 561, 564; *ders.*, Europ. Strafrecht § 8 Rn. 49; *ders.*, in: Sieber/Brüner/Satzger/v. Heintschel-Heinegg, § 10 Rn. 38; *ders.*, in: *Ambos*, Europ. Strafrecht, S. 23; *Heger*, Europäisierung des Umweltstrafrechts, S. 56; *Lienbacher*, in: Schwarze, Art. 5 EUV Rn. 15; *Ritzer*, S. 73; *Rosenau*, ZIS 2008, 9, 16; *Safferling*, Intern. Strafrecht, § 9 Rn. 58; *Satzger*, Europäisierung, S. 147, 439; *Streinz*, Europarecht, Rn. 172; *Vedder*, in: Vedder/Heintschel v. Heinegg, Art. 5 EUV Rn. 14; *Zuleeg*, in: von der Groeben/Schwarze, Art. 5 EGV Rn. 26.

521 So schon Schlussfolgerungen des Europäischen Rates von Edinburgh vom 13.12.1992, Teil A, Anlage 1, Ziffer I Nr. 1.

522 *Albin*, NVwZ 2006, 629, 630; *Calliess*, in: Calliess/Ruffert, Art. 5 EUV Rn. 27; *Dorra*, S. 271; *Herdegen*, Europarecht, § 6 Rn. 26 f.; *Ritzer*, S. 83; vgl. auch schon *Gröbblinghoff*, S. 137; *Lambers*, EuR 1993, 229, 234; *Satzger*, Europäisierung, S. 442.

523 ABl. 1997 Nr. C 340, S. 105.

524 *Calliess*, in: Calliess/Ruffert, Art. 5 EUV Rn. 28; siehe zu diesen Kategorien oben 4. Kapitel A. III. 3.

schließlichen Befugnisse darstellen, sodass die Zuordnung einer Kompetenz in den Katalog des Art. 3 AEUV entscheidende Bedeutung entfaltet.

Das Subsidiaritätsprinzip im Sinne des Art. 5 EUV umfasst sodann zwei materielle Kriterien. Die EU wird hiernach nur tätig, sofern und soweit die Ziele der in Betracht gezogenen Maßnahmen von den Mitgliedstaaten weder auf zentraler noch auf regionaler oder lokaler Ebene ausreichend verwirklicht werden können (sog. Negativkriterium), sondern vielmehr wegen ihres Umfangs oder ihrer Wirkungen auf Unionsebene besser zu verwirklichen sind (sog. Positivkriterium).<sup>525</sup> In der Literatur wird überwiegend angeführt, dass beide Kriterien kumulativ erfüllt sein müssen,<sup>526</sup> damit das Subsidiaritätsprinzip gewahrt bleibt, wofür auch der Wortlaut der Vorschrift streitet. Daher ist zweistufig zu prüfen.<sup>527</sup> In der Praxis der Rechtsprechung des EuGH wird hingegen häufiger nur das Vorliegen des Positivkriteriums geprüft<sup>528</sup> und daraus wohl auf die Erfüllung des Negativkriteriums geschlossen<sup>529</sup> bzw. eine Gesamtabwägung vorgenommen.<sup>530</sup> Inzwischen wurde jedoch der Wortlaut des Art. 5 Abs. 3 EUV insofern geändert, dass beide Kriterien durch ein „sondern vielmehr“ nebeneinander gestellt werden, während sie in Art. 5 Abs. 2 EGV 2001 noch durch ein „und daher“ verknüpft waren.

Ob dies eine Änderung der Praxis bewirkt, bleibt abzuwarten. Ohnehin wurde bislang der Grad der Überprüfbarkeit des – grundsätzlich justiziablen<sup>531</sup> – Subsidiaritätsgrundsatzes vor dem EuGH vielfach als eher niedrig eingeschätzt.<sup>532</sup> Hier unterscheidet sich die EU aber wiederum nicht von anderen verfassten Mehrebenensystemen, in welchen dem höchsten Verfassungsgerichtshof einerseits zwar die Jurisdiktion zur *ultra-vires*-Kontrolle, andererseits aber den politischen Organen,

525 Vgl. zu den Bezeichnungen als Negativ- respektive Positivkriterium *Albin*, NVwZ 2006, 629, 631; *Bast*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, 51. EL 2013, Art. 5 EUV Rn. 54 ff.; *Calliess*, Subsidiaritäts- und Solidaritätsprinzip, S. 104 ff.; *ders.*, ZEuS 2008, 3, 8; *Dorra*, S. 273; *Streinz*, in: *ders.*, EUV/AEUV, Art. 5 EUV Rn. 25; *Vedder*, in: *Vedder/Heintschel v. Heinegg*, Art. 5 EUV Rn. 17; vgl. auch *Ritzer*, S. 73.

526 *Albin*, NVwZ 2006, 629, 631; *Bast*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, 51. EL 2013, Art. 5 EUV Rn. 54; *Calliess*, in: *Calliess/Ruffert*, Art. 5 EUV Rn. 31; *Dorra*, S. 273; *Lienbacher*, in: *Schwarze*, Art. 5 EUV Rn. 23; *F. Meyer*, Strafrechtsgenese, S. 352; *Nettesheim*, in: *Oppermann/Classen/Nettesheim*, § 11 Rn. 29; *Satzger*, Europäisierung, S. 445; *Streinz*, in: *ders.*, EUV/AEUV, Art. 5 EUV Rn. 25; vgl. bereits Nr. 5 des Protokolls über die Anwendung der Grundsätze der Subsidiarität und Verhältnismäßigkeit zum Vertrag von Amsterdam, ABl. 1997 Nr. C 340, S. 106.

527 *Calliess*, in: *Calliess/Ruffert*, Art. 5 EUV Rn. 31; *Lienbacher*, in: *Schwarze*, Art. 5 EUV Rn. 24 f. – a.A. unter Geltung des Vertrages von Maastricht und der dort vorgesehenen kausalen Verknüpfung *Gröbblinghoff*, S. 138 f.

528 Vgl. etwa EuGH Slg. 2002, I-11453, I-11606 – *British American Tobacco* (Rs. C-491/01).

529 *Calliess*, in: *Calliess/Ruffert*, Art. 5 EUV Rn. 35.

530 *Nettesheim*, in: *Oppermann/Classen/Nettesheim*, § 11 Rn. 29.

531 *Ritzer*, S. 93 f.; *Satzger*, Europäisierung, S. 440 ff.

532 Vgl. dazu *Albin*, NVwZ 2006, 629, 631 f.; *Braun*, Europäische Strafgesetzmäßigkeit, S. 268; *Calliess*, in: *Calliess/Ruffert*, 3. Aufl. 2007, Art. 5 EGV Rn. 64 ff.; *Gröbblinghoff*, S. 139 f.; *F. Meyer*, Strafrechtsgenese, S. 352 f.; *Nettesheim*, EuR 2004, 511, 539 f.; *ders.*, in: *Oppermann/Classen/Nettesheim*, § 11 Rn. 30; *Streinz*, Europarecht, Rn. 172; prognostisch in Bezug auf die Zukunft *Hailbronner*, in: *Pernice*, Der Vertrag von Lissabon, S. 142 ff.; *F. Meyer*, Strafrechtsgenese, S. 353 f.; positivere Bewertung auch von *Lambers*, EuR 1993, 229, 239 ff.

insbesondere dem Gesetzgeber, eine Einschätzungsprärogative zukommt.<sup>533</sup> Es geht daher dabei nicht nur um vertikale, sondern insbesondere auch um horizontale Gewaltenteilung.<sup>534</sup> Seit der Reform der Verträge in Lissabon sind die mitgliedstaatlichen Parlamente aber in die Subsidiaritätskontrolle mit einbezogen,<sup>535</sup> indem sie im Rahmen eines „Frühwarnsystems“ vorab informiert werden müssen, Art. 12 EUV, und einen Verstoß rügen können, Art. 6 des Protokolls über die Anwendung der Grundsätze der Subsidiarität und Verhältnismäßigkeit.<sup>536</sup> Sie tragen gemäß Art. 69 AEUV insbesondere im Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts Sorge für die Achtung des Subsidiaritätsprinzips. Unter Geltung der Verträge von Amsterdam und Nizza hatte Nr. 5 des Protokolls über die Anwendung der Grundsätze der Subsidiarität und Verhältnismäßigkeit<sup>537</sup> die Prüfung der Einhaltung des Subsidiaritätsprinzips noch durch folgende Leitlinien präzisiert:

- Der betreffende Bereich weist transnationale Aspekte auf, die durch Maßnahmen der Mitgliedstaaten nicht ausreichend geregelt werden können,
- alleinige Maßnahmen der Mitgliedstaaten oder das Fehlen von Gemeinschaftsmaßnahmen würden gegen die Anforderungen des Vertrags (beispielsweise Erfordernis der Korrektur von Wettbewerbsverzerrungen, der Vermeidung verschleierte Handelsbeschränkungen oder der Stärkung des wirtschaftlichen und sozialen Zusammenhalts) verstoßen oder auf sonstige Weise die Interessen der Mitgliedstaaten erheblich beeinträchtigen,
- Maßnahmen auf Gemeinschaftsebene würden wegen ihres Umfangs oder ihrer Wirkungen im Vergleich zu Maßnahmen auf der Ebene der Mitgliedstaaten deutliche Vorteile mit sich bringen.

Das neue gleich lautende Protokoll zum Vertrag von Lissabon<sup>538</sup> enthält solche materiellen Kriterien nicht mehr, sondern beschränkt sich stattdessen auf die Festlegung des Prozederes der Überprüfung der Einhaltung des Subsidiaritätsprinzips. Die Kommission hat jedoch erklärt, dass sie in praxi diese Grundsätze durchaus weiterhin berücksichtigen will.<sup>539</sup> Nach Wegfall der Geltung des besagten Protokolls aus dem Primärrecht kann zudem nun (wieder) Rekurs auf die Schlussfolgerungen des Europäischen Rates von Edinburgh genommen werden, worin ein „Ge-

533 Zum Beurteilungsspielraum der Organe der EG/EU *Lambers*, EuR 1993, 229, 241; zur Kontrolle des Art. 72 Abs. 2 GG a.F. durch das BVerfG oben 3. Kapitel A. I. 2. e); vgl. dazu auch *Hailbronner*, in: Pernice, Der Vertrag von Lissabon, S. 135.

534 *Hailbronner*, in: Pernice, Der Vertrag von Lissabon, S. 136.

535 Dazu *Terhechte*, EuR 2008, 143, 154 f.

536 ABl. 2007 Nr. C 306, S. 150.

537 ABl. 1997 Nr. C 340, S. 106.

538 ABl. 2007 Nr. C 306, S. 150.

539 Kommission, in: 17. Jahresbericht der Kommission über die Anwendung der Grundsätze der Subsidiarität und der Verhältnismäßigkeit, KOM (2010) 547 endg., S. 3; vgl. auch *Ladenburger*, ZEuS 2011, 389, 397; kritisch bzgl. des Wegfalls der materiellen Vorgaben *Calliess*, in: *Calliess/Ruffert*, Art. 5 EUV Rn. 26.

samtkonzept für die Anwendung des Subsidiaritätsprinzips“ und Leitlinien der Prüfung festgehalten wurden.<sup>540</sup>

Der Europäische Rat hatte ausgeführt: „Die Subsidiarität ist ein dynamischer Grundsatz, der im Licht der Vertragsziele angewandt werden sollte. Sie gestattet eine Ausweitung der Tätigkeit der Gemeinschaft, wenn die Umstände es verlangen, und umgekehrt auch deren Beschränkung oder Aussetzung, wenn sie nicht mehr gerechtfertigt ist“.<sup>541</sup> In den besagten Schlussfolgerungen sind Leitlinien festgehalten, die nahezu inhaltsgleich mit den soeben angeführten in Nr. 5 des Protokolls über die Anwendung der Grundsätze der Subsidiarität und Verhältnismäßigkeit übereinstimmen.<sup>542</sup>

Zudem sollte die EG nur dann tätig werden, um einzelstaatliche Rechtsvorschriften zu harmonisieren, „wenn dies zur Erreichung der Vertragsziele erforderlich ist“.<sup>543</sup> Die Feststellung, dass ein Gemeinschaftsziel durch die Mitgliedstaaten nicht ausreichend verwirklicht und besser auf Gemeinschaftsebene erreicht werden kann, sollte zudem auf qualitativen und – soweit möglich – quantitativen Kriterien beruhen.<sup>544</sup>

Das erste Kriterium wird überwiegend mit „Erforderlichkeit“ bezeichnet.<sup>545</sup> Um allerdings den Prüfungsinhalt genauer zu umschreiben,<sup>546</sup> erscheint es trefflicher, von einem Insuffizienz- oder Negativkriterium zu sprechen.<sup>547</sup> Denn auf der ersten Stufe ist letztlich zu untersuchen, ob ein Defizit besteht, welches die Mitgliedstaaten aufgrund der anzustellenden Prognose zum jetzigen Zeitpunkt nicht ausreichend beseitigen können.<sup>548</sup> Der zu regelnde Sachverhalt weist mit anderen Worten solche transnationalen Bezüge auf, dass die Leistungsfähigkeit des einzelnen Mitgliedstaates überstiegen ist und die Vertragsziele daher nicht zu erreichen oder stark gefährdet sind. Auch in Nr. 5 des Protokolls über die Anwendung der Grundsätze der Subsidiarität und Verhältnismäßigkeit zum Vertrag von Nizza wurden die transnationalen Bezüge immerhin an erster Stelle der Leitlinien genannt.<sup>549</sup>

540 Schlussfolgerungen des Europäischen Rates von Edinburgh vom 13.12.1992, Teil A, Anlage 1.

541 Schlussfolgerungen des Europäischen Rates von Edinburgh vom 13.12.1992, Teil A, Anlage 1, Ziffer I Nr. 4.

542 Schlussfolgerungen des Europäischen Rates von Edinburgh vom 13.12.1992, Teil A, Anlage 1, Ziffer II Abs. 2 ii).

543 Schlussfolgerungen des Europäischen Rates von Edinburgh vom 13.12.1992, Teil A, Anlage 1, Ziffer II Abs. 2 iii).

544 Schlussfolgerungen des Europäischen Rates von Edinburgh vom 13.12.1992, Teil A, Anlage 1, Ziffer II Abs. 2 v).

545 Kommission, in: 17. Jahresbericht der Kommission über die Anwendung der Grundsätze der Subsidiarität und der Verhältnismäßigkeit, KOM (2010) 547 endg., S. 3; vgl. auch *Ambos*, Intern. Strafrecht, § 9 Rn. 5; *Hecker*, Europ. Strafrecht, § 8 Rn. 50; *Lienbacher*, in: Schwarze, Art. 5 EUV Rn. 24; *F. Meyer*, Strafrechtsgenese S. 352; *Satzger*, Europäisierung, S. 446.

546 Ablehnend daher *Calliess*, in: *Calliess/Ruffert*, Art. 5 EUV Rn. 37.

547 *Bast*, in: *Grabitz/Hilf/Nettesheim*, 51. EL 2013, Art. 5 EUV Rn. 54; *Dorra*, S. 273; *Fromm*, Der strafrechtliche Schutz der Finanzinteressen, S. 220 ff.; vgl. auch *Ritzer*, S. 84: „Überforderungs-Kriterium“.

548 *Bast*, in: *Grabitz/Hilf/Nettesheim*, 51. EL 2013, Art. 5 EUV Rn. 54; vgl. auch *Zuleeg*, in: von der Groeben/Schwarze, Art. 5 EGV Rn. 30.

549 *Zuleeg*, in: von der Groeben/Schwarze, Art. 5 EGV Rn. 31.

Es ist auch einsichtig, dass z.B. einige gewichtige, insbesondere grenzüberschreitende,<sup>550</sup> Aspekte des gemeinsamen Binnenmarktes nicht von den Mitgliedstaaten alleine normiert werden können. Plakatativ gesprochen: Den europäischen Binnenmarkt kann kein Staat alleine machen.<sup>551</sup> Daher fällt er in die geteilte Zuständigkeit gemäß Art. 4 Abs. 2 lit. a) AEUV. Ähnliches gilt für den Schutz der Umwelt, Art. 4 Abs. 2 lit. e) AEUV,<sup>552</sup> sowie im besonders für das Strafrecht relevanten Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts, Art. 4 Abs. 2 lit. j) AEUV. Es ist daher im Einzelfall zu überprüfen, ob das Regelungsziel die Mitgliedstaaten „überfordert“.<sup>553</sup>

Im Rahmen der zweiten Stufe gilt es nun als Effektivitäts- oder Positivkriterium aufzuzeigen, dass eine Regelung auf EU-Ebene die Probleme „besser“ in den Griff bekommt.<sup>554</sup> Nachdem also die Insuffizienz der Mitgliedstaaten als erster Prüfungsschritt festgestellt ist, muss der Nachweis erfolgen, dass die EU es „besser“ kann, d.h. nicht selbst ebenso hilflos vor dem Problem steht.<sup>555</sup> Nr. 5 des Protokolls über die Anwendung der Grundsätze der Subsidiarität und Verhältnismäßigkeit<sup>556</sup> hatte hier, wie dargestellt, noch gefordert, dass Maßnahmen der EU wegen ihres Umfangs oder ihrer Wirkungen im Vergleich zu Maßnahmen auf der Ebene der Mitgliedstaaten „deutliche Vorteile“ mit sich bringen. In der Auslegung der Kommission bedeutet dies, dass ein „Mehrwert“ des Handelns der EU gegenüber dem Handeln der Mitgliedstaaten zu verzeichnen ist.<sup>557</sup> Dazu müssen folglich die Handlungsmöglichkeiten der Mitgliedstaaten und der EU in einen Vergleich gebracht werden.<sup>558</sup> Ausschlag gebend dürfte hierbei im Hinblick auf „Umfang“ und „Wirkungen“ wiederum die transnationale Dimension des Sachverhaltes sein.<sup>559</sup> Der grenzüberschreitende Bezug, der schließlich auch zur Insuffizienz der Mitgliedstaaten geführt hat, kann die zentrale Regelung gleichsam indizieren.

Auch unter Zuhilfenahme solcher Maßstäbe bleiben jedoch einige – auch für die Strafrechtssetzung bedeutsame – Fragen offen. So ist in Bezug auf das Negativkriterium, nach welchem ein Tätigwerden der EU dann in Betracht kommt, wenn „die Mitgliedstaaten“ die Ziele der Maßnahme „nicht ausreichend“ verwirklichen können, unklar, ob es dabei auf die Effektivität der Mitgliedstaaten als Einzelstaaten

550 Vgl. auch Hecker, Europ. Strafrecht, § 8 Rn. 50.

551 Vgl. auch Satzger, in: Tiedemann, Freiburg-Symposium, S. 77.

552 Und daher auch für das Umweltstrafrecht; vgl. Hecker, Europ. Strafrecht, § 8 Rn. 51; ders., in: Ambos, Europ. Strafrecht, S. 24.

553 Calliess, ZEuS 2008, 3, 8; ders., in: Calliess/Ruffert, Art. 5 EUV Rn. 38; Streinz, in: ders., EUV/AEUV, Art. 5 EUV Rn. 28; Zuleeg, in: von der Groeben/Schwarze, Art. 5 EGV Rn. 29.

554 Vgl. auch Ritzer, S. 87: „Besser-Kriterium“.

555 Hecker, Europ. Strafrecht, § 8 Rn. 50; Satzger, Europäisierung, S. 447 f.

556 ABl. 1997 Nr. C 340, S. 106.

557 Bast, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, 51. EL 2013, Art. 5 EUV Rn. 57; Calliess, in: Calliess/Ruffert, Art. 5 EUV Rn. 40; Lienbacher, in: Schwarze, Art. 5 EUV Rn. 25.

558 Bast, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, 51. EL 2013, Art. 5 EUV Rn. 57.

559 Calliess, in: Calliess/Ruffert, Art. 5 EUV Rn. 42.

ankommt oder ob eine durch gemeinsame intergouvernementale Zusammenarbeit erreichte Wirksamkeit dieses Kriterium ausschließen kann.<sup>560</sup>

Zu Recht wird eine solche „Flucht in die intergouvernementale Zusammenarbeit“ mit dem Ziel des Ausschlusses einer Unionskompetenz aber abgelehnt.<sup>561</sup> Denn damit würden sowohl die Hintergründe des Subsidiaritätsprinzips als auch die Integrationsfortschritte im europäischen Mehrebenensystem nicht nur nicht gefördert, sondern sogar konterkariert. Eine völkerrechtliche Zusammenarbeit ist gerade nicht durch größere Bürgernähe ausgezeichnet und letztlich keineswegs demokratischer, da regelmäßig die Exekutive statt der Legislative tätig wird, was zu Zeiten der „Dritten Säule“ gerade im Hinblick auf das Strafrecht zu Recht kritisiert wurde,<sup>562</sup> ohne dass das Europäische Parlament in einer die Demokratie stärkenden Weise beteiligt wird.<sup>563</sup>

Schon zu Zeiten des Vertrages von Nizza, als im Rahmen der „Dritten Säule“ immerhin noch die grundsätzliche Möglichkeit eines intergouvernementalen Vorgehens bestand, hatte der EuGH entschieden, dass sich eine Kompetenz der EG in der „Ersten Säule“ im Hinblick auf Art. 47 EUV 2001 gegen die „Dritte Säule“ durchsetzen kann.<sup>564</sup> Daraus folgt etwa für das Strafrecht: Ist eine Rechtsvereinheitlichung in einem bestimmten Bereich erforderlich, um transnationalen Straftaten wirksam zu begegnen oder grenzüberschreitende Maßnahmen näher zu regeln, so ist ein einzelner Staat alleine eben gerade nicht in der Lage, das Recht der anderen Mitgliedstaaten zu beeinflussen. Daher muss die EU im ordentlichen Gesetzgebungsverfahren tätig werden.<sup>565</sup> Völkerrechtliche Vereinbarungen sind diesbezüglich keine Alternative.

Es ist aufschlussreich, einen Blick auf die Begründungen zu werfen, welche die Kommission beim Erlass von strafrechtlichen Maßnahmen vorgetragen hat. So wurde etwa in der Richtlinie über den strafrechtlichen Schutz der Umwelt geltend gemacht, dass Art. 174 EGV 2001 ein besonders hohes Schutzniveau im Hinblick auf die Umwelt gebiete.<sup>566</sup> Dieser Schutz sei nicht in allen Mitgliedstaaten in ausreichendem Maße gewährleistet, da nicht in allen Rechtsordnungen auch Strafanktionen vorgesehen seien. Gegenüber rein verwaltungsrechtlichen Sanktionen

<sup>560</sup> Dafür etwa *Lambers*, EuR 1993, 229, 236.

<sup>561</sup> *Calliess*, ZEuS 2008, 3, 9; *ders.*, in: *Calliess/Ruffert*, Art. 5 EUV Rn. 39; *Streinz*, in: *ders.*, EUV/AEU, Art. 5 EUV Rn. 28; *Zuleeg*, in: von der Groeben/Schwarze, Art. 5 EGV Rn. 31.

<sup>562</sup> Siehe dazu ausführlich oben 2. Kapitel C. IV. 2. c) aa).

<sup>563</sup> *Calliess*, in: *Calliess/Ruffert*, Art. 5 EUV Rn. 39.

<sup>564</sup> EuGH Slg. 2005, I-7879, I-7925 – *Kommission/Rat* (Rs. C-176/03) („Umweltstrafrecht“) – dagegen schlugen einige Autoren einen „weichen Ansatz“ vor, nach welchem der Rat ein Wahlrecht hinsichtlich des Instrumentes haben sollte; so etwa *Böse*, GA 2006, 211, 222 ff.; *Vogel*, GA 2003, 314, 321, Fn. 30; siehe dazu oben 4. Kapitel A. II. 7.

<sup>565</sup> So stellte auch *Satzger*, Europäisierung, S. 449, schon fest, dass das Subsidiaritätsprinzip einer Strafrechtsharmonisierung nicht entgegenstehe. Es darf ergänzt werden: Nimmt man es ernst, so kann es ein Tätigwerden sogar gebieten.

<sup>566</sup> Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über den strafrechtlichen Schutz der Umwelt vom 13.3.2001, KOM (2001) 139 endg., S. 2.

entwickle das Strafrecht indessen eine weitaus größere Abschreckungswirkung. Insgesamt war daher ein europäischer Mindeststandard des strafrechtlichen Schutzes anzustreben. Es kann also aus der besonderen Wertigkeit eines Unionszieles darauf geschlossen werden, dass immerhin Mindestvorschriften zur allgemeinen Harmonisierung erlassen werden müssen.<sup>567</sup> Anders ausgedrückt: Eine bestimmte Politik der EU kann eine solche Bedeutung haben, dass eine Rechtsangleichung anzustreben ist. In diesem Fall ist ein Tätigwerden der Union indiziert, da die Mitgliedstaaten dies nicht leisten können. Es muss der EU schließlich möglich sein, europäische Politik zu machen und dabei auch festzulegen, dass in bestimmten, für diese elementaren Bereichen eine Rechtszersplitterung um des besonderen Politikzieles Willen zu beseitigen ist.

#### b) Verhältnismäßigkeit

Als ein weiteres Korrektiv der Kompetenzausübung operiert das Gebot der Verhältnismäßigkeit in Art. 5 Abs. 1 S. 2, Abs. 4 EUV.<sup>568</sup> Grundsätzlich ist das Verhältnismäßigkeitsprinzip in Bezug auf hoheitliches Handeln Ausdruck eines Rechtsstaatsprinzips wie es auch aus der deutschen Verfassung bekannt ist und war schon vor seiner eindeutigen Normierung als allgemeiner Grundsatz des Unionsrechts anerkannt.<sup>569</sup> Der Einzelne darf nach dem allgemeinen Prinzip der Verhältnismäßigkeit durch die öffentliche Gewalt nicht in einer Weise belastet werden, die über das Maß des Erforderlichen hinausgeht.<sup>570</sup> Insoweit dient auch dieser Grundsatz wiederum dem Freiheitsschutz.<sup>571</sup>

Anders als etwa im Bereich des deutschen GG<sup>572</sup> können sich im Rahmen des Art. 5 Abs. 4 EUV aber gerade auch und v.a. die Mitgliedstaaten auf die Verhält-

567 Zuleeg, in: von der Groeben/Schwarze, Art. 5 EGV Rn. 30.

568 Bast, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, 51. EL 2013, Art. 5 EUV Rn. 66; Lienbacher, in: Schwarze, Art. 5 EUV Rn. 35; Satzger, Europäisierung, S. 148; ders., in: Sieber/Brüner/Satzger/v. Heintschel-Heinegg, § 1 Rn. 41; Streinz, in: ders., EUV/AEU, Art. 5 EUV Rn. 41; ders., Europarecht, Rn. 173; Vedder, in: Vedder/Heintschel v. Heinegg, Art. 5 EUV Rn. 35.

569 Dies ist st. Rspr. des EuGH; vgl. etwa EuGH Slg. 1980, 1979, 1997 – *Testa u.a./Bundesanstalt für Arbeit* (verbundene Rs. 41/79, 121/79, 796/79); 1994, I-3681, I-3713 – *Bundesrepublik Deutschland/Rat* (Rs. C-359/92); ferner Calliess, in: Calliess/Ruffert, Art. 5 EUV Rn. 45; Lambers, EuR 1993, 229, 233 f.; Lienbacher, in: Schwarze, Art. 5 EUV Rn. 36; Nettesheim, in: Oppermann/Classes/Nettesheim, § 9 Rn. 39, § 11 Rn. 33; Streinz, Europarecht, Rn. 173; Zuleeg, in: von der Groeben/Schwarze, Art. 5 EGV Rn. 37.

570 Zuleeg, in: von der Groeben/Schwarze, Art. 5 EGV Rn. 37.

571 Vgl. für das deutsche Verständnis BVerfGE 79, 311, 341; zur Geltung des Gedankens des Freiheitsschutzes als Inhalt des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes auch in der EU Zuleeg, in: von der Groeben/Schwarze, Art. 5 EGV Rn. 41.

572 Vgl. für das deutsche Verständnis BVerfGE 79, 311, 341.

nismäßigkeit berufen, wenn es um den Schutz ihrer eigenen Hoheitsbefugnisse geht.<sup>573</sup> Da es sich um eine Kompetenzausübungsschranke handelt, wird die Funktion des Art. 5 Abs. 4 EUV sogar ausschließlich im Schutz der Autonomie der Mitgliedstaaten gesehen, während Einzelpersonen sich auf ihre Grundrechte und die allgemeine rechtsstaatliche Verhältnismäßigkeit berufen können und müssen.<sup>574</sup> Maßnahmen der EU sollen inhaltlich wie formal insgesamt nicht über das zur Erreichung der Ziele der Verträge notwendige Maß hinausgehen, sodass sich daraus schließen lässt, dass die Autonomiebereiche der Einzelstaaten durch die Union nicht weiter eingeschränkt werden sollen als erforderlich.<sup>575</sup> In der Judikatur des EuGH hatte der allgemeine Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zunächst nur als Schutzmechanismus für den Einzelnen Bedeutung, wurde später jedoch auch auf die Mitgliedstaaten erweitert.<sup>576</sup> Art. 5 Abs. 4 EUV normiert nun diesen Gedanken.

Es wird vielfach darauf hingewiesen, dass es bei der Subsidiarität um die Frage des „Ob“ der Ausübung einer Kompetenz, bei der Verhältnismäßigkeit hingegen um das „Wie“ ginge.<sup>577</sup> Dabei wird zu Recht betont, dass auch der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, der die Mitgliedstaaten vor übermäßigen Eingriffen in ihre Kompetenzen schützen soll, letztlich wiederum selbst Ausfluss des Subsidiaritätsprinzips ist.<sup>578</sup> Die Mitgliedstaaten sollen grundsätzlich nur in dem Maße in ihrer Zuständigkeit beschränkt werden, wie es die Effektivität bei grenzüberschreitenden Sachverhalten gebietet. Anders als die Subsidiarität ist der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit des Unionshandelns jedoch auch bei ausschließlichen Kompetenzen zu berücksichtigen,<sup>579</sup> was jedoch nicht dazu führt, dass den Mitgliedstaaten in diesen Bereichen eine Zuständigkeit zuwüchse.

Im Hinblick auf den materiellen Gehalt der Verhältnismäßigkeitsprüfung enthielt wiederum das Protokoll über die Anwendung der Grundsätze der Subsidiari-

573 *Bast*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, 51. EL 2013, Art. 5 EUV Rn. 66; *Calliess*, in: Calliess/Ruffert, Art. 5 EUV Rn. 46; *Hecker*, in: Sieber/Brüner/Satzger/v. Heintschel-Heinegg, § 10 Rn. 41; *ders.*, in: Ambos, Europ. Strafrecht, S. 24; *Satzger*, Europäisierung, S. 148; *Streinz*, in: *ders.*, EUV/AEUV, Art. 5 EUV Rn. 41; *ders.*, Europarecht, Rn 173; *Zuleeg*, in: von der Groeben/Schwarze, Art. 5 EGV Rn. 37.

574 *Bast*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, 51. EL 2013, Art. 5 EUV Rn. 67; zur Unterscheidung auch *Ritzer*, S. 100 f.; vgl. aber auch *Hugger*, S. 83 f., *Melander*, EuCLR 2013, 45, 59 f., *Satzger*, Intern. und Europ. Strafrecht, § 8 Rn. 28 und *Satzger/Zimmermann/Langheld*, EuCLR 2013, 107, 110, welche sämtlich die *ultima ratio*-Funktion des Strafrechts in Art. 5 Abs. 4 AEUV verankern.

575 Vgl. *Heger*, Europäisierung des Umweltstrafrechts, S. 90: Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit verbiete der EU unangemessene Eingriffe in die Souveränität der Mitgliedstaaten.

576 So etwa EuGH Slg. 1996, I-5755, I-5809 ff. – *Vereinigtes Königreich von Großbritannien und Nordirland/Rat* (Rs. C-84/94); vgl. *Bieber*, in: Bieber/Epiney/Haag, § 3 Rn. 34.

577 *Calliess*, ZEuS 2008, 3, 9; *ders.*, in: Calliess/Ruffert, Art. 5 EUV Rn. 44; *Dorra*, S. 273, 277; *Hecker*, in: Sieber/Brüner/Satzger/v. Heintschel-Heinegg, § 10 Rn. 43; *ders.*, in: Ambos, Europ. Strafrecht, S. 24 f.; *Satzger*, in: Sieber/Brüner/Satzger/v. Heintschel-Heinegg, § 1 Rn. 41; *Streinz*, in: *ders.*, EUV/AEUV, Art. 5 EUV Rn. 41; *Terbechte*, EuR 2008, 143, 154.

578 *Zuleeg*, in: von der Groeben/Schwarze, Art. 5 EGV Rn. 37.

579 *Bast*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, 51. EL 2013, Art. 5 EUV Rn. 69; *Calliess*, in: Calliess/Ruffert, Art. 5 EUV Rn. 44.

tät und Verhältnismäßigkeit zu den Verträgen von Amsterdam und Nizza<sup>580</sup> in seinen Nr. 6 und 7 einige Vorgaben. Nach der Nr. 6 musste darauf geachtet werden, dass das Ziel der Maßnahme „in zufriedenstellender Weise“ erreicht wird. Damit ist klar, dass eine zielorientierte Prüfung dahingehend erfolgen muss, dass die Wahl des Mittels sich an der ausreichenden Verwirklichung des Zieles zu orientieren hat.<sup>581</sup> Nr. 7 präziserte: „Was Art und Umfang des Handelns der Gemeinschaft betrifft, so sollte bei Maßnahmen der Gemeinschaft so viel Raum für nationale Entscheidungen bleiben, wie dies im Einklang mit dem Ziel der Maßnahme und den Anforderungen des Vertrags möglich ist. Unter Einhaltung der gemeinschaftlichen Rechtsvorschriften sollten bewährte nationale Regelungen sowie Struktur und Funktionsweise der Rechtssysteme der Mitgliedstaaten geachtet werden. Den Mitgliedstaaten sollten in den Gemeinschaftsmaßnahmen Alternativen zur Erreichung der Ziele der Maßnahmen angeboten werden, sofern dies für eine ordnungsgemäße Durchführung der Maßnahmen angemessen und erforderlich ist.“ Letztlich darf die Autonomie der Mitgliedstaaten nur insoweit beeinträchtigt werden, wie dies zur Erreichung der Unionsziele notwendig ist, sodass das aus Sicht der Mitgliedstaaten „mildeste Mittel“ zu wählen ist.

Von seinem Wortlaut her legt Art. 5 Abs. 4 EUV insofern nur fest, dass die Unionsorgane nicht über das „erforderliche Maß“ hinausgehen dürfen. Die „Erforderlichkeit“ schließt aber nicht nur nach deutschem Verständnis, sondern auch nach der ständigen Rechtsprechung des EuGH die Prüfung der „Geeignetheit“ einer Maßnahme mit ein,<sup>582</sup> da eine völlig ungeeignete Maßnahme nicht erforderlich sein kann. Ferner ist zu untersuchen, ob ein aus Sicht der Mitgliedstaaten milderes Mittel ebenfalls ausgereicht hätte, um das anvisierte Ziel der Maßnahme „in zufriedenstellender Weise“ zu erreichen.<sup>583</sup> Ob darüber hinaus, wie im deutschen Verfassungsrecht, auch eine „Angemessenheit“ als Ausdruck einer Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne vorliegen muss, erschließt sich aus dem Vertragstext nicht unmittelbar. In der Literatur wird sie jedoch teilweise als ungeschriebener Grundsatz angenommen.<sup>584</sup> Zumindest als Teil des allgemeinen Verhältnismäßigkeitsprinzips des Unionshandelns war sie auch Bestandteil der Prüfung des EuGH, wenn

580 ABl. 1997 Nr. C 340, S. 106.

581 *Fromm*, Der strafrechtliche Schutz der Finanzinteressen, S. 224.

582 Vgl. etwa EuGH Slg. 1994, I-3681, I-3713 – *Bundesrepublik Deutschland/Rat* (Rs. C-359/92); Slg. 1996, I-5755, I-5811 – *Vereinigtes Königreich von Großbritannien und Nordirland/Rat* (Rs. C-84/94); *Bast*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, 51. EL 2013, Art. 5 EUV Rn. 70; *Lienbacher*, in: Schwarze, Art. 5 EUV Rn. 38; *Nettesheim*, in: Oppermann/Classen/Nettesheim, § 11 Rn. 33; *Ritzer*, S. 103; *Vedder*, in: Vedder/Heintschel v. Heinegg, Art. 5 EUV Rn. 36; *Zuleeg*, in: von der Groeben/Schwarze, Art. 5 EGV Rn. 38.

583 *Fromm*, Der strafrechtliche Schutz der Finanzinteressen, S. 224.

584 *Ambos*, Intern. Strafrecht, § 9 Rn. 5; *Bast*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, 51. EL 2013, Art. 5 EUV Rn. 71; *Lienbacher*, in: Schwarze, Art. 5 EUV Rn. 38; *Ritzer*, S. 106; *Zuleeg*, in: von der Groeben/Schwarze, Art. 5 EGV Rn. 40.

auch in sehr zurückhaltender Weise.<sup>585</sup> Insgesamt hält sich der EuGH bei der Prüfung der Verhältnismäßigkeit zurück und nimmt einen weiten Gestaltungsspielraum der Unionsorgane an.<sup>586</sup> Es gehe nicht darum, zu prüfen, ob eine Maßnahme die einzig mögliche oder bestmögliche war, sondern darum, ob sie „offensichtlich ungeeignet“ war.<sup>587</sup> Er beschränkt sich daher im Wesentlichen auf einen offensichtlichen Ermessensmissbrauch.<sup>588</sup> Dies erklärt, warum in den einschlägigen Urteilen ein Verstoß regelmäßig abgelehnt wurde.

Besonders interessant ist dabei das Verhältnis der Handlungsformen, insbesondere von Verordnung und Richtlinie im Sinne des Art. 288 AEUV. Die Verhältnismäßigkeit ist auch diesbezüglich stets an der Verwirklichung des anvisierten Zieles zu messen.<sup>589</sup> Kann es durch eine bestimmte Maßnahme nicht erreicht werden, so scheidet diese schon mangels Geeignetheit aus. Dabei ist wiederum zu bedenken, dass die Entscheidung über das Ziel und seine verhältnismäßige Verwirklichung nach der Auffassung des EuGH im Ermessen der EU-Organe liegt.<sup>590</sup> Dabei zeigt sich auch der Zusammenhang mit der Subsidiaritätsprüfung. Denn handelt es sich um eine besonders wichtige Unionspolitik, die nach Einschätzung der Entscheidungsträger der Rechtsvereinheitlichung bedarf, so können einerseits die Mitgliedstaaten dieses Ziel selbst nicht erreichen und andererseits kann gerade deshalb auch ein Umsetzungsspielraum der Einzelstaaten nicht opportun sein.

Daher ist auch bei der Wahl der Mittel im Rahmen der „Erforderlichkeit“ ein milderer Mittel nur dann zu wählen, wenn das anvisierte Ziel auch durch die weniger belastende Maßnahme „in zufriedenstellender Weise“ erreicht, d.h. ebenfalls ausreichend verwirklicht werden kann.<sup>591</sup> Ist die mildere Maßnahme jedoch hinsichtlich des Zieles nicht ausreichend, so muss sie wiederum außer Betracht bleiben. Somit spielt die Effektivität der angestrebten Regelung auch bei der Auswahl der Mittel eine Rolle. Während die Subsidiarität bestimmt, ob die EU tätig werden darf, um ein bestimmtes Ziel zu erreichen, weil die Effektivität dies gebietet, gilt Ähnliches für die Verhältnismäßigkeit, welche die Frage beantwortet, welches Mittel gewählt werden darf, um das Ziel zu erreichen. Soweit ein Wahlrecht besteht, ist dies im Einzelfall zu bestimmen. Dabei kann die Richtlinie in manchen Feldern durchaus ausreichend sein, das Ziel „in zufriedenstellender Weise“ zu verwirklichen, in anderen Fällen kann aber auch ein stärkerer Schutz oder eine intensivere Vereinheitlichung per Verordnung nötig sein.

---

585 *Calliess*, in: *Calliess/Ruffert*, Art. 5 EUV Rn. 45; *Nettesheim*, in: *Oppermann/Classen/Nettesheim*, § 11 Rn. 33.

586 EuGH Slg. 2001, I-5693, I-5720 – *Jippes* (C-189/01); vgl. auch *Bast*, in: *Grabitz/Hilf/Nettesheim*, 51. EL 2013, Art. 5 EUV Rn. 73; *Calliess*, in: *Calliess/Ruffert*, Art. 5 EUV Rn. 52.

587 EuGH Slg. 2001, I-5693, I-5721 – *Jippes* (C-189/01).

588 *Calliess*, in: *Calliess/Ruffert*, Art. 5 EUV Rn. 52.

589 *Zuleeg*, in: von der Groeben/Schwarze, Art. 5 EGV Rn. 39.

590 *Zuleeg*, in: von der Groeben/Schwarze, Art. 5 EGV Rn. 39.

591 *Fromm*, Der strafrechtliche Schutz der Finanzinteressen, S. 224.

Hinsichtlich der Frage, welche Maßnahme bei gleicher Wirkung zu wählen ist, wird in der Literatur überwiegend eine „Mittelhierarchie“ angenommen, nach welcher die Richtlinie unter Verhältnismäßigkeitsgesichtspunkten stets als das mildere Mittel gegenüber der Verordnung anzusehen sei, da die Harmonisierung des mitgliedstaatlichen Rechts durch bloße Rahmenregelungen weniger belastend sei als unmittelbar wirksame Gesetze.<sup>592</sup> Auch Nr. 6 des Protokolls über die Anwendung der Grundsätze der Subsidiarität und Verhältnismäßigkeit zu den Verträgen von Amsterdam und Nizza sah einen entsprechenden Hinweis vor, „unter sonst gleichen Gegebenheiten“ eine Richtlinie einer Verordnung vorzuziehen. Dieser findet sich des Weiteren auch in den Schlussfolgerungen des Europäischen Rates von Edinburgh.<sup>593</sup> Festzuhalten bleibt zunächst auch hier, dass die völkerrechtliche Zusammenarbeit wie im Hinblick auf die Subsidiarität<sup>594</sup> kein zulässiges milderes Mittel darstellt. Diese Handlungsalternative ist durch den Stand der Integration inzwischen überwunden. Im Übrigen ist bei einer pauschalen Mittelhierarchie Vorsicht geboten.<sup>595</sup>

Zwar ist die Richtlinie ausweislich Art. 288 Abs. 3 AEUV nur hinsichtlich des zu erreichenden Ziels verbindlich, überlässt jedoch den innerstaatlichen Stellen die Wahl der Form und der Mittel. Aus den genannten Gründen der Effektivität muss jedoch hinsichtlich des Regelungsinhalts auf die konkrete Richtlinie abgestellt werden. Effektivität der Zielerreichung und Detailgrad der Richtlinie korrespondieren dabei miteinander, d.h. je größer der Bedarf an einer Angleichung des Rechts ist, desto umfassender wird die Regelung ausfallen.<sup>596</sup> Markantes Beispiel ist die Richtlinie zur Regelung der Sommerzeit, welche dieselbe verbindlich für alle Mitgliedstaaten festlegt.<sup>597</sup> Je detaillierter jedoch eine Richtlinie ist oder je intensiver sie das Recht harmonisiert,<sup>598</sup> desto eher kann sich die Frage stellen, ob sie nicht im Einzelfall in gleichem Maße wie eine Verordnung für die Autonomie der Mitgliedstaaten belastend wirkt.<sup>599</sup> Daher kommt es auf Intensität und Detailgrad der Regelung bzw. die den Mitgliedstaaten noch verbleibenden Umsetzungsspielräume an.<sup>600</sup> Wie stark ausgeprägt diese sein dürfen, hängt aber wiederum von der Erforderlichkeit der Einheitlichkeit ab.

592 Calliess, ZEuS 2008, 3, 10; ders., in: Calliess/Ruffert, Art. 5 EUV Rn. 53 f. m.w.N.; F. Meyer, Strafrechtsgenese, S. 355; vgl. auch Graf Vitzthum, in: ders., 1. Abschn. Rn. 42.

593 Schlussfolgerungen des Europäischen Rates von Edinburgh vom 13.12.1992, Teil A, Anlage 1, Ziffer II Abs. 3 Nr. v).

594 Vgl. oben 4. Kapitel A. III. 4. a).

595 Bast, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, 51. EL 2013, Art. 5 EUV Rn. 72; so auch für das Zivilrecht *Mittwoch*, S. 146.

596 *Nettesheim*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, 51. EL 2013, Art. 288 AEUV Rn. 113.

597 RL 2000/84/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 19.1.2001 zur Regelung der Sommerzeit, ABl. 2001 Nr. L 31, S. 21.

598 Man denke hier an „vollharmonisierende Richtlinien“; vgl. zum Zivilrecht *Mittwoch*, S. 145 f. und passim.

599 Bast, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, 51. EL 2013, Art. 5 EUV Rn. 72.

600 Vgl. auch Bast, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, 51. EL 2013, Art. 5 EUV Rn. 72.

Die Feststellung, die Richtlinie sei für die Mitgliedstaaten stets weniger belastend als die Verordnung, wird jedoch von manchen auch insgesamt angezweifelt.<sup>601</sup> Denn durch den Erlass (strafrechtlicher) Verordnungen entsteht eine von der mitgliedstaatlichen getrennte autonome Rechtsordnung, welche, anders als die Richtlinie, die das mitgliedstaatliche Recht selbst verändert, dieses formal intakt lässt.<sup>602</sup> So harmonisiert die Richtlinie eine mitgliedstaatliche Vorschrift insgesamt, d.h. für alle Fälle und nicht nur in den die EU betreffenden Konstellationen. Dadurch wird eine Vorschrift in das jeweilige Strafgesetzbuch eingefügt, die u.U. nicht zu dessen sonstigem Konzept passt und dabei sehr wahrscheinlich auch auf den AT eingewirkt.<sup>603</sup> Daher wird angeführt, die Richtlinie sei für das nationale Strafrecht formal betrachtet gerade nicht schonender.<sup>604</sup> So könnte etwa auf der Grundlage des Art. 325 Abs. 4 AEUV ein eigenständiges Finanzstrafgesetzbuch geschaffen werden, das nach Art des Corpus Juris 2000 auch allgemeine Regeln vorsehen könnte,<sup>605</sup> anstatt dass die entsprechenden Vorschriften des deutschen StGB, wie etwa § 261 StGB, geändert werden müssten.<sup>606</sup>

Dabei kommt es indes entscheidend auf den Anwendungsbereich und das Verhältnis der Normen an. Denn auf diese Weise entstehen parallele Rechtsordnungen. Ist das supranationale Recht nur für bestimmte, eng umgrenzte Einzelbereiche anwendbar, z.B. nur bei Straftaten zu Lasten der EU, sind diese Erwägungen bedenkenswert. Ist es zudem mit Anwendungsvorrang<sup>607</sup> ausgestattet, sodass das mitgliedstaatliche Recht außer Kraft gesetzt sein kann, so spielt es eine entscheidende Rolle, ob das Recht der EU nur für eng umgrenzte Sachverhalte anwendbar ist, etwa nur für Straftaten zu Lasten der Finanzen der EU, da das mitgliedstaatliche Recht im Übrigen „unberührt“ bliebe. Schließlich macht es auch einen Unterschied, ob, wie etwa in den USA, zentrale Behörden Straftaten nach dem zentralen Recht selbst verfolgen oder ob diese Aufgabe den Mitgliedstaaten zukommt. Denn in letzterem Fall erscheint es trotz ihres intakten Strafgesetzbuches zweifelhaft, ob in größerem Maße „Struktur und Funktionsweise der Rechtssysteme der Mitgliedstaaten geachtet“ werden.<sup>608</sup>

In Bezug auf das Strafrecht treffen die Art. 82 ff. AEUV in den meisten Fällen allerdings bereits selbst eine entsprechende Entscheidung. So erlaubt Art. 83 AEUV ausschließlich Richtlinien, sodass das Mittel der Verordnung gar nicht zur Verfügung steht.<sup>609</sup> Zudem sind im Rahmen der Harmonisierung regelmäßig nur „Min-

601 Bast, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, 51. EL 2013, Art. 5 EUV Rn. 72; Schwarzburg/Hamdorf, NStZ 2002, 617, 621 ff.; Walter, ZStW 117 (2005), 912, 931; siehe auch noch unten 6. Kapitel B.

602 Satzger, Intern. u. Europ. Strafrecht, § 9 Rn. 53; F. Zimmermann, JURA 2009, 844, 851.

603 Schwarzburg/Hamdorf, NStZ 2002, 617, 621 ff.

604 Schwarzburg/Hamdorf, NStZ 2002, 617, 621 ff.; Walter, ZStW 117 (2005), 912, 931 f.

605 Dies fordern Schwarzburg/Hamdorf, NStZ 2002, 617, 621 ff.

606 Walter, ZStW 117 (2005), 912, 932.

607 Siehe dazu noch unten 4. Kapitel C. I. 1.

608 Siehe dazu noch unten 6. Kapitel B.

609 Vogel, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, 51. EL 2013, Art. 83 AEUV Rn. 29.

destvorschriften“ erlaubt, sodass auch hier der Vorrang vor einer abschließenden Regelung<sup>610</sup> bereits in der Handlungsermächtigung normiert ist. In den wenigen Bereichen, in denen ein Wahlrecht besteht, wie etwa im Bereich der Bekämpfung der Betrügereien nach Art. 325 Abs. 4 AEUV, wird die Entscheidung gerade auch anhand der Effektivität zu fällen sein.

Von der kompetenzbezogenen ist die individualschützende grundrechtsbezogene Verhältnismäßigkeitsprüfung zu unterscheiden,<sup>611</sup> wie sie etwa in Art. 49 Abs. 3 GRC hinsichtlich des Strafmaßes und in Art. 52 Abs. 1 S. 2 GRC als allgemeine Schranke für Grundrechtseingriffe normiert ist, aber auch schon zuvor als allgemeiner Rechtsgrundsatz des Unionsrechts anerkannt war.<sup>612</sup> Auch im Rahmen der „Mindesttrias“ der Sanktionen hatte der EuGH die Verhältnismäßigkeit genannt.<sup>613</sup> Die Verhältnismäßigkeit im allgemeinen Sinne, welche dem Schutz der Freiheitssphäre der Bürgerinnen und Bürger dient, entfaltet im Bereich des Strafrechts eine noch weiter gehende und entscheidende Bedeutung.

Denn auch wenn im Einzelnen strafrechtsbezogene Kompetenzen bestehen, sei es der EU oder auch der Mitgliedstaaten, und evtl. solche der Ersteren auch noch zu erweitern sind, und auch wenn die Anforderungen der Subsidiarität im Kompetenzsinne im Einzelfall erfüllt sein sollten, so ist damit noch lange nicht gesagt, dass gerade das Strafrecht eingesetzt werden muss. Selbst wenn hier eine europafreundliche Ausgestaltung der Kompetenzordnung unterstützt wird, so heißt das nicht, dass diese Linie zwingend auch strafsanktionsfreundlich ist. In diesem Sinne geht es bei der Frage der Verhältnismäßigkeit aber weniger darum, wer (kompetenzmäßig) handeln darf, sondern ob überhaupt strafrechtlich reagiert werden soll.<sup>614</sup>

Die Bestimmung, wann das Mittel des Strafrechts, das immer nur *ultima ratio* sein darf,<sup>615</sup> überhaupt eingesetzt werden sollte, ist Aufgabe der Kriminalpolitik. Im Rahmen der Nationalstaaten ist sie etabliert, in der EU muss eine konsistente

610 *Subr*, in: Calliess/Ruffert, Art. 83 AEUV Rn. 8; ausführlich zum Charakter der Mindestvorschriften *Vogel*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, 51. EL 2013, Art. 83 AEUV Rn. 31 ff.; siehe ferner noch unten 4. Kapitel B. I. 2. b) aa).

611 *Calliess*, in: Calliess/Ruffert, Art. 5 EUV Rn. 55; *Streinz*, in: ders., EUV/AEUV, Art. 5 EUV Rn. 42.

612 *Böse*, Strafen und Sanktionen, S. 420 ff.; *Jarass*, Charta, Art. 52 GRC Rn. 36; *Tiedemann*, NJW 1993, 23, 25; vgl. zu den allgemeinen Rechtsgrundsätzen auch *Hugger*, S. 85 f.; *Satzger*, Europäisierung, S. 177 ff., sowie zum Verhältnismäßigkeitsprinzip als Begrenzung nationaler Sanktionen, ebd., S. 324 ff., 373 f.

613 EuGH Slg. 1989, 2965, 2985 – *Kommission/Griechische Republik* (Rs. 68/88); Slg. 1990, I-2911, I-2935 – *Hansen* (Rs. C-326/88).

614 Vgl. auch *Heger*, Europäisierung des Umweltstrafrechts, S. 91.

615 Vgl. statt Vieler European Criminal Policy Initiative, Manifest zur Europäischen Kriminalpolitik, Unterpunkt I. 2., ZIS 2009, 697, 698; *Prittowitz*, in: Ambos, Europ. Strafrecht, S. 34; *Satzger*, ZRP 2010, 137, 138; *Schünemann*, in: ders., Alternativentwurf, S. 78 f.; *ders.*, GA 2004, 193, 197; *ders.*, ZIS 2007, 528, 529; speziell im Hinblick auf das Umweltstrafrecht *Heger*, Europäisierung des Umweltstrafrechts, S. 90; zur Geltung in der EU *Melander*, EuCLR 2013, 45, 47 ff.; siehe außerdem bereits oben 1. Kapitel A. II. 1.

europäische Kriminalpolitik hingegen erst noch entstehen.<sup>616</sup> Erste Ansätze hierzu wurden jedoch erfreulicherweise bereits entwickelt.<sup>617</sup> Dabei ist nun auch zu beachten, dass die Frage der europäischen Strafgesetzgebung u.a. durch die Unionsgrundrechte<sup>618</sup> und dabei den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Hinblick auf diese Grundrechte entscheidend beeinflusst wird.<sup>619</sup> Das hat auch die Kommission festgestellt.<sup>620</sup>

### c) Strafrechtsspezifischer Schonungsgrundsatz

Vielfach ist in der strafrechtlichen Literatur zu lesen, im Rahmen der EU sei ein „strafrechtsspezifischer Schonungsgrundsatz“ zu beachten, nach welchem die europäische Integration im Bereich des Strafrechts besonders zurückhaltend voranschreiten müsse.<sup>621</sup> Er wird aus Subsidiarität und Verhältnismäßigkeit sowie aus der Pflicht zur Achtung der nationalen Identität und dem Loyalitätsgebot hergeleitet.<sup>622</sup> Es trifft zu, dass diese Prinzipien in einem engen Zusammenhang stehen und zusammen zu betrachten sind.<sup>623</sup> Daher ist diese Gesamtschau durchaus überzeugend. Daraus folgt allerdings auch, dass das strafrechtsspezifische Schonungsgebot keinen eigenständigen Gehalt im Sinne einer weiteren Schranke neben diesen bereits erläuterten Prinzipien haben kann, sondern nur eine Verdichtung derselben ist. Keinesfalls kann es als Souveränitätsvorbehalt im Sinne einer Unantastbarkeit verstanden werden, denn dass ein solcher nicht besteht, ist inzwischen schon durch die entsprechenden EU-Kompetenzen evident.

616 Prittwitz, in: Ambos, Europ. Strafrecht, S. 32; Satzger, Intern. und Europ. Strafrecht, § 9 Rn. 55; ders., ZIS 2009, 691, 692; ders., ZRP 2010, 137.

617 Vgl. die Mitteilung der Kommission vom 20.9.2011 an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen – Auf dem Weg zu einer europäischen Strafrechtspolitik: Gewährleistung der wirksamen Durchführung der EU-Politik durch das Strafrecht, KOM (2011) 573 endg.; dazu Brodowski, ZIS 2011, 940, 942; Entschließung des Europäischen Parlaments, 2010/2310 (INI); dazu Brodowski, ZIS 2012, 558; vgl. ferner insbesondere das „Manifest zur Europäischen Kriminalpolitik“ der European Criminal Policy Initiative, ZIS 2009, 697; dazu Prittwitz, in: Ambos, Europ. Strafrecht, S. 29 ff.; Satzger, ZIS 2009, 691; ders., ZRP 2010, 137; vgl. auch Klip, Europ. Crim. L., S. 218 ff.; Kubiciel, ZIS 2010, 742, 744 ff.

618 Auf die das Strafrecht limitierende Wirkung der Grundrechte weist Vogel, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, 51. EL 2013, Art. 83 AEUV Rn. 32, zu Recht hin.

619 Vogel, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, 51. EL 2013, Art. 83 AEUV Rn. 45.

620 Mitteilung der Kommission vom 20.9.2011 an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen – Auf dem Weg zu einer europäischen Strafrechtspolitik: Gewährleistung der wirksamen Durchführung der EU-Politik durch das Strafrecht; KOM (2011) 575 endg., S. 4, 7.

621 So insbesondere Satzger, Europäisierung, S. 166 ff.; ders., in: Sieber/Brüner/Satzger/v. Heintschel-Heinegg, § 9 Rn. 8 ff.; ders., Intern. u. Europ. Strafrecht, § 9 Rn. 9; ders., in: Böse, EnzEuR Bd. 9, § 2 Rn. 20; ebenso Ambos, Intern. Strafrecht, § 9 Rn. 5, § 11 Rn. 35; Calliess, ZEuS 2008, 3, 29; Esser, Europ. u. Intern. Strafrecht, § 2 Rn. 62; Hecker, JA 2007, 561, 565; ders., Europ. Strafrecht, § 8 Rn. 55; ders., in: Sieber/Brüner/Satzger/v. Heintschel-Heinegg, § 10 Rn. 44; ders., in: Ambos, Europ. Strafrecht, S. 25; Heger, ZIS 2009, 406, 410; ders., Recht und Politik 2012, 88, 91; Safferling, Intern. Strafrecht, § 11 Rn. 10.

622 Satzger, Intern. u. Europ. Strafrecht, § 9 Rn. 9.

623 Vgl. oben 4. Kapitel A. III. 1. b).

Auch Satzger<sup>624</sup> konstatierte schon im Jahr 2001, dass eine bewusste Verlagerung der Kompetenzen auf die EU einen Schonungsgrundsatz weitgehend obsolet machen würde. Anders gesagt: Seinerzeit ließ sich den Verträgen noch eine größere Zurückhaltung im Hinblick auf die Einräumung strafrechtlicher Kompetenzen entnehmen als nach der Reform von Lissabon, sodass auch ein strafrechtliches Schonungsprinzip inzwischen weiter abgeschwächt ist. Ob es sich in der Rechtsprechung des EuGH nachweisen lässt, darf mit Recht bezweifelt werden.<sup>625</sup> Das muss aus wissenschaftlicher sowie rechtspolitischer Sicht nicht von einer entsprechenden Forderung abhalten, sollte jedoch bei der Betrachtung der konkreten Ausprägung der Kompetenzordnung nicht vergessen werden.

Fest steht, dass das Schonungsgebot keineswegs so verstanden werden kann, dass es strafrechtliche Maßnahmen per se verhindert, soweit seit der Reform von Lissabon ganz konkret explizite Kompetenzen der EU vorgesehen sind. Daher darf es heute wohl vielmehr als eine Art „Hemmschwellentheorie“ (nach Art der Rechtsprechung des BGH zur Annahme eines Tötungsvorsatzes<sup>626</sup>) hinsichtlich der Ausübung dieser vertraglichen Kompetenzen verstanden werden. Subsidiarität und Verhältnismäßigkeit einer strafrechtsbezogenen Maßnahme sind im Hinblick auf die besondere Bedeutung dieser Materie für die Mitgliedstaaten sorgfältig zu prüfen. Denn es ist nachvollziehbar, zu fordern, die Kompetenzen der Art. 82 Abs. 2, 83 Abs. 1, 2 AEUV behutsam zu nutzen, zumal die Mitgliedstaaten durch die zentrale Ebene zur Kriminalisierung eines Verhaltens gezwungen werden können. Das Bild der „Hemmschwelle“ scheint hier passend, da es ausdrückt, dass eine Regelung zwar möglich ist, die Voraussetzungen jedoch sehr genau zu prüfen sind.

Im Sinne seiner Herleitung folgerichtig wird das Prinzip regelmäßig im Zusammenhang mit der Ausübung der Befugnis der EU zur Harmonisierung des mitgliedstaatlichen Rechts angeführt.<sup>627</sup> Auch Art. 67 Abs. 1 AEUV betont noch einmal, dass im Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts die verschiedenen Rechtsordnungen und -traditionen der Mitgliedstaaten geachtet werden müssen. Dass der Schonungsgrundsatz dort einen berechtigten Platz beanspruchen darf, folgt aus der Tatsache, dass die EU hier Einfluss auf das dezentrale Recht nimmt, das in Dogmatik und spezifischen Strukturen gewachsen ist. Hier ist zutreffend der Hauptgrund einer solchen Schonung zu verorten, weil das mitgliedstaatliche Kriminalstrafrechtssystem selbst verändert wird. Teilweise wird jedoch aus dem Schonungsgedanken gefolgert, dass die EU keine unmittelbar geltenden Strafnormen in den Bereichen ihrer Harmonisierungskompetenz erlassen dürfe.<sup>628</sup>

624 Satzger, Europäisierung, S. 381.

625 Folz, ZIS 2009, 427, 428.

626 Vgl. insbesondere BGHSt 36, 1; vgl. dazu Joecks, in: MüKo StGB, § 16 Rn. 52.

627 So etwa bei Ambos, Intern. Strafrecht, § 11 Rn. 35; Hecker, Europ. Strafrecht, § 8 Rn. 55; Satzger, Intern. u. Europ. Strafrecht, § 9 Rn. 9; ders., in: Sieber/Brüner/Satzger/v. Heintschel-Heinegg, § 9 Rn. 44 ff.

628 Hecker, Europ. Strafrecht, § 8 Rn. 55; ders., in: Ambos, Europ. Strafrecht, S. 2.5.

Dies trifft zwar durchaus zu, ist jedoch bereits Folge der klaren Zuweisung einer Kompetenz nur zur Harmonisierung, die eben gerade keine Verordnungen zulässt,<sup>629</sup> und nicht etwa eines Schonungsgrundsatzes, der (erst) die Ausübung der Kompetenz beeinflussen würde. Es lässt sich jedoch eine Berücksichtigung von Subsidiarität und Verhältnismäßigkeit schon bei der Vertragsgestaltung und Kompetenzverteilung ausmachen.<sup>630</sup> So sind einerseits gemäß den Art. 82 Abs. 2, 83 Abs. 1, 2 AEUV nur „Mindestvorschriften“ zur Angleichung per Richtlinie gestattet, und andererseits bietet Abs. 3 jeweils die Möglichkeit einer „Notbremse“<sup>631</sup>.

Darüber hinausgehend kann der Gedanke aber noch hinsichtlich weiterer Aspekte bedeutsam werden, nämlich einerseits im Hinblick auf die Detailliertheit der Vorgaben in der Richtlinie und andererseits bezüglich der möglichen Ausweitung der Katalogtaten nach Art. 83 Abs. 1 UA. 3 AEUV. Im Falle der Letzteren muss jedoch der Rat ohnehin einstimmig beschließen. Im Hinblick auf die Frage des Inhalts von Richtlinien hat der EuGH eine gewichtige Einschränkung vorgenommen, indem er seinerzeit die Festlegung von Art und Maß der Sanktion von der Zuständigkeit der EG ausnahm,<sup>632</sup> sodass diese etwa keinen genauen Strafraum vorgeben konnte. Man könnte daran denken, diese Grundsätze auch auf die Vertragsbestimmungen nach der Reform von Lissabon zu übertragen.<sup>633</sup> Dieser Ansatz ist aber abzulehnen, da inzwischen immerhin Mindestvorgaben im Hinblick auf „Strafen“ ausdrücklich in die Kompetenz der EU fallen.<sup>634</sup>

Insgesamt wird deutlich, dass, wie oben<sup>635</sup> ausgeführt, das Prinzip der Subsidiarität eine doppelte Wirkrichtung hat und schon bei der Kompetenzverteilung zum Tragen kommt. Es bleibt abzuwarten, ob das BVerfG tatsächlich einer weiteren Kompetenzübertragung oder einer entsprechenden Kompetenzausübung der EU einen Riegel verschieben würde, wie es dies in der Lissabon-Entscheidung angedeutet hat, wenn die politischen Entscheidungsträger in Europa und in den Mitgliedstaaten ein solches Vorgehen billigen.

Der Schonungsgedanke sollte jedoch nicht dazu verleiten, die folgenden zwei Punkte außer Acht zu lassen. Erstens darf nicht vergessen werden, dass das Subsidiaritätsprinzip, das als besonderes Strukturprinzip die EU und damit auch die an-

629 *Dorra*, S. 278; *Vogel*, in: Ambos, Europ. Strafrecht, S. 44.

630 So bzgl. der Subsidiarität bereits oben 2. Kapitel C. IV. 1. g) und 4. Kapitel A. III. 4. a).

631 Diesen Begriff verwenden etwa *Böse*, ZIS 2010, 76, 86; *Classen*, in: Oppermann/Classen/Nettesheim, § 37 Rn. 2; *Dorra*, S. 251 ff.; *Eisele*, JZ 2008, 251, 254; *Hecker*, Europ. Strafrecht, § 8 Rn. 56; *ders.*, in: Ambos, Europ. Strafrecht, S. 25; *Satzger*, Intern. u. Europ. Strafrecht, § 9 Rn. 47; *Schramm*, ZJS 2010, 615, 616; *Subr*, ZEuS 2009, 687, 698; *Vogel*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, 51. EL 2013, Art. 83 AEUV Rn. 88; *ders.*, in: Ambos, Europ. Strafrecht, S. 45; *F. Zimmermann*, JURA 2009, 844, 848; *Zöller*, ZIS 2009, 340, 347; vgl. auch schon *Walter*, ZStW 117 (2005), 912, 923, zu Art. III-271 Abs. 3 VVE.

632 EuGH Slg. 2007, I-9097, I-9158 – *Kommission/Rat* (Rs. C-440/05).

633 Vgl. nur *Hecker*, Europ. Strafrecht, § 8 Rn. 55; *ders.*, in: Ambos, Europ. Strafrecht, S. 25.

634 *Vogel*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, 51. EL, Art. 83 Rn. 37 f.

635 Siehe oben 4. Kapitel A. III. 4. a).

deren angesprochenen Grundsätze prägt, eine Strafrechtssetzung auch begründen kann. Denn, wenn und soweit ein transnationaler Sachverhalt vorliegt oder der Schutz eines Rechtsgutes der EU im Raum steht, kann bei Ineffektivität der Mitgliedstaaten ein Handlungsbedarf auf supranationaler Ebene gerade bestehen. Dies gebietet die Logik des Mehrebenensystems. Die Effektivität der Lösung darf sowohl bei der Subsidiaritäts- als auch der Verhältnismäßigkeitsprüfung nicht außer Acht gelassen werden, denn sie ist beiden immanent. Auch die Subsidiarität erfordert schließlich nicht stets eine dezentrale Zuständigkeit, sondern nur dann, wenn diese auch effektiv genug ist. Zweitens könnte die Zukunft ein zentrales Bereichsstrafrecht im Bereich der Bekämpfung der Straftaten zu Lasten der Finanzmittel der EU bringen, welches etwa gestützt auf Art. 325 Abs. 4 AEUV Ausdruck einer eigenständigen Strafgewalt der EU wäre.<sup>636</sup> Hier scheinen weitergehende Kompetenzen durchaus nahe liegend.<sup>637</sup> Denn in diesem Fall ginge es nicht mehr um eine Harmonisierung des mitgliedstaatlichen Strafrechts und seiner gewachsenen dogmatischen Strukturen.<sup>638</sup> In beiden Fällen kann eine Schonung des Rechts der Mitgliedstaaten nicht das maßgebliche Argument sein.

#### IV. „Europäisches Strafrecht“ de lege lata

##### 1. Kriminalstrafrecht in der EU

Von der kompetenzmäßigen Verteilung der Strafgewalt zu unterscheiden ist die Frage, ob bereits ein „europäisches Strafrecht“ besteht. Noch immer scheint unter den damit Befassten ein weitgehender Konsens darüber zu bestehen, dass es den Hauptgegenstand ihres Forschungsfeldes (noch) gar nicht gibt. So liest man in den Abhandlungen zum Europäischen Strafrecht allenthalben, dass kein „Europäisches (Kriminal)-Strafrecht [...] existiert“.<sup>639</sup> Gleichwohl wird dieser Befund völlig zu Recht sogleich präzisiert wie relativiert. Gemeint ist nämlich nur, dass es kein StGB der EU gibt und dass diese bislang auch keine „echten Strafgesetze“ erlassen hat, d.h. solche Einzelnormen, die kriminalstrafrechtlichen Charakter im engeren Sinne besitzen und unmittelbare Geltung in allen Mitgliedstaaten entwickeln, also strafrechtliche Verordnungen gemäß Art. 288 Abs. 2 AEUV. Voraussetzung dieser Prämisse ist jedoch die Verständigung darüber, was unter „Strafrecht“ innerhalb der EU zu verstehen ist. In der deutschsprachigen Literatur ist es, wie bereits ausgeführt,<sup>640</sup> inzwischen üblich, zwischen Strafrecht im weiteren und im engeren Sinne

636 Böse, ZIS 2010, 76, 88.

637 Böse, ZIS 2010, 76, 88; F. Meyer, NStZ 2009, 657, 662.

638 Walter, ZStW 117 (2005), 912, 932.

639 Esser, Europ. u. Intern. Strafrecht, § 1 Rn. 2; Hecker, Europ. Strafrecht, § 1 Rn. 39; Rosenau, ZIS 2008, 9; Satzger, Intern. u. Europ. Strafrecht, § 7 Rn. 2; Vogel, in: Sieber/Brüner/Satzger/v. Heintschel-Heinegg, § 5 Rn. 1.

640 Siehe oben 1. Kapitel A. I.

unterschieden.<sup>641</sup> Der weitere Begriff bezieht auch sonstige „punitiv Sanktionen“ ein. Der engere ist hingegen beschränkt auf das „Kriminalstrafrecht“. Dieses unterscheidet sich durch verschiedene Kriterien vom Strafrecht im weiteren Sinne, insbesondere durch bestimmte Sanktionstypen sowie das formale Strafverfahren und die sozial-ethische Missbilligung des Verhaltens.<sup>642</sup>

Diese Klassifizierung zu Grunde gelegt, enthält das Unionsrecht bislang nach herrschender Meinung kein Kriminalstrafrecht im engeren Sinne.<sup>643</sup> Selbst diese These bedarf indes der Überprüfung. Von manchen Autoren wird nämlich einigen Regelungen des Primärrechts bereits der Charakter einer supranationalen Strafnorm zugeschrieben. Dabei geht es um Bestimmungen im Primärrecht der EU, die per Assimilierungstechnik anordnen, dass die Mitgliedstaaten im Falle der Verletzung eines dort benannten Rechtsgutes der EU ihre eigenen Strafvorschriften anzuwenden haben.<sup>644</sup>

Konkret betrifft dies insbesondere Art. 30 EuGH-Satzung, welcher gemäß Art. 51 EUV zum Primärrecht der EU gehört,<sup>645</sup> sowie Art. 194 Abs. 1 UA. 2 EAGV.<sup>646</sup> In Art. 30 EuGH-Satzung ist vorgeschrieben, dass jeder Mitgliedstaat die Eidesverletzung eines Zeugen oder Sachverständigen vor den europäischen Gerichten wie eine vor seinen eigenen Gerichten begangene Straftat zu behandeln (S. 1) und auf Anzeige des EuGH auch vor seinen zuständigen Gerichten zu verfolgen hat (S. 2). In ähnlicher Weise verlangt Art. 194 Abs. 1 UA. 2 EAGV, dass jeder Mitgliedstaat die Verletzung der in Art. 194 Abs. 1 UA. 1 EAGV geregelten Geheimhaltungspflichten als Verstoß gegen seine eigenen Geheimhaltungsvorschriften behandelt (S. 1) und die Urheber einer Verletzung auf Antrag eines beteiligten Mitgliedstaates oder der Kommission auch tatsächlich verfolgt. Diese Regelungen verpflichten die Mitgliedstaaten also zur Bestrafung des Meineids vor dem EuGH und dem EuG<sup>647</sup> sowie des Geheimnisverrats im Zusammenhang mit der EAG.

Damit ist aber noch nicht geklärt, ob sich diese Strafbarkeit direkt aus einem supranationalen Gesamtatbestand, d.h. aus Art. 30 EuGH-Satzung bzw. Art. 194 Abs. 1 UA. 2 EAGV jeweils in Verbindung mit der mitgliedstaatlichen

641 Hecker, Europ. Strafrecht, § 4 Rn. 61; Rosenau, ZIS 2008, 9; Satzger, Europäisierung, S. 72 ff.; ders., JuS 2004, 943, 947; ders., Intern. u. Europ. Strafrecht, § 7 Rn. 2 f., 8 Rn. 5 ff., 9; Schramm, Intern. Strafrecht, 4. Kapitel Rn. 2; vgl. auch Ambos, Intern. Strafrecht, § 9 Rn. 7; Safferling, Intern. Strafrecht, § 9 Rn. 5 ff.

642 Ausführlicher bereits oben 1. Kapitel A. I.

643 Vgl. nur Esser, Europ. u. Intern. Strafrecht, § 1 Rn. 2; Satzger, Intern. u. Europ. Strafrecht, § 7 Rn. 2.

644 Dazu Hecker, Europ. Strafrecht, § 7 Rn. 6 ff.; Heitzer, S. 29 f.; Möhrenschrager, in: Dannecker, Subventionsbetrug, S. 165 f.; Satzger, Europäisierung, S. 189 ff.; ders., Intern. und Europ. Strafrecht, § 8 Rn. 11 ff.; Schramm, Intern. Strafrecht, 4. Kapitel Rn. 57 ff.; Tiedemann, NJW 1993, 23, 25; Vogel, in: Sieber/Brüner/Satzger/v. Heintschel-Heinegg, § 5 Rn. 2, § 6 Rn. 44 ff.

645 Böse, Strafen und Sanktionen, S. 108; Dörr, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, 51. EL 2013, Art. 51 EUV Rn. 10; Satzger, Europäisierung, S. 189; Schmalenbach, in: Calliess/Ruffert, Art. 51 EUV Rn. 2, Fn. 2.

646 Siehe dazu BGHSt 17, 121.

647 Hier gilt Art. 30 EuGH-Satzung gemäß Art. 53 EuGH-Satzung entsprechend.

Strafvorschrift, ergibt oder ob die Strafbarkeit nicht vielmehr alleine aus dem europäisierten nationalen Straftatbestand folgt.<sup>648</sup> Die europäischen Bestimmungen enthalten nämlich weder die Beschreibung der Tathandlung noch das Strafmaß. Beide müssen durch ein Zusammenlesen mit der jeweiligen mitgliedstaatlichen Vorschrift, also etwa mit § 154 StGB und den §§ 93 ff. StGB, ergänzt werden.<sup>649</sup> Dies wird vielfach so interpretiert, dass diese Bestimmungen des EU-Rechts „self-executing“ seien und mit der mitgliedstaatlichen Vorschrift gemeinsam zu einem Gesamttatbestand fusioniert werden, mit der Folge, dass es sich um supranationales Kriminalstrafrecht handle,<sup>650</sup> welches selbst die Strafbarkeit des Betreffenden festlege.

Bereits durch die Verweisung im europäischen Primärrecht werde per Assimilierungstechnik<sup>651</sup> der Schutzbereich der deutschen Vorschrift erweitert.<sup>652</sup> So bezogen sich die §§ 153 ff. StGB zunächst grundsätzlich nur auf den Schutz inländischer Rechtsgüter,<sup>653</sup> was durch Einführung des § 162 StGB im Jahr 2008<sup>654</sup> zwar geändert, gleichzeitig aber im Hinblick auf die Vergangenheit implizit bestätigt wurde.<sup>655</sup> Diese Wirkung entstehe anders als bei umsetzungsbedürftigen Sekundärakten automatisch, d.h. gerade ohne weiteren Umsetzungsakt des deutschen Gesetzgebers, und sei insoweit „self-executing“. Es hätte deshalb hinsichtlich des Meineides vor dem EuGH des § 162 StGB nicht bedurft. Bezüglich der anderen Aussagedelikte vor den Gerichten der EU war die Einführung des § 162 StGB ebenfalls nur dann notwendig, wenn nicht angenommen wurde, dass eine gemeinschaftsrechtskonforme Auslegung dies schon gebot.<sup>656</sup> In gleicher Weise erweiterte

648 Vgl. zur Problematik im Hinblick auf Art. 30 EuGH-Satzung *Esser*, Europ. u. Intern. Strafrecht, § 2 Rn. 40 ff.; *Heger*, in: Böse, EnzEuR Bd. 9, § 5 Rn. 20 ff.; *Rosenau*, ZIS 2008, 9; *Satzger*, Europäisierung, S. 192 ff., 387 ff.; *Sinn*, NJW 2008, 3526, 3529; ferner die Falllösung bei *Hecker/Zöller*, Klausur 7, S. 61 ff.

649 *Gröblinghoff*, S. 52 f.

650 So *Böse*, Strafen und Sanktionen, S. 108; *Dannecker*, JURA 2006, 95, 99; *Deutscher*, S. 382 ff.; *Eiselle*, JA 2000, 896, 899 f.; *Hecker*, Europ. Strafrecht, § 7 Rn. 11; *Heitzer*, S. 30; *Pabsch*, NJW 1959, 2002, 2004; *Schramm*, Intern. Strafrecht, 4. Kapitel Rn. 58 f.; *Tiedemann*, NJW 1993, 23, 25; *ders.*, FS Roxin, 2001, S. 1403 (mittelbare Strafrechtssetzung)..

651 Zur Assimilierung mitgliedstaatlichen Rechts durch Verweis vgl. auch *Hecker*, Europ. Strafrecht, § 7 Rn. 6 ff.; *Satzger*, Europäisierung, S. 188 ff.; *Schramm*, Intern. Strafrecht, 4. Kapitel Rn. 57 ff.; siehe ferner noch unten 4. Kapitel C. I. 2.

652 *Dannecker*, JURA 1998, 79, 81; *Heitzer*, S. 29; *Möhrenschlager*, in: *Dannecker*, Subventionsbetrug, S. 165; *Tiedemann*, FS Roxin, 2001, S. 1403; *Zuleeg*, in: *Sieber*, Europäische Einigung, S. 43.

653 *Böse*, in: NK, Vor § 3 Rn. 59; *Hecker*, Europ. Strafrecht, § 7 Rn. 10; *Lackner/Kühl*, Vorbem. §§ 3-7 Rn. 9, Vor § 153 Rn. 2; *Möhrenschlager*, in: *Dannecker*, Subventionsbetrug, S. 164; *Satzger*, Intern. und Europ. Strafrecht, § 6 Rn. 3; *Sinn*, NJW 2008, 3526, 3527; *Werle/Jesberger*, in: LK, Vor § 3 Rn. 301.

654 Durch das Gesetz zur Umsetzung des Rahmenbeschlusses des Rates der Europäischen Union zur Bekämpfung der sexuellen Ausbeutung von Kindern und der Kinderpornographie vom 31.10.2008, BGBl. I 2149; vgl. dazu *Sinn*, NJW 2008, 3526.

655 *Böse*, in: NK, Vor § 3 Rn. 59.

656 So etwa *Satzger*, Europäisierung, S. 575 ff.; *ders.*, Intern. und Europ. Strafrecht, § 6 Rn. 3; zur gemeinschafts- bzw. unionskonformen Auslegung unten 4. Kapitel C. I. 4.

dann Art. 194 Abs. 1 UA. 2 EAGV den Schutzbereich der §§ 93 ff. StGB.<sup>657</sup> Andererseits kann die Assimilierung nur greifen, wenn eine entsprechende Norm überhaupt besteht.

Voraussetzung dieser Annahmen ist aber die unmittelbare Wirkung dieser Primärrechtsnormen im Recht der Mitgliedstaaten zu Lasten der betreffenden Bürgerinnen und Bürger. Der EuGH<sup>658</sup> hatte bereits im Jahr 1963 die unmittelbare Wirkung von Normen des Primärrechts unter der Voraussetzung angenommen, dass diese eine klare und uneingeschränkte Verpflichtung enthalten, die auch nicht durch einen mitgliedstaatlichen Regelungsvorbehalt beschränkt ist.<sup>659</sup> Bei Normen des Primärrechts, deren Verbote direkt auf die Bürgerinnen und Bürger abzielen, erscheint dies ohnehin unproblematisch.<sup>660</sup> Später präzisierte der EuGH, dass auch Verpflichtungen, die sich nur an die Mitgliedstaaten richten, Wirkungen gegenüber den Einzelnen entfalten können, wenn die Verbote klar und unbedingt sowie rechtlich vollkommen sind und hinsichtlich der Verpflichtung der Mitgliedstaaten, entgegenstehendes Recht aufzuheben oder zu berichtigen, keinen zeitlichen Ermessensspielraum belassen.<sup>661</sup>

Daher wird die Meinung, Art. 30 EuGH-Satzung bilde supranationales Strafrecht, von anderen Literaturstimmen abgelehnt.<sup>662</sup> Denn diese Regelung sei in sich gerade nicht rechtlich vollkommen, da sie der Ausfüllung durch mitgliedstaatliches Recht bedürfe, gegebenenfalls sogar erst noch des Erlasses einer entsprechenden Strafnorm, sodass diese auch das Strafmaß bestimmen könne. Da es sich bei § 154 StGB bzw. § 162 StGB um eine Norm des deutschen Strafrechts handelt, müssen nach dieser Ansicht bei Taten mit Auslandsbezug jeweils auch die Voraussetzungen der §§ 3 ff. StGB erfüllt sein,<sup>663</sup> da die Frage des Schutzbereiches von der Anwendbarkeit des deutschen Strafrechts zu trennen ist.<sup>664</sup> Da Art. 30 EuGH-Satzung sowie Art. 194 Abs. 1 UA. 2 EAGV jeweils verlangen, dass Eides- und Geheimnisverletzungen strafbar sind, unabhängig davon, ob es sich um Inlandstaten handelt, muss ein Weg gefunden werden, die Anwendbarkeit des deutschen Strafrechts zu eröffnen, um entsprechende Verstöße zu ahnden.

657 Böse, Strafen und Sanktionen, S. 110 ff.; *ders.*, in: NK, Vor § 3 Rn. 61; Gröbblinghoff, S. 53; Hecker, Europ. Strafrecht, § 7 Rn. 14; Tiedemann, ZStW 116 (2004), 945, 949 ff.; Zuleeg, in: Sieber, Europäische Einigung, S. 43; so wohl auch BGHSt 17, 121; a.A. Satzger, Intern. und Europ. Strafrecht, § 8 Rn. 14 f.; vgl. auch Werle/Jeffberger, in: LK, Vor § 3 Rn. 289.

658 EuGH Slg. 1963, 3, 25 f. – *van Gend & Loos* (Rs. 26/62).

659 Vgl. zu den Voraussetzungen auch Frenz, Handbuch Europarecht Bd. 5, § 1 Rn. 17 ff.; Herdegen, Europarecht, § 8 Rn. 13; Nettesheim, in: Oppermann/Classen/Nettesheim, § 9 Rn. 15; Ruffert, in: Calliess/Ruffert, Art. 1 AEUV Rn. 30; Satzger, Europäisierung, S. 200 ff.; *ders.*, Intern. und Europ. Strafrecht, § 8 Rn. 14.

660 Frenz, Handbuch Europarecht Bd. 5, § 1 Rn. 17.

661 EuGH Slg. 1966, 258, 266 – *Lütticke* (Rs. 57/65).

662 Calliess, ZEuS 2008, 3, 18; Nelles/Tinkl/Lauchstädt, in: Schulze/Zuleeg/Kadelbach, § 42 Rn. 10; Rosenau, ZIS 2008, 9; Satzger, Europäisierung, S. 204 ff.; *ders.*, Intern. und Europ. Strafrecht, § 8 Rn. 14 f.; Vogel, in: Sieber/Brüner/Satzger/v. Heintschel-Heinegg, § 6 Rn. 46.

663 Müller, in: MüKo StGB, § 162 Rn. 8; Simm, NJW 2008, 3526, 3527.

664 Satzger, Intern. und Europ. Strafrecht, § 3 Rn. 12, § 6 Rn. 1 ff.; Simm, NJW 2008, 3526, 3527.

Daher wird teilweise angenommen, dass diese Primärnormen gleichzeitig auch das nationale Strafanwendungsrecht erweitern.<sup>665</sup> Andere weisen darauf hin, dass sich auch auf entsprechende Normen des deutschen Rechts zurückgreifen lässt, so etwa auf § 6 Nr. 9 StGB.<sup>666</sup> Letztlich geht es darum, innerhalb der EU für den Schutz ihrer Rechtsgüter einen legitimen Anknüpfungspunkt für die mitgliedstaatliche Strafgewalt zu etablieren, nämlich in Form eines europäischen Schutzprinzips<sup>667</sup> hinsichtlich der Rechtsgüter der EU, dessen Umsetzung den Mitgliedstaaten aufgegeben wird, oder eines europäischen Territorialitätsprinzips.<sup>668</sup>

Insgesamt ist die Bezeichnung als supranationale Strafnormen tatsächlich eher verwirrend, denn es handelt sich hierbei gerade nicht um durch die EU gesetztes Strafrecht in Form von Verordnungen, sondern um Bestandteile des Primärrechts, also des unionsrechtlichen Teiles der Verfassung.<sup>669</sup> Daher ist der Meinung zuzustimmen, die nur eine Anweisung zur Assimilierung des mitgliedstaatlichen Tatbestandes annimmt. In ähnlicher Weise enthalten auch sekundärrechtliche Verweisungen etwa in Verordnungen solche Assimilierungsvorgaben.<sup>670</sup> Im Gegensatz zu Art. 30 EuGH-Satzung wird bei diesen eine supranationale Strafnorm aber wohl überwiegend abgelehnt.<sup>671</sup> Für diese Darstellung ist ohnehin entscheidend, dass es sich hierbei nicht um Kompetenznormen handelt.<sup>672</sup>

## 2. Punitive Sanktionen

Abgesehen von diesen Regelungen sind europäische Strafvorschriften im engeren Sinne noch nicht vorhanden. In einem weiteren Sinne finden sich im Recht der EU aber durchaus viele punitive Sanktionen.<sup>673</sup> Dies sind zunächst Geldbußen und andere finanzielle Sanktionen, die verhängt werden können, um die Wirksamkeit des europäischen Rechts zu gewährleisten. Wie auch in anderen Rechtsordnungen wären materielle Vorschriften, die nicht durch Sanktionen abgesichert sind, kaum ef-

665 In diesem Sinne *Hecker*, Europ. Strafrecht, § 7 Rn. 11; *Heitzer*, S. 29; *Rosenau*, ZIS 2008, 9; *Tiedemann*, NJW 1993, 23, 25 – a.A. *Satzger*, Intern. und Europ. Strafrecht, § 8 Rn. 14.

666 *Ambos*, in: MüKo StGB, Vor § 3 Rn. 8; *Hecker/Zöller*, Klausur 7, S. 67 ff.

667 Vgl. dazu *Oehler*, Intern. Strafrecht, Rn. 913.

668 *Satzger*, Europäisierung, S. 370, 388, 688, im Hinblick auf die Rechtsgüter der EG; vgl. zur Etablierung eines europäischen Territorialitätsprinzips auch Art. 2 der „Europa-Delikte“ sowie zur Begründung *Vogel*, in: *Tiedemann*, Freiburg-Symposium, S. 96 ff.

669 *Rosenau*, ZIS 2008, 9.

670 Vgl. zu diesen *Böse*, Strafen und Sanktionen, S. 115 f.; *Dannecker*, JURA 2006, 95, 100; *Eisele*, JA 2000, 896, 900; *Gröblichhoff*, S. 57 f.; *Heger*, in: *Böse*, EnzEuR Bd. 9, § 5 Rn. 33; *Heitzer*, S. 30, Fn. 147; *Hugger*, S. 48 ff.; *Satzger*, Europäisierung, S. 206 ff.; *Tiedemann*, NJW 1993, 23, 25, jeweils mit Beispielen.

671 Vgl. zum diesbzgl. Streit *Heger*, in: *Böse*, EnzEuR Bd. 9, § 5 Rn. 35 ff., der solche Verordnungen in Ermangelung einer Kompetenzgrundlage gar für unwirksam hält (Rn. 39).

672 So in Bezug auf die EG schon *Hugger*, S. 21.

673 Ausführlich *Böse*, Strafen und Sanktionen, S. 137 ff.; *Deutscher*, S. 79, 92, 121 ff.; *Heitzer*, S. 47 ff.; ferner *Tiedemann*, NJW 1993, 23, 27 f.; *ders.*, in: *Kreuzer/Scheuing/Sieber*, S. 141 ff.; *ders.*, ZStW 116 (2004), 945, 948; *Zuleeg*, in: *Sieber*, Europäische Einigung, S. 44.

fektiv.<sup>674</sup> So ermöglicht es etwa Art. 103 Abs. 2 lit. a) AEUV, im Rahmen des europäischen Kartellrechts sekundärrechtliche Regelungen in Verordnungen oder Richtlinien zu erlassen, um die Beachtung der in den Art. 101 und 102 AEUV genannten Verbote durch Geldbußen und Zwangsgelder zu gewährleisten.<sup>675</sup> Zu Recht werden solche Sanktionen dem Strafrecht im weiteren Sinne zugeordnet.<sup>676</sup>

Ähnlich wie die Geldbußen haben auch etliche der sonstigen Sanktionen einen strafenden Charakter, wie etwa die verwaltungsrechtlichen Sanktionen, wie sie in der VO (EG, EAG) Nr. 2988/95 des Rates der Europäischen Union über den Schutz der finanziellen Interessen der Europäischen Gemeinschaften vom 18.12.1995<sup>677</sup> genannt sind. Art. 5 Abs. 1 VO (EG, EAG) Nr. 2988/95 sieht hierbei „verwaltungsrechtliche Sanktionen“ vor, die u.a. neben dem Entzug von Genehmigungen auch (a) Geldbußen, (b) die Zahlung eines Betrages, der den rechtswidrig erhaltenen oder hinterzogenen Betrag übersteigt, und (c) den vollständigen oder teilweisen Entzug eines nach Gemeinschaftsrecht gewährten Vorteils auch dann, wenn der Wirtschaftsteilnehmer nur einen Teil dieses Vorteils rechtswidrig erlangt hat, vorsieht.<sup>678</sup> Gemäß der Begrenzung des Untersuchungsgegenstandes werden die punitiven Sanktionen des weiteren Strafrechtsbereiches hier jedoch nicht eingehend behandelt.<sup>679</sup>

### 3. Europäisierung des Strafrechts der Mitgliedstaaten, Kooperation und Koordination der Verfahren

Unter den „Sammelbegriff“<sup>680</sup> des „Europäischen Strafrechts“ fallen jedoch noch weitere Bereiche,<sup>681</sup> nämlich nicht nur Regelungen der EU, die selbst einen Sanktionscharakter aufweisen, sodass die Union hier selbst „Strafrecht“ setzt, sondern auch sämtliche Normen der EU, die das nationale Strafrecht harmonisieren oder die Auslegung desselben beeinflussen und daher mitgliedstaatliche Strafnormen

674 Jung, in: Callies/Ruffert, Art. 103 AEUV Rn. 20; Tiedemann, ZStW 116 (2004), 945, 946; Vogel, in: Dannecker, Subventionsbetrug, S. 171.

675 Vgl. dazu Hecker, Europ. Strafrecht, § 4 Rn. 65 f.; Nelles/Tinkl/Lauchstädt, in: Schulze/Zuleeg/Kadelbach, § 42 Rn. 21; Satzger, Intern. und Europ. Strafrecht, § 8 Rn. 2 mit Beispielen von Verordnungen; ferner ausführlich zu Geldbußen im Kartellrecht Vogel, in: Sieber/Brüner/Satzger/v. Heintschel-Heinegg, § 5 Rn. 10 ff., § 6 Rn. 5 ff.

676 Satzger, Intern. und Europ. Strafrecht, § 8 Rn. 5 ff.; Schramm, ZJS 2010, 615; ders., Intern. Strafrecht, 4. Kapitel Rn. 2; so auch Hecker, Europ. Strafrecht, § 4 Rn. 66, wenn seine Höhe „auf eine repressive Zwecksetzung schließen lässt“; siehe bereits oben 1. Kapitel A. I.

677 ABl. 1995 Nr. L 312, S. 1; vgl. dazu Braum, Europäische Strafgesetzlichkeit, S. 234 ff.; Dannecker, ZStW 108 (1996), 577, 604 ff.; Heitzer, S. 121 ff.

678 Der EuGH Slg. 1992, I-5383, I-5431 – Deutschland/Kommission (Rs. C-240/90), hat aber z.B. den längerfristigen Leistungsausschluss als nicht-strafrechtliche Sanktion eingestuft; vgl. dazu Heitzer, S. 107 ff.

679 Vgl. oben 1. Kapitel A. II.

680 Ambos, Intern. Strafrecht, § 9 Rn. 4; Hecker, Europ. Strafrecht, § 1 Rn. 5.

681 Vgl. dazu Ambos, Intern. Strafrecht, § 9 Rn. 4; Böse, in: NK, Vor § 3 Rn. 1; Gleß, Intern. Strafrecht, Rn. 416; Hecker, Europ. Strafrecht, § 1 Rn. 4 ff.; Satzger, Intern. und Europ. Strafrecht, § 7 Rn. 3; Schramm, Intern. Strafrecht, Einl. Rn. 5 ff.; Zöller, ZIS 2009, 340.

modifizieren oder gar wegen ihrer Kollision mit Unionsrecht ausschließen.<sup>682</sup> In diesen zuletzt genannten Fällen wird regelmäßig von „europäisiertem nationalem Strafrecht“<sup>683</sup> gesprochen.

Daneben gehören zum Strafrechtssystem in der EU aber auch verfahrensrechtliche Komponenten, nämlich die Institutionen und Instrumente zur Steuerung der Kooperation der Mitgliedstaaten bei der Strafverfolgung. Dabei verfolgte die EU – als zweiten Strang neben der Rechtssetzung und Strafrechtsangleichung – seit langem das Konzept der gegenseitigen Anerkennung von Entscheidungen<sup>684</sup> und der Verfügbarkeit von Beweisen. Diese Interaktion der Rechtsordnungen wird unten noch ausführlich behandelt.<sup>685</sup>

#### 4. Konventionen des Europarates

In einem sehr weiten Sinne wird für gewöhnlich auch die EMRK unter den Begriff des „Europäischen Strafrechts“ gefasst.<sup>686</sup> Hier ist indes Vorsicht geboten, denn sie gehört nicht unmittelbar zu den Verträgen der EU, sondern wurde im Europarat als völkerrechtlicher Vertrag<sup>687</sup> geschlossen. Zwar handelt es sich beim Europarat um eine „europäische“ Institution, jedoch nicht um ein Organ der EU, sondern um eine eigenständige Internationale Organisation,<sup>688</sup> der neben den Mitgliedstaaten der EU auch weitere Staaten angehören.<sup>689</sup> Inzwischen kann auch die EU gemäß Art. 6 Abs. 2 EUV diesem Abkommen beitreten.<sup>690</sup> Schon jetzt sind die in der EMRK festgelegten Rechte nach Art. 6 Abs. 3 EUV als allgemeine Grundsätze Teil des Unionsrechts. Der Einfluss dieser europäischen Konvention mag daher sehr groß sein,<sup>691</sup> Hecker<sup>692</sup> bezeichnet sie sogar als „gemeineuropäisches Grundgesetz“, und die EMRK mag auch Teil des „europäischen Strafrechts“ sein, betrifft aber nicht unmittelbar das hier interessierende strafrechtliche Kompetenzgefüge der EU.

682 Siehe dazu noch ausführlich unten 4. Kapitel C. I. und II.

683 Ambos, Intern. Strafrecht, § 9 Rn. 4; Heger, in: Giegerich, S. 169; ders., Recht und Politik 2012, 88, 90; Safferling, Intern. Strafrecht, § 9 Rn. 5; Satzger, Intern. und Europ. Strafrecht, § 7 Rn. 3; ausführlich zur Europäisierung des Strafrechts Satzger, Europäisierung, passim; ferner Heger, Europäisierung des Umweltstrafrechts, S. 34 ff.; Tiedemann, in: Kreuzer/Scheuing/Sieber, S. 133 ff.

684 Vgl. dazu statt Vieler Böse, in: Ambos, Europ. Strafrecht, S. 57 ff.; Gleß, ZStW 116 (2004), 353; Rackow, in: Ambos, Europ. Strafrecht, S. 117 ff.

685 Dazu unten 4. Kapitel C. III.

686 Vgl. Ambos, Intern. Strafrecht, § 9 Rn. 4; Böse, in: NK, Vor § 3 Rn. 1; Esser, Europ. u. Intern. Strafrecht, § 1 Rn. 3; Hecker, Europ. Strafrecht, § 1 Rn. 5 f.; Safferling, Intern. Strafrecht, § 9 Rn. 5; Satzger, Intern. und Europ. Strafrecht, § 7 Rn. 3; Schramm, Intern. Strafrecht, Einl. Rn. 6.

687 Safferling, Intern. Strafrecht, § 13 Rn. 7; Satzger, Intern. und Europ. Strafrecht, § 11 Rn. 7; Schramm, Intern. Strafrecht, 3. Kapitel Rn. 12; Valerius, in: Beck OK StPO, Stand: 30.9.2013, Art. 1 EMRK Rn. 1.

688 Siehe dazu bereits oben 4. Kapitel A. II. 1.

689 Zum Europarat Satzger, Intern. und Europ. Strafrecht, § 11 Rn. 2 ff.; Schramm, Intern. Strafrecht, 3. Kapitel Rn. 2 ff.

690 Dazu ausführlich Obwexer, EuR 2012, 115.

691 Zur Grundlage für ein europäisches Strafverfahrensrecht vgl. Esser, Europ. Strafverfahrensrecht, passim.

692 Hecker, Europ. Strafrecht, § 3 Rn. 20.

Daher wird sie nicht ausführlich behandelt und nur in geeignetem Zusammenhang Erwähnung finden. Dasselbe gilt für die weiteren Konventionen des Europarates.<sup>693</sup>

---

693 Siehe den Überblick bei *Schomburg*, in: Sieber/Brüner/Satzger/v. Heintschel-Heinegg, § 4.

## B. Aufteilung der Strafrechtskompetenz zwischen den Ebenen

### I. Rechtssetzungskompetenz

#### 1. Dezentrale Kompetenz

Es entspricht dem Mehrebenensystem der EU, in welchem der zentralen Ebene nur Einzelmächtigungen zugesprochen werden, dass die Rechtssetzungsbefugnis im Strafrecht im Wesentlichen bei den Mitgliedstaaten angesiedelt ist. Zwar besteht bzgl. des Raumes der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts, unter welchen auch die ehemalige „Dritte Säule“ und damit die justitielle Zusammenarbeit in Strafsachen sowie die Harmonisierungskompetenzen der EU fallen, gemäß Art. 4 Abs. 2 lit. j) AEUV inzwischen eine zwischen EU und Mitgliedstaaten geteilte Zuständigkeit.<sup>694</sup> Gleichwohl ist dies dahingehend zu präzisieren, dass die Union sich nur auf normierte Einzelzuständigkeiten berufen kann, während die allgemeine Strafrechtskompetenz bei den Mitgliedstaaten verbleibt.

Vom Grundsatz her sind sie frei, die Lebensbedingungen ihrer jeweiligen Gesellschaft und damit auch den strafbewehrten Bereich selbstständig festzulegen. Teilweise wird innerhalb des Mitgliedstaates die Strafgewalt noch weiter aufgeteilt, wie etwa im Vereinigten Königreich von Großbritannien und Nordirland, in welchem drei Kriminalsysteme bestehen und ein viertes in Wales zumindest partiell entstehen könnte.<sup>695</sup> Diese Ausgestaltung bringt es mit sich, dass die Entscheidungen hinsichtlich der Kriminalisierung bestimmter Verhaltensweisen, aber auch die Dogmatik, durchaus unterschiedlich sein können. Hier ist nicht der Ort eines umfassenden Vergleiches der mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen. Bekannte Beispiele aus dem Besonderen Teil der Delikte dürften aber die unterschiedliche Bewertung der Sterbehilfe oder des Eigenkonsums von Drogen sein, im Allgemeinen Teil mag der Hinweis auf dogmatische Fragen wie die Einheitstäterschaft bzw. das dualistische Beteiligungssystem oder die Strafbarkeit juristischer Personen genügen.<sup>696</sup> Auf der anderen Seite ist darauf hinzuweisen, dass die Unterschiede bei genauer Betrachtung so groß gar nicht sein müssen. Schließlich bestand über Jahrhunderte in West- und Mitteleuropa mit dem römisch-kanonischen Recht eine gemeinsame Rechtsquelle, aus der nicht nur die Rechtssetzung schöpfte, sondern welche auch

694 Siehe bereits oben 4. Kapitel A. III. 3.

695 Siehe dazu oben 3. Kapitel D.

696 Vgl. dazu Heger, Europäisierung des Umweltstrafrechts, S. 281 f.; Jung/Schroth, GA 1983, 241, 250; Nelles/Tinkl/Lauchstädt, in: Schulze/Zuleeg/Kadelbach, § 42 Rn. 36 ff.; zu Beispielen der Divergenzen im Recht der Mitgliedstaaten speziell im Hinblick auf die Bekämpfung des Betruges zu Lasten der Finanzen der EU vgl. KOM (2012), 363 endg., S. 3 f.; Bacigalupo, in: Dannecker, Subventionsbetrug, S. 148 ff.; Fromm, Der strafrechtliche Schutz der Finanzinteressen, S. 49 ff.; Gröblichhoff, S. 35; bzgl. Deutschland und den Niederlanden vgl. Rüter, ZStW 105 (1993), 30, 35 ff.

subsidiär als Auslegungsregel weiterhin Bestand hatte,<sup>697</sup> da die Vorteile des römischen Rechts erkannt wurden.<sup>698</sup>

Zudem, und dies ist für diese Untersuchung von gesteigertem Interesse, hat die Mitgliedschaft in der EU in vielerlei Hinsicht einen entscheidenden Einfluss auf die einzelstaatlichen Ordnungen. Die dezentralen Rechtsordnungen sind verschiedenen Faktoren der Europäisierung unterworfen, welche den interaktiven Charakter des Mehrebenensystems ausmacht.<sup>699</sup> Auf diese Weise sind die Strafrechtssysteme der Mitgliedstaaten trotz der grundsätzlich dezentralen Zuständigkeit für das Strafrecht in diversen Feldern zunehmend harmonisiert. Neben der Angleichung durch EU-Richtlinien sind die Assimilierungspflicht und das Gleichstellungsgebot, Verweisungen der Rechtsordnungen aufeinander, die Neutralisierung nationaler Strafvorschriften durch EU-Recht sowie das Gebot der unionsrechtskonformen Auslegung zu nennen.<sup>700</sup> Daneben kommt den europäischen Grundfreiheiten eine begrenzende Wirkung zu. Diese bedeutsamen Faktoren der Europäisierung des mitgliedstaatlichen Strafrechts werden unten<sup>701</sup> im Rahmen der Interaktion der Ebenen behandelt. An dieser Stelle genügt der Hinweis, dass die Mitgliedstaaten zwar grundsätzlich zuständig sind für die Setzung des materiellen Strafrechts und des Strafverfahrensrechts, dabei aber zunehmend nicht mehr völlig unabhängig von der zentralen Ebene agieren können.

## 2. Legislative Kompetenzen der EU

Das „Strafrecht“ als Gesamtmaterie findet, anders als etwa in Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG, keine ausdrückliche Erwähnung in den europäischen Verträgen. Diese folgen hinsichtlich der Kompetenzverteilung, welche gemäß Art. 5 Abs. 1 EUV am Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung ausgerichtet ist, einem zielorientierten Ansatz.<sup>702</sup> Der alte Streit, ob die EG/EU überhaupt strafrechtsbezogene Maßnahmen ergreifen darf,<sup>703</sup> ist durch die Vertragsreform von Lissabon beigelegt. Nicht nur sehen die Art. 82, 83 AEUV nun explizite Kompetenzen zur Strafrechts- und Strafverfahrensrechtsharmonisierung vor, sondern auch die in den Art. 135 S. 2, 280 Abs. 4 EGV 2001 noch enthaltenen Vorbehalte sind entfallen. Art. 4 Abs. 2 lit. j) AEUV bezeichnet den Raum der Freiheit, der

697 Kühl, ZStW 109 (1997), 777, 786, allerdings auf S. 794 auch etwas skeptischer im Hinblick auf eine gemeinsame strafrechtliche Tradition; Tiedemann, in: Kreuzer/Scheuing/Sieber, S. 139, sieht hingegen die Dogmatik des Allgemeinen Teils sogar als „gemeinsames europäisches Erbe“; vgl. auch Tiedemann, in: ders., Freiburg-Symposium, S. 3.

698 Habermas, Die postnationale Konstellation, S. 27.

699 Siehe dazu unten 4. Kapitel C. I.

700 Vgl. auch Satzger, in: Sieber/Brüner/Satzger/v. Heintschel-Heinegg, § 9 Rn. 4.

701 Siehe unten 4. Kapitel C. I.

702 Satzger, Intern. und Europ. Strafrecht, § 8 Rn. 18.

703 Siehe dazu oben 4. Kapitel A. II. 6. und 7.

Sicherheit und des Rechts als einen Bereich der geteilten Zuständigkeit.<sup>704</sup> Dennoch ist nach dem Prinzip der Einzelermächtigung weiterhin nach konkreten Handlungsbefugnissen zu suchen.<sup>705</sup>

Ferner ist in zweifacher Hinsicht zu differenzieren. Erstens ist eine Kompetenz zur Setzung von Strafrecht im weiteren Sinne schon seit langem problemlos anerkannt. Zweitens ist im Hinblick auf das Kriminalstrafrecht im engeren Sinne zwischen dem eigenständigen Erlass von Strafnormen durch Verordnung auf der einen und der Harmonisierung des Strafrechts der Mitgliedstaaten durch Richtlinien der EU auf der anderen Seite zu unterscheiden.<sup>706</sup> Zwar handelt es sich nach europäischer Lesart der Verträge in beiden Fällen um strafrechtliche Kompetenzen der EU, welche lediglich zu zwei verschiedenen Handlungsformen berechtigen. Der gewichtige Unterschied liegt jedoch nach der hier zu Grunde gelegten Betrachtungsweise darin, dass jeweils die Rechtsordnung einer anderen Ebene betroffen ist. Während unmittelbar wirkende Verordnungen ein zentrales Strafrecht schaffen, wirken sich Richtlinien in der dezentralen Strafrechtsordnung aus. Im Fall der Verordnung folgen Strafbarkeit und Strafe aus europäischem Recht, im Fall der Richtlinie aus dem harmonisierten mitgliedstaatlichen Recht.<sup>707</sup> Wie noch zu zeigen sein wird, sind dabei durchaus auch unterschiedliche Rechtsgüter betroffen und es werden teilweise auch divergierende Ziele verfolgt.

#### a) Erlass kriminalstrafrechtlicher Normen im Verordnungswege

Bislang finden sich Befugnisse zur Schaffung von kriminalstrafrechtlichen Verordnungen nur in wenigen Normen des AEUV. Zudem werden solche Handlungsermächtigungen nicht explizit erteilt, sondern sind nur aus dem Zusammenhang und der Genese der Vorschriften herzuleiten.

##### aa) Straftaten zu Lasten der finanziellen Interessen der EU

Die wichtigste Kompetenz der EU zur originären Strafrechtssetzung betrifft die Betrugsbekämpfung. Sie folgt aus Art. 325 Abs. 4 AEUV.<sup>708</sup> Nach Art. 325

704 Siehe oben 4. Kapitel A. III. 3.

705 Siehe oben 4. Kapitel A. III. 2. a).

706 Hecker, in: Ambos, Europ. Strafrecht, S. 18.

707 Anschaulich Satzger, Intern. und Europ. Strafrecht, § 7 Rn. 8.

708 Ambos, Intern. Strafrecht, § 9 Rn. 8; ders., in: MüKo StGB, Vor § 3 Rn. 7; Calliess, ZEuS 2008, 3, 37; Dannecker, ZStW 117 (2005), 697, 743 f.; ders., in: Böse, EnzEuR Bd. 9, § 8 Rn. 27 f.; Esser, Europ. u. Intern. Strafrecht, § 2 Rn. 125; Fromm, StraFo 2008, 358, 365; ders., EG-Rechtssetzungsbefugnis, S. 64 ff.; Grünwald, JZ 2011, 972, 973 f.; Hecker, Europ. Strafrecht, § 4 Rn. 82, § 14 Rn. 44; ders., in: Ambos, Europ. Strafrecht, S. 27; Krüger, HRRS 2012, 311, 317; Magiera, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, 51. EL 2013, Art. 325 AEUV Rn. 77; Mansdörfer, HRRS 2010, 11, 18; F. Meyer, Strafrechtsgenese, S. 419 ff.; Mylonopoulos, ZStW 123 (2011), 633, 634 f.; Nelles/Tinkl/Lauchstädt, in: Schulze/Zuleeg/Kadelbach, § 42 Rn. 6; Noltenius, ZStW 122 (2010), 604, 617 f.; Rosenau, ZIS 2008, 9, 16;

Abs. 1 AEUV bekämpfen EU und Mitgliedstaaten „Betrügereien und sonstige gegen die finanziellen Interessen der Union gerichtete rechtswidrige Handlungen mit Maßnahmen nach diesem Artikel, die abschreckend sind und in den Mitgliedstaaten sowie in den Organen, Einrichtungen und sonstigen Stellen der Union einen effektiven Schutz bewirken.“ Abs. 4 präzisiert dies dahingehend, dass „zur Gewährleistung eines effektiven und gleichwertigen Schutzes in den Mitgliedstaaten sowie in den Organen, Einrichtungen und sonstigen Stellen der Union“ das Europäische Parlament und der Rat gemäß dem ordentlichen Gesetzgebungsverfahren die erforderlichen „Maßnahmen“ zur Verhütung und Bekämpfung von Betrügereien, die sich gegen die finanziellen Interessen der Union richten, beschließen.

Hierdurch werden als Maßnahmen neben Richtlinien<sup>709</sup> auch unmittelbar geltende originäre strafrechtliche Normen, also Verordnungen der EU, in diesem Feld möglich. Für sonstige punitive Sanktionen galt dies ohnehin schon zuvor.<sup>710</sup> Bei der Vertragsreform wurde auf den alten Vorbehalt „Die Anwendung des Strafrechts der Mitgliedstaaten und ihre Strafrechtspflege bleiben von diesen Maßnahmen unberührt“ verzichtet.<sup>711</sup> Zwar ließe sich die Streichung dieses Passus ganz allgemein damit erklären, dass in Art. 83 Abs. 2 AEUV nun eine explizite Strafrechtsharmonisierungskompetenz im Sachzusammenhang mit anderen Politikbereichen geschaffen wurde, sodass der Wegfall des Strafrechtsvorbehaltes insgesamt konsequent erscheint.<sup>712</sup> Art. 325 Abs. 4 AEUV wäre dann mit Art. 83 Abs. 2 AEUV zusammen zu lesen und nur ein Anwendungsfall dieser Harmonisierungskompetenz per Richtlinie. Ferner könnte allein aus der Existenz der Art. 82, 83 AEUV darauf geschlossen werden, dass diese eine abschließende Spezialregelung für „das Strafrecht“ bilden.<sup>713</sup> Dafür spräche zwar, dass hier insoweit die früher ebenfalls separierte „Dritte Säule“ in einen eigenständigen neuen Bereich überführt wurde.

Rosenau/Petrus, in: Vedder/Heintschel v. Heinegg, Art. 83 AEUV Rn. 7; Rossi, in: Vedder/Heintschel v. Heinegg, Art. 325 AEUV Rn. 6; Safferling, Intern. Strafrecht, § 10 Rn. 41; Satzger, ZRP 2010, 137; ders., Intern. und Europ. Strafrecht, § 8 Rn. 25 ff.; ders., in: Böse, EnzEuR Bd. 9, § 2 Rn. 11 ff.; Schramm, ZJS 2010, 615; ders., Intern. Strafrecht, 4. Kapitel Rn. 16 ff.; Sieber, ZStW 121 (2009), 1, 59; ders., in: Sieber/Brüner/Satzger/v. Heintschel-Heinegg, Einführung Rn. 175; Subr, ZEuS 2009, 687, 701; Waldhoff, in: Calliess/Ruffert, Art. 325 AEUV Rn. 18; F. Zimmermann, JURA 2009, 844, 846; vgl. auch Heger, ZIS 2009, 406, 416, allerdings unter dem Vorbehalt einer europäischen Staatsanwaltschaft – a.A. Böse, in: ders., EnzEuR Bd. 9, § 4 Rn. 24; ders., in: Schwarze, Art. 83 EUV Rn. 31; Dorra, S. 282 ff.; Sturies, HRRS 2012, 273, 276 ff.; zweifelnd auch schon Böse, ZIS 2010, 76, 87 f.; ders., FS Krey, 2010, S. 16.

709 Hecker, Europ. Strafrecht, § 4 Rn. 82; Satzger, Intern. u. Europ. Strafrecht, § 9 Rn. 51; siehe noch unten 4. Kapitel B. I. 2. b) dd).

710 Magiera, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, 51. EL 2013, Art. 325 AEUV Rn. 72; Prieß/Spitzer, in: von der Groeben/Schwarze, Art. 280 EGV Rn. 85 f.

711 Siehe oben 4. Kapitel A. II. 9.

712 Böse, ZIS 2010, 76, 87 f.; ders., in: ders., EnzEuR Bd. 9, § 4 Rn. 24; ders., in: Schwarze, Art. 83 EUV Rn. 31; Dorra, S. 287.

713 Dorra, S. 287 ff. Sturies, HRRS 2012, 273, 278 ff., will Art. 325 AEUV daher anhand von Art. 83 AEUV auslegen, sodass Maßnahmen im Sinne des Art. 325 Abs. 4 AEUV nur solche seien, die gemäß Art. 83 AEUV zulässig seien. Zwischen diesen Kompetenzen besteht jedoch ein grundlegender Unterschied. In diese Richtung allerdings auch Böse, ZIS 2010, 76, 88, der jedoch einräumt, die h.M. dürfe

Diese Lesart wird jedoch zu Recht überwiegend verworfen. Denn dagegen spricht eine Vielzahl an Erwägungen.<sup>714</sup> Erstens ist der Terminus „Maßnahme“ in Art. 325 Abs. 4 AEUV sprachlich gerade nicht beschränkt und umfasst grundsätzlich sämtliche Handlungsformen im Sinne des Art. 288 AEUV, also sowohl Richtlinie als auch Verordnung.<sup>715</sup> Art. III-415 Abs. 4 S. 1 VVE hatte dies explizit klar gestellt, indem er ausführte: „Zur Gewährleistung eines effektiven und gleichwertigen Schutzes in den Mitgliedstaaten sowie in den Organen, Einrichtungen und sonstigen Stellen der Union werden die erforderlichen Maßnahmen zur Verhütung und Bekämpfung von Betrügereien, die sich gegen die finanziellen Interessen der Union richten, durch Europäisches Gesetz oder Rahmengesetz festgelegt“. Auch wenn die Vorschrift des AEUV auf diese ausdrückliche Erwähnung der Verordnung verzichtet, hat sie materiell den gleichen Gehalt. Teilweise wird auch der Wortlaut des Art. 86 Abs. 2 S. 1 AEUV für diese Auslegung bemüht,<sup>716</sup> da dort hinsichtlich der Zuständigkeit einer zukünftigen Europäischen Staatsanwaltschaft von „Straftaten zum Nachteil der finanziellen Interessen der Union“ die Rede ist, „die in der Verordnung nach Abs. 1 festgelegt sind“. Da es hierbei jedoch um die Bestimmung der strafprozessualen Zuständigkeit einer Europäischen Staatsanwaltschaft geht, lässt sich dieser Passus auch so lesen, dass er nur auf eine Liste von Straftaten verweist, welche auch harmonisiertes mitgliedstaatliches und nicht zwingend Unionsstrafrecht betrifft.<sup>717</sup> Als weiteres Wortlautargument lässt sich anführen, dass in der Überschrift<sup>718</sup> sowie in Art. 325 Abs. 1, 2 und 4 AEUV von einer „Betrugsbekämpfung“ die Rede ist, ein Ausdruck, der in der Vergangenheit stets im strafrechtlichen Kontext, z.B. von Rahmenbeschlüssen, verwendet wurde und sich jetzt auch in Art. 67 Abs. 3 AEUV im Hinblick auf den Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts findet.<sup>719</sup>

Zweitens ist davon auszugehen, dass die Vertragsreform den „Strafrechtsvorbehalt“ in Kenntnis der lange Zeit in weiten Teilen der mitgliedstaatlichen Literatur vorherrschenden Auffassung, die eine Strafrechtskompetenz der EU gerade darauf gestützt ablehnte, ganz bewusst beseitigte.<sup>720</sup> Dies muss so interpretiert werden,

deshalb zutreffen, weil es sich um eigene Rechtsgüter der EU handle, deren Schutz mit den Mitteln des Strafrechts der EU wohl nicht verwehrt werden könne.

714 Ausführliche Interpretation der Vorschrift nach den vier traditionellen Auslegungsarten bei *Fromm*, EG-Rechtssetzungsbefugnis, S. 64 ff.

715 *Esser*, Europ. u. Intern. Strafrecht, § 2 Rn. 126; *Sieber*, ZStW 121 (2009), 1, 59; vgl. auch die Wortlautauslegung bei *Fromm*, EG-Rechtssetzungsbefugnis, S. 65 f.

716 *Krüger*, HRRS 2012, 311, 317.

717 *Sturges*, HRRS 2012, 273, 278.

718 Auch in der englischsprachigen Version lautet diese „Combating Fraud“.

719 *Satzger*, Intern. u. Europ. Strafrecht, § 8 Rn. 26; *Walter*, ZStW 117 (2005), 912, 919 – a.A. *Krüger*, HRRS 2012, 311, 313 f. Diese Autoren beziehen sich zwar auf die Bekämpfung des Menschenhandels nach Art. 79 Abs. 2 lit. c) und d) AEUV bzw. Art. III-267 Abs. 2 VVE, das Wortlautargument gilt hier jedoch in gleichem Maße. Siehe zum Menschenhandel noch unten 4. Kapitel B. I. 2. a) cc).

720 *Ambos*, Intern. Strafrecht, § 9 Rn. 8; *Fromm*, EG-Rechtssetzungsbefugnis, S. 68 ff.; *F. Meyer*, Strafrechtsgenese, S. 420; *Rosenau*, ZIS 2008, 9, 16; *Satzger*, Intern. u. Europ. Strafrecht, § 8 Rn. 24; *Schramm*, ZJS 2010, 615, 616; *F. Zimmermann*, JURA 2009, 844, 846.

dass dies gerade in dem Willen geschah, Rechtssetzungskompetenzen nun zu etablieren.

Drittens hatte der EuGH aber schon zur Zeit der Geltung des Vertrages von Nizza klargestellt, dass durch die Existenz der „Dritten Säule“ Harmonisierungskompetenzen in anderen gemeinschaftsrechtlich beeinflussten Bereichen nicht ausgeschlossen waren, sodass schon damals das Strafrecht als Gesamtmaterie gar nicht ausschließlich in der „Dritten Säule“ geregelt war.<sup>721</sup> Art. 83 Abs. 2 AEUV normiert nun auch diese so genannte „Annexkompetenz“.<sup>722</sup> Damit wird deutlich, dass das Strafrecht kein vom europäischen Recht ausgenommener Bereich ist.<sup>723</sup> Daher greifen die vormals gegen eine Strafrechtskompetenz der EU in Stellung gebrachten vertragssystematischen Argumente nicht mehr.<sup>724</sup> Solche Einwände werden nämlich durch den bewussten Abschied von der Vorbehaltsklausel, erst recht aber durch den Abriss der „Dritten Säule“ und die dadurch geleistete Supranationalisierung des Raumes der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts, entkräftet.

Viertens steht bei Art. 325 Abs. 4 AEUV eine grundsätzlich andere Erwägung im Raum: Anders als bei der Erweiterung der nationalen Strafverfolgung im Rahmen des Art. 83 Abs. 1 AEUV oder der wirksamen Durchführung von einzelnen Politikmaßnahmen der EU nach Art. 83 Abs. 2 AEUV geht es bei der Bekämpfung der Betrügereien zu Lasten der EU-Financen um eine eigenständige, von den Mitgliedstaaten losgelöste Straf Gewalt, welche dem Schutz „genuiner Rechtsgüter“ der EU<sup>725</sup> dient.<sup>726</sup>

Trotz der damit grundsätzlich geschaffenen Möglichkeit eines sektoralen Unionsstrafrechts bleiben jedoch einige Fragen ungeklärt. Zunächst ist zu untersuchen, welche Deliktsarten dieses EU-Bereichsstrafrecht umfassen könnte. Art. 325 Abs. 1 und Abs. 4 AEUV sprechen jeweils von „Betrügereien“, in Abs. 1 ist zudem von sonstigen gegen die finanziellen Interessen der Union gerichteten rechtswidrigen Handlungen die Rede. Auch der Begriff der Betrügereien ist als europäischer Terminus Teil der autonomen Rechtsordnung der EU und somit unionsrechtlich zu bestimmen.<sup>727</sup> Er ist daher nicht identisch mit dem Betrug im Sinne von § 263 StGB, auch wenn die deutsche Überschrift „Betrugsbekämpfung“ dies suggeriert.<sup>728</sup> Für die unionsrechtliche Bestimmung des Begriffes ist vielmehr auf ein

721 Siehe dazu oben 4. Kapitel A. II. 7.

722 Siehe dazu noch unten 4. Kapitel B. I. 2. b) cc).

723 Für *Fromm*, EG-Rechtssetzungsbefugnis, S. 70 f., ist es insofern ein teleologisches Argument, dass auch die jetzige Rechtssetzungskompetenz auf der Linie der „*effet utile*“-Rechtsprechung des EuGH liege.

724 *Satzger*, Intern. u. Europ. Strafrecht, § 8 Rn. 24.

725 *Bitzilekis/Kaiafa-Gbandi/Symeonidou-Kastanidou*, in: Schünemann, Gesamtkonzept, S. 222 ff.; dazu noch unten 6. Kapitel C. IV. 1. a).

726 *F. Meyer*, Strafrechtsgenese, S. 420 f.; skeptisch *Böse*, in: ders., EnzEuR Bd. 9, § 4 Rn. 24.

727 *Ambos*, Intern. Strafrecht, § 9 Rn. 8, Fn. 59; *Magiera*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, 51. EL 2013, Art. 325 AEUV Rn. 17; *Prieß/Spitzer*, in: von der Groeben/Schwarze, Art. 280 EGV Rn. 10, 17; *Satzger*, in: *Böse*, EnzEuR Bd. 9, § 2 Rn. 13; *Waldhoff*, in: Calliess/Ruffert, Art. 325 AEUV Rn. 4.

728 Auch in der englischsprachigen Version lautet die Überschrift des 5. Kapitels des AEUV „*combatting fraud*“.

europäisches Verständnis abzustellen, wie es u.a. in Art. 1 der PIF-Konvention<sup>729</sup> zum Ausdruck kommt.<sup>730</sup> Art. 1 Abs. 1 PIF-Konvention unterscheidet zwischen Betrug im Hinblick auf Ausgaben (insbesondere Subventionen) und Einnahmen (insbesondere Zölle und Steuern).

Bei Ausgaben umfasst er

- die Verwendung oder Vorlage falscher, unrichtiger oder unvollständiger Erklärungen oder Unterlagen mit der Folge, dass Mittel aus dem Gesamthaushaltsplan der Europäischen Gemeinschaften oder aus den Haushalten, die von den Europäischen Gemeinschaften oder in deren Auftrag verwaltet werden, unrechtmäßig erlangt oder zurückbehalten werden;
- das Verschweigen einer Information unter Verletzung einer spezifischen Pflicht mit derselben Folge sowie
- die missbräuchliche Verwendung solcher Mittel zu anderen Zwecken als denen, für die sie ursprünglich gewährt worden sind.

Im Zusammenhang mit Einnahmen sollen

- die Verwendung oder Vorlage falscher, unrichtiger oder unvollständiger Erklärungen oder Unterlagen mit der Folge, dass Mittel aus dem Gesamthaushaltsplan der Europäischen Gemeinschaften oder aus den Haushalten, die von den Europäischen Gemeinschaften oder in deren Auftrag verwaltet werden, rechtswidrig vermindert werden;
- das Verschweigen einer Information unter Verletzung einer spezifischen Pflicht mit derselben Folge und
- die missbräuchliche Verwendung eines rechtmäßig erlangten Vorteils mit derselben Folge

unter Strafe gestellt werden. Art. 1 Abs. 3 PIF-Konvention enthält zudem Vorbeziehungshandlungen, wie die Herstellung falscher, unrichtiger oder unvollständiger Erklärungen oder Unterlagen.<sup>731</sup> Orientiert an diesen Vorgaben ist der Begriff der Betrügerei daher weit auszulegen<sup>732</sup> und erfasst nicht nur den klassischen Betrug, sondern sämtliche Delikte, die gegen die Finanzinteressen der EU gerichtet sind, wie etwa andere Taten mit Täuschungscharakter, Subventionsbetrug-, Beste-

729 ABl. 1995 Nr. C 316, S. 48; vgl. dazu vgl. dazu *Dannecker*, ZStW 108 (1996), 577, 596 ff.; *Fromm*, EG-Rechtssetzungsbefugnis, S. 54 ff.; *Gröblinghoff*, S. 153 ff.; *Hecker*, Europ. Strafrecht, § 14 Rn. 4, 22 ff.; *Killmann/Schröder*, in: Sieber/Brüner/Satzger/v. Heintschel-Heinegg, § 12 Rn. 8 ff.; *Safferling*, Intern. Strafrecht, § 10 Rn. 23; *Satzger*, Europäisierung, S. 467 ff.; *ders.*, ZRP 2001, 549, 550; *Tiedemann*, FS Lenckner, 1998, S. 414; *ders.*, ZStW 116 (2004), 945, 951; *Vogel*, GA 2003, 314, 323; siehe bereits oben 4. Kapitel A. II. 5.

730 Kommission, Schutz der finanziellen Interessen der Gemeinschaft und Betrugsbekämpfung – Jahresbericht 1999, KOM (1999) 590 endg., S. 10; *Satzger*, Intern. u. Europ. Strafrecht, § 8 Rn. 25.

731 Vgl. dazu *Killmann/Schröder*, in: Sieber/Brüner/Satzger/v. Heintschel-Heinegg, § 12 Rn. 35 f.

732 *Grünwald*, JZ 2011, 972, 974; *Killmann/Schröder*, in: Sieber/Brüner/Satzger/v. Heintschel-Heinegg, § 12 Rn. 10; *Magiera*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, 51. EL 2013, Art. 325 AEUV Rn. 15; *Prieß/Spitzer*, in: von der Groeben/Schwarze, Art. 280 EGV Rn. 17; *Schramm*, ZJS 2010, 615; *ders.*, Intern. Strafrecht, 4. Kapitel Rn. 17; *Waldhoff*, in: Callies/Ruffert, Art. 325 AEUV Rn. 4; *F. Zimmermann*, JURA 2009, 844, 846.

chungs- oder Urkundsdelikte<sup>733</sup> sowie die Steuerhinterziehung. Zwar könnte die Zusammenschau mit Art. 325 Abs. 1 AEUV, der neben den Betrügereien auch „sonstige gegen die finanziellen Interessen der Union gerichtete rechtswidrige Handlungen“ erwähnt, etwas anderes suggerieren, da sich Art. 325 Abs. 4 AEUV auf die „Betrügereien“ beschränkt, es ist jedoch nicht davon auszugehen, dass der Anwendungsbereich bewusst enger sein sollte.<sup>734</sup> Dabei lassen es der Wortlaut und das zu Grunde zu legende weite Verständnis grundsätzlich zu, dass hierunter auch die so genannten Schein- und Umgehungsgeschäfte fallen.<sup>735</sup> Gleichwohl ist die Beschränkung auf „rechtswidrige Handlungen“ zu beachten.<sup>736</sup>

Aufschlussreich ist in diesem Zusammenhang der Umfang der im Corpus Juris 2000<sup>737</sup> vorgesehenen Regelungen zum Schutz der finanziellen Interessen der EU. Es bedient sich ebenfalls der Terminologie Betrügereien. In Art. 1 Abs. 1 CJ 2000 ist es als Betrügerei unter Strafe gestellt:

- a) gegenüber der zuständigen Stelle unvollständige oder unrichtige Erklärungen zu Umständen abzugeben, die für die Entscheidung (über die Gewährung einer Beihilfe oder einer Subvention oder über die Bezahlung einer Steuerschuld) erheblich sind, sofern eine solche Erklärung die finanziellen Interessen der Europäischen Gemeinschaften beeinträchtigen kann;
- b) es nach einem Antrag auf eine Subvention oder einen steuerlichen Vorteil oder nach deren Erhalt pflichtwidrig zu unterlassen, die zuständige Stelle über Änderungen wichtiger Umstände zu unterrichten, die für die Entscheidung über die Gewährung der Subvention, Beihilfe oder des Steuervorteils oder über deren Ablehnung, Minderung, Aufhebung oder Rückgewähr erheblich sind, so-

733 *Satzger*, Intern. u. Europ. Strafrecht, § 8 Rn. 25; *Schramm*, ZJS 2010, 615; *ders.*, Intern. Strafrecht, 4. Kapitel Rn. 17; *F. Zimmermann*, JURA 2009, 844, 846; vgl. auch *Vogel*, in: Ambos, Europ. Strafrecht, S. 49; so auch schon *Tiedemann*, FS Roxin, 2001, S. 1407.

734 *Magiera*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, 51. EL 2013, Art. 325 AEUV Rn. 15.

735 *Magiera*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, 51. EL 2013, Art. 325 AEUV Rn. 16; *Waldhoff*, in: Calliess/Ruffert, Art. 325 AEUV Rn. 4; vgl. ausführlich zu diesen Erscheinungsformen *Tiedemann*, NJW 1990, 2226, 2230 f.

736 *Magiera*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, 51. EL 2013, Art. 325 AEUV Rn. 16. Auch die Kommission, Schutz der finanziellen Interessen der Gemeinschaft und Betrugsbekämpfung – Jahresbericht 1999, KOM (1999) 590 endg., S. 10, beschränkt den Betrug auf rechtswidrige Verhaltensweisen – a.A. *Waldhoff*, in: Calliess/Ruffert, Art. 325 AEUV Rn. 4, der auch Handlungen erfassen will, die formal rechtstreu sind, deren einziger oder vorrangiger Zweck jedoch darin besteht, die Union finanziell zu schädigen; so wohl auch *Prieß/Spitzer*, in: von der Groeben/Schwarze, Art. 280 EGV Rn. 12, 17.

737 *Delmas-Marty*, Corpus Juris, passim. In seiner aktuellen Version als CJ 2000 (Fassung von Florenz) ins Deutsche übersetzt von *Walter*; kritisch zum CJ *Braun*, JZ 2000, 493, 498 ff.; *ders.*, Europäische Strafgesetzmäßigkeit, S. 186 ff.; vgl. insbesondere auch die Kritik und Gegenvorschläge im Alternativentwurf Europäische Strafverfolgung, in: Schönemann, Alternativentwurf, S. 26 ff.; dazu wiederum *Vogel*, ZStW 116 (2004), 400, 419 ff.; vgl. zum CJ ferner *Dannecker*, in: Böse, EnzEuR Bd. 9, § 8 Rn. 45 ff.; *Hassemer*, KritV 1999, 133; *Hecker*, Europ. Strafrecht, § 14 Rn. 28 ff.; *Otto*, JURA 2000, 98; *Rosenau*, ZIS 2008, 9, 11; *Safferling*, Intern. Strafrecht, § 10 Rn. 104 ff.; *Satzger*, Europäisierung, S. 87 ff.; *ders.*, Intern. und Europ. Strafrecht, § 8 Rn. 33 ff.; *Schramm*, ZJS 2010, 615, 616; ferner die Beiträge in: B. Huber, Corpus Juris.

fern eine solche Entscheidung die finanziellen Interessen der Europäischen Gemeinschaften beeinträchtigen kann;

- c) eine Subvention oder Beihilfe zweckwidrig zu verwenden, die aus Gemeinschaftsmitteln rechtmäßig erlangt wurde.

Ferner regelt das CJ 2000 in Art. 2 die Betrugerei bei der Erteilung von Aufträgen, in Art. 3 Geldwäsche und Hehlerei, in Art. 4 Kriminelle Vereinigungen, in Art. 5 Bestechung und Bestechlichkeit und in den Art. 6-8 weitere Amtsdelikte. Dieser von Experten entworfene Vorschlag könnte die Grundlage eines zukünftigen EU-Betrugsstrafgesetzbuches bilden. Zu Recht enthält das CJ 2000 in seinen Art. 9 ff. Regelungen des AT. Auch die Kompetenz zum Erlass strafrechtlicher Vorschriften gemäß Art. 325 Abs. 4 AEUV muss solche allgemeinen Vorschriften umfassen.<sup>738</sup> Zwar wird im Bereich des Art. 83 AEUV zuweilen darauf verwiesen, dass wegen der gebotenen Schonung des Strafrechts der Mitgliedstaaten eine vollständige Harmonisierung des AT regelmäßig ausscheide.<sup>739</sup> Dieses Argument greift im Rahmen eines supranationalen EU-Bereichsstrafrechts *de lege ferenda* jedoch nicht.<sup>740</sup> Denn ein solches wäre Ausdruck einer eigenständigen Strafgewalt der EU, gestützt auf den Anknüpfungspunkt des Grundsatzes des Schutzes ihrer eigenen Rechtsgüter, durch welchen wiederum eine eigenständige Rechtsordnung des europäischen Strafrechts geschaffen würde. Ein Einfluss auf die einzelstaatliche Strafrechtsordnung wäre jedenfalls nicht unmittelbar gegeben.<sup>741</sup>

Weitere Argumente sprechen dafür, dass die jeweilige Rechtssetzungsbefugnis auch den AT umfasst. Erstens zieht dieser aus Zweckmäßigkeitsgründen nur vor die Klammer, was auch in jeder Vorschrift des Besonderen Teils jeweils speziell festgelegt werden könnte. Dies muss auch nicht in allen Rechtsordnungen so geschehen, sondern ist eine Entscheidung des Gesetzgebers,<sup>742</sup> d.h. die allgemeinen Regeln könnten jeweils auch im Tatbestand des Einzeldelikts geregelt werden. Dies folgt zweitens aber auch aus der Erwägung, dass ansonsten in jedem Mitgliedstaat das Recht der EU anderen allgemeinen Grundsätzen unterläge, sodass seine Wirksamkeit wiederum gefährdet wäre.<sup>743</sup> Auch in anderen föderalen Systemen, in denen die Strafgewalt zumindest partiell aufgeteilt ist, bringen die entsprechenden Strafrechtssetzungskompetenzen jeweils auch die Zuständigkeit für den AT mit

738 Grünwald, JZ 2011, 972, 975; Satzger, Intern. u. Europ. Strafrecht, § 8 Rn. 27; F. Zimmermann, JURA 2009, 844, 846; vgl. auch Stuckenberg, in: Böse, EnzEuR Bd. 9, § 10 Rn. 66.

739 Heger, ZIS 2009, 406, 412; Schramm, Intern. Strafrecht, 4. Kapitel Rn. 47; vgl. auch Böse, ZIS 2010, 76, 86; siehe noch unten 4. Kapitel B. I. 2. b) aa).

740 So fordern auch Schönemann, in: ders., Alternativentwurf, S. 79, und Tiedemann, in: ders., Freiburg-Symposium, S. 5, in den Bereichen, in denen ein einheitliches Strafrecht notwendig ist, folgerichtig auch die Inklusion der allgemeinen Regeln.

741 Siehe auch noch unten 5. Kapitel D. VI.

742 Heger, ZIS 2009, 406, 412, weist darauf hin, dass auch in der Geschichte des deutschen Strafrechts dies nicht immer der Fall war; zustimmend auch Böse, ZIS 2010, 76, 86, aber zurückhaltend im Hinblick auf eine Harmonisierung des mitgliedstaatlichen Rechts.

743 Grünwald, JZ 2011, 972, 975 f.; auch Stuckenberg, in: Böse, EnzEuR Bd. 9, § 10 Rn. 66, hält AT-Regelungen dann für naheliegend, wenn eine einheitliche Anwendung gewährleistet werden soll.

sich.<sup>744</sup> In den USA etwa verfügt – wie in der EU – jeder Einzelstaat über ein eigenständiges Strafrechtssystem inklusive allgemeiner Regelungen zu Vorsatz, Täterschaft, Versuch etc. Daneben hat aber auch der Bund sein zentrales Bereichsstrafrecht geschaffen, welches ebenfalls durch AT-Bestimmungen ergänzt ist, deren Anwendungsbereich sich jedoch folgerichtig nur auf die jeweiligen Bundesstrafvorschriften beschränkt.<sup>745</sup>

Aus diesen Erwägungen folgt des Weiteren, dass die in Art. 83 Abs. 3 AEUV vorgesehene „Notbremse“ im Rahmen des Art. 325 AEUV zu Recht nicht eingefügt wurde. Teilweise wird zwar gefordert, sie analog anzuwenden, um den durch die Art. 82, 83 AEUV geschaffenen Kompromisszustand nicht zu unterlaufen bzw. die Souveränität der Mitgliedstaaten zu schützen.<sup>746</sup> Hierbei gilt es jedoch zu differenzieren. Dieser Forderung ist im Hinblick auf Verordnungen, welche ein eigenständiges EU-Recht schaffen, nicht zuzustimmen,<sup>747</sup> denn es geht hier um den Schutz eigener Rechtsgüter der EU durch supranationale Straftatbestände und nicht um eine Modifikation der Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten. Daher kann einerseits der Schutz der Strafrechtssysteme der Einzelstaaten nicht das tragende Argument sein.<sup>748</sup> Andererseits spielt auch die demokratische Legitimation durch die nationalen Parlamente, und damit die jeweilige Souveränität der Staatsvölker, nicht die entscheidende Rolle, denn diese kommt hier insbesondere dem Europäischen Parlament zu und damit steht die Legitimation durch die europäischen Bürgerinnen und Bürger im Vordergrund.<sup>749</sup>

Etwas anderes gilt jedoch, wenn auf Art. 325 Abs. 4 AEUV Richtlinien gestützt werden, denn dann wird wiederum die Rechtsordnung der Mitgliedstaaten instrumentalisiert.<sup>750</sup> Dann ist aber nach hier vertretener Auffassung Art. 83 Abs. 3 analog anwendbar.<sup>751</sup>

---

744 So etwa in den oben dargestellten föderalen Bundesstaaten Deutschland (3. Kapitel A), USA (3. Kapitel B.) und Kanada (3. Kapitel C.).

745 Siehe dazu *Reinbacher*, Das Strafrechtssystem der USA, S. 87; ferner bereits oben 3. Kapitel B. II. 1. b).

746 *Dannecker*, in: Böse, *EnzEuR* Bd. 9, § 8 Rn. 28; *Heger*, *ZIS* 2009, 406, 416; *Walter*, *ZStW* 117 (2005), 912, 923 f.

747 *Böse*, *ZIS* 2010, 76, 88; *Hecker*, *Europ. Strafrecht*, § 14 Rn. 44; *Magiera*, in: *Grabitz/Hilf/Nettesheim*, 51. EL 2013, Art. 325 AEUV Rn. 77; *Safferling*, *Intern. Strafrecht*, § 10 Rn. 67; *Satzger*, *Intern. u. Europ. Strafrecht*, § 9 Rn. 53.

748 So auch *Satzger*, *Intern. u. Europ. Strafrecht*, § 9 Rn. 53.

749 *Böse*, *ZIS* 2010, 76, 88; *F. Meyer*, *Strafrechtsgenese*, S. 420 – a.A. *Rosenau/Petrus*, in: *Vedder/Heintschel v. Heinegg*, Art. 83 AEUV Rn. 9; Die Souveränitätsrechte der Mitgliedstaaten seien massiv tangiert und entsprechende Regelungen der EU einschließlich des AT setzten einen europäischen Bundesstaat voraus.

750 *Satzger*, *Intern. u. Europ. Strafrecht*, § 9 Rn. 54; so im Ergebnis auch *F. Meyer*, *Strafrechtsgenese*, S. 421 – a.A. *Vogel*, in: *Ambos*, *Europ. Strafrecht*, S. 49.

751 Siehe unten 4. Kapitel B. I. 2. b) dd). Es ist jedoch zu beachten, dass die Kommission ihren Vorschlag für eine Richtlinie über die strafrechtliche Bekämpfung von gegen die finanziellen Interessen der Europäischen Union gerichtetem Betrug vom 11.7.2012, KOM (2012) 363 endg., S. 7, einzig auf Art. 325 Abs. 4 AEUV gestützt hat.

## bb) Zollwesen

Ebenso wie Art. 240 Abs. 4 EGV 2001 hatte auch Art. 135 S. 2 EGV 2001 einen Strafrechtsvorbehalt vorgesehen, welcher gleichermaßen in Art. III-152 VVE und Art. 33 AEUV entfallen ist. Auch hier erlaubt die Vorschrift „Maßnahmen“ der EU, was wiederum unionsrechtlich als Ermächtigung zum Erlass nicht nur von Richtlinien, sondern auch von Verordnungen zu verstehen ist.<sup>752</sup> Daraus wird überwiegend geschlossen, dass auch auf Art. 33 AEUV unmittelbar wirkende EU-Strafnormen gestützt werden können.<sup>753</sup> Dies ist zwar eine durchaus schlüssige Argumentation, es fragt sich nur, wie weit der dadurch mögliche strafrechtliche Regelungsumfang reichen könnte.

Art. 33 AEUV ermöglicht Maßnahmen zum „Ausbau der Zusammenarbeit im Zollwesen“. Damit ist zunächst der Begriff des Zollwesens maßgeblich. Als primärrechtlicher Terminus ist er wiederum unionsrechtlich zu bestimmen und dabei von anderen Ermächtigungsgrundlagen abzugrenzen. Einerseits ist er insbesondere als eigenständig gegenüber der Zollunion anzusehen, welche in den Art. 28, 30-32 AEUV als ausschließliche Zuständigkeit der Union behandelt ist. Während jene die allgemeine Abschaffung von Binnenzöllen sowie das Zolltarifrecht betrifft, kommt Art. 33 AEUV die Funktion zu, den Ausbau der Zusammenarbeit im Bereich des EU-Zollrechts zu gewährleisten. Art. 33 AEUV ist daher kein Bestandteil dieser ausschließlichen Unionskompetenz und fällt in die geteilte Zuständigkeit.<sup>754</sup>

In erster Linie dürfte es Inhalt der Bestimmung sein, eine Ermächtigungsgrundlage für Maßnahmen der Kooperation der Zollbehörden zu bieten, denn sie dient dem „Ausbau der Zusammenarbeit im Zollwesen“. Inwieweit dies auch materiell-strafrechtliche Regelungen deckt, ist fraglich. Es ist diesbezüglich auf die Nähe zum Schutz der finanziellen Interessen der Gemeinschaft hingewiesen worden,<sup>755</sup> sodass etwa Vorschriften über den Zollbetrug auf Art. 33 AEUV gestützt werden könnten. Mit Art. 325 Abs. 4 AEUV existiert jedoch bereits eine Kompetenznorm, die Maßnahmen zum Schutz der finanziellen Interessen der Gemeinschaft, also materielle Strafnormen in Form von Verordnungen, ermöglicht. Diese muss wohl als *lex specialis* behandelt werden.<sup>756</sup> Dies gilt nicht nur, weil es sich um zwei getrennte Kompetenzbereiche handelt, sondern insbesondere auch, weil bei Art. 325 Abs. 4 AEUV ausdrücklich von einer „Bekämpfung“ die Rede ist, während Art. 33 AEUV nur

752 Herrmann, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, 51. EL 2013, Art. 33 AEUV Rn. 13.

753 Ambos, Intern. Strafrecht, § 9 Rn. 9; Rosenau/Petrus, in: Vedder/Heintschel v. Heinegg, Art. 83 AEUV Rn. 7; Safferling, Intern. Strafrecht, § 10 Rn. 43; Satzger, Intern. u. Europ. Strafrecht, § 8 Rn. 25; Schramm, ZJS 2010, 615; ders., Intern. Strafrecht, 4. Kapitel Rn. 19.

754 Herrmann, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, 51. EL 2013, Art. 33 AEUV Rn. 4.

755 Doelle/Kuhl, in: von der Groeben/Schwarze, Art. 135 EGV Rn. 14; Safferling, Intern. Strafrecht, § 10 Rn. 43; Voß, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, 40. EL 2009, Art. 135 EGV Rn. 15.

756 Herrmann, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, 51. EL 2013, Art. 33 AEUV Rn. 4.

eine Zusammenarbeit gewährleisten will. Trifft dies zu, so scheint das Hauptanwendungsfeld des Art. 33 AEUV eher im Ausbau der Zusammenarbeit der Zollbehörden – auch im strafrechtlichen Bereich – zu liegen,<sup>757</sup> nicht aber im Erlass materiellen Strafrechts.<sup>758</sup>

cc) Menschenhandel

Angesichts der Tatsache, dass die europäischen Verträge nun einerseits originäre Strafrechtskompetenzen ausdrücklich zulassen und andererseits einen zielorientierten Ansatz vertreten und dabei das Strafrecht in den Einzelermächtigungen regelmäßig nicht explizit erwähnen, kommen neben den soeben genannten Bereichen durchaus noch andere Felder in Betracht, in welchen eine Strafrechtssetzung möglich erscheint. Anders als im Rahmen des Schutzes der finanziellen Interessen (und des Zollwesens) lässt sich hier indessen nicht das Argument des weggefallenen Strafrechtsvorbehaltes ins Spiel bringen, weshalb diese Bereiche seltener Erwähnung finden. Dennoch belegt dieses systematische Argument nur, dass das Strafrecht nun insgesamt ausdrücklich nicht mehr unberührt bleiben soll. Dies sollte Strafrechtskompetenzen in anderen Feldern gerade nicht ausschließen. Eine abschließende Liste kann hier nicht erwartet werden, denn die Einzelermächtigungen müssen jeweils durch Auslegung untersucht werden. Insgesamt ist hier noch wenig geklärt.

In Betracht kommt z.B. Art. 79 Abs. 2 lit. c) und d) AEUV i.V.m. Art. 79 Abs. 1 AEUV, wonach die EU „Maßnahmen“ zur „Bekämpfung“ der illegalen Einwanderung und des Menschenhandels, insbesondere des Handels mit Frauen und Kindern, erlassen darf. Gegen eine solche Strafrechtskompetenz wird vorgebracht, dass es sich einerseits nicht – wie bei den finanziellen Interessen – um ein originäres Rechtsgut der EU handle, sondern primär die Territorialitätsinteressen der Mitgliedstaaten betroffen seien und dass andererseits in Art. 83 Abs. 1 AEUV eine spezielle Ermächtigung zur Harmonisierung in Bezug auf den Menschenhandel vorgesehen sei, die jedenfalls Vorrang genieße.<sup>759</sup> Immerhin zählt Art. 83 Abs. 1 UA. 2 AEUV diesen im Rahmen der potenziell harmonisierbaren Kriminalitätsbereiche explizit auf.

757 Waldhoff, in: Calliess/Ruffert, Art. 33 Rn. 7.

758 Daher insgesamt an einer auf Art. 33 AEUV gestützten Strafrechtssetzungskompetenz zweifelnd F. Meyer, Strafrechtsgenese, S. 422.

759 Daher eine Strafrechtskompetenz nach Art. 79 Abs. 2 AEUV ablehnend Ambos, Intern. Strafrecht, § 9 Rn. 9; Böse, in: ders., EnzEuR Bd. 9, § 4 Rn. 25; Heger, ZIS 2009, 406, 416; Krüger, HRRS 2012, 311, 312 f.; Mansdörfer, HRRS 2010, 11, 18; Nelles/Tinkl/Lauchstädt, in: Schulze/Zuleeg/Kadelbach, § 42 Rn. 9; Rosenau/Petrus, in: Vedder/Heintschel v. Heinegg, Art. 83 AEUV Rn. 7; auch Thym, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, 51. EL 2013, Art. 79 AEUV Rn. 35, hält Art. 83 AEUV für vorrangig; ebenso noch Schramm, ZJS 2010, 615, 616.

Die EU hat auch tatsächlich den Weg der Harmonisierung und nicht der unmittelbaren supranationalen Strafrechtssetzung per Verordnung gewählt, indem sie am 5.4.2011 die Richtlinie zur Verhütung und Bekämpfung des Menschenhandels<sup>760</sup> erlassen hat. Diese Wahl des Weges der Richtlinie muss aber nun nicht grundsätzlich gegen eine Verordnungskompetenz sprechen.<sup>761</sup> Schließlich ist dieses Vorgehen der EU nicht als abschließende Aussage dahingehend zu werten, dass bei einer Ineffektivität der Mitgliedstaaten nicht doch das direkte Medium der Verordnung gewählt werden könnte.

Folgende Punkte sprechen nämlich dafür, dass in der Zukunft auf Art. 79 Abs. 2 lit. c) und d) AEUV gestützte EU-Strafvorschriften geschaffen werden könnten.<sup>762</sup> Erstens umfassen die „Maßnahmen“ wiederum neben der Richtlinie auch die Verordnung. Zweitens wird hier, wie auch bei Art. 325 Abs. 4 AEUV die Vokabel der „Bekämpfung“<sup>763</sup> verwendet, welche auf einen strafrechtlichen Kontext hinweist, sodass der Wortlaut für eine entsprechende Kompetenz streitet.<sup>764</sup> Drittens wird speziell der Bekämpfung des Menschenhandels ein so hoher Stellenwert beigemessen, dass die Kommission sich der Frage wiederholt angenommen und auch das Stockholmer Programm vom 2.12.2009<sup>765</sup> die besondere Bedeutung des Menschenhandels als schweres, mit der Verletzung von Menschenrechten und Menschenwürde einhergehendes Verbrechen betont hat, weshalb der Europäische Rat die Verbesserung der Bekämpfung für notwendig erachtete.<sup>766</sup> Viertens ist das systematische Argument der spezielleren Regelung nur im Hinblick auf die Harmonisierung stichhaltig, d.h. wenn es um die Beeinflussung der Rechtsordnung der Mitgliedstaaten geht, ist nach Art. 83 Abs. 1 AEUV vorzugehen. Dies spricht aber nicht dagegen, echte Kriminaltatbestände in Form von Verordnungen auf anderer Grundlage zu erlassen. Nach der Systematik der Verträge regeln die Art. 82, 83 AEUV nur den Bereich der Europäisierung des einzelstaatlichen Strafrechts, nicht aber das Feld originärer supranationaler Tatbestände. Eine vollständige Systematisierung der Kompetenzen im Sinne einer materiebezogenen Gesamtregelung darf man von den Verträgen auf Grund ihrer nicht statischen Kompe-

760 Richtlinie 2011/36/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 5.4.2011 zur Verhütung und Bekämpfung des Menschenhandels und zum Schutz seiner Opfer sowie zur Ersetzung des Rahmenbeschlusses 2002/629/JI des Rates, ABl. 2011 Nr. L 101, S. 1; dazu *Schramm*, Intern. Strafrecht, 4. Kapitel Rn. 42; *Satzger/Zimmermann/Langheld*, EuCLR 2013, 107.

761 Vgl. auch *Krüger*, HRRS 2012, 311, 312.

762 Eine Strafrechtskompetenz im Ergebnis bejahend *Safferling*, Intern. Strafrecht, § 10 Rn. 44 ff.; *Satzger*, Intern. u. Europ. Strafrecht, § 8 Rn. 26; *Schramm*, Intern. Strafrecht, 4. Kapitel Rn. 20; *Sieber*, in: *Sieber/Brüner/Satzger/v. Heintschel-Heinegg*, Einführung Rn. 175; auch schon *Walter*, ZStW 117 (2005), 912, 918 f., im Hinblick auf Art. III-267 Abs. 2 VVE.

763 Auch in der englischsprachigen Version ist von „*combating trafficking in persons*“ die Rede.

764 *Satzger*, Intern. u. Europ. Strafrecht, § 8 Rn. 26; *Walter*, ZStW 117 (2005), 912, 919 – a.A. *Krüger*, HRRS 2012, 311, 313 f.

765 Abl. 2010 Nr. C 115, S. 1, 21; vgl. dazu *B. Huber*, in: *Sieber/Brüner/Satzger/v. Heintschel-Heinegg*, § 21 Rn. 24; *Vogel*, in: *Ambos*, Europ. Strafrecht, S. 50 ff.

766 Darauf weist *Safferling*, Intern. Strafrecht, § 10 Rn. 46, zu Recht hin.

tenzverteilung auch nicht erwarten. Ferner erscheint es nicht abwegig, dass die EU neben ihren eigenen Institutionen und Finanzmitteln auch die grundlegenden Werte der Union, Art. 2 EUV, schützen darf. Können die Mitgliedstaaten einen ausreichenden Schutz nicht gewähren, so kann ein Einschreiten der EU angezeit sein.

dd) Weitere Bereiche

Auch andere Rechtsgrundlagen müssen dementsprechend überprüft werden. Die Formulierung der „Bekämpfung“ findet sich jedoch nur noch selten<sup>767</sup> und dabei regelmäßig nicht in Verbindung mit einer allgemeinen Verordnungsermächtigung. Rechtspolitisch ist jedoch anhand der Prämisse, dass der EU ein Schutz ihrer eigenen Rechtsgüter zustehen muss, an eine Ausweitung schon bestehender Befugnisse im Wege der Vertragsreform nachzudenken, z.B. im Hinblick auf den Schutz der einheitlichen Währung.<sup>768</sup> Dazu wird später noch Stellung genommen.<sup>769</sup>

b) *Harmonisierungskompetenzen im materiellen Strafrecht*

Während lange Zeit umstritten war, ob die EG/EU das mitgliedstaatliche Recht – neben dem damaligen Instrument des Rahmenbeschlusses in der intergouvernementalen „Dritten Säule“ – durch Richtlinien harmonisieren durfte, der EuGH dies jedoch in zwei viel beachteten Entscheidungen bestätigte,<sup>770</sup> ist dieser Kompetenzbereich inzwischen durch das Vertragswerk selbst geklärt. Die „Dritte Säule“ ist aufgelöst, die das Strafrecht betreffenden Kompetenzen wurden in den genannten Bereichen insofern supranationalisiert als jetzt explizit Richtlinien möglich sind. Die Instrumente, die der EU hierzu zur Verfügung stehen, listet Art. 67 Abs. 3 AEUV auf. Hiernach wirkt die Union darauf hin, durch Maßnahmen zur Verhütung und Bekämpfung von Kriminalität sowie von Rassismus und Fremdenfeindlichkeit, zur Koordinierung und Zusammenarbeit von Polizeibehörden und Organen der Strafrechtspflege und den anderen zuständigen Behörden sowie durch die gegenseitige Anerkennung strafrechtlicher Entscheidungen und erforderlichenfalls durch die Angleichung der strafrechtlichen Rechtsvorschriften ein hohes Maß an Sicherheit zu gewährleisten.

767 Krüger, HRRS 2012, 311, 313, bringt das Beispiel der Terrorismusbekämpfung nach Art. 75 AEUV, wengleich als Gegenargument, dass der Wortlaut „Bekämpfung“ gerade nicht zwingend für einen strafrechtlichen Gehalt spreche. Tatsächlich geht es in Art. 75 AEUV nur um Verwaltungsmaßnahmen in Bezug auf Kapitalbewegungen und Zahlungen. Auch diese Beschränkung der betreffenden Kompetenznorm auf Begleitmaßnahmen muss aber nicht unbedingt dagegen sprechen, eine „Bekämpfung“ grds. mit strafrechtlichen Mitteln zu assoziieren.

768 Vgl. etwa Böse, ZIS 2010, 76, 88.

769 Dazu unten 6. Kapitel.

770 EuGH Slg. 2005, I-7879 – *Kommission/Rat* (Rs. C-176/03) („Umweltstrafrecht“); Slg. 2007, I-9097 – *Kommission/Rat* (Rs. C-440/05); siehe dazu ausführlich bereits oben 4. Kapitel A. II. 7.

Als Modul der europäischen Straftatenbekämpfung steht demnach neben der Kooperation der Behörden sowie der gegenseitigen Anerkennung von Entscheidungen auch die Angleichung der Strafvorschriften der mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen zur Verfügung. Da es hierbei um eine Modifikation der bestehenden dezentralen Rechtsordnung geht, ist ein „strafrechtsspezifischer Schonungsgrundsatz“ propagiert worden, welcher eine Art „Hemmschwelle“ für die Strafrechts-harmonisierung im Sinne einer besonders gewissenhaften Prüfung darstellt.<sup>771</sup> Der Schutz der nationalen Rechtsordnung und Traditionen wird als Konkretisierung von Art. 4 Abs. 2 EUV<sup>772</sup> auch in Art. 67 Abs. 1 AEUV betont. Daher sind einerseits nach Art. 83 Abs. 1 und Abs. 2 AEUV nur „Mindestvorschriften“ zur Angleichung der strafrechtlichen Rechtsvorschriften per Richtlinie gestattet, also weder durch Verordnung noch durch abschließende Vorgaben, und andererseits bietet Abs. 3 die Möglichkeit einer „Notbremse“. Dennoch kann es sich im Mehrebenensystem als geboten erweisen, Maßnahmen auf der zentralen Ebene zu ergreifen. Art. 83 Abs. 1 und Abs. 2 AEUV haben dabei jeweils einen anderen Hintergrund.<sup>773</sup>

Abs. 1 entstammt der vormaligen intergouvernementalen Zusammenarbeit zur Schaffung eines Raumes der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts. Daher kann die EU zur Gewährleistung der Sicherheit der Bürgerinnen und Bürger dann tätig werden, wenn und soweit darauf gerichtete dezentrale Maßnahmen ineffektiv sind. Dabei geht es nicht zuletzt darum, Schlupflöcher für Kriminelle zu stopfen, die sich aus der Divergenz der Rechtsordnungen ergeben.<sup>774</sup> Letztlich sind in Art. 83 Abs. 1 AEUV jeweils grenzüberschreitende Delikte angesprochen, bei welchen das Strafrecht und die Strafverfolgung sich nicht auf den Nationalstaat beschränken können, weil die Straftaten sich auch auf andere Staaten auswirken. Sollen deshalb Kooperationsmaßnahmen ergriffen und insbesondere eine gegenseitige Anerkennung von Entscheidungen möglich werden, sind große Unterschiede zwischen den Rechtsordnungen schädlich.<sup>775</sup> Zudem wäre es nicht nur dem Raum der Sicherheit, sondern auch dem Solidaritätsgedanken und dem einheitlichen Markt abträglich, wenn einzelne Mitgliedstaaten strafwürdige Praktiken wie Korruption oder Umweltverschmutzung bewusst zulassen, um sich wirtschaftliche Standortvorteile gegenüber anderen Mitgliedstaaten zu sichern,<sup>776</sup> was letztlich

771 Siehe dazu bereits oben 4. Kapitel A. III. 4. c).

772 Röben, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, 51. EL 2013, Art. 67 AEUV Rn. 90.

773 Böse, ZIS 2010, 76, 85; ders., in: Schwarze, Art. 83 EUV Rn. 1; Vogel, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, 51. EL 2013, Art. 83 AEUV Rn. 8 ff.

774 Böse, in: ders., EnzEuR Bd. 9, § 4 Rn. 7; ders., in: Schwarze, Art. 83 EUV Rn. 2; Vogel, in: Böse, EnzEuR Bd. 9, § 7 Rn. 24.

775 Hecker, in: Ambos, Europ. Strafrecht, S. 18; vgl. auch Böse, in: Ambos, Europ. Strafrecht, S. 59; Eckstein, ZStW 124 (2012), 490, 526; Fuchs, ZStW 116 (2004), 368; Rackow, in: Ambos, Europ. Strafrecht, S. 122; Vogel, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, 51. EL 2013, Art. 82 AEUV Rn. 10; ders., in: Böse, EnzEuR Bd. 9, § 7 Rn. 25; F. Zimmermann, JURA 2009, 844, 845; ferner die Erläuterung der Motive des Corpus Juris, in: Delmas-Marty, Corpus Juris, S. 19 ff.

776 Heger, in: Böse, EnzEuR Bd. 9, § 5 Rn. 12, 16; Vogel, GA 2003, 314, 317; ders., in: Böse, EnzEuR Bd. 9, § 7 Rn. 24.

auch zu einem „*race to the bottom*“<sup>777</sup> führen kann, wenn andere Staaten sich gezwungen sehen, ebenfalls entsprechend lax zu verfahren.<sup>778</sup> Zudem würden Bürgerinnen und Bürger anderer Mitgliedstaaten u.U. davon abgehalten, in dieses Land zu reisen, was der Freizügigkeit entgegenstünde.<sup>779</sup>

Im Rahmen des Art. 83 Abs. 2 AEUV geht es hingegen darum, die EU-Politik effektiv durchzuführen, ein Anliegen, das im Hinblick auf den Gedanken des *effet utile* sowie die *implied powers* der Union auch schon vor der Reform von Lissabon anerkannt war.<sup>780</sup> Wenn und soweit die EU zur wirksamen Durchführung ihrer Ziele einer Sanktion bedarf, bildet die diesbezügliche Angleichung der mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen eine Option.<sup>781</sup>

#### aa) Besonders schwere grenzüberschreitende Kriminalität nach Art. 83 Abs. 1 AEUV

Nach Art. 83 Abs. 1 AEUV kann die EU „Mindestvorschriften zur Festlegung von Straftaten und Strafen in Bereichen besonders schwerer Kriminalität festlegen, die aufgrund der Art oder der Auswirkungen der Straftaten oder aufgrund einer besonderen Notwendigkeit, sie auf einer gemeinsamen Grundlage zu bekämpfen, eine grenzüberschreitende Dimension haben“. Anders als in Abs. 2 kommt es nicht darauf an, ob es sich um einen bereits durch die EU harmonisierten Bereich handelt, die Strafrechtsangleichung kann unter den genannten Voraussetzungen auch selbstständig verlaufen.<sup>782</sup> Sie knüpft also an den Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts und nicht an eine spezifische Unionspolitik an.<sup>783</sup> Daher steht eine Harmonisierung der mitgliedstaatlichen Strafrechtsordnungen zunächst unter der Voraussetzung, dass es sich um eine Straftat aus dem Bereich der besonders schweren und (kumulativ!<sup>784</sup>) grenzüberschreitenden Kriminalität handelt. Das erste Erfordernis scheidet Bagatelldelikte und herkömmliche Alltagsdelikte aus, das Merkmal der grenzüberschreitenden Kriminalität hingegen rein innerstaatliche Probleme, wobei jeweils entscheidend ist, dass es sich bei dem Kriminalitätsbereich typischerweise um solche Delikte handelt.<sup>785</sup> Dabei offenbart sich der aus dem Blick-

777 Benz, Politik in Mehrebenensystemen, S. 76.

778 Vogel, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, 51. EL 2013, Art. 83 AEUV Rn. 10; in Bezug auf das Umweltstrafrecht Heger, Europäisierung des Umweltstrafrechts, S. 6, 93 ff.; Tiedemann, ZStW 116 (2004), 945, 946; kritisch Böse, in: Schwarze, Art. 83 EUV Rn. 3.

779 Vogel, in: Böse, EnzEuR Bd. 9, § 7 Rn. 23.

780 Siehe oben 4. Kapitel A. II. 7.

781 Vogel, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, 51. EL 2013, Art. 83 AEUV Rn. 10, 12.

782 Vogel, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, 51. EL 2013, Art. 83 AEUV Rn. 26.

783 Safferling, Intern. Strafrecht, § 10 Rn. 47.

784 Böse, in: ders., EnzEuR Bd. 9, § 4 Rn. 8; ders., in: Schwarze, Art. 83 EUV Rn. 4; Dorra, S. 194; Satterger, in: Streinz, EUV/AEUV, Art. 83 AEUV Rn. 9; Vogel, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, 51. EL 2013, Art. 83 AEUV Rn. 40.

785 Vogel, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, 51. EL 2013, Art. 83 AEUV Rn. 41 f.

winkel der Subsidiarität notwendige Anknüpfungspunkt für ein Tätigwerden der EU.<sup>786</sup> Das Subsidiaritätsprinzip wird hierdurch letztlich nur konkretisiert.<sup>787</sup>

Art. 83 Abs. 1 UA. 2 AEUV enthält einen Katalog solcher Kriminalitätsfelder. Dass der Katalog abschließend ist, folgt schon daraus, dass seine Erweiterung nach UA. 3 ein bestimmtes Verfahren erfordert.<sup>788</sup> Als Kriminalitätsbereiche angeführt sind Terrorismus, Menschenhandel und sexuelle Ausbeutung von Frauen und Kindern, illegaler Drogenhandel, illegaler Waffenhandel, Geldwäsche, Korruption, Fälschung von Zahlungsmitteln, Computerkriminalität und organisierte Kriminalität.

Die Aufzählung ist nicht auf bestimmte Delikte zugeschnitten,<sup>789</sup> diese müssen vielmehr durch Auslegung der im Katalog genannten Felder ermittelt werden. Die Weite der Formulierungen ist teilweise kritisiert worden.<sup>790</sup> Eine genaue Auflistung von Straftatbeständen ist aber nicht zu fordern, da es sich einerseits um eine Kompetenznorm handelt, die nicht dem strafrechtlichen Bestimmtheitsgrundsatz folgen muss,<sup>791</sup> und andererseits dann eine Verständigung zwischen allen Mitgliedstaaten erfolgen müsste, was unter einem bestimmten konkreten Delikt zu verstehen ist.<sup>792</sup>

Es ist umstritten, ob bei auf diese Kriminalitätsbereiche bezogenen Harmonisierungsmaßnahmen überhaupt noch zu prüfen ist, ob eine besonders schwere und grenzüberschreitende Straftat vorliegt oder ob nicht vielmehr eine unwiderlegbare Vermutung besteht, dass die Kriterien erfüllt sind.<sup>793</sup> Vorzugswürdig erscheint die (vermittelnde) Ansicht, den Katalog an sich von einer solchen Überprüfung auszunehmen, im Einzelfall jedoch den konkret anvisierten Tatbestand daraufhin zu überprüfen, ob das Kompetenzkriterium erfüllt ist.<sup>794</sup> Denn da es in Art. 83 Abs. 1 UA. 2 AEUV „derartige Kriminalitätsbereiche“ heißt, ist das Vorliegen der Voraussetzungen im Hinblick auf den Katalog indiziert und der Katalog

786 Vogel, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, 51. EL 2013, Art. 83 AEUV Rn. 40.

787 Ebenso Mansdörfer, HRRS 2010, 11, 16.

788 Böse, in: ders., EnzEuR Bd. 9, § 4 Rn. 10; ders., in: Schwarze, Art. 83 EUV Rn. 8; Dorra, S. 187 ff.; Hecker, Europ. Strafrecht, § 11 Rn. 4; Mansdörfer, HRRS 2010, 11, 16; Safferling, Intern. Strafrecht, § 10 Rn. 48; Satzger, Intern. u. Europ. Strafrecht, § 9 Rn. 35; ders., in: Streinz, EUV/AEUV, Art. 83 AEUV Rn. 9; Schramm, Intern. Strafrecht, 4. Kapitel Rn. 41; Subr, in: Calliess/Ruffert, Art. 83 AEUV Rn. 9; Vogel, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, 51. EL 2013, Art. 83 AEUV Rn. 47; F. Zimmermann, JURA 2009, 844, 846; vgl. auch schon Walter, ZStW 117 (2005), 912, 926 f. zu Art. 271 VVE – a. A. Ambos, Intern. Strafrecht, § 11 Rn. 6, mit ebendiesem Argument.

789 Satzger, in: Streinz, EUV/AEUV, Art. 83 AEUV Rn. 11.

790 Ambos/Rackow, ZIS 2009, 397, 402; Braum, ZIS 2009, 418, 421; Rosenau/Petrus, in: Vedder/Heintschel v. Heinegg, Art. 83 AEUV Rn. 13; Satzger, in: Streinz, EUV/AEUV, Art. 83 AEUV Rn. 11; Schramm, Intern. Strafrecht, 4. Kapitel Rn. 41; vgl. auch schon Weigend, ZStW 116 (2004), 275, 283 f.

791 Böse, in: ders., EnzEuR Bd. 9, § 4 Rn. 11; ders., in: Schwarze, Art. 83 EUV Rn. 9; Vogel, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, 51. EL 2013, Art. 83 AEUV Rn. 49; Walter, ZStW 117 (2005), 912, 927 f.

792 Satzger, Intern. u. Europ. Strafrecht, § 9 Rn. 34.

793 Für eine Überprüfung Satzger, Intern. u. Europ. Strafrecht, § 9 Rn. 36; ders., in: Streinz, EUV/AEUV, Art. 83 AEUV Rn. 10, der jedoch feststellt, die Voraussetzung sei „regelmäßig erfüllt“ – gegen eine Überprüfung Böse, in: ders., EnzEuR Bd. 9, § 4 Rn. 10; ders., in: Schwarze, Art. 83 EUV Rn. 8.

794 Vogel, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, 51. EL 2013, Art. 83 AEUV Rn. 52; vgl. auch Walter, ZStW 117 (2005), 912, 926; wohl auch F. Zimmermann, JURA 2009, 844, 847.

als solcher nicht mehr daraufhin zu überprüfen, was aber nicht bedeutet, dass die konkreten Taten sich nur innerstaatlich auswirken können oder dass es sich in allen Fällen um besonders schwere Kriminalität handelt.<sup>795</sup> So ist etwa im Bereich der Drogendelikte beim Besitz von weichen Drogen zum Eigenkonsum das Kriterium der besonders schweren Kriminalität nicht erfüllt. Konsequenterweise besteht eine Harmonisierungskompetenz für diese Tatbestandsvariante nicht. So hat z.B. auch der Rahmenbeschluss zur Festlegung von Mindestvorschriften über die Tatbestandsmerkmale strafbarer Handlungen und die Strafen im Bereich des illegalen Drogenhandels<sup>796</sup> in Art. 2 Abs. 2 den Bereich des Eigenkonsums von der Harmonisierung ausgenommen.<sup>797</sup>

Die grenzüberschreitende Dimension kann sich entweder aus Art und Auswirkungen der Straftaten *oder* daraus ergeben, dass eine „besondere Notwendigkeit“ besteht, sie auf gemeinsamer Grundlage zu bekämpfen.<sup>798</sup> Eine scheinbar weitere Voraussetzung einer Harmonisierungsmaßnahme ist die „Erforderlichkeit“, welche in Art. 67 Abs. 3 AEUV genannt ist.<sup>799</sup> Letztlich dürfte es aber nur eine Wiederholung der allgemeinen Schranke der Verhältnismäßigkeit sein.<sup>800</sup>

Da der Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts nach Art. 4 Abs. 2 lit. j) AEUV in die geteilte Zuständigkeit fällt, sind die oben<sup>801</sup> erörterten allgemeinen Kompetenzausübungsschranken der Subsidiarität, der Verhältnismäßigkeit und der Wahrung der nationalen Identität bei der Frage der Ausnutzung der Strafrechtsangleichungskompetenz zu beachten. Von vielen Autoren wird deren Zusammenspiel als „Schonungsgrundsatz“ im Hinblick auf die nationale Strafrechtsordnung interpretiert, was nach hier vertretener Ansicht als besondere „Hemmschwelle“, die eine intensive Begründung eines Tätigwerdens der Union

795 Vogel, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, 51. EL 2013, Art. 83 AEUV Rn. 52; vgl. auch Walter, ZStW 117 (2005), 912, 926.

796 RB 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, ABl. 2004 Nr. L 335, S. 8.

797 Vgl. dazu auch Böse, in: ders., EnzEuR Bd. 9, § 4 Rn. 8; Hecker, Europ. Strafrecht, § 11 Rn. 47.

798 Böse, in: ders., EnzEuR Bd. 9, § 4 Rn. 5; ders., in: Schwarze, Art. 83 EUV Rn. 5; Dorra, S. 195; Mansdörfer, HRRS 2010, 11, 16; Safferling, Intern. Strafrecht, § 10 Rn. 46; Schramm, Intern. Strafrecht, 4. Kapitel Rn. 40; Vogel, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, 51. EL 2013, Art. 83 AEUV Rn. 42; vgl. auch Weigend, ZStW 116 (2004), 275, 283; ferner Klip, Europ. Crim. L., S. 166, der daher in Art. 83 Abs. 1 und 2 AEUV drei unterschiedliche Gründe für EU-Kompetenzen ausmacht – a.A. BVerfGE 123, 267, 410 f., das ein kumulatives Vorliegen dieser Voraussetzungen fordert; zustimmend Heger, ZIS 2009, 406, 412; im Ergebnis auch F. Meyer, EuR 2011, 169, 179; kritisch zum Kriterium der Notwendigkeit Rosenau/Petrus, in: Vedder/Heintschel v. Heinegg, Art. 83 AEUV Rn. 11: „Zirkelschluss“; nach Ambos/Rackow, ZIS 2009, 397, 402, hat das Merkmal der „besonderen Notwendigkeit“ keine eigenständige Bedeutung.

799 Ambos, Intern. Strafrecht, § 11 Rn. 6; Satzger, Intern. u. Europ. Strafrecht, § 9 Rn. 37; ders., in: Streinz, EUV/AEUV, Art. 83 AEUV Rn. 6.

800 Nach Hecker, Europ. Strafrecht, § 11 Rn. 8, Ausdruck der Kompetenzschranken der Subsidiarität und Verhältnismäßigkeit; nach Satzger, Intern. u. Europ. Strafrecht, § 9 Rn. 37, (nur) Ausprägung des Subsidiaritätsgrundsatzes, aber Einsatz des Strafrechts müsse *ultima ratio* sein.

801 Siehe ausführlich oben zur nationalen Identität 4. Kapitel A. III. 1. b); zur Subsidiarität 4. Kapitel A. III. 4. a); zur Verhältnismäßigkeit 4. Kapitel A. III. 4. b).

erfordert, zu verstehen ist.<sup>802</sup> Neben den föderalen und kompetenzrechtlichen Schranken der europäischen Gesetzgebung sind ferner die Grundrechte und Grundfreiheiten der Bürgerinnen und Bürger als individuelle Beschränkung zu beachten.<sup>803</sup> Ein europäisches Tätigwerden ist daher z.B. nach Art. 49 GRC auch durch die Grundsätze der Gesetzmäßigkeit und der individuellen Verhältnismäßigkeit gebunden.<sup>804</sup>

Sind diese einschränkenden Kriterien erfüllt, so erlaubt Art. 83 Abs. 1 AEUV – wie zuvor Art. 31 Abs. 1 lit. e) EUV 2001 – auch nur „Mindestvorschriften“, allerdings sowohl im Hinblick auf Straftaten als auch auf Strafen. Aus der Terminologie „Mindestvorschriften“ ist zu schließen, dass die EU jeweils nur eine Untergrenze des mindestens Strafbaren festlegen darf, welche von den Mitgliedstaaten materiell durch eine Kriminalisierung weiterer Verhaltensweisen sowie durch höhere Strafen überschritten werden darf.<sup>805</sup>

Hinsichtlich der Regelungstiefe ist fraglich, wie die vom BVerfG geforderten „substanzielle(n) Ausgestaltungsspielräume“<sup>806</sup> einzuordnen sind. Bezieht man sie auf den Handlungsspielraum, der in den über die Mindestregelungen hinausgehenden Bereichen zweifellos besteht, so ist dies bereits durch den Wortlaut „Mindestvorschrift“ indiziert: Die Mitgliedstaaten haben einen weiten Spielraum, mehr zu regeln. Es fragt sich aber, ob darüber hinaus ein Umsetzungsspielraum auch hinsichtlich des von der EU geregelten Inhaltes bestehen bleiben muss und welcher Art er sein soll. Unter der Geltung des Vertrages von Nizza war die Reichweite der Anweisungskompetenz sowohl in der „Dritten Säule“ nach den Art. 31 Abs. 1 lit. e), 34 Abs. 2 lit. b) EUV 2001 als auch als „Annexkompetenz“ der EG höchst umstritten.<sup>807</sup> Auch wenn diese Kompetenzen inzwischen in Art. 83 Abs. 1 und 2 AEUV aufgenommen wurden, bleibt offen, wie genau die (Mindest-)Vorgaben in den Richtlinien sein dürfen. Teilweise wird weiterhin gefordert, dass die

802 Siehe dazu ausführlich oben 4. Kapitel A. III. 4. c).

803 Mitteilung der Kommission vom 20.9.2011 an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen – Auf dem Weg zu einer europäischen Strafrechtspolitik: Gewährleistung der wirksamen Durchführung der EU-Politik durch das Strafrecht; KOM (2011) 575 endg., S. 4, 7; *Ambos*, Intern. Strafrecht, § 11 Rn. 7; *F. Meyer*, Strafrechtsgene-  
nese, S. 413; *Vogel*, in: *Grabitz/Hilf/Nettesheim*, 51. EL 2013, Art. 83 AEUV Rn. 45; siehe bereits oben 4. Kapitel A. III. 4. b).

804 *Böse*, in: *Schwarze*, Art. 83 EUV Rn. 23.

805 *Böse*, in: *ders.*, *EnzEuR* Bd. 9, § 4 Rn. 13; *ders.*, in: *Schwarze*, Art. 83 EUV Rn. 17; *Dorra*, S. 220; *Hecker*, *Europ. Strafrecht*, § 11 Rn. 5; *ders.*, in: *Siebert/Brüner/Satzger/v. Heintschel-Heinegg*, § 10 Rn. 32; *ders.*, in: *Ambos*, *Europ. Strafrecht*, S. 20 f.; *Safferling*, *Intern. Strafrecht*, § 10 Rn. 59; *Satzger*, *Intern. u. Europ. Strafrecht*, § 9 Rn. 42; *Schramm*, *Intern. Strafrecht*, 4. Kapitel Rn. 43; *Suhr*, in: *Calliess/Ruffert*, Art. 83 AEUV Rn. 8; *Vogel*, in: *Zieschang/Hilgendorf/Laubenthal*, S. 34; *ders.*, in: *Grabitz/Hilf/Nettesheim*, 51. EL 2013, Art. 83 AEUV Rn. 32; zu Art. 31 Abs. 1 lit. e) EUV 2001 bereits *Wasmeyer*, in: *von der Groeben/Schwarze*, Art. 31 EUV Rn. 72; ferner zu Art. III-172 VVE *Weigend*, *ZStW* 116 (2004), 275, 285; kritisch dazu wegen der strafscharfenden Tendenz *Rosenau/Petrus*, in: *Vedder/Heintschel v. Heinegg*, Art. 83 AEUV Rn. 15.

806 BVerfGE 123, 267, 412.

807 Siehe dazu oben 4. Kapitel A. II. 7.

Richtlinie Tatbestand und Rechtsfolge nicht so detailliert vorgeben dürfe, dass den Mitgliedstaaten kein Umsetzungsspielraum verbleibe.<sup>808</sup>

Dazu sind jedoch verschiedene Einwände vorzutragen. Mit diesem Hinweis ist ein allgemeines Problem der Richtlinie angesprochen. Diese soll gemäß Art. 288 Abs. 3 AEUV grundsätzlich als Rahmengesetz für die Mitgliedstaaten nur hinsichtlich des zu erreichenden Zieles verbindlich sein, den innerstaatlichen Stellen jedoch die Wahl der Form und der Mittel überlassen. Daher lässt sich von einem gestuften Rechtssetzungsverfahren sprechen,<sup>809</sup> das als Kompromiss zwischen notwendiger Einheitlichkeit des Rechts und mitgliedstaatlicher Autonomie ausgestaltet ist.<sup>810</sup> Es ist jedoch eine seit langem nahezu einhellig anerkannte Praxis, dass auch detaillierte Richtlinien erlassen werden können, bei welchen der Umsetzungsspielraum nur marginal ist.<sup>811</sup> Dem ließe sich zwar entgegenhalten, dass das Strafrecht gerade anders zu behandeln und besonders zu schonen sei.<sup>812</sup> Dann ergibt sich eine solche Restriktion aber nicht aus dem Wortlaut „Mindestvorschrift“, sondern einerseits aus dem soeben beschriebenen Charakter der Richtlinie und andererseits aus den Grundsätzen der Subsidiarität, der Verhältnismäßigkeit und der Wahrung der nationalen Identität. Es ist jedoch zu bedenken, dass auch auf der europäischen Ebene über Art. 49 Abs. 1 S. 1 GRC das Bestimmtheitsgebot für Strafnormen zu beachten ist,<sup>813</sup> sodass es nicht zwingend erscheint, eine möglichst unbestimmte Regelung zu fordern.<sup>814</sup>

Demnach sollte nicht zu kategorisch argumentiert, sondern im Einzelfall anhand der notwendigen Effektivität der Regelung einerseits sowie der Kompetenzausübungsschranken und der Grundrechte andererseits entschieden werden, welches Maß an Detailreichtum angezeigt ist. Daher ist dem Vorschlag des BVerfG, die EU solle nur eine Tatbestandsvariante regeln,<sup>815</sup> den Mitgliedstaaten hingegen den Rest des Tatbestandes überlassen, in ihrer Pauschalität nicht zuzustimmen.<sup>816</sup> Im Gegenteil müssen gerade im Hinblick auf die Bestimmtheit auch detaillierte Vorgaben möglich sein.<sup>817</sup> Eine europäische Gesetzgebung muss sowohl die föderalen als auch die individuellen Schranken berücksichtigen.

808 *Ambos*, Intern. Strafrecht, § 11 Rn. 35; *Hecker*, Europ. Strafrecht, § 8 Rn. 55; *Rosenau/Petrus*, in: Vedder/Heintschel v. Heinegg, Art. 83 AEUV Rn. 16.

809 *Herdegen*, Europarecht, § 8 Rn. 36.

810 *Streinz*, Europarecht, Rn. 475.

811 *Ruffert*, in: Calliess/Ruffert, Art. 288 AEUV Rn. 25; *Streinz*, Europarecht, Rn. 477.

812 Vgl. zu diesem Gedanken des strafrechtsspezifischen Schonungsgebotes oben 4. Kapitel A. III. 4. c).

813 *Jarass*, Charta, Art. 49 GRC Rn. 11.

814 *Vogel*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, 51. EL 2013, Art. 83 AEUV Rn. 33.

815 BVerfGE 123, 267, 413; zustimmend wohl *Ambos/Rackow*, ZIS 2009, 397, 403; *Braum*, ZIS 2009, 418, 424; *Satzger*, in: Streinz, EUV/AEUV, Art. 83 AEUV Rn. 11.

816 Ablehnend auch *Vogel*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, 51. EL 2013, Art. 83 AEUV Rn. 33.

817 *Schramm*, Intern. Strafrecht, 4. Kapitel Rn. 45; *Vogel*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, 51. EL 2013, Art. 83 AEUV Rn. 33.

Im Bereich des Besonderen Teils können demnach der objektive und der subjektive Tatbestand eines Deliktes beschrieben werden,<sup>818</sup> soweit damit das mindestens Strafbare festgelegt wird. Im Übrigen stand die h.M. schon unter Geltung des Vertrages von Nizza auf dem Standpunkt, die EG/EU könne durchaus die Tatbestandsvoraussetzungen regeln, da es sich hierbei um das der Strafsanktion vorgelegte Ge- oder Verbot handle,<sup>819</sup> während hinsichtlich der konkreten Anordnung einer Strafe Restriktionen gefordert wurden.<sup>820</sup> Bislang hat die EU dabei nur Mindestvorgaben hinsichtlich der Strafbarkeit vorgegeben, also eine Untergrenze gezogen. In der RL 2011/93/EU zur Bekämpfung des sexuellen Missbrauchs und der sexuellen Ausbeutung von Kindern<sup>821</sup> hat sie jedoch auch das Ermessen der Mitgliedstaaten hinsichtlich der Obergrenze des Strafbaren begrenzt, indem sie etwa in Art. 14 bzgl. der Opfer zwingende Beschränkungen der Strafbarkeit eingefügt hat.<sup>822</sup>

Weiterhin fragt sich, inwieweit Harmonisierungsmaßnahmen auch die allgemeinen Regeln der Strafbarkeit erfassen dürfen. Zwar lässt sich auf der einen Seite sicher nicht vertreten, Art. 83 AEUV ermächtigt grundsätzlich zur umfassenden isolierten Harmonisierung des AT.<sup>823</sup> Auf der anderen Seite lässt sich eine strikte Trennung in AT und BT auch hier nicht durchhalten.<sup>824</sup> Daher können europäische Richtlinien auch diesbezügliche Vorgaben machen,<sup>825</sup> müssen sich aber wiederum

818 Böse, in: ders., *EnzEuR* Bd. 9, § 4 Rn. 14; Vogel, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, 51. EL 2013, Art. 83 AEUV Rn. 35; vgl. auch Hecker, *Europ. Strafrecht*, § 11 Rn. 5 f.; ders., in: Sieber/Brüner/Satzger v. Heintschel-Heinegg, § 10 Rn. 32; Satzger, *Intern. u. Europ. Strafrecht*, § 9 Rn. 43.

819 Zu dieser Differenzierung zwischen außerstrafrechtlicher Primärnorm und strafrechtlicher Sekundärnorm ausführlich Satzger, *Europäisierung*, S. 220 ff., 406; ders., in: Tiedemann, *Freiburg-Symposium*, S. 73; ders., *Intern. u. Europ. Strafrecht*, § 9 Rn. 14; vgl. auch Rüter, *ZStW* 105 (1993), 30, 36; Tiedemann, *FS Roxin*, 2001, S. 1404.

820 Oehler, *FS Jescheck*, 1985, S. 1408; Satzger, *Europäisierung*, S. 449 ff., 455; ders., *Intern. und Europ. Strafrecht*, 3. Aufl. 2009, § 8 Rn. 37 f.; Tiedemann, *NJW* 1993, 23, 26; siehe oben 4. Kapitel A. II. 7.

821 RL 2011/93/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13.12.2011 zur Bekämpfung des sexuellen Missbrauchs und der sexuellen Ausbeutung von Kindern sowie der Kinderpornografie sowie zur Ersetzung des Rahmenbeschlusses 2004/68/JI des Rates, *ABl.* 2011 Nr. L 335, S. 1; vgl. dazu Brodowski, *ZIS* 2012, 558, 563; zuvor schon ders., *ZIS* 2010, 749, 752 f.; ders., *ZIS* 2011, 940, 945.

822 Auch Böse, in: ders., *EnzEuR* Bd. 9, § 4 Rn. 13, befürwortet, dass im Einzelfall Obergrenzen der Strafbarkeit gesetzt werden dürfen.

823 Eisele, *ZStW* 125 (2013), 1, 13; Heger, *ZIS* 2009, 406, 412; Schramm, *Intern. Strafrecht*, 4. Kapitel Rn. 47.

824 Böse, *ZIS* 2010, 76, 86; ders., in: Schwarze, Art. 83 EUV Rn. 18; Heger, *ZIS* 2009, 406, 412; auch schon Weigend, *ZStW* 116 (2004), 275, 287 zum VVE; vgl. die bereits oben unter 4. Kapitel B. I. 2. a) aa) angeführten Argumente zur originären Strafrechtssetzung der EU.

825 So auch die Mitteilung der Kommission vom 20.9.2011 an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen – Auf dem Weg zu einer europäischen Strafrechtspolitik: Gewährleistung der wirksamen Durchführung der EU-Politik durch das Strafrecht; KOM (2011) 575 endg., S. 9; vgl. ferner Böse, in: ders., *EnzEuR* Bd. 9, § 4 Rn. 14; Dorra, S. 228 f.; Esser, *Europ. u. Intern. Strafrecht*, § 2 Rn. 140; Hecker, in: Ambos, *Europ. Strafrecht*, S. 21; Klip, *Europ. Crim. L.*, S. 167 f.; Satzger, in: Streinz, *EUV/AEUV*, Art. 83 AEUV Rn. 34; Vogel, in: Ambos, *Europ. Strafrecht*, S. 45; vgl. auch schon Satzger, in: Tiedemann, *Freiburg-Symposium*, S. 76 f.; Schwarzburg/Hamdorf, *NStZ* 2002, 617, 622; Sieber, *JZ* 1997, 369, 375; Walter, *ZStW* 117 (2005), 912, 925; ferner Heger, *Europäisierung des Umweltstrafrechts*, S. 320 ff., zu den Vorgaben in Bezug auf das Umweltstrafrecht; vgl. schließlich die Beispiele von Harmoni-

an die genannten Schranken halten. Hier mag in manchen Fällen der Umsetzungsspielraum etwas größer sein, etwa wenn das Schuldprinzip oder die grundsätzliche Strafflosigkeit juristischer Personen betroffen sind.<sup>826</sup> Zulässig dürfte es sein, in der Tradition der Rahmenbeschlüsse anzuordnen, dass der Versuch und die Teilnahme strafbar sein sollen, eine von der deutschen Dogmatik abweichende Definition dieser Institute ist hingegen problematisch.<sup>827</sup>

Auch bezüglich Art und Maß der Sanktion dürfen inzwischen nach dem Wortlaut des Art. 83 Abs. 1 AEUV ohne Zweifel Mindestvorgaben gemacht werden. Da hier von „Strafen“ die Rede ist, muss sich eine unionsrechtliche Vorgabe nicht mehr auf die Mindesttrias der wirksamen, verhältnismäßigen und abschreckenden Sanktion beschränken, sodass auch die unter Geltung des Vertrages von Nizza im Hinblick auf die „Annexkompetenz“ (besser: Kompetenz kraft Sachzusammenhanges) der EG geäußerte Auffassung des EuGH, dass eine Bestimmung von Art und Maß der Sanktion nicht in die Zuständigkeit der EG falle,<sup>828</sup> sodass sie etwa keinen genauen Strafrahmen vorgeben könne, nun nicht mehr einschlägig ist.<sup>829</sup>

Die Festsetzung von Strafen muss einen Spagat schaffen zwischen der Konsistenz innerhalb der mitgliedstaatlichen Rechtsordnung selbst und der Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten zueinander.<sup>830</sup> Der Wortlaut deckt dabei auch Mindeststrafen.<sup>831</sup> Da diese jedoch für das Sanktionsgefüge der Mitgliedstaaten schädlich sein können,<sup>832</sup> wurde bei Rahmenbeschlüssen in der Vergangenheit die Praxis der so genannten „Mindesthöchststrafen“<sup>833</sup> etabliert, die nun ihre Fortsetzung finden könnte.<sup>834</sup> Allerdings hat die Kommission in ihrem Vorschlag einer Richtlinie zum Schutz der finanziellen Interessen der EU auch Mindeststrafen vorgegeben.<sup>835</sup>

sierungsmaßnahmen bzgl. des AT in Rahmenbeschlüssen bei *Vogel*, GA 2003, 314, 329 ff.; ausführlich zu einheitlichen Regelungen des AT bereits *Vogel*, JZ 1995, 331.

826 *Heger*, ZIS 2009, 406, 414, hält diese Beispiele daher folgerichtig für Anwendungsfälle der „Notbremse“ nach Art. 83 Abs. 3 AEUV; siehe dazu noch unten 4. Kapitel B. I. 2. b) cc).

827 *Hecker*, Europ. Strafrecht, § 11 Rn. 6; *ders.*, in: Sieber/Brüner/Satzger/v. Heintschel-Heinegg, § 10 Rn. 33; *ders.*, in: Ambos, Europ. Strafrecht, S. 21; vgl. auch *Heger*, ZIS 2009, 406, 412; *Schramm*, Intern. Strafrecht, 4. Kapitel Rn. 47. Kritisch im Hinblick auf mögliche „Binnendiskrepanzen“ *Weigend*, in: Zieschang/Hilgendorf/Laubenthal, S. 60 f. *Satzger*, Intern. u. Europ. Strafrecht, § 9 Rn. 44, weist allerdings darauf hin, dass durch die insoweit abweichenden Rechtsordnungen eine entsprechende Harmonisierung im Wesentlichen nur symbolischen Charakter habe.

828 EuGH Slg. 2007, I-9097, I-9158 – *Kommission/Rat* (Rs. C-440/05).

829 *Satzger*, in: Streinz, EUV/AEUV, Art. 83 AEUV Rn. 33; *Subr*, in: Calliess/Ruffert, Art. 83 AEUV Rn. 26; vgl. auch schon *Mitsilegas*, S. 107 f.; *Walter*, ZStW 117 (2005), 912, 925, zu Art. III-271 VVE.

830 Vgl. auch *Vogel*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, 51. EL 2013, Art. 83 AEUV Rn. 39.

831 *Böse*, in: *ders.*, EnzEuR Bd. 9, § 4 Rn. 15; *Satzger*, Intern. u. Europ. Strafrecht, § 9 Rn. 46.

832 *Satzger*, Intern. u. Europ. Strafrecht, § 9 Rn. 46.

833 Dazu *Dorra*, S. 225; *Satzger*, Intern. u. Europ. Strafrecht, § 9 Rn. 45; *Vogel*, GA 2003, 314, 329; *Weigend*, in: Zieschang/Hilgendorf/Laubenthal, S. 61 f.

834 *Böse*, in: *ders.*, EnzEuR Bd. 9, § 4 Rn. 15; *Hecker*, Europ. Strafrecht, § 11 Rn. 7; *ders.*, in: Sieber/Brüner/Satzger/v. Heintschel-Heinegg, § 10 Rn. 34; *ders.*, in: Ambos, Europ. Strafrecht, S. 21; *Safferling*, Intern. Strafrecht, § 10 Rn. 62; *Satzger*, Intern. u. Europ. Strafrecht, § 9 Rn. 46; kritisch zu diesen Mindesthöchststrafen *Schünemann*, in: *ders.*, Alternativentwurf, S. 77 f.

835 Art. 8 des Vorschlages für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über die strafrechtliche Bekämpfung von gegen die finanziellen Interessen der Europäischen Union gerichtetem Be-

## bb) Durchführung von EU-Recht nach Art. 83 Abs. 2 AEUV

Durch Art. 83 Abs. 2 AEUV wurde ferner die in der Rechtsprechung des EuGH entwickelte Kompetenz kraft Sachzusammenhanges mit einem europäisch harmonisierten Politikbereich in den Verträgen umgesetzt. Erweist sich die Angleichung der strafrechtlichen Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten als „unerlässlich“ für die wirksame Durchführung der Politik der Union auf einem Gebiet, auf dem Harmonisierungsmaßnahmen erfolgt sind, so können gemäß Art. 83 Abs. 2 AEUV durch Richtlinien wiederum „Mindestvorschriften“ für die Festlegung von Straftaten und Strafen auf dem betreffenden Gebiet festgelegt werden. Der EuGH hatte diese Kompetenz aus *implied powers* hergeleitet.<sup>836</sup> Dieser Gedanke wohnt der Regelung zwar noch inne, denn die Strafrechtsharmonisierung dient hier ausschließlich der Wirksamkeit einer auf eine andere Ermächtigungsgrundlage gestützten Regelung. Durch Art. 83 Abs. 2 AEUV wurde nun aber für diesen Bereich eine eigenständige Grundlage geschaffen, bei welcher auch die „Notbremse“ nach Art. 83 Abs. 3 AEUV zum Tragen kommt. Daher ist neben der jeweiligen Einzelermächtigung nun Art. 83 Abs. 2 AEUV stets mitzulesen. Alleine auf eine sonstige Kompetenz in Verbindung mit *implied powers* ohne Rekurs auf Art. 83 Abs. 2 AEUV kann eine Strafrechtsharmonisierung nicht mehr gestützt werden.<sup>837</sup>

Diese Harmonisierungskompetenz ist wesensverschieden von derjenigen nach Abs. 1 sowie von der Strafrechtssetzungskompetenz nach Art. 325 Abs. 4 AEUV. Bei Letzterer geht es um den Schutz eigener Rechtsgüter der EU, bei der Harmonisierungskompetenz nach Art. 83 Abs. 1 AEUV um die gemäß dem Subsidiaritätsprinzip notwendige Rechtssetzung zur Bekämpfung grenzüberschreitender Kriminalität, derer die Mitgliedstaaten alleine nicht Herr werden können. Art. 83 Abs. 2 AEUV ist hingegen Ausfluss von *implied powers* und dient der Effektivität der EU-Politik.<sup>838</sup>

Zur Veranschaulichung sei jeweils ein Beispiel genannt: So kann etwa auf Art. 325 Abs. 4 AEUV in der Zukunft eine Verordnung gestützt werden, die einen Betrug zu Lasten der Finanzmittel der EU unter Strafe stellt. Art. 83 Abs. 1 AEUV ermöglicht hingegen eine Richtlinie, die das Recht der Mitgliedstaaten in Fällen besonders schwerer und grenzüberschreitender Kriminalität harmonisiert, wie dies etwa in der Vergangenheit schon durch entsprechende Rahmenbeschlüsse, wie z.B. den bereits erwähnten RB 2004/757/JI des Rates im Bereich des Drogenhandels,

---

trug, KOM (2012) 363 endg., S. 11; kritisch dazu *Satzger*, Intern. u. Europ. Strafrecht, § 9 Rn. 46; *ders.*, in: Böse, *EnzEuR* Bd. 9, § 2 Rn. 53.

836 Siehe dazu bereits oben 4. Kapitel A. II. 7 und 4. Kapitel A. III. 2. c).

837 Böse, *ZIS* 2010, 76, 87; *ders.*, in: Schwarze, Art. 83 EUV Rn. 30; *Dorra*, S. 267 ff.

838 Böse, in: Schwarze, Art. 83 EUV Rn. 25.

geschehen ist.<sup>839</sup> Art. 83 Abs. 2 AEUV enthält schließlich die Befugnis zum Erlass von Richtlinien zur Harmonisierung auch des mitgliedstaatlichen Strafrechts in solchen Bereichen, die durch die EU bereits harmonisiert wurden, wie etwa die bereits unter Geltung des Vertrages von Nizza ergangene RL 2008/99/EG über den strafrechtlichen Schutz der Umwelt.<sup>840</sup>

Jede Zuständigkeit muss es mit sich bringen, dass damit wirksame Politik gemacht werden kann. Dies kann auch den Einsatz von Sanktionen rechtfertigen, sofern ansonsten zu befürchten steht, dass die Vorgaben nicht befolgt werden. Grundsätzlich gilt die Harmonisierungsermächtigung nach Art. 83 Abs. 2 AEUV daher auch für sämtliche Politikbereiche der EU.<sup>841</sup> Das Vorliegen eines auf Grund einer entsprechenden Einzelermächtigung harmonisierten Politikfeldes ist daher die erste Voraussetzung der Inanspruchnahme der akzessorischen Kompetenz.<sup>842</sup> Als zweites Kriterium wird die „Unerlässlichkeit“ angeführt. Beide Voraussetzungen galten nach der Rechtsprechung des EuGH schon vor der Vertragsreform von Lissabon.<sup>843</sup> Es ist jedoch weiterhin unklar, welchen Gehalt das zweite Merkmal haben soll. Schon zu Zeiten des Vertrages von Nizza war bemängelt worden, dass es dem Kriterium der Unerlässlichkeit weitgehend an Kontur fehle und auch bis heute ist keine hinreichende Aufklärung erfolgt.<sup>844</sup> Da es der Judikatur des EuGH entstammt und dieser sich wiederum an der Auslegung der Verträge orientierte, ist auch dieses Merkmal als Ausfluss und Ausprägung der Subsidiarität und Verhältnismäßigkeit zu verstehen.<sup>845</sup> Daher beschränkt es die Ausübung der akzessorischen Kompetenz im konkreten Fall. Die Kommission formulierte in ihrem Vorbringen im Zusammenhang mit der Entscheidung zur Meeresverschmutzung sogar plastisch, dass die Begriffe „unerlässlich“ im Sinne der Rechtsprechung des EuGH und „erforderlich“ gemäß Art. 29 EUV 2001 dieselbe Bedeutung hätten.<sup>846</sup>

In der Literatur wird die Unerlässlichkeit hingegen verschiedentlich so interpretiert, dass sie – als insofern gegenüber der Erforderlichkeit strengerer Maßstab – die Berücksichtigung des Charakters des Strafrechts als *ultima ratio* ermögli-

839 RB 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, ABl. 2004 Nr. L 335, S. 8.

840 Richtlinie 2008/99/EG des Europäischen Parlaments und des Rates über den strafrechtlichen Schutz der Umwelt, ABl. 2008 Nr. L 328, S. 28; siehe dazu oben 4. Kapitel A. II. 7.

841 *Dorra*, S. 235 ff.; *F. Meyer*, EuR 2011, 169, 182; *ders.*, Strafrechtsgenese, S. 413; *Satzger*, Intern. u. Europ. Strafrecht, § 9 Rn. 41; *ders.*, in: Streinz, EUV/AEUV, Art. 83 AEUV Rn. 26; *Vogel*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, 51. EL 2013, Art. 83 AEUV Rn. 79.

842 *Böse*, in: Schwarze, Art. 83 EUV Rn. 26; *Dorra*, S. 235 ff.; *Esser*, Europ. u. Intern. Strafrecht, § 2 Rn. 146; *Hecker*, in: Ambos, Europ. Strafrecht, S. 22; *F. Meyer*, Strafrechtsgenese, S. 413; *Safferling*, Intern. Strafrecht, § 10 Rn. 56; *Satzger*, Intern. u. Europ. Strafrecht, § 9 Rn. 41; *Schramm*, Intern. Strafrecht, 4. Kapitel Rn. 50; *Vogel*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, 51. EL 2013, Art. 83 AEUV Rn. 76.

843 Siehe bereits oben 4. Kapitel A. II. 7.

844 Zur Kritik *Kubiciel*, ZIS 2010, 742, 744; *F. Meyer*, Strafrechtsgenese, S. 397; *Rackow*, ZIS 2008, 526, 534; *F. Zimmermann*, NStZ 2008, 662, 665.

845 Ähnlich auch *Hecker*, Europ. Strafrecht, § 8 Rn. 48: Ausprägung des Subsidiaritätsgrundsatzes.

846 EuGH Slg. 2007, I-9097, I-9150 – *Kommission/Rat* (Rs. C-440/05).

che.<sup>847</sup> Dies erscheint insofern erwägenswert, als damit einerseits dem abweichenden Wortlaut und andererseits einer rechtspolitisch notwendigen Forderung Rechnung getragen werden könnte. Da es hier um die Effektivierung von EU-Politiken geht, muss die Frage gestellt werden, ob gerade das Strafrecht diesen Zweck erreichen kann.

Dieser notwendige rechtspolitische Aspekt muss jedoch nicht zwingend (nur) an der Unerlässlichkeit in Art. 83 Abs. 2 AEUV festgemacht werden. Der Gedanke des Einsatzes des Strafrechts als letztes Mittel muss nämlich in sämtlichen Bereichen der Strafrechtssetzung zum Tragen kommen und nicht nur im Rahmen der Harmonisierung nach Art. 83 Abs. 2 AEUV. Diese berechtigte Forderung ergibt sich daher schon aus der im Hinblick auf die Grundrechte der Betroffenen auch auf Unionsebene zu prüfenden allgemeinen Verhältnismäßigkeit.<sup>848</sup> Insofern sollte auch unterschieden werden zwischen der Frage der Kompetenz und der materiellen Verfassungsmäßigkeit eines entsprechenden Rechtsaktes.<sup>849</sup> Hat das Merkmal der Unerlässlichkeit aber diesen Inhalt, so ist es identisch mit der Verhältnismäßigkeit und erfordert dann tatsächlich die Prüfung, ob der Einsatz des Strafrechts als *ultima ratio* gewählt werden soll.<sup>850</sup> Die Unerlässlichkeit ist dann jedoch nur eine Wiederholung der grundsätzlich zu überprüfenden Verhältnismäßigkeit und kein spezielles und zusätzliches Merkmal des Art. 83 Abs. 2 AEUV.

Andere wollen über das Kriterium der Unerlässlichkeit die alte Rechtsprechung des EuGH berücksichtigen und dadurch die Harmonisierung der Strafen ausscheiden.<sup>851</sup> Dieser Auslegung ist aber im Hinblick auf den Wortlaut, der gerade dies zulässt, nicht zu folgen. Nicht zu unterstützen ist zudem die Forderung, als Kompetenzbegrenzung auch bei Art. 83 Abs. 2 AEUV jeweils in Analogie zu Abs. 1 einen Fall der besonders schweren Kriminalität zu fordern.<sup>852</sup> Denn dies gibt der Wortlaut nicht her und auch die unterschiedliche Zielsetzung der beiden Absätze spricht gegen eine solche Auslegung.<sup>853</sup> Gleiches gilt für das Erfordernis der grenz-

847 Böse, in: ders., *EnzEuR* Bd. 9, § 4 Rn. 19; ders., in: Schwarze, Art. 83 EUV Rn. 28; Esser, *Europ. u. Intern. Strafrecht*, § 2 Rn. 146; *Subr*, in: Calliess/Ruffert, Art. 83 Rn. 24 f.; Vogel, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, 51. EL 2013, Art. 83 AEUV Rn. 82; F. Zimmermann, *JURA* 2009, 844, 847; vgl. auch Braum, *ZIS* 2009, 418, 423.

848 So lässt sich auch Böse, *ZIS* 2010, 76, 87, lesen.

849 Böse, *ZIS* 2010, 76, 87.

850 Gerade aus Gründen der Verhältnismäßigkeit auf den *ultima ratio*-Charakter verweisend: Mitteilung der Kommission vom 20.9.2011 an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen – Auf dem Weg zu einer europäischen Strafrechtspolitik: Gewährleistung der wirksamen Durchführung der EU-Politik durch das Strafrecht; KOM (2011) 575 endg., S. 7 f.

851 Heger, *ZIS* 2009, 406, 413; Nelles/Tinkl/Lauchstädt, in: Schulze/Zuleeg/Kadelbach, § 42 Rn. 17.

852 So Walter, *ZStW* 117 (2005), 912, 929; wohl auch Bacigalupo, *ZStW* 116 (2004), 326, 329, wenngleich dieser sich auch so verstehen lässt, als liste er nur sämtliche Einschränkungen auf.

853 Daher zu Recht dagegen Böse, *ZIS* 2010, 76, 87; Dorra, S. 246 f.; Hecker, *Europ. Strafrecht*, § 8 Rn. 48; Vogel, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, 51. EL 2013, Art. 83 AEUV Rn. 86. Auch Satzger, in: Streinz, *EUV/AEUV*, Art. 83 AEUV Rn. 26, sieht, dass die Wortlautgrenze überschritten ist, findet die Einschränkung aber „kriminalpolitisch begrüßenswert“.

überschreitenden Kriminalität, wobei sich bei den hier einschlägigen Maßnahmen ein transnationaler Bezug schon daraus ergibt, dass es um die Umsetzung von EU-Politik geht, die per se nicht nur auf einen Mitgliedstaat ausgerichtet ist. Gleichwohl ist auch im Hinblick auf die konkreten Tatbestände eine solche Auswirkung der Tat nicht zu fordern.

Das BVerfG sieht in der Unerlässlichkeit einen Ausnahmetatbestand, der nur erfüllt sei, wenn nachweisbar feststehe, dass ein gravierendes Vollzugsdefizit tatsächlich bestehe und nur durch Strafandrohung beseitigt werden könne.<sup>854</sup> Es ist jedoch darauf zu achten, dass durch eine solchermaßen restriktiv interpretierte Schranke nicht im Hinblick auf die EU-Rechtssetzung ein – durch die eigene kritische Haltung gegenüber der EU und ihrer potenziellen Strafgesetzgebung motiviertes – Hindernis errichtet wird, das sich als zu hoch erweist und jegliche Rechtssetzung der EU verhindert.<sup>855</sup> Dem nationalen Gesetzgeber kommt insofern vielmehr eine Einschätzungsprärogative zu, die hier auch der EU einzuräumen ist.<sup>856</sup> Zudem darf nicht vergessen werden, dass die europäischen Organe eine an der praktischen Wirksamkeit des Unionsrechts orientierte Auslegung bevorzugen<sup>857</sup> und diese auch vom BVerfG grundsätzlich gebilligt wird.

Hinsichtlich der Regelungstiefe gilt sowohl in Bezug auf die Straftat als auch auf die Strafsanktion das schon zu Abs. 1 Gesagte, da auch nach Abs. 2 Mindestvorschriften erlassen werden können. Daher bestehen grundsätzlich keine inhaltlichen Unterschiede zur Kompetenz nach Abs. 1.<sup>858</sup> Allerdings sind die Tatbestandsvoraussetzungen regelmäßig bereits dadurch besonders stark präzisiert, dass es sich um harmonisierte Bereiche handelt. Daher betont Böse,<sup>859</sup> der Annexcharakter überlagere hier die Reduktion auf „Mindestvorschriften“, sodass der Terminus in diesem Fall eine etwas andere Bedeutung habe.

---

854 BVerfGE 123, 267, 412; zustimmend *Ambos/Rackow*, ZIS 2009, 397, 403; *Dorra*, S. 244 f.; *Satzger*, Intern. u. Europ. Strafrecht, § 9 Rn. 41; *ders.*, in: Streinz, EUV/AEU, Art. 83 Rn. 27; *F. Zimmermann*, JURA 2009, 844, 850; ähnlich auch bereits *Walter*, ZStW 117 (2005), 912, 928.

855 So auch Böse, in: Schwarze, Art. 83 EUV Rn. 28; *Hecker*, Europ. Strafrecht, § 8 Rn. 48; *Kubiciel*, GA 2010, 99, 105; *Mansdörfer*, HRRS 2010, 11, 18; *Vogel*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, 51. EL 2013, Art. 83 AEU Rn. 83.

856 Böse, in: *ders.*, EnzEuR Bd. 9, § 4 Rn. 19; *ders.*, in: Schwarze, Art. 83 EUV Rn. 28; *Safferling*, Intern. Strafrecht, § 10 Rn. 58; *Vogel*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, 51. EL 2013, Art. 83 AEU Rn. 83.

857 *Safferling*, Intern. Strafrecht, § 10 Rn. 57; *Vogel*, in: *Ambos*, Europ. Strafrecht, S. 43.

858 *Vogel*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, 51. EL 2013, Art. 83 AEU Rn. 85.

859 Böse, in: *ders.*, EnzEuR Bd. 9, § 4 Rn. 20.

cc) „Notbremse“ nach Art. 83 Abs. 3 AEUV

Sowohl für Abs. 1 als auch für Abs. 2 sieht Art. 83 Abs. 3 AEUV eine „Notbremse“ der Mitgliedstaaten vor. Hiernach kann ein Mitglied des Rates beantragen, dass der Europäische Rat befasst wird, sofern es der Auffassung ist, dass der Entwurf einer Richtlinie nach den Absätzen 1 oder 2 „grundlegende Aspekte seiner Strafrechtsordnung berühren würde“. In diesem Fall wird das ordentliche Gesetzgebungsverfahren ausgesetzt. Nach einer Aussprache verweist der Europäische Rat im Falle eines Einvernehmens den Entwurf binnen vier Monaten nach Aussetzung des Verfahrens an den Rat zurück, wodurch die Aussetzung des ordentlichen Gesetzgebungsverfahrens beendet wird. Wird auch dadurch kein Einvernehmen erzielt, so bleibt für die Mitgliedstaaten die mit der Regelung einverstanden sind, immerhin die Möglichkeit der verstärkten Zusammenarbeit nach Art. 20 Abs. 2 EUV. Auf diese Weise wird die Richtliniengesetzgebung der EU, welche nach Auflösung der „Dritten Säule“ grundsätzlich supranationalisiert ist, durch ein intergouvernementales Element angereichert. Im Hinblick auf die nach der Judikatur des EuGH zuvor mögliche Harmonisierung in EU-Politikbereichen bedeutet dies in Bezug auf Art. 83 Abs. 2 AEUV einen integrationspolitischen Rückschritt.<sup>860</sup> Es handelt sich letztlich um einen Kompromiss,<sup>861</sup> denn es gibt zwar das Einstimmigkeitserfordernis nicht mehr, das in der „Dritten Säule“ noch unter Geltung des Vertrages von Nizza Bestand hatte, und zudem ist das Europäische Parlament nun beteiligt, sodass nicht mehr rein gubernativ entschieden wird, jedoch kann auf der Einzelstaat ein Veto einlegen, wenn eine geplante Regelung zu weit in die Strukturen seiner nationalen Rechtsordnung eingreift.<sup>862</sup>

Durch die Möglichkeit der verstärkten Zusammenarbeit ist die Richtlinie aber nicht völlig aus der Welt, sondern kann von den willigen Mitgliedstaaten umgesetzt werden. Es ist also nur eine „Notbremse“ im Hinblick auf die eigene Rechtsordnung, eher im Sinne eines „Opt-out“,<sup>863</sup> denn als europäisches Recht kann sie – wenn auch territorial beschränkt – bestehen bleiben. Ein Europa der zwei Geschwindigkeiten kann daher auch im Strafrecht entstehen. Das BVerfG hat in der „Notbremse“ ein wichtiges Element zur Stärkung des Bundestages gesehen, indem der deutsche Vertreter im Rat verpflichtet ist, auf Weisung des deutschen Parla-

860 *Ambos/Rackow*, ZIS 2009, 397, 404.

861 *Vogel*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, 51. EL 2013, Art. 82 AEUV Rn. 98.

862 *Böse*, in: Schwarze, Art. 82 EUV Rn. 39; *Heger*, Europäisierung des Umweltstrafrechts, S. 161 f.; *ders.*, ZIS 2009, 406, 413; *Nelles/Tinkl/Lauchstädt*, in: Schulze/Zulegg/Kadelbach, § 42 Rn. 18; *Rosenau/Petrus*, in: Vedder/Heintschel v. Heinegg, Art. 83 AEUV Rn. 26; *Schramm*, ZJS 2010, 615, 616 f.

863 *Safferling*, Intern. Strafrecht, § 10 Rn. 63.

ments zu handeln.<sup>864</sup> Da diese Vorgabe inzwischen in Art. 9 Abs. 1 IntVG<sup>865</sup> umgesetzt wurde, ist ein interessantes Zusammenspiel der Parlamente im europäischen Verfassungsverbund entstanden.

Die Einschätzung, ob und wann die geplante Richtlinie grundlegende Aspekte der Strafrechtsordnung berührt, bleibt dem jeweils zuständigen Organ im Mitgliedstaat, in Deutschland also dem Bundestag, überlassen und ist somit durch europäische Gerichte nicht überprüfbar.<sup>866</sup> Es wurden bereits Überlegungen angestellt, wann dies in Bezug auf das deutsche Strafrecht der Fall sein könnte. Viele Autoren<sup>867</sup> führen den Schuldgrundsatz an prominenter Stelle an, dessen herausragende Bedeutung auch vom BVerfG<sup>868</sup> betont wurde. Ferner werden u.a. Rechtsgutprinzip, Rückwirkungsverbot, Bestimmtheitsgebot, Wortlautschränke, Verhältnismäßigkeits- und *ultima ratio*-Grundsatz sowie die Straflosigkeit juristischer Personen genannt.<sup>869</sup>

*Satzger*<sup>870</sup> weist auf die Besonderheiten im Zusammenhang mit den allgemeinen Regeln hin und nennt neben der bereits aufgezählten Straflosigkeit juristischer Personen auch die Entscheidung für oder gegen die Einheitstäterschaft. Tatsächlich überzeugen gerade diese zuletzt genannten Hinweise auf strafrechtliche Besonderheiten des AT.<sup>871</sup> Die anderen eher grundrechtlich geprägten Erwägungen werden hingegen schon auf der europäischen Ebene umgesetzt und müssen auch dort Berücksichtigung finden, sodass sich daran zweifeln lässt, ob sie eine Eigenart (nur) des deutschen Strafrechts darstellen. Ohnehin ist Vorsicht dahingehend geboten, die *Opt-out*-Möglichkeit nach Art. 83 Abs. 3 AEUV als politischen Mechanismus zu begreifen, mithilfe dessen eine nicht gewünschte Integration verhindert werden kann. Insbesondere muss beachtet werden, dass bei Verstößen gegen die föderalen Kompetenzschränken nicht die „Notbremse“ gezogen werden darf, sondern der Weg der Kompetenzrüge beschritten werden muss.<sup>872</sup>

864 BVerfGE 123, 267, 436; zustimmend *Ambos/Rackow*, ZIS 2009, 397, 403.

865 Gesetz über die Wahrnehmung der Integrationsverantwortung des Bundestages und des Bundesrates in Angelegenheiten der Europäischen Union (Integrationsverantwortungsgesetz, IntVG) vom 22.9.2009; BGBl. I S. 3022; vgl. zu den Voraussetzungen nach dem IntVG auch *Böse*, ZIS 2010, 76, 89; *Subr*, ZEuS 2009, 687, 710.

866 *Dorra*, S. 256; *Heger*, ZIS 2009, 406, 414.

867 *Hecker*, in: *Ambos*, Europ. Strafrecht, S. 26; *Rosenau/Petrus*, in: *Vedder/Heintschel v. Heinegg*, Art. 83 AEUV Rn. 26; *Safferling*, Intern. Strafrecht, § 10 Rn. 64; *Satzger*, Intern. u. Europ. Strafrecht, § 9 Rn. 50; *ders.*, in: *Streinz*, EUV/AEUV, Art. 83 AEUV Rn. 37.

868 BVerfGE 123, 267, 413; vgl. auch *Landau*, NStZ 2011, 537, 537 ff.; *ders.*, NStZ 2013, 194, 196.

869 *Heger*, ZIS 2009, 406, 414. Ferner erwägt er, auch kriminalpolitische Grundentscheidungen darunter zu fassen, und benennt dazu Beispiele auf S. 415; vgl. ferner die Auflistung bei *Böse*, in: *ders.*, *EnzEuR* Bd. 9, § 4 Rn. 22; *Esser*, Europ. u. Intern. Strafrecht, § 2 Rn. 150; *Hecker*, in: *Ambos*, Europ. Strafrecht, S. 26.

870 *Satzger*, Intern. u. Europ. Strafrecht, § 9 Rn. 50; vgl. auch *Böse*, in: *ders.*, *EnzEuR* Bd. 9, § 4 Rn. 22.

871 Vgl. auch *Mylonopoulos*, ZStW 123 (2011), 633, 639.

872 *Vogel*, in: *Grabitz/Hilf/Nettesheim*, 51. EL 2013, Art. 83 AEUV Rn. 89.

## dd) Weitere Harmonisierungskompetenzen im materiellen Recht

Problematisch ist, dass sich auch aus dem Wortlaut anderer Bestimmungen der Verträge Kompetenzen der EU zum Erlass von Richtlinien herleiten lassen.<sup>873</sup> So ermöglichen Art. 114 Abs. 1 S. 2 AEUV, aber auch Art. 325 Abs. 1, 4 AEUV, „Maßnahmen“, welche auch Richtlinien einschließen. Durch die Rechtsprechung des EuGH, den Wegfall der Vorbehaltsklausel in Art. 325 Abs. 4 AEUV sowie die Einführung der Art. 82, 83 AEUV ist ferner klargestellt, dass das Strafrecht insofern keine Ausnahme bildet, sondern grundsätzlich auch in Richtlinien erfasst werden kann.<sup>874</sup> Es ist allerdings fraglich, ob eine Harmonisierung des Strafrechts nach anderen Vorschriften neben Art. 83 AEUV zulässig ist und wie die einzelnen Harmonisierungsbefugnisse sich zueinander verhalten. Insofern setzt sich der alte Streit um das Verhältnis der Kompetenzen, der bis zur Entscheidung des EuGH im Umweltstrafrecht vehement geführt wurde,<sup>875</sup> unter anderen Vorzeichen fort.<sup>876</sup>

Für das Verhältnis von Art. 83 Abs. 1 und Abs. 2 AEUV sollte, wie unter Geltung der Säulenarchitektur,<sup>877</sup> auf den Schwerpunkt der Regelung abgestellt werden, wie dies auch in anderen föderalen Systemen hinsichtlich der Kompetenzabgrenzung üblich ist. Geht es also schwerpunktmäßig um die Harmonisierung eines Bereiches schwerer grenzüberschreitender Kriminalität im Sinne der aufgeführten Katalogtaten und daher um die Ausweitung der Strafverfolgung der Mitgliedstaaten, so ist Art. 83 Abs. 1 AEUV einschlägig. Steht hingegen die Harmonisierung zum Zwecke der wirksamen Durchführung einzelner EU-Politiken in einem bereits harmonisierten Bereich im Vordergrund, so greift Art. 83 Abs. 2 AEUV. Dies gilt aber nicht, wenn im Einzelfall andere Kompetenzgrundlagen *spezieller* und damit vorrangig sind.<sup>878</sup> Diese Frage ist im Hinblick auf die strafrechtsbezogenen Kompetenzen noch ungeklärt und demgemäß umstritten. Dabei lassen sich (mindestens) vier unterschiedliche Ansätze vertreten.

Erstens könnte man argumentieren, Art. 83 AEUV entfalte grundsätzlich eine „Sperrwirkung“ hinsichtlich der anderen Kompetenzgrundlagen,<sup>879</sup> da hierin für die Harmonisierung des Strafrechts eine spezielle Regelung getroffen worden sei. Dann wären Harmonisierungsmaßnahmen grundsätzlich auf Art. 83 AEUV zu stützen, damit dessen spezielle Vorgaben nicht durch einen Rückgriff auf andere Ermächtigungsnormen ausgehebelt werden. Nach einer in der Literatur vertretenen

873 Vgl. dazu *Miettinen*, EuCLR 2013, 194; *Satzger*, Intern. u. Europ. Strafrecht, § 9 Rn. 51.

874 *Hecker*, Europ. Strafrecht, § 8 Rn. 46.

875 Vgl. dazu oben 4. Kapitel A. II. 7.

876 *Böse*, in: ders., EnzEuR Bd. 9, § 4 Rn. 23.

877 *Calliess*, ZEuS 2008, 3, 32 f.; *F. Meyer*, Strafrechtsgenese, S. 395.

878 So allgemein auch *Ritzer*, S. 207 ff.: Zunächst sei der Vorrang wegen Spezialität zu beachten; nur bei gleichberechtigten Kompetenzen sei der Schwerpunkt maßgeblich; dies gelte vollumfänglich aber nur, wenn die Unionskompetenz insgesamt nicht in Frage stehe.

879 *Böse*, in: ders., EnzEuR Bd. 9, § 4 Rn. 23; *F. Meyer*, Strafrechtsgenese, S. 418.

Ansicht führt dies dazu, dass auch aus Art. 325 Abs. 1, 4 AEUV keine eigenständigen Befugnisse hergeleitet werden können, was letztlich auch gegen die hier angenommene Verordnungskompetenz spreche, da das Strafrecht grundsätzlich abschließend durch die Art. 82, 83 AEUV geregelt sei.<sup>880</sup> Dafür lässt sich augenscheinlich die Systematik der Verträge anführen, da die Annexkompetenz und die ehemalige „Dritte Säule“ in Art. 83 AEUV überführt wurden. Allerdings wurden oben<sup>881</sup> bereits die Gegenargumente vorgetragen, welche letztlich für eine Verordnungskompetenz im Bereich des Art. 325 Abs. 4 AEUV streiten.

Daher ließe sich zweitens zwar eine Kompetenz der EU zum Erlass supranationaler Verordnungen nach Art. 325 Abs. 4 AEUV bejahen, hinsichtlich der Harmonisierung aber grundsätzlich auf Art. 83 Abs. 2 AEUV abstellen.<sup>882</sup> Somit wäre bei einer Harmonisierung per Richtlinie in Politikfeldern der EU – also im Rahmen der alten vom EuGH aus *implied powers* entwickelten „Annexkompetenz“ – stets der Weg über Art. 83 Abs. 2 AEUV zu wählen, was insofern einleuchtet, als diese Regelung gerade die vor der Reform anerkannte Rechtslage umsetzt. Handelt es sich um eine vertragsmäßige Positivierung der *implied powers*, so ist diese Vorschrift beim Erlass von Richtlinien zur wirksamen Durchführung der Unionspolitik stets hinzuzuziehen. Strafrechtsharmonisierende Richtlinien ohne Rekurs auf Art. 83 Abs. 2 AEUV gibt es nach dieser Ansicht dann nicht mehr. Dies gilt etwa auch für die Angleichung von Vorschriften im Binnenmarkt nach Art. 114 AEUV.<sup>883</sup>

Etwas anderes könnte allerdings wiederum für Art. 325 Abs. 1, 4 AEUV gelten. Wegen seines Charakters als Vorschrift außerhalb des Raumes der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts sowie seiner Zielsetzung des Schutzes der Finanzinteressen wird nämlich wie gesehen zu Recht angenommen, dass er selbstständige Befugnisse der EU vorsieht.<sup>884</sup> Insofern setzt sich Art. 83 Abs. 1 AEUV (nur) durch, wenn es um die Harmonisierung bestimmter Kriminalitätsbereiche geht und bildet insofern eine speziellere Regelung, z.B. auch bzgl. einer Richtlinie nach Art. 79 Abs. 2 lit. d) AEUV.<sup>885</sup> Soweit es um die Einführung von Sanktionen im Sachzusammenhang mit allgemeinen Kompetenzen geht, regelt Art. 83 Abs. 2 AEUV die Einzelheiten.<sup>886</sup> Wenn aber Ermächtigungsgrundlagen, wie Art. 325 Abs. 4 AEUV,

880 So etwa Böse, in: ders., *EnzEuR* Bd. 9, § 4 Rn. 24.

881 Oben 4. Kapitel B. I. 2. a) aa).

882 So ließe sich Hecker, *Europ. Strafrecht*, § 8 Rn. 40 ff., lesen, der bzgl. der Harmonisierung jeweils Art. 83 Abs. 2 AEUV dazu zitiert.

883 So wiederum Hecker, *Europ. Strafrecht*, § 8 Rn. 47; ders., in: Sieber/Brüner/Satzger/v. Heintschel-Heinegg, § 10 Rn. 27.

884 Satzger, *Intern. u. Europ. Strafrecht*, § 9 Rn. 51; vgl. auch F. Meyer, *Strafrechtsgenese*, S. 420 f.; in diese Richtung auch schon Mitsilegas, S. 109.

885 Satzger, *Intern. u. Europ. Strafrecht*, § 9 Rn. 51; vgl. auch F. Meyer, *Strafrechtsgenese*, S. 420 f.

886 Satzger, *Intern. u. Europ. Strafrecht*, § 9 Rn. 51.

Spezialregelungen außerhalb dieses Bereiches vorsehen, gehen diese vor, sodass die Voraussetzungen des Art. 83 Abs. 2 AEUV grds. nicht gelten.<sup>887</sup>

Hierbei wird indessen nochmals hinsichtlich der Frage differenziert, ob bei einer Harmonisierung die Voraussetzungen des Art. 83 Abs. 2, 3 AEUV, also insbesondere die „Notbremse“ des Abs. 3, analog anzuwenden sind. Aus der Eigenständigkeit der Ermächtigung nach Art. 325 Abs. 4 AEUV wird zutreffend gefolgert, dass bei einer auf Art. 325 Abs. 4 AEUV gestützten Verordnung die „Notbremse“ des Art. 83 Abs. 3 AEUV gerade nicht gilt.<sup>888</sup> Hieraus wird teilweise der Schluss gezogen, dass auch bei Richtlinien gemäß Art. 325 Abs. 4 AEUV die Voraussetzungen des Art. 83 Abs. 2 AEUV nicht hinzuzuziehen seien.<sup>889</sup> Nach dieser dritten Meinung setzt sich Art. 325 Abs. 4 AEUV als speziellere Kompetenz also vollumfänglich durch. Auch die Kommission hat bei ihrem Vorschlag einer Richtlinie zum Schutz der finanziellen Interessen offenbar genau diese Ansicht vertreten, indem sie einzig Art. 325 Abs. 4 AEUV als Rechtsgrundlage anwendete.<sup>890</sup> Der Rat hält hingegen im Sinne der zuerst genannten Auffassung Art. 83 Abs. 2 AEUV für die richtige Rechtsgrundlage.<sup>891</sup>

Die vierte und letztlich vorzugswürdige Ansicht baut auf dem soeben Gesagten auf, wendet jedoch die „Notbremse“ nach Art. 83 Abs. 3 AEUV (nur) bei Richtlinien analog an.<sup>892</sup> Zwar lässt sich dagegen anführen, dass in Art. 325 Abs. 4 AEUV eine „Notbremse“ gerade nicht normiert ist und man an einer planwidrigen Regelungslücke zweifeln könnte.<sup>893</sup> Dies lässt sich aber auch so erklären, dass eine solche für die Schaffung echter EU-Delikte, also einer supranationalen Rechtsordnung, auch nicht sinnvoll wäre. Geht es aber um die Veränderung der Strafrechtssysteme der Mitgliedstaaten, so ist größere Rücksicht geboten.

### c) Strafverfahrensrecht

Neben dem materiellen Recht ermöglicht Art. 82 AEUV nun auch explizit die Harmonisierung des Strafverfahrensrechts. Da Straftäter immer seltener an Grenzen Halt machen und in vielen Bereichen überstaatlich agieren, geht es bei der justiziellen Zusammenarbeit in Europa insbesondere auch um Effektivierung der Straf-

887 Satzger, Intern. u. Europ. Strafrecht, § 9 Rn. 51.

888 Hecker, Europ. Strafrecht, § 4 Rn. 82; Satzger, Intern. u. Europ. Strafrecht, § 9 Rn. 52.

889 Vogel, in: Ambos, Europ. Strafrecht, S. 49.

890 Vorschlag für eine Richtlinie über die strafrechtliche Bekämpfung von gegen die finanziellen Interessen der Europäischen Union gerichtetem Betrug vom 11.7.2012, KOM (2012) 363 endg., S. 7; dazu Brodowski, ZIS 2011, 940, 943 f.; ders., ZIS 2012, 558, 561 f.; vgl. auch Miettinen, EuCLR 2013, 194, 214 ff.

891 Dazu Miettinen, EuCLR 2013, 194, 217 f., mit dem Hinweis auf ein Schreiben des Sekretariats des Rates; zu diesem Streit ferner Brodowski, ZIS 2013, 455, 464.

892 Satzger, Intern. u. Europ. Strafrecht, § 9 Rn. 52 f. – a.A. Safferling, Intern. Strafrecht, § 10 Rn. 68; siehe bereits oben 4. Kapitel B. I. 2. a) aa).

893 Safferling, Intern. Strafrecht, § 10 Rn. 67; Vogel, in: Ambos, Europ. Strafrecht, S. 49.

verfolgung<sup>894</sup> der Mitgliedstaaten. Zudem gilt es, Kompetenzkonflikte und Mehrfachzuständigkeiten zu vermeiden, die einerseits eine Verschwendung von Ressourcen bedeuten können und für die Beschuldigten schädlich sind, da sie die Gefahr der doppelten Strafverfolgung bergen, andererseits aber auch im Gegenteil zu einer Nichtverfolgung führen können, wenn jeder Staat sich auf die Zuständigkeit eines anderen beruft.<sup>895</sup> Auch das traditionelle Rechtshilfe- und Auslieferungsrecht, welches auf Völkerrecht basiert, auf voll-souveräne Staaten zugeschnitten ist<sup>896</sup> und in Europa zunächst im Europäischen Auslieferungsübereinkommen vom 13.12.1957<sup>897</sup> und dem Europäischen Rechtshilfeübereinkommen vom 20.4.1959<sup>898</sup> des Europarates fundiert war, passt in einem vereinten Europa nicht mehr. Das traditionelle Rechtshilferecht verlangt insbesondere die beiderseitige Strafbarkeit, verhindert grundsätzlich die Auslieferung eigener Staatsbürger, ist an völkerrechtlichen und politischen Maßstäben zu messen und sieht diverse Auslieferungshindernisse vor.<sup>899</sup> Ferner ist das Normengeflecht bilateraler, internationaler und europäischer Regelungen inzwischen schwer überschaubar.<sup>900</sup>

Das Zusammenwachsen der EU zu einem Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts ist aber seit der Geltung des Vertrages von Amsterdam gerade Ziel der Anstrengungen. Daher wurden kontinuierlich Schritte zur Vereinfachung und Vereinheitlichung der justiziellen Zusammenarbeit unternommen.<sup>901</sup> Zunächst wurden in den 1990er Jahren durch die Art. 48 ff. SDÜ Erleichterungen geschaffen.<sup>902</sup> Unter Geltung des Vertrages von Maastricht wurden verschiedene Abkommen unterzeichnet, jedoch nur wenige ratifiziert.<sup>903</sup> Zu nennen sind aber insbesondere das Übereinkommen über den Schutz der finanziellen Interessen der Europäischen Gemeinschaften (sog. PIF-Konvention),<sup>904</sup> das Europol-Übereinkommen (1995)<sup>905</sup> sowie zwei Übereinkommen zur Auslieferung.<sup>906</sup> Seit dem Vertrag von

894 Vgl. auch das Stockholmer Programm vom 2.12.2009, ABl. 2010 Nr. C 115, S. 12; ferner *Noltenius*, ZStW 122 (2010), 604, 607; zum VVE bereits *Weigend*, ZStW 116 (2004), 275, 288.

895 Insoweit die Unterscheidung zwischen positiven und negativen Kompetenzkonflikten bei *Vogel*, in: *Grabitz/Hilf/Nettesheim*, 51. EL 2013, Art. 82 AEUV Rn. 60.

896 Vgl. dazu *Lagodny*, in: *Sieber/Brüner/Satzger/v. Heintschel-Heinegg*, § 31 Rn. 12 ff.; *Wasmeier*, in: *Sieber/Brüner/Satzger/v. Heintschel-Heinegg*, § 32 Rn. 1 ff.

897 BGBl. 1964 II 1369, 1371.

898 BGBl. 1964 II 1386.

899 Vgl. dazu *Lagodny*, in: *Sieber/Brüner/Satzger/v. Heintschel-Heinegg*, § 31 Rn. 32 ff.; *Vogel*, in: *Grabitz/Hilf/Nettesheim*, 51. EL 2013, Art. 82 AEUV Rn. 1.

900 *Lagodny*, in: *Sieber/Brüner/Satzger/v. Heintschel-Heinegg*, § 31 Rn. 8; *Perron*, ZStW 112 (2000), 202, 205.

901 Dazu *Wasmeier*, in: *Sieber/Brüner/Satzger/v. Heintschel-Heinegg*, § 32.

902 Siehe dazu bereits oben 4. Kapitel A. II. 4.

903 Dazu *Wasmeier*, in: *Sieber/Brüner/Satzger/v. Heintschel-Heinegg*, § 32 Rn. 12.

904 Siehe dazu bereits oben 4. Kapitel A. II. 5.

905 ABl. 1995 Nr. C 316, S. 2; in Deutschland umgesetzt durch das Europol-Gesetz vom 16.12.1997, BGBl. II S. 2150.

906 Das EU-Übereinkommen vom 10.3.1995 über das vereinfachte Auslieferungsverfahren, ABl. 1995 Nr. C 78, S. 2, und das EU-Auslieferungsübereinkommen vom 27.9.1996, ABl. 1996 Nr. C 313, S. 11.

Amsterdam stand das Instrument des Rahmenbeschlusses in der „Dritten Säule“ zur Verfügung.<sup>907</sup>

Durch das EU-Rechtshilfe-Übereinkommen vom 29.5.2000<sup>908</sup> und die Einrichtung von Eurojust im Jahr 2002<sup>909</sup> ging es auf diesem Weg weiter voran. Der Europäische Rat von Tampere gab die diesbezügliche Richtung vor.<sup>910</sup> Im Hinblick auf den „echten europäischen Rechtsraum“ sollte die „gegenseitige Anerkennung von Entscheidungen“, d.h. sowohl von Urteilen als auch von Anordnungen im Ermittlungs- oder Vollstreckungsverfahren, zum „Eckstein“ der justiziellen Zusammenarbeit werden.<sup>911</sup>

Die Kommission hat bereits in ihrem Grünbuch zum strafrechtlichen Schutz der finanziellen Interessen der Europäischen Gemeinschaften und zur Schaffung einer Europäischen Staatsanwaltschaft diesen Grundsatz insbesondere der Ermittlungstätigkeit der (zu schaffenden) EStA zu Grunde gelegt.<sup>912</sup> Die EStA sollte in jedem Mitgliedstaat tätig werden können, um Straftaten zu Lasten der finanziellen Interessen der EG/EU zu verfolgen und dabei jeweils das Strafverfahrensrecht des Mitgliedstaates anwenden, in welchem die Ermittlungshandlung konkret durchgeführt wird. Die so erlangten Beweise sollten dann „verkehrs-fähig“<sup>913</sup> werden und für eine Anklage durch die EStA vor einem Gericht in einem der Mitgliedstaaten verwendet werden können.<sup>914</sup> Dieses Konzept hatte auch schon das Corpus Juris verfolgt.<sup>915</sup> Diesem Grundsatz folgt nun auch der neue Vorschlag für eine Verordnung zur Errichtung der EStA aus dem Jahr 2013.<sup>916</sup>

907 Siehe oben 4. Kapitel A. II. 6.

908 Übereinkommen über die Rechtshilfe in Strafsachen zwischen den Mitgliedstaaten der EU, ABl. 2000 Nr. C 197, S. 3.

909 Beschluss 2002/187/JI des Rates vom 28.2.2002 über die Errichtung von Eurojust zur Verstärkung der Bekämpfung der schweren Kriminalität, ABl. 2001 Nr. L 63, S. 1; vgl. dazu *Grotz*, in: Sieber/Brüner/Satzger/v. Heintschel-Heinegg, § 45.

910 *Sieber*, ZStW 121 (2009), 1, 32.

911 Europäischer Rat Tampere, Schlussfolgerungen des Vorsitzes, Nr. 33, 36; vgl. dazu auch *Böse*, in: Ambos, Europ. Strafrecht, S. 57 ff.; *Gleß*, ZStW 116 (2004), 353; *Heger*, ZIS 2009, 406, 410; *Klip*, Europ. Crim. L., S. 362 ff.; *Mylonopoulos*, ZStW 123 (2011), 633, 640 ff.; *Rackow*, in: Ambos, Europ. Strafrecht, S. 117 ff.; *Vogel*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, 51. EL 2013, Art. 82 AEUV Rn. 6 f.; *Wasmeier*, ZStW 116 (2004), 320, 321; *ders.*, in: Sieber/Brüner/Satzger/v. Heintschel-Heinegg, § 32 Rn. 26; siehe bereits oben 4. Kapitel A. II. 6.

912 Grünbuch zum strafrechtlichen Schutz der finanziellen Interessen der Europäischen Gemeinschaften und zur Schaffung einer Europäischen Staatsanwaltschaft, KOM (2001), 715 endg., S. 55 ff.; vgl. *Radtke*, GA 2004, 1, 6 f.

913 *Gleß*, ZStW 115 (2003), 131, 136; *Radtke*, GA 2004, 1, 8.

914 Grünbuch zum strafrechtlichen Schutz der finanziellen Interessen der Europäischen Gemeinschaften und zur Schaffung einer Europäischen Staatsanwaltschaft, KOM (2001), 715 endg., S. 64.

915 Art. 32 CJ; vgl. *Delmas-Marty*, Corpus Juris, S. 75; dazu *Gleß*, ZStW 115 (2003), 131, 136.

916 Vgl. Art. 30 Abs. 1 des Vorschlages der Kommission für eine Verordnung des Rates über die Errichtung der Europäischen Staatsanwaltschaft, KOM (2013) 534 endg.: „Die von der Europäischen Staatsanwaltschaft vor dem Prozessgericht beigebrachten Beweismittel sind ohne Validierung oder ein sonstiges rechtliches Verfahren zulässig – auch wenn das innerstaatliche Recht des Mitgliedstaats, in dem das Gericht seinen Sitz hat, andere Vorschriften für die Erhebung oder Beibringung dieser Beweismittel enthält –, wenn sich ihre Zulassung nach Auffassung des Gerichts nicht negativ auf die Fairness des

In diesem Zusammenhang wurde der Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung von Entscheidungen, in diesem Fall also von Entscheidungen im Ermittlungsverfahren, für notwendig erachtet.<sup>917</sup> Er beruht im Wesentlichen darauf, dass Entscheidungen, die in einem Mitgliedstaat ergangen sind, auch in den anderen Mitgliedstaaten der EU Geltung erlangen.<sup>918</sup> Dadurch sollen letztlich z.B. auch Beweise, die in einer Rechtsordnung in zulässiger Weise erhoben wurden, in den anderen Mitgliedstaaten verwertbar werden,<sup>919</sup> sodass auf diese Weise das Strafverfahren in einem der betroffenen Mitgliedstaaten konzentriert werden kann.<sup>920</sup>

Der Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung ist bereits in verschiedenen Rahmenbeschlüssen eingeführt worden.<sup>921</sup> Diese wurden jedoch teilweise nicht umgesetzt. Auf diese Weise ist das Prinzip bislang nur partiell verwirklicht, ein umfassendes Gesamtkonzept fehlt hingegen. Inzwischen wurde der Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung aber in Art. 82 Abs. 1 AEUV ausdrücklich als Grundlage der justiziellen Zusammenarbeit festgelegt.

Eine neue Dimension im Auslieferungsrecht sollte der Europäische Haftbefehl des Jahres 2002<sup>922</sup> bringen, der mit etwas Verzögerung nach zwischenzeitlicher Verfassungswidrigkeit des ersten Gesetzes<sup>923</sup> im Jahr 2006 auch in Deutschland

---

Verfahrens oder die Verteidigungsrechte auswirken würde, wie sie in den Artikeln 47 und 48 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union verankert sind“; vgl. dazu *Grünewald*, HRRS 2013, 508, 512.

- 917 *Radtko*, GA 2004, 1, 7. Nach *Mylonopoulos*, ZStW 123 (2011), 633, 640 f., handelt es sich dabei indes nicht um ein „Prinzip“, sondern um eine politische Entscheidung.
- 918 Vgl. dazu auch *Böse*, in: *Ambos*, Europ. Strafrecht, S. 57 ff.; *Gleß*, Beweisrechtsgrundsätze, S. 162 ff.; *dies.*, ZStW 116 (2004), 353; *Heger*, ZIS 2009, 406, 410; *Vogel*, in: *Grabitz/Hilf/Nettesheim*, 51. EL 2013, Art. 82 AEUV Rn. 6 f.; *Wasmeyer*, ZStW 116 (2004), 320, 321; zur gegenseitigen Anerkennung in Strafsachen auch schon *Sieber*, ZStW 103 (1991), 957, 963; *ders.*, ZRP 2000, 186, 190 f.
- 919 Grünbuch zum strafrechtlichen Schutz der finanziellen Interessen der Europäischen Gemeinschaften und zur Schaffung einer Europäischen Staatsanwaltschaft, KOM (2001), 715 endg., S. 63 ff.; dazu ausführlich *Gleß*, ZStW 115 (2003), 131, 136 ff.
- 920 Grünbuch zum strafrechtlichen Schutz der finanziellen Interessen der Europäischen Gemeinschaften und zur Schaffung einer Europäischen Staatsanwaltschaft, KOM (2001), 715 endg., S. 64.
- 921 Vgl. *Esser*, ZEuS 2004, 289, 297 ff.; *ders.*, § 5 Rn. 16 ff.; *Hecker*, Europ. Strafrecht, § 12 Rn. 53 ff.; siehe dazu noch unten 4. Kapitel C. III. 2.
- 922 Rahmenbeschluss 2002/584/JI des Rates vom 13.6.2002 über den Europäischen Haftbefehl und die Übergabeverfahren zwischen den Mitgliedstaaten, ABl. 2002 Nr. L 190, S. 1; vgl. zum Europäischen Haftbefehl und der Umsetzung in Deutschland *Ambos*, Intern. Strafrecht, § 12 Rn. 35 ff.; *Hecker*, Europ. Strafrecht, § 12 Rn. 21 ff.; *Heger*, ZIS 2007, 221; v. *Heintschel-Heinegg*, in: *Sieber/Brüner/Satzger/v. Heintschel-Heinegg*, § 37; v. *Heintschel-Heinegg/Rohlf*, GA 2003, 44; *Kretschmer*, JURA 2005, 780; *Krüßmann*, S. 589 ff.; *Mitsch*, JA 2006, 448; *Rohlf*, passim; *Safferling*, Intern. Strafrecht, § 12 Rn. 47 ff.; *Satzger*, Intern. u. Europ. Strafrecht, § 10 Rn. 26 ff.; *Schramm*, Intern. Strafrecht, 4. Kapitel Rn. 130 ff.; *Sinn/Wörner*, ZIS 2007, 204; *Subr*, in: *Calliess/Ruffert*, Art. 82 AEUV Rn. 19 ff.; *Wasmeyer*, ZEuS 2006, 23; sehr kritisch C. *Nestler*, ZStW 116 (2004), 332, 338 ff.; *Schünemann*, StV 2003, 531; *ders.*, ZRP 2003, 185; dagegen *Deiters*, ZRP 2003, 359; Erwiderung von *Schünemann*, ZRP 2003, 472; siehe noch unten 4. Kapitel C. III. 2. a).
- 923 Das Gesetz zur Umsetzung des Rahmenbeschlusses über den Europäischen Haftbefehl und die Übergabeverfahren zwischen den Mitgliedstaaten der EU vom 21.7.2004, BGBl. I, S. 1748, wurde in BVerfGE 113, 237, insbesondere im Hinblick auf das Verbot der Auslieferung Deutscher in Art. 16 Abs. 2 GG, aber auch wegen Art. 19 Abs. 4 GG, für verfassungswidrig erklärt; vgl. dazu

umgesetzt wurde.<sup>924</sup> Weitere Rahmenbeschlüsse, die in ähnlicher Wirkrichtung die gegenseitige Anerkennung von Entscheidungen umsetzen sollen, zielten auf die Sicherstellung von Vermögensgegenständen und Beweismitteln,<sup>925</sup> die Einziehung<sup>926</sup> sowie die Vollstreckung von Geldstrafen und Geldbußen.<sup>927</sup>

Schließlich erging nach längeren Beratungen auch ein Rahmenbeschluss über die Europäische Beweisanordnung (EBA),<sup>928</sup> welche ähnlich wie der Europäische Haftbefehl in Form eines genormten Dokumentes in einem der Mitgliedstaaten (Anordnungsstaat) hätte erlassen werden können und es ermöglicht hätte, Beweise, die in einem anderen Mitgliedstaat (Vollstreckungsstaat) bereits vorhanden sind, zu erlangen. Der Rahmenbeschluss wurde jedoch von den Mitgliedstaaten nicht umgesetzt.<sup>929</sup> Im Jahr 2009 hat die Kommission ein Grünbuch „Erlangung verwertbarer Beweise in Strafsachen aus einem anderen Mitgliedstaat“ veröffentlicht.<sup>930</sup> Zudem ist der Erlass einer Richtlinie über die Europäische Ermittlungsanordnung für das Jahr 2014 zu erwarten.<sup>931</sup>

Art. 82 AEUV statet die EU nun mit Kompetenzen aus, um die justizielle Zusammenarbeit in Strafsachen weiter voran zu treiben. Dabei bildet die gegenseitige Anerkennung gerichtlicher Urteile und Entscheidungen nach Art. 82 Abs. 1 AEUV den Grundsatz, was auch schon in Art. 67 Abs. 3 AEUV zum Ausdruck kommt. Hierzu erhält die EU in Art. 82 Abs. 1 UA. 2 AEUV die Kompetenz zum Erlass von Maßnahmen, um

---

*Ambos*, Intern. Strafrecht, § 12 Rn. 50 ff.; *Buermeyer*, HRRS 2005, 273; *Hecker*, Europ. Strafrecht, § 12 Rn. 40 ff.; *Heger*, ZIS 2007, 221; v. *Heintschel-Heinegg*, in: Sieber/Brüner/Satzger/v. Heintschel-Heinegg, § 37 Rn. 16 ff.; *Kretschmer*, JURA 2005, 780; *Mitsch*, JA 2006, 448, 449 f.; *Sinn/Wörner*, ZIS 2007, 204, 209 ff.; *Vogel*, JZ 2005, 801; *Wasmeier*, ZEuS 2006, 23.

- 924 Gesetz zur Umsetzung des Rahmenbeschlusses über den Europäischen Haftbefehl und die Übergabeverfahren zwischen den Mitgliedstaaten der EU vom 20.7.2006, BGBl. I, S. 1721; siehe dazu ausführlicher unten 4. Kapitel C. III. 2. a).
- 925 Rahmenbeschluss 2003/577/JI des Rates vom 22.7.2003 über die Vollstreckung von Entscheidungen über die Sicherstellung von Vermögensgegenständen oder Beweismitteln in der Europäischen Union, ABl. 2003 Nr. L 196, S. 45.
- 926 Rahmenbeschluss 2005/212/JI des Rates vom 24.2.2005 über die Einziehung von Erträgen, Tatwerkzeugen und Vermögensgegenständen aus Straftaten, ABl. 2005 Nr. L 68, S. 49.
- 927 Rahmenbeschluss 2005/214/JI des Rates vom 24.2.2005 über die Anwendung des Grundsatzes der gegenseitigen Anerkennung von Geldstrafen und Geldbußen, ABl. 2005 Nr. L 76, S. 16; kritisch dazu *Schünemann/Roger*, ZIS 2010, 515; dagegen *Böse*, ZIS 2010, 607; Replik von *Schünemann*, ZIS 2010, 735; ausführlich zur gegenseitigen Anerkennung von Geldstrafen und Geldbußen *Gleß*, in: Sieber/Brüner/Satzger/v. Heintschel-Heinegg, § 39a.
- 928 Rahmenbeschluss 2008/978/JI des Rates vom 18.12.2008 über die Europäische Beweisanordnung zur Erlangung von Sachen, Schriftstücken und Daten zur Verwendung in Strafsachen, ABl. 2008 Nr. L 350, S. 72; siehe dazu noch ausführlicher unten 4. Kapitel C. III. 2.
- 929 Dazu *Gleß*, in: *Böse*, EnzEuR Bd. 9, § 16 Rn. 27; *Rackow*, in: *Ambos*, Europ. Strafrecht, S. 123.
- 930 KOM (2009) 624 endg.; vgl. dazu *Rackow*, in: *Ambos*, Europ. Strafrecht, S. 123.
- 931 Das Europäische Parlament hat darüber bereits beraten; vgl. den Bericht des LIBE-Ausschusses für das Plenum, Erste Lesung (im ordentlichen Gesetzgebungsverfahren), A7-0477/2013 vom 20.12.2013, und einen Standpunkt festgesetzt, vgl. die Legislative Entschließung des Europäischen Parlaments vom 27. Februar 2014 zu dem Entwurf einer Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über die Europäische Ermittlungsanordnung in Strafsachen (09288/2010 – C7-0185/2010 – 2010/0817(COD)) (Ordentliches Gesetzgebungsverfahren: erste Lesung); siehe dazu ausführlich unten 4. Kapitel C. III. 2. c).

- a) Regeln und Verfahren festzulegen, mit denen die Anerkennung aller Arten von Urteilen und gerichtlichen Entscheidungen in der gesamten Union sichergestellt wird;
- b) Kompetenzkonflikte zwischen den Mitgliedstaaten zu verhindern und beizulegen;
- c) die Weiterbildung von Richtern und Staatsanwälten sowie Justizbediensteten zu fördern;
- d) die Zusammenarbeit zwischen den Justizbehörden oder entsprechenden Behörden der Mitgliedstaaten im Rahmen der Strafverfolgung sowie des Vollzugs und der Vollstreckung von Entscheidungen zu erleichtern.

Da von „Maßnahmen“ die Rede ist, steht das gesamte Instrumentarium des Art. 288 AEUV, also auch die Verordnung, zu Verfügung.<sup>932</sup> Anders als bei Art. 82 Abs. 2 AEUV steht hier jedoch nicht die Angleichung des Strafverfahrensrechts, sondern die Förderung der gegenseitigen Anerkennung im Vordergrund.<sup>933</sup> Im Einzelfall muss also eine Abgrenzung der Kompetenztitel in Abs. 1 und Abs. 2 anhand des Sachzusammenhanges erfolgen. Buchstabe a) betrifft die Verbesserung der Rechtshilfe, wie sie in den angeführten Rechtsakten in Angriff genommen wurde. Darunter fallen z.B. der Europäische Haftbefehl oder die Europäische Beweisverordnung.<sup>934</sup> Direkt auf Art. 82 Abs. 1 UA. 2 lit. a) AEUV wurde die von einigen Mitgliedstaaten vorgebrachte Initiative für eine Richtlinie über die Europäische Ermittlungsanordnung gestützt.<sup>935</sup> Buchstabe b) ermöglicht Regelungen zur Vermeidung von Kompetenzkonflikten zwischen den Mitgliedstaaten. Ein diesbezügliches Vorgehen dient insbesondere auch den Beschuldigten, denn eine klare Aufteilung der Zuständigkeit vermeidet das Risiko doppelter Verfolgung oder Bestrafung, wie sie durch Art. 50 GRC und zuvor schon durch Art. 54 SDÜ verboten wird, insbesondere können aber auch parallele Strafverfahren verhindert werden, denn das Verbot des *ne bis in idem* greift erst, wenn ein Verfahren bereits abgeschlossen ist.<sup>936</sup> Noch vor Inkrafttreten des Vertrages von Lissabon erließ die EU einen Rahmenbeschluss zur Vermeidung von Kompetenzkonflikten in Straf-

932 Böse, in: ders., EnzEuR Bd. 9, § 4 Rn. 33; ders., in: Ambos, Europ. Strafrecht, S. 64; Vogel, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, 51. EL 2013, Art. 82 AEUV Rn. 51.

933 Satzger, Intern. u. Europ. Strafrecht, § 10 Rn. 47 f.; Vogel, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, 51. EL 2013, Art. 82 AEUV Rn. 47.

934 Böse, in: Schwarze, Art. 82 EUV Rn. 25 ff.; Safferling, Intern. Strafrecht, § 10 Rn. 78; Satzger, in: Streinz, EUV/AEUV, Art. 82 Rn. 24 ff.

935 Initiative des Königreichs Belgien, der Republik Bulgarien, der Republik Estland, des Königreichs Spanien, der Republik Österreich, der Republik Slowenien und des Königreichs Schweden für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates vom [...] über die Europäische Ermittlungsanordnung in Strafsachen, ABl. 2010 Nr. C 165, S. 22; ausführlich dazu Rackow, in: Ambos, Europ. Strafrecht, S. 124 ff.; ferner Brodowski, ZIS 2010, 749, 755 ff.; ders., ZIS 2011, 940, 950 f.; ders., ZIS 2012, 558, 568 f.; Hauck, in: Böse, EnzEuR Bd. 9, § 11 Rn. 68 ff.; positive Bewertung von Böse, in: Ambos, Europ. Strafrecht, S. 63; zur Kritik vgl. Esser, FS Roxin, 2011, S. 1510 ff.

936 Vogel, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, 51. EL 2013, Art. 82 AEUV Rn. 63.

verfahren.<sup>937</sup> Ungeklärt ist allerdings, ob auf diese Kompetenz auch Richtlinien zur Harmonisierung des einzelstaatlichen Strafanwendungsrechts gestützt werden könnten.<sup>938</sup> Buchstabe c) dient der Stärkung des gegenseitigen Vertrauens, welches notwendig ist, um Entscheidungen aus anderen Staaten als bindend anzuerkennen.<sup>939</sup> Dabei geht es auch um die im Stockholmer Programm anvisierte Entwicklung einer europäischen Strafverfolgungskultur.<sup>940</sup> Die Kompetenz in Buchstabe d) unterscheidet sich von derjenigen in Buchstabe a) wesentlich dadurch, dass nicht Gerichte, sondern andere Behörden die entsprechenden Entscheidungen fällen.<sup>941</sup>

Art. 82 Abs. 2 AEUV enthält hingegen die Kompetenz der EU, das Strafverfahrensrecht der Mitgliedstaaten zu harmonisieren. Denn bei einer gegenseitigen Anerkennung erweisen sich die Unterschiede in den Strafrechtsordnungen als äußerst problematisch, da z.B. die Erhebung von Beweisen nach dem Recht eines Mitgliedstaates zulässig sein, in anderen aber einen schweren Verstoß gegen das Verfahrensrecht darstellen kann.<sup>942</sup> Daher trugen z.B. schon Rahmenbeschlüsse zur Harmonisierung des Verfahrensrechts bei.<sup>943</sup>

Auf Art. 82 Abs. 2 AEUV dürfen lediglich Richtlinien gestützt werden. Zudem sind weitere Restriktionen der Harmonisierungskompetenz festzustellen. Sie darf nicht als Selbstzweck erfolgen, sondern nur, „soweit dies zur Erleichterung der gegenseitigen Anerkennung gerichtlicher Urteile und Entscheidungen und der polizeilichen und justiziellen Zusammenarbeit in Strafsachen mit grenzüberschreitender Dimension erforderlich ist“. Sie dient also einerseits diesen Zwecken<sup>944</sup> und steht andererseits unter dem Postulat der Erforderlichkeit. Durch letzteres Kriterium wird wiederum die Verhältnismäßigkeit nach Art. 5 Abs. 4 EUV konkretisiert.<sup>945</sup> Die allgemeinen Schranken der Kompetenzausübung, nämlich Subsidiarität, Verhältnismäßigkeit und Wahrung der nationalen Identität, sind auch hier zu beachten. Gleichwohl werden sie noch einmal präzisiert durch die Vorgabe in

937 Rahmenbeschluss 2009/948/JI des Rates vom 30.11.2009 zur Vermeidung von Kompetenzkonflikten in Strafverfahren, ABl. 2009 Nr. L 328, S. 42; siehe dazu unten 4. Kapitel C. III. 1.

938 Dazu *Eisele*, ZStW 125 (2013), 1, 12 ff.; siehe auch noch unten 4. Kapitel C. III. 1. und 6. Kapitel C. IV. 1. b).

939 *Safferling*, Intern. Strafrecht, § 10 Rn. 81; *Vogel*, GA 2003, 314, 333.

940 *Suhr*, in: Calliess/Ruffert, Art. 82 AEUV Rn. 16.

941 *Böse*, in: Schwarze, Art. 82 EUV Rn. 33; *Satzger*, Intern. u. Europ. Strafrecht, § 10 Rn. 46.

942 *Fuchs*, ZStW 116 (2004), 368; *Hecker*, in: Ambos, Europ. Strafrecht, S. 18; vgl. auch *Böse*, in: Ambos, Europ. Strafrecht, S. 59; *Rackow*, in: Ambos, Europ. Strafrecht, S. 122; *Satzger*, StV 2003, 137, 139 ff.; *Schünemann*, ZIS 2007, 528, 533; *Vogel*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, 51. EL 2013, Art. 82 AEUV Rn. 10; ferner die Erläuterung der Motive des Corpus Juris, in: Delmas-Marty, Corpus Juris, S. 19 ff.

943 *Wasmeier*, in: Sieber/Brüner/Satzger/v. Heintschel-Heinegg, § 32 Rn. 30.

944 *Böse*, in: Schwarze, Art. 82 EUV Rn. 35; *Safferling*, Intern. Strafrecht, § 10 Rn. 82; *Satzger*, Intern. u. Europ. Strafrecht, § 10 Rn. 53; *Vogel*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, 51. EL 2013, Art. 82 AEUV Rn. 72: „dienende Funktion“; vgl. auch *Mitsilegas*, S. 157: „subordinated to mutual recognition“; vgl. ferner vgl. auch das Haager Programm zur Stärkung von Freiheit, Sicherheit und Recht in der Europäischen Union, ABl. 2005 Nr. C 53, S. 12, zu den Zielen der Annäherung der Rechtsvorschriften.

945 *Böse*, in: Schwarze, Art. 82 EUV Rn. 35; *Vogel*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, 51. EL 2013, Art. 82 AEUV Rn. 81.

Art. 82 Abs. 2 S. 2 AEUV, welcher bestimmt, dass bei den Mindestvorschriften „die Unterschiede zwischen den Rechtsordnungen und -traditionen der Mitgliedstaaten berücksichtigt“ werden müssen. Dies wird wiederum als „strafverfahrensrechtlicher Schonungsgrundsatz“ interpretiert,<sup>946</sup> d.h. im Sinne einer besonders genauen Berücksichtigung dieser Kompetenzausübungsschranken in Form einer „Hemmschwelle“.<sup>947</sup> Da es sich zudem wiederum nur um Mindestvorschriften<sup>948</sup> handeln darf, kann die EU auch hier nur Mindeststandards schaffen. Im Schutzniveau können die Mitgliedstaaten daher durchaus weiter gehen, was in Art. 82 Abs. 2 UA. 2 S. 2 AEUV noch einmal klargestellt ist.<sup>949</sup>

Inhaltlich darf die Harmonisierung nach Art. 82 Abs. 2 UA. 2 AEUV folgende Bereiche betreffen:

- a) die Zulässigkeit von Beweismitteln auf gegenseitiger Basis zwischen den Mitgliedstaaten;
- b) die Rechte des Einzelnen im Strafverfahren;
- c) die Rechte der Opfer von Straftaten;
- d) sonstige spezifische Aspekte des Strafverfahrens, die zuvor vom Rat durch Beschluss bestimmt worden sind; dieser Beschluss wird vom Rat einstimmig nach Zustimmung des Europäischen Parlaments erlassen.

Eine gewisse Harmonisierung der Verfahrensordnungen im Hinblick auf die Beweiserhebung, wie sie lit. a) nun zulässt, erscheint zum Zwecke der gegenseitigen Anerkennung aus verschiedenen Gründen notwendig, sofern nicht stattdessen in der Zukunft der Weg eines einheitlichen Strafverfahrensrechts gewählt werden soll. Dies wird deutlich, wenn man die inzwischen durch Art. 82 Abs. 1 AEUV möglichen Regelungen im Hinblick auf die Wirkung von Entscheidungen in anderen Mitgliedstaaten betrachtet. Denn wenn es im Rahmen der EBA möglich geworden wäre, auf Beweise zuzugreifen, die in anderen Mitgliedstaaten erhoben wurden, so sind gemeinsame Standards notwendig. Sie verhindern erstens die Wahl des Staates mit den geringsten Anforderungen an die Beweisgewinnung im Sinne eines „Verfahrens-Shoppings“.<sup>950</sup> Zweitens mögen die Rechtsordnungen teilweise so unterschiedlich ausgestaltet sein, dass das Prozedere der Beweiserlangung sich in einem anderen Staat als schweren Verstoß gegen dessen Verfahrensgrundsätze darstellen könnte.<sup>951</sup> Auch kann der Zugriff auf Beweise zu Brüchen mit dem austarierten System der nationalen Verfahrensordnung führen.<sup>952</sup> Drittens liegt hierin eine

946 Böse, in: Schwarze, Art. 82 EUV Rn. 36; Vogel, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, 51. EL 2013, Art. 82 AEUV Rn. 71.

947 Ähnlich Subr, in: Calliess/Ruffert, Art. 82 AEUV Rn. 34.

948 Dazu Noltenius, ZStW 122 (2010), 604, 609 f.

949 Subr, in: Calliess/Ruffert, Art. 82 AEUV Rn. 33; zur Auslegung dieser Klausel Böse, in: Ambos, Europ. Strafrecht, S. 69 f.

950 Vogel, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, 51. EL 2013, Art. 82 AEUV Rn. 79.

951 Vgl. das Beispiel bei Safferling, Intern. Strafrecht, § 10 Rn. 84 f.; vgl. auch Böse, in: Ambos, Europ. Strafrecht, S. 68; Rackow, in: Ambos, Europ. Strafrecht, S. 123 ff.; Schünemann, ZIS 2007, 528, 533.

952 Siehe auch noch unten 5. Kapitel B. II. 4.

Maßnahme der Vertrauensbildung, welche für die Anerkennung der Entscheidungen eines anderen Staates unerlässlich ist. Nur wenn man davon ausgehen kann, dass in etwa ähnliche Standards und Beschuldigtenrechte bestehen, kann die Entscheidung des anderen Staates von allen Beteiligten akzeptiert werden.

Im Einzelnen gilt es demnach, drei Kompetenzen auseinander zu halten. Art. 82 Abs. 1 UA. 2 lit. a) AEUV ermöglicht Regelungen in Bezug auf den Zugriff auf Beweise im anderen Mitgliedstaat, betrifft also die Frage der gegenseitigen Anerkennung selbst, sodass hierauf etwa eine europäische Beweisanordnung gestützt werden könnte, welche den Zugriff auf Beweise in einer anderen Rechtsordnung ermöglicht. Art. 82 Abs. 2 UA. 2 lit. a) AEUV enthält hingegen die Kompetenz zur Harmonisierung der mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen, um die Grundlage für ein solches Vorgehen zu schaffen, also etwa die Voraussetzungen der Beweisgewinnung anzugleichen. Art. 86 Abs. 3 AEUV sieht schließlich die Ermächtigung zum Erlass supranationaler und zentraler Verfahrensvorschriften für die Ermittlungen der Europäischen Staatsanwaltschaft vor,<sup>953</sup> also zur Schaffung eines echten supranationalen Verfahrensrechts für die Tätigkeit dieser Behörde.

Dem soeben bezüglich des Art. 82 Abs. 2 UA. 2 lit. a) geschilderten Anliegen dient auch lit. b). Das Stockholmer Programm hat die Bedeutung der Stärkung der Rechte der Beschuldigten als Grundlage für das gegenseitige Vertrauen, aber auch das Vertrauen der Allgemeinheit in die Union, betont.<sup>954</sup> In dem Maße, in dem Entscheidungen anderer Mitgliedstaaten anzuerkennen sind, verliert der Einzelstaat seine Kontrollkapazität im Hinblick auf die Rechte der Bürgerinnen und Bürger. Dabei darf jedoch nicht vergessen werden, dass bestimmte Verfahrensgrundrechte in den Art. 47 ff. GRCh bzw. den Art. 6 f. EMRK inzwischen auch zum Wertekanon der EU gehören, dessen Schutz sie gewährleisten muss.<sup>955</sup> Zu den „Einzelnen“, deren Rechte über lit. b) gestärkt werden können, zählen nicht nur die Beschuldigten, sondern z.B. auch Zeugen und Sachverständige.<sup>956</sup> Das Stockholmer Programm sieht etwa auch eine Stärkung des Opferschutzes vor.<sup>957</sup> Inzwischen sind in dieser Hinsicht bereits Richtlinien erlassen worden, welche z.B. das Recht auf

953 Vgl. auch *Safferling*, Intern. Strafrecht, § 10 Rn. 84; *Satzger*, Intern. u. Europ. Strafrecht, § 10 Rn. 55; *ders.*, NStZ 2013, 206, 208. Auf Art. 86 AEUV stützt sich auch der Vorschlag der Kommission für eine Verordnung des Rates über die Errichtung der Europäischen Staatsanwaltschaft, KOM (2013) 534 endg., S. 2.

954 ABl. 2010 Nr. C 115, S. 1, 10; dazu *Safferling*, Intern. Strafrecht, § 10 Rn. 87; vgl. zu diesem Aspekt auch *Vogel*, in: *Grabitz/Hilf/Nettesheim*, 51. EL 2013, Art. 82 AEUV Rn. 88.

955 Skeptisch *Weigend*, ZStW 116 (2004), 275, 290 f., in Bezug auf den VVE und den Umfang der darin vorgesehenen Rechte der Beschuldigten.

956 *Safferling*, Intern. Strafrecht, § 10 Rn. 86; *Satzger*, Intern. u. Europ. Strafrecht, § 10 Rn. 60; *Vogel*, in: *Grabitz/Hilf/Nettesheim*, 51. EL 2013, Art. 82 AEUV Rn. 90; vgl. auch *Noltenius*, ZStW 122 (2010), 604, 609.

957 ABl. 2010 Nr. C 115, S. 1, 12.

Dolmetscher<sup>958</sup> und Belehrung<sup>959</sup> betreffen. Schon während der schwedischen Ratspräsidentschaft waren im Jahr 2009 einige Rechtsakte bzgl. der Verfahrensrechte vorgeschlagen worden.<sup>960</sup>

In ähnlicher Weise ermöglicht lit. c) die Stärkung der Rechte der Opfer. Schon vor Inkrafttreten des Vertrages von Lissabon sind diesbezüglich europäische Rechtsakte ergangen, insbesondere der Rahmenbeschluss vom 15.3.2001 über die Stellung des Opfers im Strafverfahren.<sup>961</sup> Über die Erweiterung der Kompetenzen der EU für sonstige Aspekte des Strafverfahrens nach lit. d) entscheidet der Rat einstimmig. Auch wenn diese Bestimmung theoretisch sehr weit geht,<sup>962</sup> wird durch das Einstimmigkeitserfordernis wiederum eine Beteiligung des Bundestages möglich. Nach Art. 82 Abs. 3 AEUV ist für die strafverfahrensbezogenen Kompetenzen wiederum eine *Opt-out*-Möglichkeit vorgesehen. Hier gilt das oben bereits zu Art. 83 Abs. 3 AEUV Ausgeführte.

Als weitere Kompetenz der EU ist die Möglichkeit zu nennen, nach Art. 84 AEUV Maßnahmen festzulegen, um das Vorgehen der Mitgliedstaaten im Bereich der Kriminalprävention zu fördern und zu unterstützen. Diese müssen jedoch „unter Ausschluss jeglicher Harmonisierung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten“ erfolgen, sodass insoweit die Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten unberührt bleiben.

Art. 85 AEUV enthält die Ermächtigung zur Errichtung von Eurojust. Die Behörde wurde im Anschluss an den Europäischen Rat von Tampere bereits im Jahr 2002 eingerichtet.<sup>963</sup> Nach Art. 85 Abs. 1 UA. 2 AEUV legen das Europäische Parlament und der Rat gemäß dem ordentlichen Gesetzgebungsverfahren durch Verordnungen den Aufbau, die Arbeitsweise, den Tätigkeitsbereich und die Aufgaben von Eurojust fest.<sup>964</sup>

Durch Art. 86 AEUV kann nun auch eine Europäische Staatsanwaltschaft (EStA) eingesetzt werden. Dies erfolgt gemäß Art. 86 Abs. 1 UA. 1 S. 1 AEUV durch Verordnung und aufbauend auf Eurojust. Die EStA wird gemäß Art. 86 Abs. 2 S. 1 AEUV zuständig sein für die „strafrechtliche Untersuchung und

958 RL 2010/64/EU des Europäischen Parlaments und des Rates über das Recht auf Dolmetschleistungen und Übersetzungen in Strafverfahren vom 20.10.2010, ABl. 2010 Nr. L 280, S. 1; vgl. dazu *Esser*, Europ. u. Intern. Strafrecht, § 5 Rn. 44.

959 RL 2012/13/EU des Europäischen Parlaments und des Rates über das Recht auf Belehrung und Unterrichtung in Strafverfahren vom 22.5.2012, ABl. 2012 Nr. L 142, S. 1; vgl. dazu *Brodowski*, ZIS 2010, 749, 754; *ders.*, ZIS 2011, 940, 946 f.; *ders.*, ZIS 2012, 558, 564 f.; *Esser*, Europ. u. Intern. Strafrecht, § 5 Rn. 45.

960 Vgl. dazu *Polakiewicz*, ZEuS 2010, 1, 2.

961 Rahmenbeschluss 2001/220/JI des Rates vom 15.3.2001 über die Stellung des Opfers im Strafverfahren, ABl. 2001 Nr. L 82, S. 1; dazu *Safferling*, Intern. Strafrecht, § 10 Rn. 89; *Weißer*, ZIS 2006, 562.

962 Vgl. *Rosenau/Petrus*, in: *Vedder/Heintschel v. Heinegg*, Art. 82 AEUV Rn. 19; *Satzger*, Intern. u. Europ. Strafrecht, § 10 Rn. 62; *ders.*, in: *Streinz*, EUV/AEUV, Art. 82 AEUV Rn. 65.

963 Beschluss 2002/187/JI, ABl. 2002 Nr. L 63, S. 1; vgl. für Deutschland das Gesetz zur Umsetzung des Beschlusses (2002/187/JI) des Rates vom 28.2.2002 über die Errichtung von Eurojust zur Verstärkung der Bekämpfung der schweren Kriminalität (EurojustG) vom 12.5.2004, BGBl. I, S. 902.

964 Siehe zu Eurojust noch unten 4. Kapitel B. II. 2. b).

Verfolgung sowie die Anklageerhebung in Bezug auf Personen, die als Täter oder Teilnehmer Straftaten zum Nachteil der finanziellen Interessen der Union begangen haben, die in der Verordnung nach Absatz 1 festgelegt sind“. Dieser Hinweis auf die nach Abs. 1 mögliche Verordnung zur Festlegung von Straftaten ist nicht als weitere Ermächtigung zum Erlass von materiell-strafrechtlichen Verordnungen zu verstehen,<sup>965</sup> denn diese ist in Art. 325 Abs. 4 AEUV geregelt. Art. 86 AEUV ermächtigt nur zur Einrichtung der Behörde sowie zum Erlass von Zuständigkeitsvorschriften. Art. 86 Abs. 3 AEUV ermöglicht jedoch Verordnungen zur Schaffung eines supranationalen Strafverfahrensrechts, in dem die Befugnisse und Verfahrensvorschriften im Hinblick auf die Ermittlungen der EStA festgeschrieben werden sollen.<sup>966</sup> Dies betrifft abschließend<sup>967</sup> „die für ihre Tätigkeit geltenden Verfahrensvorschriften sowie die Regeln für die Zulässigkeit von Beweismitteln und für die gerichtliche Kontrolle der von der Europäischen Staatsanwaltschaft bei der Erfüllung ihrer Aufgaben vorgenommenen Prozesshandlungen“. Auf den bedeutsamen Unterschied zur Harmonisierungskompetenz nach Art. 82 Abs. 2 AEUV wurde bereits hingewiesen, denn hier geht es nicht um eine Modifikation der dezentralen Rechtsordnung.

In Art. 86 Abs. 4 S. 1 AEUV ist ferner die Möglichkeit vorgesehen, die Befugnisse der EStA auf die Bekämpfung der schweren Kriminalität mit grenzüberschreitender Dimension zu erweitern.

#### d) Polizeiliche Zusammenarbeit

Auch im Hinblick auf die Polizei intensiviert die EU die Zusammenarbeit zwischen den Mitgliedstaaten. Wie diese genau beschaffen ist, wird unten erläutert.<sup>968</sup> Die entsprechenden Kompetenzen zur Regelung der polizeilichen Zusammenarbeit finden sich in den Art. 87 ff. AEUV. Wie bereits mehrfach angeführt, zeichnet sich das Mehrebenensystem der EU zzt. noch dadurch aus, dass der zentralen Ebene keine echten Zwangsbefugnisse zustehen. Auch im Hinblick auf die Strafverfolgung besitzen die Mitgliedstaaten insoweit also noch das Gewaltmonopol. Gleichwohl kann bei grenzüberschreitenden Straftaten eine Kooperation und Koordination der Ermittlungen notwendig sein. Dies betrifft etwa die grenzüberschreitenden Ermittlungen, die Nacheile oder die Bildung gemeinsamer Ermittlungsteams.<sup>969</sup>

965 Vogel, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, 51. EL 2013, Art. 86 AEUV Rn. 48; ders., in: Ambos, Europ. Strafrecht, S. 47 f. Auch eine eigenständige Harmonisierungskompetenz enthält die Vorschrift nicht; vgl. Böse, in: Schwarze, Art. 86 Rn. 6.

966 Satzger, Intern. u. Europ. Strafrecht, § 10 Rn. 22.

967 Vogel, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, 51. EL 2013, Art. 86 AEUV Rn. 50.

968 Unten 4. Kapitel B. II. 2.

969 Böse, in: Schwarze, Art. 87 Rn. 2; Röben, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, 51. EL 2013, Art. 87 AEUV Rn. 8; ausführlich zur polizeilichen Kooperation Kugelmann, in: Böse, EnzEuR Bd. 9, § 17.

Als Pendant zu den Möglichkeiten der Harmonisierung des materiellen und des Verfahrensrechts sowie der Einrichtung einer zentralen EStA bieten die Art. 87 ff. AEUV den kompetenzrechtlichen Rahmen in Bezug auf die Polizeibehörden. Hierbei geht es um die horizontale Zusammenarbeit zwischen den Mitgliedstaaten, aber auch um die vertikale unter Einschaltung von Europol, also sowohl um transnationale als auch um supranationale Ausübung von Hoheitsgewalt.<sup>970</sup> Die polizeiliche Zusammenarbeit überschreitet somit nicht nur Grenzen, sondern auch Ebenen.<sup>971</sup> Gemäß der Grundausrichtung des Mehrebenensystems der EU liegt das Schwergewicht auf der horizontalen Kooperation. Zentrale Behörden wie Europol haben nur eine unterstützende Funktion und keine eigene Befugnis zum Einsatz von Zwangsmaßnahmen.<sup>972</sup>

Art. 87 AEUV betrifft dabei unmittelbar die horizontale polizeiliche Zusammenarbeit. Nach Abs. 1 entwickelt die EU eine polizeiliche Zusammenarbeit zwischen allen zuständigen Behörden der Mitgliedstaaten. Dabei geht es sowohl um präventives als auch um repressives Vorgehen,<sup>973</sup> also im deutschen Sinne um Polizeirecht und Strafverfolgung. Die in Abs. 1 angeführten Behörden der Polizei und des Zolls sind nur Beispiele,<sup>974</sup> die Bestimmung nennt selbst andere auf die Verhütung oder die Aufdeckung von Straftaten sowie entsprechende Ermittlungen spezialisierte Strafverfolgungsbehörden. Nach Abs. 2 hat die EU die Kompetenz, hinsichtlich der nicht-operativen Zusammenarbeit Vorgaben als Maßnahmen, also auch im Verordnungswege,<sup>975</sup> festzulegen. In einem abschließenden<sup>976</sup> Katalog werden die Bereiche der Maßnahmen begrenzt aufgeführt. Sie betreffen:

- a) Einholen, Speichern, Verarbeiten, Analysieren und Austauschen sachdienlicher Informationen;
- b) Unterstützung bei der Aus- und Weiterbildung von Personal sowie Zusammenarbeit in Bezug auf den Austausch von Personal, die Ausrüstungsgegenstände und die kriminaltechnische Forschung;
- c) gemeinsame Ermittlungstechniken zur Aufdeckung schwerwiegender Formen der organisierten Kriminalität.

In Abs. 3 ist ferner die Kompetenz enthalten, auch im Hinblick auf die operative Zusammenarbeit Maßnahmen zu erlassen und etwa gemeinsame Ermittlungsteams zu gründen. Allerdings ist hierzu ein besonderes Gesetzgebungsverfahren, das ins-

970 Böse, in: Schwarze, Art. 87 Rn. 2.

971 Vgl. auch Röben, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, 51. EL 2013, Art. 87 AEUV Rn. 2, 5.

972 Siehe zu Europol noch unten 4. Kapitel B. II. 2. b).

973 Rosenau/Petrus, in: Vedder/Heintschel v. Heinegg, Art. 87 AEUV Rn. 4.

974 Böse, in: Schwarze, Art. 87 Rn. 4; Röben, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, 51. EL 2013, Art. 87 AEUV Rn. 12; Satzger, in: Streinz, EUV/AEUV, Art. 87 AEUV Rn. 2.

975 Kugelmann, in: Böse, EnzEuR Bd. 9, § 17 Rn. 58.

976 Böse, in: Schwarze, Art. 87 Rn. 5; Röben, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, 51. EL 2013, Art. 87 AEUV Rn. 19.

besondere Einstimmigkeit im Rat und lediglich die Anhörung des Parlaments voraussetzt, erforderlich.<sup>977</sup>

Art. 88 AEUV regelt ferner die Befugnisse der EU hinsichtlich Europol.<sup>978</sup> In Art. 88 Abs. 2 AEUV ist die Kompetenz vorgesehen, durch Verordnungen den Aufbau, die Arbeitsweise, den Tätigkeitsbereich und die Aufgaben von Europol festzulegen. Das entsprechende Europol-Übereinkommen wurde bereits 1995 abgeschlossen.<sup>979</sup>

In Art. 89 AEUV ist schließlich die Kompetenz des Rates zur Regelung der Voraussetzungen der grenzüberschreitenden Tätigkeit von Behörden vorgesehen. Damit kann die EU die Bedingungen festlegen, unter welchen die Strafverfolgungsbehörden eines Mitgliedstaates auch auf dem Hoheitsgebiet eines anderen operieren dürfen. Da die Bestimmung auf Art. 82 und 87 AEUV Bezug nimmt, betrifft sie grenzüberschreitendes Handeln von Gerichten, Strafverfolgungsbehörden und der Polizei, bei Letzterer präventives wie repressives Vorgehen.<sup>980</sup> Darunter fallen etwa Nacheile oder Ermittlungstätigkeiten im anderen Mitgliedstaat.<sup>981</sup> Auch hier gilt ein besonderes Verfahren inklusive Einstimmigkeit im Rat und – aus demokratischer Sicht problematisch<sup>982</sup> – bloßer Anhörung des Europäischen Parlaments. Wie bei Art. 87 AEUV ist dies ein Relikt der ehemaligen zwischenstaatlichen Zusammenarbeit, das sich mit „Souveränitätsvorbehalten“ der Mitgliedstaaten erklären, angesichts der Supranationalisierung und Demokratisierung der „Dritten Säule“ durch den Vertrag von Lissabon aber nicht mehr befürworten lässt.

## II. Gerichtszuständigkeit und Strafverfolgungskompetenz

### 1. Strafgerichtsbarkeit

Die Strafgerichtsbarkeit wird zzt. ausschließlich von der dezentralen Ebene ausgeübt. Weder untere noch obere zentrale Gerichte sind bislang in den europäischen Verträgen anvisiert. Damit werden nicht nur sämtliche innerstaatlichen Straftaten vor den Strafgerichten der Mitgliedstaaten abgeurteilt, sondern es würden auch originäre europäische Straftaten ausschließlich in den Mitgliedstaaten angeklagt und verhandelt. Art. 86 Abs. 2 S. 2 AEUV macht dies noch einmal deutlich, indem er anordnet, dass auch eine zukünftige EStA ihre Befugnisse vor den Gerichten der

977 Zu Recht wegen der geringeren demokratischen Legitimation kritisch dazu Böse, in: Schwarze, Art. 87 Rn. 15: „anachronistisch“.

978 Siehe zu Europol ausführlich unten 4. Kapitel B. II. 2. b).

979 ABl. 1995 Nr. C 316, S. 2; in Deutschland umgesetzt durch das Europol-Gesetz vom 16.12.1997, BGBl. II S. 2150.

980 Röben, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, 51. EL 2013, Art. 89 AEUV Rn. 8.

981 Röben, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, 51. EL 2013, Art. 89 AEUV Rn. 10.

982 Sieber, ZStW 121 (2009), 1, 59.

Mitgliedstaaten ausüben würde.<sup>983</sup> Dies sieht auch der neue Vorschlag der Kommission zur Errichtung der EStA aus dem Jahr 2013 vor.<sup>984</sup> Die Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten unterscheiden sich in der Form des Gerichtsaufbaus, wie bereits aus der Darlegung der Systeme Deutschlands<sup>985</sup> und des Vereinigten Königreiches von Großbritannien und Nordirland<sup>986</sup> deutlich geworden sein dürfte, sodass sich eine verallgemeinernde Aussage hier nicht treffen lässt. Regelmäßig stehen den Angeklagten aber mehrere Instanzen zur Verfügung.

Der EuGH kann jedoch in verschiedener Hinsicht mittelbar auf das Strafrecht oder Strafprozessrecht der Mitgliedstaaten einwirken, indem er etwa die Grundfreiheiten schützt oder indem er die Unvereinbarkeit mitgliedstaatlichen Strafrechts mit den Verträgen feststellt. Auf diese Weise kann auch ein Strafverfahren bis zu seiner Entscheidung ausgesetzt werden. Dies ist gleichwohl keine Ausübung von Straferichtbarkeit.

## 2. Strafverfolgung

### a) Grundsatz der dezentralen Strafverfolgung

Es ist Folge der derzeitigen Ausgestaltung des europäischen Mehrebenensystems, in welchem die Zentrale zwar Hoheitsgewalt in Form von Gesetzgebung, nicht aber die vollziehende Gewalt, ausübt, dass auch die Strafverfolgung und die Anwendung von Zwangsmitteln überwiegend in der Hand der Mitgliedstaaten verbleiben.<sup>987</sup> Welche Straftaten die Mitgliedstaaten jeweils verfolgen können und wollen, richtet sich zunächst nach ihrem jeweiligen Strafanwendungsrecht. Dieses kann durchaus unterschiedlich geregelt sein.<sup>988</sup> Da die Gesetzgebungsbefugnis im Hinblick auf Straf- und Strafprozessrecht wiederum vom Grundsatz her bei den Mitgliedstaaten liegt, sind ihrer Strafgewalt insoweit zunächst keine Grenzen gesetzt, es sei denn sie folgen aus dem Völkerrecht oder dem jeweiligen Verfassungsrecht.<sup>989</sup>

983 Heger, *Recht und Politik* 2012, 88, 89.

984 Vgl. Art. 27 des Vorschlages der Kommission für eine Verordnung des Rates über die Errichtung der Europäischen Staatsanwaltschaft, KOM (2013) 534 endg., S. 30; dazu Satzger, *NStZ* 2013, 206, 207.

985 Siehe dazu oben 3. Kapitel A.

986 Siehe dazu oben 3. Kapitel D.

987 Im Hinblick auf das Strafrecht im weiteren Sinne kann die EU indessen Geldbußen verhängen; vgl. schon Satzger, *Europäisierung*, S. 90.

988 Vgl. auch Vogel, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, 51. EL 2013, Art. 82 AEUV Rn. 61: „beträchtliche Unterschiede“; zum Strafanwendungsrecht in Deutschland statt Vieler F. Meyer, in: Böse/Meyer/Schneider, S. 141 ff.; L. Wörner/M. Wörner, in: Sinn, *Jurisdiktionskonflikte*, S. 203 ff.; zu England/Wales Hirst, in: Böse/Meyer/Schneider, S. 27 ff.; B. Huber, in: Sinn, *Jurisdiktionskonflikte*, S. 263 ff.; vgl. auch insgesamt die Länderberichte bei Böse/Meyer/Schneider und Sinn, *Jurisdiktionskonflikte*, S. 165 ff.; einen Überblick über die gefundenen Ergebnisse bieten Böse/Meyer/Schneider, in: dies., S. 411 ff., und Sinn, in: ders., *Jurisdiktionskonflikte*, S. 505 ff.

989 Vgl. dazu Böse/Meyer, *ZIS* 2011, 336, 338 f.

Das Strafanwendungsrecht ist einfaches nationales Recht,<sup>990</sup> d.h. der nationale Gesetzgeber legt es einseitig fest.<sup>991</sup> Da jeder Staat von der eigenen Rechtsordnung ausgeht und deren Anwendungsbereich normiert, entsteht bei grenzüberschreitenden Sachverhalten die Gefahr von Jurisdiktionskonflikten,<sup>992</sup> aber auch der doppelten Bestrafung oder Verfolgung.<sup>993</sup> Kollisionslösungen verfolgen die nationalen Rechtsordnungen eher selten.<sup>994</sup> Vielmehr gehen die Einzelstaaten von ihrem Strafanspruch aus und tolerieren Überschneidungen mit anderen Rechtsordnungen,<sup>995</sup> sodass Jurisdiktionskonflikte höchstens dadurch gelöst werden, dass die Strafgewalt in bestimmten Fällen begrenzt wird. Dabei bestimmen sie – anders als das interlokale Strafrecht<sup>996</sup> oder das internationale Privatrecht – regelmäßig, dass ihre Gerichte nur das innerstaatliche Recht anwenden.<sup>997</sup>

Vom Grundsatz her darf jeder Staat selbst bestimmen, auf welche Sachverhalte sein eigenes Strafrecht angewandt werden soll und wann er dieses auch vollstrecken will. Gleichwohl sind der Erstreckung der eigenen Strafbefugnis auf ausländische Territorien völkerrechtliche Grenzen gesetzt. Denn im Völkerrecht gilt das Interventionsverbot, nach dem sich kein Staat in die inneren Angelegenheiten eines anderen einmischen darf.<sup>998</sup> Die Ausdehnung der eigenen Strafgewalt und die Verfolgung von Straftaten, die auf fremdem Territorium begangen wurden, können einen solchen Fall der völkerrechtswidrigen Einmischung darstellen.<sup>999</sup> Jedoch ist in dieser Hinsicht im internationalen Recht zu differenzieren zwischen der *jurisdiction*

990 Satzger, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier, Vor §§ 3-7 Rn. 1; *ders.*, Intern. u. Europ. Strafrecht, § 3 Rn. 1; *Schramm*, Intern. Strafrecht, 1. Kapitel Rn. 3; *Werle/Jeffberger*, in: LK, Vor § 3 Rn. 11; *L. Wörner/M. Wörner*, in: Sinn, Jurisdiktionskonflikte, S. 208.

991 *Ambos*, in: MüKo StGB, Vor § 3 Rn. 1; *Satzger*, Intern. u. Europ. Strafrecht, § 3 Rn. 4.

992 Dazu *Ambos*, Intern. Strafrecht, § 4; *ders.*, in: MüKo, Vor § 3 Rn. 54; *Eckstein*, ZStW 124 (2012), 490, 492; *Eisele*, ZStW 125 (2013), 1; *Hecker*, Europ. Strafrecht, § 12 Rn. 3 ff.; *ders.*, ZIS 2011, 60; *Ligeti*, S. 68 ff.; *Sinn*, ZIS 2013, 1.

993 Zu den Jurisdiktionskonflikten in der EU siehe noch unten 4. Kapitel C. III. 1.; zum Problem des *ne bis in idem* in der EU siehe unten 4. Kapitel C. IV.

994 Siehe die Länderberichte bei *Böse/Meyer/Schneider* sowie die Zusammenfassung von *Böse/Meyer/Schneider*, in: dies., S. 445 f., 453, die dem Rechtsvergleich allerdings eine gewisse Reihenfolge der Prinzipien entnehmen; vgl. ferner den Hinweis von *Satzger*, Intern. u. Europ. Strafrecht, § 3 Rn. 3, auf Art. 5 Abs. 1 StGB Schweiz a.F., in dem bestimmt war, welches Recht bei Auslandssachverhalten anzuwenden ist.

995 *Ambos*, Intern. Strafrecht, § 1 Rn. 2; *Böse*, in: NK, Vor § 3 Rn. 9; vgl. auch *L. Wörner/M. Wörner*, in: Sinn, Jurisdiktionskonflikte, S. 206.

996 Siehe dazu oben 3. Kapitel A. III. 1.

997 *Deiters*, ZIS 2006, 472, 477 ff., schlägt hingegen für die EU das Prinzip der stellvertretenden Strafrechtspflege als Strukturprinzip vor und erwägt dabei auch die Fremdrechtsanwendung.

998 IGH P.C.I.J. Series A, No. 10 (1927), 5, 18 – S.S. *Lotus*; vgl. dazu *Ambos*, Intern. Strafrecht, § 2 Rn. 1 ff.; *ders.*, in: MüKo StGB, Vor § 3 Rn. 9; *Böse*, in: NK, Vor § 3 Rn. 12 ff.; *Gropp*, in: Sinn, Jurisdiktionskonflikte, S. 43; *Hecker*, Europ. Strafrecht, § 2 Rn. 9; *Satzger*, Intern. u. Europ. Strafrecht, § 4 Rn. 2; vgl. auch Art. 2 Abs. 1 UN-Charta, der von der souveränen Gleichheit der Staaten ausgeht.

999 *Ambos*, Intern. Strafrecht, § 2 Rn. 4; *ders.*, in: MüKo StGB, Vor § 3 Rn. 11; *Böse*, in: NK, Vor § 3 Rn. 12; *Böse/Meyer*, ZIS 2011, 336, 338; *Hecker*, Europ. Strafrecht, § 2 Rn. 9; *Satzger*, Intern. u. Europ. Strafrecht, § 4 Rn. 2.

to prescribe, jurisdiction to adjudicate und jurisdiction to enforce.<sup>1000</sup> Denn diese Befugnisse unterliegen unterschiedlichen Beschränkungen.<sup>1001</sup> Während die Strafverfolgung jedenfalls grundsätzlich an der jeweiligen Staatsgrenze endet und die Ausübung der Strafgerichtsbarkeit auf das jeweilige Territorium beschränkt ist,<sup>1002</sup> ist die Ausdehnung des Geltungsbereiches des materiellen Strafrechts völkerrechtlich zulässig, sofern sich ein international anerkannter legitimierender Anknüpfungspunkt für die eigene Strafgewalt finden lässt und nicht im konkreten Fall ein ausdrückliches völkerrechtliches Verbot greift.<sup>1003</sup>

Im deutschen Recht regeln die §§ 3-7 StGB zwar zunächst die Anwendbarkeit des deutschen materiellen Strafrechts, außerhalb des so bestimmten Geltungsbereiches wird jedoch regelmäßig auch ein Verfahrenshindernis im Hinblick auf die Einleitung und Durchführung eines Strafverfahrens in Deutschland angenommen,<sup>1004</sup> sodass deutsche Strafgewalt und Anwendbarkeit deutschen Strafrechts kongruent sind<sup>1005</sup> und die deutschen Behörden außerhalb des Geltungsbereiches des materiellen Rechts auch nicht tätig werden können.

Als völkerrechtlich legitimierende Anknüpfungspunkte der nationalen Strafgewalt werden regelmäßig das Territorialitätsprinzip (ergänzt durch das Flaggenprinzip), das Staatsschutzprinzip, das aktive und passive Personalitätsprinzip und das Weltrechtsprinzip aufgezählt.<sup>1006</sup> Hinzu kommen stellvertretende und vertrag-

1000 Eser, in: Schönke/Schröder, Vorbem. §§ 3-9 Rn. 9; ders., in: Sinn, Jurisdiktionskonflikte, S. 560; Ligeti, S. 69; vgl. auch das US-amerikanische Restatement (Third) of Foreign Relations Law § 401 (1987), worin nach *jurisdiction to prescribe, jurisdiction to adjudicate und jurisdiction to enforce* differenziert wird.

1001 Ausführlich dazu Werle/Jeßberger, in: LK, Vor § 3 Rn. 5, 21 f.

1002 Eser, in: Schönke/Schröder, Vorbem. §§ 3-9 Rn. 2; ders., in: Sinn, Jurisdiktionskonflikte, S. 560 f.

1003 Insofern im Sinne einer zweistufigen Prüfung Ambos, Intern. Strafrecht, § 2 Rn. 6; ders., in: MüKo StGB, Vor § 3 Rn. 13 ff.; Gropp, in: Sinn, Jurisdiktionskonflikte, S. 44.

1004 BGHSt 34, 1, 3; Ambos, in: MüKo StGB, Vor § 3 Rn. 4; Beulke, Rn. 274; Böse, in: NK, Vor § 3 Rn. 11; Eser, in: Schönke/Schröder, Vorbem. §§ 3-9 Rn. 7; v. Heintschel-Heinegg, in: Beck OK StGB, Stand: 1.12.2012, § 3 Rn. 5; F. Meyer, in: Böse/Meyer/Schneider, S. 169; Nelles/Tinkl/Lauchstädt, in: Schulze/Zuleeg/Kadelbach, § 42 Rn. 51; Werle/Jeßberger, in: LK, Vor § 3 Rn. 10.

1005 Ambos, in: MüKo StGB, Vor § 3 Rn. 2.

1006 Vgl. Ambos, Intern. Strafrecht, § 2 Rn. 5, 7; ders., in: MüKo StGB, Vor § 3 Rn. 17 ff.; Böse, in: NK, Vor § 3 Rn. 15 ff.; Eisele, ZStW 125 (2013), 1, 4; Eser, in: Schönke/Schröder, Vorbem. §§ 3-9 Rn. 11 ff.; Gropp, in: Sinn, Jurisdiktionskonflikte, S. 44 ff.; Hecker, Europ. Strafrecht, § 2 Rn. 11 ff.; ders., in: Sinn, Jurisdiktionskonflikte, S. 86; ders., ZIS 2011, 60; Lackner/Kühl, Vorbem. §§ 3-7 Rn. 2; Ligeti, S. 71 ff.; Satzger, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier, Vor §§ 3-7 Rn. 5; ders., Intern. u. Europ. Strafrecht, § 4 Rn. 3 ff.; Schramm, Intern. Strafrecht, 1. Kapitel Rn. 27; Werle/Jeßberger, in: LK, Vor § 3 Rn. 217, 222 ff.; für das deutsche Recht L. Wörner/M. Wörner, in: Sinn, Jurisdiktionskonflikte, S. 228 ff.; im Hinblick auf die „Europa-Delikte“ Vogel, in: Tiedemann, Freiburg-Symposium, S. 96 ff.; diese sind wiederum in mehr oder weniger großem Umfang in den meisten Staaten anerkannt; vgl. dazu die Länderberichte in: Sinn, Jurisdiktionskonflikte, S. 165 ff., sowie die Übersicht von Sinn, in: ders., Jurisdiktionskonflikte, S. 515 ff.; ferner Klip, Europ. Crim. L., S. 191 ff., der nachweist, inwieweit diese Prinzipien in der EU eine Rolle spielen.

lich begründete Strafrechtspflege.<sup>1007</sup> Daneben werden teilweise aber auch dem Verfassungsrecht die Strafgewalt beschränkende Wirkungen zugesprochen, so etwa im Hinblick auf das Schuldprinzip und Art. 103 Abs. 2 GG oder auf Art. 16 Abs. 2 GG und das Rechtsstaatsprinzip hinsichtlich der Auslieferung und der Akzeptanz ausländischer Strafansprüche.<sup>1008</sup>

Die nationalstaatlichen Regelungen des Strafanwendungsrechts werden schließlich aber auch zunehmend vom europäischen Recht überlagert.<sup>1009</sup> Denn zum einen ist gemäß Art. 82 Abs. 1 UA. 2 lit. b) AEUV eine Koordination durch die EU zur Vermeidung von Kompetenzkonflikten möglich.<sup>1010</sup> Zum anderen entsteht durch den Einfluss des europäischen Rechts, namentlich durch das Prinzip der Assimilierung und die Schutzpflicht im Hinblick auf die Rechtsgüter der EU<sup>1011</sup> ein neuer Anknüpfungspunkt für die mitgliedstaatliche Strafgewalt in Gestalt eines europäischen Schutzprinzips<sup>1012</sup>, dessen Umsetzung den Mitgliedstaaten aufgegeben wird, oder eines europäischen Territorialitätsprinzips, auf das die Mitgliedstaaten ihr Strafanwendungsrecht einstellen müssen.<sup>1013</sup> Hinsichtlich der Strafbarkeit von Eidesverletzungen vor dem EuGH wurde die Frage der Ausweitung des deutschen Strafanwendungsrechts oben<sup>1014</sup> bereits behandelt.

Zu erwähnen ist auch § 6 Nr. 8 StGB, der den Subventionsbetrug nach § 264 StGB unabhängig von Tatort und Staatsangehörigkeit dem deutschen Strafrecht unterstellt. Für Bestechungshandlungen stellt § 1 EUBestG ferner EU-Richter und Beamte den deutschen Richtern und Amtsträgern für die Anwendung der §§ 332 ff. StGB gleich und § 2 EUBestG erweitert das deutsche Strafanwendungs-

1007 Dazu *Ambos*, Intern. Strafrecht, § 3 Rn. 116 ff.; *ders.*, in: MüKo StGB, Vor § 3 Rn. 50 ff.; *Böse*, in: NK, Vor § 3 Rn. 28 ff.; *Eser*, in: Schönke/Schröder, Vorbem. §§ 3-9 Rn. 21 f.; *Hecker*, Europ. Strafrecht, § 2 Rn. 8, 53 ff.; *Lackner/Kübl*, Vorbem. §§ 3-7 Rn. 2; *Satzger*, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier, Vor §§ 3-7 Rn. 5; *ders.*, Intern. u. Europ. Strafrecht, § 4 Rn. 15 f.; *Schramm*, Intern. Strafrecht, 1. Kapitel Rn. 70 f.; *Werle/Jeffberger*, in: LK, Vor § 3 Rn. 248 ff., 250; für das deutsche Recht *L. Wörner/M. Wörner*, in: Sinn, Jurisdiktionskonflikte, S. 248 f.

1008 So etwa BVerfGE 113, 273, 301 ff. (Europäischer Haftbefehl). *Böse/Meyer*, ZIS 2011, 336, 338 ff., überprüfen sämtliche Anknüpfungspunkte kritisch anhand der deutschen Verfassung und fordern eine Rückbesinnung auf das Territorialitätsprinzip; siehe auch noch unten 4. Kapitel C. III. 1.

1009 *Böse*, in: NK, Vor § 3 Rn. 2 ff.

1010 Siehe dazu bereits oben 4. Kapitel B. II. b) ee) sowie unten 4. Kapitel C. III. 1.

1011 Dass die EU über eigene Rechtsgüter verfügt betonen auch *Bacigalupo*, ZStW 116 (2004), 326; *Böse*, ZIS 2010, 76, 88; *Eisele*, JA 2000, 896, 897; *Gröblichhoff*, S. 38 ff.; *Heger*, ZIS 2007, 547, 550; *F. Meyer*, Demokratieprinzip, S. 123, 125; *Satzger*, Europäisierung, S. 348; *Sieber*, ZStW 121 (2009), 1, 4 f.; *ders.*, in: Sieber/Brüner/Satzger/v. Heintschel-Heinegg, Einführung Rn. 208; *Spinellis*, in: Schünemann, Gesamtkonzept, S. 233 ff.; *Tiedemann*, NJW 1990, 2226, 2232; auch *Wasmeier*, ZStW 116 (2004), 320; ausführlich zu den europäischen Rechtsgütern *Bitzilekis/Kaiafa-Gbandi/Symeonidou-Kastanidou*, in: Schünemann, Gesamtkonzept, S. 222 ff.

1012 So *Satzger*, Intern. u. Europ. Strafrecht, § 4 Rn. 18; vgl. auch *Oehler*, Intern. Strafrecht, Rn. 913; *Werle/Jeffberger*, in: LK, Vor § 3 Rn. 252; *L. Wörner/M. Wörner*, in: Sinn, Jurisdiktionskonflikte, S. 214; zur Umsetzung in den Einzelstaaten *Böse/Meyer/Schneider*, in: dies., S. 436 f.; siehe ferner bereits oben 4. Kapitel A. IV. 1.

1013 *Satzger*, Europäisierung, S. 370, 388, 688, im Hinblick auf die Rechtsgüter der EG; vgl. zur Etablierung eines europäischen Territorialitätsprinzips auch Art. 2 der „Europa-Delikte“ sowie zur Begründung *Vogel*, in: Tiedemann, Freiburg-Symposium, S. 96 ff.; siehe bereits oben 4. Kapitel A. IV. 1.

1014 Oben 4. Kapitel A. IV. 1.

recht auf Auslandstaten durch Deutsche oder Ausländer, welche die Tat als Amtsträger im Sinne des § 11 Abs. 1 Nr. 2 oder als Gemeinschaftsbeamter im Sinne des § 1 Abs. 1 Nr. 2 lit. b), der einer gemäß den Verträgen zur Gründung der Europäischen Gemeinschaften geschaffenen Einrichtung mit Sitz im Inland angehört, begehenden. Auf der anderen Seite kann das europäische Recht die Strafgewalt aber auch beschränken, indem sich Strafen für Auslandstaten als unionsrechtswidrig erweisen.<sup>1015</sup>

### b) Zentrale Behörden

Das System der dezentralen Strafverfolgung wird inzwischen jedoch auch durch einige zentrale Einrichtungen ergänzt. Diesbezüglich ist zunächst Europol zu nennen. Das Europäische Polizeiamt wurde durch das Europol-Übereinkommen (EuropolÜ)<sup>1016</sup> im Jahr 1995 laut Präambel des EuropolÜ „in dem Bewusstsein der dringenden Probleme, die sich aus dem Terrorismus, dem illegalen Drogenhandel und sonstigen schwerwiegenden Formen der internationalen Kriminalität ergeben,“ und „eingedenk des gemeinsamen Ziels, eine Verbesserung der polizeilichen Zusammenarbeit“ in diesen Bereichen „durch einen ständigen, zuverlässigen und intensiven Informationsaustausch zwischen Europol und den nationalen Stellen herbeizuführen,“ errichtet. Das Abkommen trat am 1.10.1998 in Kraft und Europol nahm am 1.7.1999 seine Tätigkeit auf.<sup>1017</sup>

In der Zeit zwischen 1995 und 1999 bestand jedoch schon eine Vorläuferorganisation, die Europol Drugs Unit (EDU), die von den Mitgliedstaaten durch eine Gemeinsame Maßnahme eingerichtet worden war.<sup>1018</sup> Ihr Mandat wurde erweitert durch eine Gemeinsame Maßnahme aus dem Jahr 1996<sup>1019</sup> und erstreckte sich danach auf Drogendelikte, den illegalen Handel mit radioaktiven und nuklearen Materialien, Schleuserkriminalität, Menschenhandel und die Verschiebung von Kraft-

1015 Böse/Meyer, ZIS 2011, 336, 340.

1016 ABl. 1995 Nr. C 316, S. 2; in Deutschland umgesetzt durch das Europol-Gesetz vom 16.12.1997, BGBl. II S. 2150.

1017 Zu Europol siehe Ambos, Intern. Strafrecht, § 13 Rn. 4 ff.; Böse, in: Schwarze, Art. 88 AEUV Rn. 3 ff.; Ellermann, ZEuS 2002, 561; ders., S. 46 ff.; Esser, Europ. u. Intern. Strafrecht, § 3 Rn. 26 ff.; Fletcher/Löff/Gilmore, S. 76 ff.; Gleß, NStZ 2001, 623; Hecker, Europ. Strafrecht, § 5 Rn. 59 ff.; Kretschmer, JURA 2007, 169, 170 ff.; Krüßmann, S. 410 ff.; Mitsilegas, S. 161 ff.; Nelles/Tinkl/Lauchstädt, in: Schulze/Zuleeg/Kadelbach, § 42 Rn. 86 ff.; Neumann, in: Sieber/Brüner/Satzger/v. Heintschel-Heinegg, § 44; Rosenau/Petrus, in: Vedder/Heintschel v. Heinegg, Art. 88 AEUV Rn. 2 ff.; Ruthig, in: Böse, EnzEuR Bd. 9, § 20; Safferling, Intern. Strafrecht, § 12 Rn. 4 ff.; Satzger, Intern. u. Europ. Strafrecht, § 10 Rn. 3 ff.; Schamberg, in: Grützner/Pötz/Krefß, 4. Ordner, 34. EL 2013, Europol, Vorbemerkungen; Schuster, S. 43 f.

1018 Gemeinsame Maßnahme 95/73/JI, ABl. 1995 Nr. L 62, S. 1; dazu Ellermann, Europol und FBI, S. 37 ff.; Gleß, NStZ 2001, 623; Hecker, Europ. Strafrecht, § 5 Rn. 57 f.; Neumann, in: Sieber/Brüner/Satzger/v. Heintschel-Heinegg, § 44 Rn. 2; Schamberg, in: Grützner/Pötz/Krefß, 4. Ordner, 34. EL 2013, Europol, Vorbemerkungen Rn. 2.

1019 Gemeinsame Maßnahme 96/748/JI, ABl. 1996 Nr. L 342, S. 4.

fahrzeugen.<sup>1020</sup> Diese Kriminalitätsfelder wurden auch als Zuständigkeitsbereich von Europol in Art. 2 Abs. 2 UA. 1 EuropolÜ genannt. Seine Tätigkeit wurde später durch Beschluss des Rates vom 6.12.2001<sup>1021</sup> auf die im Anhang zum EuropolÜ genannten Kriminalitätsformen ausgeweitet.<sup>1022</sup>

Durch Beschluss des Rates vom 6.4.2009<sup>1023</sup> (Europol-Beschluss) wurde Europol auf eine neue Grundlage gestützt. Nach Art. 4 Abs. 1 Europol-Beschluss ist Europol zuständig für organisierte Kriminalität, Terrorismus und andere Formen schwerer Kriminalität gemäß dem Anhang, wenn zwei oder mehr Mitgliedstaaten in einer Weise betroffen sind, die aufgrund des Umfangs, der Bedeutung und der Folgen der Straftaten ein gemeinsames Vorgehen der Mitgliedstaaten erfordert. Gemäß Art. 88 Abs. 2 AEUV kann die EU auch in der Zukunft durch Verordnungen den Aufbau, die Arbeitsweise, den Tätigkeitsbereich und die Aufgaben von Europol festlegen. Nach Art. 88 Abs. 1 AEUV hat Europol den Auftrag, „die Tätigkeit der Polizeibehörden und der anderen Strafverfolgungsbehörden der Mitgliedstaaten sowie deren gegenseitige Zusammenarbeit bei der Verhütung und Bekämpfung der zwei oder mehr Mitgliedstaaten betreffenden schweren Kriminalität, des Terrorismus und der Kriminalitätsformen, die ein gemeinsames Interesse verletzen, das Gegenstand einer Politik der Union ist, zu unterstützen und zu verstärken“. Insofern ist das Tätigkeitsfeld von Europol auf diese Kriminalitätsbereiche beschränkt. Die Aufgaben von Europol sind in Art. 5 Europol-Beschluss sowie in Art. 88 Abs. 2 S. 2 AEUV aufgeführt. Zu diesen Aufgaben kann nach letzterer Bestimmung Folgendes gehören:

- a) Einholen, Speichern, Verarbeiten, Analysieren und Austauschen von Informationen, die insbesondere von den Behörden der Mitgliedstaaten oder Drittländern beziehungsweise Stellen außerhalb der Union übermittelt werden;
- b) Koordinierung, Organisation und Durchführung von Ermittlungen und von operativen Maßnahmen, die gemeinsam mit den zuständigen Behörden der Mitgliedstaaten oder im Rahmen gemeinsamer Ermittlungsgruppen durchgeführt werden, gegebenenfalls in Verbindung mit Eurojust.

Daher bestehen die Funktionen von Europol im Wesentlichen im Sammeln von Informationen sowie in der Erleichterung der Zusammenarbeit der Polizeibehör-

1020 *Gleß*, NStZ 2001, 623; *Neumann*, in: Sieber/Brüner/Satzger/v. Heintschel-Heinegg, § 44 Rn. 2.

1021 Beschluss des Rates vom 6.12.2001 zur Ausweitung des Mandats von Europol auf die im Anhang zum Europol-Abkommen aufgeführten schwerwiegenden Formen internationaler Kriminalität, ABl. 2001 Nr. C 362, S. 1.

1022 *Neumann*, in: Sieber/Brüner/Satzger/v. Heintschel-Heinegg, § 44 Rn. 3.

1023 Beschluss 2009/371/JI des Rates vom 6.4.2009 zur Errichtung des Europäischen Polizeiamtes (Europol), ABl. 2009 Nr. L 121, S. 37.

den der Mitgliedstaaten.<sup>1024</sup> Europol kann dabei präventiv wie repressiv tätig werden.<sup>1025</sup> In begrenztem Umfang ist die Teilnahme an grenzüberschreitenden Operationen möglich.<sup>1026</sup> Diese müssen jedoch nach Art. 88 Abs. 3 S. 1 AEUV stets in Verbindung und Absprache mit den Behörden der betroffenen Mitgliedstaaten geschehen. Zwar können Beamte des Europol inzwischen gemäß Art. 6 Europol-Beschluss und Art. 88 Abs. 2 S. 2 lit. b) AEUV an gemeinsamen Ermittlungsteams<sup>1027</sup> der Mitgliedstaaten, die nach Art. 13 des Europäischen Rechtshilfeabkommens des Rates vom 29.5.2000<sup>1028</sup> eingerichtet werden dürfen, teilnehmen,<sup>1029</sup> jedoch fehlen ihnen jegliche Zwangsbefugnisse.<sup>1030</sup> Dies wird durch Art. 88 Abs. 3 S. 2 AEUV klar gestellt. So kann Europol zwar an operativen Maßnahmen teilnehmen, muss das Gewaltmonopol der Mitgliedstaaten jedoch respektieren.<sup>1031</sup> Allerdings ist auch das Erheben und Speichern mit Grundrechtseingriffen verbunden.<sup>1032</sup>

Als weitere zentrale Behörde ist das Europäische Amt für Betrugsbekämpfung OLAF<sup>1033</sup> zu nennen, das durch Kommissionsbeschluss vom 28.4.1999<sup>1034</sup> eingerichtet und mit entsprechenden Befugnissen ausgestattet wurde. Auch wenn auf-

- 1024 Ambos, Intern. Strafrecht, § 13 Rn. 8; *Kretschmer*, JURA 2007, 169, 170 f.; *Neumann*, in: Sieber/Brüner/Satzger/v. Heintschel-Heinegg, § 44 Rn. 7 ff.; *Satzger*, Intern. u. Europ. Strafrecht, § 10 Rn. 6; siehe zu den Zuständigkeiten ferner *Mitsilegas*, S. 168 ff.; *Röben*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, 51. EL 2013, Art. 88 AEUV Rn. 36 ff.; *Schamberg*, in: Grütznert/Pötz/Krefß, 4. Ordner, 34. EL 2013, Europol, Vorbemerkungen Rn. 12.
- 1025 *Esser*, Europ. u. Intern. Strafrecht, § 3 Rn. 38; *Röben*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, 51. EL 2013, Art. 88 AEUV Rn. 10.
- 1026 Darin machte *Weigend*, ZStW 116 (2004), 275, 296 (in Bezug auf den VVE) einen „Quantensprung von der Informationssammelungs- zur Eingriffsbehörde“ aus.
- 1027 Dazu *Mitsilegas*, S. 169 ff.; *Neumann*, in: Sieber/Brüner/Satzger/v. Heintschel-Heinegg, § 34; siehe ferner noch unten 4. Kapitel C. III. 3.
- 1028 Rechtsakt des Rates vom 29.5.2000, ABl. 2000 Nr. C 197, S. 1.
- 1029 Dazu *Kretschmer*, JURA 2007, 169, 172; *Neumann*, in: Sieber/Brüner/Satzger/v. Heintschel-Heinegg, § 34 Rn. 11, § 44 Rn. 22.
- 1030 Ambos, Intern. Strafrecht, § 13 Rn. 6; *Böse*, ZIS 2010, 76, 82; *ders.*, in: Schwarze, Art. 88 AEUV Rn. 7; *Hecker*, Europ. Strafrecht, § 5 Rn. 64; *Kretschmer*, JURA 2007, 169, 170; *Nelles/Tinkl/Lauchstädt*, in: Schulze/Zuleeg/Kadelbach, § 42 Rn. 90; *Neumann*, in: Sieber/Brüner/Satzger/v. Heintschel-Heinegg, § 44 Rn. 5; *Röben*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, 51. EL 2013, Art. 89 AEUV Rn. 25; *Rosenau/Petrus*, in: Vedder/Heintschel v. Heinegg, Art. 88 AEUV Rn. 8; *Safferling*, Intern. Strafrecht, § 12 Rn. 10; *Schramm*, Intern. Strafrecht, 4. Kapitel Rn. 158.
- 1031 *Amelung/Mittag*, in: Wolter/Schenke/Hilger/Ruthig/Zöller, Alternativentwurf Europol, S. 248 ff.; zu neueren Entwicklungen vgl. den Vorschlag der Kommission für eine VO des Europäischen Parlaments und des Rates über die Agentur der EU für die Zusammenarbeit 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; KOM (2013), 173 endg.; dazu *Brodowski*, ZIS 2013, 455, 463 f.
- 1032 *Amelung/Mittag*, in: Wolter/Schenke/Hilger/Ruthig/Zöller, Alternativentwurf Europol, S. 241.
- 1033 Dazu *Ambos*, Intern. Strafrecht, § 13 Rn. 1 ff.; *Brüner/Spitzer*, in: Sieber/Brüner/Satzger/v. Heintschel-Heinegg, § 43; *Esser*, Europ. Strafverfahrensrecht, S. 36 ff.; *ders.*, Europ. u. Intern. Strafrecht, § 1 Rn. 3 ff.; *Fromm*, Der strafrechtliche Schutz der Finanzinteressen, S. 27 ff.; *Kretschmer*, JURA 2007, 169, 174 f.; *Magiera*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, 51. EL 2013, Art. 325 AEUV Rn. 44 ff.; *Mitsilegas*, S. 210 ff.; *Nelles/Tinkl/Lauchstädt*, in: Schulze/Zuleeg/Kadelbach, § 42 Rn. 132 ff.; *Safferling*, Intern. Strafrecht, § 12 Rn. 21 ff.; *Satzger*, Intern. und Europ. Strafrecht, § 10 Rn. 18 ff.; *Schramm*, Intern. Strafrecht, 4. Kapitel Rn. 151 ff.; *Schuster*, S. 40 ff.; *Zöller*, in: Böse, EnzEuR Bd. 9, § 22.
- 1034 Kommissionsbeschluss 1999/352/EG, ABl. 1999 Nr. L 136, S. 20.

grund ihrer Errichtung im Rahmen der „Ersten Säule“ und der weitestgehend fehlenden Zwangsbefugnisse bei dieser Behörde umstritten ist, ob sie dem Bereich des Verwaltungs- oder des strafrechtlichen Ermittlungsverfahrens zuzuordnen ist,<sup>1035</sup> so dient die Tätigkeit von OLAF doch der Betrugsbekämpfung und weist große Ähnlichkeiten zu strafrechtlichen Ermittlungen auf.<sup>1036</sup>

Eingeleitet wurde seine Errichtung durch das Europäische Parlament, welches die Arbeit der Kommission und des Vorläufers von OLAF, der Koordinierungsstelle für die Betrugsbekämpfung (*Unité de Coordination pour la Lutte Anti-Fraude*, kurz: UCLAF), für nicht ausreichend erachtete.<sup>1037</sup> Die 1988 eingerichtete UCLAF hatte etwa zunächst über keine eigenen Untersuchungsbefugnisse verfügt und sich auf die Koordinierung der Dienststellen der Kommission beschränkt.<sup>1038</sup> OLAF kommen hingegen durchaus Ermittlungsbefugnisse zu, wie etwa der Zugang zu Informationen und Räumlichkeiten.<sup>1039</sup> Regelungen im Zusammenhang mit OLAF sind auf die Rechtsgrundlage des Art. 325 AEUV, aber auch auf Art. 317 AEUV, zu stützen.<sup>1040</sup> Kürzlich trat eine neue Verordnung in Kraft.<sup>1041</sup>

Als drittes ist die Europäische Stelle für justizielle Zusammenarbeit (Eurojust) anzuführen.<sup>1042</sup> Ihre Gründung wurde im Jahr 1999 im Europäischen Rat von Tampere beschlossen und durch den Beschluss des Rates vom 28.2.2002 (Eurojust-Beschluss 2002)<sup>1043</sup> auch umgesetzt, nachdem bereits zuvor mit Pro-Eurojust vorübergehend ein Provisorium aus 16 Richtern und Staatsanwälten die Tätigkeit er-

1035 Für Qualifikation als Verwaltungsbehörde *Ambos*, Intern. Strafrecht, § 13 Rn. 2; *Brüner/Spitzer*, in: *Sieber/Brüner/Satzger/v. Heintschel-Heinegg*, § 43 Rn. 1 f.; *Kretschmer*, JURA 2007, 169, 175; *Schramm*, Intern. Strafrecht, 4. Kapitel Rn. 153; *Zöller*, in: *Böse*, EnzEuR Bd. 9, § 22 Rn. 4 – für Einordnung als strafrechtliche Ermittlungsbehörde *Esser*, Europ. u. Intern. Strafrecht, § 3 Rn. 11; *Nelles/Tinkl/Lauchstädt*, in: *Schulze/Zuleeg/Kadelbach*, § 42 Rn. 139; vgl. auch *Nelles*, ZStW 109 (1997), 727, 744.

1036 *Brüner/Spitzer*, in: *Sieber/Brüner/Satzger/v. Heintschel-Heinegg*, § 43 Rn. 3; *Nelles/Tinkl/Lauchstädt*, in: *Schulze/Zuleeg/Kadelbach*, § 42 Rn. 139.

1037 *Brüner/Spitzer*, in: *Sieber/Brüner/Satzger/v. Heintschel-Heinegg*, § 43 Rn. 19.

1038 *Brüner/Spitzer*, in: *Sieber/Brüner/Satzger/v. Heintschel-Heinegg*, § 43 Rn. 18; siehe zu UCLAF auch *Fromm*, Der strafrechtliche Schutz der Finanzinteressen, S. 26 f.; *Kretschmer*, JURA 2007, 169, 174; *Nelles/Tinkl/Lauchstädt*, in: *Schulze/Zuleeg/Kadelbach*, § 42 Rn. 135 f.

1039 Vgl. bereits Art. 7 der VO (EG/EAG) 2185/96 vom 11.11.1996, ABl. 1996 Nr. L 292, S. 2.

1040 *Brüner/Spitzer*, in: *Sieber/Brüner/Satzger/v. Heintschel-Heinegg*, § 43 Rn. 26 f.

1041 VO (EU, EAG) 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 VO (EG) Nr. 1073/1999 des Europäischen Parlaments und des Rates und der VO (EAG) Nr. 1074/1999 des Rates; vgl. dazu *Brodowski*, ZIS 2013, 455, 463.

1042 Zu Eurojust siehe *Ambos*, Intern. Strafrecht, § 13 Rn. 13; *Böse*, in: *Schwarze*, Art. 85 AEUV Rn. 2 ff.; *Esser*, Europ. u. Intern. Strafrecht, § 3 Rn. 61 ff.; *Fletcher/Löffel/Gilmore*, S. 65 ff.; *Grotz*, in: *Sieber/Brüner/Satzger/v. Heintschel-Heinegg*, § 45; *Hecker*, Europ. Strafrecht, § 5 Rn. 70 ff.; *Kretschmer*, JURA 2007, 169, 173 f.; *Krüßmann*, S. 563 ff.; *Mitsilegas*, S. 187 ff.; *Nelles/Tinkl/Lauchstädt*, in: *Schulze/Zuleeg/Kadelbach*, § 42 Rn. 114 ff.; *Rosenau/Petrus*, in: *Vedder/Heintschel v. Heinegg*, Art. 85 AEUV Rn. 2 ff.; *Safferling*, Intern. Strafrecht, § 12 Rn. 15 ff.; *Satzger*, Intern. u. Europ. Strafrecht, § 10 Rn. 11 ff.; *Schramm*, Intern. Strafrecht, 4. Kapitel Rn. 162 ff.; *Schuster*, S. 45 f.; *Zöller*, in: *Böse*, EnzEuR Bd. 9, § 21 Rn. 2 ff.

1043 Beschluss 2002/187/JI des Rates vom 28. Februar 2002 über die Errichtung von Eurojust zur Verstärkung der Bekämpfung der schweren Kriminalität, ABl. 2002 Nr. L 63, S. 1.

probt hatte.<sup>1044</sup> Eine Neufassung und Änderung brachte der Beschluss des Rates vom 16.12.2008.<sup>1045</sup> Inzwischen stellt Art. 85 AEUV die Ermächtigungsgrundlage zur Festlegung von Aufbau, Arbeitsweise, Tätigkeitsbereich und Aufgaben von Eurojust bereit.<sup>1046</sup> Derzeit wird ein Vorschlag für eine Verordnung zur Änderung der Grundlagen von Eurojust diskutiert.<sup>1047</sup>

Der Auftrag von Eurojust besteht nach Art. 85 Abs. 1 AEUV darin, „die Koordinierung und Zusammenarbeit zwischen den nationalen Behörden zu unterstützen und zu verstärken, die für die Ermittlung und Verfolgung von schwerer Kriminalität zuständig sind, wenn zwei oder mehr Mitgliedstaaten betroffen sind oder eine Verfolgung auf gemeinsamer Grundlage erforderlich ist“. Wesentliche Funktion von Eurojust ist es, die dezentrale Strafverfolgung durch die Behörden der Mitgliedstaaten zentral zu koordinieren.<sup>1048</sup> Zu den Aufgaben kann gemäß Art. 85 Abs. 1 UA. 2 S. 2 AEUV Folgendes gehören:

- a) Einleitung von strafrechtlichen Ermittlungsmaßnahmen sowie Vorschläge zur Einleitung von strafrechtlichen Verfolgungsmaßnahmen, die von den zuständigen nationalen Behörden durchgeführt werden, insbesondere bei Straftaten zum Nachteil der finanziellen Interessen der Union;
- b) Koordinierung der unter Buchstabe a) genannten Ermittlungs- und Verfolgungsmaßnahmen;
- c) Verstärkung der justiziellen Zusammenarbeit, unter anderem auch durch die Beilegung von Kompetenzkonflikten und eine enge Zusammenarbeit mit dem Europäischen Justiziellen Netz.

Eine ähnliche Aufgabenzuweisung und Zielbestimmung findet sich auch in Art. 3 Eurojust-Beschluss 2002 in der Fassung des Beschlusses 2009/426/JI. Eine besondere Funktion kommt Eurojust im Hinblick auf die Bekämpfung des Terrorismus<sup>1049</sup> sowie bei der Koordinierung Europäischer Haftbefehle<sup>1050</sup> zu.<sup>1051</sup> Schließlich verfolgt auch das Europäische Justizielle Netz (EJN), das durch die Gemeinsame Maßnahme vom 29.6.1998<sup>1052</sup> eingerichtet wurde, den Zweck der Verbesse-

1044 Dazu *Grotz*, in: Sieber/Brüner/Satzger/v. Heintschel-Heinegg, § 45 Rn. 3 f.

1045 Beschluss 2009/426/JI des Rates vom 16. Dezember 2008 zur Stärkung von Eurojust und zur Änderung des Beschlusses 2002/187/JI über die Errichtung von Eurojust zur Verstärkung der Bekämpfung der schweren Kriminalität, ABl. 2002 Nr. L 138, S. 14.

1046 Siehe bereits oben 4. Kapitel B. I. 2. c).

1047 KOM (2013), 535 endg.; dazu *Brodowski*, ZIS 2013, 455, 462 f.

1048 *Kretschmer*, JURA 2007, 169, 173. Nach der Interpretation von *Weigend*, ZStW 116 (2004), 275, 298 (zum VVE), kommt der Behörde dabei aber eine durchaus führende Rolle zu.

1049 Vgl. den Beschluss 2003/48/JI des Rates vom 19. Dezember 2002 über die Anwendung besonderer Maßnahmen im Bereich der polizeilichen und justiziellen Zusammenarbeit bei der Bekämpfung des Terrorismus gemäß Artikel 4 des Gemeinsamen Standpunkts 2001/931/GASP, ABl. 2003 Nr. L 16, S. 68; ferner den Beschluss 2005/671/JI des Rates vom 20. September 2005 über den Informationsaustausch und die Zusammenarbeit betreffend terroristische Straftaten, ABl. 2005 Nr. L 253, S. 22.

1050 Siehe dazu noch unten 4. Kapitel C. III. 2. a).

1051 *Grotz*, in: Sieber/Brüner/Satzger/v. Heintschel-Heinegg, § 45 Rn. 15 ff.

1052 Gemeinsame Maßnahme 98/428/JI des Rates vom 29. Juni 1998 zur Einrichtung des Europäischen Justiziellen Netzes, ABl. 1998 Nr. L 191, S. 4.

zung der justiziellen Zusammenarbeit durch die Erleichterung der Kooperation vermittelt justizieller Kontaktstellen in den Mitgliedstaaten.<sup>1053</sup> Schließlich ist das Schengener Informationssystem (SIS)<sup>1054</sup> zu nennen.

Eine Europäische Staatsanwaltschaft existiert hingegen (noch) nicht, wenngleich darauf hinzuweisen ist, dass Art. 86 AEUV die Möglichkeit zur Einrichtung derselben vorsieht und entsprechende Pläne der Kommission bestehen.<sup>1055</sup>

- 
- 1053 Vgl. ausführlich zum EJN *Stiegel*, in: Sieber/Brüner/Satzger/v. Heintschel-Heinegg, § 46 Rn. 12 ff.; *Zöller*, in: Böse, *EnzEuR* Bd. 9, § 21 Rn. 48 ff.; ferner *Esser*, *Europ. Strafverfahrensrecht*, S. 17 ff.; *ders.*, *Europ. u. Intern. Strafrecht*, § 3 Rn. 89 ff.; *Fletcher/Löffel/Gilmore*, S. 74 f.; *Hecker*, *Europ. Strafrecht*, § 5 Rn. 66; *Krüßmann*, S. 562 f.; *Ligeti*, S. 209 ff.; *Nelles/Tinkl/Lauchstädt*, in: Schulze/Zuleeg/Kadelbach, § 42 Rn. 111 ff.; *Safferling*, *Intern. Strafrecht*, § 12 Rn. 36; *Schramm*, *Intern. Strafrecht*, 4. Kapitel Rn. 165; *Schuster*, S. 46 f.
- 1054 Vgl. dazu *Eisele*, in: Sieber/Brüner/Satzger/v. Heintschel-Heinegg, § 49 Rn. 5 ff.; *Esser*, *Europ. u. Intern. Strafrecht*, § 4 Rn. 30 ff.; *Nelles/Tinkl/Lauchstädt*, in: Schulze/Zuleeg/Kadelbach, § 42 Rn. 80 ff.; *Schuster*, S. 47 f.; siehe auch noch unten 4. Kapitel C. III. 2. c).
- 1055 So zuletzt im Vorschlag der Kommission für eine Verordnung des Rates über die Errichtung der Europäischen Staatsanwaltschaft, KOM (2013) 534 endg.; siehe dazu bereits oben 4. Kapitel B. I. 2. c) sowie unten 6. Kapitel C. IV. 2.

## C. Interaktion der Ebenen

### I. Europäisierung der mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen

Das europäische Mehrebenensystem ist durch eine besondere Interaktion und Verflechtung der Ebenen gekennzeichnet.<sup>1056</sup> Die Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten sind in zunehmender Weise europäisiert, d.h. trotz der primär dezentralen Gesetzgebungskompetenz in verschiedener Hinsicht einer großen Beeinflussung durch die zentrale Rechtssetzung ausgesetzt. Mit dem Begriff „Europäisierung“<sup>1057</sup> ist im Rahmen dieser Erörterung nur der Einfluss des europäischen Rechts auf die einzelstaatlichen Rechtsordnungen gemeint.<sup>1058</sup> Grundsätzlich lassen sich dabei Harmonisierung, Assimilierung, Neutralisierung sowie unionsrechtskonforme Auslegung des mitgliedstaatlichen Strafrechts unterscheiden.<sup>1059</sup>

#### 1. Harmonisierungsrichtlinien der EU

Die zunehmende Europäisierung des nationalen Rechts hat zunächst ihren Grund darin, dass bestimmte Unionskompetenzen gerade darauf ausgelegt sind, das Recht der Mitgliedstaaten anzugleichen. Die Ermächtigung der EU, in bestimmten strafrechtsrelevanten Bereichen für eine Rechtsvereinheitlichung zu sorgen, ist im Rahmen der Kompetenzen der EU bereits ausführlich erörtert worden.<sup>1060</sup> Im Rahmen des Art. 82 Abs. 2 AEUV betrifft sie die Angleichung des Strafprozessrechts und in Art. 83 Abs. 1, 2 AEUV des materiellen Rechts in Bezug auf grenzüberschreitende Straftaten sowie die wirksame Durchführung des EU-Rechts. In diesen Feldern sind die Mitgliedstaaten nicht mehr vollständig frei, insbesondere können sie durch Mindestvorschriften der EU dazu gezwungen werden, bestimmte Verhaltensweisen zu kriminalisieren.

Ein solcher Einfluss der EU auf die Rechtssetzung in den Mitgliedstaaten war schon vor der Vertragsreform von Lissabon anerkannt und konnte einerseits durch

1056 Dazu *Zuleeg*, in: Sieber, Europäische Einigung, S. 48 ff.; *ders.*, NJW 2000, 2846, 2849.

1057 Dazu allgemein *Ambos*, Intern. Strafrecht, § 9 Rn. 10 ff.; *Hecker*, Europ. Strafrecht, Teil III, §§ 7 ff.; *Heger*, in: Giegerich, S. 169 ff.; *ders.*, Recht und Politik 2012, 88, 92 ff.; *Safferling*, Intern. Strafrecht, § 11 Rn. 11 ff.; *Satzger*, Europäisierung, passim; *ders.*, in: Sieber/Brüner/Satzger/v. Heintschel-Heinegg, § 9; *ders.*, Intern. und Europ. Strafrecht, § 9 Rn. 1; *Tiedemann*, in: Kreuzer/Scheuing/Sieber, S. 133 ff.; speziell zur Europäisierung des deutschen Umweltstrafrechts *Heger*, Europäisierung des Umweltstrafrechts, passim.

1058 Vgl. zur Begrifflichkeit auch *Safferling*, Intern. Strafrecht, § 11 Rn. 1; *Satzger*, in: Sieber/Brüner/Satzger/v. Heintschel-Heinegg, § 9 Rn. 1 ff.

1059 *Braum*, Europäische Strafgesetzlichkeit, S. 168, differenziert zwischen Assimilation, Harmonisierung und Vereinheitlichung, wobei er mit Letzterer unmittelbar geltende EU-Normen kraft Verordnung bezeichnet; vgl. auch *Vogel*, GA 2003, 314, 315. Im Rahmen dieser Arbeit wird letztere Kategorie hingegen nicht als Einfluss auf die dezentrale Rechtsordnung, sondern als eigenständige zentrale Rechtsordnung gewertet; vgl. die Erläuterung der Motive des Corpus Juris in Delmas-Marty, Corpus Juris, S. 14 ff.

1060 Oben 4. Kapitel B. I. 2. b) und c).

Rahmenbeschlüsse in der „Dritten Säule“ und andererseits seit den Entscheidungen des EuGH zu Umweltschutz und Meeresverschmutzung in Politikbereichen der EG auch durch Richtlinien erfolgen.<sup>1061</sup> Der Rat hat von der Ermächtigung zum Erlass von Rahmenbeschlüssen auch nicht zaghaft Gebrauch gemacht, sodass diverse Bereiche des mitgliedstaatlichen Strafrechts heute europäisiert sind.<sup>1062</sup>

Neben diesen unmittelbaren Harmonisierungsmaßnahmen ist insbesondere zu beachten, dass viele Bereiche des Nebenstrafrechts mittelbar dadurch europäisiert wurden, dass die Strafvorschriften hier nur akzessorisch verwaltungs- oder zivilrechtliche Normen absichern<sup>1063</sup> und diese Bereiche nicht selten umfangreich europäisiert wurden. Hierfür finden sich viele Beispiele.<sup>1064</sup> Selbst wenn die nebenstrafrechtliche Strafsanktion nicht direkt berührt sein sollte, werden doch die dieser zu Grunde liegenden Verhaltensnormen harmonisiert.<sup>1065</sup>

## 2. Assimilierung der Rechtsordnungen

Neben dieser gezielten Einflussnahme durch Richtlinien, die auch als Harmonisierung im engeren Sinne bezeichnet wird,<sup>1066</sup> wirken andere Europäisierungsfaktoren auf das Recht der Mitgliedstaaten ein. Einen besonders wichtigen Fall bildet hierbei die Assimilierung<sup>1067</sup> der Rechtsordnungen im Hinblick auf den strafrechtlichen Schutz der Rechtsgüter der EU. Ausschlaggebend ist dabei der Aspekt, dass die Institutionen und Finanzmittel der EU zwar wie in den Nationalstaaten eines ähnlichen Schutzes bedürfen, der EU selbst jedoch nur wenige Befugnisse zur Verfügung standen und stehen, um diesen zu gewährleisten, sodass sie diesbezüglich auf

1061 Siehe dazu bereits oben 4. Kapitel A. II. 7.

1062 Vgl. die Zusammenstellung und Erläuterung der diversen Deliktsbereiche in: Sieber/Brüner/Satzger/v. Heintschel-Heinegg, 5. Kapitel.

1063 Heger, Europäisierung des Umweltstrafrechts, S. 35.

1064 Heger, Europäisierung des Umweltstrafrechts, S. 35 ff. mit etlichen Beispielen; vgl. ferner zum Beispiel der Europäisierung des akzessorischen deutschen Urheberstrafrechts als Folge der Harmonisierung des Urheberzivilrechts Sieber, in: Sieber/Brüner/Satzger/v. Heintschel-Heinegg, § 26; speziell zum harmonisierten urheberrechtlichen Begriff der Verbreitung Hildebrandt/Reinbacher, in: Wandtke/Bullinger, § 106 Rn. 17; zur Harmonisierung des deutschen Wettbewerbsrechts vgl. Hecker, Produktwerbung, S. 282 ff.; ders., in: Sieber/Brüner/Satzger/v. Heintschel-Heinegg, § 27.

1065 Zu dieser Unterscheidung Satzger, Intern. und Europ. Strafrecht, § 9 Rn. 14 ff.; ders., in: Sieber/Brüner/Satzger/v. Heintschel-Heinegg, § 9 Rn. 42; Tiedemann, NJW 1994, 23, 24; Vogel, GA 2003, 314, 318.

1066 Satzger, in: Sieber/Brüner/Satzger/v. Heintschel-Heinegg, § 9 Rn. 4.

1067 Dazu Braum, Europäische Strafgesetzlichkeit, S. 169; Dannecker, JURA 1998, 79, 80; ders., JURA 2006, 95, 99 ff.; Esser, Europ. u. Intern. Strafrecht, § 2 Rn. 34 ff.; Hecker, Europ. Strafrecht, § 7 Rn. 1; ders., in: Sieber/Brüner/Satzger/v. Heintschel-Heinegg, § 10 Rn. 4; ders., in: Ambos, Europ. Strafrecht, S. 16 f.; Heger, Recht und Politik 2012, 88, 92; ders., in: Böse, EnzEuR Bd. 9, § 5 Rn. 8 ff.; Satzger, Europäisierung, S. 188, 336; ders., in: Sieber/Brüner/Satzger/v. Heintschel-Heinegg, § 9 Rn. 11; Schramm, Intern. Strafrecht, 4. Kapitel Rn. 57; Tiedemann, NJW 1993, 23, 25; ders., in: Kreuzer/Scheuing/Sieber, S. 143 f.; ders., FS Roxin, 2001, S. 1405; vgl. auch die Erläuterung der Motive des Corpus Juris in Delmas-Marty, Corpus Juris, S. 14 ff.

die Mitgliedstaaten angewiesen ist.<sup>1068</sup> Da die Mitgliedstaaten ihre Rechtsordnungen in erster Linie darauf ausgerichtet haben, ihre eigenen Rechtsgüter zu schützen,<sup>1069</sup> zwingt das europäische Recht sie in verschiedener Hinsicht zur Assimilierung ihres Rechts, also zur Einbeziehung der Rechtsgüter der EU in den mitgliedstaatlichen Strafrechtsschutz.

So enthält das europäische Primärrecht teilweise selbst eine solche Anweisung. Oben<sup>1070</sup> wurden bereits Art. 30 EuGH-Satzung und Art. 194 Abs. 1 UA. 2 EAGV erläutert. Unabhängig von ihrer streitigen Einordnung als supranationale Strafnormen, verpflichten beide Vorschriften die Mitgliedstaaten unmittelbar zur Bestrafung des Meineids vor dem EuGH und dem EuG sowie des Geheimnisverrats im Zusammenhang mit der Europäischen Atomgemeinschaft.<sup>1071</sup> Teilweise finden sich entsprechende Vorgaben auch in Verordnungen,<sup>1072</sup> denen dieselbe Wirkung einer Assimilierungsverpflichtung zukommt wie den primärrechtlichen Verweisen.<sup>1073</sup> Soweit der EU nun explizite strafrechtsbezogene Anweisungskompetenzen zukommen, kann sie den Weg über Richtlinien ohnehin fraglos beschreiten.<sup>1074</sup>

Daneben sind die Mitgliedstaaten aber auch nach Art. 4 Abs. 3 EUV zur loyalen Zusammenarbeit mit der EU verpflichtet<sup>1075</sup> und müssen europäischem Recht zur Wirksamkeit verhelfen und Rechtsgüter der EU schützen.<sup>1076</sup> Im Bereich der Betrugsbekämpfung wird dieses Gebot in Art. 325 Abs. 2 AEUV noch einmal speziell wiederholt, es ist aber nicht auf das Rechtsgut der EU-Finzen beschränkt.<sup>1077</sup>

- 1068 Calliess, ZEuS 2011, 3, 16; Esser, Europ. u. Intern. Strafrecht, § 2 Rn. 3, 34; Hecker, JA 2007, 561, 562; ders., Europ. Strafrecht, § 7 Rn. 1; ders., in: Ambos, Europ. Strafrecht, S. 16; Satzger, Europäisierung, S. 328 f.; ders., Intern. und Europ. Strafrecht, § 9 Rn. 26; Schramm, Intern. Strafrecht, 4. Kapitel Rn. 65.
- 1069 Vgl. Hecker, Europ. Strafrecht, § 7 Rn. 1; ders., in: Sieber/Brüner/Satzger/v. Heintschel-Heinegg, § 10 Rn. 4.
- 1070 Oben 4. Kapitel A. IV. 1.
- 1071 Vgl. dazu Dannecker, JURA 1998, 79, 81; Hecker, Europ. Strafrecht, § 7 Rn. 6 ff.; Satzger, Europäisierung, S. 189 ff., 387 ff.; ders., in: Sieber/Brüner/Satzger/v. Heintschel-Heinegg, § 9 Rn. 13 ff.; ders., Intern. u. Europ. Strafrecht, § 8 Rn. 10 ff.; Schramm, Intern. Strafrecht, 4. Kapitel Rn. 58 ff.
- 1072 Böse, Strafen und Sanktionen, S. 411 ff.; Dannecker, JURA 1998, 79, 81; ders., JURA 2006, 95, 100; Gröbblinghoff, S. 57 f.; Hecker, Europ. Strafrecht, § 7 Rn. 15; Satzger, Europäisierung, S. 206 ff.; ders., in: Sieber/Brüner/Satzger/v. Heintschel-Heinegg, § 9 Rn. 19; Tiedemann, NJW 1993, 23, 25, mit einigen Beispielen.
- 1073 Satzger, Europäisierung, S. 209.
- 1074 Satzger, in: Sieber/Brüner/Satzger/v. Heintschel-Heinegg, § 9 Rn. 19; Schramm, Intern. Strafrecht, 4. Kapitel Rn. 61.
- 1075 Dazu v. Bogdandy/Schill, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, 51. EL 2013, Art. 4 EUV Rn. 52; Epiney, in: Bieber/Epiney/Haag, § 2 Rn. 62; Esser, Europ. u. Intern. Strafrecht, § 2 Rn. 36, 48 ff.; Herdegen, Europarecht, § 6 Rn. 14; Satzger, Europäisierung, S. 330 ff.; siehe dazu bereits oben 4. Kapitel A. II. 4 und 4. Kapitel A. III. 1. b).
- 1076 Dazu Ambos, Intern. Strafrecht, § 11 Rn. 37 ff.; Hecker, Europ. Strafrecht, § 7 Rn. 2, 20 ff.; Heger, Recht und Politik 2012, 88, 92; Safferling, Intern. Strafrecht, § 11 Rn. 30; Satzger, Europäisierung, S. 328 ff.; ders., Intern. und Europ. Strafrecht, § 9 Rn. 25 ff.; Schramm, Intern. Strafrecht, 4. Kapitel Rn. 62 ff.; vgl. auch Dannecker, ZStW 117 (2005), 697, 721 ff.; siehe dazu bereits oben 4. Kapitel A. II. 4 und 4. Kapitel A. III. 1. b).
- 1077 Vgl. Hecker, Europ. Strafrecht, § 7 Rn. 31; ders., in: Ambos, Europ. Strafrecht, S. 17; Satzger, Europäisierung, S. 347 ff.

Zwar liegen die Sanktionen grundsätzlich in der Kompetenz und daher auch im Ermessen der Mitgliedstaaten, es besteht jedoch eine Pflicht, die geeigneten Maßnahmen zu ergreifen, die notwendig sind, um die volle Wirksamkeit des Unionsrechts zu gewährleisten.<sup>1078</sup> Der EuGH<sup>1079</sup> präziserte, dass die Sanktionen wirksam, verhältnismäßig und abschreckend (sog. „Mindesttrias“<sup>1080</sup>) sein müssen.

Insbesondere sind die Mitgliedstaaten in Fällen, in denen für vergleichbare Handlungen bereits eine innerstaatliche Sanktion besteht, berechtigt,<sup>1081</sup> aber auch verpflichtet, Verstöße gegen das Unionsrecht nach ähnlichen sachlichen und verfahrensrechtlichen Regelungen zu ahnden, was als Gleichbehandlungsgebot oder Assimilierungspflicht bezeichnet wird.<sup>1082</sup> Diese gewichtigen Vorgaben hatte der EuGH im Fall „Griechischer Mais“ aufgestellt.<sup>1083</sup> Besteht also bereits eine innerstaatliche Sanktion, so ist sie auf die Rechtsgüter der EU zu erstrecken. Sieht das mitgliedstaatliche Recht hingegen selbst noch keine Sanktion für entsprechende Verhaltensweisen vor, so kann unabhängig von der Assimilierungspflicht auch eine Verpflichtung zur Einführung einer solchen für Verstöße gegen das Unionsrecht entstehen.<sup>1084</sup>

Der EuGH stellte später klar, dass unter diese Sanktionsverpflichtung auch das Strafrecht fallen kann,<sup>1085</sup> sodass das Loyalitätsgebot zu einer Pflicht zum Einsatz des mitgliedstaatlichen Strafrechts im Dienste der EU führt, wenn andere Mittel nicht ausreichen.<sup>1086</sup> Letztlich ist dieses Gebot zur Strafrechtssetzung Ausfluss des Prinzips des *effet utile* des Unionsrechts.<sup>1087</sup> Da insoweit auch ein Vertragsverletzungsverfahren nach den Art. 258 ff. AEUV möglich ist, können die Mitgliedstaaten die Entscheidung der Sanktionierung eines entsprechenden Verhaltens auch

1078 EuGH Slg. 1989, 2965, 2984 – *Kommission/Griechische Republik* (Rs. 68/88); Slg. 1990, I-2911, I-2935 – *Hansen* (Rs. C-326/88); siehe dazu bereits oben 4. Kapitel A. II. 4 und 4. Kapitel A. III. 1. b).

1079 EuGH Slg. 1989, 2965, 2985 – *Kommission/Griechische Republik* (Rs. 68/88); Slg. 1990, I-2911, I-2935 – *Hansen* (Rs. C-326/88); Slg. 2005, I-3565, I-3652 – *Berlusconi u.a.* (Rs. C-387/02, C-391/02, C-403/02).

1080 *Ambos*, Intern. Strafrecht, § 11 Rn. 37; *Calliess*, ZEuS 2008, 3, 21; *Dannecker*, JURA 2006, 95, 102; *Esser*, Europ. u. Intern. Strafrecht, § 2 Rn. 56; *Fromm*, Der strafrechtliche Schutz der Finanzinteressen, S. 6; *Gröbblinghoff*, S. 12 ff., 24 ff.; *Hecker*, Europ. Strafrecht, § 7 Rn. 26; *ders.*, in: *Ambos*, Europ. Strafrecht, S. 17.

1081 EuGH Slg. 1977, 137, 150 – *Amsterdam Bulb* (Rs. 50/76); dazu *Gröbblinghoff*, S. 9 f.; *Hecker*, Europ. Strafrecht, § 7 Rn. 17 ff.; *Satzger*, Europäisierung, S. 210 ff., 331 f., 353.

1082 *Böse*, Strafen und Sanktionen, S. 415 ff.; *Heger*, in: *Böse*, EnzEuR Bd. 9, § 5 Rn. 10; *Safferling*, Intern. Strafrecht, § 11 Rn. 31 ff.; *Satzger*, Europäisierung, S. 336, 364 ff.; *ders.*, Intern. u. Europ. Strafrecht, § 9 Rn. 27; *Schramm*, Intern. Strafrecht, 4. Kapitel Rn. 62 ff.; ähnlich *Ambos*, Intern. Strafrecht, § 11 Rn. 38; *Gröbblinghoff*, S. 12 ff.; *Hecker*, in: *Ambos*, Europ. Strafrecht, S. 17: Gleichstellungserfordernis.

1083 EuGH Slg. 1989, 2965, 2985 – *Kommission/Griechische Republik* (Rs. 68/88); Slg. 1990, I-2911, I-2935 – *Hansen* (Rs. C-326/88); siehe dazu bereits oben 4. Kapitel A. II. 4 und 4. Kapitel A. III. 1. b).

1084 *Ambos*, Intern. Strafrecht, § 11 Rn. 39; *Safferling*, Intern. Strafrecht, § 11 Rn. 34; *Satzger*, Europäisierung, S. 368 ff.

1085 EuGH Slg. 1990, I-3365, I-3372 – *Zwartveld* (Rs. C-2/88).

1086 *Fromm*, ZIS 2007, 26, 27; *Hecker*, Europ. Strafrecht, § 7 Rn. 28; *F. Meyer*, Strafrechtsgenese, S. 365 f.; *Nelles/Tinkl/Lauchstädt*, in: *Schulze/Zuleeg/Kadelbach*, § 42 Rn. 14; *Satzger*, Europäisierung, S. 336.

1087 *Hecker*, Europ. Strafrecht, § 7 Rn. 28; *Satzger*, Europäisierung, S. 342.

nicht mehr gänzlich autark fällen. Zur Umsetzung dieser Verpflichtung kommen verschiedene Mechanismen in Betracht. Zunächst kann der Anwendungsbereich der mitgliedstaatlichen Strafnormen durch unionsrechtskonforme Auslegung auf den Schutz der Rechtsgüter der EU erweitert werden.<sup>1088</sup> Ferner bedient sich insbesondere der deutsche Gesetzgeber nicht selten so genannter Gleichstellungsklauseln, welche er in die deutschen Strafvorschriften einfügt und dadurch die Rechtsgüter der EU mit in deren Schutzbereich einbezieht, wie etwa in § 264 Abs. 7 Nr. 2 StGB im Hinblick auf den Subventionsbetrug zu Lasten der öffentlichen Mittel der EG/EU.<sup>1089</sup> Existieren solche Normen nicht, so müssen sie geschaffen werden. Dies gilt insbesondere dann, wenn die EU durch Sekundärakte eine bestimmte Politik umsetzt.

Wie die Mitgliedstaaten dabei vorzugehen haben, hängt allerdings davon ab, welches Instrument die EU ursprünglich gewählt hat. Richtlinien sind nach Art. 288 Abs. 3 AEUV ohnehin ausschließlich an die Mitgliedstaaten gerichtet und nur hinsichtlich des zu erreichenden Ziels verbindlich, überlassen jedoch den innerstaatlichen Stellen die Wahl der Form und der Mittel. Daher muss der jeweilige Mitgliedstaat in diesem Fall ohnehin erst einmal ein Umsetzungsgesetz erlassen.<sup>1090</sup> In dieses kann bzw. muss er gegebenenfalls eine Sanktion aufnehmen. Es handelt sich dann zwar um ein durch eine europäische Vorgabe determiniertes Gesetz, gleichwohl bleibt es eine – europäisierte – mitgliedstaatliche Norm.<sup>1091</sup> Diese ist jedoch wiederum richtlinienkonform auszulegen.<sup>1092</sup>

Anders liegt der Fall bei Verordnungen im Sinne des Art. 288 Abs. 2 AEUV. Hier verbietet das Unionsrecht den Erlass eines inhaltsgleichen einzelstaatlichen „Umsetzungsgesetzes“.<sup>1093</sup> Denn Verordnungen haben eine unmittelbare Geltung im Recht der Mitgliedstaaten und begründen selbst Rechte und Pflichten der Bürgerinnen und Bürger.<sup>1094</sup> Diese Wirkung und das Interpretationsmonopol des EuGH dürfen nicht dadurch vereitelt werden, dass die Mitgliedstaaten die Verordnung noch einmal in ihr Recht übertragen, sodass dann ein nationales Gesetz Ausschlag gebend wäre, welches von den innerstaatlichen Gerichten der Einzelstaaten auszulegen ist. Folglich müssen die Mitgliedstaaten bei Verordnungen einen anderen Weg wählen, um deren praktische Wirksamkeit zu gewährleisten. Die

1088 Siehe dazu noch unten 4. Kapitel C. I. 4.

1089 Dannecker, JURA 2006, 95, 100; Hecker, Europ. Strafrecht, § 7 Rn. 68 ff.; Tiedemann, NJW 1993, 23, 24; ders., ZStW 116 (2004), 945, 951.

1090 Böse, Strafen und Sanktionen, S. 437; Satzger, Europäisierung, S. 213.

1091 Vgl. dazu Safferling, Intern. Strafrecht, § 11 Rn. 55; Satzger, Intern. u. Europ. Strafrecht, § 9 Rn. 59; Schramm, Intern. Strafrecht, 4 Kapitel Rn. 66.

1092 Siehe dazu noch unten 4. Kapitel C. I. 4.

1093 EuGH Slg. 1973, 981, 990 – *Fratelli Variola S.p.A./Amministrazione italiana delle Finanze* (Rs. C-34/73); dazu Heger, in: Böse, EnzEuR Bd. 9, § 5 Rn. 60; Satzger, Europäisierung, S. 214 f.; ders., Intern. u. Europ. Strafrecht, § 9 Rn. 60.

1094 Dazu Herdegen, Europarecht, § 8 Rn. 35; Ruffert, in: Calliess/Ruffert, Art. 288 AEUV Rn. 20 ff.; Streinz, Europarecht, Rn. 467 ff.

strafrechtliche Ahndung von Verstößen gegen die Vorgaben der EU erfolgt hier durch Verweisung des nationalen Rechts auf das Unionsrecht, also durch Inkorporation der entsprechenden EU-Verordnung in die mitgliedstaatlichen Normen.<sup>1095</sup> Hierbei handelt es sich um Blankettnormen, denn die konkrete Strafbarkeit ergibt sich erst aus dem Zusammenlesen von Strafgesetz und europäischer Ausführungsnorm.<sup>1096</sup>

Dabei werden unterschiedliche Verweisungstechniken verwendet,<sup>1097</sup> so etwa – wie aus dem deutschen Nebenstrafrecht bereits bekannt – statische und dynamische Verweisungen, welche in verschiedener Hinsicht und Intensität als verfassungsrechtlich problematisch eingestuft werden, insbesondere im Hinblick auf Gewaltenteilungsprinzip und Bestimmtheitsgrundsatz.<sup>1098</sup>

So heißt es etwa in § 71 Abs. 2 BNatSchG: „Ebenso wird bestraft, wer entgegen Artikel 8 Absatz 1 der Verordnung (EG) Nr. 338/97 des Rates vom 9. Dezember 1996 über den Schutz von Exemplaren wildlebender Tier- und Pflanzenarten durch Überwachung des Handels (ABl. L 61 vom 3.3.1997, S. 1), die zuletzt durch die Verordnung (EG) Nr. 398/2009 (ABl. L 126 vom 21.5.2009, S. 5) geändert worden ist, ein Exemplar einer in Anhang A genannten Art 1. verkauft, kauft, zum Verkauf oder Kauf anbietet oder zu Verkaufszwecken vorrätig hält oder befördert oder 2. zu kommerziellen Zwecken erwirbt, zur Schau stellt oder verwendet“. Der Schutz mittels einer solchen Verweisung kann aber auch Probleme aufwerfen. Denn im Hinblick auf die Regel der *lex mitior* des § 2 Abs. 3 StGB kann durch vorübergehenden Leerlauf der Verweisung eine Strafbarkeitslücke entstehen.<sup>1099</sup> Diese Vorschrift besagt, dass bei einer Änderung des Gesetzes, das bei Beendigung der Tat gilt, vor der Entscheidung im Strafverfahren, das mildeste Gesetz anzuwenden ist. Wenn nun etwa eine deutsche Strafvorschrift wie der zitierte § 71 Abs. 2 BNatSchG auf eine bestimmte EU-Verordnung verweist, diese aber aufgehoben und durch eine andere ersetzt wird, so ist das Verhalten bis zur entsprechenden Anpassung der deutschen Strafvorschrift straflos. Nach dem Grundsatz der *lex mitior* müssten

1095 Vgl. hierzu Hecker, Europ. Strafrecht, § 7 Rn. 76 ff.; Safferling, Intern. Strafrecht, § 11 Rn. 56 ff.; Satzger, Europäisierung, S. 229 ff.; ders., Intern. u. Europ. Strafrecht, § 9 Rn. 60 ff.; Schramm, Intern. Strafrecht, 4. Kapitel Rn. 67 ff.

1096 Dannecker, JURA 1998, 79, 85; ders., JURA 2006, 95, 101; Esser, Europ. u. Intern. Strafrecht, § 2 Rn. 101; Hecker, Europ. Strafrecht, § 7 Rn. 76; ders., in: Böse, EnzEuR Bd. 9, § 5 Rn. 55 ff.; Safferling, Intern. Strafrecht, § 11 Rn. 56; Satzger, Intern. u. Europ. Strafrecht, § 9 Rn. 60; Schramm, Intern. Strafrecht, 4. Kapitel Rn. 68.

1097 Ausführlich Ambos, Intern. Strafrecht, § 11 Rn. 28 ff.; Böse, Strafen und Sanktionen, S. 438 ff.; Hecker, Europ. Strafrecht, § 7 Rn. 82 ff.; Heger, in: Böse, EnzEuR Bd. 9, § 5 Rn. 56; Safferling, Intern. Strafrecht, § 11 Rn. 57 ff.; Satzger, Europäisierung, S. 249 ff.; ders., Intern. u. Europ. Strafrecht, § 9 Rn. 61 ff.

1098 Vgl. nur Dannecker, ZStW 117 (2005), 697, 738 f.; Esser, Europ. u. Intern. Strafrecht, § 2 Rn. 106 ff.; Hecker, Europ. Strafrecht, § 7 Rn. 80 f., 87, 98 ff., 103 f.; Satzger, Intern. u. Europ. Strafrecht, § 9 Rn. 66 ff.; zu verfassungsrechtlichen Bedenken auch Heger, in: Böse, EnzEuR Bd. 9, § 5 Rn. 61 ff.

1099 Esser, Europ. u. Intern. Strafrecht, § 2 Rn. 109; Hecker, Europ. Strafrecht, § 7 Rn. 90 ff.; Safferling, Intern. Strafrecht, § 11 Rn. 70 ff.; Satzger, Europäisierung, S. 270 ff.; ders., Intern. u. Europ. Strafrecht, § 9 Rn. 74 ff.; Schramm, Intern. Strafrecht, 4. Kapitel Rn. 74.

dann aber auch solche Vorgänge straflos bleiben, die noch unter Geltung der alten EU-Verordnung begangen wurden, obwohl die deutsche Norm seinerzeit ordnungsgemäß auf diese verwies.<sup>1100</sup> Zwar ist es grundsätzlich denkbar, dass der deutsche Gesetzgeber – spezialgesetzlich – von § 2 Abs. 3 StGB abweicht, der Grundsatz der *lex mitior* ist inzwischen aber auch in Art. 49 Abs. 1 S. 3 GRV verankert und war auch zuvor schon vom EuGH als allgemeiner Rechtsgrundsatz anerkannt,<sup>1101</sup> sodass ein solches Vorgehen aus Sicht des europäischen Verfassungsrechts bedenklich erscheint.<sup>1102</sup>

Daher wird teilweise versucht, diesem Problem durch eine andere Verweisungstechnik zu entgehen, so etwa durch Verweisungen auf noch nicht näher bestimmte Rechtsakte der EU, deren Präzisierung der deutschen Exekutive mittels Verordnung überlassen wird, wie etwa in § 48 Abs. 1 Nr. 3 WeinG, wonach mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft wird, wer „[...] entgegen einer unmittelbar geltenden Vorschrift in Rechtsakten der Europäischen Gemeinschaft oder der Europäischen Union eine der in Nummer 1 bezeichneten Handlungen begeht, soweit eine Rechtsverordnung nach § 51 für einen bestimmten Tatbestand auf diese Strafvorschrift verweist“. § 51 WeinG ermächtigt sodann das Bundesministerium für Ernährung, Landwirtschaft und Verbraucherschutz, die entsprechenden Tatbestände näher zu bezeichnen. Dies ist sowohl im Hinblick auf den Bestimmtheitsgrundsatz als auch den Parlamentsvorbehalt verfassungsrechtlich besonders problematisch.<sup>1103</sup>

### 3. Neutralisierung nationaler Strafvorschriften

In der Literatur wurde das treffliche Bild vom europäischen Recht als Ober- und Untergrenze des nationalen Strafrechts geprägt.<sup>1104</sup> Bilden Assimilierungs- und Pönalisierungspflicht bezüglich der Rechtsgüter der EU eine Untergrenze des mitgliedstaatlichen Strafrechts, so darf nicht vergessen werden, dass die EU durchaus auch Schranken für die Strafbarkeit errichtet. Da das Unionsrecht Anwendungsvorrang vor dem mitgliedstaatlichen Recht beansprucht, was unten<sup>1105</sup> noch näher erläutert wird, kann es durchaus eine das Strafrecht begrenzende Wirkung entfalten, indem unionsrechtswidriges nationales Strafrecht unanwendbar und damit

1100 Hecker, Europ. Strafrecht, § 7 Rn. 91; Satzger, Intern. u. Europ. Strafrecht, § 9 Rn. 77.

1101 EuGH Slg. 2005, I-3565, I-3653 – *Berlusconi u.a.* (Rs. C-387/02, C-391/02, C-403/02); vgl. zu den allgemeinen Rechtsgrundsätzen auch Hugger, S. 85 f.; Satzger, Europäisierung, S. 177 ff.

1102 Heger, in: Böse, EnzEuR Bd. 9, § 5 Rn. 71; Satzger, Intern. u. Europ. Strafrecht, § 9 Rn. 77; vgl. dazu auch Gaede, wistra 2011, 365.

1103 Für eine Verfassungswidrigkeit der Norm Hecker, Europ. Strafrecht, § 7 Rn. 98 f.; auch Heger, in: Böse, EnzEuR Bd. 9, § 5 Rn. 78, äußert „gravierende Bedenken“; vgl. ferner Esser, Europ. u. Intern. Strafrecht, § 2 Rn. 115; ausführlich zu dieser Frage Moll, S. 119 ff.

1104 Satzger, Intern. u. Europ. Strafrecht, § 9 Rn. 10.

1105 4. Kapitel C. II. 1.

„neutralisiert“<sup>1106</sup> wird. Oben<sup>1107</sup> wurde bereits das Beispiel der Entscheidung des EuGH<sup>1108</sup> aus dem Jahr 1977 angeführt, in welcher er eine Strafe nach den §§ 5, 47 AuslG a.F. wegen des Aufenthaltes oder der Einreise ohne gültige Aufenthaltserlaubnis bei Bürgern der EWG ausschloss. Dies wird im Rahmen des Verhältnisses der Ebenen im Kollisionsfall noch zu betrachten sein.

#### 4. Unionsrechtskonforme Auslegung

Das mitgliedstaatliche Recht ist zudem unionsrechtskonform auszulegen, was ein besonders wichtiges Element der Europäisierung ausmacht.<sup>1109</sup> Dies betrifft zum einen das Primärrecht, dessen Bestimmungen im Wege einer „verfassungsgemäßen“ Interpretation des nationalen Rechts zu beachten sind. Zum anderen ist aber auch das Sekundärrecht zu berücksichtigen. Insbesondere die richtlinienkonforme Auslegung ist hierbei bedeutsam.<sup>1110</sup> Sie hat zwei nennenswerte Effekte.<sup>1111</sup> Einerseits gewährleistet sie eine gleichmäßige Geltung des Unionsrechts in allen Mitgliedstaaten und damit die praktische Wirksamkeit desselben sowie gegebenenfalls den Schutz der Rechtsgüter der EU<sup>1112</sup> und andererseits wird auf diese Weise eine Kollision zwischen nationalem und europäischem Recht vermieden, welche aufgrund des Vorranges des Letzteren zur Unanwendbarkeit des Ersteren führen würde.<sup>1113</sup> Daher beeinflusst die unionsrechtskonforme Auslegung auf der einen Seite das nationale Recht zwar signifikant und europäisiert es, auf der anderen Seite schon sie es aber auch, da eine Verdrängung des mitgliedstaatlichen Rechts verhindert wird.

Der EuGH folgert die Pflicht zur richtlinienkonformen Auslegung aus der Verpflichtung des Art. 288 Abs. 3 AEUV, die in der Richtlinie genannten Ziele zu erreichen, sowie aus dem Loyalitätsgebot des Art. 4 Abs. 3 EUV.<sup>1114</sup> Die unions-

1106 Esser, Europ. u. Intern. Strafrecht, § 2 Rn. 7 ff.; Satzger, Europäisierung, S. 478.

1107 Oben 4. Kapitel A. II. 4; siehe auch noch unten 4. Kapitel C. II. 2.

1108 EuGH Slg. 1977, 1495, 1504 – *Sagulo* (Rs. 8/77).

1109 Hecker, Europ. Strafrecht, § 10 Rn. 1; Römmau/Wegner, GA 2013, 561, 562.

1110 Hecker, Europ. Strafrecht, § 10 Rn. 2; Satzger, in: Sieber/Brüner/Satzger/v. Heintschel-Heinegg, § 9 Rn. 50.

1111 Satzger, Europäisierung, S. 520; ders., Intern. u. Europ. Strafrecht, § 9 Rn. 90; Schramm, ZJS 2010, 615, 618; ders., Intern. Strafrecht, 4. Kapitel Rn. 83.

1112 Auf diese Weise können die Mitgliedstaaten ihrer Loyalitätspflicht und dem Effektivitätsgebot nachkommen; vgl. dazu Satzger, Europäisierung, S. 556 ff. mit vielen Beispielen hinsichtlich deutscher Straftatbestände; ferner Hecker, in: Ambos, Europ. Strafrecht, S. 17.

1113 Esser, Europ. u. Intern. Strafrecht, § 2 Rn. 68; C. Schröder, S. 428; Zuleeg, NJW 2000, 2846, 2849; siehe dazu sogleich unten 4. Kapitel C. II. 1.

1114 Grundlegend EuGH Slg. 1984, 1891, 1909 – *v. Colson und Kamann* (Rs. C-14/83); vgl. dazu Esser, Europ. u. Intern. Strafrecht, § 2 Rn. 79; Gröbblinghoff, S. 10 ff., 59 ff.; Hecker, Europ. Strafrecht, § 10 Rn. 3 ff.; Herdegen, Europarecht, § 8 Rn. 41; Satzger, Europäisierung, S. 518 f., 527 ff.; Schramm, ZJS 2010, 615, 618; ders., Intern. Strafrecht, 4. Kapitel Rn. 84.

rechtskonforme Auslegung ist inzwischen von Rechtsprechung<sup>1115</sup> und Literatur<sup>1116</sup> nahezu einhellig anerkannt. Sie gilt zunächst einmal für das mitgliedstaatliche Recht, das in Umsetzung einer Richtlinie geschaffen wurde.<sup>1117</sup> In diesem Fall lässt sie sich zusätzlich zu den unionsrechtlichen Grundlagen nach dem deutschen Verständnis auch mit innerstaatlichen Auslegungsgrundsätzen begründen, da im Rahmen der historischen und teleologischen Auslegung das Ziel des Gesetzgebers, die Richtlinie umzusetzen, zu berücksichtigen ist.<sup>1118</sup>

Daneben entwickeln Richtlinien aber auch schon vor ihrer Umsetzung eine Vorstrahlungswirkung, eine entsprechende Pflicht zur richtlinienkonformen Interpretation besteht jedoch erst nach Ablauf der Umsetzungsfrist.<sup>1119</sup> Denn ab diesem Zeitpunkt muss es den Mitgliedstaaten verwehrt sein, durch Verzögerungen bei der Implementierung in das innerstaatliche Recht die praktische Wirksamkeit der Richtlinie zu verhindern. Dies hat den BGH jedoch nicht daran gehindert, auch schon zuvor den Vorgaben einer Richtlinie vorgreifend Rechnung zu tragen.<sup>1120</sup>

Die Methode der richtlinienkonformen Auslegung ist aber nicht nur bei zu ihrer Umsetzung erlassenen, sondern auch bei bereits zuvor bestehenden Gesetzen anzuwenden,<sup>1121</sup> d.h. auch diese sind, um der Richtlinie ausreichende Wirkung zu verleihen, an deren Zielen orientiert zu interpretieren. Hier zeigt sich jedoch, dass der wesentliche Grund der richtlinienkonformen Auslegung im europäischen Recht

1115 So z.B. BAG NJW 1990, 65; BGH GRUR 1993, 825, 826.

1116 *Ambos*, Intern. Strafrecht, § 11 Rn. 46 ff.; *Bieber*, in: Bieber/Epiney/Haag, § 3 Rn. 36; *Böse*, Strafen und Sanktionen, S. 425 ff.; *Braum*, Europäische Strafgesetzlichkeit, S. 185; *Dannecker*, JURA 1998, 79, 84 f.; *ders.*, JURA 2006, 173, 175; *Epiney*, in: Bieber/Epiney/Haag, § 8 Rn. 16; *Esser*, Europ. u. Intern. Strafrecht, § 2 Rn. 64 ff.; *Hecker*, JA 2002, 723, 727 f.; *ders.*, Europ. Strafrecht, § 10; *Heger*, Recht und Politik 2012, 88, 94; *Herdegen*, Europarecht, § 8 Rn. 41; *Römmau/Wegner*, GA 2013, 561, 562; *Safferling*, Intern. Strafrecht, § 11 Rn. 15; *Satzger*, Europäisierung, S. 518 ff.; *ders.*, in: Sieber/Brüner/Satzger/v. Heintschel-Heinegg, § 9 Rn. 50 ff.; *ders.*, Intern. u. Europ. Strafrecht, § 9 Rn. 89 ff.; *Schramm*, ZJS 2010, 616, 617 f.; *ders.*, Intern. Strafrecht, 4. Kapitel Rn. 83 ff.; *Streinz*, Europarecht, Rn. 499 ff.; *Tiedemann*, NJW 1993, 23, 25; *ders.*, FS Roxin, 2001, S. 1405; *ders.*, ZStW 116 (2004), 945, 950; *M. Vormbaum*, S. 94 ff.; *Weißer*, ZIS 2006, 562, 571 f.; *Zuleeg*, in: Sieber, Europäische Einigung, S. 50; *ders.*, NJW 2000, 2846, 2849; ausführlich dazu *C. Schröder*, S. 321 ff.

1117 EuGH Slg. 1984, 1891, 1909 – *v. Colson und Kamann* (Rs. C-14/83).

1118 *Hecker*, Europ. Strafrecht, § 10 Rn. 9; *Hugger*, NStZ 1993, 421, 423; *Satzger*, Europäisierung, S. 525; *ders.*, Intern. u. Europ. Strafrecht, § 9 Rn. 91; vgl. auch *Braum*, Europäische Strafgesetzlichkeit, S. 185: „Ausprägung der Teleologie“.

1119 EuGH Slg. 2006, I-6057, I-6133 – *Adeneler* (Rs. C-212/04); *Ambos*, Intern. Strafrecht, § 11 Rn. 49; *Hecker*, Europ. Strafrecht, § 10 Rn. 32; *Heger*, in: Böse, EnzEuR Bd. 9, § 5 Rn. 112; *Herdegen*, Europarecht, § 8 Rn. 41; *Streinz*, Europarecht, Rn. 502; *Weißer*, ZIS 2006, 562, 572 – a.A. *Satzger*, Europäisierung, S. 535 ff.: auch schon vorher; differenzierend *Römmau/Wegner*, GA 2013, 561, 563: Wenn die Richtlinie begünstigend wirkt, ist sie wegen des *lex-mitior*-Prinzips auch schon vor Ablauf der Umsetzungsfrist zu beachten.

1120 BGHZ 138, 55, 64; dazu *Hecker*, Europ. Strafrecht, § 10 Rn. 31; *Herdegen*, Europarecht, § 8 Rn. 41; *Satzger*, Europäisierung, S. 537.

1121 EuGH Slg. 1990, I-4135, I-4159 – *Marleasing* (Rs. C-106/89); *Hecker*, Europ. Strafrecht, § 10 Rn. 10 ff.; *Heger*, in: Böse, EnzEuR Bd. 9, § 5 Rn. 111; *Herdegen*, Europarecht, § 8 Rn. 41; *Römmau/Wegner*, GA 2013, 561, 564; *Schramm*, ZJS 2010, 615, 617 f.; *Zuleeg*, NJW 2000, 2846, 2849.

zu suchen ist und nicht in den innerstaatlichen Auslegungsmethoden, welche in diesem Fall schwerlich zur Begründung taugen.<sup>1122</sup>

Die Pflicht zur unionsrechtskonformen Auslegung gilt zweifellos auch für das Strafrecht,<sup>1123</sup> das auch diesbezüglich keine Sonderstellung beanspruchen kann. Vor der Reform von Lissabon hatte der EuGH auch Rahmenbeschlüssen der „Dritten Säule“ eine entsprechende Wirkung zugesprochen.<sup>1124</sup> Soweit diese weiterhin in Geltung sind, müssen also auch sie bei der Interpretation des nationalen Rechts beachtet werden. Problematisch sind dabei das Verhältnis zu anderen innerstaatlich anerkannten Interpretationsmethoden und – damit zusammenhängend – die Schranken einer solchen Auslegung. Es ist insbesondere fraglich, ob die unionsrechtskonforme Auslegung sich auch gegen die Wortlautgrenze durchsetzt. Zwar wird teilweise vertreten, der unionsrechtskonformen Auslegung komme wegen des Vorranges des EU-Rechts<sup>1125</sup> eine absolute Vorzugsstellung gegenüber sonstigen Interpretationsmethoden zu.<sup>1126</sup>

Der EuGH hat jedoch selbst zu Recht festgestellt, dass im Strafrecht die allgemeinen Rechtsgrundsätze der Rechtssicherheit und des Rückwirkungsverbotes beachtet werden müssen.<sup>1127</sup> Diese sind Bestandteil des EU-Rechts selbst und finden in Art. 49 Abs. 1 S. 1 GRC (sowie in Art. 7 Abs. 1 S. 1 EMRK) ihre Bestätigung.<sup>1128</sup> Den Grundsatz der Bestimmtheit von Strafgesetzen bezeichnete der EuGH

1122 Zweifelnd auch Hecker, Europ. Strafrecht, § 10 Rn. 9.

1123 EuGH Slg. 1987, 3969, 3986 – *Kolpinghuis Nijmegen* (Rs. C-80/86); BGHSt 37, 333; 48, 373; 50, 347; vgl. ferner *Ambos*, Intern. Strafrecht, § 11 Rn. 46 ff.; *Böse*, Strafen und Sanktionen, S. 429; *Dannecker*, JURA 2006, 173, 175 f.; *Eser/Hecker*, in: Schönke/Schröder, Vorbem. § 1 Rn. 28; *Hecker*, Europ. Strafrecht, § 10; *Nelles/Tinkl/Lauchstädt*, in: Schulze/Zuleeg/Kadelbach, § 42 Rn. 12; *Rönnau/Wegner*, GA 2013, 561, 562 ff.; *Safferling*, Intern. Strafrecht, § 11 Rn. 15; *Satzger*, Europäisierung, S. 538 ff., 549 ff.; *ders.*, in: Sieber/Brüner/Satzger/v. Heintschel-Heinegg, § 9 Rn. 50 ff.; *ders.*, Intern. u. Europ. Strafrecht, § 9 Rn. 89 ff.; *Schmitz*, in: MüKo StGB, § 1 Rn. 86; *Schramm*, ZJS 2010, 615, 618; *ders.*, Intern. Strafrecht, 4. Kapitel Rn. 83 ff.; *C. Schröder*, S. 340 f.; *M. Vormbaum*, S. 94 ff.; *Weigend*, ZStW 105 (1993), 774, 781.

1124 Der EuGH Slg. 2005, I-5285, I-5328 – *Pupino* (Rs. C-105/03), hat in Gleichsetzung von Rahmenbeschluss und Richtlinie auf die Pflicht zur rahmenbeschlusskonformen Auslegung hingewiesen; zustimmend *M. Vormbaum*, S. 114 f.; vgl. dazu ferner *Dorra*, S. 55 ff.; *Esser*, Europ. u. Intern. Strafrecht, § 2 Rn. 73; *Fletcher/Löff/Gilmore*, S. 35 f.; *Heger*, Europäisierung des Umweltstrafrechts, S. 128; *ders.*, in: Böse, EnzEuR Bd. 9, § 5 Rn. 107 ff.; *Herlin-Karnell*, GLJ 8 (2007), 1148; *Mitsilegas*, S. 26 ff.; *Nelles/Tinkl/Lauchstädt*, in: Schulze/Zuleeg/Kadelbach, § 42 Rn. 29; *Nettesheim*, in: Oppermann/Classen/Nettesheim, § 10 Rn. 10; *Schramm*, ZJS 2010, 615, 617; *Weißer*, ZIS 2006, 562; vgl. aber auch BVerfGE 113, 273, das hier im Hinblick auf das Gesetz zur Umsetzung des Rahmenbeschlusses über den Europäischen Haftbefehl und die Übergabeverfahren zwischen den Mitgliedstaaten der Europäischen Union (Europäisches Haftbefehlgesetz, EuHbG) vom 21. Juli 2004, BGBl. I S. 1748, die völkerrechtliche Konstruktion der „Dritten Säule“ betont und das Urteil des EuGH ignoriert; kritisch dazu die abweichende Meinung des Richters *Gerhardt*, in: BVerfGE 113, 273, 339, 341 f.; *Vogel*, JZ 2005, 801, 805; *Wasmeyer*, ZEuS 2006, 23, 28 ff.

1125 Siehe dazu noch unten 4. Kapitel C. II. 1.

1126 So etwa *Heise*, S. 100; *Lutter*, JZ 1992, 593, 604.

1127 EuGH Slg. 1987, 3969, 3986 – *Kolpinghuis Nijmegen* (Rs. C-80/86); Slg. 2005, I-5285, I-5328 – *Pupino* (Rs. C-105/03); dazu *Dannecker*, JURA 2006, 173, 176; *Esser*, Europ. u. Intern. Strafrecht, § 2 Rn. 98; *Gröbblinghoff*, S. 60 f.; *Satzger*, Europäisierung, S. 534 f.; *Zuleeg*, in: Sieber, Europäische Einigung, S. 50; *ders.*, NJW 2000, 2846, 2849.

1128 *Jarass*, Charta, Art. 49 GRC Rn. 1.

als allgemeinen Rechtsgrundsatz des Unionsrechts.<sup>1129</sup> Auch im deutschen Recht bilden im Hinblick auf Art. 103 Abs. 2 GG und § 1 StGB Wortlautgrenze und Analogieverbot die Schranke jeder zulässigen Auslegung zu Lasten des Täters,<sup>1130</sup> auch der unionsrechtskonformen.<sup>1131</sup> Denn schließlich wird innerstaatliches Recht durch die mitgliedstaatlichen Gerichte ausgelegt, die an ihre eigenen verfassungsmäßigen Schranken der Auslegung gebunden sind.<sup>1132</sup> Dadurch wird das Unionsrecht auch nicht ausgehebelt, da es sich im Kollisionsfalle durchsetzt.<sup>1133</sup>

Bei der Auslegung geht es aber nicht um eine Kollision der Ebenen, sondern um die noch mögliche Interpretation des eigenen Rechts. Auch der EuGH verlangte stets nur, „das zur Durchführung der Richtlinie erlassene Gesetz unter voller Ausschöpfung des Beurteilungsspielraums, den ihm das nationale Recht einräumt, in Übereinstimmung mit den Anforderungen des Gemeinschaftsrechts auszulegen und anzuwenden.“<sup>1134</sup> Die Wortlautschränke folgt demnach letztlich sowohl aus dem Unionsrecht als auch aus dem nationalen Recht.

Die unionsrechtskonforme Auslegung ist somit zwar eine besonders bedeutsame Auslegungsmethode,<sup>1135</sup> hat aber keinen absoluten, sondern nur einen „relativen Vorrang“<sup>1136</sup> vor anderen Methoden, indem von mehreren nach mitgliedstaatlichem Recht möglichen Interpretationen diejenige zu wählen ist, die dem EU-Recht am besten zur Geltung verhilft. Den Wortlaut sprengen kann sie hingegen nicht.<sup>1137</sup> So lässt sich zwar insofern von einem „Trennungsprinzip“ sprechen, als jede Ebene ihr eigenes Recht durch ihre Gerichte selbst interpretiert,<sup>1138</sup> jedoch entsteht bei der unionsrechtskonformen Auslegung ein interessantes Zusammen-

1129 EuGH Slg. 1996, I-6609, I-6637 – *Telecom Italia* (Rs. C-74/95 und C-129/95); dazu *Dannecker*, in: LK, § 1 Rn. 33 ff.; *Hecker*, Europ. Strafrecht, § 10 Rn. 48 ff.; *Satzger*, Intern u. Europ. Strafrecht, § 9 Rn. 92; vgl. zu den allgemeinen Rechtsgrundsätzen auch *Hugger*, S. 85 f.; *Satzger*, Europäisierung, S. 177 ff.

1130 Dazu allgemein BVerfGE 71, 108, 115; BGHSt 4, 144, 148; *Eser/Hecker*, in: Schönke/Schröder, § 1 Rn. 37; *Hassemer/Kargl*, in: NK, § 1 Rn. 78 ff.; *Lackner/Kühl*, § 1 Rn. 6; *Schmitz*, in: MüKo StGB, § 1 Rn. 63.

1131 *Ambos*, Intern. Strafrecht, § 11 Rn. 51; *Böse*, Strafen und Sanktionen, S. 427; *Calliess*, ZEuS 2008, 3, 23; *Dannecker*, JURA 2006, 173, 176; *Eser/Hecker*, in: Schönke/Schröder, § 1 Rn. 37; *Heger*, Europäisierung des Umweltstrafrechts, S. 9; *ders.*, Recht und Politik 2012, 88, 94; *Kühl*, ZStW 109 (1997), 777, 784; *Nelles/Tinkl/Lauchstäd*, in: Schulze/Zuleeg/Kadelbach, § 42 Rn. 12; *Römmau/Wegner*, GA 2013, 561, 563; *Safferling*, Intern. Strafrecht, § 11 Rn. 17; *Satzger*, Europäisierung, S. 533; *ders.*, in: Sieber/Brüner/Satzger/v. Heintschel-Heinegg, § 9 Rn. 53; *ders.*, Intern. und Europ. Strafrecht, § 9 Rn. 93; *Schmitz*, in: MüKo StGB, § 1 Rn. 88; *Schramm*, ZJS 2010, 615, 618; *ders.*, Intern. Strafrecht, 4. Kapitel Rn. 86; *C. Schröder*, S. 355 ff., 362.

1132 *C. Schröder*, S. 359 f.

1133 Dazu 4. Kapitel C. II.

1134 EuGH Slg. 1984, 1891, 1909 – *v. Colson und Kamann* (Rs. C-14/83); darauf weisen *Hecker*, Europ. Strafrecht, § 10 Rn. 34, und *Hugger*, NStZ 1993, 421, 423, zutreffend hin.

1135 *Satzger*, Intern. und Europ. Strafrecht, § 9 Rn. 93; *ders.*, in: Sieber/Brüner/Satzger/v. Heintschel-Heinegg, § 9 Rn. 55.

1136 *Ambos*, Intern. Strafrecht, § 11 Rn. 51; *Hecker*, Europ. Strafrecht, § 10 Rn. 27; *Römmau/Wegner*, GA 2013, 561, 579; *Schramm*, ZJS 2010, 615, 618; *ders.*, Intern. Strafrecht, 4. Kapitel Rn. 85.

1137 So schon *Dannecker*, JZ 1996, 869, 873; ferner *Heger*, HRRS 2012, 211, 214; *ders.*, in: Böse, EnzEuR Bd. 9, § 5 Rn. 119.

1138 *Pernice*, AöR 136 (2011), 185, 193.

spiel der Ebenen. Zudem ist speziell bei Richtlinien zu beachten, dass diese vor ihrer Umsetzung keine unmittelbare den Bürger belastende Wirkung haben und daher die Strafbarkeit auch nicht selbst festlegen können.<sup>1139</sup> Diese muss sich vielmehr stets aus der mitgliedstaatlichen Strafvorschrift ergeben. Dies gilt im Übrigen auch bei einer fehlerhaft umgesetzten Richtlinie.<sup>1140</sup>

Wegen der Geltung des Bestimmtheitsgebotes als allgemeinem Grundsatz des Unionsrechts muss schließlich auch die Richtlinie ihrerseits hinreichend bestimmt sein, um zur Auslegung im Strafrecht herangezogen werden zu können.<sup>1141</sup> Sind diese Voraussetzungen erfüllt, so kann eine Richtlinie durchaus dazu führen, dass ein Verhalten von einer mitgliedstaatlichen Strafnorm erfasst wird, das zuvor wegen der einschränkenden Auslegung durch die nationalen Gerichte straflos war.<sup>1142</sup> Dabei handelt es sich nicht um eine „Erweiterung der Strafbarkeit“ durch die Richtlinie, da die Strafbarkeit selbst aus der unionsrechtskonform ausgelegten mitgliedstaatlichen Strafnorm folgt.<sup>1143</sup> Ein Vertrauensschutz im Hinblick auf eine bestimmte Interpretation durch das Gericht ist weder durch nationales Verfassungsrecht noch durch das Unionsrecht geboten.<sup>1144</sup>

Die Methode der unionsrechtskonformen Auslegung erlaubt es den Mitgliedstaaten insbesondere, ihrer Assimilierungspflicht<sup>1145</sup> nachzukommen, indem sie durch entsprechende Interpretation ihrer Strafnormen die Rechtsgüter der EU in den Schutzbereich einbeziehen.<sup>1146</sup> Im deutschen Recht finden sich inzwischen zahlreiche Beispiele.<sup>1147</sup> Aus dem Kernstrafrecht lässt sich v.a. das Umweltstrafrecht anführen, welches auf Grund seiner Verwaltungsrechtsakzessorietät und der man-

1139 EuGH Slg. 1987, 3969, 3987 – *Kolpinghuis Nijmegen* (Rs. C-80/86); Slg. 1996, I-4705, I-4729 – *Arcaro* (Rs. C-168/95); Slg. 2005, I-3565, I-3654 – *Berlusconi u.a.* (Rs. C-387/02, C-391/02, C-403/02); vgl. auch *Gröbblinghoff*, S. 60 f.; *Hugger*, S. 100; *C. Schröder*, S. 18; *Zuleeg*, in: Sieber, Europäische Einigung, S. 51.

1140 EuGH Slg. 1996, I-4705, I-4729 – *Arcaro* (Rs. C-168/95); dazu *Hecker*, Europ. Strafrecht, § 10 Rn. 44 ff.

1141 EuGH Slg. 1996, I-6609, I-6638 – *Telecom Italia* (Rs. C-74/95 und C-129/95); dazu *Hecker*, Europ. Strafrecht, § 10 Rn. 48 ff.; *C. Schröder*, S. 385 ff.; ferner *Rönnau/Wegner*, GA 2013, 561, 564.

1142 *Böse*, Strafen und Sanktionen, S. 429 ff.; *Esser*, Europ. u. Intern. Strafrecht, § 2 Rn. 93 ff.; *Hecker*, Europ. Strafrecht, § 10 Rn. 59 ff.; *Heise*, S. 165 f.; *Safferling*, Intern. Strafrecht, § 11 Rn. 18; *Satzger*, Intern. u. Europ. Strafrecht, § 9 Rn. 94; *ders.*, in: Sieber/Brüner/Satzger/v. Heintschel-Heinegg, § 9 Rn. 57; *Schramm*, 4. Kapitel Rn. 87; vgl. auch *Ambos*, Intern. Strafrecht, § 11 Rn. 50; *M. Vormbaum*, S. 110 ff.

1143 *Böse*, Strafen und Sanktionen, S. 431 f.; *Hecker*, Europ. Strafrecht, § 10 Rn. 60; *Satzger*, Europäisierung, S. 555 ff.; *ders.*, in: Sieber/Brüner/Satzger/v. Heintschel-Heinegg, § 9 Rn. 57 – a.A. *Hugger*, S. 100 f.; *ders.*, NStZ 1993, 421, 423 f.; gegen eine zwingende richtlinienkonforme Auslegung auch *Gröbblinghoff*, S. 68.

1144 Vgl. auch *Satzger*, Intern. u. Europ. Strafrecht, § 9 Rn. 95: Dieses Vertrauen sei nicht schutzwürdig.

1145 Siehe dazu bereits oben 4. Kapitel C. I. 2.

1146 Dazu *Esser*, Europ. u. Intern. Strafrecht, § 2 Rn. 75; *Satzger*, Intern. u. Europ. Strafrecht, § 9 Rn. 97 ff.; *ders.*, in: Sieber/Brüner/Satzger/v. Heintschel-Heinegg, § 9 Rn. 61; *Schramm*, Intern. Strafrecht, 4. Kapitel Rn. 92.

1147 Vgl. *Hecker*, Europ. Strafrecht, § 10 Rn. 63 ff.; *Satzger*, Europäisierung, S. 571 ff.; *ders.*, in: Sieber/Brüner/Satzger/v. Heintschel-Heinegg, § 9 Rn. 59 ff.; *ders.*, Intern. u. Europ. Strafrecht, § 9 Rn. 96 ff.; *M. Vormbaum*, S. 116 ff.

nigfaltigen europäischen Vorgaben bereits zu weiten Teilen europäisiert ist,<sup>1148</sup> da nach zutreffender Auffassung auch aus dem EU-Recht eine verwaltungsrechtliche Pflicht folgen kann.<sup>1149</sup>

Auch Fahrlässigkeitsdelikte können insofern europarechtlich geprägt sein, als das EU-Recht Verhaltensanforderungen aufstellt.<sup>1150</sup> Ferner bildet das Nebenstrafrecht ein weites Einfallstor für europäische Einflüsse, indem es akzessorisch zu den – gegebenenfalls harmonisierten oder jedenfalls unionsrechtskonform auszulegenden – Vorschriften ausgestaltet ist.<sup>1151</sup> Schließlich kann auch eine – etwa an den Grundfreiheiten orientierte – unionsrechtskonforme Auslegung der Strafsanktionen angezeigt sein, um eine Kollision zu vermeiden.<sup>1152</sup>

## II. Verhältnis der Ebenen im Kollisionsfall

### 1. Anwendungsvorrang des Unionsrechts

Lässt sich durch Auslegung kein Einklang der Rechtsordnungen erzielen, so kommt es zur Kollision. Ähnlich wie in anderen föderalen Systemen hat das zentrale Unionsrecht in diesem Fall Vorrang vor dem Recht der Mitgliedstaaten, auch wenn dies nur ein „Anwendungsvorrang“<sup>1153</sup> ist. Nach dieser Kollisionsregel ist das Recht der Mitgliedstaaten nicht grundsätzlich nichtig, sondern im konkreten Kollisionsfall lediglich nicht anwendbar. Dieser Anwendungsvorrang ist ständige Rechtspre-

1148 Vgl. dazu Hecker, in: Sieber/Brüner/Satzger/v. Heintschel-Heinegg, § 28 Rn. 18 ff.; Heger, Europäisierung des Umweltstrafrechts, passim; ders., ZIS 2013, 289, 290; Heine/Hecker, in: Schönke/Schröder, Vorbem. §§ 324 ff. Rn. 7d.

1149 Hecker, ZStW 115 (2003), 880, 898 ff.; ders., Europ. Strafrecht, § 10 Rn. 71; ders., in: Sieber/Brüner/Satzger/v. Heintschel-Heinegg, § 28 Rn. 19; Heine/Hecker, in: Schönke/Schröder, Vorbem. §§ 324 ff. Rn. 7d.

1150 Dazu Esser, Europ. u. Intern. Strafrecht, § 2 Rn. 83 f.; Satzger, Europäisierung, S. 606 ff.; ders., Intern. u. Europ. Strafrecht, § 9 Rn. 107 ff.; Schramm, Intern. Strafrecht, 4. Kapitel Rn. 93.

1151 Vgl. die interessante Frage der Auslegung des Begriffes der Verbreitung in den §§ 17, 106 UrhG: Hier ist nach zutreffender Auffassung das deutsche Recht richtlinienkonform auszulegen; vgl. dazu Hildebrandt/Reinbacher, in: Wandtke/Bullinger, § 106 Rn. 17; siehe bereits oben 4. Kapitel C. I. 1.

1152 Satzger, Europäisierung, S. 631 ff.; ders., Intern. u. Europ. Strafrecht, § 9 Rn. 111 ff.; Schramm, Intern. Strafrecht, 4. Kapitel Rn. 93.

1153 EuGH Slg. 1968, 359, 373 – Lück (Rs. 34/67); ferner BVerfGE 126, 286, 301; Ambos, Intern. Strafrecht, § 11 Rn. 41; Damecker, JURA 1998, 79, 84; ders., JURA 2006, 95; ders., JURA 2006, 173; v. Danwitz, in: Dausen, 34. EL 2013, B. II. Rn. 7; Esser, Europ. u. Intern. Strafrecht, § 2 Rn. 9 ff.; Gärditz, in: Böse, EnzEuR Bd. 9, § 6 Rn. 45 ff.; Hecker, JA 2002, 723, 724; ders., Europ. Strafrecht, § 9 Rn. 8 f.; Heger, Recht und Politik 2012, 88, 91; ders., in: Böse, EnzEuR Bd. 9, § 5 Rn. 81; Herdegen, Europarecht, § 10 Rn. 3; Nettesheim, in: Oppermann/Classen/Nettesheim, § 10 Rn. 32 ff.; Ruffert, in: Calliess/Ruffert, Art. 1 AEUV Rn. 18; Satzger, Europäisierung, S. 53 ff., 478; ders., in: Sieber/Brüner/Satzger/v. Heintschel-Heinegg, § 1 Rn. 8, § 9 Rn. 39; C. Schröder, S. 89 ff.; Zuleeg, NJW 2000, 2846, 2849.

chung des EuGH<sup>1154</sup> und inzwischen allgemein anerkannt.<sup>1155</sup> Umstritten ist jedoch die theoretische Herleitung des Grundsatzes.

Aus der Sicht des EuGH folgt der Anwendungsvorrang aus der Öffnung der staatlichen Rechtsordnungen zu Gunsten des EU-Rechts sowie aus dem Grundsatz des *effet utile*, nach welchem das Unionsrecht nicht durch einzelne Maßnahmen der Mitgliedstaaten in seiner Wirksamkeit beeinträchtigt werden darf.<sup>1156</sup> Art. 4 Abs. 3 UA. 3 EUV statuiert ein entsprechendes Verbot von Maßnahmen, welche die Verwirklichung der Ziele der Verträge der Union gefährden könnten. Das Gericht folgert den Vorrang des Unionsrechts aus der Natur desselben, da es eine autonome Rechtsordnung darstellt, die aus eigener Rechtsquelle fließt und einheitlich gelten soll.<sup>1157</sup> Der gescheiterte Vertrag über eine Verfassung für Europa vom 29.10.2004<sup>1158</sup> hätte in Art. I-6 VVE eine ausdrückliche Vorrangregelung zu Gunsten des EU-Rechts etabliert.<sup>1159</sup> Im Vertrag von Lissabon wurde der Anwendungsvorrang nicht explizit aufgenommen, er wird jedoch in der Erklärung Nr. 17 zur Schlussakte bestätigt. Dieser Vorrang gilt nach der Sicht des EuGH sogar gegenüber dem mitgliedstaatlichen Verfassungsrecht.<sup>1160</sup> Dies wird in den einzelnen Mitgliedstaaten jedoch teilweise unterschiedlich gesehen.<sup>1161</sup>

Das BVerfG hat, wie schon mehrfach erläutert, eine andere Perspektive bei der Beurteilung der EU. Es stellt hinsichtlich des Anwendungsvorranges des Unions-

- 1154 So etwa EuGH Slg. 1964, 1253, 1269 ff. – *Costa/ENEL* (Rs. 6/64); Slg. 1968, 359, 373 – *Lück* (Rs. 34/67); Slg. 1990, I-2433, 2473 f. – *The Queen/Secretary of State for Transport, ex parte Factortame* (Rs. C-213/89).
- 1155 *Ambos*, Intern. Strafrecht, § 11 Rn. 41; *Dannecker*, JURA 1998, 79, 84; *ders.*, ZStW 117 (2005), 697, 701; *Deutscher*, S. 14 ff.; *Grabenwarter*, in: v. Bogdandy/Bast, S. 123; *Hecker*, Europ. Strafrecht, § 9 Rn. 1; *Heger*, in: Böse, EnzEuR Bd. 9, § 5 Rn. 81 ff.; *Herdegen*, Europarecht, § 10 Rn. 1; *Ipsen*, Staatsrecht I, § 3 Rn. 53; *Nettesheim*, in: Oppermann/Classen/Nettesheim, § 10 Rn. 1; *Pernice*, NJW 1990, 2409, 2411 f.; *ders.*, in: Dreier, Art. 23 Rn. 27 ff.; *Peters*, S. 305; *Rönnau/Wegner*, GA 2013, 561, 578; *Ruffert*, in: Calliess/Ruffert, Art. 1 AEUV Rn. 16; *Satzger*, Europäisierung, S. 43 ff., 478 ff.; *ders.*, in: Sieber/Brüner/Satzger/v. Heintschel-Heinegg, § 1 Rn. 8, § 9 Rn. 39; *Schramm*, Intern. Strafrecht, 4. Kapitel Rn. 75; C. *Schröder*, S. 89 ff.; *Streinz*, Europarecht, Rn. 203; *Zuleeg*, in: Sieber, Europäische Einigung, S. 50; *ders.*, NJW 2000, 2846, 2848.
- 1156 EuGH Slg. 1964, 1253, 1269 ff. – *Costa/ENEL* (Rs. 6/64).
- 1157 EuGH Slg. 1964, 1253, 1269 ff. – *Costa/ENEL* (Rs. 6/64); dazu *Grabenwarter*, in: v. Bogdandy/Bast, S. 133 f.; *Hecker*, Europ. Strafrecht, § 9 Rn. 3; *Peters*, S. 310; *Puttler*, EuR 2004, 669, 683 f.; *Satzger*, in: Sieber/Brüner/Satzger/v. Heintschel-Heinegg, § 1 Rn. 8; C. *Schröder*, S. 88 f.; siehe zum Charakter der EU als autonome Rechtsordnung bereits oben 2. Kapitel C. II.
- 1158 Vgl. dazu oben 4. Kapitel A. II. 8.
- 1159 Dazu v. *Danwitz*, in: Dausen, 34. EL 2013, B. II. Rn. 6; *Puttler*, EuR 2004, 669, 684 ff.; *Walter*, ZStW 117 (2005), 912, 915.
- 1160 EuGH Slg. 1978, 629, 643 ff. – *Simmenthal II* (Rs. 106/77); zustimmend *Zuleeg*, NJW 2000, 2846, 2848; vgl. dazu auch *Ipsen*, Staatsrecht I, § 3 Rn. 53 f.; *Ruffert*, in: Calliess/Ruffert, Art. 1 AEUV Rn. 19; *Satzger*, in: Sieber/Brüner/Satzger/v. Heintschel-Heinegg, § 1 Rn. 9.
- 1161 Dazu *Bieber*, in: Bieber/Epiney/Haag, § 3 Rn. 39 f.; *Deutscher*, S. 19, Fn. 95; *Grabenwarter*, in: v. Bogdandy/Bast, S. 123 ff.; *Nettesheim*, in: Oppermann/Classen/Nettesheim, § 10 Rn. 15 ff.; *Peters*, S. 310 ff.; *Puttler*, EuR 2004, 669, 684; *Zuleeg*, NJW 2000, 2846, 2848 f.; vgl. zur Sicht im Vereinigten Königreich von Großbritannien und Nordirland die Leitescheidung des House of Lords, *R. v. Secretary of State for Transport, ex parte Factortame Ltd. (No. 2)*, (1991) 1 AC 603, 643; dazu *Barndt*, S. 96 ff.; *Bradley*, in: Jowell/Oliver, S. 52 ff.

rechts wiederum auf die Integrationsermächtigung des GG ab.<sup>1162</sup> Anders als der EuGH behandelt das BVerfG das Unionsrecht daher ähnlich den Grundsätzen des Völkerrechts. Auch der (ungeschriebenen) Kollisionsnorm des Primärrechts sei durch die Zustimmungsgesetze in Verbindung mit Art. 23 GG, der innerstaatliche Anwendungsbefehl erteilt worden.<sup>1163</sup> Kommt es aber auf diesen an, so kann er wiederum verfassungsmäßigen Schranken unterliegen.<sup>1164</sup> Hinsichtlich einfacher Gesetze hat das BVerfG den Vorrang des Unionsrechts schon in den 1970er Jahren anerkannt.<sup>1165</sup>

Es hat sich allerdings im Hinblick auf die deutsche Verfassung nur allmählich zu einem solchen Anwendungsvorrang des europäischen Rechts durchringen können.<sup>1166</sup> Im Hinblick auf die Grundrechte etwa ging es in der Entscheidung Solange I zunächst davon aus, dass es deren Einhaltung auch im Rahmen europäischer Rechtssetzung überprüfen könne, solange in der EG/EU kein ausreichender Grundrechtsschutz gewährleistet sei,<sup>1167</sup> zog sich im Beschluss Solange II<sup>1168</sup> jedoch von einer Prüfungskompetenz hinsichtlich der Rechtsakte der EG/EU zurück, indem es erklärte, diese nicht mehr auszuüben, solange der Grundrechtsschutz auch auf der Unionsebene gewährleistet sei.

Daneben behielt sich das BVerfG in diesem Zusammenhang jedoch einige eigene Prüfungskompetenzen vor. So gedenkt es, die Zuständigkeit hinsichtlich der deutschen Grundrechte in einem Kooperationsverhältnis<sup>1169</sup> gemeinsam mit dem EuGH auszuüben.<sup>1170</sup> Während der EuGH die Grundrechte im Allgemeinen sichert, prüft das BVerfG Eingriffe in den Kernbereich, die „unabdingbaren Grundrechtsstandards“<sup>1171</sup>. Dies hatte das BVerfG schon unter Geltung des Art. 24 GG a.F. in den Entscheidungen Solange I<sup>1172</sup> im Jahr 1974 und Solange II<sup>1173</sup> im Jahr 1986 so gesehen und festgestellt, die Vorschrift verhindere, dass die „Identität der geltenden Verfassung“ aufgegeben werden könne. Den Prüfungsmaßstab dieses Kernbereiches bilden die so genannten „Struktursicherungsklauseln“<sup>1174</sup> des Art. 23 Abs. 1 GG. Die EU muss nach Art. 23 Abs. 1 S. 1 GG demokratischen, rechtsstaatlichen, sozialen und föderativen Grundsätzen und dem Grundsatz der

1162 BVerfGE 73, 339, 375; 89, 155, 190; vgl. zur Sichtweise des BVerfG auch C. Schröder, S. 92 ff.

1163 BVerfGE 75, 223, 244; dazu Grabenwarter, in: v. Bogdandy/Bast, S. 134; Peters, S. 319 ff.

1164 C. Schröder, S. 96.

1165 BVerfGE 31, 145, 173 ff.; dazu Hecker, Europ. Strafrecht, § 9 Rn. 5.

1166 Siehe dazu die Darstellung bei Hecker, Europ. Strafrecht, § 9 Rn. 5 ff.; Satzger, in: Sieber/Brüner/Satzger/v. Heintschel-Heinegg, § 1 Rn. 10; C. Schröder, S. 96 ff.; Streinz, Europarecht, Rn. 223 ff.

1167 BVerfGE 37, 271, 285.

1168 BVerfGE 73, 339, 387.

1169 BVerfGE 89, 155, 175.

1170 Dazu Pernice, in: Dreier, Art. 23 Rn. 28; Scholz, in: Maunz/Dürig, 69. EL 2013, Art. 23 Rn. 40.

1171 BVerfGE 89, 155, 175.

1172 BVerfGE 37, 271, 279 f.

1173 BVerfGE 73, 339, 375 f.

1174 Grabenwarter, in: v. Bogdandy/Bast, S. 140; Peters, S. 320; Scholz, in: Maunz/Dürig, 69. EL 2013, Art. 23 Rn. 70.

Subsidiarität verpflichtet sein und einen dem Grundgesetz vergleichbaren Grundrechtsschutz gewährleisten.

Ferner will das Gericht die Einhaltung der Grenzen der Übertragung der Hoheitsrechte überprüfen.<sup>1175</sup> Rechtsakte der EU, welche diese durch die deutschen Zustimmungsgesetze gesteckten Grenzen der ihnen eingeräumten Hoheitsrechte übertreten, seien in Deutschland nicht mehr anwendbar, was durch das BVerfG untersucht werden soll.<sup>1176</sup> Damit überprüft das Gericht die europäischen Rechtsakte nicht nur darauf, ob der Kernbereich der deutschen Verfassung tangiert ist, sondern auch, ob sie sich im Rahmen der Unionszuständigkeiten bewegen.<sup>1177</sup> Das BVerfG benennt im Lissabon-Urteil<sup>1178</sup> drei eigene Prüfungskompetenzen: (1) Identitätskontrolle (Prüfung, ob der Kerngehalt des GG gewahrt bleibt), (2) Subsidiaritätskontrolle (Prüfung, ob die Rechtsakte der EU das Subsidiaritätsprinzip einhalten) und (3) *ultra-vires*-Kontrolle (Prüfung, ob die Rechtsakte der EU im Rahmen ihrer Kompetenzen bleiben).<sup>1179</sup> Dies ist im Hinblick auf das „Kooperationsverhältnis“ mit dem EuGH durchaus problematisch.<sup>1180</sup>

In einer jüngeren Entscheidung hat das BVerfG<sup>1181</sup> die Voraussetzungen eines die Kompetenzgrenzen überschreitenden Rechtsaktes der EU jedoch sehr eng gefasst. Die *ultra-vires*-Kontrolle dürfe nur europarechtsfreundlich erfolgen.<sup>1182</sup> Ein Verstoß komme nur dann in Betracht, wenn ersichtlich sei, dass Handlungen der europäischen Organe und Einrichtungen außerhalb der übertragenen Kompetenzen ergangen sind.<sup>1183</sup> Ersichtlich sei ein Verstoß gegen das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung aber nur dann, „wenn die europäischen Organe und Einrichtungen die Grenzen ihrer Kompetenzen in einer das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung spezifisch verletzenden Art überschritten haben [...], der Kompetenzverstoß mit anderen Worten hinreichend qualifiziert ist“.<sup>1184</sup> Dies bedeute, dass das kompetenzwidrige Handeln der Unionsgewalt offensichtlich sein und der angegriffene Akt im Hinblick auf das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung und die rechtsstaatliche Gesetzesbindung erheblich ins Gewicht fallen müsse.<sup>1185</sup>

1175 BVerfGE 89, 155, 188.

1176 BVerfGE 89, 155, 188; vgl. auch schon BVerfGE 75, 223, 235.

1177 BVerfGE 89, 155, 188; sehr kritisch dazu *Zuleeg*, NJW 2000, 2846, 2848.

1178 BVerfGE 123, 267, 353 ff.

1179 Vgl. auch *Rönau/Wegner*, GA 2013, 561, 578; *Scholz*, in: Maunz/Dürig, 69. EL 2013, Art. 23 Rn. 40.

1180 *Terbechte*, EuR-Beiheft 2010, 135, 142; kritisch auch *Mestmäcker*, EuR-Beiheft 2010, 35, 41 f.; *Selmayr*, ZEuS 2009, 637, 672 ff.; *Ukrow*, ZEuS 2009, 717, 728; vgl. auch *Subr*, ZEuS 2008, 45, 67 ff., zum Kooperationsverhältnis zwischen BVerfG und EuGH.

1181 BVerfGE 126, 286; dazu *Satzger*, in: Sieber/Brüner/Satzger/v. Heintschel-Heinegg, § 1 Rn. 10.

1182 BVerfGE 126, 286, 303.

1183 BVerfGE 126, 286, 304.

1184 BVerfGE 126, 286, 304.

1185 BVerfGE 126, 286, 304.

Auf die Sicht im Vereinigten Königreich von Großbritannien und Nordirland wurde oben<sup>1186</sup> bereits kurz hingewiesen. Auch hier hat das House of Lords in einer Leitentscheidung den Vorrang des Unionsrechts vor dem von Westminster gesetzten Recht anerkannt.<sup>1187</sup> Europäische Rechtsakte können gemäß s. 2 (4) ECA 1972 unmittelbare Wirkung entfalten, die Gerichte gewähren ihnen sodann Vorrang vor dem innerstaatlichen Recht. Der dadurch entstehende Konflikt mit der Souveränität des Parlaments wird dadurch aufgelöst, dass einerseits dem ECA – zumindest nach der Ansicht einiger Vertreter in Rechtsprechung und Literatur – ein verfassungsmäßiger Status attestiert wird, mit der Folge, dass das Statut nur ausdrücklich aufgehoben werden könne,<sup>1188</sup> andererseits aber darauf verwiesen wird, dass die Möglichkeit des Ausscheidens aus der EU letztlich die ultimative Parlamentsouveränität wahre.<sup>1189</sup>

Für die Zwecke dieser Erörterung ist in erster Linie der Vorrang vor dem einfachen Recht, nämlich dem Straf- und Strafprozessrecht, relevant. Dieser ist unionsweit etabliert. Ein Anwendungsvorrang kommt dabei aber nur dem unmittelbar wirksamen Unionsrecht zu,<sup>1190</sup> d.h. zum einen den primärrechtlichen Vorgaben, wie etwa den Grundfreiheiten,<sup>1191</sup> und zum anderen den unmittelbar geltenden EU-Verordnungen nach Art. 288 Abs. 2 AEUV. Diese Bestimmungen haben die Rechtsanwender in den Mitgliedstaaten, insbesondere also auch die Strafgerichte, unmittelbar zu berücksichtigen. Richtlinien nach Art. 288 Abs. 3 AEUV müssen hingegen grundsätzlich erst in innerstaatliches Recht umgesetzt werden, sodass in diesem Fall erst der Umsetzungsakt den entsprechenden Einfluss auf das mitgliedstaatliche Recht bewirkt.

Im Einzelfall können sie jedoch, wie bereits dargestellt,<sup>1192</sup> auch vor ihrer Umsetzung unmittelbare Wirkung entfalten, sofern sie vom entsprechenden Mitgliedstaat nicht (rechtzeitig) umgesetzt wurden und eine die Bürgerinnen und Bürger begünstigende Wirkung haben.<sup>1193</sup> Dem liegt der Gedanke zu Grunde, dass die praktische Wirksamkeit, der *effet utile*, des EU-Rechts nicht durch säumige Mitgliedstaaten behindert werden darf. Als Voraussetzungen einer solchen unmittel-

---

1186 Oben 3. Kapitel D. I. 1.

1187 Wegweisend *R. v. Secretary of State for Transport ex parte Factortame Ltd. (No. 2)*, (1991) 1 AC 603, 643; dazu *Barendt*, S. 96 ff.; *Bradley*, in: Jowell/Oliver, S. 52 ff.; ausführlich *Craig*, in: Jowell/Oliver, S. 102 ff.

1188 *Thoburn v. Sunderland City Council*, (2003) QB 151, Rn. 62 f.; vgl. dazu *Bradley*, in: Jowell/Oliver, S. 57.

1189 *Bradley*, in: Jowell/Oliver, S. 54.

1190 *Satzger*, in: Sieber/Brüner/Satzger/v. Heintschel-Heinegg, § 9 Rn. 40; *C. Schröder*, S. 91.

1191 Dazu *Dannecker*, ZStW 117 (2005), 697, 701 ff.

1192 Oben 4. Kapitel C. I. 4.

1193 EuGH Slg. 1974, 1337, 1348 – *Van Duyn/Home Office* (Rs. 41/74); Slg. 1979, 1629, 1642 – *Ratti* (Rs. 148/78); Slg. 2003, 3735, 3769 – *Steffensen* (Rs. C-276/01); zur unmittelbaren Wirkung der Richtlinien vgl. ferner *Hecker*, Europ. Strafrecht, § 4 Rn 53; *Rönnau/Wegner*, GA 2013, 561, 566 f.; *Ruffert*, in: Calliess/Ruffert, Art. 288 AEUV Rn. 47 ff.; *Streinz*, Europarecht, Rn. 484 ff.; ausführlich *C. Schröder*, S. 9 ff.

baren Wirkung sind zu nennen: (1) die nicht ausreichende Umsetzung, (2) der Ablauf der Umsetzungsfrist, (3) der Charakter der Richtlinie als inhaltlich unbedingte und hinreichend bestimmte Vorschrift sowie (4) keine die Bürgerinnen und Bürger verpflichtende Wirkung.<sup>1194</sup> Liegen diese Voraussetzungen im Tatzeitpunkt vor, so kann einer noch nicht umgesetzten Richtlinie auch im Hinblick auf die Strafbarkeit eines Verhaltens eine entsprechende Wirkung zukommen.<sup>1195</sup>

## 2. Strafrechtsbegrenzende Wirkung

Wenn und soweit dem europäischen Primär- oder Sekundärrecht unmittelbare Wirkung zukommt, kann es in den Mitgliedstaaten einen das Strafrecht begrenzenden Effekt haben. Denn wenn Strafnormen gegen die europäischen Vorgaben verstoßen, sind sie unanwendbar.<sup>1196</sup> Nur in diesem Fall liegt eine „echte“ Kollision zwischen europäischem und mitgliedstaatlichem Recht vor.<sup>1197</sup> Lediglich mittelbar wirkendes EU-Recht ist hingegen (nur) im Rahmen der unionsrechtskonformen Auslegung zu berücksichtigen.<sup>1198</sup> Echte Kollisionen zwischen EU-Recht und mitgliedstaatlichen Strafvorschriften können sowohl im Hinblick auf den Tatbestand als auch auf die Rechtsfolge entstehen.<sup>1199</sup>

Zu Kollisionen auf der Ebene des Tatbestandes kommt es etwa, wenn Grundfreiheiten des Primärrechts oder sekundärrechtliche Vorgaben in Verordnungen oder unmittelbar wirkenden Richtlinien ein Verhalten erlauben, das durch die nationale Strafvorschrift verboten ist.<sup>1200</sup>

In der Zukunft wird auch die GRC wachsende Bedeutung erlangen. Zwar gilt diese nach Art. 51 Abs. 1 GRC nur für die Organe, Einrichtungen und sonstigen Stellen der Union unter Wahrung des Subsidiaritätsprinzips und für die Mitgliedstaaten ausschließlich bei der Durchführung des Rechts der Union.<sup>1201</sup> Der EuGH

1194 Ruffert, in: Calliess/Ruffert, Art. 288 AEUV Rn. 51 ff.; Streinz, Europarecht, Rn. 494 ff.

1195 Differenzierend wiederum Rönna/Wegner, GA 2013, 561, 567: Wegen des *lex-mitior*-Prinzips sei eine begünstigende Richtlinie auch schon zuvor zu berücksichtigen.

1196 Dannecker, JURA 1998, 79, 84; Hecker, Europ. Strafrecht, § 9 Rn. 10; Satzger, Europäisierung, S. 295 ff., 478 ff.; ders., Intern. u. Europ. Strafrecht, § 9 Rn. 80. Folz, ZIS 2009, 427, spricht insoweit von einer „Negativintegration“.

1197 Esser, Europ. u. Intern. Strafrecht, § 2 Rn. 17; Hecker, Europ. Strafrecht, § 9 Rn. 10; Safferling, Intern. Strafrecht, § 11 Rn. 22; Satzger, Europäisierung, S. 479, 483 ff.; ders., in: Sieber/Brüner/Satzger/v. Heintschel-Heinegg, § 9 Rn. 41; ders., Intern. u. Europ. Strafrecht, § 9 Rn. 80.

1198 Hecker, Europ. Strafrecht, § 9 Rn. 15; Satzger, Europäisierung, S. 479 ff.; ders., Intern. u. Europ. Strafrecht, § 9 Rn. 80; vgl. dazu bereits oben 4. Kapitel C. I. 4.

1199 Esser, Europ. u. Intern. Strafrecht, § 2 Rn. 14 ff., 28 ff.; Safferling, Intern. Strafrecht, § 11 Rn. 23 f.; Satzger, Europäisierung, S. 298 ff., 488 ff.; ders., Intern. u. Europ. Strafrecht, § 9 Rn. 80 ff.; Schramm, Intern. Strafrecht, 4. Kapitel Rn. 78 ff.

1200 Vgl. die Fallbeispiele bei Dannecker, ZStW 117 (2005), 697, 703 ff.; Esser, Europ. u. Intern. Strafrecht, § 2 Rn. 14 ff.; Hecker, Europ. Strafrecht, § 9 Rn. 24 ff.; Safferling, Intern. Strafrecht, § 11 Rn. 23; Satzger, Europäisierung, S. 488 ff.; ders., in: Sieber/Brüner/Satzger/v. Heintschel-Heinegg, § 9 Rn. 42 ff.; ders., Intern. u. Europ. Strafrecht, § 9 Rn. 79 ff.

1201 Zum Anwendungsbereich der GRC Gaede, in: Böse, EnzEuR, § 3 Rn. 25 ff.; Jarass, Charta, Art. 51 GRC Rn. 18; siehe auch noch unten 4. Kapitel C. IV.

interpretiert diesen Anwendungsbereich aber durchaus weit, nämlich für „alle unionsrechtlich geregelten Fallgestaltungen“<sup>1202</sup>. Daher gibt es nach seiner Ansicht auch keine Sachverhalte, die zwar unter das Unionsrecht, nicht aber unter die Unionsgrundrechte fallen.<sup>1203</sup> Demgemäß ließ sich auch ein Verfahren im Steuerstrafrecht anhand der GRC überprüfen, weil die Haushaltsmittel der EU mit den Steuereinnahmen der Mitgliedstaaten zusammenhängen und diese die Finanzmittel der EU gemäß Art. 325 Abs. 1 AEUV mit abschreckenden und effektiven Maßnahmen schützen müssen, was auch aus Art. 4 Abs. 3 EUV und Art. 2 RL 2006/112/EG<sup>1204</sup> folge.<sup>1205</sup>

Auch wenn das BVerfG eine zu extensive Lesart nicht akzeptiert und einschränkend bemerkt, dass die Entscheidung nicht in einer Weise verstanden und angewendet werden dürfe, „nach der für eine Bindung der Mitgliedstaaten durch die in der Grundrechte-Charta niedergelegten Grundrechte der Europäischen Union jeder sachliche Bezug einer Regelung zum bloß abstrakten Anwendungsbereich des Unionsrechts oder rein tatsächliche Auswirkungen auf dieses ausreiche“<sup>1206</sup>, ist es jedenfalls grundsätzlich zu begrüßen, dass der Geltungsbereich des Unionsrechts mit der GRC einhergeht, sodass sämtliche Rechtsakte der EU auch an den Grundrechten der Charta zu messen sind. Dies muss dann aber z.B. nicht nur für Rechtsakte der EU gelten, die den nationalen Gesetzgeber zum Tätigwerden anweisen,<sup>1207</sup> sondern auch für die dadurch hervorgerufenen mitgliedstaatlichen Gesetze.<sup>1208</sup> Auch soweit die Grundfreiheiten zum Tragen kommen, ist die GRC zu beachten.<sup>1209</sup>

Im Fall einer Kollision mit unmittelbar geltendem Unionsrecht kann einzelstaatliches Strafrecht also neutralisiert werden. In diesem Zusammenhang wurde bereits die Entscheidung des EuGH<sup>1210</sup> aus dem Jahr 1977 erwähnt, die eine Strafe nach den §§ 5, 47 AuslG a.F. wegen des Aufenthaltes oder der Einreise ohne gültige Aufenthaltserlaubnis bei Bürgern der EWG für gemeinschaftsrechtswidrig erklärte. Denn schon das der Strafnorm vorgelagerte Verbot des Aufenthalts ohne Geneh-

1202 EuGH NJW 2013, 1415 – Åkerberg Fransson (Rs. 617/10); vgl. dazu Brodowski, ZIS 2013, 455, 456; Dannecker, JZ 2013, 616; Eckstein, ZIS 2013, 220; Gaede, in: Böse, EnzEuR, § 3 Rn. 26; Rönnau/Wegner, GA 2013, 561, 569 ff.

1203 EuGH NJW 2013, 1415, 1416 – Åkerberg Fransson (Rs. 617/10).

1204 Richtlinie 2006/112/EG des Rates vom 28. 11. 2006 über das gemeinsame Mehrwertsteuersystem; ABL Nr. L 347 v. 11. 12. 2006, S. 1.

1205 EuGH NJW 2013, 1415, 1416 – Åkerberg Fransson (Rs. 617/10).

1206 BVerfG NJW 2013, 1499, 1501 = BVerfGE 133, 277; dazu Bültel/Krell, StV 2013, 713; Gärditz, JZ 2013, 633.

1207 So auch Rönnau/Wegner, GA 2013, 561, 571.

1208 Gaede, in: Böse, EnzEuR, § 3 Rn. 26 – a.A. aber etwa Eckstein, ZStW 124 (2012), 490, 517 ff., der den Anwendungsbereich auf echte supranationale Strafnormen *de lege ferenda* begrenzen will; siehe auch noch unten 4. Kapitel C. IV.

1209 Gaede, in: Böse, EnzEuR, § 3 Rn. 27.

1210 EuGH Slg. 1977, 1495, 1504 – Sagulo (Rs. 8/77); dazu Safferling, Intern. Strafrecht, § 11 Rn. 23; Satzger, Europäisierung, S. 492 f.; ders., in: Sieber/Brüner/Satzger/v. Heintschel-Heinegg, § 9 Rn. 43; ders., Intern. und Europ. Strafrecht, § 9 Rn. 12, 81; Vogel, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, 51. EL 2013, Art. 83 AEUV Rn. 2; siehe dazu oben 4. Kapitel A. II. 4. und 4. Kapitel C. I. 3.

migung widersprach dem Gemeinschaftsrecht, die strafrechtliche Sanktion war als Reflex daher ebenso unzulässig.<sup>1211</sup> Dogmatisch ist dabei bereits der Tatbestand nicht erfüllt, da die Norm unanwendbar ist.<sup>1212</sup> Aus jüngerer Zeit lässt sich das Schicksal des deutschen Glücksspielstrafrechts anführen, weil nach Auffassung des EuGH das Monopol staatlicher Anbieter von Glücksspielen ebenfalls gegen die Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit verstieß.<sup>1213</sup> Zulässig sollen nur Beschränkungen aus zwingenden Gemeinwohlintereessen, wie z.B. die Vermeidung von Spielsucht, sein, nicht aber monetäre Interessen des Staates.<sup>1214</sup> Die Folgen für die Strafbarkeit nach § 284 StGB sind indes umstritten.

Teilweise wird eine unionsrechtskonforme Auslegung für möglich gehalten, indem Genehmigungen in EU-Mitgliedstaaten als „behördliche Erlaubnis“ im Sinne des § 284 Abs. 1 StGB angesehen werden.<sup>1215</sup> Andere lehnen eine solche Wirkung ausländischer Genehmigungen grundsätzlich ab<sup>1216</sup> oder differenzieren diesbezüglich danach, ob diese den wesentlichen Prämissen des deutschen Rechts entsprechen.<sup>1217</sup> Nach diesen Auffassungen sind die Strafvorschriften jedoch neutralisiert, sofern sie gegen Unionsrecht verstoßen.<sup>1218</sup> Hiernach kommt es somit entscheidend darauf an, ob die Neuregelungen im Glücksspielstaatsvertrag<sup>1219</sup> der Bundesländer vom 1.7.2012 nun unionsrechtskonform sind.<sup>1220</sup>

Ähnliches gilt für die Straffolgende Seite.<sup>1221</sup> Verstößt also eine konkrete Sanktion gegen europäische Vorgaben, so muss auch in diesem Fall das mitgliedstaatliche

- 
- 1211 Zu dieser Unterscheidung zwischen Verhaltensnorm und Sanktion *Satzger*, Europäisierung, S. 493; *ders.*, in: Sieber/Brüner/Satzger/v. Heintschel-Heinegg, § 9 Rn. 42; *ders.*, Intern. und Europ. Strafrecht, § 9 Rn. 14 ff.; *Tiedemann*, NJW 1994, 23, 24; *Vogel*, GA 2003, 314, 318.
- 1212 *Hecker*, Europ. Strafrecht, § 9 Rn. 12; *Satzger*, Europäisierung, S. 506 ff.; *ders.*, Intern. u. Europ. Strafrecht, § 9 Rn. 80; *C. Schröder*, S. 279 – a.A. etwa *Heger*, in: Böse, EnzEuR Bd. 9, § 5 Rn. 88 ff.: Rechtfertigungsgrund.
- 1213 EuGH Slg. 2010, I-8015, Rz. 68 f. – *Winner Wetten* (Rs. C-409/06); Slg. 2011, I-8185, Rz. 43 – *Dickinger und Ömer* (Rs. C-347/09); vgl. dazu *Hecker*, Europ. Strafrecht, § 9 Rn. 32. Auch das BVerfGE 115, 276, hat das Glücksspielmonopol in Bayern für verfassungswidrig erklärt; vgl. dazu *Beckemper/Janz*, ZIS 2008, 31.
- 1214 EuGH Slg. 2007, I-1932, I-1953, Rz. 46 – *Placanica, Palazzese und Sorricchio* (Rs. C-338/04, C-359/04 und C-360/04).
- 1215 *Beckemper*, in: Beck OK StGB, Stand: 22.7.2013, § 284 Rn. 28; *Satzger*, Intern. und Europ. Strafrecht, § 9 Rn. 84.
- 1216 BGH NJW 2004, 2158, 2160. Auch der EuGH Slg. 2011, I-8185, Rz. 96 – *Dickinger und Ömer* (Rs. C-347/09), ging nicht von einer unmittelbaren Verpflichtung zur Anerkennung mitgliedstaatlicher Genehmigungen aus.
- 1217 *Heine/Hecker*, in: Schönke/Schröder, § 284 Rn. 30; *Rosenau*, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier, § 284 Rn. 20.
- 1218 OLG Frankfurt/Main NStZ-RR 2008, 372, 373; *Hecker*, Europ. Strafrecht, § 9 Rn. 32; *Heine/Hecker*, in: Schönke/Schröder, § 284 Rn. 2; *Lackner/Kübl*, § 284 Rn. 12. Der BGH wistra 2007, 111, stellte ein diesbzgl. Verfahren indes nach § 153 Abs. 2 StPO ein.
- 1219 Vgl. für Berlin die Neubekanntmachung des Ausführungsgesetzes zum Glücksspielstaatsvertrag, GVBl. S. 283.
- 1220 *Rosenau*, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier, § 284 Rn. 21.
- 1221 *Esser*, Europ. u. Intern. Strafrecht, § 2 Rn. 28 ff.; *Hecker*, Europ. Strafrecht, § 9 Rn. 49 f.; *Heger*, in: Böse, EnzEuR Bd. 9, § 5 Rn. 92 ff.; *Safferling*, Intern. Strafrecht, § 11 Rn. 24; *Satzger*, Europäisierung, S. 300 ff., 510 ff.; *ders.*, in: Sieber/Brüner/Satzger/v. Heintschel-Heinegg, § 9 Rn. 48 f.; *ders.*, Intern. und Europ. Strafrecht, § 9 Rn. 17 ff., 85 ff.

Recht wegen des Anwendungsvorranges weichen. Dies gilt zwar nicht für Freiheitsstrafen im Allgemeinen, sofern etwa die Beschränkung der Grundfreiheiten nur eine Begleiterscheinung der Verhängung einer rechtmäßigen Strafe ist, aber für Sanktionen, die gerade auf eine solche Einschränkung abzielen, wie etwa bei einem Einreiseverbot.<sup>1222</sup> Art. 2 Abs. 2 GRC verbietet schließlich die Sanktion der Todesstrafe<sup>1223</sup> und ist zu berücksichtigen, sofern die soeben beschriebenen Anwendungsvoraussetzungen des Art. 51 Abs. 1 GRC erfüllt sind.

Schließlich kann sich der Vorrang des Unionsrechts auch im Strafverfahrensrecht auswirken.<sup>1224</sup> So kann es etwa zu Beweisverwertungsverböten führen.<sup>1225</sup> Auch darf das mitgliedstaatliche Strafverfahrensrecht keine Verstöße gegen das Diskriminierungsverbot des Art. 18 AEUV beinhalten.<sup>1226</sup> Des Weiteren können sich verfahrensrechtliche Garantien aus der Charta der Grundrechte herleiten, wie etwa die Justiziellen Rechte in den Art. 47 ff. GRC (insbesondere das Recht auf ein faires Verfahren, die Unschuldsvermutung und das Verhältnismäßigkeitsprinzip) oder das Folterverbot des Art. 4 GRC,<sup>1227</sup> soweit sie anwendbar ist. Unter Umständen kann auch ein Rahmenbeschluss das mitgliedstaatliche Prozessrecht beeinflussen.<sup>1228</sup>

Wie auch in den anderen Systemen ist nicht eindeutig geklärt, wie sich die Normen der Rechtsordnungen zueinander verhalten, sofern keine echte Kollision vorliegt, sondern beide Vorschriften denselben Sachverhalt betreffen, z.B. bei Straftaten gegen die finanziellen Interessen der EU *de lege ferenda*, welche auch den nach mitgliedstaatlichem Recht strafbaren Betrug einschließen. Die Meinungen reichen hier von einer Unanwendbarkeit des mitgliedstaatlichen Rechts bei Überlappung der Vorschriften<sup>1229</sup> bis zu einer einfachen Gesetzeskonkurrenz.<sup>1230</sup>

### III. Verfolgungszuständigkeit, Kooperation und Koordination der Ebenen

Bei einer grundsätzlich dezentral organisierten Strafverfolgung stellen sich bei grenzüberschreitenden Sachverhalten verschiedene Probleme. Erstens kann die Strafgewalt mehrerer Staaten im Hinblick auf eine transnationale Straftat eröffnet

1222 EuGH Slg. 1999, I-11, I-29 – *Calfa* (Rs. C-348/96); *Esser*, Europ. u. Intern. Strafrecht, § 2 Rn. 28; *Satzger*, Europäisierung, S. 317 ff.; *ders.*, in: *Sieber/Brüner/Satzger/v. Heintschel-Heinegg*, § 9 Rn. 49; *ders.*, Intern. und Europ. Strafrecht, § 9 Rn. 23 ff., 87.

1223 *Heger*, Recht und Politik 2012, 88, 91.

1224 Dazu *Hecker*, Europ. Strafrecht, § 9 Rn. 14; *Heger*, in: *Böse, EnzEuR Bd. 9*, § 5 Rn. 96 ff.

1225 EuGH Slg. 2003, I-3735, I-3774 ff. – *Steffensen* (Rs. C-276/01); dazu *Esser*, StV 2004, 221; *Heger*, in: *Böse, EnzEuR Bd. 9*, § 5 Rn. 99.

1226 EuGH Slg. 1989, 195, 217 ff. – *Cowan/Trésor public* (Rs. C-186/87); dazu *Ambos*, Intern. Strafrecht, § 11 Rn. 42; *Hecker*, Europ. Strafrecht, § 9 Rn. 14.

1227 Zu den entsprechenden Garantien ausführlich *Ambos*, Intern. Strafrecht, § 10 Rn. 97 ff.; *Gaede*, in: *Böse, EnzEuR*, § 3 Rn. 58 ff.

1228 EuGH Slg. 2005, I-5285, I-5329 f. – *Pupino* (Rs. C-105/03); vgl. auch *Schramm*, ZJS 2010, 615, 617.

1229 *Schwarzburg/Hamdorf*, NSTz 2002, 617, 623.

1230 *Walter*, ZStW 117 (2005), 912, 915.

sein. In diesem Fall können Jurisdiktionskonflikte auftreten und es muss die Frage der konkreten Verfolgungszuständigkeit geklärt werden. Es besteht sogar die Gefahr einer mehrfachen Verfolgung oder gar Verurteilung, wenn jeder Staat seinen Strafanspruch durchsetzen will.

Zweitens können sich Beweismittel oder Straftäter in einem anderen Staat befinden. Dann ist der Verfolgerstaat auf die Rechtshilfe des anderen Staates angewiesen. Im Rahmen der Rechtshilfe lässt sich zwischen den klassischen Instrumenten der Auslieferung, der Vollstreckungshilfe sowie der kleinen Rechtshilfe, etwa in Form einer Unterstützung bei der Beweisgewinnung oder der Gestattung der Nacheile oder gar operativer Maßnahmen auf fremdem Hoheitsgebiet, unterscheiden.<sup>1231</sup> Hierbei macht es in der Regel einen gravierenden Unterschied, ob es sich um grenzüberschreitende Sachverhalte innerhalb eines Staates oder im internationalen Rechtsverkehr handelt – wengleich etwa das System der USA<sup>1232</sup> ein Beispiel dafür liefert, dass auch innerhalb eines Bundesstaates die Autonomie der Gliedstaaten dazu führen kann, dass Hindernisse in der Rechtshilfe bestehen. Wie die folgenden Ausführungen zeigen, nimmt die EU auch hier eine Stellung zwischen internationalem und innerstaatlichem Rechtsverkehr ein.

Drittens verfügt der Einzelstaat bei komplexen organisierten Verbrechen oftmals gar nicht über die Kapazitäten, diesen alleine Herr zu werden. Daher ist auch auf die zunehmende Kooperation, etwa in Form von gemeinsamen Ermittlungsteams,<sup>1233</sup> einzugehen.

### 1. Kompetenzkonflikte und Möglichkeiten der Auflösung

Wie oben dargestellt,<sup>1234</sup> dürfen die Mitgliedstaaten ihr Strafanwendungsrecht einseitig regeln, soweit sie sich dabei auf völkerrechtlich anerkannte legitimierende Anknüpfungspunkte für ihre Strafgewalt stützen. Dadurch kann es nicht selten zu Jurisdiktionskonflikten kommen, indem mehrere Staaten jeweils für denselben Sachverhalt in legitimer Weise einen Strafanspruch für sich reklamieren.<sup>1235</sup> Gerade in der EU mit ihren durchlässigen Grenzen sind solche Sachverhalte leicht konstruierbar, man denke nur an grenzüberschreitend operierende Schmugglerbanden

1231 Vgl. *Ambos*, Intern. Strafrecht, § 12 Rn. 9; *Hecker*, Europ. Strafrecht, § 2 Rn. 62; *Schomburg/Lagodny/Schallmoser*, in: Böse, EnzEuR Bd. 9, § 13 Rn. 12 ff.

1232 Siehe zu den Problemen der Rechtshilfe innerhalb der USA ausführlich *Reinbacher*, Das Strafrechtssystem der USA, S. 149 ff.; ferner bereits oben 3. Kapitel B. III. 2.

1233 Vgl. Art. 13 des Übereinkommens gemäß Artikel 34 des Vertrags über die Europäische Union – vom Rat erstellt – über die Rechtshilfe in Strafsachen zwischen den Mitgliedstaaten der Europäischen Union vom 29.5.2000 (ERÜ), ABl. 2000 Nr. C 197, S. 9 ff.

1234 Siehe oben 4. Kapitel B. II. 2. a).

1235 Dazu *Ambos*, Intern. Strafrecht, § 4; *ders.*, in: MüKo, Vor § 3 Rn. 54; *Eckstein*, ZStW 124 (2012), 490, 492; *Eisele*, ZStW 125 (2013), 1; *Hecker*, Europ. Strafrecht, § 12 Rn. 3 ff.; *ders.*, in: Sinn, Jurisdiktionskonflikte, S. 86 ff.; *ders.*, ZIS 2011, 60; *Ligeti*, S. 80 ff.; *Sinn*, ZIS 2013, 1; vgl. auch die zahlreichen Beiträge in: Sinn, Jurisdiktionskonflikte.

oder Drogenkartelle.<sup>1236</sup> Umweltdelikte betreffen regelmäßig mehrere Staaten, so etwa beim Einleiten von Chemikalien in einen Fluss, der über die Grenze fließt. Das Internet ist per se global und dort begangene Delikte der Natur nach nicht auf einzelne Staaten beschränkt. Die Liste lässt sich fortsetzen. Sie wird insbesondere dadurch verlängert, dass in jüngerer Zeit Rechtsgüter der EU entstanden sind, welche von sämtlichen Mitgliedstaaten aufgrund ihrer Loyalitätspflicht zu schützen sind, sodass das mitgliedstaatliche Strafanwendungsrecht zunehmend um ein europäisches Territorialitätsprinzip<sup>1237</sup> bzw. ein Schutzprinzip zu Gunsten der Rechtsgüter der EU erweitert wird. In all diesen Fällen kann jeder betroffene Mitgliedstaat ein Interesse an der Verfolgung haben und ist grundsätzlich daran auch nicht gehindert.

Gleichwohl gilt es, Kompetenzkonflikte und Mehrfachzuständigkeiten aus verschiedenen Gründen zu verhindern. Dies hat auch die Kommission in ihrem Grünbuch zur Vermeidung von Kompetenzkonflikten<sup>1238</sup> zutreffend festgestellt. Schon aus der Sicht der Einzelstaaten sind positive Kompetenzkonflikte, also die gleichzeitige Zuständigkeit verschiedener Staaten,<sup>1239</sup> insofern misslich, als sie eine Verschwendung von Ressourcen bedeuten können, wenn ein anderer Staat die Tat schneller ermittelt, verhandelt und aburteilt, denn dann läuft das zweite Verfahren ins Leere, da nach Abschluss des Verfahrens der Grundsatz des *ne bis idem* greift.<sup>1240</sup> Eine Verfahrensverdopplung ist daher regelmäßig eine überflüssige Inanspruchnahme von Kapazitäten. Ein weiterer für das Verhältnis der Mitgliedstaaten unangenehmer Nebeneffekt ist die Möglichkeit, dass Verfahren besonders beschleunigt werden müssen, um noch vor den anderen zu einer Verurteilung zu gelangen.<sup>1241</sup> Schließlich kann es sogar sein, dass wegen des transnationalen Doppelbestrafungsverbots ein nationales Verfahren verhindert wird, der Täter aber aus der Sicht der Behörden eine zu geringe oder zu hohe Strafe erhalten hat.<sup>1242</sup> Denn es entscheidet ein Prioritätsprinzip über das Eingreifen der Strafgewalt, das sich insoweit nicht an Kriterien der materiellen Gerechtigkeit oder der Sachnähe der Entscheidung orientiert.<sup>1243</sup>

Mehrfache Verfahren sind indes in verschiedener Hinsicht auch und gerade für die Beschuldigten schädlich. Zunächst bergen sie die Gefahr der doppelten Straf-

1236 Hecker, ZIS 2011, 60, nennt die Beispiele der Geldfälscherringe oder Autoschieberbanden.

1237 Satzger, Europäisierung, S. 370, 388, 688, im Hinblick auf die Rechtsgüter der EG; vgl. zur Etablierung eines europäischen Territorialitätsprinzips auch Art. 2 der „Europa-Delikte“ sowie zur Begründung Vogel, in: Tiedemann, Freiburg-Symposium, S. 96 ff.; siehe bereits oben 4. Kapitel A. IV. 1.

1238 Grünbuch der Kommission über Kompetenzkonflikte und den Grundsatz *ne bis in idem* im Strafverfahren vom 23.12.2005; KOM (2005) 696 endg., S. 3; vgl. dazu Wasmeier, ZEuS 2006, 23, 35.

1239 Ambos, Intern. Strafrecht, § 4 Rn. 9; Eisele, ZStW 125 (2013), 1, 2; Vogel, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, 51. EL 2013, Art. 82 AEUV Rn. 60.

1240 Hecker, ZIS 2011, 60; siehe zum Doppelbestrafungsverbot noch unten 4. Kapitel C. IV.

1241 Hecker, ZIS 2011, 60: „Wettlauf um die Erstentscheidung“.

1242 Vgl. zu den konfligierenden Interessen Eckstein, ZStW 124 (2012), 490, 497 ff.

1243 Vgl. auch Eckstein, ZStW 124 (2012), 490, 497 ff.; Eisele, ZStW 125 (2013), 1, 7.

verfolgung, welche innerhalb der EU jedoch nach Maßgabe von Art. 50 GRC und Art. 54 SDÜ verboten ist.<sup>1244</sup> Da diese Verbote aber erst nach einer Aburteilung greifen, verhindern sie mehrfache parallele Verfahren nicht.<sup>1245</sup> Es liegt auf der Hand, dass Beschuldigte in diesen Fällen aber auch mehrfach belastet werden. Nicht nur müssen sie u.U. vor mehreren Gerichten erscheinen und sich dabei von verschiedenen Anwälten verteidigen lassen, was erhebliche finanzielle Mehraufwendungen und erhöhten psychischen Stress bedeutet,<sup>1246</sup> sondern diese Verfahren sind jeweils auch mit gewichtigen Grundrechtseingriffen verbunden, welche nach Möglichkeit zu vermeiden und angesichts der letztlich nur einmaligen Verurteilung völlig überflüssig sind. Das deutsche Recht hält – zur Korrektur seines weiten Strafanwendungsrechts<sup>1247</sup> – z.B. in § 153c Abs. 1 Nr. 1 StPO für im Ausland begangene Straftaten<sup>1248</sup> immerhin die Möglichkeit der Einstellung nach dem Opportunitätsprinzip bereit<sup>1249</sup> und erlaubt nach § 51 Abs. 3 StGB die Anrechnung einer Verurteilung im Ausland.<sup>1250</sup>

Ferner lassen konfligierende Strafansprüche bei gleichzeitiger Wahlmöglichkeit der Strafverfolgungsbehörden jedoch das Problem des *Forum Shopping* entstehen, wie es etwa auch aus dem US-amerikanischen Strafrechtssystem bekannt ist,<sup>1251</sup> also die Entscheidung für die Rechtsordnung, welche die geringsten rechtlichen Anforderungen an die Beweisgewinnung stellt oder die höchste Strafe zulässt.<sup>1252</sup>

Die Überschneidung von Jurisdiktionsbereichen kann jedoch auch zu negativen Kompetenzkonflikten und damit zu einer Nichtverfolgung führen, wenn jeder Staat sich auf die Zuständigkeit eines anderen beruft.<sup>1253</sup>

1244 Siehe dazu noch unten 4. Kapitel C. IV.

1245 Kommission, Grünbuch über Kompetenzkonflikte und den Grundsatz *ne bis in idem* im Strafverfahren vom 23.12.2005, KOM (2005) 696 endg., S. 3; Hecker, in: Sinn, Jurisdiktionskonflikte, S. 89; ders., ZIS 2011, 60; Sinn, ZIS 2013, 1, 2; Vogel, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, 51. EL 2013, Art. 82 AEUV Rn. 61.

1246 Kommission, Grünbuch über Kompetenzkonflikte und den Grundsatz *ne bis in idem* im Strafverfahren vom 23.12.2005, KOM (2005) 696 endg., S. 3; Hecker, ZIS 2011, 60.

1247 Sinn, in: ders., Jurisdiktionskonflikte, S. 514.

1248 D.h. der Ort der Handlung und des Erfolges müssen im Ausland liegen; vgl. dazu Diemer, in: KK StPO, § 153c Rn. 4.

1249 Vgl. zu den Einstellungsmöglichkeiten nach § 153c StPO L. Wörner/M. Wörner, in: Sinn, Jurisdiktionskonflikte, S. 224 f.

1250 Dazu Eser/Burchard, FS Meyer, 2006, S. 504.

1251 Dazu Reinbacher, Das Strafrechtssystem der USA, S. 175 ff.; siehe ferner bereits oben 3. Kapitel B. III. 2.

1252 Eisele, ZStW 125 (2013), 1, 9; Vogel, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, 51. EL 2013, Art. 82 AEUV Rn. 79; vgl. zum Problem des *Forum Shoppings* auch Ambos, Intern. Strafrecht, § 9 Rn. 12; European Criminal Policy Initiative, Manifest zum Europäischen Strafverfahrensrecht, Forderung I. 1. a) aa), ZIS 2013, 412, 413; Fuchs, ZStW 116 (2004), 368, 369; Sieber, in: Sieber/Brüner/Satzger/v. Heintschel-Heinegg, Einführung Rn. 225; Weigend, ZStW 116 (2004), 275, 293.

1253 Vgl. die Unterscheidung zwischen positiven und negativen Kompetenzkonflikten bei Hecker, in: Sinn, Jurisdiktionskonflikte, S. 86; Ligeti, S. 81; Vogel, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, 51. EL 2013, Art. 82 AEUV Rn. 60; siehe bereits 4 Kapitel E. II. 1. b) bb) (5).

Nach alledem muss nicht erst die doppelte Bestrafung, sondern bereits im Vorfeld eine Überlagerung der Zuständigkeit vermieden werden,<sup>1254</sup> und zwar nach sachlich-inhaltlichen anstatt nach zeitlichen Kriterien. Denn zeitliche Priorität ist ein rein zufälliges Kriterium, das keine Rechtssicherheit gewährleistet und *Forum Shopping* begünstigt.<sup>1255</sup> In dieser Situation kommt nun zentralen Regelungen zur Koordination der Verfahren oder bereits des Strafanwendungsrechts eine bedeutende Rolle zu. Die EU hat in dieser Hinsicht bereits einige Schritte unternommen.<sup>1256</sup>

Zunächst wurden in zwei Rahmenbeschlüssen deliktsbezogene Regelungen getroffen, zum einen im Hinblick auf Straftaten zu Lasten des Euro<sup>1257</sup> und zum anderen hinsichtlich der Bekämpfung des Terrorismus.<sup>1258</sup> Beide enthalten eine Verpflichtung der Mitgliedstaaten, zusammenzuwirken, um Kompetenzkonflikte aufzulösen und nach Möglichkeit das Verfahren auf einen Mitgliedstaat zu konzentrieren.<sup>1259</sup>

Der noch unter Geltung des Vertrages von Nizza angenommene Rahmenbeschluss 2009/948/JI des Rates vom 30.11.2009 zur Vermeidung und Beilegung von Kompetenzkonflikten in Strafverfahren<sup>1260</sup> legt ein solches Vorgehen nun grundsätzlich fest. Art. 10 RB 2009/948/JI konstituiert hierzu eine Pflicht der Mitgliedstaaten zur Konsultation, wodurch eine Konzentration des Verfahrens in einem Mitgliedstaat ermöglicht werden soll. Kann kein Einvernehmen erzielt werden, so ist gemäß Art. 12 Abs. 2 RB 2009/948/JI gegebenenfalls Eurojust mit dem Problem zu befassen, sofern Eurojust nach Art. 4 Abs. 1 des Eurojust-Beschlusses zuständig ist. Verbindliche Kriterien zur Bestimmung der Strafgewalt sind jedoch nicht enthalten.<sup>1261</sup> Außerdem ist nicht geklärt, wie zu verfahren ist, wenn trotz Vermittlung durch Eurojust keine Einigung erzielt wird, da diese Behörde gemäß Art. 8 Euro-

1254 Eser, in: Sieber/Brüner/Satzger/v. Heintschel-Heinegg, § 36 Rn. 95 ff.; ders., in: Sinn, Jurisdiktionskonflikte, S. 560.

1255 Eckstein, ZStW 124 (2012), 490, 501 f.

1256 Dazu Eisele, ZStW 125 (2013), 1, 5, 15 ff.

1257 Rahmenbeschluss 2000/383/JI des Rates vom 29. Mai 2000 über die Verstärkung des mit strafrechtlichen und anderen Sanktionen bewehrten Schutzes gegen Geldfälschung im Hinblick auf die Einführung des Euro, ABl. 2000 Nr. L 140, S. 1.

1258 Rahmenbeschluss 2002/475/JI des Rates vom 13.6.2002 zur Terrorismusbekämpfung, ABl. 2002 Nr. L 164, S. 3; zuletzt geändert durch den Rahmenbeschluss 2008/919/JI vom 28.11.2008 zur Änderung des Rahmenbeschlusses 2002/475/JI zur Terrorismusbekämpfung, ABl. 2008 Nr. L 330, S. 21.

1259 Hecker, ZIS 2011, 60, 60 f.; ders., in: Sinn, Jurisdiktionskonflikte, S. 92 f.

1260 ABl. 2009 Nr. L 328, S. 42; vgl. dazu Eckstein, ZStW 124 (2012), 490, 505 ff.; Eisele, ZStW 125 (2013), 1, 17 ff.; Hecker, ZIS 2011, 60, 61; ders., in: Sinn, Jurisdiktionskonflikte, S. 94 ff.; Schomburg/Trautmann, in: Schomburg/Lagodny/Gleß/Hackner, RB-Kompetenzkonflikte Rn. 1 ff.; Sinn, ZIS 2013, 1, 3 f.; Vogel, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, 51. EL 2013, Art. 82 AEUV Rn. 63.

1261 Daher kritisch Böse/Meyer, ZIS 2011, 336; Schomburg/Trautmann, in: Schomburg/Lagodny/Gleß/Hackner, RB-Kompetenzkonflikte Rn. 4; Sinn, ZIS 2013, 1, 4; wohlwollender im Hinblick auf eine konsensuale Lösung Hecker, ZIS 2011, 60, 63; ders., in: Sinn, Jurisdiktionskonflikte, S. 96.

just-Beschluss nur eine Empfehlung aussprechen kann.<sup>1262</sup> Auch besteht keine Pflicht zur Beendigung eines parallelen Strafverfahrens.<sup>1263</sup>

In der Literatur werden verschiedene Lösungen zur Beilegung der Kompetenzkonflikte vorgetragen.<sup>1264</sup> Zu nennen sind insbesondere die Hierarchisierung der Anknüpfungspunkte mit Vorrang des Territorialitätsprinzips,<sup>1265</sup> die Auswahl der „besten“ Strafgewalt nach einem „Qualitätsprinzip“<sup>1266</sup> bzw. die Festlegung genauer Kriterien<sup>1267</sup> oder gar ein Gesamtmodell der transnationalen Verfahrenseinheit<sup>1268</sup> oder eine materielle Ausrichtung des Strafanwendungsrechts am Territorialitätsprinzip.<sup>1269</sup>

Welchem Ansatz auch immer der Vorrang zukommen soll, Art. 82 Abs. 1 UA. 2 lit. b) AEUV sieht jedenfalls eine Kompetenz der EU vor, Maßnahmen zu erlassen, um Kompetenzkonflikte „zu verhindern oder beizulegen“.<sup>1270</sup> Ob diese beispielsweise auch eine Harmonisierung des Strafanwendungsrechts der Mitgliedstaaten beinhalten könnten,<sup>1271</sup> ist unklar.<sup>1272</sup> Dafür spricht zwar, dass auf diese Weise Kompetenzkonflikte „verhindert“ werden könnten.<sup>1273</sup> Speziell aus deutscher Sicht ist jedoch problematisch, dass das Strafanwendungsrecht zum materiellen Recht gezählt wird, dessen Harmonisierung grundsätzlich unter Art. 83 AEUV fällt, welcher selbst aber nur eine partielle Angleichung in den genannten Kriminalitätsfeldern zulässt.<sup>1274</sup> Zu Recht wird dagegen aber eingewendet, dass die Einstufung in einem (oder mehreren) der Mitgliedstaaten nicht für die Kompetenz

1262 Hecker, in: Sinn, Jurisdiktionskonflikte, S. 94; daher auch kritisch Sinn, ZIS 2013, 1, 4.

1263 Daher kritisch European Criminal Policy Initiative, Manifest zum Europäischen Strafverfahrensrecht, ZIS 2013, 412, 418.

1264 Überblick bei Eckstein, ZStW 124 (2012), 490, 502 ff.; Gropp, in: Sinn, Jurisdiktionskonflikte, S. 49 ff.; Hecker, in: Sinn, Jurisdiktionskonflikte, S. 97 ff.; Sinn, ZIS 2013, 1, 2 ff.; L. Wörner/M. Wörner, in: Sinn, Jurisdiktionskonflikte, S. 251 ff.; vgl. auch Eisele, ZStW 125 (2013), 1, 21 ff.

1265 Für eine solche Lösung Ambos, Intern. Strafrecht, § 4 Rn. 10 ff.; ders., in: MüKo, Vor § 3 Rn. 56 ff.; vgl. dazu auch Gropp, in: Sinn, Jurisdiktionskonflikte, S. 49 ff.; Hecker, ZIS 2011, 60, 62; ders., in: Sinn, Jurisdiktionskonflikte, S. 97 f.; vgl. auch den Rahmenbeschluss 2002/475/JI des Rates zur Terrorismusbekämpfung vom 13.6.2002, ABl. 2002 Nr. L 164, S. 3, der in Art. 9 Abs. 2 S. 3 eine Reihenfolge der Anknüpfungspunkte, mit dem Territorialitätsprinzip an erster Stelle, normiert; vgl. dazu Hecker, ZIS 2011, 60, 61; ders., in: Sinn, Jurisdiktionskonflikte, S. 98.

1266 Lagodny, FS Trechsel, 2002, S. 264 ff.; Vander Beken/Vermeulen/Lagodny, NSTz 2002, 624, 625 f.; vgl. dazu auch Gropp, in: Sinn, Jurisdiktionskonflikte, S. 52; Hecker, in: Sinn, Jurisdiktionskonflikte, S. 99.

1267 Biehler/Kniebühler/Lelieur-Fischer/Stein, Freiburg Proposal, § 1 Abs. 3.

1268 Schönemann, in: ders., Gesamtkonzept, S. 100.

1269 Böse/Meyer, ZIS 2011, 336, 337 ff.

1270 Eisele, ZStW 125 (2013), 1, 11; siehe dazu bereits oben 4. Kapitel B. I. 2. c).

1271 Böse, in: ders., EnzEuR Bd. 9, § 4 Rn. 31; ders., in: Schwarze, Art. 82 AEUV Rn. 28; Vogel, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, 51. EL 2013, Art. 82 AEUV Rn. 61; siehe die Entwürfe der Forschergruppe für entsprechende weiterführende Richtlinien, in: Sinn, Jurisdiktionskonflikte, S. 575 ff.

1272 Dazu Eisele, ZStW 125 (2013), 1, 12 ff.; vgl. bereits oben 4. Kapitel B. I. 2. c).

1273 Dieses Argument bringt auch Eisele, ZStW 125 (2013), 1, 14, der allerdings Zweifel i.H.a. den „strafrechtsspezifischen Schonungsgrundsatz“ äußert.

1274 Eisele, ZStW 125 (2013), 1, 13.

der EU Ausschlag gebend sein darf.<sup>1275</sup> Wie schon oben<sup>1276</sup> allgemein für die Harmonisierung des Strafrechts auf der Grundlage von Kompetenznormen außerhalb des Art. 83 AEUV angeregt, bietet sich bei Anerkennung einer Harmonisierungskompetenz nach Art. 82 Abs. 1 UA, 2 lit. b) AEUV jedoch wiederum die analoge Anwendung der Notbremse der Art. 82 Abs. 3, 83 Abs. 3 AEUV an.<sup>1277</sup>

Noch vor Inkrafttreten der Vertragsänderung von Lissabon wurde der bereits erwähnte RB 2009/948/JI erlassen. Er beschreitet insofern den richtigen Weg und könnte nun durch entsprechende Regelungen zur Festlegung der Strafgewalt durch ein Aufgreifen der Vorschläge der Literatur – etwa im Sinne einer Hierarchisierung zu Gunsten des Territorialitätsprinzips oder nach dem „Qualitätsprinzip“ –, weiterentwickelt und durch eine Kompetenz von Eurojust zur Auflösung eines Jurisdiktionskonflikts<sup>1278</sup> sowie gegebenenfalls durch eine Überprüfungscompetenz des EuGH hinsichtlich dieser Entscheidung<sup>1279</sup> ergänzt werden. In diesem Falle bliebe die Entscheidung weiterhin von einer Absprache der beteiligten Mitgliedstaaten abhängig, Eurojust könnte aber bei Verfehlen einer solchen tätig werden.<sup>1280</sup>

Es könnte aber stattdessen auch daran gedacht werden, das gesamte Strafverfolgungssystem in der EU auf das Territorialitätsprinzip einzustellen<sup>1281</sup> und/oder ein verbindliches transnationales Strafanwendungsrecht zu schaffen, indem etwa eine Richtlinie die Zuständigkeitsregelungen vorgibt<sup>1282</sup> und die Entscheidung wiederum in die Hände von Eurojust legt, gegebenenfalls mit einer Überprüfungs-möglichkeit vor dem EuGH.<sup>1283</sup>

Insbesondere der Vorschlag der Entwicklung einer verbindlichen Zuständigkeitsordnung für die transnationale Strafverfolgung innerhalb der EU überzeugt, weil dadurch Konflikte vermieden werden können und Rechtssicherheit für die Betroffenen geschaffen werden kann.<sup>1284</sup> Ferner ist die Einrichtung einer verbindlichen Entscheidungsinstanz dringend anzuraten. Die einzelnen zukunftsbezogenen Lösungen können an dieser Stelle jedoch nicht en detail vertieft werden.<sup>1285</sup>

1275 Eisele, ZStW 125 (2013), 1, 14.

1276 Oben 4. Kapitel B. I. 2. b) dd).

1277 Eisele, ZStW 125 (2013), 1, 14.

1278 So der Vorschlag eines neuen Art. 14 Abs. 3 zum RB 2009/948/JI der Forschergruppe, in: Sinn, Jurisdiktionskonflikte, S. 584; vgl. Sinn, ZIS 2013, 1, 8.

1279 So der Vorschlag eines neuen Art. 15 zum RB 2009/948/JI der Forschergruppe, in: Sinn, Jurisdiktionskonflikte, S. 584; vgl. Sinn, ZIS 2013, 1, 8.

1280 Vgl. die kritische Würdigung dieses Vorschlages von Eser, in: Sinn, Jurisdiktionskonflikte, S. 570.

1281 So der Vorschlag in Art. 2 Abs. 2 der AGIS-Arbeitsgruppe, in: Schünemann, Gesamtkonzept, S. 5 f.

1282 So der Vorschlag einer entsprechenden Richtlinie der Forschergruppe, in: Sinn, Jurisdiktionskonflikte, S. 585 ff.; vgl. auch Sinn, ZIS 2013, 1, 6 ff.

1283 So die Art. 7 und 8 der vorgeschlagenen Richtlinie der Forschergruppe, in: Sinn, Jurisdiktionskonflikte, S. 592; vgl. auch Sinn, ZIS 2013, 1, 8.

1284 Positive Bewertung auch von Eser, in: Sinn, Jurisdiktionskonflikte, S. 568 ff.

1285 Siehe dazu noch unten 6. Kapitel C. IV. 2.

## 2. Rechtshilfe in der EU auf der Grundlage gegenseitiger Anerkennung

Die Justizielle Zusammenarbeit in der EU beruht gemäß Art. 82 Abs. 1 UA. 1 AEUV auf dem Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung gerichtlicher Urteile und Entscheidungen. Er entstammt dem Konzept des einheitlichen Binnenmarktes.<sup>1286</sup> Seine Übernahme in den Bereich des Strafrechts wird vielfach kritisiert, da im Binnenmarkt der Abbau von Hindernissen freiheitsweiternd, im Strafrecht jedoch freiheitsbeschränkend sei.<sup>1287</sup> Dagegen wird jedoch eingewandt, dass die gegenseitige Anerkennung zum einen auch Grundrechte schütze, indem sie etwa die doppelte Verfolgung verhindere,<sup>1288</sup> und zum anderen dem Willen der politischen Entscheidungsträger als Mittel zur Herstellung des einheitlichen Rechtsraumes entspreche.<sup>1289</sup> Insgesamt sei es ein grundsätzlich „neutrales Verfahrens-Modell“<sup>1290</sup>, das diesen gemeinsamen Rechtsraum herstellen solle, der auf Integration und nicht lediglich auf die Kooperation „souveräner“ Staaten ausgerichtet sei.<sup>1291</sup> Dennoch wird auch bei grundsätzlich positiver Bewertung insbesondere das Konzept des „verkehrsfähigen Beweises“ kritisiert, da der Beweis kein „fertiges Produkt“ sei, das beliebig zwischen den Rechtsordnungen transferiert werden könne, da sich die Anforderungen an die Beweisgewinnung teilweise stark unterscheiden.<sup>1292</sup> Zudem gehört es zu den ungelösten und sehr umstrittenen Fragen, ob und inwieweit der Vollstreckungsstaat zumindest im Hinblick auf europäische Grund- und Menschenrechte die gegenseitigen Anerkennung verweigern darf.<sup>1293</sup> Darauf wird noch exemplarisch beim Europäischen Haftbefehl eingegangen.<sup>1294</sup>

Die klassische Rechtshilfe, die schon durch Übereinkommen des Europarates näher ausgestaltet wurde, wird gemäß diesem Grundsatz sukzessiv durch EU-Re-

1286 Böse, in: Ambos, Europ. Strafrecht, S. 58; Gleß, ZStW 116 (2004), 353, 354 ff.; Heger, Recht und Politik 2012, 88, 93; Krüßmann, S. 574 ff.; Radtke, GA 2004, 1, 8; Satzger, StV 2003, 137, 141; Schramm, ZJS 2010, 615, 618; Schünemann, ZRP 2003, 185, 186; ders., GA 2004, 193, 202; ders., ZIS 2007, 528, 530.

1287 Daher kritisch Braum, ZIS 2009, 418, 419; Hecker, Europ. Strafrecht, § 12 Rn. 61; Kaifa-Gbandi, in: Schünemann, Gesamtkonzept, S. 73 ff.; Rosenau/Petrus, in: Vedder/Heintschel v. Heinegg, Art. 82 AEUV Rn. 3; Satzger, Intern. u. Europ. Strafrecht, § 10 Rn. 25; Schünemann, ZRP 2003, 185, 187; ders., GA 2004, 193, 202 ff.

1288 Böse, in: Schwarze, Art. 82 AEUV Rn. 15; ders., in: Ambos, Europ. Strafrecht, S. 70; Gleß, ZStW 116 (2004), 353, 362, 364; Vogel, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, 51. EL 2013, Art. 82 AEUV Rn. 24.

1289 Safferling, Intern. Strafrecht, § 12 Rn. 46.

1290 Gleß, ZStW 116 (2004), 353, 356.

1291 Gleß, ZStW 116 (2004), 353, 356 ff.

1292 Böse, ZStW 114 (2002), 148, 181, Fn. 164; Gleß, ZStW 115 (2003), 131, 148; dies., ZStW 116 (2004), 353, 365; dies., in: Böse, EnzEuR Bd. 9, § 16 Rn. 6; Hecker, Europ. Strafrecht, § 12 Rn. 60 ff.; Mylonopoulos, ZStW 123 (2011), 633, 642; Radtke, GA 2004, 1, 17.

1293 Dazu Gaede, in: Böse, EnzEuR Bd. 9, § 3 Rn. 47 ff.; Vogel, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, 51. EL 2013, Art. 82 AEUV Rn. 37; in Bezug auf den Europäischen Haftbefehl Burchard, in: Böse, EnzEuR Bd. 9, § 14 Rn. 47 ff.

1294 Vgl. unten 4. Kapitel C. III. 2. a).

gelungen ersetzt.<sup>1295</sup> Anstelle eines Ersuchens an den fremden Staat, dessen Befolgung im Wesentlichen im Ermessen des ersuchten Staates steht, wurden nun Instrumente geschaffen, mittels derer Behörden im Drittstaat unmittelbar zum Tätigwerden verpflichtet werden können.<sup>1296</sup> Auf dieser Grundlage ist eine Vielzahl an Rahmenbeschlüssen ergangen, die hier nicht alle wiedergegeben werden können.<sup>1297</sup> Zu nennen sind etwa die Sicherstellung von Vermögensgegenständen und Beweismitteln,<sup>1298</sup> die Einziehung<sup>1299</sup> sowie die Vollstreckung von Geldstrafen und Geldbußen.<sup>1300</sup> Zu beachten ist ferner insbesondere das Europäische Rechtshilfeübereinkommen (ERÜ)<sup>1301</sup> nebst Zusatzprotokoll.<sup>1302</sup>

Im Folgenden werden nur die wichtigsten Maßnahmen im Hinblick auf die traditionellen Bestandteile der Rechtshilfe – Auslieferung, Vollstreckungshilfe und kleine Rechtshilfe (Nacheile und operative Maßnahmen, Beweisgewinnung und Informationsaustausch) – kurz dargestellt.

#### a) Traditionelle Auslieferung und Europäischer Haftbefehl

Die Auslieferung vollzieht sich in ihrer klassischen Form des internationalen Rechtsverkehrs zwischen völkerrechtlich souveränen Staaten.<sup>1303</sup> Befindet sich ein Straftäter im Ausland, so muss grundsätzlich ein förmliches Auslieferungersuchen gestellt werden. Die Entscheidung darüber ergeht sodann in zwei Schritten: der gerichtlichen Entscheidung über die Zulässigkeit und der Bewilligungsentschei-

1295 Zu diesem „Paradigmenwechsel“ Böse, in: Ambos, Europ. Strafrecht, S. 59 ff.; Gleß, Intern. Strafrecht, Rn. 426; dies., in: Böse, EnzEuR Bd. 9, § 16 Rn. 3; F. Meyer, NStZ 2008, 188; zu dieser Entwicklung auch Rackow, in: Ambos, Europ. Strafrecht, S. 118 ff.; Wasmeier, in: Sieber/Brüner/Satzger/v. Heintschel-Heinegg, § 32.

1296 Spencer, ZIS 2010, 602.

1297 Vgl. die Übersicht bei Ambos, Intern. Strafrecht, § 12 Rn. 10, 13; Böse, in: Ambos, Europ. Strafrecht, S. 62; vgl. auch Fletcher/Löffel/Gilmore, S. 109 f.; Rackow, in: Ambos, Europ. Strafrecht, S. 118 ff.

1298 Rahmenbeschluss 2003/577/JI des Rates vom 22.7.2003 über die Vollstreckung von Entscheidungen über die Sicherstellung von Vermögensgegenständen oder Beweismitteln in der Europäischen Union, ABl. 2003 Nr. L 196, S. 45.

1299 Rahmenbeschluss 2005/212/JI des Rates vom 24.2.2005 über die Einziehung von Erträgen, Tatwerkzeugen und Vermögensgegenständen aus Straftaten, ABl. 2005 Nr. L 68, S. 49.

1300 Rahmenbeschluss 2005/214/JI des Rates vom 24.2.2005 über die Anwendung des Grundsatzes der gegenseitigen Anerkennung von Geldstrafen und Geldbußen, ABl. 2005 Nr. L 76, S. 16; kritisch dazu Schünemann/Roger, ZIS 2010, 515; dagegen Böse, ZIS 2010, 607; Replik von Schünemann, ZIS 2010, 735.

1301 Übereinkommen gemäß Artikel 34 des Vertrags über die Europäische Union – vom Rat erstellt – über die Rechtshilfe in Strafsachen zwischen den Mitgliedstaaten der Europäischen Union vom 29.5.2000, ABl. 2000 Nr. C 197, S. 3; vgl. dazu Gleß, Beweisrechtsgrundsätze, S. 113 ff.; Hecker, Europ. Strafrecht, § 12 Rn. 9 f.; Krüßmann, S. 448 ff.; Schuster, S. 33 f.; siehe dazu auch noch unten 4. Kapitel C. III. 2. c).

1302 Protokoll vom Rat gemäß Art. 34 des Vertrages über die Europäische Union erstellt zu dem Übereinkommen über die Rechtshilfe in Strafsachen zwischen den Mitgliedstaaten der Europäischen Union, ABl. 2001 Nr. C 326, S. 2.

1303 Zum traditionellen Auslieferungsrecht Burchard, in: Böse, EnzEuR Bd. 9, § 14 Rn. 1 ff.; Lagodny, in: Sieber/Brüner/Satzger/v. Heintschel-Heinegg, § 31.

derung auf ministerialer Ebene.<sup>1304</sup> Dabei können die ersuchten Regierungen ihre Bewilligung von verschiedenen Erwägungen abhängig machen, etwa von der Gegenseitigkeit oder der beiderseitigen Strafbarkeit des Delikts, oder sie können die Auslieferung aufgrund diverser Hindernisse verweigern, wie etwa bei eigenen Staatsangehörigen, vgl. Art. 16 Abs. 2 S. 1 GG, oder bei drohender Todesstrafe, Folter oder Doppelbestrafung.<sup>1305</sup> In Deutschland sind die entsprechenden Voraussetzungen und Ablehnungsgründe im Gesetz über die internationale Rechtshilfe (IRG)<sup>1306</sup> geregelt.

In Europa wurde der Auslieferungsverkehr durch eine Vielzahl an bilateralen und internationalen völkerrechtlichen Abkommen geprägt. Zunächst ist das Europäische Auslieferungsabkommen des Europarates vom 13.12.1957<sup>1307</sup> zu nennen. Es enthielt noch mannigfaltige Möglichkeiten, die Auslieferung zu verweigern, so etwa bei fehlender beiderseitiger Strafbarkeit von mindestens einem Jahr Freiheitsstrafe, bei politischen Straftaten oder bei Fiskaldelikten, bei rechtsstaatswidriger Verfolgung, bei eigenen Staatsangehörigen, bei doppelter Strafverfolgung oder Verjährung des Delikts im ersuchenden oder im ersuchten Staat.<sup>1308</sup> Gewichtige Änderungen enthielt aber bereits das SDÜ,<sup>1309</sup> etwa im Hinblick auf Fiskaldelikte oder Verjährung.<sup>1310</sup> Weitere Erleichterungen brachten zwei Übereinkommen der EU zur Auslieferung.<sup>1311</sup> Ziel war auch hier die Reduzierung der Auslieferungshindernisse, so etwa im Hinblick auf Fiskal- und politische Delikte. Bei bestimmten Straftaten wurde sogar auf das Erfordernis der beiderseitigen Strafbarkeit verzichtet. Ferner wurde das Hindernis der Nichtauslieferung der eigenen Staatsbürger grundsätzlich beseitigt, wobei jedoch die Möglichkeit der Verweigerung unter bestimmten Voraussetzungen erhalten blieb.

Der Rahmenbeschluss 2002/548/JI<sup>1312</sup> vom 13.6.2002 über den Europäischen Haftbefehl (RBEuHb) hat den Auslieferungsverkehr zwischen den Mitgliedstaaten

1304 Ausführlich *Ambos*, Intern. Strafrecht, § 12 Rn. 15; *Hecker*, Europ. Strafrecht, § 2 Rn. 77 ff.

1305 Dazu *Hecker*, Europ. Strafrecht, § 2 Rn. 69 ff.

1306 Zuletzt geändert durch Art. 1 des Gesetzes über die Vereinfachung des Austauschs von Informationen und Erkenntnissen zwischen den Strafverfolgungsbehörden der Mitgliedstaaten der EU vom 21.7.2012; BGBl. I S. 1566.

1307 In Deutschland umgesetzt durch das Gesetz zu dem Europäischen Auslieferungsübereinkommen vom 13.12.1957 und zu dem Europäischen Übereinkommen vom 20.4.1959 über die Rechtshilfe in Strafsachen vom 3.11.1964; BGBl. II S. 1369.

1308 Dazu *Ambos*, Intern. Strafrecht, § 12 Rn. 16 ff.; *Hecker*, Europ. Strafrecht, § 12 Rn. 16; *Wasmeier*, in: Sieber/Brüner/Satzger/v. Heintschel-Heinegg, § 32 Rn. 8 ff.

1309 Siehe dazu bereits oben 4. Kapitel A. II. 4.

1310 Dazu *Ambos*, Intern. Strafrecht, § 12 Rn. 20 ff.; *Hecker*, Europ. Strafrecht, § 12 Rn. 18; *Wasmeier*, in: Sieber/Brüner/Satzger/v. Heintschel-Heinegg, § 32 Rn. 16 ff.

1311 Das EU-Übereinkommen vom 10.3.1995 über das vereinfachte Auslieferungsverfahren, ABl. 1995 Nr. C 78, S. 2, und das EU-Auslieferungsübereinkommen vom 27.9.1996, ABl. 1996 Nr. C 313, S. 11; dazu *Ambos*, Intern. Strafrecht, § 12 Rn. 23 ff.; *Hecker*, Europ. Strafrecht, § 12 Rn. 19 f.; *Wasmeier*, in: Sieber/Brüner/Satzger/v. Heintschel-Heinegg, § 32 Rn. 27 ff.

1312 Rahmenbeschluss 2002/548/JI des Rates vom 13.6.2002 über den Europäischen Haftbefehl und die Übergabeverfahren zwischen den Mitgliedstaaten, ABl. 2002 Nr. L 190, S. 1; später geändert durch RB 2009/299/JI des Rates vom 26.2.2009, ABl. 2009 Nr. L 81, S. 24.

neu gestaltet. Er setzte das Prinzip der gegenseitigen Anerkennung insoweit durch, als hiernach die gerichtliche Entscheidung in einem Mitgliedstaat als unionsweit vollstreckbarer Festnahme- und Überstellungsbefehl wirkt. Sein wesentlicher Inhalt lässt sich so wiedergeben,<sup>1313</sup> dass er das zweistufige Auslieferungsverfahren abschafft, grundsätzlich auch die Auslieferung der eigenen Staatsangehörigen vorsieht und das Erfordernis der beiderseitigen Strafbarkeit für bestimmte Katalogtaten aufgehoben hat. Der EuGH betont, dass dies ein hohes Maß an Vertrauen voraussetzt.<sup>1314</sup>

Nach Art. 1 Abs. 2 RBEuHb vollstrecken die Mitgliedstaaten jeden Europäischen Haftbefehl nach dem Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung. Dadurch wird gemäß Art. 1 Abs. 3 RBEuHb allerdings nicht die Pflicht berührt, die Grundrechte und die allgemeinen Rechtsgrundsätze der EU zu achten. Nach Art. 2 Abs. 1 RBEuHb kann ein europäischer Haftbefehl bei Handlungen erlassen werden, die nach den Rechtsvorschriften des Ausstellungsmitgliedstaates mit einer Freiheitsstrafe oder einer freiheitsentziehenden Maßregel im Höchstmaß von mindestens zwölf Monaten bedroht sind, oder im Falle einer Verurteilung zu einer Strafe oder der Anordnung einer Maßregel, deren Maß mindestens vier Monate beträgt. Entscheidend ist der Katalog des Art. 2 Abs. 2 RBEuHb. Bei den dort genannten Straftaten entfällt die Prüfung der beiderseitigen Strafbarkeit, sofern sie im Ausstellungsmitgliedstaat mit einer Freiheitsstrafe oder einer freiheitsentziehenden Maßregel der Sicherung im Höchstmaß von mindestens drei Jahren bedroht sind. Außerhalb dieses Kataloges kann die Auslieferung nach Art. 2 Abs. 4 RBEuHb weiterhin von der beiderseitigen Strafbarkeit abhängig gemacht werden.

Er sieht aber gemäß Art. 3 RBEuHb auch obligatorische Ablehnungsgründe vor, so etwa bei rechtskräftiger Verurteilung und Vollstreckung der Strafe (Nr. 2) oder bei Schuldunfähigkeit nach dem Recht des Vollstreckungsstaates (Nr. 3). In Art. 4 RBEuHb sind fakultative Ablehnungsgründe genannt, so etwa bei Fehlen beiderseitiger Strafbarkeit außerhalb des Kataloges der aufgeführten Straftaten (Nr. 1), bei einem bereits eingeleiteten Verfahren im Vollstreckungsstaat in derselben Sache (Nr. 2), wenn der Europäische Haftbefehl zur Vollstreckung einer Freiheitsstrafe

1313 Vgl. ausführlich zum Europäischen Haftbefehl und der Umsetzung in Deutschland statt Vieler *Ambos*, Intern. Strafrecht, § 12 Rn. 35 ff.; *Böse*, in: *Ambos*, Europ. Strafrecht, S. 60 ff.; *Burchard*, in: *Böse*, *EnzEuR* Bd. 9, § 14; *Hecker*, Europ. Strafrecht, § 12 Rn. 21 ff.; *Heger*, *ZIS* 2007, 221; v. *Heitschel-Heinegg*, in: *Sieber/Brüner/Satzger/v. Heitschel-Heinegg*, § 37; v. *Heitschel-Heinegg/Rohlf*, *GA* 2003, 44; *Kretschmer*, *JURA* 2005, 780; *Krüßmann*, S. 589 ff.; *Mitsch*, *JA* 2006, 448; *Rohlf*, passim; *Safferling*, Intern. Strafrecht, § 12 Rn. 47 ff.; *Satzger*, Intern. u. Europ. Strafrecht, § 10 Rn. 26 ff.; *Schramm*, Intern. Strafrecht, 4. Kapitel Rn. 130 ff.; *Sinn/Wörner*, *ZIS* 2007, 204; *Suhr*, in: *Calliess/Ruffert*, Art. 82 AEUV Rn. 19 ff.; *Wasmeier*, *ZEuS* 2006, 23; sehr kritisch *C. Nestler*, *ZStW* 116 (2004), 332, 338 ff.; *Schünemann*, *StV* 2003, 531; *ders.*, *ZRP* 2003, 185; dagegen *Deiters*, *ZRP* 2003, 359; Erwidern von *Schünemann*, *ZRP* 2003, 472; allgemein zur Umsetzung in den Mitgliedstaaten *Fletcher/Löffel/Gilmore*, S. 116 ff.

1314 EuGH, Urteil vom 28.6.2012 – *West* (Rs. C-192/12), Rz. 54; EuGH, Urteil vom 29.1.2013 – *Radu* (Rs. C-396/11), Rz. 34; EuGH, Urteil vom 26.2.2013 – *Melloni* (Rs. C-399/11), Rz. 37.

oder einer freiheitsentziehenden Maßregel der Sicherung ausgestellt worden ist, sich die gesuchte Person im Vollstreckungsmitgliedstaat aufhält, dessen Staatsangehöriger ist oder dort ihren Wohnsitz hat und dieser Staat sich verpflichtet, die Strafe oder die Maßregel der Sicherung nach seinem innerstaatlichen Recht zu vollstrecken (Nr. 6), oder bei Straftaten, die ganz oder zum Teil im Hoheitsgebiet des Vollstreckungsstaates begangen wurden (Nr. 7). Art. 4a RBEuHb sieht seit 2009 auch die Möglichkeit der Ablehnung der Übergabe zur Vollstreckung vor, wenn die Entscheidung in Abwesenheit der Person ergangen ist, normiert jedoch auch Einschränkungen.<sup>1315</sup>

Art. 5 RBEuHb ermöglicht es zudem, die Übergabe zur Vollstreckung an bestimmte Garantien des Ausstellungsstaates zu knüpfen, so z.B. daran, dass lebenslange Freiheitsstrafen spätestens nach 20 Jahren überprüft werden (Nr. 1) oder dass eigene Staatsbürger zur Strafvollstreckung ins eigene Land zurückgeführt werden (Nr. 2). Der Ablauf des Übergabeverfahrens richtet sich nach den Art. 9 ff. RBEuHb. Wichtig ist hier u.a., dass Art. 11 RBEuHb die Rechte auf einen Rechtsbeistand und einen Dolmetscher vorsieht.

Die Umsetzung des RBEuHb ist in den Mitgliedstaaten uneinheitlich und zuweilen wohl auch rahmenbeschlusswidrig<sup>1316</sup> erfolgt und hat teilweise zu verfassungsrechtlichen Problemen geführt.<sup>1317</sup> Auch in Deutschland ist er erst mit Verzögerung im Rahmen des IRG umgesetzt worden,<sup>1318</sup> weil das BVerfG das erste Umsetzungsgesetz für verfassungswidrig erklärte.<sup>1319</sup> Hierbei spielte insbesondere die Frage der Zulässigkeit der Auslieferung deutscher Staatsangehöriger im Hinblick auf Art. 16 Abs. 2 GG eine gewichtige Rolle,<sup>1320</sup> welche nach S. 2 zwar grundsätzlich möglich ist, jedoch durch Gesetz unter Wahrung rechtsstaatlicher Grundsätze geregelt werden muss. Hier sah das Gericht im ersten Umsetzungsgesetz insbesondere Probleme hinsichtlich der Auslieferung bei Taten mit maßgeblichem Inlandsbezug. Nun gilt in Deutschland nach der auf die Entscheidung des BVerfG

1315 Eingefügt durch RB 2009/299/JI des Rates vom 26.2.2009, ABl. 2009 Nr. L 81, S. 24, 26 f.

1316 Beispiele bei Satzger, Intern. u. Europ. Strafrecht, § 10 Rn. 33.

1317 Dazu Fletcher/Löff/Gilmore, S. 119 f.; Satzger, Intern. u. Europ. Strafrecht, § 10 Rn. 33 ff.

1318 Im Rahmen des IRG durch das Gesetz zur Umsetzung des Rahmenbeschlusses über den Europäischen Haftbefehl und die Übergabeverfahren zwischen den Mitgliedstaaten der Europäischen Union vom 20.7.2006; BGBl. I S. 1721; dazu ausführlich Hackner/Schomburg/Lagodny/Gleß, NSZ 2006, 663; Hecker, Europ. Strafrecht, § 12 Rn. 43 ff.; v. Heintschel-Heinegg, in: Sieber/Brüner/Satzger/v. Heintschel-Heinegg, § 37 Rn. 23 ff.; ferner Heger, ZIS 2007, 221, 223 ff.; Kretschmer, JURA 2005, 780, 781 ff.; Sinn/Wörner, ZIS 2007, 204, 211 ff.

1319 BVerfGE 113, 273; dazu Ambos, Intern. Strafrecht, § 12 Rn. 44 ff.; Buermeyer, HRRS 2005, 273; Hackner/Schomburg/Lagodny/Gleß, NSZ 2006, 663, 664; Hecker, Europ. Strafrecht, § 12 Rn. 40 ff.; Heger, ZIS 2007, 221; v. Heintschel-Heinegg, in: Sieber/Brüner/Satzger/v. Heintschel-Heinegg, § 37 Rn. 16 ff.; Kretschmer, JURA 2005, 780; Mitsch, JA 2006, 448, 449 f.; Nelles/Tinkl/Lauchstädt, in: Schulze/Zuleeg/Kadelbach, § 42 Rn. 155; Satzger, Intern. u. Europ. Strafrecht, § 10 Rn. 29 f.; Safferling, Intern. Strafrecht, § 12 Rn. 55; Schramm, Intern. Strafrecht, 4. Kapitel Rn. 135 f.; Schünemann, StV 2005, 681; Sinn/Wörner, ZIS 2007, 204, 209 ff.; Vogel, JZ 2005, 801; Wasmeyer, ZEuS 2006, 23.

1320 Im Übrigen verstieß das Gesetz nach Ansicht des Gerichts im Hinblick auf den Rechtsschutz gegen die Bewilligungsentscheidung auch gegen Art. 19 Abs. 4 GG; vgl. BVerfGE 113, 273, 309 ff. Im zweiten Umsetzungsgesetz wurde § 79 IRG insoweit geändert.

hin erfolgten Änderung im zweiten Umsetzungsgesetz folgende kurz zusammengefasste Rechtslage.

Nach § 79 Abs. 1 S. 1 IRG besteht die grundsätzliche Pflicht zur Auslieferung, deren Bewilligung nur aus den in den §§ 78 ff. IRG genannten Gründen abgelehnt werden darf. § 80 IRG knüpft die Auslieferung Deutscher an einen anderen Mitgliedstaat der EU nun an folgende Voraussetzungen. Bei reinen Inlandstaten ist die Auslieferung eigener Staatsangehöriger zum Zwecke der Strafverfolgung untersagt, arg. ex § 80 Abs. 2 Nr. 2 IRG, während sie ansonsten möglich ist, sofern gesichert ist, dass der Betroffene nach einer Verurteilung zur Vollstreckung nach Deutschland zurückgeführt wird, § 80 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 IRG, und ein maßgeblicher Bezug der Tat zum Ausland vorliegt, § 80 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 IRG.<sup>1321</sup> Ein solcher liegt nach § 80 Abs. 1 S. 2 IRG in der Regel vor, wenn die Tathandlung vollständig oder in wesentlichen Teilen im Ausland begangen wurde und der Erfolg zumindest in wesentlichen Teilen dort eingetreten ist, oder wenn es sich um eine schwere Tat mit typisch grenzüberschreitendem Charakter handelt, die zumindest teilweise auch auf dem fremden Hoheitsgebiet begangen wurde.

Diese Abgrenzung ist nachvollziehbar und korrespondiert im Wesentlichen mit Art. 4 Nr. 7 und Art. 5 Nr. 2 RBEuHb.<sup>1322</sup> Denn wer im Inland handelt, muss sich auch nur auf diese Rechtsordnung einstellen, Strafvorschriften im Ausland müssen hingegen nicht bekannt sein.<sup>1323</sup> Wer hingegen im Ausland handelt, muss auch dessen Gesetze beachten und gegebenenfalls mit einer Auslieferung rechnen.<sup>1324</sup>

Problematisch ist die Lage indessen bei Straftaten, die sowohl einen Bezug zum ersuchenden Staat als auch zu Deutschland als den europäischen Haftbefehl vollstreckendem ersuchtem Staat aufweisen,<sup>1325</sup> sodass kein maßgeblicher Auslandsbezug im Sinne des § 80 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 IRG vorliegt. Für die Beurteilung kommt es, wie § 80 Abs. 1 S. 2 IRG erläutert, auf den Schwerpunkt der Tat an,<sup>1326</sup> also darauf, ob wesentliche Teile der Tat im In- oder im Ausland begangen wurden.<sup>1327</sup> Wird demgemäß festgestellt, dass kein maßgeblicher Auslandsbezug vorliegt, so ist die Auslieferung von Deutschen nach § 80 Abs. 2 S. 1 IRG nur zulässig, wenn wiederum gewährleistet ist, dass eine Rücküberstellung zur Vollstreckung erfolgt (Nr. 1), kein maßgeblicher Bezug zum Inland vorliegt (Nr. 2) und eine bei-

1321 Ambos, Intern. Strafrecht, § 12 Rn. 52; Hackner/Schomburg/Lagodny/Gleß, NStZ 2006, 663, 666; Heger, ZIS 2007, 221, 224; Sinn/Wörner, ZIS 2007, 204, 215.

1322 Vgl. auch Inhofer, in: Beck OK StPO, Stand: 30.9.2013, § 80 IRG Rn. 1 f.

1323 BVerfGE 113, 273, 302 f.

1324 BVerfGE 113, 273, 303; vgl. auch Kretschmer, JURA 2005, 780, 782; Vogel, ZStW 116 (2004), 400, 409; kritisch zu diesem Argument aber Lagodny, in: Schomburg/Lagodny/Gleß/Hackner, § 80 IRG Rn. 7; ferner im Hinblick auf das Demokratieprinzip kritisch bzgl. Auslieferung der eigenen Staatsbürger Schönemann, ZStW 116 (2004), 376, 396 ff.; ders., StV 2005, 681, 682.

1325 Vgl. dazu Ambos, Intern. Strafrecht, § 12 Rn. 53; Hackner/Schomburg/Lagodny/Gleß, NStZ 2006, 663, 667; Heger, ZIS 2007, 221, 224.

1326 Ambos, Intern. Strafrecht, § 12 Rn. 53; Hackner/Schomburg/Lagodny/Gleß, NStZ 2006, 663, 667.

1327 Vgl. schon BVerfGE 113, 273, 302; Hackner/Schomburg/Lagodny/Gleß, NStZ 2006, 663, 667.

derseitige Strafbarkeit besteht (Nr. 3).<sup>1328</sup> Bei der Abwägung, ob ein maßgeblicher Bezug zum Inland vorliegt, sind gemäß § 80 Abs. 2 S. 3 IRG der Tatvorwurf, die praktischen Erfordernisse und Möglichkeiten einer effektiven Strafverfolgung und die grundrechtlich geschützten Interessen des Verfolgten unter Berücksichtigung der mit der Schaffung eines europäischen Rechtsraums verbundenen Ziele zu gewichten und zueinander ins Verhältnis zu setzen. Schon das BVerfG hatte ebendiese Vorgaben gemacht, wenn „ganz oder teilweise in Deutschland gehandelt worden, der Erfolg aber im Ausland eingetreten ist“<sup>1329</sup>.

Die Auslieferung eines Deutschen zum Zwecke der Strafvollstreckung ist gemäß § 80 Abs. 3 S. 1 IRG nur zulässig, wenn der Verfolgte nach Belehrung zustimmt.

Zudem sind die Auslieferungshindernisse nach den §§ 81, 83 IRG zu beachten. So ist z.B. die Auslieferung zur Verfolgung nach § 81 Nr. 1 IRG nur zulässig, wenn die Tat nach dem Recht des ersuchenden Mitgliedstaates mit einer Freiheitsstrafe oder sonstigen Sanktion im Höchstmaß von mindestens zwölf Monaten bedroht ist, und die beiderseitige Strafbarkeit nach § 81 Nr. 4 IRG nur dann nicht zu prüfen, wenn die dem Ersuchen zugrunde liegende Tat nach dem Recht des ersuchenden Staates mit einer freiheitsentziehenden Sanktion im Höchstmaß von mindestens drei Jahren bedroht und den in Art. 2 Abs. 2 RBEuHb aufgeführten Deliktgruppen zugehörig ist. Nach § 83 IRG bestehen Auslieferungshindernisse zur Vermeidung einer Doppelbestrafung (Nr. 1), bei Schuldunfähigkeit (Nr. 2), bei Abwesenheitsurteilen (Nr. 3) sowie bei lebenslanger Freiheitsstrafe ohne Überprüfung nach spätestens 20 Jahren (Nr. 4). § 83b IRG sieht schließlich fakultative Ablehnungsgründe vor, z.B. nach Abs. 1 lit. a), wenn ein inländisches Strafverfahren in derselben Sache geführt wird. § 83b Abs. 2 IRG enthält eine Regelung für ausländische Staatsbürger, wenn sie im Inland ihren gewöhnlichen Aufenthalt haben.

Daneben könnten sich aus § 73 IRG Grenzen der Vollstreckung ergeben, der die Leistung von Rechtshilfe bei Verstößen gegen die wesentlichen Grundsätze der deutschen Rechtsordnung (S. 1) oder gegen die in Art. 6 EUV enthaltenen Grundsätze (S. 2) generell für unzulässig erklärt.<sup>1330</sup> Es ist allerdings fraglich, ob diese Regelung im Hinblick auf europäische Haftbefehle Geltung beanspruchen kann,<sup>1331</sup> da das deutsche Gesetz am RBEuHb zu messen ist und der EuGH inzwischen entschieden hat, dass die dort genannten Ablehnungsgründe abschließend seien.<sup>1332</sup> Es ist vom Grundsatz her auch nachvollziehbar, dass die gegenseitige Anerkennung gerade voraussetzt, dass den Entscheidungen des Anordnungsstaates

1328 Heger, ZIS 2007, 221, 224; *Simm/Wörner*, ZIS 2007, 204, 215.

1329 BVerfGE 113, 273, 303.

1330 OLG Stuttgart NJW 2010, 1617; v. *Heintschel-Heinegg*, in: Sieber/Brüner/Satzger/v. Heintschel-Heinegg, § 37 Rn. 56; *Inhofer*, in: Beck OK StPO, Stand: 30.9.2013, § 79 IRG Rn. 1; vgl. auch *Brodowski*, HRRS 2013, 54.

1331 Dazu *Brodowski*, HRRS 2013, 54; *Gaede*, NJW 2013, 1279; *Satzger*, Intern. u. Europ. Strafrecht, § 10 Rn. 26.

1332 EuGH, Urteil vom 29.1.2013 – *Radu* (Rs. C-396/11), Rz. 36.

vertraut wird und diese nicht noch einmal im Vollstreckungsstaat überprüft werden.<sup>1333</sup> Hier offenbart sich allerdings das Grundproblem der gegenseitigen Anerkennung, da das erforderliche Vertrauen auch weitgehend einheitliche Schutzstandards voraussetzt.

Der EuGH lehnte die Möglichkeit der Ablehnung der Vollstreckung eines europäischen Haftbefehls im Hinblick auf über die GRC hinausgehende einzelstaatliche Grundrechte ab.<sup>1334</sup> Hierbei rekurrierte er auf den Vorrang des Unionsrechts sowie auf den Zweck des RBEuHb.<sup>1335</sup> Könnte sich ein Mitgliedstaat zur Ablehnung eines europäischen Haftbefehls im Hinblick auf Art. 53 GRC auf nationale Grundrechte berufen, so würde dies nach Ansicht des Gerichts „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>1336</sup> Auch der deutsche Gesetzgeber ging davon aus, dass der europäische Haftbefehl nicht mit dem Berufen auf den nationalen *ordre public* abgelehnt werden könne, da dieser im RBEuHb nicht genannt sei.<sup>1337</sup> Schon insofern wird angenommen, dass § 73 S. 2 IRG den S. 1 als speziellere Regelung gesetzssystematisch verdrängt.<sup>1338</sup>

Hinsichtlich des Verweises in § 73 S. 2 IRG auf die in Art. 6 EUV festgehaltenen Rechte könnte aber etwas anderes gelten, zumal hierdurch die Regelung in Art. 1 Abs. 3 RBEuHb umgesetzt werden sollte.<sup>1339</sup> Danach müsste bei der Entscheidung über die Vollstreckung des Europäischen Haftbefehls geprüft werden, ob die in der GRC und der EMRK gewährleisteten Grund- und Menschenrechte verletzt sind und somit z.B. auch die Beachtung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit.<sup>1340</sup> Es bleibt abzuwarten, ob der EuGH sich mit dem Hinweis auf den abschließenden Charakter der Ablehnungsgründe des RBEuHb auch einer solchen Prüfung der Grundsätze des Art. 6 EUV durch den Vollstreckungsstaat und einer daraus resultierenden Ablehnung der Vollstreckung verschließen wollte, denn immerhin war diese Frage jeweils nicht entscheidungserheblich, da das Gericht die entsprechenden Grund- und Menschenrechte nicht als verletzt ansah.<sup>1341</sup> In der

1333 Vogel, in: Grützner/Pötzt/Kreß, § 73 IRG Rn. 133.

1334 EuGH, Urteil vom 26.2.2013 – *Melloni* (Rs. C-399/11), Rz. 55 ff.

1335 EuGH, Urteil vom 26.2.2013 – *Melloni* (Rs. C-399/11), Rz. 55 ff. – kritisch Gaede, NJW 2013, 1279, 1281: In der ehemaligen „Dritten Säule“ gelte kein Vorrang supranationalen Rechts.

1336 EuGH, Urteil vom 26.2.2013 – *Melloni* (Rs. C-399/11), Rz. 63.

1337 BT-Drs. 15/1718, S. 14; insofern wird angenommen, dass § 73 S. 1 IRG nicht gilt; so Burchard, in: Böse, EnzEuR Bd. 9, § 14 Rn. 47; Vogel, in: Grützner/Pötzt/Kreß, § 73 IRG Rn. 139.

1338 Vogel, in: Grützner/Pötzt/Kreß, § 73 IRG Rn. 139.

1339 Vgl. auch die damalige Formulierung des § 73 S. 2 IRG; BGBl. I 2004, S. 1748; ferner BT-Drs. 15/1718, S. 14.

1340 OLG Stuttgart NJW 2010, 1617; v. Heintschel-Heinegg, in: Sieber/Brüner/Satzger/v. Heintschel-Heinegg, § 37 Rn. 56; Inhofer, in: Beck OK StPO, Stand: 30.9.2013, § 79 IRG Rn. 1.

1341 Gaede, NJW 2013, 1279, 1280, und Inhofer, in: Beck OK StPO, Stand: 30.9.2013, § 79 IRG Rn. 1, weisen darauf hin, dass auch die Urteile des EuGH nicht zwingend so zu interpretieren sind; für eine Prüfung der Grund- und Menschenrechte sprach sich im Hinblick auf Art. 1 Abs. 3 RBEuHb auch GA Sharpston in ihrem Schlussantrag vom 18.10.2012 (C-396/11, Rz. 69 ff.) aus.

deutschen Rechtsprechung und Literatur wird überwiegend angenommen, dass eine solche rahmenbeschlusskonforme Auslegung jedenfalls nicht *contra legem* möglich sei.<sup>1342</sup> So wird vorgeschlagen, dass § 73 S. 2 IRG zumindest in extremen Fällen weiterhin eine praktische Bedeutung zukommen soll,<sup>1343</sup> z.B. wenn klar zu Tage tritt, dass im Anordnungsstaat menschenrechtswidrige Zustände oder besonders unverhältnismäßige Strafen drohen. Manche sähen andernfalls sogar das BVerfG herausgefordert.<sup>1344</sup> Im Übrigen bleibt der Betroffene aber auf den Rechtsschutz im Anordnungsstaat, d.h. nach der Auslieferung, angewiesen.

Wesentlicher Unterschied des Europäischen Haftbefehls gegenüber früheren Auslieferungsersuchen ist der Verzicht auf die Prüfung der beiderseitigen Strafbarkeit im Hinblick auf die Katalogtaten des Art. 2 Abs. 2 RBEuHb in § 81 Nr. 4 IRG<sup>1345</sup> mit Ausnahme der soeben angeführten Fälle der Auslieferung von Deutschen bei Sachverhalten ohne maßgeblichen Auslandsbezug, da für diese gemäß § 80 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 IRG das Erfordernis der beiderseitigen Strafbarkeit bestehen bleibt. Bei hinreichendem Auslandsbezug entfällt es jedoch bei den genannten Katalogtaten.<sup>1346</sup> Das deutsche Recht hält im Übrigen entgegen dem Rahmenbeschluss an einem zweistufigen Verfahren fest,<sup>1347</sup> wobei die Bewilligungsentscheidung nun nach Maßgabe des § 79 Abs. 2 IRG gerichtlich überprüfbar ist.

Auch im Hinblick auf das Diskriminierungsverbot nach Art. 18 AEUV ist die Lösung des IRG nicht unumstritten, da EU-Ausländer leichter ausgeliefert werden können als Deutsche, selbst wenn sie im Inland leben.<sup>1348</sup> Der insoweit einschlägige § 83b Abs. 2 IRG gestaltet nämlich – anders als bei deutschen Staatsbürgern – die Ablehnung der Bewilligung der Auslieferung von Ausländern, die im Inland ihren gewöhnlichen Aufenthalt haben, zum Zwecke der Strafverfolgung, wenn in den Fällen des § 80 Abs. 1 und 2 IRG die Auslieferung eines Deutschen nicht zulässig wäre, oder zum Zwecke der Strafvollstreckung bei fehlender Zustimmung des

1342 So OLG München StV 2013, 710, das weiterhin auf § 73 S. 2 IRG abstellt; ebenso *Burchard*, in: Böse, *EnzEuR* Bd. 9, § 14 Rn. 47; auch *Vogel*, StV 2013, Editorial, plädiert für eine Anwendung von § 73 S. 2 IRG.

1343 OLG Stuttgart NJW 2010, 1617; *Inhofer*, in: Beck OK StPO, Stand: 30.9.2013, § 79 IRG Rn. 1; vgl. auch *Vogel*, in: Grützner/Pötz/Kreß, § 73 IRG Rn. 135: „Notanker“. Zu den möglichen Maßgaben einer solchen auf einen europäischen *ordre public* gestützten Ablehnung *Burchard*, in: Böse, *EnzEuR* Bd. 9, § 14 Rn. 51.

1344 *Gaede*, NJW 2013, 1279, 1280; vgl. auch OLG München StV 2013, 710, das aus diesem Grunde annimmt, die Urteile des EuGH dürften nicht so interpretiert werden, dass sie offensichtliche *ultra vires*-Akte darstellten.

1345 *Ambos*, Intern. Strafrecht, § 12 Rn. 49; *Kretschmer*, JURA 2005, 780, 782; *Nelles/Tinkl/Lauchstädt*, in: Schulze/Zuleeg/Kadelbach, § 42 Rn. 168; vgl. auch *Fletcher/Löff/Gilmore*, S. 114.

1346 Bei Nicht-Listendelikten bleibt es hingegen beim Erfordernis der beiderseitigen Strafbarkeit; vgl. *Lagodny*, in: Schomburg/Lagodny/Gleß/Hackner, § 81 IRG Rn. 16.

1347 Zu Recht kritisch *Hackner/Schomburg/Lagodny/Gleß*, NStZ 2006, 663, 665; *Heger*, ZIS 2007, 221, 224; *v. Heintschel-Heinegg*, in: Sieber/Brüner/Satzger/v. Heintschel-Heinegg, § 37 Rn. 34; *Kretschmer*, JURA 2005, 780, 782 f.; *Wasmeyer*, ZEuS 2006, 23, 26.

1348 Vgl. dazu ausführlich *Burchard*, in: Böse, *EnzEuR* Bd. 9, § 14 Rn. 37 ff.; *Satzger*, Intern. u. Europ. Strafrecht, § 10 Rn. 32; *Tinkl*, ZIS 2010, 320; ferner *Inhofer*, in: Beck OK StPO, Stand: 28.1.2013, § 83b IRG Rn. 8.

Ausländers und einem Überwiegen schutzwürdiger Interessen an einer Vollstreckung im Inland als Ermessensentscheidung aus.<sup>1349</sup> Auch diese Vorschrift ist anhand des Unionsrechts auszulegen.<sup>1350</sup>

Der EuGH<sup>1351</sup> hält in Interpretation des Art. 4 Nr. 6 RBEuHb, der wiederum im Lichte des Art. 18 AEUV auszulegen ist,<sup>1352</sup> eine Unterscheidung zwischen eigenen Staatsangehörigen und sich im Inland aufhaltenden Ausländern indes für zulässig, wenn sie eine sachliche Begründung im Hinblick auf das besondere Ziel der Resozialisierung enthält, und dabei etwa eine Differenzierung nach der Dauer des Aufenthalts im Inland für nicht unverhältnismäßig.<sup>1353</sup>

Auch im Fall des Europäischen Haftbefehls finden sich inzwischen interessante Alternativvorschläge für eine europäische Regelung, die insbesondere grundsätzlich am Prinzip der beiderseitigen Strafbarkeit festhalten und zudem europäische Haftgründe etablieren wollen.<sup>1354</sup> In eine ganz andere Richtung geht die Anregung, stattdessen das Prinzip der stellvertretenden Strafrechtspflege als Grundstruktur einzurichten.<sup>1355</sup>

#### b) Vollstreckungshilfe

Ebenfalls auf dem Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung von Justizentscheidungen beruhen verschiedene Rahmenbeschlüsse betreffend die Vollstreckung von

- 
- 1349 Bei deutschen Staatsbürgern sind hingegen bei der Auslieferung zum Zwecke der Strafverfolgung die Möglichkeit der Rücküberstellung zur Strafvollstreckung nach § 80 Abs. 1 Nr. 1 IRG und bei der Auslieferung zum Zwecke der Strafvollstreckung die Zustimmung des Betroffenen nach § 80 Abs. 3 IRG als zwingende Erfordernisse ausgestaltet; vgl. *Tinkl*, ZIS 2010, 320, 321, 324.
- 1350 Das Ermessen hinsichtlich der Ablehnung der Bewilligung kann bei Vorliegen der beiden Voraussetzungen des § 83b Abs. 2 lit. b) IRG zwar auf Null reduziert sein, hinsichtlich der Frage, ob ein „überwiegendes schutzwürdiges Interesse“ vorliegt, bleibt es aber bei einem Beurteilungsspielraum; vgl. *Burchard*, in: Böse, *EnzEuR* Bd. 9, § 14 Rn. 38; *Tinkl*, ZIS 2010, 320, 322, Fn. 19.
- 1351 EuGH Slg. 2009, I-9621 – *Wolzenburg* (Rs. C-123/08), Rz. 63; im Fall *Kozłowski* (Rs. C-66/08), Rz. 56, hatte er dies noch offen gelassen; in seinem Urteil vom 5.9.2012 in der Rechtssache *Joao Pedro Lopes Da Silva Jorge* (Rs. C-42/11), Rz. 52, hat er jedoch entschieden, dass ein Mitgliedstaat bei der Umsetzung des Art. 4 Nr. 6 RB 2002/584/JI die Angehörigen anderer Mitgliedstaaten nicht ungeachtet ihrer Bindungen zu diesem Mitgliedstaat vom Anwendungsbereich der Bestimmung automatisch völlig ausschließen darf.
- 1352 EuGH Slg. 2009, I-9621 – *Wolzenburg* (Rs. C-123/08), Rz. 42 ff., zum damals geltenden Art. 12 EGV.
- 1353 Insofern ist also eine Rechtfertigung des Eingriffes in Art. 18 AEUV möglich; vgl. auch EuGH Slg. 2007, I-3673, I-3696 f. – *Advocaten voor de Wereld* (Rs. C-303/05); ferner *v. Bogdandy*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, 51. EL 2013, Art. 18 AEUV Rn. 20 ff.; für eine Europarechtswidrigkeit der deutschen Regelungen aber *Tinkl*, ZIS 2010, 320, 324.
- 1354 Vgl. etwa den Vorschlag der Art. 7 ff. der AGIS-Arbeitsgruppe, in: Schünemann, *Gesamtkonzept*, S. 18 ff.; vgl. zur Erläuterung *Asp*, in: Schünemann, *Gesamtkonzept*, S. 137 ff., sowie *Frände*, in: Schünemann, *Gesamtkonzept*, S. 141 ff.
- 1355 *Deiters*, ZIS 2006, 472, 477 ff., der dann auch eine Fremdrechtsanwendung zulassen will.

Strafurteilen und Sanktionen.<sup>1356</sup> Dies gilt einmal für Geldstrafen und Geldbußen,<sup>1357</sup> aber auch für die Einziehung von Gegenständen.<sup>1358</sup> Ferner können in anderen Mitgliedstaaten Freiheitsstrafen vollstreckt<sup>1359</sup> und Bewährungsauflagen überprüft werden.<sup>1360</sup>

### c) Nachteile, operative Maßnahmen und Beweisgewinnung

Auch im Bereich der kleinen Rechtshilfe im Rahmen der Zusammenarbeit der Ermittlungsbehörden kann innerhalb der EU auf besondere Instrumente zurückgegriffen werden, die der Errichtung eines einheitlichen Rechtsraumes dienen sollen. Künftig können entsprechende Maßnahmen auf Art. 87 AEUV gestützt werden.<sup>1361</sup> Nach geltendem Recht sind insbesondere die Vorschriften des SDÜ bedeutsam. So gestattet Art. 41 Abs. 1 S. 1 SDÜ die grenzüberschreitende Nachteile im Hinblick auf Personen, die auf frischer Tat bei der Begehung von oder der Teilnahme an einer bestimmten schweren Straftat betroffen werden, auf das Hoheitsgebiet eines anderen Vertragsstaates ohne vorherige Zustimmung, wenn die zuständigen Behörden der anderen Vertragspartei wegen der besonderen Dringlichkeit der Angelegenheit nicht zuvor unterrichtet werden konnten oder nicht rechtzeitig zur Stelle sind, um die Verfolgung zu übernehmen.<sup>1362</sup> Nach Abs. 2 besteht ein Festhalterecht jedoch nur so lange bis die Beamten der betroffenen Staaten eintreffen. Abs. 5 legt die allgemeinen Voraussetzungen fest. Abs. 4 enthält einen Katalog der Straftaten, die Unterzeichnerstaaten müssen allerdings nach Abs. 9 eine Erklärung abgeben, inwieweit und hinsichtlich welcher Straftaten sie die Nachteile

1356 Vgl. dazu *Ambos*, Intern. Strafrecht, § 12 Rn. 71 ff.; *Hecker*, Europ. Strafrecht, § 12 Rn. 14; *Ligeti*, S. 174 ff.; *Morgenstern*, in: Böse, EnzEuR Bd. 9, § 15; *Satzger*, Intern. u. Europ. Strafrecht, § 10 Rn. 39 ff.

1357 Rahmenbeschluss 2005/214/JI des Rates vom 24.2.2005 über die Anwendung des Grundsatzes der gegenseitigen Anerkennung von Geldstrafen und Geldbußen, ABl. 2005 Nr. L 76, S. 16; ausführlich dazu *Böse*, in: Grützner/Pötz/Kreß, 4. Ordner, 34. EL 2013, RbGeldstrafe, Vorbemerkungen; *Gleß*, in: Sieber/Brüner/Satzger/v. Heintschel-Heinegg, § 39; kritisch *Schünemann/Roger*, ZIS 2010, 515; dagegen *Böse*, ZIS 2010, 607; gegen ihn wiederum *Schünemann*, ZIS 2010, 735.

1358 Rahmenbeschluss 2006/783/JI des Rates vom 6.10.2006 über die Anwendung des Grundsatzes der gegenseitigen Anerkennung von Einziehungsentscheidungen, ABl. 2006 Nr. L 328, S. 59; ausführlich dazu *Gleß*, in: Sieber/Brüner/Satzger/v. Heintschel-Heinegg, § 40; *Grotz*, in: Grützner/Pötz/Kreß, 4. Ordner, 34. EL 2013, RbErwEinziehung, Vorbemerkungen.

1359 Rahmenbeschluss 2008/909/JI des Rates vom 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. 2008 Nr. L 327, S. 27; dazu *Ambos*, Intern. Strafrecht, § 12 Rn. 78.

1360 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, ABl. 2008 Nr. L 337, S. 102.

1361 Siehe dazu bereits oben 4. Kapitel B. I. 2. d).

1362 Zur Nachteile unter Geltung des SDÜ *Esser*, Europ. u. Intern. Strafrecht, § 4 Rn. 23 ff.; *Heinrich*, NStZ 1996, 361, 365 f.; *Hetzer*, in: Sieber/Brüner/Satzger/v. Heintschel-Heinegg, § 41 Rn. 57 ff.; *Krüßmann*, in: Böse, EnzEuR Bd. 9, § 18 Rn. 34 f.; *Ligeti*, S. 163; *Nelles/Tinkl/Lauchstädt*, in: Schulze/Zuleeg/Kadelbach, § 42 Rn. 100.

gewähren wollen. Auf diese Weise kann eine asymmetrische Situation entstehen.<sup>1363</sup>

In ähnlicher Weise erlaubt Art. 40 Abs. 1 S. 1 SDÜ bei auslieferungsfähigen Straftaten Observationen auf fremdem Hoheitsgebiet, jedoch nur mit Zustimmung des anderen Staates im Rahmen eines Rechtshilfeersuchens.<sup>1364</sup> Abs. 2 erweitert diese Befugnis bei besonderer Dringlichkeit auf Maßnahmen ohne Zustimmung, wenn eine Katalogtat nach Abs. 7 vorliegt und die Behörden des betroffenen Staates unverzüglich benachrichtigt werden und das Rechtshilfeersuchen nachträglich gestellt wird. Schließlich enthält auch der Rahmenbeschluss über die Vollstreckung von Entscheidungen über die Sicherstellung von Vermögensgegenständen oder Beweismitteln in der EU<sup>1365</sup> Möglichkeiten, Beweise in anderen Mitgliedstaaten zu sichern.

Auch außerhalb eigener Ermittlungsmaßnahmen können die Mitgliedstaaten auf die gegenseitige Unterstützung bei der Beweisgewinnung durch den Zugang zu Informationen bauen.<sup>1366</sup> Schon im Haager Programm des Europäischen Rates aus dem Jahr 2004 wurde im Hinblick auf den Austausch von Informationen der „Grundsatz der Verfügbarkeit“<sup>1367</sup> eingeführt,<sup>1368</sup> dem auch der Rahmenbeschluss 2006/960/JI<sup>1369</sup> dient. Ähnlich wie der Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung soll der Grundsatz der Verfügbarkeit an die Stelle der herkömmlichen Rechtshilfe treten, indem vom Prinzip her ein unmittelbarer Zugriff auf in anderen Mitgliedstaaten erlangte Informationen eröffnet werden soll.<sup>1370</sup> Denn langwierige und umständliche Verfahren der Informationsübermittlung sollen in einem einheitlichen Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts vermieden werden. Dies mag aus Effektivitätsgründen vorteilhaft sein, aus der Sicht des Datenschutzes ist dies indes problematisch.

1363 Daher kritisch *Hetzer*, in: Sieber/Brüner/Satzger/v. Heintschel-Heinegg, § 41 Rn. 61.

1364 Dazu *Heinrich*, NStZ 1996, 361, 365; *Hetzer*, in: Sieber/Brüner/Satzger/v. Heintschel-Heinegg, § 41 Rn. 53 ff.; *Nelles/Tinkl/Lauchstädt*, in: Schulze/Zuleeg/Kadelbach, § 42 Rn. 96 ff.

1365 Rahmenbeschluss 2003/577/JI des Rates vom 22.7.2003 über die Vollstreckung von Entscheidungen über die Sicherstellung von Vermögensgegenständen oder Beweismitteln in der EU, ABl. 2003 Nr. L 196, S. 45.

1366 Dazu *Esser*, in: Böse, EnzEuR Bd. 9, § 19; *Heger*, ZIS 2007, 547, 552 ff.; *Rackow*, in: Ambos, Europ. Strafrecht, S. 117 ff.

1367 Dazu ausführlich *Böse*, Der Grundsatz der Verfügbarkeit, passim; *F. Meyer*, NStZ 2008, 188; vgl. ferner *Satzger*, Intern. u. Europ. Strafrecht, § 10 Rn. 49; *Vogel*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, 51. EL 2013, Art. 82 AEUV Rn. 70; *Zöller*, ZIS 2011, 64.

1368 Vgl. die Mitteilung der Kommission an den Rat und das Europäische Parlament – Das Haager Programm: Zehn Prioritäten für die nächsten fünf Jahre. Die Partnerschaft zur Erneuerung Europas im Bereich der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts vom 10.5.2005; KOM (2005) 184 endg.

1369 Rahmenbeschluss 2006/960/JI des Rates vom 18.12.2006 über die Vereinfachung des Austauschs von Informationen und Erkenntnissen zwischen den Strafverfolgungsbehörden der Mitgliedstaaten der Europäischen Union, ABl. 2006 Nr. L 386, S. 89, zuletzt geändert durch Berichtigung vom 15.3.2007, ABl. 2007 Nr. L 75, S. 26.

1370 *F. Meyer*, NStZ 2008, 188.

Auch in dieser Hinsicht hatte bereits das SDÜ mit dem Schengener Informationssystem (SIS),<sup>1371</sup> Art. 92 ff. SDÜ, sowie der gegenseitigen Verpflichtung zum Informationsaustausch, Art. 39, 46 SDÜ, Grundlagen gelegt. Der RB 2006/960/JI hat die zuletzt genannten Bestimmungen des SDÜ jedoch inzwischen ersetzt.<sup>1372</sup> Er verpflichtet die Mitgliedstaaten dazu, sich strafrechtsrelevante Informationen gegenseitig zur Verfügung zu stellen, sodass die Behörden anderer Mitgliedstaaten den gleichen Zugang zu Informationen haben wie die innerstaatlichen.<sup>1373</sup> Er betrifft primär die polizeiliche Zusammenarbeit.<sup>1374</sup> Wiederum haben ihn aber nicht alle Mitgliedstaaten umgesetzt oder wenden ihn konsequent an.<sup>1375</sup> Ferner ist auch im Rahmenbeschluss über die Berücksichtigung der in anderen Mitgliedstaaten ergangenen Verurteilungen der Zugriff auf fremde Strafregister vorgesehen.<sup>1376</sup>

Einige Veränderungen brachte das Europäische Rechtshilfeübereinkommen (ERÜ) des Jahres 2000<sup>1377</sup> nebst Zusatzprotokoll.<sup>1378</sup> Wichtigste Neuerung ist dabei die Ausrichtung bereits der Beweisgewinnung am Grundsatz des *forum regit actum* gemäß Art. 4 Abs. 1 ERÜ.<sup>1379</sup> Hiernach „hält der ersuchte Mitgliedstaat die vom ersuchenden Mitgliedstaat ausdrücklich angegebenen Formvorschriften und Verfahren ein, soweit in diesem Übereinkommen nichts anderes bestimmt ist und sofern die angegebenen Formvorschriften und Verfahren nicht den Grundprinzipien des Rechts des ersuchten Mitgliedstaats zuwiderlaufen“. Dadurch wird einerseits eine spätere Verwertbarkeit der Beweise vor den Gerichten des ersuchenden

1371 Dazu *Eisele*, in: Sieber/Brüner/Satzger/v. Heintschel-Heinegg, § 49 Rn. 5 ff.; *Esser*, Europ. u. Intern. Strafrecht, § 4 Rn. 30 ff.; *Nelles/Tinkl/Lauchstäd*, in: Schulze/Zuleeg/Kadelbach, § 42 Rn. 80 ff.; *Schuster*, S. 47 f.

1372 Vgl. Art. 12 RB 2006/960/JI; zu diesem RB *Esser*, in: Böse, EnzEuR Bd. 9, § 46 ff.

1373 *Esser*, in: Böse, EnzEuR Bd. 9, § 19 Rn. 46 ff.

1374 *Esser*, in: Böse, EnzEuR Bd. 9, § 19 Rn. 64.

1375 Vgl. den Bericht des Rates der Europäischen Union vom 14.10.2011, Ratsdok. 15278/11; zur Umsetzung in Deutschland durch das Gesetz über die Vereinfachung des Austauschs von Informationen und Erkenntnissen zwischen den Strafverfolgungsbehörden der Mitgliedstaaten der Europäischen Union vom 21.7.2012, BGBl. I S. 1566, *Esser*, in: Böse, EnzEuR Bd. 9, § 19 Rn. 65 ff.

1376 Rahmenbeschluss 2008/675/JI des Rates vom 24. Juli 2008 zur Berücksichtigung der in anderen Mitgliedstaaten der Europäischen Union ergangenen Verurteilungen in einem neuen Strafverfahren, ABl. 2008 Nr. L 220, S. 32.

1377 Übereinkommen gemäß Artikel 34 des Vertrags über die Europäische Union – vom Rat erstellt – über die Rechtshilfe in Strafsachen zwischen den Mitgliedstaaten der Europäischen Union vom 29.5.2000, ABl. 2000 Nr. C 197, S. 3; vgl. dazu *Gleß*, Beweisrechtsgrundsätze, S. 113 ff.; *Hecker*, Europ. Strafrecht, § 12 Rn. 9 f.; *Krüßmann*, S. 448 ff.; *Schuster*, S. 33 f.; siehe dazu auch noch unten 4. Kapitel C. III. 2. c).

1378 Protokoll vom Rat gemäß Art. 34 des Vertrages über die Europäische Union erstellt zu dem Übereinkommen über die Rechtshilfe in Strafsachen zwischen den Mitgliedstaaten der Europäischen Union, ABl. 2001 Nr. C 326, S. 2.

1379 *Ambos*, Beweisverwertungsverbote, S. 84; *Gleß/Schomburg*, in: Schomburg/Lagodny/Gleß/Hackner, Art. 4 ERÜ Rn. 1; *Gleß*, in: Böse, EnzEuR Bd. 9, § 16 Rn. 21; *Grotz*, in: Grützner/Pötz/Kreß, 4. Ordnung, 34. EL 2013, EU-RechtshilfeÜbk, Vorbemerkungen Rn. 7; *Hecker*, Europ. Strafrecht, § 12 Rn. 9; *Heger*, ZIS 2007, 547, 553 f.; *Jahn*, Gutachten 67. DJT, C 119; *Schuster*, S. 34; *ders.*, StV 2008, 396, 397.

Staates gewährleistet,<sup>1380</sup> andererseits aber sichergestellt, dass die Beweisgewinnung nicht mit dem Recht des ersuchten Staates unvereinbar ist, sodass insbesondere die Rechte der Beschuldigten nicht beschnitten werden. Eine vollständige „Verkehrsfähigkeit“ der Beweise wird demnach nicht erreicht. Zudem enthalten Art. 10 ERÜ die Möglichkeit der Vernehmung per Videokonferenz im Ausland, Art. 11 ERÜ der Vernehmung von Zeugen und Sachverständigen per Telefonkonferenz und die Art. 17 ff. ERÜ Bestimmungen über die Überwachung des Telefonverkehrs.

Parallel zum Europäischen Haftbefehl wurde zudem ein Rahmenbeschluss über eine Europäische Beweisordnung (EBA)<sup>1381</sup> verabschiedet. Auch hier sollte mittels eines Formularblattes in einem Mitgliedstaat eine entsprechende Anordnung getroffen werden, die dann in den anderen Mitgliedstaaten zu vollstrecken wäre. Dadurch sollte der unkomplizierte Zugriff auf Beweise im anderen Mitgliedstaat möglich werden. Allerdings bezieht sich die EBA nach Art. 4 Abs. 1 RB 2008/978/JI nur auf (existierende) Sachen, Schriftstücke oder Daten, die in bestimmten Verfahren benötigt werden.<sup>1382</sup> Einige Methoden der Beweiserhebung sind ferner nach Art. 4 Abs. 2 RB 2008/978/JI explizit ausgenommen, so etwa die Durchführung von Vernehmungen oder körperlichen Untersuchungen.<sup>1383</sup> In diesen Fällen bleibt es beim herkömmlichen Rechtshilfeverkehr.

Für die erfassten Beweise legt Art. 14 Abs. 1 RB 2008/978/JI hingegen fest, dass in Fällen, in denen keine Durchsuchung oder Beschlagnahme durchgeführt werden muss, das Erfordernis der gegenseitigen Strafbarkeit entfällt. Ist eine Durchsuchung oder Beschlagnahme notwendig, so enthält Abs. 2 wiederum eine Liste der Straftaten, bei denen eine beiderseitige Strafbarkeit nicht geprüft werden darf. Deutschland hat sich – wohl auch infolge der Erfahrungen mit den verfassungsmäßigen Schwierigkeiten bei der Umsetzung des Europäischen Haftbefehls<sup>1384</sup> – diesbezüglich jedoch gemäß Art. 23 Abs. 4 RB 2008/978/JI im Hinblick auf bestimmte Delikte eine *Opt-out*-Klausel gesichert, sodass es in diesen Fällen beim Erfordernis der beiderseitigen Strafbarkeit bleibt.

Für die Anordnung der EBA ist das Recht des Anordnungsstaates maßgeblich, Art. 11 RB 2008/978/JI, die Vollstreckung derselben erfolgt hingegen nach dem

1380 *Gleß/Schomburg*, in: Schomburg/Lagodny/Gleß/Hackner, Art. 4 ERÜ Rn. 2; *Grotz*, in: Grützner/Pötzl/Kreß, 4. Ordner, 34. EL 2013, EU-RechtshilfeÜbk, Vorbemerkungen Rn. 7.

1381 Rahmenbeschluss 2008/978/JI des Rates vom 18.12.2008 über die Europäische Beweisordnung zur Erlangung von Sachen, Schriftstücken und Daten zur Verwendung in Strafsachen, ABl. 2008 Nr. L 350, S. 72; dazu ausführlich *Esser*, ZEuS 2004, 289, 301 ff.; *ders.*, FS Roxin, 2011, S. 1497; *Gleß*, StV 2004, 679; *dies.*, in: Sieber/Brüner/Satzger/v. Heintschel-Heinegg, § 38; *Heger*, ZIS 2007, 547, 554 f.; *Krüßmann*, S. 602 ff.; *Mavany*, passim; vgl. ferner *Hecker*, Europ. Strafrecht, § 12 Rn. 11 ff.; *Safferling*, Intern. Strafrecht, § 12 Rn. 63 ff.; *Rackow*, in: Ambos, Europ. Strafrecht, S. 118 f.; *Satzger*, Intern. u. Europ. Strafrecht, § 10 Rn. 38 ff.

1382 *Gleß*, StV 2004, 679, 680; *Mavany*, S. 97; *Rackow*, in: Ambos, Europ. Strafrecht, S. 118 f.

1383 Zu den verschiedenen Ausnahmen *Mavany*, S. 98 ff.

1384 *Satzger*, Intern. u. Europ. Strafrecht, § 10 Rn. 39.

Recht des vollstreckenden Staates.<sup>1385</sup> Hierbei muss die Vollstreckungsbehörde jedoch gemäß Art. 12 RB 2008/978/JI die von der Anordnungsbehörde ausdrücklich angegebenen Formvorschriften und Verfahren einhalten, sofern im RB nichts anderes bestimmt ist und diese Formvorschriften und Verfahren nicht wesentlichen Rechtsgrundsätzen des Vollstreckungsstaates entgegenstehen. Auf diese Weise kann der Anordnungsstaat wiederum – wie auch im ERÜ vorgesehen – für die Verwertbarkeit der Beweise in seiner Rechtsordnung sorgen.<sup>1386</sup> Ferner müssen die angeforderten Beweise auch nach dem Recht des Anordnungsstaates erlangt werden können, wenn sie verfügbar wären, Art. 7 S. 1 lit. b) RB 2008/978/JI. Dadurch wird ein Umgehen der Beschuldigtenrechte vermieden.<sup>1387</sup> Denn nicht nur die Effektivität der Strafverfolgung darf eine Rolle spielen.<sup>1388</sup> Aus der Sicht der Beschuldigten bzw. Angeklagten entwickeln neben den gemeineuropäischen Verfahrensgrundrechten insbesondere Methoden zur Vermeidung von *Forum Shopping* und doppelter Bestrafung oder Verfolgung eine zentrale Bedeutung.<sup>1389</sup> Es ist zu erwähnen, dass Art. 13 Abs. 1 RB 2008/978/JI auch einige optionale Versagungsgründe enthält, so z.B. wenn ein Verstoß gegen den Grundsatz *ne bis in idem* vorläge, wenn es um Straftaten außerhalb des Kataloges geht oder wenn nach dem Recht des Vollstreckungsstaates Immunitäten oder Vorrechte bestehen,<sup>1390</sup> wenn die Straftat im Wesentlichen auf dem Hoheitsgebiet des Vollstreckungsstaates begangen wurde oder wenn wesentliche nationale Sicherheitsinteressen betroffen wären.<sup>1391</sup> Abgesehen davon bleibt aber etwa eine Beweisrechtshilfe im Rahmen der Katalogtaten unabhängig von einer beiderseitigen Strafbarkeit möglich.<sup>1392</sup> Der Rahmenbeschluss zur EBA wurde jedoch durch die Mitgliedstaaten nicht umgesetzt.<sup>1393</sup>

1385 Esser, FS Roxin, 2011, S. 1500; Heger, ZIS 2007, 547, 554; Mavany, S. 117.

1386 Mavany, S. 117.

1387 Satzger, Intern. u. Europ. Strafrecht, § 10 Rn. 38; vgl. auch Gleß, StV 2004, 679, 680.

1388 Dazu ausführlich unten 5. Kapitel B.

1389 Zur doppelten Strafverfolgung siehe noch unten 4. Kapitel C. IV.

1390 Gleß, StV 2004, 679, 681, subsumiert darunter beispielsweise auch die Zeugnisverweigerungsrechte.

1391 Zu den Versagungsgründen im Einzelnen Gleß, in: Schomburg/Lagodny/Gleß/Hackner, RB-Beweisanordnung Rn. 15 ff.; Mavany, S. 127 ff.

1392 Insofern wird aber auch die gleiche Kritik geäußert wie beim Europäischen Haftbefehl; vgl. Gleß, in: Schomburg/Lagodny/Gleß/Hackner, RB-Beweisanordnung Rn. 5.

1393 Dazu Gleß, in: Böse, EnzEuR Bd. 9, § 16 Rn. 12, 27. Die einzige Ausnahme bildet Dänemark. Zu rechtsstaatlichen Bedenken bzgl. der Umsetzung vgl. Esser, FS Roxin, 2011, S. 1500 ff.

Stattdessen haben einige Mitgliedstaaten eine Initiative zum Erlass einer Richtlinie für eine Europäische Ermittlungsanordnung eingebracht,<sup>1394</sup> die sämtliche Arten von Beweisen und der Beweiserlangung regeln soll. Im Dezember 2011 konnte der Rat diesbzgl. eine allgemeine Ausrichtung über den Wortlaut eines Richtlinien-Entwurfes (RL-E) erzielen.<sup>1395</sup> Dieser RL-E sieht vor, dass entsprechend dem Prinzip der gegenseitigen Anerkennung Richter, Gerichte, Ermittlungsrichter und die StA eines Mitgliedstaates („Anordnungsstaat“) eine Ermittlungsanordnung zur Durchführung spezifischer Ermittlungsmaßnahmen in einem anderen Mitgliedstaat („Vollstreckungsstaat“) erlassen können, Art. 1 RL-E. Nach Art. 1 Abs. 3 RL-E berührt die RL aber nicht die Verpflichtung zur Achtung der Grundrechte und der allgemeinen Rechtsgrundsätze gemäß Art. 6 EUV, und die Verpflichtungen der Justizbehörden in dieser Hinsicht bleiben unberührt.

Hierzu soll wiederum ein Formblatt dienen, Art. 5 RL-E. Die Behörden des Anordnungsstaates müssen nach Art. 5a RL-E prüfen, ob der Erlass notwendig und verhältnismäßig ist und die Ermittlungsmaßnahmen auch nach ihrem Recht hätten angeordnet werden können, sodass die Umgehung der Verfahrensrechte des Anordnungsstaates vermieden wird. Die Ermittlungsanordnung wird sodann den Behörden des Vollstreckungsstaates übermittelt, Art. 6 RL-E. Die Vollstreckungsbehörde erkennt diese nach Art. 8 RL-E „ohne jede weitere Fomalität“ an und „sorgt für deren Vollstreckung in derselben Weise und unter denselben Modalitäten, als wäre die betreffende Ermittlungsmaßnahme von einer Behörde des Vollstreckungsstaats angeordnet worden, es sei denn, die Vollstreckungsbehörde beschließt, einen der Gründe für die Versagung der Anerkennung oder der Vollstreckung (...) nach dieser Richtlinie geltend zu machen“.

Wie bei der EBA muss die Vollstreckungsbehörde jedoch die von der Anordnungsbehörde ausdrücklich angegebenen Formvorschriften und Verfahren einhalten, sofern diese nicht im Widerspruch zu wesentlichen Rechtsgrundsätzen des Vollstreckungsstaates stehen, Art. 8 RL-E. Dabei können sogar Behörden des Anordnungsstaates an der Operation im Vollstreckungsstaat teilnehmen, deutsche Beamte also etwa nach Frankreich reisen, um bei einer Durchsuchung mitzuwirken. Die Vollstreckungsbehörde muss der Ermittlungsanordnung zwar Folge leisten,

---

1394 Initiative des Königreichs Belgien, der Republik Bulgarien, der Republik Estland, des Königreichs Spanien, der Republik Österreich, der Republik Slowenien und des Königreichs Schweden für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates vom [...] über die Europäische Ermittlungsanordnung in Strafsachen vom 24.6.2010, ABl. 2010 Nr. C 165, S. 22; neue Version Ratsdok. Nr. 18918/11 vom 21.12.2011; eine entsprechende Richtlinie befindet sich zzt. in der Vorbereitung; Zusammenfassung der vorgeschlagenen Änderungen in Ratsdok. Nr. 7805 LIMITE/13 vom 26.3.2013; ausführlich dazu *Rackow*, in: *Ambos, Europ. Strafrecht*, S. 124 ff.; ferner *Brodowski*, ZIS 2010, 749, 755 ff.; *ders.*, ZIS 2011, 940, 950 ff.; *ders.*, ZIS 2012, 558, 568 ff.; *Gleß*, in: *Böse, EnzEuR Bd. 9*, § 16 Rn. 40; *dies.*, ZStW 125 (2013), 573, 590; *Mavany*, S. 181 ff.; positive Bewertung von *Böse*, in: *Ambos, Europ. Strafrecht*, S. 63; zur vielfältigen Kritik vgl. allerdings *Esser*, FS Roxin, 2011, S. 1510 ff.

1395 Ratsdok. Nr. 18918/11 vom 21.12.2011; vgl. dazu *Brodowski*, ZIS 2011, 940, 950 ff.

greift nach Art. 9 RL-E aber auf andere als die darin vorgesehenen Maßnahmen zurück, wenn a) die in der Europäischen Ermittlungsanordnung angegebene Ermittlungsmaßnahme nach dem Recht des Vollstreckungsstaats nicht besteht oder b) die in der Europäischen Ermittlungsanordnung angegebene Ermittlungsmaßnahme in einem vergleichbaren innerstaatlichen Fall nicht zur Verfügung stehen würde oder c) mildere Maßnahmen ausreichend wären.

Art. 10 Abs. 1 RL-E sieht wiederum – unbeschadet des Art. 1 Abs. 3 RL-E – eine Reihe von Ablehnungsgründen vor, so etwa, wenn Immunitäten und „Vorrechte“ nach dem Recht des Vollstreckungsstaates bestehen, die nationale Sicherheit gefährdet ist, bereits eine rechtskräftige Verurteilung i.S.v. Art. 54 SDÜ (*ne bis in idem*)<sup>1396</sup> erfolgt ist oder schließlich, wenn die Tat außerhalb des Anordnungs- und ganz oder teilweise im Vollstreckungsstaat begangen wurde und eine Zwangsmaßnahme angeordnet werden soll, die Handlung im Vollstreckungsstaat aber keine Straftat darstellt. In letzterer Hinsicht wird also an einer beiderseitigen Strafbarkeit festgehalten. Dies gilt nach Art. 10 Abs. 1b RL-E auch dann, wenn „die Anerkennung oder Vollstreckung der Maßnahme in Fällen, in denen die von der Anordnungsbehörde in der Ermittlungsanordnung angegebene Ermittlungsmaßnahme eine andere als die in Absatz 1a genannten Maßnahmen betrifft“, es sei denn, es handelt sich um eine Katalogtat nach Anhang X. Die Vollstreckungsbehörde muss nach Art. 12 RL-E die Beweise „ohne unnötige Verzögerung“ an den Anordnungsstaat überweisen. Der Rechtsschutz soll sich jeweils nach dem nationalen Recht bestimmen, Art. 13 RL-E. Die Art. 19 ff. RL-E sehen ferner einige spezifische Bestimmungen für einige Ermittlungsmaßnahmen vor, so etwa die Überstellung Inhaftierter in den Anordnungs- oder den Vollstreckungsstaat zum Zwecke der Durchführung von Ermittlungsmaßnahmen, die Vernehmung per Video- oder Telefonkonferenz oder Informationen über Bankkonten und -geschäfte.

In der Folgezeit wurden verschiedene Änderungsvorschläge vorgebracht. Im November 2013 kam es zu einem Kompromiss zwischen Europäischem Parlament, Rat und Kommission über eine entsprechende Richtlinie,<sup>1397</sup> deren Erlass für 2014 zu erwarten ist.

Auch der Europäische Rat hat sich im Stockholmer Programm vom 2.12.2009<sup>1398</sup> für den weiteren Ausbau eines „umfassenden Systems für die Beweiserhebung in Fällen mit grenzüberschreitenden Bezügen, das auf dem Grundsatz

<sup>1396</sup> Siehe dazu noch unten 4. Kapitel C. IV.

<sup>1397</sup> Das Europäische Parlament hat darüber bereits beraten; vgl. den Bericht des LIBE-Ausschusses für das Plenum, Erste Lesung (im ordentlichen Gesetzgebungsverfahren), A7-0477/2013 vom 20.12.2013, und einen Standpunkt festgesetzt, vgl. die Legislative Entschließung des Europäischen Parlaments vom 27. Februar 2014 zu dem Entwurf einer Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über die Europäische Ermittlungsanordnung in Strafsachen (09288/2010 – C7-0185/2010 – 2010/0817(COD)) (Ordentliches Gesetzgebungsverfahren: erste Lesung).

<sup>1398</sup> ABl. 2010 Nr. C 115, S. 1, 21; vgl. dazu B. Huber, in: Sieber/Brünner/Satzger/v. Heintschel-Heinegg, § 21 Rn. 24.

der gegenseitigen Anerkennung basiert“ ausgesprochen. Die Kommission hat schließlich ein Grünbuch hinsichtlich der Erlangung von Beweisen in anderen Mitgliedstaaten<sup>1399</sup> entworfen.

Die Kommission forderte in ihrem Grünbuch zum strafrechtlichen Schutz der finanziellen Interessen der Europäischen Gemeinschaften und zur Schaffung einer Europäischen Staatsanwaltschaft, dass sämtliche in einem Mitgliedstaat in einer nach dessen Rechtsordnung zulässigerweise erlangten Beweise „verkehrsfähig“<sup>1400</sup> sein sollten und daher in jedem anderen Gericht der Mitgliedstaaten zugelassen werden müssten.<sup>1401</sup> Ähnliches sieht der neue Vorschlag des Jahres 2013 zur Errichtung einer EStA vor.<sup>1402</sup>

Werden Beweise im Wege der Rechtshilfe aus dem Ausland erlangt, so bestimmt sich die Beweisgewinnung grundsätzlich nach dem Recht des ersuchten Staates, der sie sichert, allerdings hat Art. 4 Abs. 1 ERÜ hier wie gesehen Veränderungen gebracht, sofern die Beweiserhebung im Rahmen eines Rechtshilfeersuchens ergeht.

Die Frage der Verwertbarkeit im Urteilsstaat kann dieser hingegen selbst nach seinem eigenen Prozessrecht beantworten.<sup>1403</sup> Die deutschen Gerichte tendieren bislang zwar dazu, Beweise für verwertbar zu erklären, die im Ausland nach der dortigen Rechtsordnung ordnungsgemäß erlangt wurden.<sup>1404</sup> Wesentliche Abweichungen vom deutschen Recht können insoweit nur bei der Beweiswürdigung berücksichtigt werden.<sup>1405</sup>

Dabei gelten allerdings Grenzen. Beweisverwertungsverbote können sich erstens aus dem nationalen Recht des Forumsstaates sowie zweitens aus dem Völkerrecht ergeben.<sup>1406</sup> In erster Hinsicht kann zwar nicht jede Abweichung der Beweiserhebung im Ausland vom inländischen Recht maßgeblich sein,<sup>1407</sup> es ist jedoch an Verstöße gegen die unverzichtbaren rechtsstaatlichen Grundsätze, d.h. den deutschen *ordre public*, zu denken, ferner an Verstöße gegen die Belehrungspflicht

1399 Grünbuch Erlangung verwertbarer Beweise in Strafsachen aus einem anderen Mitgliedstaat vom 11.11.2009, KOM (2009) 624 endg.; vgl. dazu *Spencer*, ZIS 2010, 602.

1400 *Gleß*, ZStW 115 (2003), 131, 136; *Radtke*, GA 2004, 1, 8.

1401 Grünbuch zum strafrechtlichen Schutz der finanziellen Interessen der Europäischen Gemeinschaften und zur Schaffung einer Europäischen Staatsanwaltschaft vom 11.12.2001, KOM (2001) 715 endg., S. 64; vgl. dazu *Gleß*, ZStW 115 (2003), 131, 138 ff.; *dies.*, ZStW 116 (2004), 353, 364 f.; *Heger*, ZIS 2007, 547, 552 f.; *Radtke*, GA 2004, 1, 6 f.; kritisch *Satzger*, StV 2003, 137.

1402 Art. 30 Abs. 1 des Vorschlages der Kommission für eine Verordnung des Rates über die Errichtung der Europäischen Staatsanwaltschaft, KOM (2013) 534 endg., S. 32; kritisch *Satzger*, NStZ 2013, 206, 207.

1403 BGHSt 58, 32, 36; *Ambos*, Beweisverwertungsverbote, S. 81 f.; *Böse*, ZStW 114 (2002), 148, 149, 155; *Gleß*, JR 2008, 317, 321; *Jahn*, Gutachten 67. DJT, C 117; *Schuster*, S. 96 f.; *ders.*, NStZ 2006, 657, 661.

1404 BGH NStZ 1998, 154, 155; NStZ-RR 2002, 67; vgl. *Böse*, ZStW 114 (2002), 148, 150; *Gleß*, JR 2008, 317, 320; *dies.*, ZStW 125 (2013), 573, 581 ff.; ausführlich zur Entwicklung der Rechtsprechung in Deutschland *Schuster*, S. 84 ff.

1405 BGH NStZ 1998, 154, 155.

1406 BGHSt 58, 32, 36 f.; *Ambos*, Beweisverwertungsverbote, S. 81; *Gleß*, JR 2008, 317, 320 f., 322 ff.

1407 *Ambos*, Beweisverwertungsverbote, S. 81.

über das Schweigerecht des Beschuldigten sowie an eine bewusste Umgehung der deutschen Verfahrensrechte durch Beweiserhebung im Ausland.<sup>1408</sup>

In zweiter Hinsicht können sich Beweisverwertungsverbote zum einen aus Souveränitätsverletzungen ergeben, so etwa bei eigenmächtiger Beweisgewinnung im Ausland<sup>1409</sup> oder bei bewusster Umgehung des Rechtshilfeweges und Widerspruch des betroffenen Staates,<sup>1410</sup> sowie zum anderen aus Verletzungen menschenrechtlich, etwa in der EMRK, gesicherter Verfahrensrechte.<sup>1411</sup> Zu beachten ist hier auch Art. 39 Abs. 2 SDÜ, der ein Beweisverwertungsverbot hinsichtlich der Übermittlung von Informationen durch die Polizeibehörden bei fehlender Zustimmung der jeweils zuständigen Landesbehörde statuiert.<sup>1412</sup>

Ferner können auch Verstöße gegen Rechtshilfavorschriften selbst ein Beweisverwertungsverbot zur Folge haben, jedenfalls soweit die betreffenden Bestimmungen einen individualschützenden Charakter haben.<sup>1413</sup> Hierbei kommt es darauf an, ob es sich um eine Beweisgewinnung auf Grund eines Rechtshilfersuchens handelt oder ob die Beweise auf Grund einer originären Maßnahme im Ausland erhoben wurden. Nur in ersterem Fall muss der ersuchte Mitgliedstaat gemäß Art. 4 Abs. 1 ERÜ nämlich die Formvorschriften des ersuchenden Mitgliedstaates einhalten. Tut er dies nicht, so stellt sich dies als Verletzung der Verfahrensvorschriften des Forumsstaates dar, die zu einem Beweisverwertungsverbot führen kann.<sup>1414</sup>

Handelt es sich hingegen um eine durch den ersuchten Staat bereits zuvor selbstständig durchgeführte Maßnahme, so greifen diese Erwägungen nicht. Insgesamt besteht der BGH weiterhin darauf, dass die Einhaltung des ausländischen Rechts durch die ermittelnden Behörden im Ausland vor deutschen Gerichten nicht überprüft werden kann, da die Gerichte sich sonst Kompetenzen anmaßten, die ihnen völkerrechtlich nicht zustünden.<sup>1415</sup> In jüngerer Zeit wird hinsichtlich der Beweisverwertung jedoch häufig eine umfassendere Ausrichtung am Recht des urteilenden

1408 Zu diesen und weiteren Grenzen BGH NStZ 1998, 154, 155 f.; *Ambos*, Beweisverwertungsverbote, S. 83; *Böse*, ZStW 114 (2002), 148, 151, 154; *Gleß*, JR 2008, 317, 320 f.

1409 *Ambos*, Beweisverwertungsverbote, S. 98; *Gleß*, JR 2008, 317, 322.

1410 BGHSt 34, 334, 342 ff.; vgl. dazu auch *Schuster*, S. 135 f.; *ders.*, StV 2008, 396.

1411 *Gleß*, JR 2008, 317, 322 ff.; *dies.*, ZStW 125 (2013), 573, 601; zu völkerrechtlichen Beweisverwertungsverboten ferner *Ambos*, Beweisverwertungsverbote, S. 99 ff.; *Schuster*, S. 135 ff.; allgemein zur EMRK als Grundlage einer vereinheitlichten Beweissammlung *Gleß*, ZStW 125 (2013), 573, 585 ff., 604 ff.

1412 *Ambos*, Beweisverwertungsverbote, S. 96; *Gleß*, JR 2008, 317, 322; *Schuster*, S. 140.

1413 BGHSt 58, 32, 37. Im Einzelfall sind die bilateralen Rechtshilfevereinbarungen in Betracht zu nehmen, welche wiederum eigenständige Bedingungen enthalten können.

1414 BGHSt 58, 32, 37 f.; vgl. auch BGH NStZ 2007, 417 mit Anm. *Schuster*, StV 2008, 396: Vernehmung des Beschuldigten in Frankreich, ohne die nach § 168c StPO erforderliche Benachrichtigung des Verteidigers.

1415 BGHSt 58, 32, 42 ff. (zumindest dann, wenn die Informationen nicht auf Grund eines Rechtshilfeersuchens, sondern im Rahmen eigenständiger Ermittlungen gewonnen wurden) – anders aber *Schuster*, S. 105 ff., 111 ff., 245 f.; *ders.*, NStZ 2006, 657, 661, der hier unselbstständige Beweisverwertungsverbote wegen eines Verstoßes gegen ausländisches Recht für möglich hält.

Gerichts gefordert,<sup>1416</sup> sodass Beweise nur dann verwertet werden können, wenn dies nach dem Recht des Staates, der das Verfahren führt, einen fairen Prozess gewährleistet. Dies entspricht zwar gerade nicht den Vorstellungen der Kommission,<sup>1417</sup> die es insbesondere einer zukünftigen EStA ermöglichen wollte, Beweise in allen Mitgliedstaaten zu sammeln und dann in einem konzentrierten Verfahren einzubringen. Soweit es aber nur darum geht, dem einzelnen Nationalstaat den Zugriff auf Beweise im europäischen Ausland zu erleichtern, erscheint es logisch, dass der konkrete Prozess und das Urteil sich – wie sonst auch – nach seiner Verfahrensordnung richten müssen, sodass es einer „Verkehrsfähigkeit“ der Beweise im Sinne einer automatischen Verwertbarkeit in allen Gerichten der EU in diesem Fall gar nicht bedarf.<sup>1418</sup>

Dies mag allerdings im Hinblick auf die Straftaten zu Lasten der EU, die gegebenenfalls durch eine noch zu schaffende EStA zu verfolgen wären, anders zu beurteilen sein. Jedoch sind auch in diesem Fall die Bedenken berechtigt, dass die Beweisregeln der Mitgliedstaaten nicht beliebig kombiniert werden können, da die Verfahrensordnungen jeweils ein in sich ausgewogenes System beinhalten,<sup>1419</sup> das empfindlich gestört werden kann, wenn einzelne Elemente anderer Rechtsordnungen hinzutreten.<sup>1420</sup> Die Antwort der Verträge auf dieses Problem lautet derzeit gemäß Art. 82 Abs. 2 AEUV, dass die Systeme der Mitgliedstaaten harmonisiert werden können, um eine gegenseitige Anerkennung zu ermöglichen. Alternativlösungen wären indes z.B. die Schaffung eines eigenständigen Strafverfahrensrechts für die EStA, wie es Art. 86 Abs. 3 AEUV vorsieht, oder die Einführung eines Beweiszulassungsverfahrens.<sup>1421</sup>

1416 *Gleß*, JR 2008, 317, 321; so im Grundsatz auch *Böse*, ZStW 114 (2002), 148, 156 ff., 180, der allerdings gewisse Anpassungen an die Rahmenbedingungen der Beweisgewinnung im Ausland vornehmen will; auch *Gleß*, ZStW 125 (2013), 573, 592 ff., plädiert insoweit für einen „geläuterten *lex fori*-Ansatz“, der die Individualrechte der EMRK bei der Anwendung des ausländischen Rechts als zwingende Vorgaben berücksichtigt.

1417 So zunächst im Grünbuch zum strafrechtlichen Schutz der finanziellen Interessen der Europäischen Gemeinschaften und zur Schaffung einer Europäischen Staatsanwaltschaft vom 11.12.2001, KOM (2001) 715 endg., S. 64; nun auch in Art. 30 Abs. 1 des Vorschlages der Kommission für eine Verordnung des Rates über die Errichtung der Europäischen Staatsanwaltschaft, KOM (2013) 534 endg., S. 32, konkret vorgesehen.

1418 *Heger*, ZIS 2007, 547, 553.

1419 *Böse*, in: Ambos, Europ. Strafrecht, S. 68, *Gleß*, ZStW 115 (2003), 131, 139 ff., *Hecker*, Europ. Strafrecht, § 12 Rn. 62 f.; C. *Nestler*, ZStW 116 (2004), 332, 346, *Radtko*, GA 2004, 1, 18, und *Spencer*, ZIS 2010, 602, 605, nennen einige Beispiele aus Mitgliedstaaten der EU. *Rackow*, in: Ambos, Europ. Strafrecht, S. 122, weist darauf hin, dass aus deutscher Sicht nicht weniger als 52 Kombinationsmöglichkeiten von Beweiserhebungs- und Beweisverwertungsregelungen entstehen könnten.

1420 European Criminal Policy Initiative, Manifest zum Europäischen Strafverfahrensrecht, ZIS 2013, 412, 417; *Gleß*, ZStW 116 (2004), 353, 365; *Hecker*, Europ. Strafrecht, § 12 Rn. 60 ff.; *Radtko*, GA 2004, 1, 16 ff.; *Satzger*, NStZ 2013, 206, 207.

1421 *Gleß*, ZStW 116 (2004), 353, 365; *Hecker*, Europ. Strafrecht, § 12 Rn. 68 f.; *Heger*, ZIS 2007, 547, 555; *Radtko*, GA 2004, 1, 19 ff.; siehe dazu noch unten 6. Kapitel C. IV. 1. b).

### 3. Operative Zusammenarbeit bei der Ermittlung

Schließlich ist auf die mögliche Zusammenarbeit in Form von gemeinsamen Ermittlungsteams hinzuweisen.<sup>1422</sup> Art. 87 Abs. 3 AEUV stellt der EU ein diesbezügliches Regelungsinstrument zur Verfügung.<sup>1423</sup> Im geltenden Recht hatte bereits Art. 13 ERÜ Entsprechendes geregelt.<sup>1424</sup> Wegen der nur zögerlichen Ratifizierung wurde im Jahr 2002 durch einen Rahmenbeschluss<sup>1425</sup> ein weiterer Vorstoß unternommen.<sup>1426</sup> Dieser tritt außer Kraft, soweit das ERÜ ratifiziert ist. Deutschland hat in § 93 IRG die entsprechende Rechtsgrundlage geschaffen. An den gemeinsamen Ermittlungsgruppen kann auch Europol teilnehmen, sodass eine vertikal-horizontale Ebenenkooperation entsteht. Für die konkreten Maßnahmen gilt das Recht des Mitgliedstaates in dem sie durchgeführt werden.<sup>1427</sup>

Art. 88 Abs. 2 S. 2 AEUV liefert hierfür die Ermächtigung, Europol übernimmt die Koordinierung, Organisation und Durchführung solcher Aktionen. Auch Eurojust kommen Funktionen in dieser Hinsicht zu, indem diese Behörde entweder die Mitgliedstaaten ersuchen kann, ein entsprechendes gemeinsames Ermittlungsteam einzurichten, Art. 7 lit. a) Ziff. iv) Eurojust-Beschluss 2002, oder sogar eigene Beamte daran teilnehmen lassen kann, Art. 13 Abs. 12 ERÜ.<sup>1428</sup> Dies unterstreicht die Rolle der zentralen Einrichtungen für die ebenenübergreifende Koordination.<sup>1429</sup>

## IV. Doppelbestrafung

Da im System der EU mehrere dezentrale Ebenen nebeneinander operieren und ihr Strafanwendungsrecht vom Grundsatz her autonom bestimmen,<sup>1430</sup> kann es nicht nur zu Kompetenzkonflikten kommen,<sup>1431</sup> sondern es besteht auch die Gefahr einer mehrfachen Verfolgung derselben Tat durch verschiedene horizontale Rechtsordnungen. Träte eine supranationale Verfolgungsebene hinzu, so könnte in der Zu-

1422 Dazu *Fletcher/Löff/Gilmore*, S. 91; *Krüßmann*, in: Böse, *EnzEuR* Bd. 9, § 18 Rn. 6 ff.; *Nelles/Tinkl/Lauchstädt*, in: Schulze/Zuleeg/Kadelbach, § 42 Rn. 102 ff.; *Neumann*, in: Sieber/Brüner/Satzger/v. Heintschel-Heinegg, § 34; *Röben*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, 51. EL 2013, Art. 87 Rn. 52 ff.

1423 Siehe bereits oben 4. Kapitel B. I. 2. d).

1424 Vgl. Art. 13 des Übereinkommens gemäß Artikel 34 des Vertrags über die Europäische Union – vom Rat erstellt – über die Rechtshilfe in Strafsachen zwischen den Mitgliedstaaten der Europäischen Union vom 29.5.2000 (ERÜ), *ABl.* 2000 Nr. C 197, S. 9 ff.

1425 Rahmenbeschluss 2002/465/JI des Rates vom 13.6.2002 über gemeinsame Ermittlungsgruppen, *ABl.* 2002 Nr. L 162, S. 1.

1426 Dazu *Heger*, *ZIS* 2007, 547, 555; *Neumann*, in: Sieber/Brüner/Satzger/v. Heintschel-Heinegg, § 34 Rn. 7.

1427 *Heger*, *ZIS* 2007, 547, 555.

1428 *Neumann*, in: Sieber/Brüner/Satzger/v. Heintschel-Heinegg, § 34 Rn. 12 f.

1429 Nach der Auslegung von *Weigend*, *ZStW* 116 (2004), 275, 298 (zum VVE), ist es durchaus eine führende Rolle.

1430 Siehe oben 4. Kapitel B. II. 2. a).

1431 Siehe oben 4. Kapitel C. III. 1.

kunft sogar eine vertikale Doppelbestrafung durch die zentrale und die dezentrale Ebene drohen. Die Rechtslage in den USA<sup>1432</sup> sei in Erinnerung gerufen. Da Kriminalität zunehmend Grenzen überschreitet und die Mitgliedstaaten zudem zum Schutz der Unionsrechtsgüter verpflichtet sind, dürften sich die Konstellationen der sich überschneidenden Jurisdiktionen (jedenfalls der Mitgliedstaaten) in Zukunft häufen.

Der Grundsatz des *ne bis in idem* ist jedoch bereits aus dem römischen Recht bekannt und inzwischen in unterschiedlicher Form nahezu überall anerkannt.<sup>1433</sup> In Deutschland ist das Prinzip etwa in Art. 103 Abs. 3 GG normiert, in den USA in Zusatzartikel V der US-Verfassung und in Kanada in s. 11 (h) der Charter of Rights and Freedoms. Auch im *common law* war es seit langem akzeptiert. Allerdings beinhaltet z.B. Art. 103 Abs. 3 GG nur ein innerdeutsches Verfahrenshindernis.<sup>1434</sup> Daher ergibt sich hieraus noch kein Ausschluss einer erneuten Verfolgung oder Bestrafung nach der Aburteilung in einem anderen Mitgliedstaat der EU. Es bleibt nur die Möglichkeit der Einstellung nach § 153c Abs. 2 StPO oder der Anrechnung der ausländischen Strafe über § 51 Abs. 3 StGB.<sup>1435</sup> Auch in vielen anderen Staaten beschränkt sich das Verbot der doppelten Verfolgung oder Bestrafung auf eine Geltung innerhalb der eigenen Rechtsordnung.<sup>1436</sup> Eine allgemeine völkerrechtlich anerkannte Regel des transnationalen *ne bis in idem* gibt es nicht.<sup>1437</sup> Auch die EMRK konstituiert sie nicht, da sich Art. 4 des 7. Zusatzprotokolls wiederum nur auf Verfahren innerhalb desselben Staates bezieht.<sup>1438</sup>

Die doppelte Verfolgung und/oder Bestrafung derselben Tat ist insbesondere aus der Sicht des Beschuldigten bzw. Verurteilten fatal,<sup>1439</sup> sie widerspricht aber auch allgemeinen Gerechtigkeitsempfindungen, ist dem Verkehr und dem Verständnis der Mitgliedstaaten untereinander nicht förderlich und hat letztlich in einem einheitlichen Rechtsraum keine Berechtigung.<sup>1440</sup> Auch kann sie sich als hinderlich für

1432 Dazu oben 3. Kapitel B. III. 3.

1433 Siehe die Beispiele bei BVerfGE 75, 1, 21; *Mansdörfer*, *Ne bis in idem*, S. 54 ff.

1434 BVerfGE 12, 62, 66; BGHSt 6, 176, 177; BGH NStZ 1998, 149, 150; *Ambos*, Intern. Strafrecht, § 4 Rn. 5, § 10 Rn. 105; *ders.*, in: MüKo StGB, Vor § 3 Rn. 65; *Gropp*, in: Sinn, Jurisdiktionskonflikte, S. 56; *Heger*, ZIS 2007, 547, 551; *Lagodny*, FS Trechsel, 2002, S. 256; *Radtke*, in: Böse, EnzEuR Bd. 9, § 21 Rn. 1; *Schmid-Aßmann*, in: Maunz/Dürig, 69. EL 2013, Art. 103 Rn. 304; *Schomburg*, StV 1997, 383; *Werle/Jeffberger*, in: LK, Vor § 3 Rn. 41; siehe bereits oben 3. Kapitel A. III. 3.

1435 *Eckstein*, ZStW 124 (2012), 490, 501.

1436 *Hecker*, Europ. Strafrecht, § 13 Rn. 3; vgl. aber zum *common law* oben 3. Kapitel C. III. 3 und 3. Kapitel D. III. 3.

1437 BVerfGE 75, 1, 18, 24 ff.; BGH NStZ 1998, 149, 150; *Ambos*, in: MüKo StGB, Vor § 3 Rn. 65; *Hecker*, Europ. Strafrecht, § 13 Rn. 3; *Satzger*, FS Roxin, 2011, S. 1517; vgl. auch *Mansdörfer*, *Ne bis in idem*, S. 247.

1438 *Ambos*, Intern. Strafrecht, § 10 Rn. 103; *Eser*, in: Sieber/Brüner/Satzger/v. Heintschel-Heinegg, § 36 Rn. 66; *Meyer-Ladewig*, EMRK, Art. 4 Protokoll Nr. 7 Rn. 2; *Satzger*, FS Roxin, 2011, S. 1517; *Schmid-Aßmann*, in: Maunz/Dürig, 69. EL 2013, Art. 103 Rn. 310.

1439 Dazu *Lagodny*, FS Trechsel, 2002, S. 257.

1440 Siehe zu den durch eine doppelte Strafverfolgung angelegten Konflikten ausführlich *Eser*, in: Sieber/Brüner/Satzger/v. Heintschel-Heinegg, § 36 Rn. 11 ff.; vgl. zu den Hintergründen und widerstreitenden Interessen aber auch *Eckstein*, ZStW 124 (2012), 490, 497 ff.

die Freizügigkeit innerhalb der EU erweisen, wenn Bürgerinnen und Bürger trotz einer Verurteilung in anderen Mitgliedstaaten eine weitere Strafverfolgung befürchten müssen.<sup>1441</sup> Schließlich ist es wesentliches Element des Vertrauens, dass auch insofern eine gegenseitige Anerkennung von Strafurteilen erfolgt.

Daher wurde in verschiedenen Übereinkommen ein entsprechendes Prinzip verankert.<sup>1442</sup> So hat zunächst das Übereinkommen zwischen den Mitgliedstaaten der EG vom 25.5.1987 über das Verbot der doppelten Strafverfolgung<sup>1443</sup> versucht, dieses Ziel zu erreichen, es wurde jedoch nicht von allen Mitgliedstaaten ratifiziert.<sup>1444</sup> Ferner sieht Art. 54 SDÜ ein transnationales Verbot der Doppelbestrafung im Hinblick auf die Vertragsstaaten vor.<sup>1445</sup> Diese Bestimmung stellt das Verbot der doppelten Strafverfolgung unter drei Voraussetzungen:<sup>1446</sup> Es muss sich (1) um dieselbe Tat handeln, sie muss (2) in einem Vertragsstaat schon rechtskräftig abgeurteilt sein und (3) muss im Fall einer Verurteilung die Sanktion bereits vollstreckt worden sein, gerade vollstreckt werden oder nicht mehr vollstreckt werden können.

Diese Merkmale sind wiederum autonom aus der Sicht der europäischen Rechtsordnung auszulegen. Der EuGH hat daher sowohl den Tatbegriff als auch die Frage der rechtskräftigen Verurteilung eigenständig bestimmt. Als Tat versteht er einen Komplex unlösbar miteinander verbundener Tatsachen, unabhängig von der rechtlichen Qualifizierung dieser Tatsachen oder dem geschützten rechtlichen Interesse.<sup>1447</sup> Er interpretiert damit das Merkmal „dieselbe Tat“ im Sinne desselben Lebenssachverhalts.<sup>1448</sup> Eine rechtskräftige Aburteilung liegt dann vor, wenn die Entscheidung durch eine zur Strafverfolgung berufene Behörde beendet wird (unab-

1441 EuGH Slg. 2006, I-9327, I-9367 – *van Straaten* (Rs. C-150/05), sieht in der Vermeidung dieser Hindernisse auch den Zweck des Art. 54 SDÜ; ferner *Eckstein*, ZStW 124 (2012), 490, 500.

1442 Neben den sogleich aufgeführten Abkommen verbietet z.B. auch die PIF-Konvention bereichsspezifisch die doppelte Verfolgung; vgl. dazu *Dannecker*, ZStW 108 (1996), 577, 597 f.

1443 Vgl. das deutsche Umsetzungsgesetz vom 7.9.1998; BGBl. II S. 2226; vgl. dazu *Satzger*, Europäisierung, S. 694 f.

1444 *Eser*, in: Sieber/Brüner/Satzger/v. Heintschel-Heinegg, § 36 Rn. 70; *Hecker*, Europ. Strafrecht, § 13 Rn. 10.

1445 Dazu vertiefend *Mansdörfer*, Ne bis in idem, S. 142 ff., und passim; ferner *Ambos*, Intern. Strafrecht, § 4 Rn. 4, § 10 Rn. 104 ff.; *Eckstein*, ZStW 124 (2012), 490, 494 ff.; *Fletcher/Löff/Gilmore*, S. 131 ff.; *Hackner*, NStZ 2011, 425; *Hecker*, Europ. Strafrecht, § 13 Rn. 12 ff.; *Heger*, HRRS 2012, 413; *Kniebühler*, S. 169 ff.; *Lagodny*, FS Trechsel, 2002, S. 253; *Ligeti*, S. 102 ff.; *Radtke*, in: Böse, EnzEuR Bd. 9, § 21 Rn. 33 ff.; *Schomburg*, StV 1997, 383; *Werle/Jeßberger*, in: LK, Vor § 3 Rn. 343 ff.

1446 *Eser*, in: Sieber/Brüner/Satzger/v. Heintschel-Heinegg, § 36 Rn. 70; *Eser/Burckhard*, FS Meyer, 2006, S. 508; *Gropp*, in: Sinn, Jurisdiktionskonflikte, S. 58 ff.; *Heger*, Recht und Politik 2012, 88, 91; *ders.*, HRRS 2008, 413, 414; *Satzger*, Intern. u. Europ. Strafrecht, § 10 Rn. 71; *Schomburg*, in: Schomburg/Lagodny/Gleß/Hackner, Art. 54 SDÜ Rn. 27 ff.; *Schramm*, ZJS 2010, 615, 619.

1447 EuGH Slg. 2006, I-2333, I-2364 – *van Esbroeck* (Rs. C-436/04); Slg. 2006, I-9327, I-9369 – *van Straaten* (Rs. C-150/05); vgl. dazu *Eser*, in: Sieber/Brüner/Satzger/v. Heintschel-Heinegg, § 36 Rn. 72; *Fletcher/Löff/Gilmore*, S. 134; *Nelles/Tinkl/Lauchstädt*, in: Schulze/Zuleeg/Kadelbach, § 42 Rn. 173; *Satzger*, FS Roxin, 2011, S. 1529; *Schramm*, ZJS 2010, 615, 619; kritisch *Ambos*, Intern. Strafrecht, § 10 Rn. 117.

1448 *Gropp*, in: Sinn, Jurisdiktionskonflikte, S. 58; *Heger*, HRRS 2008, 413, 415 ff.; vgl. dazu auch *Hackner*, NStZ 2011, 425, 427 f.

hängig davon, ob es sich um ein Gericht handelt oder etwa um die StA<sup>1449</sup>), das unerlaubte Verhalten geahndet wird und die Strafklage dadurch endgültig verbraucht ist.<sup>1450</sup> Dies gilt auch für Freisprüche.<sup>1451</sup> Das Vollstreckungselement<sup>1452</sup> erfordert den Abschluss der Vollstreckung durch Verbüßen der Freiheitsstrafe oder Zahlung einer Geldstrafe<sup>1453</sup> und verhindert insbesondere, dass ein Straftäter nach der Verurteilung in einen anderen Mitgliedstaat flüchtet, dort nicht mehr verfolgt werden kann und sich somit der Vollstreckung seiner Strafe entzieht.<sup>1454</sup>

Das Vollstreckungselement ist in Art. 50 GRC indes entfallen, sodass sich die Frage nach der Anwendbarkeit der Charta in nationalen Strafverfahren sowie nach dem Verhältnis von Art. 50 GRC und Art. 54 SDÜ stellt. Art. 50 GRC gilt nach zutreffender Auffassung auch für sukzessive Strafverfahren im Hinblick auf zwei Mitgliedstaaten<sup>1455</sup> und überträgt das Verbot der doppelten Bestrafung und Verfolgung somit auf die gesamte Union.<sup>1456</sup> Jedoch ist diese allgemeine Geltung der GRC in nationalen Verfahren begründungsbedürftig. Denn nach Art. 51 Abs. 1 S. 1 GRC beschränkt sich die Geltung der Charta für die Mitgliedstaaten auf die „Durchführung des Rechts der Union“. Was hierunter zu verstehen ist und was dies konkret für Art. 50 GRC bedeutet, ist noch nicht abschließend geklärt.<sup>1457</sup>

Der EuGH<sup>1458</sup> interpretiert den Passus weit und nimmt an, dass in allen Fallgestaltungen, die in den Geltungsbereich des Unionsrechts fallen, auch die Anwen-

1449 A.A. noch BGH NStZ 1998, 149, 151.

1450 EuGH Slg. 2003, I-1345, I-1390 – *Gözütok und Brügge* (verbundene Rs. C-187/01 und C-385/01); dazu *Gropp*, in: Sinn, Jurisdiktionskonflikte, S. 42 ff., 59 f.; *Heger*, HRRS 2008, 413, 415; *Hecker*, Europ. Strafrecht, § 13 Rn. 28 ff.; *Klip*, Europ. Crim. L., S. 252 ff.; *Satzger*, Intern. u. Europ. Strafrecht, § 10 Rn. 73 ff.; *Schramm*, ZJS 2010, 615, 619 – a.A. *Ambos*, Intern. Strafrecht, § 10 Rn. 110 ff.; *ders.*, in: MüKo StGB, Vor § 3 Rn. 68, der als rechtskräftige Entscheidungen nur solche anerkennt, bei denen das Verfahren nur noch in der Form der Wiederaufnahme fortgeführt werden kann, daher z.B. nicht bei einer Einstellung nach § 153 StPO.

1451 EuGH Slg. 2006, I-9327, I-9370 f. – *van Straaten* (Rs. C-150/05); *Eser*, in: Sieber/Brüner/Satzger/v. Heintschel-Heinegg, § 36 Rn. 71; *Fletcher/Löff/Gilmore*, S. 134; *Hecker*, Europ. Strafrecht, § 13 Rn. 23; *Inhofer*, in: Beck OK StPO, Stand: 28.1.2013, Art. 54 SDÜ Rn. 17; *Klip*, Europ. Crim. L., S. 253 f.

1452 Vgl. dazu *Eckstein*, ZStW 124 (2012), 490, 509; *Radtke*, in: Böse, EnzEuR Bd. 9, § 21 Rn. 52; *Satzger*, Europäisierung, S. 690 ff.; *ders.*, FS Roxin, 2011, S. 1520, 1531 f.

1453 Da der EuGH auch eine Einstellung nach § 153a StPO als Aburteilung gelten lässt, muss hier z.B. die entsprechende finanzielle Auflage entrichtet sein; vgl. *Schramm*, ZJS 2010, 615, 619.

1454 *Hecker*, Europ. Strafrecht, § 13 Rn. 38.

1455 Böse, in: *Ambos*, Europ. Strafrecht, S. 70 ff.; *ders.*, in: *Momsen/Grützner*, 3. Kapitel D. Rn. 10; *Hecker*, Europ. Strafrecht, § 13 Rn. 15.

1456 Soweit nicht einzelne Mitgliedstaaten einen Vorbehalt erklärt haben.

1457 Vgl. ausführlich zu diesem Streit mit Darstellung der unterschiedlichen Meinungen *Eckstein*, ZIS 2013, 220, 223 f.; *Jarass*, Charta, Art. 51 GRC Rn. 16 f., jeweils m.w.N.

1458 EuGH NJW 2013, 1415, 1416 – *Åkerberg Fransson* (Rs. C-617/10); dazu *Brodowski*, ZIS 2013, 455, 456; *Dannecker*, JZ 2013, 616; *Eckstein*, ZIS 2013, 220; *Heger*, FS Kühne, 2013, S. 569 ff.; *Römmaul/Wegner*, GA 2013, 561, 569 ff. Noch weiter geht *Satzger*, Intern. u. Europ. Strafrecht, § 10 Rn. 70, wenn er anführt, dass bei Anwendung des Prinzips der gegenseitigen Anerkennung letztlich jedes nationale Gericht auch das Recht der EU durchführe. Zur einschränkenden Interpretation des BVerfG siehe BVerfG NJW 2013, 1499, 1501 = BVerfGE 133, 277; dazu *Bülte/Krell*, StV 2013, 713; *Gärditz*, JZ 2013, 633; ferner bereits oben 4. Kapitel C. II. 2.

dung des einzelstaatlichen Rechts letztlich eine „Durchführung des Unionsrechts“ ist, insbesondere wenn der Schutz der Rechtsgüter der EU im Raume steht. Daher sind die Mitgliedstaaten z.B. auch bei der Umsetzung von Richtlinien – jedenfalls im durch die EU determinierten Bereich<sup>1459</sup> – an die GRC gebunden,<sup>1460</sup> aber selbst dann, wenn die konkrete Strafvorschrift gar nicht der Umsetzung einer Richtlinie dient, durch die Anwendung der nationalen Strafvorschriften jedoch der Zweck verfolgt wird, die Verpflichtung zur wirksamen Ahndung von die finanziellen Interessen der Union gefährdenden Verhaltensweisen zu erfüllen.<sup>1461</sup>

Die Anwendung von Art. 50 GRC auf sukzessive Strafverfahren in zwei Mitgliedstaaten lässt sich demnach folgendermaßen herleiten. Ist die GRC immer dann anwendbar, wenn der Geltungsbereich des Unionsrechts eröffnet ist,<sup>1462</sup> so ist es konsequent, wenn vorgebracht wird, Art. 50 GRC sei stets anzuwenden, wenn auch Art. 54 SDÜ greife.<sup>1463</sup> Nach einem anderen Begründungsansatz ist die GRC aber unabhängig davon im nationalen Strafprozess auch deshalb einschlägig, weil in sukzessiven Strafverfahren in zwei Mitgliedstaaten eine Beschränkung der in den Verträgen verankerten Grundfreiheiten, insbesondere des Freizügigkeitsrechts nach Art. 21 AEUV, liege, welche ihrerseits wiederum an der GRC zu messen sei.<sup>1464</sup> Schließlich wird vorgebracht, dass Art. 50 GRC letztlich das Prinzip der gegenseitigen Anerkennung von Entscheidungen in der EU ausfülle.<sup>1465</sup>

Auch unter Geltung des Art. 50 GRC hat das Vollstreckungselement nach h.M. jedoch weiterhin Wirkung, da Art. 54 SDÜ insofern als eine Schranke im Sinne des

1459 Soweit ein Umsetzungsspielraum besteht, greifen (auch) die nationalen Grundrechte; vgl. BVerfGE 113, 273, 300; 121, 1, 15; *Borowsky*, in: J. Meyer, Charta, Vorbemerkungen zu den Art. 51 ff. GRC Rn. 24; *Gaede*, in: Böse, EnzEuR Bd. 9, § 3 Rn. 8, 36; *Gärditz*, in: Böse, EnzEuR Bd. 9, § 6 Rn. 49, § 24 Rn. 40. Der EuGH [vgl. etwa EuGH Slg. 2006, I-5769 – *Europäisches Parlament/Rat* (Rs. C-540/03), Rz. 104 f.] geht indes davon aus, dass auch in dem Bereich, in welchem ein Umsetzungsspielraum besteht, das Ermessen unionsgrundrechtskonform auszuüben ist; insofern ist streitig, ob es dadurch zu einer Verdoppelung des Grundrechtsschutzes kommt, der ggf. über Art. 53 GRC und das „Günstigkeitsprinzip“ aufzulösen ist, so etwa *Borowsky*, in: J. Meyer, Charta, Vorbemerkungen zu den Art. 51 ff. GRC Rn. 24; *Jarass*, Charta, Art. 51 Rn. 23, oder ob es bei einem alleinigen Schutz nach den nationalen Grundrechten bleibt, so etwa *Gärditz*, in: Böse, EnzEuR Bd. 9, § 6 Rn. 49; *Kingreen*, in: Calliess/Ruffert, Art. 51 GRC Rn. 12.

1460 *Jarass*, Charta, Art. 51 GRC Rn. 18 ff.; siehe bereits oben 4. Kapitel C. II. 2.

1461 EuGH NJW 2013, 1415, 1416 – *Åkerberg Fransson* (Rs. C-617/10); *Jarass*, Charta, Art. 51 GRC Rn. 20.

1462 *Jarass*, Charta, Art. 51 GRC Rn. 16 f.

1463 *Burchard/Brodowski*, StraFo 2010, 179, 181 f.; zur Auslegung des Art. 54 SDÜ nach Maßgabe der GRC ferner *Brodowski*, StV 2013, 339, 343; kritisch *Böse*, in: Momsen/Grützner, 3. Kapitel D. Rn. 9 – a.A. *Eckstein*, ZStW 124 (2012), 490, 517 ff., der den Anwendungsbereich auf echte supranationale Strafnormen *de lege ferenda* begrenzen will.

1464 *Böse*, in: Momsen/Grützner, 3. Kapitel D. Rn. 10; vgl. zu dieser allerdings umstrittenen Konstellation *Jarass*, Charta, Art. 51 GRC Rn. 21 (zustimmend); *Kingreen*, in: Calliess/Ruffert, Art. 51 GRC Rn. 14 ff. (ablehnend), jeweils m.w.N.

1465 *Satzger*, Intern. u. Europ. Strafrecht, § 10 Rn. 70, führt an, dass bei Anwendung des Prinzips der gegenseitigen Anerkennung letztlich jedes nationale Gericht das Recht der Union durchführe; vgl. ferner *Gaede*, in: Böse, EnzEuR Bd. 9, § 3 Rn. 26.

Art. 52 Abs. 1 GRC angesehen wird.<sup>1466</sup> Diese Ansicht entspricht auch der Meinung des Europäischen Konvents<sup>1467</sup> und verdient Zustimmung. Dabei sind dann allerdings auch die in Art. 55 SDÜ genannten Ausnahmemöglichkeiten zu beachten.<sup>1468</sup>

Im Rahmen seines Anwendungsbereiches bilden Art. 50 GRC und Art. 54 SDÜ ein Verfahrenshindernis und verhindern nicht nur die mehrfache Bestrafung, sondern auch eine mehrfache Verfolgung.<sup>1469</sup> Auch die Auslieferung des Betroffenen ist ausgeschlossen.<sup>1470</sup>

- 
- 1466 BGHSt 56, 11, 15; LG Aachen, StV 2010, 237; *Ambos*, Intern. Strafrecht, § 10 Rn. 119; *Brodowski*, ZIS 2010, 376, 383; *Burchard/Brodowski*, StraFo 2010, 179, 181 ff.; *dies.*, NJECL 2010, 310, 315 ff.; *Hecker*, Europ. Strafrecht, § 13 Rn. 39; *Satzger*, FS Roxin, 2011, S. 1523 ff.; *ders.*, Intern. u. Europ. Strafrecht, § 10 Rn. 70; vgl. auch *Klip*, Europ. Crim. L., S. 261, der zu dem Schluss gelangt, dass Art. 50 GRC im Sinne der Entscheidungen zu Art. 54 SDÜ auszulegen sei – a.A. *Böse*, ZIS 2010, 607, 612; *ders.*, in: Momsen/Grützner, 3. Kapitel D. Rn. 8 ff., 35; *Eser*, in: Sieber/Brüner/Satzger/v. Heintschel-Heinegg, § 36 Rn. 78; *Heger*, ZIS 2009, 406, 408; *ders.*, Recht und Politik 2012, 88, 92; *ders.*, FS Kühne, 2013, S. 373 ff.; *Schomburg*, in: Schomburg/Lagodny/Gleß/Hackner, Art. 54 SDÜ Rn. 13 ff.; differenzierend *Eckstein*, ZStW 124 (2012), 490, 521 ff., der Art. 50 GRC nur bei supranationalen Verordnungen anwenden will, dann aber eine Einschränkung durch Art. 54 SDÜ ablehnt, während er diese bei einer mittelbaren Geltung der GRC i.H.a. Harmonisierungs-Richtlinien annimmt; vgl. zur Problematik des Verhältnisses von Art. 50 GRC und Art. 54 SDÜ auch *Ambos*, Fälle, Fall 4, S. 49 f.; *Böse*, in: *Ambos*, Europ. Strafrecht, S. 71 ff.; *Eckstein*, ZIS 2013, 220, 220 f.; *Inhofer*, in: Beck OK StPO, Stand: 28.1.2013, Art. 54 SDÜ Rn. 29a; *N. Nestler*, HRRS 2013, 337; *Radtke*, in: *Böse*, EnzEuR Bd. 9, § 21 Rn. 13 f.; *Schramm*, Intern. Strafrecht, 4. Kapitel Rn. 28 ff.
- 1467 Europäischer Konvent, Aktualisierte Erläuterungen zum Text der Charta der Grundrechte, CONV 828/1/03 REV 1, S. 45.
- 1468 Dazu *Eckstein*, ZStW 124 (2012), 490, 509 f.
- 1469 *Ambos*, Intern. Strafrecht, § 10 Rn. 106; *Schomburg*, in: Schomburg/Lagodny/Gleß/Hackner, Art. 54 SDÜ Rn. 18.
- 1470 Vgl. Art. 3 Nr. 2 RBEuHb; ferner *Brodowski*, StV 2013, 339, 343 ff.; *Schomburg*, in: Schomburg/Lagodny/Gleß/Hackner, Art. 54 SDÜ Rn. 19.

## D. Zusammenfassung

Im Mehrebenensystem der EU obliegt die allgemeine Strafgesetzgebung den Mitgliedstaaten, die EU hat nur Bereichskompetenzen. Die Strafgerichtsbarkeit ist vollständig dezentral organisiert und auch die Strafverfolgung liegt primär in der Hand der Einzelstaaten. Zentrale Behörden wie Europol und Eurojust dienen zzt. nur der Koordination der Strafverfolgung. Hierin liegt ein besonderes Charakteristikum des Systems, in welchem die Hoheitsgewalt der zentralen Ebene bislang im Wesentlichen nur in der Gesetzgebung ausgeübt wird. Die Mitgliedstaaten verfügen (noch) über das Gewaltmonopol bei der Strafverfolgung. Die Ebenen sind jedoch in besonderer Form verflochten, das europäische Recht beeinflusst und modifiziert das Recht der Mitgliedstaaten in bedeutsamer Weise. Die EU kann nicht nur durch Richtlinien das mitgliedstaatliche Strafrecht harmonisieren, sondern das europäische Recht hat Vorrang und verlangt eine unionsrechtskonforme Auslegung. Ferner müssen die Mitgliedstaaten wegen ihrer Loyalitätspflicht ihr eigenes Recht assimilieren und Rechtsgüter der EU schützen. Daher stehen die beiden Rechtsordnungen nicht isoliert nebeneinander, sondern zentrale Regelungen wirken weit in das dezentrale System hinein.

Da die Strafverfolgung dezentral aufgebaut ist, ruht das Strafrechtssystem der EU neben der geteilten Gesetzgebung auf einem zweiten Pfeiler, nämlich der gegenseitigen Anerkennung von Entscheidungen, welche notwendig wird, wenn die EU sich zu einem einheitlichen Rechtsraum entwickeln soll und eine effektive Strafverfolgung gewährleistet werden sollen. Im Hinblick auf grenzüberschreitende Sachverhalte und den Schutz zentraler Rechtsgüter bestehen dabei noch Effektivitätsdefizite. Denn die Rechtsordnungen variieren in diesem Bereich, sodass ein einheitlicher Schutz von Rechtsgütern der zentralen Ebene noch nicht umfassend gewährleistet ist. Zudem stößt die nationale Strafverfolgung weiterhin an territoriale Grenzen.

Die Rechte der Beschuldigten können durch eine allgemeine Geltung der GRC bzw. die EMRK und Zuständigkeit des EuGH bzw. des EGMR zentral geschützt werden. Zentrale Regelungen müssen diese beachten, dezentrale sind einer mehrpoligen Grundrechtsbindung unterworfen, sofern und soweit die GRC anwendbar ist und ein Umsetzungsspielraum verbleibt und dadurch nationale Grundrechte ebenfalls zur Anwendung kommen. Dennoch besteht bei dezentraler Verfolgungszuständigkeit verstärkter Bedarf an Regeln, die den Beschuldigten gegenüber einer einzig an Verfolgungsinteressen ausgerichteten Kooperation der Behörden absichern und etwa Datenschutz gewährleisten oder eine doppelte Verfolgung verhindern. Zur Koordination des Strafverfahrens stehen inzwischen auch zentrale Harmonisierungsbefugnisse zur Verfügung.

*Übersicht: Modell EU. Dezentrale legislative Kompetenz, zentrale Bereichskompetenzen zur originären Rechtssetzung und zur Harmonisierung des dezentralen Rechts, dezentrales Verfolgungs- und Gerichtssystem mit einzelnen zentralen Behörden*

	Zentrale Ebene	Dezentrale Ebene
<b>Legislative Kompetenz</b>	Kompetenz zum Erlass von Strafnormen in Einzelbereichen zum Schutz zentraler Rechtsgüter; Harmonisierungskompetenz bzgl. bestimmter Kriminalitätsformen, zur wirksamen Durchführung des zentralen Rechts sowie bzgl. Strafprozessrecht und polizeilicher und justizieller Zusammenarbeit	Umfassende allgemeine und primäre Kompetenz zur Setzung von Strafnormen und Strafprozessrecht im einzelstaatlichen Bereich
<b>Strafverfolgungskompetenz</b>	Zentrale Institutionen unterstützen und koordinieren die Zusammenarbeit zwischen den nationalen Behörden bei Ermittlung und Verfolgung von schwerer grenzüberschreitender Kriminalität; aber keine eigene Strafverfolgungskompetenz	StA und Polizei der Mitgliedstaaten umfassend zuständig für Verfolgung von Straftaten nach dem Recht des jeweiligen Mitgliedstaates sowie i.H.a. mögliche zentrale Strafnormen
<b>Gerichtszuständigkeit</b>	Keine zentralen Strafgerichte	Gerichte der Gliedstaaten umfassend zuständig



## 5. Kapitel

### Versuch einer Systematisierung

Im 3. und 4. Kapitel wurden konkrete Mehrebenensysteme dargestellt. Dabei wurde versucht, die spezifischen Aspekte der jeweiligen Rechtsordnung aufzuzeigen. Im Folgenden soll nun der Versuch einer Systematisierung unternommen werden, um Rückschlüsse auf die Vor- und Nachteile einer bestimmten Kompetenzverteilung zu ermöglichen. Um die Frage beantworten zu können, ob Strafrechtskompetenzen als bestimmter Ausdruck von Herrschaft zentral oder dezentral angesiedelt sein sollten, werden verschiedene Schritte notwendig.

Zunächst soll auf die grundsätzlichen Vor- und Nachteile einer Kompetenzverteilung auf mehrere Ebenen Bezug genommen werden.<sup>1</sup> Diese Darstellung soll aufzeigen, welche Aspekte auch bei einer strafrechtsbezogenen Kompetenzordnung eine Rolle spielen können. Denn sämtliche hier betrachteten Mehrebenensysteme sind entweder bereits föderativ ausgestaltet oder, wie das Vereinigte Königreich von Großbritannien und Nordirland, jedenfalls potenziell einem ähnlichen Prinzip verschrieben. Für die EU ist eine andere Aufteilung angesichts ihrer grundsätzlichen Zielrichtung, die u.a. auch in Art. 23 Abs. 1 S. 1 GG zum Ausdruck kommt, gar nicht denkbar. Soll eine Kompetenzordnung für die EU überhaupt vermittelbar sein, so muss sie also föderative Grundsätze berücksichtigen.

Sodann wird versucht, anhand dieser Erkenntnisse die Spezifika einer Strafrechtsordnung im Mehrebenensystem zu entwickeln, d.h. Kriterien aufzuzeigen, welche die Aufteilung der Kompetenzen beeinflussen (können), und Parameter zu finden, anhand derer das jeweilige System beurteilt werden kann.<sup>2</sup> Daran anschließend werden die im 3. Kapitel erörterten staatlichen Systeme einer komparativen Analyse anhand der gewonnen Kriterien zugeführt.<sup>3</sup> Jedes dieser Systeme ist jedoch sehr stark in die politische Struktur seines jeweiligen Staates eingebettet. Daher werden im Anschluss beispielhaft auch einige abstrakte Idealmodelle der Verteilung strafrechtsbezogener Kompetenzen präsentiert und damit die bisherigen Schlüsse eingeordnet.<sup>4</sup> Das 6. Kapitel wird die Ergebnisse auf die EU übertragen.

---

1 5. Kapitel A.

2 5. Kapitel B.

3 5. Kapitel C.

4 5. Kapitel D.

## A. Überblick über Vor- und Nachteile einer (föderativen) Verteilung von Kompetenzen in einer Rechtsordnung mit mehreren politischen Ebenen

Im Mehrebenensystem sind Kompetenzen, Aufgaben und Ressourcen auf unterschiedliche Einheiten verteilt, die eigenständige hoheitliche Gewalt ausüben.<sup>5</sup> Dies ist im föderalen Bundesstaat eine Selbstverständlichkeit, trifft inzwischen aber auch für die quasi-föderale Machtverteilung im Vereinigten Königreich von Großbritannien und Nordirland sowie für die EU zu, welche zu Recht als supranationales föderales Mehrebenensystem bezeichnet wird.<sup>6</sup> Das föderale Prinzip wird vielfach mit der Kurzformel „Vielfalt in der Einheit“ belegt.<sup>7</sup> Es ist keineswegs auf Staaten begrenzt,<sup>8</sup> sondern kann als allgemeines Organisationsprinzip eines Gemeinwesens verstanden werden, in dem eigenständige Gebietseinheiten sich zu einer übergreifenden politischen Gesamtheit zusammenschließen.<sup>9</sup> Verfügen beide Ebenen über eigene Herrschaftsbereiche, so ist es eine Frage der Ausgestaltung des jeweiligen Systems, wie die Macht konkret verteilt werden soll.

Auch die *devolution* im Vereinigten Königreich von Großbritannien und Nordirland ist als Dezentralisierung des Gesamtstaates in gewissem Maße an ähnlichen Grundsätzen ausgerichtet, wenngleich hier wegen der Fortdauer der Parlamentsouveränität nicht von einer verfassungsmäßig gesicherten echten Gewaltenteilung und föderativen Ordnung die Rede sein kann.<sup>10</sup>

Daher mag es zwar zweifelhaft erscheinen, überhaupt auf den bedeutungsmäßig zumindest stark vorbelasteten,<sup>11</sup> seit einiger Zeit regelmäßig mit Bundesstaat und (nationaler) Staatswerdung assoziierten<sup>12</sup> sowie vagen und mehrdeutigen<sup>13</sup> Begriff des Föderalismus zu rekurrieren, sodass man auch schlicht von Mehrebenensystemen sprechen mag. Dies würde auch von der Entscheidung der Frage entheben, ob ein bestimmtes System nun föderal oder nur quasi-föderal ausgestaltet ist. Gleichwohl spielen die hier erläuterten Merkmale, die vornehmlich föderalen Systemen zugeschrieben werden, für sämtliche untersuchten Systeme eine Rolle. In allen bisher im 3. und 4. Kapitel beschriebenen Systemen ließ sich einerseits eine

5 Benz, Politik in Mehrebenensystemen, S. 14; siehe bereits oben 1. Kapitel B. I.

6 Vgl. etwa *Nettesheim*, ZEuS 2002, 507; *ders.*, in: v. Bogdandy/Bast, S. 397; *Nida-Rümelin*, in: Härtel, Hdb. Föderalismus I, § 5 Rn. 14; *Pernice*, in: Dreier, Art. 23 Rn. 24; *Peters*, S. 182 ff.; *Zuleeg*, NJW 2000, 2846, 2851; siehe bereits oben 1. Kapitel B. II.

7 *Laufer/Münch*, S. 15; vgl. auch *Peters*, S. 183: „Einheit in der Vielheit und [...] Vielheit in der Einheit“.

8 *Peters*, S. 184.

9 *Laufer/Münch*, S. 15.

10 Vgl. auch *Starck*, in: Härtel, Hdb. Föderalismus I, § 1 Rn. 2; siehe ferner bereits oben 2. Kapitel A.

11 So wird der Begriff in einigen Staaten wegen seiner negativen historischen und symbolischen Konnotation vermieden; vgl. *Anderson*, S. 17; siehe auch *Zuleeg*, NJW 2000, 2846, 2851; zur traditionell kritischen Sicht in Großbritannien vgl. etwa *Barendt*, S. 52; *Bogdanor*, *The New British Constitution*, S. 99 f.; *Heinz*, Staatswissenschaften und Staatspraxis 5 (1994), 77, 90; *Oeter*, in: v. Bogdandy/Bast, S. 73; *Peters*, S. 183.

12 *Heinz*, Staatswissenschaften und Staatspraxis 5 (1994), 77, 90; *Oeter*, in: v. Bogdandy/Bast, S. 73, 74.

13 *F.C. Mayer*, Kompetenzüberschreitung, S. 43; *Simeon*, (1982/83) 8 *Queen's L.J.* 131, 134; *Wheare*, S. 1.

Mehrebenenstruktur nachweisen, die zu einer zunehmenden Interdependenz und Verflechtung von politischen Prozessen führt, die in der Politikwissenschaft mit dem Begriff *multi-level governance* belegt werden.<sup>14</sup> Andererseits sind sowohl die Bundesstaaten Deutschland, Kanada und USA als auch die EU föderal organisiert und verfügen immerhin über eine verfassungsmäßig gesicherte Aufteilung von Kompetenzen auf die verschiedenen Ebenen, in denen auch demokratische Legitimation erfolgen kann. Auch im Vereinigten Königreich von Großbritannien und Nordirland existieren Formen einer dezentralisierten Willensbildung, sodass etwa ein direkt gewähltes schottisches Parlament Strafgesetze erlassen kann. Auch hier lässt sich also zumindest *de facto* eine Aufteilung von Kompetenzen auf unterschiedliche, jeweils demokratisch legitimierte Hoheitsebenen feststellen. Einer föderativen Mehrebenenordnung, wie sie insbesondere, aber nicht nur, im Bundesstaat verwirklicht ist,<sup>15</sup> sondern auch der EU zu Grunde liegt, werden verschiedene Vorteile zugeschrieben.<sup>16</sup>

Insbesondere in den USA spielte erstens die vertikale Gewaltenteilung in zwei politische Ebenen<sup>17</sup> als Form der Parzellierung der Macht eine entscheidende Rolle zur Vermeidung von Tyrannei.<sup>18</sup> Nicht ein Machthaber trägt alleine die politische Verantwortung, sondern verschiedene demokratisch legitimierte Ebenen verfügen über Zuständigkeiten und müssen dabei in vielen Problemfeldern kooperieren. Unabhängig von der Souveränitätsfrage lässt sich für alle Systeme konstatieren, dass hier politische Entscheidungen auf unterschiedlichen Ebenen, mit direkter Wirkung für die betroffenen Bürgerinnen und Bürger gefällt werden.

Dadurch, dass auch der unteren Ebene signifikante Zuständigkeiten verbleiben, wird zweitens eine größere Bürgernähe gewährleistet, durch welche stärkere Partizipationsmöglichkeiten der Einzelnen ermöglicht werden, sodass dadurch auch eine höhere Akzeptanz der Entscheidungen anzunehmen ist.<sup>19</sup> Zudem wird demokratische Legitimation auf zwei Ebenen vermittelt, sodass schon institutionell eine mehrstufige Teilnahme der Bürgerinnen und Bürger eröffnet wird. Diese Aspekte

14 Siehe bereits oben 1. Kapitel B. I.

15 Herzog/Grzeszick, in: Maunz/Dürig, 69. EL 2013, Art. 20 IV Rn. 18.

16 Vgl. statt Vieler Herzog/Grzeszick, in: Maunz/Dürig, 69. EL 2013, Art. 20 IV Rn. 20 ff.; Laufer/Münch, 28 ff.; Peters, S. 185; Starck, in: Härtel, Hdb. Föderalismus I, § 1 Rn. 6 ff.; Stern, Staatsrecht I, S. 657 ff.; Stone/Seidman/Sunstein/Tushnet/Karlan, S. 165 ff.; Zippelius, Allg. Staatslehre, § 39 I 4.

17 Benz, Politik in Mehrebenensystemen, S. 14; Herzog/Grzeszick, in: Maunz/Dürig, 69. EL 2013, Art. 20 IV Rn. 20; Laufer/Münch, S. 30 f.; Starck, in: Härtel, Hdb. Föderalismus I, § 1 Rn. 6; Stern, Staatsrecht I, S. 658; Zippelius, Allg. Staatslehre, § 39 I 4.

18 Dazu Reimbacher, Das Strafrechtssystem der USA, S. 42; Stone/Seidman/Sunstein/Tushnet/Karlan, S. 168 f.; vgl. zu diesem Aspekt auch Stern, Staatsrecht I, S. 658 f.; skeptisch Riker, S. 140 f.

19 Laufer/Münch, S. 28. Letztlich geht es dabei nach Stern, Staatsrecht I, S. 658, auch um eine Überschaubarkeit der Lebensverhältnisse.

werden etwa als besonderes demokratisches Plus einer föderativen Ordnung empfunden.<sup>20</sup>

Die Erhaltung der dezentralen Ebenen dient drittens der Sicherung örtlicher kultureller Diversität.<sup>21</sup> Der Ausgleich zwischen Einheit und Vielfalt, dem ein föderatives System dienen soll,<sup>22</sup> berücksichtigt damit die Identifikation der Einzelnen mit ihrem Gliedstaat schon bei der Kompetenzverteilung. Es geht also nicht um eine Gleichheit um jeden Preis, sondern auch um eine Erhaltung von Diversität. Darin kann man auch einen Schutz von Minderheiten erblicken, denn diese können im Gesamtstaat sonst leicht überstimmt werden und in der Masse untergehen, sich auf der kleineren Ebene aber behaupten und ihre Interessen verwirklichen.<sup>23</sup> Außerdem wird den Einzelnen die Wahlmöglichkeit eröffnet, zu entscheiden, unter welchen Voraussetzungen sie leben möchten, da ihnen innerhalb des Systems regelmäßig Freizügigkeit gewährleistet wird.<sup>24</sup>

Viertens wird in doppelter Hinsicht die Effektivität der Politik gefördert.<sup>25</sup> Denn Entscheidungskompetenzen können zweckmäßigerweise dort angesiedelt werden, wo sie eine größere „Problemlösungskapazität“<sup>26</sup> erwarten lassen. Dadurch wird auf der einen Seite bei dezentraler Zuständigkeit das Experimentieren mit unterschiedlichen Lösungsstrategien möglich, sodass positive Ergebnisse von anderen Staaten übernommen werden können und der Wettbewerb zwischen den Ebenen beflügelt wird, was zu größerer Effektivität führen kann.<sup>27</sup> Zudem mögen verschiedene Regionen schlichtweg unterschiedliche Lösungen erfordern.<sup>28</sup> Auch der U.S. Supreme Court<sup>29</sup> sieht einen besonderen Vorzug des US-amerikanischen Systems darin, dass die Gliedstaaten als „Laboratorien“ unterschiedliche Strategien erproben können.<sup>30</sup> Auf der anderen Seite kann die Zentrale solche Aufgaben übernehmen, die grenzüberschreitend oder für das Gesamtgebilde entscheidend sind oder seine Repräsentation nach außen betreffen. Hier gewährleistet also die zentrale Allokation solcher Kompetenzen eine effektive Hoheitsgewalt, zumal und soweit die betreffenden Problembereiche die Handlungskapazitäten der Einzelstaaten übersteigen, der Bund sich und seine Ressourcen aber wiederum gerade auf diese

20 Herzog/Grzeszick, in: Maunz/Dürig, 69. EL 2013, Art. 20 IV Rn. 24; Laufer/Münch, S. 29; Starck, in: Härtel, Hdb. Föderalismus I, § 1 Rn. 11; Stern, Staatsrecht I, S. 658; Stone/Seidman/Sunstein/Tushnet/Karlan, S. 168.

21 Herzog/Grzeszick, in: Maunz/Dürig, 69. EL 2013, Art. 20 IV Rn. 29; Laufer/Münch, S. 28; Peters, S. 185. 22 Peters, S. 183.

23 Herzog/Grzeszick, in: Maunz/Dürig, 69. EL 2013, Art. 20 IV Rn. 26.

24 Stone/Seidman/Sunstein/Tushnet/Karlan, S. 165 ff.

25 Herzog/Grzeszick, in: Maunz/Dürig, 69. EL 2013, Art. 20 IV Rn. 28; Laufer/Münch, S. 29 f.; Peters, S. 185.

26 Begriff nach Herzog/Grzeszick, in: Maunz/Dürig, 69. EL 2013, Art. 20 IV Rn. 28; Peters, S. 161; siehe dazu im Hinblick auf Mehrebenensysteme bereits oben 1. Kapitel B. I.

27 Laufer/Münch, S. 31 f.; Stern, Staatsrecht I, S. 665; Stone/Seidman/Sunstein/Tushnet/Karlan, S. 167; Zippelius, Allg. Staatslehre, § 39 I 4.

28 Stone/Seidman/Sunstein/Tushnet/Karlan, S. 165.

29 *United States v. Lopez*, 514 U.S. 549, 581 (1995).

30 Vgl. auch Markel, 4 Ohio St. J. Crim. L. 573, 581 (1995): „fifty labs federalism“.

Bereiche konzentrieren kann und von der Behandlung rein lokaler Belange entlastet wird.<sup>31</sup> Nach dem hier zu Grunde gelegten Verständnis finden Mehrebenensysteme ihren Sinn gerade auch darin, dass sie Handlungsoptionen eröffnen, die den Einzelstaaten sonst nicht offen stünden.<sup>32</sup>

Insgesamt können die Mehrebenensysteme also Vorteile im Hinblick auf Effektivitätssteigerung und die Berücksichtigung kultureller Pluralität erzielen. Auch eine Verteilung strafrechtsbezogener Kompetenzen in einem solchen System muss sich an diesen Grundsätzen orientieren.<sup>33</sup>

Den soeben beschriebenen Vorteilen werden jedoch auch gewisse Nachteile einer föderativen Ordnung entgegen gesetzt,<sup>34</sup> welche für den Bundesstaat, aber insbesondere auch für die EU angeführt werden können. Erstens wird von einigen Stimmen kritisiert, Föderalismus und Mehrebenensysteme begünstigten wegen der vielen sich überschneidenden Probleme generell eine Kooperation der Regierungen, die sich miteinander absprechen können und müssen, was zu Intergouvernementalismus führe und der Demokratie nicht förderlich sei.<sup>35</sup> Man spricht dabei auch von „Politikverflechtung“<sup>36</sup>, die als problematisch im Hinblick auf die demokratische Legitimation von Hoheitsakten empfunden wird.<sup>37</sup> Gemeint ist, dass politische Entscheidungen in vielen Feldern nicht mehr autonom durch die jeweilige Ebene, sondern nur durch eine Kooperation mit anderen Ebenen getroffen werden können und diese Verhandlung häufig intergouvernemental abläuft. Hierin kann sogar ein grundsätzlicher Nachteil einer Dezentralisierung liegen, wenn auf diese Weise die unteren Ebenen, und dabei primär ihre Regierungen, zu verstärkter Koordination berufen sind.<sup>38</sup> Sowohl in Bundesstaaten als auch in der EU kann dies dazu führen, dass Regierungen, etwa solche gleicher politischer Ausrichtung, sich miteinander abstimmen und eine Politik machen, die in ihrem gemeinsamen Interesse liegt, aber nicht unbedingt demjenigen der jeweiligen dezentralen Ebene entspricht.

Aber auch die Beteiligung der dezentralen Ebene an der Gesetzgebung der zentralen Ebene durch Mitbestimmung im Bundesrat oder einem vergleichbaren Organ kann sich als äußerst hinderlich für eine effektive Rechtssetzung erweisen, ins-

31 *Laufer/Münch*, S. 29.

32 *Habermas*, Zur Verfassung Europas, S. 50; vgl. auch *Herdegen*, Völkerrecht, § 28 Rn. 7: „Machtzuwachs“ der Staaten in der EU durch Teilhabe an den „vergemeinschafteten“ Kompetenzen; vgl. ferner BVerfGE 123, 267, 345; dazu ausführlicher oben 1. Kapitel B. I. und 2. Kapitel C. III. 2. a).

33 Zu den verschiedenen Möglichkeiten siehe noch unten 5. Kapitel D.

34 *Laufer/Münch*, S. 33 ff.; *Stern*, Staatsrecht I, S. 659; *Zippelius*, Allg. Staatslehre, § 39 I 4.

35 Aus diesem Grund wird teilweise sogar die Vereinbarkeit von föderaler Kompetenzverteilung und Demokratie insgesamt bezweifelt; vgl. dazu *Benz*, PVS 2009, 3, 4 m.w.N.; siehe bereits oben 1. Kapitel B. I.

36 Vgl. statt Vieler *König/Rieger/Schmitt*, in: dies., S. 16; *Laufer/Münch*, S. 247 ff.; *Scharpf/Reissert/Schnabel*, S. 13 ff.; *Starck*, in: Härtel, Hdb. Föderalismus I, § 1 Rn. 30. So sollte auch die Föderalismusreform I des Jahres 2006 insbesondere der „Entflechtung“ (von Zuständigkeiten) dienen; vgl. BT-Drs. 16/813, S. 1, 7; siehe bereits oben 1. Kapitel B. I. zu diesem generellen Problem von Mehrebenensystemen.

37 Vgl. dazu *Benz*, PVS 2009, 3.

38 Vgl. *Uerpmann-Witzack*, in: v. Münch/Kunig, Art. 23 Rn. 17, im Hinblick auf die EU.

besondere wenn dort eine andere politische Partei als im zentralen Parlament die Mehrheit hat und daher eine Blockadetaktik verfolgt.<sup>39</sup> Insgesamt kann dadurch der Entscheidungsprozess im Gesamtsystem eklatant verlangsamt werden, was einer Effektivität zuwiderläuft.<sup>40</sup>

Zweitens birgt eine Kompetenzaufteilung generell das Problem der Rechtszersplitterung.<sup>41</sup> Speziell auf das Strafrecht bezogen kann dies die Rechtssicherheit gefährden sowie bei grenzüberschreitender Kriminalität zu Schwierigkeiten bei der Strafverfolgung führen.<sup>42</sup> Dies lässt sich in zweifacher Hinsicht feststellen. Zum einen ergeben sich für Straftäter Schlupflöcher, indem sie sich frei bewegen können, das Recht aber unterschiedlich ausgestaltet ist, sodass bestimmte Verhaltensweisen nicht überall unter Strafe stehen.<sup>43</sup> Zum anderen steht die Strafverfolgung vor großen Problemen, wenn ihre Jurisdiktion an der jeweiligen Staatsgrenze endet, sodass eine umständliche Kooperation der Strafverfolgungsbehörden und gegebenenfalls ein Auslieferungsverfahren etc. notwendig werden. Dies exemplifiziert etwa der US-amerikanische Bundesstaat in gewisser Deutlichkeit, wozu nicht zuletzt die „*Dual Sovereignty Doctrine*“ des U.S. Supreme Courts beiträgt, indem die Gliedstaaten sich hier zuweilen wie im internationalen Rechtsverkehr gegenüberstehen.<sup>44</sup> Die EU steht vor ähnlichen Problemen.<sup>45</sup> Die Kompetenzaufteilung kann letztlich sogar dazu führen, dass die notwendige Zuständigkeit gerade dort fehlt, wo die Problemlösung notwendig wäre. Hier befinden sich Systeme im Vorteil, die zentrale Regelungen treffen können, nach welchen die Kooperation und Koordination von Strafverfolgung abzulaufen haben. Zudem kann ein zentral gesetztes Strafrecht, wie etwa in Kanada oder in Deutschland, die Rechtszersplitterung in diesem Bereich beseitigen. Dezentrale Kompetenz verhindert hingegen die Durchsetzung einer bestimmten zentralen Vorstellung. Dies kann sich auch auf zentrale Werte wie Gleichberechtigung und Bürgerrechte auswirken.<sup>46</sup>

Drittens kann es bei einer Kompetenzaufteilung zu einer Unklarheit über die jeweilige Zuständigkeit kommen,<sup>47</sup> sei es im Bereich der Gesetzgebung, aber auch hinsichtlich der Behörden bei der Rechtsausführung oder der Gerichte, was wiederum den Entscheidungsprozess verlangsamen bzw. eine aufwändige Koordination erfordern kann.

39 *Laufer/Münch*, S. 35.

40 *Laufer/Münch*, S. 34; *Stern*, Staatsrecht I, S. 659.

41 *Zippelius*, Allg. Staatslehre, § 39 I 4.

42 *Zippelius*, Allg. Staatslehre, § 39 I 4.

43 Vgl. *Vogel*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, 51. EL 2013, Art. 83 AEUV Rn. 10.

44 Siehe dazu *Reinbacher*, Das Strafrechtssystem der USA, S. 149 ff.; ferner bereits oben 3. Kapitel B. III.

45 Siehe dazu ausführlich bereits oben 4. Kapitel C. III.

46 Vgl. *Riker*, S. 143, 155, der ausführt, dass in den USA das Beispiel der Südstaaten gezeigt habe, dass die große Autonomie der Gliedstaaten dort zur Begünstigung von Rassismus geführt habe.

47 *Laufer/Münch*, S. 34.

Schließlich kann viertens der Wettbewerb zwischen den Ebenen auch zu einer Verringerung der Standards (sog. „*race to the bottom*“<sup>48</sup>) führen.<sup>49</sup> Wenn die dezentralen Ebenen in eine Konkurrenz um Arbeitsplätze oder die Ansiedelung von Wirtschaftsunternehmen oder von Bürgerinnen und Bürgern treten, kann dies zur Folge haben, dass sie ihre rechtlichen Standards und Kontrollen absenken. Auch im Hinblick auf das Strafrecht ist dies denkbar, indem etwa Wirtschaftskriminalität, Steuerstraftaten o.ä. nicht oder nur unzureichend verfolgt werden oder indem gar – bei dezentraler Gesetzgebungszuständigkeit – bewusst mittels der Rechtssetzung für Strafbarkeitslücken gesorgt werden kann.<sup>50</sup>

---

48 Benz, Politik in Mehrebenensystemen, S. 76.

49 Vgl. dazu auch *Laufer/Münch*, S. 34.

50 Vgl. *Vogel*, in: *Grabitz/Hilf/Nettesheim*, 51. EL 2013, Art. 83 AEUV Rn. 10; vgl. ferner *Heger*, Europäisierung des Umweltstrafrechts, S. 6, 93 ff.

## B. Auswahlkriterien und Parameter der Beurteilung

### I. Entwicklung allgemeiner Kriterien für die Verteilung strafrechtsbezogener Kompetenzen

Sowohl das soeben hinsichtlich der Vor- und Nachteile (föderativer) Mehrebenensysteme Ausgeführte als auch die im 3. und 4. Kapitel vorgenommene Betrachtung der konkreten Systeme lassen gewisse Schlüsse zu, nach welchen Kriterien ein Mehrebenensystem seine Auswahl der Zuständigkeiten in Hinblick auf die Verteilung strafrechtsbezogener Kompetenzen treffen wird. Dabei können hier jedoch zum einen nur die Kriterien benannt werden, denn die Frage ihrer Gewichtung ist gerade die verfassungspolitische Entscheidung des jeweiligen Systems. Zum anderen bildet eine Kompetenzordnung regelmäßig nur eine Momentaufnahme. Soweit die Verfassung geändert werden kann, wird sie im politischen Prozess angepasst und Zuständigkeiten werden gegebenenfalls neu verteilt. So hat etwa die Bundesrepublik Deutschland mehrere Verfassungsreformen durchlaufen, in welchen u.a. versucht wurde, die zu starken Zentralisierungstendenzen einzudämmen.<sup>51</sup> Es ist keinesfalls ausgeschlossen, dass auch die EU, die in ihrer bisherigen Entwicklung eine deutliche Dynamik der Zentralisierung aufweist, in der Zukunft gegenläufige Tendenzen verfolgt und Kompetenzen wieder dezentralisiert werden.

Für sämtliche Mehrebenensysteme erscheinen dabei im Hinblick auf eine strafrechtsbezogene Kompetenzordnung vier Kriterien von besonderer Bedeutung.<sup>52</sup> Erstens muss die Ausgestaltung des Demokratieprinzips im Rahmen der Kompetenzverteilung beachtet werden, wobei es insbesondere um die Frage geht, auf welcher Ebene die demokratische Mitbestimmung organisiert wird.<sup>53</sup> Im hier interessierenden Bereich geht es dabei konkret um die demokratische Legitimation der strafrechtsbezogenen Hoheitsakte.<sup>54</sup> Ist sie auf einer Ebene (noch) eher schwach ausgeprägt, so spricht dies gegen eine Allokation der eingriffsintensiven Strafrechtskompetenzen, insbesondere der Gesetzgebung, auf dieser Ebene.<sup>55</sup>

51 Siehe dazu oben 3. Kapitel A. I. 2. e).

52 Vgl. die allgemeinen Kriterien föderaler Kompetenzverteilung bei *Simeon*, 8 Queen's L.J. 131 (1982/83); speziell im Hinblick auf das europäische Strafrecht *Sieber*, ZStW 121 (2009), 1, 2 ff.; *ders.*, in: *Sieber/Brüner/Satzger/v. Heintschel-Heinegg*, Einführung Rn. 202 ff.; vgl. ferner *Pernice*, JZ 2000, 866, 874 f., für die Gesetzgebungskompetenzen in der EU; siehe in ähnlicher Weise auch schon *Sieber*, in: *ders.*, Europäische Einigung, S. 12.

53 Allgemein zum Demokratieprinzip als Kriterium *Pernice*, JZ 2000, 866, 874; *Simeon*, 8 Queen's L.J. 131, 150 ff. (1982/83); dazu sogleich noch 5. Kapitel B. I.

54 *Sieber*, ZStW 121 (2009), 1, 12 ff.; *ders.*, in: *Sieber/Brüner/Satzger/v. Heintschel-Heinegg*, Einführung Rn. 227 ff.; vgl. auch schon *Sieber*, in: *ders.*, Europäische Einigung, S. 12.

55 So lautete schließlich auch die Schlussfolgerung vieler Autoren, der EU seien wegen des Demokratiedefizits bei der Rechtssetzung in der ehemaligen „Dritten Säule“ besser keine Strafrechtskompetenzen zu übertragen; siehe dazu oben 2. Kapitel C. IV. 2. c) aa).

Zweitens muss die Kompetenzordnung so ausgestaltet sein, dass sie eine hinreichende Effektivität und Effizienz der Hoheitsgewalt erwarten lässt.<sup>56</sup> Hierin liegt auch die besondere Logik des Entstehens von (supranationalen) Mehrebenensystemen, denn die zentrale Ebene soll Handlungsspielräume eröffnen, die für die rein lokale Politik sonst nicht bereit stünden.<sup>57</sup> Im Hinblick auf das Strafrecht wird es dabei insbesondere um die wirksame Verfolgung grenzüberschreitender Kriminalität gehen, aber auch um den effektiven Schutz zentraler Rechtsgüter, die im Zuge der Entwicklung des Mehrebenensystems entstanden sind.<sup>58</sup>

Drittens muss sich jedes System entscheiden, welchen Grad an Unitarismus es verträgt oder anstrebt und welches Ausmaß an kulturellen Eigenheiten und an Vielfalt,<sup>59</sup> aber auch an politischer Macht der lokalen Ebene, es bewahren will. Dies gilt auch für das Strafrecht.<sup>60</sup> Geht man davon aus, dass ein föderales Mehrebenensystem grundsätzlich in der Lage ist, kulturelle Diversität zu schützen, so heißt dies noch nicht, dass dies auch dem politischen Willen entsprechen muss. So war in Deutschland etwa die Rechtsvereinheitlichung im Strafrecht ein wichtiges Mittel zur Nationenbildung,<sup>61</sup> während es beispielsweise in den USA noch heute als besonderer Ausdruck der Polizeimacht (und Souveränität) der Gliedstaaten gilt.<sup>62</sup> Auch im Hinblick auf die EU ist es, wie oben<sup>63</sup> ausgeführt, Teilen der Strafrechtswissenschaft ein gewichtiges Anliegen, die dezentralen Strafrechtskompetenzen zu erhalten. Dabei geht es nicht zuletzt auch um politische Gestaltungsräume. Ist die Kompetenz dezentral angeordnet, so kann die dezentrale Ebene ihre Lebensumstände autark bestimmen und dabei auch die kriminalpolitische Entscheidung fällen, welches Verhalten in ihrer Rechtsordnung unter Strafe stehen soll. Man kann das Kriterium umschreiben als Maß an kultureller Vielfalt, Autonomie und politischen Gestaltungsräumen der Gliedstaaten.

Viertens kommt ein spezifisch strafrechtlicher Aspekt hinzu, nämlich der Schutz der vom Strafverfahren betroffenen Personen, insbesondere der Beschuldigten. Man könnte dieses Kriterium auch als Rechtsstaatsprinzip bezeichnen oder es jedenfalls in einen engen Zusammenhang damit stellen.<sup>64</sup> Eine daran ausgerichtete Kompetenzverteilung muss in verschiedener Hinsicht dafür Sorge tragen, dass z.B. neben der Effektivität der Strafverfolgung auch die Beschuldigtenrechte gewahrt

56 *Pernice*, JZ 2000, 866, 875; *Simeon*, 8 Queen's L.J. 131, 141 ff. (1982/83); dazu sogleich noch 5. Kapitel B. II.

57 Siehe exemplarisch *Habermas*, Zur Verfassung Europas, S. 50; dazu ausführlicher oben 1. Kapitel B. I. und 2. Kapitel C. III. 2. a).

58 *Sieber*, ZStW 121 (2009), 1, 3 ff.; *ders.*, in: *Sieber/Brüner/Satzger/v. Heintschel-Heinegg*, Einführung, Rn. 204 ff.; vgl. auch *Satzger*, Europäisierung, S. 328.

59 *Simeon*, 8 Queen's L.J. 131, 135 ff. (1982/83); dazu sogleich noch 5. Kapitel B. III.

60 *Sieber*, ZStW 121 (2009), 1, 15; *ders.*, in: *Sieber/Brüner/Satzger/v. Heintschel-Heinegg*, Einführung, Rn. 231.

61 Siehe dazu oben 3. Kapitel A. I. 2. b).

62 Siehe dazu oben 3. Kapitel B. I.

63 Oben 2. Kapitel C. IV. 2. c) bb).

64 Siehe dazu sogleich unten 5. Kapitel B. IV.

werden.<sup>65</sup> Dabei geht es einerseits allgemein um die Gewährleistung von im Gesamtsystem geltenden Grundrechtsstandards und prozessualen Rechten, andererseits aber auch ganz konkret um die Vermeidung von *Forum Shopping*, Doppelzuständigkeiten und mehrfacher Strafverfolgung.<sup>66</sup>

Generell wird für eine föderative Kompetenzordnung eine Ausrichtung an Effektivität, Demokratie und kultureller Vielfalt vorgeschlagen.<sup>67</sup> Diese Kriterien lassen sich auch speziell auf das Strafrecht und ein System der Verteilung strafrechtsbezogener Kompetenzen zuschneiden. Effektivität bedeutet dann wirksame und erfolgreiche Strafverfolgung, aber auch effektiven Grundrechtsschutz, demokratische Legitimation muss gerade auch für strafrechtsbezogene Hoheitsakte geschaffen werden und kulturelle Vielfalt bezieht sich hier auf die konkrete Entscheidung einer (dezentralen) Gemeinschaft, bestimmte Rechtsgutsverletzungen unter Strafe zu stellen, aber auch auf dogmatische Fragen, wie z.B. die Strafbarkeit juristischer Personen oder die Entscheidung zwischen Einheitstätersystem und dualistischer Beteiligungslehre. Die allgemeinen Grundsätze einer (föderativen) Kompetenzverteilung im Mehrebenensystem sind sodann, wie soeben ausgeführt, durch ein viertes Kriterium, nämlich Beschuldigtenrechte und Rechtsstaatsprinzip, zu ergänzen.

*Sieber* hat nahezu die gleichen Kriterien für die EU direkt aus den Zielsetzungen des Europäischen Strafrechts hergeleitet.<sup>68</sup> Dieses diene, wie das Strafrecht generell,<sup>69</sup> dem Schutz von Sicherheit und Freiheit.<sup>70</sup> Im Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts, den die EU gewährleisten will, sollen ausweislich Art. 67 Abs. 1 AEUV die Grundrechte und die Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten geachtet werden. Dies weist einmal auf die Wahrung kultureller Eigenheiten und Autonomie der Einzelstaaten, andererseits aber auch auf Beschuldigtenrechte hin. Nach Art. 2 EUV gründet sich die EU auf die Werte Menschenwürde, Freiheit, Demokratie, Gleichheit, Rechtsstaatlichkeit und die Wahrung der Menschenrechte. Art. 6 EUV verpflichtet die EU auf die Grundrechte der GRC und die Menschenrechte der EMRK. Sicherheit und Freiheit müssen daher in einen Ausgleich gebracht werden.<sup>71</sup> Nicht selten wird konstatiert, dass dies bislang noch nicht (in ausreichendem Maße) gelungen sei.<sup>72</sup>

65 Vgl. *Sieber*, ZStW 121 (2009), 1, 8 ff.; *ders.*, in: *Sieber/Brüner/Satzger/v. Heintschel-Heinegg*, Einführung Rn. 214 ff.

66 *Sieber*, in: *Sieber/Brüner/Satzger/v. Heintschel-Heinegg*, Einführung Rn. 217 ff.

67 *Simeon*, 8 Queen's L.J. 131, (1982/83).

68 *Sieber*, ZStW 121 (2009), 1, 2 ff.; *ders.*, in: *Sieber/Brüner/Satzger/v. Heintschel-Heinegg*, Einführung Rn. 214 ff.; vgl. auch schon *Sieber*, in: *ders.*, Europäische Einigung, S. 12.

69 *Roxin*, Strafrecht AT I, § 2 C.

70 *Sieber*, ZStW 121 (2009), 1, 2; *ders.*, in: *Sieber/Brüner/Satzger/v. Heintschel-Heinegg*, Einführung Rn. 202.

71 *Böse*, in: *Schwarze*, Art. 82 EUV Rn. 6; vgl. auch *F. Meyer*, EuR 2011, 169, 189: „Prinzipienkonkordanz“; vgl. zu diesem Spannungsverhältnis in der EU auch *Hassemer*, ZStW 116 (2004), 304, 310 ff.; *Kaiafa-Gbandi*, in: *Schünemann*, Gesamtkonzept, S. 65 f.

72 Vgl. etwa *Hassemer*, ZStW 116 (2004), 304, 307; *Lüderssen*, in: *Schünemann*, Alternativentwurf, S. 46; *Weigend*, ZStW 116 (2004), 275, 276 f.

Nach Sieber<sup>73</sup> verfolgt ferner die Gewährleistung von Sicherheit die Zielsetzung des Schutzes der europäischen Institutionen und Werte sowie der Verhinderung und Verfolgung grenzüberschreitender Kriminalität, also ein Effektivitätskriterium. Schließlich bedeute die Sicherung von Freiheit aber auch eine Forderung nach demokratischer Mitbestimmung.<sup>74</sup>

## II. Nähere Erläuterung der Verteilungskriterien

### 1. Demokratie

Jedes politische System wird dadurch geprägt, wie es die demokratische Legitimation ausgestaltet. Es muss sich entscheiden, ob bei der Kompetenzverteilung der dezentralen oder der zentralen Ebene die entsprechende politische Macht und damit auch der jeweilige politische Prozess überantwortet werden sollen. Da das Strafrecht in besonderer Weise in die Freiheitsrechte der Einzelnen eingreift, wird es zu den Bereichen gezählt, die für die demokratische Selbstbestimmung wesentlich sind.<sup>75</sup> Als Grundausrichtung für eine strafrechtsbezogene Kompetenzordnung lässt sich deshalb festhalten, dass Zuständigkeiten bestenfalls dort installiert werden sollten, wo eine ausreichende parlamentarische Vertretung und Kontrolle gewährleistet sind.<sup>76</sup> Gerade in der Sicherung der demokratischen Selbstbestimmung des jeweiligen Volkes liegt auch der bedeutsame Aspekt der „Souveränität“ der Staaten.

In der EU wurden in der Vergangenheit im Hinblick auf die Rechtssetzung in der „Dritten Säule“ Legitimationsdefizite ausgemacht, da die entsprechenden Rechtsakte dort von der Exekutive intergouvernemental beschlossen wurden.<sup>77</sup> Da die Mitbestimmung hierbei nur abgeschwächt möglich war,<sup>78</sup> sprach in diesem Fall aus demokratischer Sicht Einiges gegen eine Allokation umfassender Strafrechtskompetenzen auf der zentralen Ebene.<sup>79</sup> Das BVerfG hat insofern auch für die Zukunft vorgegeben, dass das Niveau demokratischer Legitimation mit der Integration Schritt halten muss.<sup>80</sup>

73 Sieber, ZStW 121 (2009), 1, 3; ders., in: Sieber/Brüner/Satzger/v. Heintschel-Heinegg, Einführung Rn. 204 ff.

74 Sieber, ZStW 121 (2009), 1, 12; ders., in: Sieber/Brüner/Satzger/v. Heintschel-Heinegg, Einführung Rn. 227 ff.

75 BVerfGE 123, 267, 358; Sieber, ZStW 121 (2009), 1, 14, 50 ff.; ders., in: Sieber/Brüner/Satzger/v. Heintschel-Heinegg, Einführung Rn. 229; siehe dazu bereits ausführlich oben 2. Kapitel C. III. 1., 2. Kapitel C. IV. 2. a) und 2. Kapitel C. IV. 2. c) aa).

76 So auch allgemein für eine Kompetenzordnung der EU Pernice, JZ 2000, 866, 874.

77 Siehe dazu ausführlich 2. Kapitel C. IV. 2. c) aa).

78 Habermas, Zur Verfassung Europas, S. 50 f.

79 Vgl. etwa Schünemann, ZIS 2007, 535; siehe zu der aus diesem Grunde ablehnenden Meinung in der strafrechtlichen Literatur bereits oben 2. Kapitel C. IV. 2. c) aa).

80 BVerfGE 123, 267, 364; vgl. auch Ambos/Rackow, ZIS 2009, 397, 400.

Stehen jedoch auf mehreren Ebenen Parlamente zur demokratischen Legitimation der Hoheitsakte zur Verfügung, wie dies in Bundesstaaten, inzwischen aber auch in der EU oder im Unionsstaat des Vereinigten Königreiches von Großbritannien und Nordirland seit der *devolution*, der Fall ist,<sup>81</sup> so lässt sich dennoch die Frage stellen, auf welcher Ebene das Demokratieprinzip besser verwirklicht werden kann.

Man könnte zunächst die dezentrale Ebene stets für geeigneter für eine demokratische Ausgestaltung des Systems halten, da sie eine größere Bürgernähe gewährleistet, sodass stärkere Partizipationsmöglichkeiten der Einzelnen ermöglicht werden.<sup>82</sup> So ging etwa *Montesquieu*<sup>83</sup> davon aus, dass sich eine Republik nur in einem kleinen Staatsgebiet erfolgreich verwirklichen ließe. Unter Rekurs auf diese Auffassung wurde auch während der Debatten um die Entstehung der US-amerikanischen Verfassung seitens der *Anti-Federalists* die Auffassung vertreten, dass die Republik zu groß und der zentrale Congress zu weit entfernt seien, um das Volk angemessen repräsentieren zu können.<sup>84</sup> Zwar setzten sich bekanntlich die *Federalists* mit ihrer Ansicht durch, dass auch im Bundesstaat eine demokratische Repräsentation möglich ist, *de Tocqueville* hielt die Gesellschaftsordnung der USA aber gerade deshalb für in ihrem Wesen „zutiefst demokratisch“<sup>85</sup>, weil sie sich von unten, d.h. von der Ebene der Einzelstaaten her, organisiert. Auch wurde oben<sup>86</sup> bereits angeführt, dass es in einem großen System kaum möglich ist, sich hinreichend über alle relevanten tagespolitischen Fragen zu informieren, was z.B. als demokratisches Defizit der EU wahrgenommen wird. Insbesondere im Hinblick auf lokale Belange dürfte den Bürgerinnen und Bürgern anderer Regionen regelmäßig das entsprechende Problembewusstsein fehlen.

Der Einzelne kann zudem seiner Stimme in kleinerem Rahmen weitaus größeres Gewicht verleihen und steht in direkterem Kontakt zu den gewählten Vertretern, sodass diese wiederum auf seine Belange in stärkerem Maße Rücksicht nehmen können und eine größere Responsivität der Politik gewährleistet ist.<sup>87</sup> Unter diesem Aspekt ließe sich anführen, dass auf der dezentralen Ebene viel eher Strafvorschriften möglich sind, weil dafür jeweils nur ein Konsens innerhalb einer kleineren Menge von Personen erzielt werden muss, während auf zentraler Ebene eine Verständigung innerhalb einer viel größeren Gemeinschaft nötig ist. Anders ausgedrückt: Es ist in kleinerem Rahmen weitaus leichter, eine Mehrheit für eine be-

81 Siehe dazu ausführlich oben 2. Kapitel C. III.

82 *Lauffer/Münch*, S. 28; vgl. auch *Simeon*, 8 Queen's L.J. 131, 151 (1982/83); siehe bereits oben 5. Kapitel A.

83 *Montesquieu* (1748), Band I, 8. Buch, 16. Kap., Reclam-Ausgabe, S. 197.

84 So etwa „*Brutus*“, Essay I (1787), in: Ketcham, S. 275 f.; vgl. dazu auch *Brunhöber*, S. 67; *Reinbacher*, Das Strafrechtssystem der USA, S. 41.

85 *de Tocqueville*, (1835), 1. Band 1. Kap., Reclam-Ausgabe, S. 34.

86 Oben 2. Kapitel C. III. 3. b) bb).

87 *Simeon*, 8 Queen's L.J. 131, 151 (1982/83).

stimmte Meinung anzutreffen,<sup>88</sup> kleinere Gruppen können sich auch viel eher auf die durch das Strafrecht schutzwürdigen Güter verständigen. Bildet das Strafrecht sogar die Grundwerte einer Gesellschaft ab,<sup>89</sup> nach den Worten des BVerfG das „rechtsethische Minimum“<sup>90</sup> einer bestimmten Gesellschaft, so spricht im Hinblick auf die Konsensfähigkeit strafrechtlicher Inhalte Einiges dafür, Strafrechtskompetenzen lieber auf der dezentralen Ebene anzusiedeln. Selbst wenn man, wie die Lehre vom Rechtsgüterschutz, auch den demokratischen Gesetzgeber auf die Verteidigung schutzwürdiger Rechtsgüter verpflichtet,<sup>91</sup> bleibt doch ein Entscheidungsspielraum über die Ausgestaltung dieses Schutzes. Andererseits ließe sich aus ebendiesem Grunde aber auch sagen, dass sich eine Einigung gerade über ganz grundlegende Werte auch im Gesamtsystem erzielen lassen dürfte. Mord oder Raub werden z.B. nach den Vorstellungen sämtlicher Bürgerinnen und Bürger strafwürdiges Unrecht darstellen. Soweit strafrechtliche Sanktionen aber über diesen Kernbereich hinaus auch der Ahndung von Verstößen gegen sonstige Bestimmungen dienen, sind sie eng verbunden mit der Entscheidung über den jeweiligen Politikbereich.<sup>92</sup>

In der Dezentralisation kann sich ferner ein Schutz von Minderheiten manifestieren, denn einzelne Personen mögen mit ihren Ansichten im Gesamtsystem gegenüber der dort herrschenden Auffassung weit unterlegen sein, auf der dezentralen Ebene können sie jedoch eine konsensfähige Meinung erreichen und dadurch möglicherweise selbst zur Mehrheit werden.<sup>93</sup> Schließlich mag eine dezentrale Allokation so gewichtiger Kompetenzen wie den auf das Strafrecht bezogenen zu einer Aufsplitterung von Macht führen, was wiederum als vertikale Gewaltenteilung insofern positiv erscheint, als es die Konzentration von zu viel Hoheitsgewalt auf der zentralen Ebene und damit auch des zentralen Hoheitsträgers gegenüber den Bürgerinnen und Bürgern verhindert und damit deren Freiheit sichert.<sup>94</sup>

Auf das Strafrecht bezogen hieße dies etwa, dass in bestimmten Gegenden wesentlich strengere oder wesentlich liberalere Vorstellungen über das Zusammenleben der Menschen herrschen können. Schon mit Blick auf Deutschland dürfte klar sein, dass selbst die Bevölkerungen der einzelnen Bundesländer hier ganz unterschiedliche Ansichten hinsichtlich strafrechtsrelevanter Fragen wie etwa des Konsums weicher Drogen haben mögen. Wäre die Zuständigkeit zur Strafgesetzgebung

88 *Simeon*, 8 Queen's L.J. 131, 151 (1982/83).

89 So im Hinblick auf das Strafrecht von England/Wales *Forster*, in: Sieber/Cornils, S. 154.

90 BVerfGE 123, 267, 410; vgl. auch *Landau*, NStZ 2013, 194, 195.

91 *Hassmer/Neumann*, in: NK, Vor § 1 Rn. 110 ff.; ausführlich zu dieser Lehre *Swoboda*, ZStW 122 (2010), 24, 33 ff.

92 Sehr kritisch *Schünemann*, ZIS 2007, 528, 529, der eine Rückbesinnung auf den Gedanken des Strafrechts als *ultima ratio* fordert, dann aber in dem so bestimmten Kernbereich auch ein gemeineuropäisches Strafrecht für möglich hält.

93 Vgl. *Herzog/Grzeszick*, in: Maunz/Dürig, 69. EL 2013, Art. 20 IV Rn. 26 f.; *Lauffer/Münch*, S. 31.

94 Dazu *Reinbacher*, Das Strafrechtssystem der USA, S. 42; *Stone/Seidman/Sunstein/Tushnet/Karlan*, S. 168 f.; vgl. bereits oben 5. Kapitel A.

hier dezentral angeordnet, so erscheint es daher nicht als abwegig, dass die Länder bestimmte strafrechtspolitische Entscheidungen durchaus anders treffen würden. Dies gilt aber natürlich erst recht, wenn man den Blick auf die direkten Nachbarstaaten, wie etwa die Niederlande, erweitert, die z.B. eine weitaus liberalere Politik im Hinblick auf den Konsum von Drogen verfolgen.<sup>95</sup> Auch das BVerfG hat die Unterschiede im Strafrecht der Mitgliedstaaten der EU betont.<sup>96</sup> Eine dezentrale Allokation von Gesetzgebungskompetenzen bewirkt daher, dass sich die jeweiligen Werte und Vorstellungen auch im (Straf-)Recht niederschlagen können, und schafft die Möglichkeit für den Einzelnen, wählen zu können, unter welchen gesellschaftlichen Voraussetzungen er leben möchte.<sup>97</sup>

Gerade im Hinblick auf große Flächenstaaten wie die USA ist heute jedoch anerkannt, dass Demokratie in großen Gebieten keineswegs ausgeschlossen ist. Auch für die EU wurde oben ausführlich erläutert, dass sie eine demokratische Herrschaft gewährleisten kann, wenn auch in vom Nationalstaat abweichenden Formen.<sup>98</sup> Entscheidend ist dabei, dass die Einzelnen sich im Rahmen gewisser Verfahren auch an der zentralen Herrschaft beteiligen und Problemlösungen erreichen können.<sup>99</sup>

Eine so verstandene Demokratie setzt aber wiederum voraus, dass die Ebene, auf der die demokratische Legitimation erfolgt, auch tatsächlich etwas in der anvisierten Richtung bewirken kann.<sup>100</sup> Es ist daher im Gegensatz zu den soeben angeführten Aspekten zu bedenken, dass der Einzelne in kleinen Einheiten zwar seinen eigenen Einfluss besonders stark zur Geltung bringen kann, diese Einheiten dafür aber u.U. selbst kaum Handlungsmöglichkeiten haben.<sup>101</sup> Dieser Aspekt, der insbesondere für das sogleich behandelte<sup>102</sup> Kriterium der Effektivität bedeutsam ist, hat somit auch eine demokratiebezogene Komponente, denn die Herrschaft des Volkes, der Bürgerinnen und Bürger, kann nur in dem Maße ausgeübt werden, wie überhaupt die Möglichkeit zur Selbstregierung besteht.<sup>103</sup> Zu der aus diesem Gesichtspunkt erwachsenden Logik des Mehrebenensystems wurde oben<sup>104</sup> bereits ausführlich Stellung genommen: Viele Bereiche sind dem Zugriff des einzelnen Staates entglitten, Probleme überschreiten Grenzen und lassen sich autonom nicht

95 Vgl. zu Unterschieden zwischen dem niederländischen und dem deutschen Strafrecht nur *Rüter*, ZStW 105 (1993), 30, 34 ff.; auch *Vogel*, GA 2003, 314, 324, betont die erheblichen Unterschiede in Europa im Umgang mit Drogenstraftätern.

96 BVerfGE 123, 267, 360.

97 *Stone/Seidman/Sunstein/Tushnet/Karlan*, S. 166.

98 Siehe dazu oben 2. Kapitel C. III.

99 *Zürn*, S. 233.

100 *Habermas*, Zur Verfassung Europas, S. 50; *Zürn*, S. 233.

101 *Simeon*, 8 Queen's L.J. 131, 152 (1982/83).

102 Siehe unten 5. Kapitel B. II. 2.

103 *Habermas*, Zur Verfassung Europas, S. 51; *Zürn*, S. 234.

104 Oben 1. Kapitel B. I., 2. Kapitel C. III. 2. a) und 2. Kapitel C. IV. 3.

mehr bewältigen.<sup>105</sup> Darin liegt auch ein Demokratiedefizit, weil die Bürgerinnen und Bürger auf der dezentralen Ebene die Macht verlieren, Probleme zu bewältigen.<sup>106</sup> Das supranationale Mehrebenensystem erhält gerade die Möglichkeit der Problemlösung, damit aber auch der demokratischen Einwirkung auf die Lebensverhältnisse,<sup>107</sup> und findet darin seinen Sinn.<sup>108</sup> Der Einzelne kann hier Herrschaftsbefugnisse je nach den Erfordernissen und nach der Geeignetheit zur Erfüllung der Anforderungen auf verschiedene Ebenen und Organe übertragen.<sup>109</sup>

*Madison* bezeichnete die Organe der Ebenen (des Bundesstaates) als „*different agents and trustees of the people, constituted with different powers and designed for different purposes.*“<sup>110</sup> Unter diesen Voraussetzungen darf es aus demokratietheoretischer Sicht den Bürgerinnen und Bürgern nicht verwehrt sein, Aufgaben zentral ausführen zu lassen, wenn und soweit dies eine bessere und effektivere Lösung erwarten lässt.<sup>111</sup> Zuweilen wird aus diesem Grund sogar im Gegenteil angeführt, dass ein großes System insgesamt demokratischer sei als ein kleines, da es über bessere „Problemlösungskapazitäten“ verfüge.<sup>112</sup>

Dies gilt aber nicht in allen Bereichen des täglichen Lebens. Insofern müssen demokratische Responsivität der Politik und tatsächliche Handlungskapazitäten abgestimmt werden.<sup>113</sup> In der EU wurde die Effektivität der Politik eine Zeitlang sogar als (ausreichende) Basis der Legitimität der Hoheitsakte betrachtet.<sup>114</sup> Die Politik erhält nämlich aus der Sicht der Bürgerinnen und Bürger ihre zusätzliche „Output-Legitimation“, indem Problemlösungen erreicht werden, die von den Bürgerinnen und Bürgern gerade wegen ihrer Effektivität und Effizienz akzeptiert werden.<sup>115</sup>

Daher scheint sich eine Differenzierung aufzudrängen, die unterschiedliche Politikbereiche verschiedenen Ebenen zuweist. Denn auf diese Weise können einerseits lokale Probleme auf der dezentralen Ebene gelöst werden, welche diesen näher steht und daher größere Bürgernähe und Responsivität gewährleistet, während andererseits die Zentrale diejenigen Fragen behandeln kann, die das System als Ganzes betreffen. Ebendiese Lösung entwickelte schon *Madison* für die USA und sah

105 *Calliess*, HStR IV, § 83 Rn. 4; *Habermas*, Die postnationale Konstellation, S. 105 ff.; *Hobe*, Der Staat 37 (1998), S. 521; *Peters*, S. 132; *Zuleeg*, NJW 2000, 2846, 2851; vgl. dazu auch *F. Meyer*, Demokratieprinzip, S. 68; siehe ferner bereits oben 1. Kapitel B. I., 2. Kapitel C. III. 2. a) und 2. Kapitel C. IV. 3.

106 *Zürn*, S. 234.

107 *Habermas*, Zur Verfassung Europas, S. 51.

108 Siehe bereits ausführlicher oben 1. Kapitel B. I., 2. Kapitel C. III. 2. a) und 2. Kapitel C. IV. 3.

109 *Pernice*, EuR 1996, 27, 30 f.

110 *Madison*, The Federalist No. 46.

111 *Madison*, The Federalist No. 46; vgl. auch *Stone/Seidman/Sunstein/Tushnet/Karlan*, S. 166.

112 Vgl. *Habermas*, Zur Verfassung Europas, S. 51.

113 *Simeon*, 8 Queen's L.J. 131, 152 (1982/83).

114 Vgl. *Eder*, in: Jachtenfuchs/Kohler-Koch, S. 95 f.; siehe bereits oben 2. Kapitel C. III. 1.

115 Vgl. zur „Output-Legitimation“ *Benz*, PVS 2009, 3, 8; *Classen*, Demokratische Legitimation, S. 27; vgl. oben 2. Kapitel C. III. 1.

darin die Antwort auf das soeben angeführte Problem der Größe des Gebietes und der Entfertheit des zentralen Parlaments von den Bürgerinnen und Bürgern.<sup>116</sup> Oben<sup>117</sup> wurde daher bereits erläutert, dass im demokratischen Mehrebenensystem gerade nicht hinsichtlich sämtlicher lokaler Fragen eine einheitliche Meinung und eine umfassende Informationsmöglichkeit sämtlicher Bürgerinnen und Bürger des Gesamtgebildes erforderlich sind. Mit anderen Worten: Die Strukturvoraussetzungen der demokratischen Selbstbestimmung können danach variieren, welche Ebene das Problem betrifft und wo es gelöst werden soll.

Dabei ist jedoch konkret zu beachten, wie die demokratische Legitimation auf der jeweiligen Ebene ausgestaltet ist und ob diesbezüglich die Strukturvoraussetzungen ausreichend sind.<sup>118</sup> Ist die Demokratie auf einer Ebene (noch) defizitär verwirklicht, so ist entweder die Strafrechtskompetenz generell nur dort anzusiedeln, wo sie eine stärkere demokratische Rückkopplung erfährt, also auf der anderen Ebene, oder es ist – vorzugswürdig – zunächst zu überlegen, auf welcher Ebene die Strafrechtskompetenz zweckmäßigerweise eingesetzt werden soll, und sodann dort für eine intensivere demokratische Legitimation zu sorgen. So ließe sich die Übertragung der Befugnisse solange aussetzen, bis hinreichende Strukturen geschaffen werden.

Daher wurde die Ausweitung strafrechtlicher Befugnisse der EU zu Recht mit der Forderung nach stärkerer Beteiligung des Europäischen Parlaments verbunden.<sup>119</sup> Dies war z.B. auch zunächst die Strategie des BVerfG im Hinblick auf den Grundrechtsschutz in der EU.<sup>120</sup> Solange etwa in der EU die Strafrechtssetzung primär von der Exekutive getätigt werden sollte, sprach dies gegen die Einräumung weiterer Kompetenzen.<sup>121</sup> Insbesondere genügt im Bereich des Strafrechts nicht eine rein am Output orientierte Legitimation. So muss auch bei einer zukünftigen Übertragung von Befugnissen auf die EU konsequenterweise darauf geachtet werden, dass dem Europäischen Parlament hinreichende Mitwirkungsbefugnisse eingeräumt werden.<sup>122</sup> Dieser erste Schritt muss dabei vor dem zweiten – der weiteren

116 *Madison*, The Federalist No. 14. Damals ging es aber in Bezug auf die Größe der Republik noch um ganz praktische und logistische Fragen: War der zentrale Congress nämlich sehr weit entfernt, so schien dies als bedeutsames Hindernis für regelmäßige Treffen der Repräsentanten.

117 Oben 2. Kapitel C. III. 3. b) bb).

118 Vgl. dazu auch *Satzger*, Europäisierung, S. 381 f.; *Sieber*, ZStW 121 (2009), 1, 53 ff.

119 So etwa *Satzger*, Europäisierung, S. 381 f.; vgl. auch European Criminal Policy Initiative, Manifest zur Europäischen Kriminalpolitik, Unterpunkt I. 4. c), ZIS 2009, 697, 698; *Lüderssen*, in: Schünemann, Alternativentwurf, S. 47 f.; *Prittwitz*, in: Ambos, Europ. Strafrecht, S. 35; *Satzger*, ZRP 2010, 137, 139.

120 BVerfGE 37, 271 („Solange I“).

121 Vgl. *Schünemann*, ZRP 2003, 185, 188; *Sieber*, ZStW 121 (2009), 1, 52.

122 *Lüderssen*, in: Schünemann, Alternativentwurf, S. 48, hält diese auch jetzt noch nicht für ausreichend, da dem Europäischen Parlament insbesondere ein Initiativrecht fehlt und der Ministerrat weiterhin entscheidend mitwirkt.

Übertragung von strafrechtlichen Befugnissen – erfolgen. Dies betrifft die Gesetzgebung, daneben aber auch die parlamentarische Kontrolle der Exekutive.<sup>123</sup>

## 2. Effektivität

Mehrfach ist schon angeklungen, dass ein weiterer Aspekt große Bedeutung für die Frage einer zweckmäßigen Allokation von strafrechtsbezogener Zuständigkeit entwickelt: Kompetenzordnung und Strafrechtssystem müssen sich an ihrer Effektivität messen lassen. Ein System, das keine Effektivität, d.h. keine Wirksamkeit, und keine Effizienz, also keine Wirtschaftlichkeit, ausweisen kann, ist zweifellos schlecht. Dies gilt schon ganz generell für jede Kompetenzordnung, denn hoheitliche Aufgaben müssen grundsätzlich zweckmäßig und effektiv erfüllt werden.<sup>124</sup> In Deutschland war etwa im Zuge der Föderalismus-Reform I die Effizienz der Aufgabenerfüllung ein wesentlicher Punkt der kompetenziellen Neuordnung.<sup>125</sup> Andernfalls wäre nicht nur eine Verschwendung von Ressourcen zu beklagen, sondern es würde dem hoheitlichen Handeln schlichtweg an Legitimität fehlen. Sind hoheitliche Organe von den Bürgerinnen und Bürgern gerade zur Erfüllung der Gemeinwohlbelange eingesetzt worden, so ergibt die Duldung von Hoheitsgewalt nur unter der Prämisse Sinn, dass sie wirksam, also immerhin an der Zielvorgabe einer möglichst effektiven Ausübung ausgerichtet, ist.

Daher muss eine verfassungspolitische Betrachtung sich auch der Frage widmen, welche demokratisch legitimierte Ebene des Gesamtsystems die entsprechenden Ziele effektiver und effizienter erreichen und die entsprechenden Bedürfnisse der Bürgerinnen und Bürger besser erfüllen kann.<sup>126</sup> Dies ist naturgemäß eine kaum einheitlich zu beantwortende Frage, sondern vom Einzelfall abhängig. So kann es auf der einen Seite hinsichtlich bestimmter gesellschaftlicher Probleme opportun sein, mittels dezent

raler Kompetenz für ein Experimentierfeld zu sorgen, um optimale Lösungen zu finden.<sup>127</sup> Auf der anderen Seite können das Gesamtsystem betreffende Fragen zuweilen nur oder jedenfalls besser zentral bewältigt werden. Fließt etwa ein Fluss durch mehrere Hoheitsgebiete, so ist es zum Schutz desselben vor Verunreinigung kaum ausreichend, wenn eine rein dezentrale Kompetenz besteht, nur eine der betroffenen politischen Ebenen entsprechende Schutzmaßnahmen gegen die Einlei-

123 Dies fordert auch *Weigend*, ZStW 116 (2004), 275, 281; vgl. ferner *Wasmeier*, ZStW 116 (2004), 320, 325.

124 *Jürgens*, S. 26 f.

125 *Badura*, Staatsrecht, Teil A. Rn. 36; v. *Münch/Mager*, Rn. 60.

126 *Simeon*, 8 Queen's L.J. 131, 141 (1982/83).

127 *Simeon*, 8 Queen's L.J. 131, 147 (1982/83); vgl. zu diesem Vorteil föderaler Ordnungen *Lauffer/Münch*, S. 31 f.; *Stone/Seidman/Sunstein/Tushnet/Karlan*, S. 167; *Zippelius*, Allg. Staatslehre, § 39 I 4; vgl. auch *Klip*, 12 MJ 2 (2005), 115, 119, bzgl. der EU siehe dazu bereits oben 5. Kapitel A.

tung von Schadstoffen erlässt und andere Kompetenzträger nicht zur Rechtssetzung gezwungen werden können.

In Kanada wurde etwa gerade im Hinblick auf den Umweltschutz und die Gewässerverschmutzung ein nationales Interesse angenommen, das wegen der Ineffektivität der Provinzen den Einsatz der so genannten *P.O.G.G.*-Kompetenz des Bundes möglich macht.<sup>128</sup> In diesem Fall dürfen etwa auch Strafvorschriften darauf gestützt werden. In ähnlicher Weise hatte in der EU der Umweltschutz den Durchbruch für eine zentrale Harmonisierung des Strafrechts per Richtlinie gebracht, als der EuGH<sup>129</sup> entschied, dass die EG entsprechende Anweisungen treffen und auf *implied powers* im Zusammenhang mit sachbezogenen Umweltschutzregelungen nach Art. 175 EGV 2001 zurückgreifen konnte,<sup>130</sup> wenn diese Maßnahmen erforderlich sind, um die volle Wirksamkeit der von ihr zum Schutz der Umwelt erlassenen Vorgaben zu gewährleisten, „wenn die Anwendung wirksamer, verhältnismäßiger und abschreckender Sanktionen durch die zuständigen nationalen Behörden eine zur Bekämpfung schwerer Beeinträchtigungen der Umwelt unerlässliche Maßnahme“ darstellt.<sup>131</sup>

Entsprechende Effektivitätserwägungen fanden sich in allen untersuchten Systemen. So hatte etwa auch die so genannte „Bedürfnisklausel“ in Art. 72 Abs. 2 GG a.F. bis zu ihrer Reform durch das Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes vom 27.10.1994<sup>132</sup> eine Bundesgesetzgebung – auch im Hinblick auf das Strafrecht – davon abhängig gemacht, dass die entsprechende Angelegenheit „durch die Gesetzgebung einzelner Länder nicht wirksam geregelt werden kann“.<sup>133</sup> Dies kann als Bedürfnis nach Effektivität verstanden werden, da einzelne Länder rein überregionale Belange nicht „wirksam“ regeln können.<sup>134</sup> In den USA ist das Bundesstrafrecht aus Gründen der Effektivität sogar insgesamt zu einem Instrument der Unterstützung der Einzelstaaten geworden.<sup>135</sup> In diesem Zusam-

128 Die Ineffektivität der Provinzen bildet einen der Anwendungsfälle dieser Bundeskompetenz: Uniformität ist dann erforderlich, wenn die Provinzen mit einem Problem nicht alleine fertig werden können; vgl. *R. v. Crown Zellerbach*, (1988) 1 SCR 401, 434: Die Verschmutzung von Gewässern wirke sich nicht nur innerhalb einer Provinz aus, sodass übergreifende Regelungen notwendig seien; vgl. dazu oben 3. Kapitel C. II. 1.

129 EuGH Slg. 2005, I-7879, I-7925 – *Kommission/Rat* (Rs. C-176/03) („Umweltstrafrecht“); dazu kritisch *Braun*, *wistra* 2006, 121; *Hefendehl*, ZIS 2006, 161, 164; *Heger*, JZ 2006, 310; *Kaiafa-Gbandi*, in: *Schünemann*, *Gesamtkonzept*, S. 96 ff.; *Pohl*, ZIS 2006, 213; *Schünemann*, ZIS 2007, 535; zustimmend jedoch *Böse*, GA 2006, 211; *Calliess*, ZEuS 2008, 3, 27 ff.; *Subr*, ZEuS 2008, 45, 61 ff.; zur Entscheidung ferner *Fromm*, ZIS 2008, 168, 169 f.; *ders.*, EG-Rechtssetzungsbefugnis, S. 18 ff.; *Heger*, *Europäisierung des Umweltstrafrechts*, S. 133 ff.; ausführlich *F. Meyer*, *Strafrechtsgenese*, S. 371 ff.; vgl. dazu oben 4. Kapitel A. II. 7.

130 *Calliess*, ZEuS 2008, 3, 32.

131 EuGH Slg. 2005, I-7879, I-7925 – *Kommission/Rat* (Rs. C-176/03) („Umweltstrafrecht“).

132 BGBl. I S. 3146.

133 Siehe dazu oben 3. Kapitel A. I. 2. e).

134 Vgl. noch *Maunz*, in: *Maunz/Dürig*, 67. EL 2013, Art. 72 Rn. 21.

135 *Brickey*, 46 *Hastings L.J.* 1135, 1140 ff. (1995); vgl. insbesondere auch *Schwartz*, 13 *Law & Contemp. Probs.* 64, 73 (1948): „*auxiliary federal criminal law*“, dazu *Reinbacher*, *Das Strafrechtssystem der USA*, S. 67; siehe ferner bereits oben 3. Kapitel B. II. 1. b).

menhang hatte der Congress festgestellt, dass die überregionale Kriminalität ein Problem sei, dem die Gliedstaaten alleine nicht mehr gewachsen seien.<sup>136</sup> In der US-amerikanischen Diskussion um eine zweckmäßige Verteilung strafrechtsbezogener Kompetenzen werden u.a. gerade die Felder, in denen eine Strafverfolgung durch die Einzelstaaten ineffektiv erscheint, als legitime Einsatzpunkte des Bundesstrafrechts angesehen.<sup>137</sup> Dies gilt einerseits für den Erlass strafrechtlicher Normen, andererseits aber auch für den – im US-amerikanischen Trennsystem damit zwangsläufig eröffneten – Einsatz von Strafgerichten und Strafverfolgungsbehörden der zentralen Ebene.

Mehrebenensysteme dienen letztlich gerade der effektiven Problemlösung durch eine Kompetenzverteilung auf verschiedene Ebenen. Kann die dezentrale Ebene ein bestimmtes Problem nicht mehr ausreichend lösen, werden Lösungskompetenzen auf die zentrale Ebene zur Steigerung der „Problemlösungskapazität“<sup>138</sup> übertragen.

Der Aspekt der Effektivität der Zuständigkeitsverteilung hat im hier interessierenden Bereich einer strafrechtsbezogenen Kompetenzordnung verschiedene Implikationen. Erstens muss die Kompetenzverteilung so gestaltet sein, dass sie die Zuständigkeitsbereiche klar erkennen lässt,<sup>139</sup> was dazu dient, dass Probleme behandelt werden können und ihre Bewältigung nicht durch Zuständigkeitsfragen gehemmt wird.<sup>140</sup> Dadurch wird das hoheitliche Handeln berechenbar und vorhersehbar, also Rechtssicherheit gewährleistet, was wiederum dazu dient, dem Rechtsstaatsprinzip Genüge zu tun.<sup>141</sup> Hier kann etwa versucht werden, von vornherein eine eindeutige Zuweisung zu erzielen, um Kompetenzkonflikte zu vermeiden, oder immerhin mittels eines Vorrangprinzips klarzustellen, welche Ebene sich im Konfliktfalle durchsetzt.<sup>142</sup>

Zweitens geht es gerade im Hinblick auf das Strafrecht auch um einen effektiven Rechtsgüterschutz und damit auch um den Schutz von Freiheit<sup>143</sup> sowie um materielle Gerechtigkeit. Aus dem Rechtsstaatsprinzip sowie dem Verbot der Selbstjustiz folgt, dass der Staat Rechtsbrecher verfolgen muss, um Rechtsgüter zu schützen.<sup>144</sup> Das BVerfG hat wiederholt ausgeführt, dass eine „funktionstüchtige Strafrechtspflege“ zu den durch das Rechtsstaatsprinzip geschützten Bereichen gehö-

136 Vgl. *Beale*, 543 *Annals Am. Acad. Pol. & Soc. Sci.* 39, 42 (1996); *Reinbacher*, Das Strafrechtssystem der USA, S. 67.

137 *Schwartz*, 13 *Law & Contemp. Probs.* 64, 73 (1948); vgl. auch *Litman/Greenberg*, 543 *Annals Am. Acad. Pol. & Soc. Sci.* 72, 81 f. (1996); vgl. dazu *Reinbacher*, Das Strafrechtssystem der USA, S. 195 ff.

138 Siehe zu diesem Begriff bereits oben 1. Kapitel B. I.

139 *Pernice*, JZ 2000, 866, 875.

140 Zu diesem Problem einer (bundesstaatlichen) Kompetenzverteilung *Lauffer/Münch*, S. 34; siehe ferner bereits oben 5. Kapitel A.

141 *Jürgens*, S. 27; siehe auch noch unten 5. Kapitel B. II. 3.

142 *Jürgens*, S. 27.

143 *Heger*, ZIS 2007, 547, 548.

144 Vgl. BVerfGE 51, 324, 343; *Fischer*, KK StPO, Einl. Rn. 1.

re.<sup>145</sup> Die Aufklärung von Straftaten sei ein wesentlicher Auftrag eines rechtsstaatlichen Gemeinwesens.<sup>146</sup> Soweit das Rechtsstaatsprinzip die Idee der Gerechtigkeit als wesentlichen Bestandteil enthalte, verlange diese auch eine funktionstüchtige Strafrechtspflege, ohne welche ihr nicht Genüge getan werden könne.<sup>147</sup> Diese Erwägungen haben sich in der Folgezeit in verschiedener Hinsicht ausgewirkt, etwa im deutschen Strafprozess als (verfassungsrechtliches) Argument hinsichtlich der Ausweitung bestimmter staatlicher Befugnisse.<sup>148</sup>

Letztlich hat das Strafrecht eine wichtige Funktion als Mittel zur Aufrechterhaltung der Rechtsordnung.<sup>149</sup> Das BVerfG betonte, das Strafrecht sei ein „unverzichtbares Element zur Sicherung der Unverbrüchlichkeit“<sup>150</sup> derselben. Wären die Normen einer Rechtsordnung nicht gesichert, zur Not auch mit strafrechtlichen Mitteln, würde sie zerfallen, weil niemand sich mehr daran halten müsste. Damit wird auch die Durchsetzbarkeit des Rechts zur Frage der Rechtssicherheit.<sup>151</sup> Denn die Geltung der Normen ist gefährdet, wenn Verstöße nicht verfolgt werden können, weil sie nicht mit Sanktionen gegen Missbrauch bewehrt sind.<sup>152</sup>

Es soll hier jedoch keinesfalls einem ausufernden Strafrecht oder einer Reduzierung der Freiheitsrechte der Bürgerinnen und Bürger sowie gerade auch der Beschuldigten im Strafverfahren das Wort geredet werden. Neben den Verfolgungsinteressen sind demokratische Grundsätze sowie die Rechte der Beschuldigten und die Prinzipien des Rechtsstaates als Kriterien einer demokratischen, gerechten, vernünftigen und rechtsstaatlichen Strafrechtsordnung zu berücksichtigen, wie es hier auch vorgeschlagen wird.<sup>153</sup> Daher muss einerseits die bereits aufgeworfene Frage der demokratischen Legitimation eine entscheidende Rolle spielen,<sup>154</sup> denn auch in der EU darf das Strafrecht nicht alleine unter Effektivitätsgesichtspunkten eingesetzt werden, sofern nicht für ausreichende Strukturen der Mitbestimmung gesorgt wurde.<sup>155</sup> Andererseits sind auch rechtsstaatliche Grundsätze und Beschuldigten-

145 BVerfGE 29, 183, 194; 33, 367, 383; 51, 324, 343; vgl. dazu *Landau*, NStZ 2007, 121; *ders.*, NStZ 2011, 537, 544; *ders.*, NStZ 2013, 194, 198; kritisch zu diesem Begriff *Hassemer*, StV 1982, 275, 277 ff.

146 BVerfGE 29, 183, 194; 51, 324, 343; vgl. auch *Zachert*, in: Sieber, Europäische Einigung, S. 61: wichtige staatliche Aufgabe.

147 BVerfGE 33, 367, 383; vgl. auch *Sieber*, GS Schlüchter, 2002, S. 112.

148 Vgl. die Übersicht bei *Hassemer*, StV 1982, 275; *Landau*, NStZ 2007, 121, 123; vgl. auch *Esser*, Europ. Strafverfahrensrecht, S. 8, zum Aspekt der Gerechtigkeit als Argument für den Zugriff auf Beweise im Ausland.

149 BVerfGE 123, 267, 408; *Landau*, NStZ 2007, 121, 127.

150 BVerfGE 123, 267, 408.

151 *Zipfelius/Würtenberger*, § 12 Rn. 65.

152 *Jung*, in: Calliess/Ruffert, Art. 103 AEUV Rn. 20; *Satzger*, Europäisierung, S. 59; *Vogel*, in: Dannecker, Subventionsbetrug, S. 171; *Tiedemann*, NJW 1990, 2226, 2228; zur Fundierung des Verständnisses, dass Recht ohne Sanktion nicht bestehen kann, in der Philosophie der Aufklärung siehe *Bitter*, S. 1, 18 ff.; für *Tiedemann*, ZStW 116 (2004), 945, 946, wäre eine Regel ohne Sanktion gar eine „wirkunglose *lex imperfecta*“; siehe bereits oben 1. Kapitel A. I.

153 Siehe dazu noch unten 5. Kapitel B. II. 4.

154 Siehe oben 5. Kapitel B. II. 1.

155 Vgl. auch *Ambos/Rackow*, ZIS 2009, 397, 401.

interessen zu beachten.<sup>156</sup> Gleichwohl wird selbst von den Kritikern des Begriffes der Funktionstüchtigkeit der Strafrechtspflege nicht bestritten, dass es im Interesse des Rechtsstaates liegen muss, dass die Rechtsordnung so ausgestaltet wird, dass sie ihre Normen durchsetzt<sup>157</sup> und auf Kriminalität in effektiver Weise reagieren kann. Es geht ihnen vielmehr – zu Recht – um die Betonung der Gleichrangigkeit von Verfahrens-, Verteidigungs- und Grundrechten der Betroffenen.<sup>158</sup> Eine gewisse „Funktionstüchtigkeit“ der Strafjustiz ist also auch im Mehrebenensystem zu gewährleisten.<sup>159</sup>

Auch das Stockholmer Programm vom 2.12.2009 sieht vor, die Voraussetzungen zu schaffen, dass die mitgliedstaatlichen Justizsysteme „effizient interagieren“ können.<sup>160</sup> Im Hinblick auf strafrechtliche Befugnisse im Mehrebenensystem sind dabei jedoch verschiedene Wirkrichtungen besonders zu beachten.<sup>161</sup> Während die Verfolgung gewöhnlicher, lokal begrenzter Straftaten zumindest theoretisch auch dezentral behandelt werden kann, kommen aus Gründen der effektiven Strafverfolgung in bestimmten Fällen zentrale Regelungskompetenzen in Betracht.

Dabei geht es zunächst insbesondere um die Bekämpfung grenzüberschreitender Kriminalität.<sup>162</sup> Hier gewinnt das Mehrebenensystem eine besondere Bedeutung, was auch das BVerfG im Lissabon-Urteil eingeräumt hat.<sup>163</sup> Denn wenn man davon ausgeht, dass bei grenzüberschreitenden Straftaten die Strafverfolgung durch die dezentralen Ebenen gerade an ebendiese Grenzen stößt, zumal ihre Jurisdiktion örtlich beschränkt ist,<sup>164</sup> so stellt sich die Frage, wie das Mehrebenensystem diesen Problemen begegnen kann. Dabei geht es also insbesondere um die Effektivität der Strafrechtspflege im Hinblick auf Straftaten oder Täter, welche sich nicht auf den lokalen Bereich beschränken.<sup>165</sup> Werden Grenzen geöffnet und entfallen entsprechende Kontrollen im Dienste eines gemeinsamen (Wirtschafts-)Raumes, so be-

156 Siehe noch unten 5. Kapitel B. II. 4.

157 Vgl. nur *Hassemer*, StV 1982, 275, 277 f., zu dieser „Systemlogik“.

158 Vgl. *Hassemer*, StV 1982, 275, 278.

159 Vgl. auch *Vogel*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, 51. EL 2013, Art. 82 AEUV Rn. 10.

160 ABl. 2010 Nr. C 115, S. 21.

161 *Sieber*, ZStW 121 (2009), 1, 3; siehe bereits oben 5. Kapitel B. I.

162 *Perron*, ZStW 112 (2000), 202, 204 f.; *Sieber*, in: Delmas-Marty/Pieth/Sieber, S. 393 ff.; *ders.*, ZStW 121 (2009), 1, 3 f.; *ders.*, in: *Sieber/Brüner/Satzger/v. Heintschel-Heinegg*, Einführung Rn. 204 ff.

163 BVerfGE 123, 267, 410.

164 *Dannecker*, in: *ders.*, Subventionsbetrug, S. 27; *Sieber*, in: *ders.*, Europäische Einigung, S. 12; *ders.*, in: Delmas-Marty, Corpus Juris, S. 2; *ders.*, GS Schlüchter, 2002, S. 111; *ders.*, in: Delmas-Marty/Pieth/Sieber, S. 394; *ders.*, ZStW 121 (2009), 1, 3 f.; *ders.*, in: *Sieber/Brüner/Satzger/v. Heintschel-Heinegg*, Einführung Rn. 204 ff.

165 Vgl. *Esser*, Europ. Strafverfahrensrecht, S. 9; *Vogel*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, 51. EL 2013, Art. 82 AEUV Rn. 5.

günstigt dies auch grenzüberschreitende Kriminalität.<sup>166</sup> Diese wird zudem gefördert durch technische Entwicklungen wie international zugängliche Datennetze.<sup>167</sup>

Ferner können Straftaten, die nur in einer Jurisdiktion begangen werden, dennoch Auswirkungen auf andere Rechtsordnungen haben, wie das bereits bemühte Beispiel des durch mehrere Staaten fließenden Flusses illustriert. Wer diesen illegal verunreinigt, erzielt damit u.U. einen deliktischen Erfolg in einer Vielzahl von Jurisdiktionen. Grenzüberschreitende Straftaten stehen auch häufig im Zusammenhang mit organisierter Kriminalität,<sup>168</sup> deren Bekämpfung nicht nur ein lokales Anliegen ist. Es geht dann auch um die Vermeidung „sicherer Häfen“ für Kriminelle und die Gewährleistung von Sicherheit insgesamt.<sup>169</sup> Auch das BVerfG erblickte in der „Bekämpfung besonders schwerer Kriminalität, die sich die territoriale Beschränkung staatlicher Strafverfolgung zunutze macht oder, wie im Fall der Korruption, die Funktionsfähigkeit von Rechtsstaatlichkeit und Demokratie in der Europäischen Union bedroht“, einen besonderen „Rechtfertigungsgrund für die Übertragung von Hoheitsrechten auch in diesem Bereich“.<sup>170</sup>

Schließlich kann sich die Straftat bzgl. Handlung und Erfolg zwar gänzlich auf eine Rechtsordnung beschränken, gleichwohl kann der Täter sich der Strafverfolgung durch Flucht in ein anderes Territorium entziehen,<sup>171</sup> oder Beweismittel können sich in einem anderen Mitgliedstaat befinden, was beides wiederum eine grenzüberschreitende Dimension des Strafverfahrens ausmacht.

Eine Kompetenzordnung hat verschiedene Möglichkeiten, auf diese Phänomene zu reagieren.<sup>172</sup> Sie kann, wie etwa in den USA, zentrale Rechtssetzungs- und Verfolgungskompetenzen schaffen, damit solche Straftaten zentral geahndet werden können.<sup>173</sup> Wie soeben ausgeführt, wurde das Bundesstrafrecht dort gerade deshalb

166 Heger, ZIS 2007, 547, 549; Hecker, in: Ambos, Europ. Strafrecht, S. 14; Perron, ZStW 112 (2000), 202, 204 f.; Sieber, ZStW 119 (2007), 1, 6; ders., in: Delmas-Marty/Pieth/Sieber, S. 394; ders., ZStW 121 (2009), 1, 3 f.; ders., in: Sieber/Brüner/Satzger/v. Heintschel-Heinegg, Einführung Rn. 204 ff.; Wasmeier, ZStW 116 (2004), 320; vgl. auch die Erwägungsgründe der RL 91/308/EWG des Rates vom 10.6.1991 zur Verhinderung der Nutzung des Finanzsystems zum Zwecke der Geldwäsche, ABl. 1991 Nr. L 166, S. 77 f.; vgl. ferner Zichert, in: Sieber, Europäische Einigung, S. 76: kriminalgeografisch sei Europa längst eine Einheit.

167 Sieber, ZStW 119 (2007), 1, 4 f.; ders., ZStW 121 (2009), 1, 3; ders., in: Sieber/Brüner/Satzger/v. Heintschel-Heinegg, Einführung Rn. 205.

168 So hinsichtlich der Straftaten zu Lasten der Finanzmittel der EG/EU die Kommission, Grünbuch zum Schutz der finanziellen Interessen der Europäischen Gemeinschaften und zur Schaffung einer Europäischen Staatsanwaltschaft, KOM (2001) 715 endg., S. 15; Dannecker, in: ders., Subventionsbetrug, S. 27; Rieger, in: Dannecker, Subventionsbetrug, S. 59 f.; bzgl. der internationalen Geldwäsche vgl. auch die Erwägungsgründe der RL 91/308/EWG des Rates vom 10.6.1991 zur Verhinderung der Nutzung des Finanzsystems zum Zwecke der Geldwäsche, ABl. 1991 Nr. L 166, S. 77, 78; vgl. ferner Perron, ZStW 112 (2000), 202, 204 f.; Sieber, in: ders., Europäische Einigung, S. 12; zur organisierten Kriminalität in der EU Zichert, in: Sieber, Europäische Einigung, S. 61 ff., 81 ff.

169 Vogel, in: Zieschang/Hilgendorf/Laubenthal, S. 38.

170 BVerfGE 123, 267, 410; vgl. auch Böse, ZIS 2010, 76, 88.

171 Sieber, in: Sieber/Brüner/Satzger/v. Heintschel-Heinegg, Einführung Rn. 207.

172 Sieber, in: Delmas-Marty, S. 2 f.; ders., ZStW 121 (2009), 1, 17 ff.

173 Siehe dazu oben 3. Kapitel B. II. 1. b).

als Hilfsinstrument zur Unterstützung der Einzelstaaten eingesetzt,<sup>174</sup> weil diese der grenzüberschreitenden Kriminalität zunehmend nicht mehr gewachsen schienen.<sup>175</sup> Anders als bei einer Harmonisierung der einzelstaatlichen Rechtsordnungen werden solche zentral erlassenen Normen sofort und unmittelbar wirksam und erlauben daher auch eine relativ schnelle Reaktion. Das System kann aber auch, wie bislang in der EU geschehen, auf eine Koordination der Strafverfolgung und Kooperation der Behörden setzen. Diese Kooperation kann von der traditionellen Rechtshilfe, über die gegenseitige Anerkennung von Entscheidungen bis zur unmittelbaren Geltung von Rechtsakten auf fremdem Territorium reichen.<sup>176</sup> Sie kann aber auch durch zentrale Regelungen zur Rechtsangleichung<sup>177</sup> oder durch zentrale Behörden gefördert werden.<sup>178</sup> So kann etwa die Angleichung des einzelstaatlichen Rechts erforderlich erscheinen, bevor eine Rechtshilfe erfolgen kann, sofern am Erfordernis der beiderseitigen Strafbarkeit festgehalten werden soll.<sup>179</sup>

Es müssen aber auch die Geltung der zentralen Rechtsordnung gesichert und der effektive Schutz der eigenen Rechtsgüter<sup>180</sup> der zentralen Ebene,<sup>181</sup> wie etwa ihrer politischen Organe, Amtsträger, Institutionen und Finanzen, gewährleistet werden.<sup>182</sup> So wurde speziell für die EU schon früh die Forderung nach zentralen Sanktionsnormen erhoben.<sup>183</sup> Der Schutz der finanziellen Interessen der EU erfordere supranationale Sanktionen, denn dieser sei durch die unterschiedliche Sanktionspraxis erheblich gestört.<sup>184</sup> Zudem machten Einbußen durch betrügerische Hand-

174 *Brickey*, 46 *Hastings L.J.* 1135, 1140 ff. (1995); vgl. insbesondere auch *Schwartz*, 13 *Law & Contemp. Probs.* 64, 73 (1948); „*auxiliary federal criminal law*“.

175 *Beale*, 543 *Annals Am. Acad. Pol. & Soc. Sci.* 39, 41 (1996); *Brickey*, 46 *Hastings L.J.* 1135, 1141 ff. (1995); *Rehn*, 108 *Colum. L. Rev.* 1991, 1994 (2008); *Reinbacher*, *Das Strafrechtssystem der USA*, S. 64; siehe zur Strafverfolgung auf der Ebene der Einzelstaaten oben 3. Kapitel B. II. 2.

176 Vgl. *Sieber*, *ZStW* 121 (2009), 1, 17 ff.

177 Vgl. *Vogel*, in: *Zieschang/Hilgendorf/Laubenthal*, S. 38; *ders.*, *Grabitz/Hilf/Nettesheim*, 51. EL 2013, Art. 83 AEUV Rn. 10.

178 Siehe dazu ausführlich oben 4. Kapitel B. II. 2. b) und 4. Kapitel C. III. 3.

179 *Vogel*, in: *Grabitz/Hilf/Nettesheim*, 51. EL 2013, Art. 83 AEUV Rn. 10. Insofern könnte der Verzicht auf das Erfordernis der beiderseitigen Strafbarkeit eine Alternative zur Harmonisierung bilden; vgl. *Böse*, *ZIS* 2010, 76, 86; *Vogel*, *GA* 2003, 314, 319; für eine Beibehaltung z.B. im Rahmen der Vollstreckung von EU-Geldsanktionen *Schünemann/Roger*, *ZIS* 2010, 515, 520 ff.; dagegen *Böse*, *ZIS*, 607, 609 ff.; *Replik von Schünemann*, *ZIS* 2010, 735, 739 f.

180 *Böse*, *ZIS* 2010, 76, 88; *Gröbblinghoff*, S. 38 ff.; *Heger*, *ZIS* 2007, 547, 550; *F. Meyer*, *Demokratieprinzip*, S. 123, 125; *Satzger*, *Europäisierung*, S. 328, 348; *Sieber*, in: *Sieber/Brüner/Satzger/v. Heintschel-Heinegg*, *Einführung Rn. 208*; *Tiedemann*, *NJW* 1990, 2226, 2232.

181 Es ist umstritten, ob sich im Sinne der monistischen personalen Rechtsgutslehre auch Güter der Allgemeinheit (Universalrechtsgüter) letztlich aus Individualrechtsgütern ableiten oder ob man „dualistisch“ Individual- und Universalrechtsgüter nebeneinander akzeptiert; vgl. dazu *Hassemer/Neumann*, in: *NK*, Vor § 1 Rn. 126 ff., 131 ff. Diese Frage kann hier nicht vertieft werden. Die Existenz kollektiver Rechtsgüter dürfte jedenfalls inzwischen allgemein akzeptiert sein.

182 *Jürgens*, S. 28; *Satzger*, *Europäisierung*, S. 328; *Perron*, *ZStW* 112 (2000), 202, 204 f.; *Sieber*, *ZStW* 121 (2009), 1, 4 ff.; *ders.*, in: *Sieber/Brüner/Satzger/v. Heintschel-Heinegg*, *Einführung Rn. 208 ff.*; *Vogel*, in: *Grabitz/Hilf/Nettesheim*, 51. EL 2013, Art. 83 AEUV Rn. 12.

183 *Tiedemann*, *NJW* 1990, 2226, 2228, 2231 f.; *ders.*, in: *Kreuzer/Scheuing/Sieber*, S. 146; für eine „Ahnungskompetenz“ wenigstens in Form von Bußgeld auch *Dannecker*, in: *ders.*, *Subventionsbetrug*, S. 32.

184 *Tiedemann*, *NJW* 1990, 2226, 2228; vgl. auch *Satzger*, *Europäisierung*, S. 328.

lungen einen nicht unwesentlichen Teil des Gesamtbudgets aus.<sup>185</sup> Die Fortexistenz des gemeinsamen Marktes inklusive der damit zusammenhängenden Fördermaßnahmen und Subventionen hängt schließlich davon ab, dass die Eigenmittel der EU gesichert sind.<sup>186</sup> Daher erschienen verwaltungsrechtliche Sanktionen nicht mehr als ausreichend.<sup>187</sup>

Aus diesem Grund hat sich u.a. auch die Expertenkommission im Entwurf des Corpus Juris der strafrechtlichen Regelungen zum Schutz der finanziellen Interessen der EU dieser Frage speziell angenommen und dabei insbesondere auf die Effektivität der Bekämpfung von Betrügereien abgestellt.<sup>188</sup> Dasselbe gilt für das daran orientierte von der Kommission vorgelegte Grünbuch zum Schutz der finanziellen Interessen der Europäischen Gemeinschaften und zur Schaffung einer Europäischen Staatsanwaltschaft.<sup>189</sup> Die Argumente finden sich sodann im Vorschlag für die Errichtung einer EStA im Jahr 2013 wieder.<sup>190</sup>

Hierbei geht es also nicht – wie im zuerst angeführten Fall – um gewöhnliche schon nach dem Strafrecht der einzelnen Staaten strafbare Taten, deren Verfolgung lediglich an nationale Grenzen stößt, sondern um neue Rechtsgüter, die gerade durch die Einrichtung der zentralen Ebene des Mehrebenensystems entstehen.<sup>191</sup> Ebenso wie die dezentralen Systeme ist auch die zentrale Rechtsordnung darauf angewiesen, dass ihre eigenen Rechtsgüter geschützt werden.<sup>192</sup> Dabei geht es aber nicht nur um die Finanzen, sondern auch um den Schutz weiterer Rechtsgüter der zentralen Ebene, wie etwa ihres Bestandes an sich, der z.B. im Rahmen der Staatsschutzdelikte gefährdet sein kann.

185 Vgl. die Zahlen bei *Dannecker*, in: ders., Subventionsbetrug, S. 23; *Deutscher*, S. 44 ff.; *Eisele*, JA 2000, 896, 898; *Fromm*, Der strafrechtliche Schutz der Finanzinteressen, S. 11 ff.; *ders.*, EG-Rechtssetzungsbefugnis, S. 10; *Heitzer*, S. 1 f.; *Sieber*, in: Delmas-Marty, Corpus Juris, S. 4; *Weigend*, in: Zieschang/Hilgendorf/Laubenthal, S. 64, sowie im von der Kommission vorgelegten Grünbuch zum Schutz der finanziellen Interessen der Europäischen Gemeinschaften und zur Schaffung einer Europäischen Staatsanwaltschaft, KOM (2001) 715 endg., S. 9; ferner den Bericht der Kommission an das Europäische Parlament und den Rat vom 6.7.2007, KOM (2007), 390 endg., S. 5 ff.; siehe auch *Sieber*, ZRP 2000, 186, 187; ganz aktuelle Zahlen in KOM (2012), 363 endg., S. 2 sowie bei *Gómez-Jara*, EuCLR 2013, 170, 176, Fn. 31.

186 Vgl. auch *Bacigalupo*, in: Dannecker, Subventionsbetrug, S. 159, der die Einheitlichkeit der strafrechtlichen Reaktionen institutionell für eine Funktionsbedingung des gemeinsamen Marktes hält.

187 *Tiedemann*, ZStW 116 (2004), 945, 952; vgl. auch *Gröbblinghoff*, S. 37; *Spinellis*, in: Schönemann, Gesamtkonzept, S. 237.

188 Vgl. die Erläuterung der Motive in: Delmas-Marty, Corpus Juris, S. 13 ff.

189 KOM (2001) 715 endg.

190 Kommission, Vorschlag für eine Verordnung des Rates über die Errichtung der Europäischen Staatsanwaltschaft, KOM (2013) 534 endg., S. 2.

191 *Böse*, ZIS 2010, 76, 88; *F. Meyer*, Demokratieprinzip, S. 123, 125; *Sieber*, ZStW 121 (2009), 1, 4 f.; *ders.*, in: Sieber/Brüner/Satzger/v. Heintschel-Heinegg, Einführung Rn. 208; *Tiedemann*, NJW 1990, 2226, 2232; ausführlich zu den europäischen Rechtsgütern *Bitzilekis/Kaifa-Gbandi/Symeonidou-Kastanidou*, in: Schönemann, Gesamtkonzept, S. 222 ff.

192 *Sieber*, ZStW 121 (2009), 1, 5; *ders.*, in: Sieber/Brüner/Satzger/v. Heintschel-Heinegg, Einführung Rn. 208 ff.; vgl. auch *Calliess*, ZEuS 2011, 3, 16; *Hecker*, Europ. Strafrecht, § 7 Rn. 1; *Heger*, ZIS 2007, 547, 550; *Satzger*, Europäisierung, S. 328 f.; *ders.*, Intern. und Europ. Strafrecht, § 9 Rn. 26; *Schramm*, Intern. Strafrecht, 4. Kapitel Rn. 65; *Vogel*, in: Dannecker, Subventionsbetrug, S. 171; vgl. auch *Schwarzburg/Hamdorf*, NStZ 2002, 617, 618.

Auch im Hinblick auf die EU werden neben den Finanzmitteln weitere Rechtsgüter ausgemacht,<sup>193</sup> so z.B. die Funktionsfähigkeit ihrer politischen Organe und Gerichte.<sup>194</sup> So kommen etwa die Steuerhinterziehung oder der Subventionsbetrug, durch welche die Finanzmittel der EU geschädigt werden können,<sup>195</sup> aber auch die Bestechung oder Bestechlichkeit der Amtsträger oder die Behinderung der Justiz,<sup>196</sup> in Betracht. Sollen die Rechtsgüter der zentralen Ebene ebenso gegen Angriffe geschützt werden, so darf nicht vergessen werden, dass es dabei auch um Straftaten ihrer eigenen Bediensteten, also um eine Strafbarkeit ihrer Amtsträger, gehen kann.<sup>197</sup> Im Hinblick auf die EU entwickelte etwa das Freiburg-Symposium eine ganze Reihe an möglichen „Europadelikten“.<sup>198</sup>

Die verfassungsmäßige Kompetenzverteilung kann auch diesem Anliegen auf verschiedene Weise Rechnung tragen, etwa durch zentrale Anweisungs- oder Harmonisierungskompetenzen oder aber durch die Befugnis zum Erlass eigenständiger und originärer Strafgesetze. In den USA waren gerade zur Verteidigung der direkten Interessen und Institutionen des Bundes von Anfang an zentrale strafrechtliche Normen möglich, auch wenn die Strafrechtssetzungskompetenz vom Prinzip her dezentral angeordnet ist.<sup>199</sup> Strafvorschriften zum Schutz von Personal, Institutionen oder Finanzmitteln des Bundes sind hier zulässig, da jeder Staatsteil Normen zum Schutz seiner eigenen Organe und Rechtsgüter erlassen darf.<sup>200</sup> So können etwa zentrale Strafvorschriften hinsichtlich des Mordes am US-Präsidenten oder sonstigen Bundesangestellten oder im Zusammenhang mit der Behinderung der Bundesjustiz erlassen werden.<sup>201</sup>

Anders war es hingegen zunächst in der EG/EU. Da diese nach allgemeiner Ansicht lange Zeit nicht über Kompetenzen zur Strafrechtssetzung verfügte, musste sie hinsichtlich des Schutzes ihrer Rechtsgüter auf die Mitgliedstaaten vertrau-

193 Vgl. auch schon *Sieber*, in: ders., Europäische Einigung, S. 15: Angriffe auf die Finanzen der EG seien nur die „Spitze des Eisberges“.

194 *Bitzilekis/Kaiafa-Gbandi/Symeonidou-Kastanidou*, in: Schönemann, Gesamtkonzept, S. 222 ff., zählen gerade nur diese politischen Rechtsgüter zu den „genuinen Rechtsgütern“ der EU, nicht aber die Finanzen.

195 Vgl. *Spinellis*, in: Schönemann, Gesamtkonzept, S. 235.

196 Vgl. *Bitzilekis/Kaiafa-Gbandi/Symeonidou-Kastanidou*, in: Schönemann, Gesamtkonzept, S. 229.

197 *Schönemann*, in: ders., Alternativentwurf, S. 80; *ders.*, ZStW 116 (2004), 376, 378; *ders.*, ZIS 2007, 528, 534; zustimmend *Vogel*, ZStW 116 (2004), 400, 418.

198 So der besondere Teil der „Europa-Delikte“, den etliche Autoren, in: Tiedemann, Freiburg-Symposium, S. 199 ff., näher erläutern.

199 Siehe oben 3. Kapitel B. II. 1. b).

200 Vgl. etwa *Schwartz*, 13 Law & Contemp. Probs. 64, 66 (1948): „*federal self-defensive criminal jurisdiction*“.

201 Mord am US-Präsidenten: 18 U.S.C. § 1751 (a); Mord an sonstigen Bundesangestellten: 18 U.S.C. § 1114; Behinderung der Bundesjustiz: 18 U.S.C. §§ 1501 ff., so etwa Meineid vor Bundesgerichten: 18 U.S.C. §§ 1621 ff. Eine ausdrückliche Bestimmung besteht für den Hochverrat gegen die Vereinigten Staaten in U.S. Const. Art. III § 3 cl. 1., im Übrigen wird auf U.S. Const. Art. I § 8 cl. 18 rekurriert; zu weiteren Beispielen *Reinbacher*, Das Strafrechtssystem der USA, S. 97 ff.

en.<sup>202</sup> Ein Beispiel bildete schon früh Art. 30 EuGH-Satzung,<sup>203</sup> der bestimmt, dass jeder Mitgliedstaat die Eidesverletzung eines Zeugen oder Sachverständigen vor den europäischen Gerichten wie eine vor seinen eigenen Gerichten begangene Straftat zu behandeln und auf Anzeige des EuGH auch vor seinen zuständigen Gerichten zu verfolgen hat.<sup>204</sup>

Diese primärrechtliche Bestimmung stellt zwar kein echtes supranationales Strafrecht dar, sondern bewirkt nur eine Assimilierung der nationalen Straftatbestände,<sup>205</sup> bringt jedoch die Notwendigkeit des Schutzes der Organe und Institutionen der EU klar zum Ausdruck. Das Prinzip des *effet utile* des Unionsrechts und die Pflicht zur loyalen Zusammenarbeit gebieten den Mitgliedstaaten in der EU insgesamt, für einen ausreichenden Schutz der zentralen Rechtsgüter zu sorgen.<sup>206</sup> Das Loyalitätsgebot kann daher zu einer Pflicht zum Einsatz des mitgliedstaatlichen Strafrechts im Dienste der EG/EU führen.<sup>207</sup>

Genügt die Assimilierungspflicht indessen nicht, um einen hinreichenden Schutz der zentralen Rechtsgüter zu gewährleisten, da sie zunächst nur dazu verpflichtet, diese unter den gleichen Schutz zu stellen wie die eigenen, dieser Schutz aber wiederum sehr unterschiedlich ausfallen kann,<sup>208</sup> so sind weitere Maßnahmen erforderlich, welche von einer verstärkten Zusammenarbeit der Mitgliedstaaten bis zu zentralen Kompetenzen reichen können.<sup>209</sup> Denn allein der Verweis auf die dezentrale Rechtsordnung kann eine Effektivität des Schutzes der Institutionen der zentralen Ebene kaum gewährleisten und die Unterschiede in der Verfolgung im Gesamtsystem können für die Beschuldigten durchaus ungerecht sein.<sup>210</sup>

Daher können zentrale Kompetenzen nötig sein, wobei wiederum zwischen Harmonisierungskompetenzen und Kompetenzen zum Erlass unmittelbar gelten-

202 *Calliess*, ZEuS 2008, 3, 16; *Hecker*, Europ. Strafrecht, § 7 Rn. 1; *Satzger*, Intern. und Europ. Strafrecht, § 9 Rn. 26.

203 *Sieber*, ZStW 121 (2009), 1, 5; *ders.*, in: *Sieber/Brüner/Satzger/v. Heintschel-Heinegg*, Einführung Rn. 209.

204 Siehe dazu oben 4. Kapitel A. IV. 1.

205 *Calliess*, ZEuS 2008, 3, 18; *Nelles/Tinkl/Lauchstädt*, in: *Schulze/Zuleeg/Kadelbach*, § 42 Rn. 10; *Rosenau*, ZIS 2008, 9; *Satzger*, Europäisierung, S. 204 ff.; *ders.*, Intern. und Europ. Strafrecht, § 8 Rn. 14 f.; *Vogel*, in: *Sieber/Brüner/Satzger/v. Heintschel-Heinegg*, § 6 Rn. 46; siehe oben 4. Kapitel A. IV. 1.

206 *Hecker*, Europ. Strafrecht, § 7 Rn. 28; *Satzger*, Europäisierung, S. 328 ff., 342; *Vogel*, in: *Grabitz/Hilf/Nettesheim*, 51. EL 2013, Art. 83 AEUV Rn. 11.

207 *Fromm*, ZIS 2007, 26, 27; *Hecker*, Europ. Strafrecht, § 7 Rn. 2 ff.; *F. Meyer*, Strafrechtsgenese, S. 365 f.; *Satzger*, Europäisierung, S. 328 ff.; *Vogel*, in: *Grabitz/Hilf/Nettesheim*, 51. EL 2013, Art. 83 AEUV Rn. 11; vgl. auch schon *Tiedemann*, in: *Kreuzer/Scheuing/Sieber*, S. 146; siehe oben 4. Kapitel A. II. 4. und 4. Kapitel C. I. 2.

208 *Bacigalupo*, ZStW 116 (2004), 326, 327. *Dannecker*, in: *ders.*, Subventionsbetrug, S. 31, machte „eklatante Unterschiede“ der mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen im Hinblick auf den Schutz der Finanzinteressen der EG/EU aus; vgl. zu den konkreten diesbzgl. Unterschieden insbesondere *Bacigalupo*, in: *Dannecker*, Subventionsbetrug, S. 149 ff.; ferner *Deutscher*, S. 48 ff.; *Fromm*, EG-Rechtssetzungsbeugnis, S. 10; *Gröbblinghoff*, S. 35.

209 Vgl. die Erläuterung der Motive zum Corpus Juris, in: *Delmas-Marty*, Corpus Juris, S. 13 ff.

210 *Bacigalupo*, in: *Dannecker*, Subventionsbetrug, S. 146 f.; vgl. auch *Satzger*, Europäisierung, S. 381 ff.; *Zuleeg*, in: *Sieber*, Europäische Einigung, S. 53.

der Strafnormen differenziert werden kann. Harmonisierungsbefugnisse finden sich in der EU in den Art. 82, 83 AEUV. Hinsichtlich der Finanzen der EU sind inzwischen in Art. 325 Abs. 4 AEUV aber auch zentrale Strafrechtssetzungskompetenzen etabliert worden.<sup>211</sup>

Des Weiteren kann es sein, dass auch zentrale Werte entstehen, wie etwa bestimmte Gleichheits- oder Freiheitsrechte, deren Schutz einheitlich durchgesetzt werden soll.<sup>212</sup> So hat etwa in den USA u.a. die politische Bekämpfung der Rassentrennung und Sklaverei zu einer signifikanten Ausweitung des zentralen Strafrechts geführt, da es auch zur Durchsetzung dieser Ziele eingesetzt wurde.<sup>213</sup> In eine ähnliche Kategorie fällt z.B. auch die Entwicklung eines gemeinsamen Marktes. Hier liegt der Grund für den Löwenanteil der zentralen Strafvorschriften in den USA, die auf die Handelsklausel, U.S. Const. Art. I § 8 cl. 3, gestützt wurden und werden und Hindernisse für den Binnenmarkt beseitigen sollen.<sup>214</sup>

In der EU hat dieser Aspekt verschiedene Wirkungen gezeitigt. Auf der einen Seite kann etwa die Verletzung von Menschenrechten dazu führen, dass die Verbesserung der Bekämpfung damit einhergehender Verbrechen, wie etwa des Menschenhandels, auf zentraler Ebene für notwendig erachtet wird.<sup>215</sup> Aus diesem Grunde ist in Art. 79 Abs. 2 lit. d) AEUV auch eine zentrale Regelungskompetenz zur Bekämpfung des Menschenhandels vorgesehen.<sup>216</sup> Auch kann es die Gewährleistung des gemeinsamen Marktes erfordern, dass bestimmte, etwa rassistisch motivierte, Straftaten in den einzelnen Mitgliedstaaten nicht straflos bleiben, sodass die Bürgerinnen und Bürger nicht davon abgehalten werden, in dieses Land zu reisen oder mit ihm Handel zu treiben.<sup>217</sup>

Ferner dürfen sich einzelne Staaten nicht Standortvorteile dadurch verschaffen, dass sie Steuerstraftaten oder bestimmte Formen der Wirtschaftskriminalität straf-

211 Siehe dazu bereits oben 4. Kapitel B. I. 2. a) aa).

212 Vogel, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, 51. EL 2013, Art. 83 AEUV Rn. 10; vgl. auch Sieber, ZStW 121 (2009), 1, 6 ff.

213 Vgl. Baker, 16 Rutgers L.J. 495, 514 (1985); Brickey, 46 Hastings L.J. 1135, 1139 ff. (1995); ferner Riker, S. 63, 65 f. Auch Anti-Diskriminierungsgesetze werden dabei auf die Handelsklausel gestützt, da Rassendiskriminierung sich negativ auf den zwischenstaatlichen Handel auswirke, *Heart of Atlanta Motel v. United States*, 379 U.S. 241 (1964); *Katzenbach v. McClung*, 379 U.S. 294 (1964); dazu *Fletcher/Sheppard*, S. 173 ff., 201 ff.; *Reinbacher*, Das Strafrechtssystem der USA, S. 62; *Stone/Seidman/Sunstein/Tushnet/Karlan*, S. 210 ff., 1584 ff.; siehe bereits oben 3. Kapitel B. II. 1. b).

214 Dazu *Reinbacher*, Das Strafrechtssystem der USA, S. 54, 56, 99 ff.; siehe bereits oben 3. Kapitel B. II. 1. b).

215 Vgl. Safferling, Intern. Strafrecht, § 10 Rn. 46; Vogel, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, 51. EL 2013, Art. 83 AEUV Rn. 10.

216 So Safferling, Intern. Strafrecht, § 10 Rn. 44 ff.; Satzger, Intern. u. Europ. Strafrecht, § 8 Rn. 26; Schramm, Intern. Strafrecht, 4 Kapitel Rn. 20; Sieber, in: Sieber/Brüner/Satzger/v. Heintschel-Heinegg, Einführung Rn. 175; so auch schon Walter, ZStW 117 (2005), 912, 918 f.; dazu oben 4. Kapitel B. I. 2. a) cc).

217 Vogel, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, 51. EL 2013, Art. 83 AEUV Rn. 9; vgl. auch Böse, in: ders., EnzEuR Bd. 9, § 27 Rn. 2.

los lassen.<sup>218</sup> In letzterem Fall geht es um das – auch in der EU bedeutsame – Schaffen gleicher Wettbewerbsbedingungen.<sup>219</sup> Es liegt auch im Interesse der Einzelstaaten, dass sie nicht Standortnachteile dadurch erleiden, dass sie bestimmte Verhaltensweisen unter Strafe gestellt haben, die in anderen Staaten straflos bleiben.<sup>220</sup> In gewissem Maße verlangt der gemeinsame Markt daher auch nach einheitlichem Strafrecht.<sup>221</sup> Wird insofern eine Erforderlichkeit zentraler Regelungskompetenzen bejaht, so kommen wiederum sowohl Harmonisierungsmaßnahmen als auch zentral gesetzte Strafnormen in Betracht.

Schließlich können – in damit zusammenhängender Weise – strafrechtliche Kompetenzen nötig sein, um Maßnahmen, die dem Schutz bestimmter Rechtsgüter dienen, Wirkung zu verschaffen. Dies gilt indessen für die Rechtsnormen beider Ebenen und kann dazu führen, dass selbst bei einer Zuweisung der Kompetenz an eine der beiden Ebenen eine teilweise Übertragung von Befugnissen auf die andere Ebene erwogen werden kann. So wurde bereits oben<sup>222</sup> angeführt, dass materielle Vorgaben, die nicht mit Sanktionen bewehrt sind, kaum effektiv wären, da ihre Geltung insgesamt nicht gesichert wäre.<sup>223</sup> Jede Ebene kann ihre Ziele nicht verwirklichen, ohne dass die wirksame Durchführung der Politik nachhaltig gesichert ist.<sup>224</sup>

Das Prinzip der Strafkompetenzen kraft Sachzusammenhanges fand sich in allen untersuchten Rechtsordnungen in bestimmtem Maße wieder.<sup>225</sup> Es hat jedoch im anglo-amerikanischen Raum besondere Bedeutung, indem Strafrechtskompetenzen hier grundsätzlich unter den Begriff der notwendigen und zweckmäßigen Gesetze im Sinne von U.S. Const. Art. I § 8 cl. 18 subsumiert werden.<sup>226</sup> Nach der Sicht des U.S. Supreme Courts bringt jede verfassungsmäßige Kompetenz es mit sich, dass auch Strafvorschriften darauf gestützt werden können.<sup>227</sup> In Kanada hat

218 Vogel, in: Zieschang/Hilgendorf/Laubenthal, S. 37; *ders.*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, 51. EL 2013, Art. 83 AEUV Rn. 10; zum Umweltstrafrecht siehe Heger, Europäisierung des Umweltstrafrechts, S. 95 ff.

219 Vogel, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, 51. EL 2013, Art. 83 AEUV Rn. 10; Zuleeg, in: Sieber, Europäische Einigung, S. 53 f.

220 Heger, Europäisierung des Umweltstrafrechts, S. 95 ff.

221 Bacigalupo, ZStW 116 (2004), 326, 327 f.; vgl. auch Tiedemann, in: Kreuzer/Scheuing/Sieber, S. 147; Zuleeg, in: Sieber, Europäische Einigung, S. 54.

222 Oben 1. Kapitel A. I.

223 Jung, in: Calliess/Ruffert, Art. 103 AEUV Rn. 20; Satzger, Europäisierung, S. 59, 328; Tiedemann, ZStW 116 (2004), 945, 946; Vogel, in: Dannecker, Subventionsbetrug, S. 171; zur Fundierung des Verständnisses, dass Recht ohne Sanktion nicht bestehen kann, in der Philosophie der Aufklärung siehe Bitter, S. 1, 18 ff.

224 Satzger, Europäisierung, S. 328.

225 Siehe dazu noch unten 5. Kapitel C. I.

226 *McCulloch v. Maryland*, 17 U.S. 316, 416 (1819); *Logan v. United States*, 144 U.S. 263, 283 (1892); ferner Beale, 2 Encyclopedia of Crime & Justice 694 (2002); *LaFave*, S. 269 ff.; *Reinbacher*, Das Strafrechtssystem der USA, S. 56, 88; *ders.*, DAJV-NL 2011, 50, 52; *Welling/Beale/Bucy*, S. 2; siehe bereits oben 3. Kapitel B. II. 1. b).

227 *McCulloch v. Maryland*, 17 U.S. 316, 416 ff.; siehe auch *Reinbacher*, Das Strafrechtssystem der USA, S. 54 f.

sich aus ebendiesem Grunde trotz einer expliziten und ausschließlichen Kompetenz des Bundes für das Strafrecht ein „Quasi-Strafrecht“ der Provinzen entwickeln können.<sup>228</sup> Auch in der EU wird diesem Aspekt etwa durch Art. 83 Abs. 2 AEUV Rechnung getragen,<sup>229</sup> welcher es ermöglicht, eine Angleichung der strafrechtlichen Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten vorzunehmen, sofern sich diese als unerlässlich für die wirksame Durchführung der Politik der Union auf einem Gebiet, auf dem Harmonisierungsmaßnahmen erfolgt sind, erweist. Der EuGH hatte diese Kompetenz zuvor schon aus *implied powers*<sup>230</sup> hergeleitet.

Das BVerfG betonte jedoch, das Strafrecht dürfe nicht als „rechtstechnisches Instrument zur Effektivierung einer internationalen Zusammenarbeit“<sup>231</sup> dienen und auch andere Autoren befürchten eine Instrumentalisierung des Strafrechts und halten den Gedanken des *effet utile* im Hinblick auf den besonderen *ultima ratio*-Charakter desselben insgesamt für verfehlt.<sup>232</sup> Diese Mahnungen sind insofern richtig und wichtig, als beim Einsatz des Strafrechts im konkreten Fall in der Tat darauf geachtet werden muss, dass es *ultima ratio* zum Schutz der betroffenen Rechtsgüter bleibt, sodass der Erlass von Strafvorschriften stets kritisch auf seine Notwendigkeit überprüft werden muss. Die Freiheitsrechte der Betroffenen sind als Gegenpol bei der Frage der Verhältnismäßigkeit unbedingt zu beachten.

Es sollte jedoch nicht vergessen werden, dass es auch im deutschen Nebenstrafrecht nicht unüblich ist, den entsprechenden Gesetzen strafrechtliche Normen zur Absicherung beizufügen. Eine solche Vorgehensweise ist also nicht nur Ausdruck des anglo-amerikanischen Verständnisses des Strafrechts als Instrument der Effektivierung, sondern auch im deutschen Recht nicht ungewöhnlich. Zugegebenermaßen ist dieser dritte Bereich das heikelste der drei soeben angeführten Felder. Denn während beim Schutz der Institutionen, Organe, Finanzen und übergeordneten Werte der zentralen Ebene noch Straftaten aus dem klassischen Kernbereich des Strafrechts, wie Untreue, (Subventions-)Betrug oder Amtsdelikte, im Raume stehen und sich auch der Bereich grenzüberschreitender Operationen und Strafverfolgung auf schwere Straftaten beschränken kann, wie dies in der EU z.B. auch Art. 83 Abs. 1 AEUV vorsieht, wird dieser Kernbereich bei den „Annexkompetenzen“ zur wirksamen Durchführung der sonstigen Politik verlassen. Hier ist demnach größere Vorsicht angebracht und insbesondere auf die Verhältnismäßigkeit der konkreten Regelung besonders Rücksicht zu nehmen. Nicht jedes Verhaltens-

228 Siehe dazu oben 3. Kapitel C. II. 1. b).

229 Vogel, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, 51. EL 2013, Art. 83 AEUV Rn. 11; siehe auch schon vor Einführung dieser Bestimmung Vogel, in: Zieschang/Hilgendorf/Laubenthal, S. 37; vgl. dazu oben 4. Kapitel B. I. 2. b) bb).

230 Siehe dazu bereits oben 4. Kapitel A. III. 2. c).

231 BVerfGE 123, 267, 410.

232 Ambos/Rackow, ZIS 2009, 397, 401; Landau, NStZ 2013, 194, 195 f.; Schönemann, ZIS 2007, 535, 535 f.; kritisch auch Braum, wistra 2006, 121, 125; ders., ZIS 2009, 418, 423; Satzger, KritV 2008, 17, 23; Strafrecht als reiner „Durchsetzungsmechanismus“; Zöller, ZIS 2009, 340, 349; vgl. auch Prittitz, in: Ambos, Europ. Strafrecht, S. 33.

gebot muss mittels des Strafrechts durchgesetzt werden.<sup>233</sup> Art. 83 Abs. 2 AEUV stellt Rechtsakte in diesem Bereich daher etwa unter die Bedingung der „Unerlässlichkeit“, was von vielen als Ausdruck des *ultima ratio*-Gedankens verstanden wird.<sup>234</sup> Mit anderen Worten: Die Zuweisung der Annexkompetenz besagt noch nichts darüber, ob ein Verhalten im Einzelfall auch strafwürdig ist. Sie ermöglicht aber dem Gesetzgeber, der die entsprechenden Ge- und Verbote aufstellt, auch die Entscheidung über die Sanktion. Zwar mag die Ahndung von Verstößen gegen rechtliche Vorgaben nach deutschem Verständnis zunächst ein originäres Feld der Ordnungswidrigkeiten sein, jedoch kann der Rechtsgüterschutz bei schweren Verstößen auch strafrechtliche Maßnahmen erfordern.

Im Hinblick auf die Verteilung der strafrechtsbezogenen Kompetenzen im Mehrebenen-system muss hinsichtlich dieser soeben angeführten Bereiche, die nicht nur die Einzelstaaten, sondern Rechtsgüter, Werte und Politik der zentralen Ebene sowie grenzüberschreitende Kriminalität betreffen, eine Überprüfung erfolgen, wie die Zuständigkeitsordnung ihnen in möglichst effektiver wie effizienter Weise gerecht werden kann. Bezüglich der Effektivität des Schutzes der zentralen Rechtsgüter ist also etwa zu fragen, ob dieser durch dezentrale Kompetenzen hinreichend gewährleistet ist oder ob zentrale Befugnisse notwendig sind, um – gegebenenfalls ergänzend – für ausreichenden Schutz zu sorgen.

Sind Rechtssetzungskompetenzen ausschließlich dezentral angeordnet, so kann sich das Problem stellen, dass das Interesse am Schutz der zentralen Organe, Interessen, Finanzen und Werte in den Einzelstaaten nicht besonders ausgeprägt sein kann,<sup>235</sup> wie es sich in der EU etwa im Rahmen des Griechischen Maisskandals<sup>236</sup> zeigte.<sup>237</sup> Daher kann es bei rein dezentralen Befugnissen sein, dass entweder gar keine Regelungen getroffen oder Bestimmungen erlassen werden, welche so verschieden sind, dass sie keinen umfassenden Schutz gewährleisten.<sup>238</sup> Selbst ein Gleichbehandlungsgebot, wie der EuGH es für die Rechtsgüter der EG/EU anerkannt hat, erreicht daher noch keinen einheitlichen Schutz.<sup>239</sup> In den USA hat der Bund etwa zentrale Strafvorschriften grundsätzlich für notwendig erachtet, um die Gleichberechtigung durchzusetzen, insbesondere soweit auch nach dem Ende des Bürgerkrieges in einigen südlichen Gliedstaaten die Bereitschaft zur Akzeptanz die-

233 Vogel, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, 51. EL 2013, Art. 83 AEUV Rn. 74.

234 Siehe dazu oben 4. Kapitel B. I. 2. b) bb).

235 Bacigalupo, ZStW 116 (2004), 326, 327; vgl. auch Schmidhuber, in: Sieber, Europäische Einigung, S. 18.

236 EuGH Slg. 1989, 2965, 2985 – *Kommission/Griechische Republik* (Rs. 68/88); siehe dazu bereits oben 4. Kapitel A. II. 4, 4. Kapitel A. III. 1. b) sowie 4. Kapitel C. I. 2.

237 Dannecker, in: ders., Subventionsbetrug, S. 33; Schmidhuber, in: Dannecker, Subventionsbetrug, S. 107; Sieber, ZStW 121 (2009), 1, 6; ders., in: Sieber/Brüner/Satzger/v. Heintschel-Heinegg, Einführung Rn. 209.

238 Vgl. die entsprechenden Hinweise von Dannecker, in: ders., Subventionsbetrug, S. 31 ff., und Tiedemann, NJW 1990, 2226, 2228, im Hinblick auf die Finanzen der EU; vgl. auch Bacigalupo, ZStW 116 (2004), 326, 326 f.; Hefendehl, in: Schünemann, Alternativentwurf, S. 94.

239 Satzger, Europäisierung, S. 382 f.

ser Politik noch nicht sonderlich groß war.<sup>240</sup> Unmittelbar wirkende Strafnormen der zentralen Ebene können dann wiederum effektiver sein als Harmonisierungsrichtlinien,<sup>241</sup> da Letztere erst noch durch die Einzelstaaten umgesetzt werden müssen, was in der Vergangenheit teilweise zu Problemen geführt hat, wie etwa bei der Umsetzung der PIF-Konvention.<sup>242</sup>

Ähnliches gilt erst recht hinsichtlich der wirksamen Durchführung der jeweiligen politischen Entscheidungen, welche ebenfalls Strafsanktionen erfordern kann.<sup>243</sup> Auch hier stellt sich die Frage, inwieweit eine Ebene sich hierbei auf die andere verlassen kann. Diesbezüglich haben nahezu alle Rechtsordnungen strafrechtsbezogene Kompetenzen kraft Sachzusammenhanges anerkannt.<sup>244</sup> Dies betrifft nicht nur die zentrale Ebene, sondern, wie etwa das kanadische System beweist,<sup>245</sup> durchaus auch dezentrale Inhalte. Wenn eine Ebene demnach über die Zuständigkeit verfügt, einen bestimmten Lebenssachverhalt zu regeln, so kann dies eine Befugnis erfordern, Sanktionen einzuführen. In der EU geht es etwa konkret um die bereits erwähnte Umweltpolitik. Hier kann es sich erweisen, dass die jeweiligen Maßnahmen mit strafrechtlichen Sanktionen flankiert werden müssen, da sonst der Schutz der betroffenen Rechtsgüter, dem die EU-Verhaltensnormen dienen, nicht ausreichend gewährleistet wäre.

Diese Erwägung kommt in Kanada für die Provinzen durch s. 92 (15) Constitution Act 1867 zum Ausdruck,<sup>246</sup> indem den Provinzen hier die exklusive Kompetenz verliehen wird, ihre Gesetze mit Sanktionen zu versehen, welche neben der Geldstrafe auch eine Freiheitsstrafe beinhalten dürfen, obgleich „das Strafrecht“ in s. 91 (27) Constitution Act 1867 explizit und „exklusiv“ dem Bund zugewiesen ist.<sup>247</sup> Das umgekehrte Beispiel liefern die USA, denn dort ist die Strafrechtskompetenz zwar grundsätzlich dezentral verortet, da sie Bestandteil der allgemeinen Polizeimacht der Gliedstaaten ist, der Bund kann aber dennoch Strafnormen als notwendige und zweckdienliche Gesetze auf seine sonstigen Kompetenzen stützen.<sup>248</sup>

Bei grenzüberschreitender Kriminalität kann eine rein dezentrale Kompetenz zur Gesetzgebung schließlich zu einem Flickenteppich unterschiedlicher Regelungen in den dezentralen Rechtsordnungen führen, sodass Schlupflöcher für Kriminelle ent-

240 Vgl. *Reinbacher*, Das Strafrechtssystem der USA, S. 62.

241 Siehe bereits oben 4. Kapitel A. III. 4. b).

242 Vgl. *Rosenau*, ZIS 2008, 9, 10; *Spinellis*, in: Schünemann, Gesamtkonzept, S. 237; *Tiedemann*, FS Roxin, 2001, S. 1405; siehe zur PIF-Konvention bereits oben 4. Kapitel A. II. 5.

243 Vgl. *Vogel*, in: *Grabitz/Hilf/Nettesheim*, 51. EL 2013, Art. 83 AEUV Rn. 11.

244 Siehe dazu noch unten 5. Kapitel C. I.

245 Siehe dazu oben 3. Kapitel C. I.

246 Vgl. *Hogg*, S. 565, der ausführt, dass diese Kompetenz kraft Sachzusammenhanges („*ancillary power*“), eigene Gesetze mit Strafsanktionen zu versehen, bei Abwesenheit der expliziten Regelung in s. 92 (15) Constitution Act 1867, wohl in die Verfassung hineingelesen worden wäre.

247 Siehe oben 3. Kapitel C. I. und 3. Kapitel C. II. 1.

248 Dies hat der U.S. Supreme Court bereits im Jahr 1790 in der Entscheidung *McCulloch v. Maryland*, 17 U.S. 316, 416 (1790), anerkannt; vgl. dazu *Reinbacher*, Das Strafrechtssystem der USA, S. 55.

stehen und diese unbehelligt operieren können, da ihre Taten in manchen Staaten nicht strafbar sind, sich aber gleichwohl auch in anderen Mitgliedstaaten oder auf das Gesamtsystem auswirken,<sup>249</sup> so z.B., wenn in einzelnen Mitgliedstaaten Betrügereien zu Lasten der Finanzen des Bundes nicht geahndet werden. In dieser Hinsicht sind auch rein dezentrale Kompetenzen zum Erlass von Verfahrensnormen unter Umständen hinderlich, weil dadurch das Prozessrecht sehr unterschiedlich ausgestaltet sein kann, was sich wiederum als Problem der gegenseitigen Anerkennung von Entscheidungen erweisen kann.<sup>250</sup>

Aber selbst eine zentrale Rechtssetzung kann unter Effektivitätsgesichtspunkten nicht ausreichend sein, um die Rechtsgüter der zentralen Ebene ausreichend strafrechtlich zu schützen oder um grenzüberschreitende Straftaten verfolgen zu können.<sup>251</sup> Denn erstens kann eine dezentrale Gerichtszuständigkeit, welche die Interpretation der Rechtsvorschriften beinhaltet, wiederum bewirken, dass selbst zentral gesetztes Recht so unterschiedlich ausgelegt wird, dass seine einheitliche Geltung gefährdet ist, was in vielen Rechtsordnungen mit dezentraler Verfolgungs- und Gerichtszuständigkeit, wie etwa in Deutschland oder Kanada, dazu geführt hat, immerhin ein oberstes Bundesgericht als Revisionsinstanz einzurichten.<sup>252</sup>

Zweitens bergen rein dezentrale Verfolgungskompetenzen die Gefahr, dass die einzelstaatlichen Behörden nicht grenzüberschreitend ermitteln und Straftaten daher nicht aufklären oder aburteilen können, da sie an der Staatsgrenze Halt machen müssen.<sup>253</sup> Sie sind dann auf Kooperation und Rechtshilfe angewiesen,<sup>254</sup> die jedoch umständlich und langwierig sein kann,<sup>255</sup> wenn sie nicht sogar gänzlich scheitert,<sup>256</sup> etwa wegen eines fehlenden Willens der betreffenden Organe oder weil bereits ein Verfahren im anderen Staat geführt wird.<sup>257</sup> So verlangt das traditionelle Rechtshilferecht insbesondere die beiderseitige Strafbarkeit, verhindert grundsätzlich die Auslieferung eigener Staatsbürger, ist an völkerrechtlichen und politischen Maßstäben zu messen und sieht diverse Auslieferungshindernisse und ein Ermessen

249 Sieber, ZStW 119 (2007), 1, 7; Vogel, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, 51. EL 2013, Art. 83 AEUV Rn. 10; vgl. auch die Erwägungsgründe der RL 91/308/EWG des Rates vom 10.6.1991 zur Verhinderung der Nutzung des Finanzsystems zum Zwecke der Geldwäsche, ABl. 1991 Nr. L 166, S. 77 f.

250 Vgl. dazu Vogel, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, 51. EL 2013, Art. 82 AEUV Rn. 10; ferner die Erläuterung der Motive des Corpus Juris, in: Delmas-Marty, Corpus Juris, S. 19 ff.

251 Vgl. auch Zuleeg, in: Sieber, Europäische Einigung, S. 56 f.

252 Vgl. oben 3. Kapitel A. II. 2. a) und 3. Kapitel C. II. 2. a).

253 Dannecker, in: ders., Subventionsbetrug, S. 27; Sieber, GS Schlichter, 2002, 111 f.; ders., ZStW 119 (2007), 1, 7; ders., ZStW 121 (2009), 1, 4; ders., in: Sieber/Brüner/Satzger/v. Heintschel-Heinegg, Einführung Rn. 206.

254 L. Leigh, in: Dannecker, Subventionsbetrug, S. 84.

255 Vgl. Perron, ZStW 112 (2000), 202, 205; Satzger, NSZ 2013, 206; Sieber, ZRP 2000, 186, 188; ders., GS Schlichter, 2002, S. 111; ders., ZStW 121 (2009), 1, 17; Vogel, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, 51. EL 2013, Art. 82 AEUV Rn. 5.

256 Kommission, Grünbuch zum Schutz der finanziellen Interessen der Europäischen Gemeinschaften und zur Schaffung einer Europäischen Staatsanwaltschaft, KOM (2001) 715 endg., S. 15.

257 Zu letzterem Problem Rieger, in: Dannecker, Subventionsbetrug, S. 60; allgemein zu den Problemen der Bekämpfung grenzüberschreitender Kriminalität zu Lasten der EG/EU L. Leigh, in: Dannecker, Subventionsbetrug, S. 84 f.

der Exekutive vor.<sup>258</sup> Auch hier haben sich etwa in den USA in der Vergangenheit durchaus Probleme ergeben, weil Einzelstaaten nicht kooperationswillig waren und sich z.B. einer Auslieferung des Beschuldigten in einen anderen Gliedstaat widersetzen.<sup>259</sup>

Auch hinsichtlich der Rechtsgüter der zentralen Ebene können wiederum Probleme entstehen, wenn die dezentralen Ebenen unwillig sind, diese tatsächlich auch durch den Gesetzesvollzug, d.h. die Strafverfolgung, ausreichend zu schützen. Bei bestimmten schweren grenzüberschreitenden Straftaten, die den Gesamtverbund betreffen, wie etwa staatsfeindliche oder terroristische Delikte oder organisiertes Verbrechen, kann es auch sein, dass die Kapazitäten der dezentralen Einheiten erschöpft sind oder eine Koordination verschiedener Behörden notwendig wird. In all diesen Fällen können daher auch zentrale Verfolgungsbehörden notwendig erscheinen, um für eine effektive Ahndung der betreffenden Delikte zu sorgen.<sup>260</sup>

Diesbezüglich ist etwa die Forderung nach einer EStA nicht neu.<sup>261</sup> Nach den Art. 85 ff. AEUV können nun auch zentrale Behörden wie Europol, Eurojust oder eine EStA geschaffen und mit Befugnissen ausgestattet werden, was inzwischen im Hinblick auf Europol und Eurojust auch tatsächlich geschehen ist. In den USA wurde dem Strafrecht des Bundes ein komplettes Strafverfolgungssystem zur Seite gestellt, u.a. aus der Erwägung heraus, dass die Einzelstaaten einerseits nicht willig, andererseits aber auch nicht fähig seien, für eine effektive Strafverfolgung in den Bereichen zu sorgen, welche das Bundesstrafrecht umfasst. Der Einsatz von einzelstaatlichen Behörden zur Ausführung des Bundesrechts war noch unter den Articles of Confederation die Regel gewesen, hatte sich aber nach Auffassung der *Federalists* nicht bewährt.<sup>262</sup> Damit gewährleisten die Bundesbehörden aber nicht nur die wirksame Durchsetzung des Bundesrechts, sondern bieten auch eine Option zur Unterstützung der Gliedstaaten bei organisierter und schwerer grenzüber-

258 Vgl. dazu *Lagodny*, in: Sieber/Brüner/Satzger/v. Heintschel-Heinegg, § 31 Rn. 32 ff.; *Vogel*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, 51. EL 2013, Art. 82 AEUV Rn. 1.; siehe auch *Spencer*, ZIS 2010, 602, 604.

259 Dies war zunächst lange Zeit möglich, da der U.S. Supreme Court in *Kentucky v. Dennison*, 65 U.S. 66 (1861), davon ausgegangen war, dass der Bund die Einzelstaaten nicht zur Auslieferung zwingen konnte; vgl. inzwischen aber *Puerto Rico v. Branstad*, 483 U.S. 219, 230 (1987); vgl. dazu *Reinbacher*, Das Strafrechtssystem der USA, S. 156 ff.

260 So schon das Argument der Kommission für die Einrichtung einer EStA im Grünbuch zum Schutz der finanziellen Interessen der Europäischen Gemeinschaften und zur Schaffung einer Europäischen Staatsanwaltschaft, KOM (2001) 715 endg., S. 15 ff.; erneuert auch im Vorschlag der Kommission für eine Verordnung des Rates über die Errichtung der Europäischen Staatsanwaltschaft, KOM (2013) 534 endg., S. 2.

261 Vgl. nur Kommission, Grünbuch zum Schutz der finanziellen Interessen der Europäischen Gemeinschaften und zur Schaffung einer Europäischen Staatsanwaltschaft, KOM (2001) 715 endg., S. 15 ff.; so jetzt auch der Vorschlag der Kommission für eine Verordnung des Rates über die Errichtung der Europäischen Staatsanwaltschaft, KOM (2013) 534 endg.; ferner *Radtke*, GA 2004, 1, 9 ff.; *Tiedemann*, in: Kreuzer/Scheuing/Sieber, S. 146.

262 Vgl. etwa *Hamilton*, *Federalist* No. 15; dazu *Reinbacher*, Das Strafrechtssystem der USA, S. 47.

schreitender Kriminalität.<sup>263</sup> Denn DEA oder FBI müssen im Gegensatz zu den einzelstaatlichen Strafverfolgungsbehörden nicht an der Grenze Halt machen, da sie im gesamten Gebiet der USA zuständig sind. Auch in den Systemen Deutschlands, Kanadas und des Vereinigten Königreiches von Großbritannien und Nordirland sind zentrale Behörden zur Verfolgung bestimmter Kriminalitätsformen geschaffen worden.<sup>264</sup>

Hinsichtlich der Effizienz ist schließlich eine Kosten-Nutzen-Rechnung anzustellen und zu fragen, ob etwa die Kooperation der dezentralen Ebenen zu übertriebenen Kosten und zeitlichen Verzögerungen führt.<sup>265</sup> Als besonders negativ aus Effizienzerwägungen werden doppelte Verfahren und ganz allgemein die Überschneidung von Behördenzuständigkeiten angesehen.<sup>266</sup> Ferner ist es misslich, wenn auf Grund von Überlappungen des Rechts sich gegenseitig ausschließende Normen bestehen. In diesem Fall bedarf es, wie in föderalen Systemen regelmäßig (zu Gunsten des Bundes) vorgesehen,<sup>267</sup> immerhin einer Kollisions- oder Vorrangregelung. Stehen etwa dezentrale Normen der Geltung der zentralen Vorschriften entgegen, so kann dies einen effektiven Rechtsgüterschutz sogar gänzlich verhindern.

Bei aller Rede von der Effektivität einer strafrechtlichen Kompetenzordnung darf nicht vergessen werden, dass zum einen nicht gerade und nur das Strafrecht überhaupt in allen Fällen geeignet ist, ein bestimmtes gesellschaftliches Problem zu lösen,<sup>268</sup> und dass zum anderen sein Einsatz nicht unverhältnismäßig und nur *ultima ratio* sein darf. Die Freiheitsrechte der Einzelnen sind stets in besonderem Maße als Beschränkung der Ausübung strafrechtlicher Befugnisse zu beachten.<sup>269</sup> Dabei ist zu betonen, dass es im Rahmen dieser Arbeit nur um die Kompetenz geht, nicht aber um die rechtspolitisch konkret zu beantwortende Frage, ob – insbesondere unter Berücksichtigung des *ultima ratio*-Gedankens und des Verhältnismäßigkeitsprinzips – gerade ein Einsatz des Strafrechts notwendig ist und welche Normen konkret zu erlassen wären.<sup>270</sup> Diese Untersuchung widmet sich vielmehr der abstrakten Frage einer möglichen vertikalen Kompetenzverteilung im Mehrebenensystem im Hinblick auf strafrechtsbezogene Befugnisse. Sie darf daher nicht als

263 Brickey, 46 Hastings L.J. 1135, 1140 ff. (1995); Reinbacher, Das Strafrechtssystem der USA, S. 124; Stone/Seidman/Sunstein/Tushnet/Karlan, S. 165 ff.; vgl. insbesondere Schwartz, 13 Law & Contemp. Probs. 64, 73 (1948): „auxiliary federal criminal law“; siehe bereits oben 3. Kapitel B. II. 1. b).

264 Siehe noch unten 5. Kapitel C. I. 2.

265 Vgl. Laufer/Münch, S. 34.

266 Simeon, 8 Queen's L.J. 131, 149 (1982/83).

267 Vgl. etwa Art. 31 GG (Deutschland), U.S. Const. Art. IV cl. 2 (USA) und *Paramountcy Doctrine* (Kanada).

268 Prittwitz, in: Ambos, Europ. Strafrecht, S. 33, weist auf das begrenzte Problemlösungspotenzial des Strafrechts hin; vgl. ferner Sieber, in: Delmas-Marty, Corpus Juris, S. 4; zu Alternativen im Bereich der Betrugsbekämpfung Fromm, Der strafrechtliche Schutz der Finanzinteressen, S. 30 ff.

269 Siehe dazu noch unten 5. Kapitel B. II. 4.

270 Diese Unterscheidung zwischen Kompetenz und materieller Befugnis zum Erlass von Strafnormen trifft auch Böse, ZIS 2010, 76, 87, zu Recht.

Plädoyer für einen verstärkten Einsatz des Strafrechts „auf allen Ebenen“ verstanden werden, welcher auch der Verfasser kritisch gegenüber steht.

Denn die Effektivität der Kriminalitätsbekämpfung kann nicht das einzige Argument sein für den Einsatz von Strafrecht. Hierbei sind weitere Faktoren zu berücksichtigen, die hier auch noch zur Sprache kommen werden.<sup>271</sup> So ist schon aus Gründen des Freiheits- und Grundrechtsschutzes der Bürgerinnen und Bürger sowie im Hinblick auf den *ultima ratio*-Gedanken des Strafrechts besondere Vorsicht angebracht. Anders formuliert: Es erscheint aus der Sicht der hier interessierenden Verteilung der Zuständigkeit z.B. nicht abwegig, eine Kompetenz für Strafnormen aus dem Sachzusammenhang mit der jeweiligen materiellen Zuständigkeit anzunehmen. Ob es allerdings opportun ist, diese zum Schutz der betroffenen Rechtsgüter auch tatsächlich einzusetzen, ist Bestandteil einer nach dem Verhältnismäßigkeitsprinzip<sup>272</sup> vorzunehmenden rechtspolitischen Entscheidung des Einzelfalles. Denn auch die Effektivierung eines bestimmten Zieles erfordert nicht zwangsläufig stets eine strafrechtliche Sanktion.<sup>273</sup> Die Effektivität des Rechtsgüterschutzes ist aber immerhin ein nicht zu ignorierendes (verfassungspolitisches) Kriterium einer ausgewogenen Kompetenzordnung.

### 3. Lokale Vielfalt und Autonomie der Einzelstaaten

Jede Kompetenzverteilung hängt ferner entscheidend von der Frage ab, welche Art von Verbund letztlich geschaffen werden soll. Denn sie kann nicht unbeeinflusst davon sein, ob eine möglichst einheitliche Nation entstehen oder ob das System so weit wie möglich pluralistisch ausgestaltet sein soll. Auch wenn alle bisher angeführten Kriterien (verfassungs-)politische Entscheidungen erfordern, so entwickelt doch gerade die Festlegung des Ausmaßes an Unitarismus, den ein System erzielen soll, in besonderem Maße politische Brisanz, denn es geht bei der Kompetenzordnung schließlich um die Verteilung von Macht zwischen den Ebenen.<sup>274</sup> Hierbei gilt es, plakativ gesprochen, einen Ausgleich zwischen einer Gesamt-Nationenbildung auf der einen und der Erhaltung lokaler Vielfalt und Eigenheit auf der anderen Seite zu finden.<sup>275</sup> Eine an Effektivität und Effizienz ausgerichtete Kompetenzordnung findet die Grenze ihrer Vermittelbarkeit am Grad der Verbundenheit der Bürgerinnen und Bürger mit der jeweiligen Ebene und der damit einhergehenden Bereitschaft zur Solidarität.

Der einzelne Mensch lebt heute regelmäßig in verschiedenen gesellschaftlichen Zusammenhängen, gegenüber welchen er sich zu größerer oder geringerer Loyalität

271 So insbesondere die Freiheitsrechte der Beschuldigten; siehe noch unten 5. Kapitel B. II. 4.

272 Siehe dazu noch unten 5. Kapitel B. II. 4.

273 Böse, ZIS 2010, 76, 87.

274 Pernice, JZ 2000, 866, 867.

275 Simeon, 8 Queen's L.J. 131, 135 ff. (1982/83).

verpflichtet fühlt.<sup>276</sup> Er mag mit der Familie, den Freunden, der Religionsgemeinschaft, der Nachbarschaft, dem Dorf, der Stadt, der Kommune, dem Land, dem Staat, der Nation, der überstaatlichen Union oder gar der Menschheit insgesamt in unterschiedlicher emotionaler Intensität verbunden sein.<sup>277</sup> Hierdurch ergeben sich auch verschiedene kulturelle Zusammenhänge, die im Hinblick auf die Frage nach der Ausgestaltung des Kompetenzsystems unterschiedliche Relevanz entfalten können. Im föderalen oder quasi-föderalen Mehrebenensystem stehen zumindest zwei (wenn nicht sogar noch weitere) institutionalisierte Ebenen zur Selbstverwirklichung und zur Durchsetzung gewisser kultureller Ansätze und politischer Anschauungen zur Verfügung. Die Formel des Föderalismus „Vielfalt in der Einheit“<sup>278</sup> oder auch das Motto der EU „in Vielfalt geeint“<sup>279</sup> belegen, dass hier ein Ausgleich zwischen Einheitsbildung und kultureller Diversität gesucht wird. Dabei können divergierende Grade und Gehalte an lokaler oder gesamtstaatlicher Eigenheit und Loyalität bestehen. So kann es etwa im Bundesstaat durchaus eine kulturelle Prägung sowohl in den Einzelstaaten als auch in Bezug auf den Gesamtstaat geben, ebenso kann sich der Einzelne sowohl dem Bund als auch der lokalen Ebene verbunden fühlen. Zudem können die Werte und Anschauungen in den Einzelstaaten divergieren, möglicherweise aber nicht in allen Bereichen, sodass es durchaus auch einen gesamtstaatlichen Wertekonsens in anderen Feldern geben kann.

Daher stellt sich in jedem Mehrebenensystem die Frage, welche kulturellen Vorstellungen und Werte kompetenzmäßig gesichert werden sollen. Dabei geht es fraglos um Macht, aber eben auch um die Wahrung lokaler Eigenheiten. Grundsätzlich stehen sich diesbezüglich in jedem bündischen System zwei politische Grundströmungen entgegen,<sup>280</sup> wie es aus den Diskussionen um die Entstehung der U.S. Constitution,<sup>281</sup> der kanadischen Föderation sowie dem Ringen um den deutschen Nationalstaat oder die Verwirklichung der EU bekannt ist.

Unionisten/Federalists treten regelmäßig für einen starken Bund ein, ihnen schwebt eine möglichst einheitliche Gesellschaft vor, die Fraktionenbildung vermeidet und das Gesamtgebilde stärkt. Aus ihrer Sicht soll es nur ein (souveränes) Volk geben, das zentrale Interesse soll sich letztlich durchsetzen.<sup>282</sup> Auch in Bezug auf strafrechtlich relevante Probleme werden sie daher regelmäßig eine zentrale Lösung bevorzugen. Dabei muss dann auch nicht unbedingt nur die größere Effektivität eines zentral geregelten Strafrechts im Vordergrund stehen, sondern Antrieb kann vielmehr gerade der Wunsch nach Einheitsbildung und Förderung einer

276 *Simeon*, 8 Queen's L.J. 131, 136 (1982/83).

277 *Simeon*, 8 Queen's L.J. 131, 136 (1982/83).

278 *Lauffer/Münch*, S. 15; vgl. auch *Peters*, S. 183.

279 Vgl. bereits Art. I-8 Abs. 3 VVE.

280 Vgl. *Simeon*, 8 Queen's L.J. 131, 138 (1982/83).

281 Vgl. zu den großen Debatten zwischen den *Federalists* und den *Anti-Federalists* um die U.S. Constitution *Reimbacher*, Das Strafrechtssystem der USA, S. 39 ff.; *Wood*, S. 475 ff.

282 Vgl. *Simeon*, 8 Queen's L.J. 131, 138 (1982/83).

einheitlichen Kultur sein. Nicht zuletzt das Deutsche Reich erlebte bereits kurz nach der Einigung im Jahr 1871 eine weitgehende Vereinheitlichung des Strafrechts, welche u.a. auch der Herausbildung eines einheitlichen Rechtsbewusstseins dienen sollte,<sup>283</sup> dem nach den Erfahrungen der Partikularstaatlichkeit besondere Bedeutung zugemessen wurde.<sup>284</sup> Im Zuge der Nationsbildung wurde die Rechtseinheit als ein Ideal und als besonderer Integrationsfaktor angesehen.<sup>285</sup> Zentrale Kompetenzen, mit denen zentrale Normen geschaffen werden können, sind letztlich insgesamt ein bedeutsamer Faktor der Einheitsbildung.<sup>286</sup> Auch eine europäische Integration könnte z.B. durch ein einheitliches Strafrecht signifikant intensiviert werden.<sup>287</sup>

Lokalist/anti-Federalists verteidigen hingegen ihre lokale Gemeinschaft, im supranationalen Verbund ihren Nationalstaat, den bzw. dessen Volk sie als „soverän“ begreifen und erhalten wollen.<sup>288</sup> Die Kultur des Gliedstaates, die Gesellschaft der einzelnen lokalen *Communities*, erscheint ihnen als das zu verteidigende besondere Gut.<sup>289</sup> Daher sind nach ihrer Sicht auch dezentrale Kompetenzen zwingend erforderlich, durch welche sich die Vorstellungen der örtlichen Gemeinschaft verwirklichen lassen. Auf das Strafrecht bezogen werden sie ebenfalls eher auf dezentrale Kompetenzen setzen, um die Autonomie der dezentralen Ebene möglichst weitgehend zu wahren, sodass auch bei grenzüberschreitenden Sachverhalten nur eine freiwillige Kooperation der dezentralen Ebenen möglich ist, die aus Gründen der Bewahrung der eigenen Rechtsordnung und deren Strukturen bzw. der eigenen „Souveränität“ durchaus auch verweigert werden kann.

Ein bündisches System, das beide Strömungen berücksichtigen will, kommt letztlich nicht umhin, sich unter föderativen Vorzeichen zu gestalten.<sup>290</sup> Ist die Zentrale zu schwach und mit zu wenigen Kompetenzen ausgestattet, droht der Bund zu zerbrechen.<sup>291</sup> Ist sie zu machtvoll und verfügt sie über zu umfassende Kompetenzen, so bleibt von der dezentralen Kultur nicht mehr viel übrig, was auf der dezentralen Ebene ebenfalls zu Unzufriedenheit führen kann. Wie sich das politische Mehrebenensystem ausgestaltet, hängt letztlich auch damit zusammen, unter welchen Vorzeichen es entstanden ist. So haben z.B. in Deutschland eine bereits vorhandene gemeinsame Kultur, Identität und Sprache und ein aufkommender Nationalismus dazu geführt, dass sich vormals unabhängige Staaten vereinigt

283 Zippelius, Verfassungsgeschichte, S. 124; vgl. auch Capus, S. 57; siehe dazu oben 3. Kapitel A. I. 2. b).

284 Vgl. Schwarze, in: v. Holtzendorf/Bezold, S. 384; Stern, Staatsrecht V, S. 365.

285 v. Weber, ZRG GA 77 (1960), 288, 296.

286 Pernice, EuZW 2008, 65.

287 Zuleeg, in: Sieber, Europäische Einigung, S. 45.

288 Simeon, 8 Queen's L.J. 131, 138 (1982/83).

289 Simeon, 8 Queen's L.J. 131, 138 (1982/83).

290 Vgl. schon Dicey (1915; Neuauf. 1982), S. 76: „A federal state is a political contrivance intended to reconcile national unity and power with the maintenance of „state rights“ [...]“.

291 Vgl. insbesondere Madison, The Federalist No. 10 und 14, zu den Vorteilen der engeren Union gegenüber der Fraktionenbildung; vgl. auch Reinbacher, Das Strafrechtssystem der USA, S. 41.

ten,<sup>292</sup> sodass auch die Ausgestaltung der Kompetenzordnung von der Euphorie dieser Vereinigung beflügelt war. Gerade in Deutschland spielte der sich ausbreitende Nationalismus nach der Reichsgründung einen nicht unerheblichen Beweggrund für die Zentralisierung der Strafrechtskompetenzen und des Strafrechts insgesamt durch eine umfassende zentrale Kodifikation.<sup>293</sup>

Daneben können aber durchaus auch andere Erwägungen bei der Vereinigung zum Tragen kommen, wie etwa wirtschaftliche Gründe, wenn das Entstehen eines gemeinsamen Marktes angestrebt wird, was nicht nur in der EU als logische Folge des Wirtschaftsliberalismus erschien,<sup>294</sup> sondern durchaus auch in den USA<sup>295</sup> oder in Kanada<sup>296</sup> ein gewichtiger Aspekt der Vereinigung war. Des Weiteren spielte oftmals die Verteidigung nach außen<sup>297</sup> oder gar die Eröffnung der Möglichkeit einer weiteren Expansion eine besondere Rolle.<sup>298</sup> Schließlich haben gerade in der EU die endgültige Beilegung von Konflikten und die Verhinderung von Kriegen in der Zukunft den Anstoß zur Union gegeben.<sup>299</sup>

Betrachtet man diese Hintergründe, so wird einerseits klar, dass der Wunsch nach zentralen Kompetenzen und Rechtseinheit von unterschiedlichen Motiven getragen und daher auch die konkrete Kompetenzordnung sehr verschieden ausgestaltet sein kann. Andererseits sollte damit deutlich werden, dass ein System sich nicht nur nach demokratischer Mitbestimmung und Effektivität ausrichtet, sondern eben auch nach den – insoweit allerdings kaum zu verallgemeinernden – singulären Umständen des jeweiligen Zusammenschlusses. Ist die Diversität zwischen den einzelnen im Bund vereinigten Kulturen sehr groß oder sind die Bürgerinnen und Bürger der dezentralen Ebene besonders verbunden, so erscheint ein allzu zentrales System kaum vermittelbar. Selbst das Vereinigte Königreich von Großbritannien und Nordirland hat dem Nationalgefühl der Schotten u.a. durch ein eigenes (Straf-)Rechtssystem zu entsprechen versucht, letztlich aber auch die *devolution* eingeleitet, um größere Bürgernähe zu gewährleisten. In Kanada waren etwa die Differenzen zwischen den französisch- und den englischsprachigen Landesteilen so groß, dass nur ein föderaler Zusammenschluss in Betracht kam.<sup>300</sup> Der historische und kulturelle Kontext der Entstehung eines Mehrebenensystems ist demnach sehr

292 Zur Entstehung des deutschen Nationalstaates siehe oben 3. Kapitel A. I. 2. b).

293 Sieber, in: Sieber/Brüner/Satzger/v. Heintschel-Heinegg, Einführung Rn. 29, 238; zu den Hintergründen der Kodifikation Sieber/Engelhart, RW 2012, 364, 381 ff.

294 Zu ökonomischen Theorien der Integration vgl. Bieber, in: Bieber/Epiney/Haag, § 1 Rn. 46; Kohler-Koch/Conzelmann/Knodt, S. 49 ff.; zur Entstehung und Entwicklung der Europäischen Gemeinschaften und der EU siehe oben 4. Kapitel A. II.

295 Hamilton, The Federalist No. 11-13.

296 *Constitutional Law Group*, S. 78 f.

297 Vgl. für die USA Jay, The Federalist No. 7; in Bezug auf Kanada vgl. *Constitutional Law Group*, S. 78; Riker, S. 27; Simeon/Papillon, in: Majeed/Watts/Brown, S. 98.

298 Dies klingt bei Madison, The Federalist No. 10, im Hinblick auf die USA immerhin an; vgl. Reinbacher, Das Strafrechtssystem der USA, S. 41; in Bezug auf Kanada siehe *Constitutional Law Group*, S. 78.

299 Kohler-Koch/Conzelmann/Knodt, S. 31.

300 *Constitutional Law Group*, S. 79; Simeon/Papillon, in: Majeed/Watts/Brown, S. 98.

bedeutsam für die Aufteilung von Macht zwischen den Ebenen.<sup>301</sup> Allerdings haben sich die einzelnen Systeme bei der Verfassungsgebung durchaus auch an den ihnen bekannten Beispielen orientiert.<sup>302</sup> Die kanadische Verfassung sollte z.B. gerade nicht dem Vorbild der U.S. Constitution folgen.<sup>303</sup> Nicht zuletzt das Strafrecht sollte einheitlich geregelt sein, da nach Auffassung von *MacDonald* die Erfahrung mit dem US-amerikanischen System gelehrt hatte, dass die Existenz verschiedener Strafgesetze auf einzelstaatlicher Ebene eine der besonderen Schwächen der U.S. Constitution sei.<sup>304</sup>

Die untersuchten Systeme waren dabei jeweils Phasen unterworfen, die in unterschiedlicher Weise von zentrifugalen oder zentripetalen Kräften geprägt waren.<sup>305</sup> Jede konstitutionelle Lösung ist daher nur eine Momentaufnahme. Auch die Distribution der Zuständigkeiten hat sich insoweit nicht als statisch erwiesen, sondern den Veränderungen der politischen und gesellschaftlichen Verhältnisse angepasst.<sup>306</sup>

So hat sich in Deutschland in der Zeit nach der Reichsgründung, wie bereits erwähnt, trotz der vielfältigen einzelstaatlichen Vergangenheit, kulturellen Unterschiede und Antagonismen zwischen den fusionierten Staaten eine zentripetale Tendenz herausgebildet, welche sich etwa auch in der Konzentration der Gesetzgebungsbefugnisse beim Reich – durch extensive Ausnutzung der (konkurrierenden) Kompetenzen – äußerte und im Strafrecht zum Erlass der umfassenden zentralen Kodifikationen StGB und StPO führte.<sup>307</sup> Gleichwohl war das Reich noch besonders von der einzelstaatlichen Macht Preußen dominiert. Nach dem ersten Weltkrieg verstärkte sich der Unitarismus indessen weiter.<sup>308</sup> Auch die nach dem zweiten Weltkrieg wieder neu entstandene föderale Ordnung behielt im Wesentlichen den Besitzstand bei, da v.a. auch das BVerfG dafür sorgte, dass die bestehenden Gesetze erhalten blieben, und aus diesem Grunde auch die verfassungsmäßigen Kompetenzen entsprechend auslegte.<sup>309</sup> Insbesondere die Einräumung eines weiten Ermessens im Hinblick auf die Bedürfnisklausel des Art. 72 Abs. 2 GG a.F. seitens des BVerfG trug wesentlich zur Ausweitung der Bundestätigkeit im Bereich der

301 *Watts*, in: Majeed/Watts/Brown, S. 323.

302 *Watts*, in: Majeed/Watts/Brown, S. 335.

303 *Watts*, in: Majeed/Watts/Brown, S. 335; siehe auch bereits oben 3. Kapitel C. I.

304 *MacDonald*, in: Parliamentary Debates on the Subject of the Confederation of the British North American Provinces, 3rd Session, 8th Provincial Parliament of Canada, Quebec (1865), S. 40 f.; vgl. zu dieser Begründung auch *Friedland*, *A Century of Criminal Justice*, S. 48; *ders.*, (1967) 17 U.T. L.J. 66; siehe bereits oben 3. Kapitel C. I.

305 Vgl. für Deutschland *Lauffer/Münch*, S. 25.

306 So generell für föderale Systeme *Watts*, in: Majeed/Watts/Brown, S. 339.

307 Siehe dazu oben 3. Kapitel A. I. 2. b).

308 *Lauffer/Münch*, S. 59 ff.

309 Siehe oben 3. Kapitel A. I. 2. e).

Gesetzgebung bei.<sup>310</sup> Föderalismus-Reformen nach der Wende sollten in der jüngeren Vergangenheit die Länder dann aber wieder stärken.<sup>311</sup>

In den USA haben Phasen des sog. „gerichtlichen Nationalismus“<sup>312</sup> im U.S. Supreme Court oder *Roosevelts New Deal* in den 1930er Jahren das föderale System entscheidend zentralisiert, welches in seinen Anfängen und konstitutionellen Ansätzen sehr dezentralisiert ausgerichtet war.<sup>313</sup> In jüngerer Zeit lassen sich wieder gegenläufige Tendenzen beobachten.<sup>314</sup> Kanada entschied sich gleich zu Anfang für ein zentraleres System, erlebte in der Folge aber, bestärkt durch die Entscheidungen des Privy Council und das kontinuierliche Streben der Provinz Quebec nach Unabhängigkeit und ihre „stille Revolution“, eine entscheidende Wende hin zur Dezentralisierung.<sup>315</sup> Im Vereinigten Königreich von Großbritannien und Nordirland hat sich der Unionsstaat erst kürzlich durch die *devolution* in völlig neuartiger Weise gewandelt und eine deutlich dezentralisiertere Form angenommen.<sup>316</sup> Die EU zeichnet sich bislang durch eine kontinuierliche Ansammlung von Kompetenzen auf der zentralen Ebene aus, was aber in ihrer Logik liegt, da sich die politische Einigung der Bürgerinnen und Bürger nur allmählich in Form eines Prozesses vollzieht und das Prinzip der Einzelermächtigung<sup>317</sup> für bestimmte Politikbereiche maßgeblich ist. Es erscheint jedoch nicht ausgeschlossen, dass sie in der Zukunft eine andere Richtung einschlagen und gewisse Kompetenzen wieder an die Mitgliedstaaten zurückführen könnte.

All diese Entwicklungen haben stets auch das Strafrecht erfasst. Dies erstaunt wenig, denn es handelt sich auch hier um eine hoheitliche Kompetenz, die zwischen den Ebenen zu verteilen und damit ebenso abhängig von der Ausrichtung des politischen Systems ist. Die oben<sup>318</sup> skizzierte Diskussion um „Souveränität“ sowie kulturelle und „nationale Identität“ der Mitgliedstaaten, die in besonderer Weise auch im Hinblick auf das Strafrecht geführt wird, dreht sich neben der Frage der demokratischen Selbstbestimmung gerade auch um den politisch besonders brisanten Bereich der Entscheidung zwischen Einheit und Vielfalt. Überspitzt könnte man formulieren, dass sich auch die Debatte um das Strafrecht möglicherweise auf die einleitend zu diesem Abschnitt formulierte Frage reduzieren lässt: Wie soll das

310 Siehe oben 3. Kapitel A. I. 2. e).

311 Siehe oben 3. Kapitel A. I. 2. e).

312 *Sutton*, in: ders., S. 8, 77 ff.

313 Vgl. dazu *Jackson/Tushnet*, S. 932; *Katz*, in: *Majeed/Watts/Brown*, S. 307 ff.; *Reinbacher*, Das Strafrechtssystem der USA, S. 60 ff., 66 ff.; siehe bereits oben 3. Kapitel B. II. 1. b).

314 Dazu *Reinbacher*, Das Strafrechtssystem der USA, S. 72 f.

315 Vgl. dazu *Simeon/Papillon*, in: *Majeed/Watts/Brown*, S. 102; siehe bereits oben 3. Kapitel C. I.

316 Siehe dazu oben 3. Kapitel D. I.

317 *Oppermann*, in: *Oppermann/Classen/Nettesheim*, § 4 Rn. 21; zum Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung ausführlich oben 4. Kapitel A. III. 2. a).

318 Oben 2. Kapitel C. IV. 2. c) bb) und cc).

bündische System aussehen? Welche Macht soll gerade der traditionelle Nationalstaat in der EU noch haben?<sup>319</sup>

Auch die anderen hier beschriebenen Systeme haben sich mit dieser Frage auseinandersetzen müssen und tun dies immer noch. Nicht nur die EU, sondern auch Kanada und das Vereinigte Königreich von Großbritannien und Nordirland, haben auf die starke kulturelle und emotionale Bindung der Menschen an bestimmte Landesteile, die sich zuweilen gar in separatistischen Tendenzen äußert, mit der Einräumung größerer Autonomie an diese dezentralen Einheiten reagiert, obgleich die beiden zuletzt genannten Systeme ursprünglich zentral ausgerichtet waren. Dadurch ist jeweils eine gewisse Asymmetrie des Gesamtsystems entstanden, indem z.B. Dänemark, der Republik Irland, dem Vereinigten Königreich von Großbritannien und Nordirland oder Polen innerhalb der EU, Quebec innerhalb von Kanada und Schottland innerhalb des Vereinigten Königreiches von Großbritannien und Nordirland weitaus mehr Rechte zustehen als anderen Mitgliedstaaten, Provinzen oder Nationen.

Auch diese Sonderrechte können das Strafrecht betreffen. Schottland verfügt schon seit langem über ein eigenes Strafrechtssystem und in der EU haben sich Irland und das Vereinigte Königreich von Großbritannien und Nordirland eine *Opt-in*-Klausel hinsichtlich des Raumes der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts vorbehalten<sup>320</sup> und auch Dänemark beteiligt sich nicht daran.<sup>321</sup> Dem Grundsatz nach nehmen diese Mitgliedstaaten nicht an den entsprechenden Maßnahmen der EU teil, können sich jedoch im Einzelfall jeweils entscheiden, diese doch anzunehmen. In ähnlicher Weise sind einige Staaten auch nicht Mitglieder des Schengener Abkommens, können aber auch hier den „*Schengen-Acquis*“ mit Zustimmung der EU ganz oder in Teilen annehmen.<sup>322</sup> Das Vereinigte Königreich von Großbritannien und Nordirland hat inzwischen die Vorschriften des SDÜ, welche die Zusammenarbeit im Strafrecht betreffen, übernommen.<sup>323</sup>

Insgesamt ist daher zu konstatieren, dass die Aufteilung der Kompetenzen jeweils auch von ihren historischen, kulturellen, wirtschaftlichen und geografischen

319 Vgl. auch Vogel, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, 51. EL 2013, Art. 83 AEUV Rn. 20, der zutreffend darauf hinweist, dass es letztlich auch bei der Diskussion um die Strafrechtskompetenzen in der EU „in realistischer Perspektive um die Machtverteilung im Verhältnis der Mitgliedstaaten zur Union“ gehe.

320 Protokoll über die Position des Vereinigten Königreiches und Irlands hinsichtlich des Raums der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts vom 17.12.2007, ABl. 2007 Nr. C 306, S. 185; Protokoll Nr. 21 zum AEUV, ABl. 2008 Nr. 115, S. 295; vgl. dazu Mitsilegas, S. 53 ff.; Röben, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, 51. EL 2013, Art. 67 EUV Rn. 41 ff.; Spencer, ZIS 2010, 602.

321 Protokoll Nr. 22 zum AEUV über die Position Dänemarks, ABl. 2008 Nr. 115, S. 299; dazu Gleß, Intern. Strafrecht, Rn. 434.

322 Vgl. dazu Hecker, Europ. Strafrecht, § 5 Rn. 30.

323 Vgl. die Zustimmung im Beschluß 2000/365/EG des Rates vom 29. Mai 2000 zum Antrag des Vereinigten Königreiches Großbritannien und Nordirland, einzelne Bestimmungen des Schengen-Besitzstands auf sie anzuwenden, ABl. 2000 Nr. L 131, S. 43, inklusive der dortigen Aufzählung der einzelnen Bestimmungen. Vgl. aber den erst jüngst erfolgten *Opt-out* des Vereinigten Königreiches von Großbritannien und Nordirland aus dem *Acquis* im Bereich der polizeilichen und justiziellen Zusammenarbeit in Strafsachen; dazu Brodowski, ZIS 2013, 455, 458 f.

Faktoren abhängig ist.<sup>324</sup> Anders formuliert: Ein bestimmtes Kompetenzmodell lässt sich nicht ohne weiteres in allen Mehrebenensystemen anwenden und politisch vermitteln. Im Hinblick auf das Verteilungskriterium der lokalen Identität lässt sich stark verallgemeinernd sagen, dass ein System auch kompetenzmäßig desto zentraler organisiert sein kann, je geringer die kulturellen und sprachlichen Divergenzen sind, und desto dezentraler, je stärker die kulturellen Bindungen der Bürgerinnen und Bürger an ihre dezentrale politische Ebene ausfallen.<sup>325</sup>

Nach dieser Logik wird es auch erklärbar, dass im sprachlich einheitlichen Deutschland leichter eine Identifikation mit dem Nationalstaat erreicht werden konnte und dass deshalb das Gesamtsystem sich reibungsloser zentralisieren konnte bzw. in der Gesetzgebung heute einen solchen Grad an Zentralismus erreicht hat, dass es als unitarisch erscheint. Kanada, das einen sprachlichen und kulturellen Dualismus zwischen den englisch- und den französischsprachigen Provinzen bewältigen muss, hat sich hingegen stark dezentralisiert, d.h. die vom Verfassungsgeber ursprünglich anvisierte Zentralisierung ließ sich auf Dauer politisch nicht durchhalten.

Die Loyalitäten der Einzelnen erfahren stets höhere Abstraktionsgrade, je größer das politische Territorium wird und sich von Familie, Dorf, Gemeinde und Stadt entfernt.<sup>326</sup> Insofern muss es dem politischen System gelingen, für entsprechende Identifikation auf der zentralen Ebene zu sorgen, um bessere demokratische Strukturen zu schaffen,<sup>327</sup> aber eben auch, um Kompetenzen vermittelbar zu machen. Soll das System nach Ansicht des Verfassungsgebers – etwa aus Gründen der Effektivität oder der Gleichbehandlung der Bürgerinnen und Bürger – zentralisierter ausgestaltet werden, so gilt es, die Identifikation mit der zentralen Ebene zu stärken. Neben eine lokale oder nationale kann dann z.B. auch eine europäische Identität treten.<sup>328</sup> Wie die komparative Studie beweist, kann dies gerade auch erst im Rahmen eines Prozesses geschehen. Auch die deutsche Nation hat sich etwa in Jahrhunderten herausgebildet, die Loyalität der Deutschen gegenüber dem Gesamtstaat musste über einen längeren Zeitraum erst erworben werden und konnte sich nur allmählich gegen die Verbundenheit mit den Territorien durchsetzen. Hierin liegt denn auch die große Aufgabe der EU. Herrschen in einer modernen pluralistischen Gesellschaft in einzelnen Bereichen durchaus starke Unterschiede in den Ansichten, die sich auch auf das Strafrecht oder das Strafverfahrensrecht auswirken, so kann die Kompetenzordnung also einerseits die Möglichkeit eröffnen, diesen unterschiedlichen Strömungen schon durch die Verteilung der Zuständigkeit etwa für die Gesetzgebung Rechnung zu tragen, wenn und soweit sie erhalten bleiben sollen.

324 *Watts*, in: *Majeed/Watts/Brown*, S. 324.

325 *Watts*, in: *Majeed/Watts/Brown*, S. 324.

326 *Habermas*, *Die postnationale Konstellation*, S. 36.

327 *Habermas*, *Die postnationale Konstellation*, S. 36.

328 Vgl. *Benz*, *Politik in Mehrebenensystemen*, S. 48, der von „multiplen Identitäten“ spricht.

Der Verfassungsgeber kann sich andererseits aber auch entschließen, diese Unterschiede im Dienste eines Einheitsbewusstseins zu beseitigen. Dies wäre dann eine bewusste Entscheidung für den Zentralismus, deren Annahme sich allerdings erst im Laufe der Zeit und im politischen Alltag beweisen muss.

Das Strafverfahren gilt oftmals als besonderes Beispiel für Unterschiede,<sup>329</sup> etwa zwischen dem Geschworenenprozess in Ländern, die in der Tradition des *common law* stehen, und dem deutschen Strafprozess mit seiner Verfahrensstellung des Richters. Aber auch die Frage, ob und in welcher Intensität der Schutz bestimmter Rechtsgüter erfolgen soll, wird in verschiedenen Gegenden durchaus abweichend beurteilt. So ist beispielsweise auch die deutsche Gesellschaft in den einzelnen Ländern kulturell durchaus unterschiedlich geprägt, Bayern und Berliner könnten z.B. durchaus andere Auffassungen über Fragen des Drogenkonsums oder des Schwangerschaftsabbruches haben, auf der Ebene der Strafgesetzgebung lässt sich dies jedoch wegen der (inzwischen) vom Bund okkupierten Zuständigkeit nicht berücksichtigen. Diese Entscheidung traf bereits die RV 1871, obwohl damals diverse Monarchien und Einzelstaaten vereinigt wurden. Heute haben die Deutschen gelernt, mit einem einheitlichen Strafrecht zu leben.

In den USA stehen hingegen den dezentralen Einheiten weitgehende Strafrechtskompetenzen zu, sodass sie ihre rechtspolitischen Vorstellungen und Werte verwirklichen können. So wie hinsichtlich der verfassungsmäßigen Kompetenzverteilung insgesamt,<sup>330</sup> ist besonders die Frage der Abwägung zwischen (notwendigem) Zentralismus und lokaler Pluralität eine politische Entscheidung, die nach Einzelbereichen divergieren kann und sich wissenschaftlich nur zu einem gewissen Grade vorbereiten lässt.<sup>331</sup> Sie beurteilt sich auch anhand der Frage, welche Ergebnisse erreicht werden sollen. Ist es beispielsweise das politisch gewollte Ziel des Mehrebenensystems, einen gemeinsamen Rechtsraum zu schaffen, so muss die zentrale Ebene über entsprechende Kompetenzen verfügen.

Auf das Strafrecht bezogen sollte jedoch zum einen nicht außer Acht gelassen werden, dass, wie bereits oben<sup>332</sup> für die EU angeführt, nicht in allen rechtspolitischen, aber auch dogmatischen, Fragen überhaupt gravierende Unterschiede zwischen den einzelnen dezentralen Ebenen bestehen.<sup>333</sup> Zum anderen kann, wie erläutert,<sup>334</sup> aus der kulturellen Bindung der Normen kein kategorialer Einwand dergestalt hergeleitet werden, dass eine Übertragung von Kompetenzen auf die zentrale Ebene schlichtweg ausgeschlossen wäre. Es handelt sich vielmehr um einen Parameter unter mehreren, der bei der Abwägung über die Kompetenzverteilung eine

329 Vgl. Heger, Recht und Politik 2012, 88, 89.

330 Vgl. Benz, Politik in Mehrebenensystemen, S. 22.

331 Benz, Politik in Mehrebenensystemen, S. 31.

332 Oben 2. Kapitel C. IV. 2. c) cc) und 2. Kapitel C. IV. 3.

333 Safferling, Intern. Strafrecht, § 11 Rn. 7; Vogel, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, 51. EL 2013, Art. 83 AEUV Rn. 19; vgl. auch Sieber, JZ 1997, 369, 373.

334 Siehe bereits oben 2. Kapitel C. IV. 2. c) cc) und 2. Kapitel C. IV. 3.

Rolle spielt, aber kein absolutes Blockadekriterium bildet. Denn schließlich könnte vom Verfassungsgeber auch eine kulturelle Vereinheitlichung (im Strafrecht) angestrebt sein,<sup>335</sup> um einheitliche Werte zu etablieren.

Es sollte auch nicht vergessen werden, dass der Großteil der Unterschiede in den Rechtsordnungen durch die Parlamente geschaffen wurde,<sup>336</sup> die Delikte sind *mala prohibita* und nicht unbedingt kulturell-determiniert oder durch Tradition gewachsen.<sup>337</sup> Tritt ein zentrales Parlament hinzu, kann diesem also die Funktion zukommen, ebenfalls Strafrecht zu setzen, jedenfalls in den Grenzen eines freiheitlich-rechtsstaatlichen Strafrechts als *ultima ratio*.<sup>338</sup> Zumindest in den Kernbereichen dürften die Anschauungen auch nicht zu weit auseinander liegen, sodass es sogar sein könnte, dass sich gerade im Strafrecht, das als *ultima ratio* nur besonders starke Verstöße gegen gewichtige Werte ahnden soll, ein Konsens – zumindest über den Kerngehalt<sup>339</sup> – unter Umständen sogar leichter erzielen ließe als in anderen Bereichen.<sup>340</sup> In Randbereichen, wie etwa bei der Betäubungsmittelkriminalität oder der Sterbehilfe, können die Auffassungen hingegen divergieren. Für Deutschland lässt sich als spezielles Delikt § 130 StGB anführen, der historisch zu erklären und insofern ein Spezifikum dieses Landes ist und sich folglich in anderen Mitgliedstaaten der EU in dieser Form nicht findet.<sup>341</sup> Es kann aber auch sein, dass der Schutz bestimmter Rechtsgüter eine so gewichtige Bedeutung für das Gesamtsystem hat oder nur die zentrale Ebene betrifft, da es sich z.B. um die Verteidigung ihrer eigenen Institutionen und Finanzmittel handelt, dass die Beseitigung von Unterschieden gerade notwendig erscheint.

Daher ist im Hinblick auf den Erhalt von kultureller Vielfalt im Strafrecht<sup>342</sup> und Strafverfahren folgerichtig jeweils zu fragen:<sup>343</sup> (1) Bestehen im Hinblick auf den Schutz der betroffenen Rechtsgüter überhaupt Unterschiede in den Anschauungen (sowohl im Hinblick auf die Strafwürdigkeit als auch auf alternative Lösungsstrategien) oder in der Dogmatik oder ist das Strafverfahren sehr unterschiedlich ausgestaltet? (2) Sollen diese Divergenzen gewahrt werden oder sollen nicht vielmehr in bestimmten Bereichen übergreifende Standards, Wertesysteme oder einheitliche Strukturen geschaffen werden? Letztere Entscheidung kann dadurch beeinflusst

335 So weist *Zuleeg*, in: Sieber, Europäische Einigung, S. 45, darauf hin, dass es in der EU gerade das Ziel sein könnte, ähnlich wie 1871 im Deutschen Reich, ein einheitliches Strafrecht als Einigungsfaktor einzusetzen.

336 Vgl. auch *Schünemann*, ZIS 2007, 528, 529.

337 *Heger*, in: Giegerich, S. 166; *ders.*, Recht und Politik 2012, 88, 90; siehe bereits oben 2. Kapitel C. IV. 2. c) cc).

338 Insofern weist *Schünemann*, in: *ders.*, Alternativentwurf, S. 78 f., zu Recht darauf hin, dass der Einsatz des Strafrechts nicht völlig im Belieben des jeweiligen Gesetzgebers steht.

339 Vgl. zu diesem *F. Meyer*, ZStW 123 (2011), 1, 6 ff.

340 *Sieber*, GS Schlüchter, 2002, S. 110.

341 *F. Meyer*, ZStW 123 (2011), 1, 9.

342 Für einen solchen etwa *Deiters*, ZIS 2006, 472; vgl. auch *Klip*, 12 MJ 2 (2005), 115, 118.

343 Vgl. auch *Sieber*, ZStW 119 (2007), 1, 14; *ders.*, in: Sieber/Brüner/Satzger/v. Heintschel-Heinegg, Einführung Rn. 180.

sein, dass (a) die Werte – für die Gesamtheit oder für den lokalen Bereich – besonders wichtig sind, (b) die Identität – auf der zentralen oder auf der dezentralen Ebene – durch übereinstimmende bzw. abweichende Werte gesichert werden soll, oder (c) es sich (nicht) um ein Problem mit das Gesamtgebilde betreffender Tragweite handelt.

Hier mag man in der einen oder der anderen Hinsicht zahlreiche Beispiele bemühen. Das BVerfG<sup>344</sup> hat z.B. kompetenzielle Grenzen der EU im Hinblick auf das Schuldprinzip des deutschen Strafrechts, das aus der Menschenwürde folge,<sup>345</sup> geltend gemacht. Das Schuldprinzip gehöre zu der nach Art. 79 Abs. 3 GG geschützten „unverfügbaren Verfassungsidentität“.<sup>346</sup> Diesen Bedenken könne dadurch Rechnung getragen werden, dass der deutsche Vertreter gegebenenfalls im Rat die „Notbremse“ der Art. 82 Abs. 3, 83 Abs. 3 AEUV nach Maßgabe des deutschen Bundestages ziehe.<sup>347</sup> Immerhin ist auch diese aber ein Bestandteil der Kompetenzordnung.

Letztlich erfordert es ein föderatives oder quasi-föderatives Mehrebenensystem, dass gewisse, nicht ganz unbedeutende Bereiche von den Einzelstaaten geregelt werden, da sonst ein unitarisches System entstünde.<sup>348</sup> Bei der Bestimmung des Umfanges geht es ganz konkret um die Verteilung politischer Macht. Werden in dem Verbund starke und selbstbewusste Staaten vereinigt, so werden sie versuchen, sich ausreichende Kompetenzen zu sichern. Die entsprechende Diskussion wird auch unter dem Schlagwort „souveräne Staatlichkeit“ geführt.<sup>349</sup> Die Argumente müssen hier nicht wiederholt werden. Es sei jedoch daran erinnert, dass auch hier die Frage eine gewichtige Rolle spielt, inwieweit der Einzelstaat überhaupt noch in der Lage ist, effektive Ergebnisse zu erzielen. In den Bereichen, die seine Handlungsmöglichkeiten übersteigen, bedeutet ein Zuwachs an Hoheitsrechten auf der zentralen Ebene keinen „Souveränitätsverlust“,<sup>350</sup> sondern einen Zugewinn an Handlungsspielräumen.<sup>351</sup> In diesen Feldern ist daher auch der Schutz der nationalen Kultur bzw. der souveränen Staatlichkeit ein unzureichendes Argument. Aus der Sicht der Bürgerinnen und Bürger geht es dann vielmehr um die Ausgestaltung der demokratischen Legitimation. Sollen im Übrigen eine Pluralität der Meinungen und kulturelle Eigenheiten gewahrt werden, so kann es aber durchaus angezeigt

344 BVerfGE 123, 267, 413; vgl. dazu bereits oben 2. Kapitel C. IV. 2. b).

345 BVerfGE 90, 145, 173.

346 BVerfGE 123, 267, 413.

347 BVerfGE 123, 267, 413 f.

348 Vgl. etwa Hogg, S. 515: „[...] a federal system necessarily involves a substantial subordination of the value of uniformity to that of provincial autonomy even where there is no objective necessity for regional variations“.

349 Siehe dazu oben 2. Kapitel C. IV.

350 Vgl. Peters, S. 189; vgl. auch Pernice, EuZW 2008, 65: Die „Übertragung“ von Hoheitsrechten an die EU führe nicht zu einem Kompetenzverlust der Mitgliedstaaten, sondern ermögliche erst effizientes Handeln.

351 Siehe oben 2. Kapitel C. IV. 1. g).

sein, den dezentralen Ebenen etwa die Entscheidung über die Strafbarkeit des Eigenkonsums von Drogen zu überlassen.<sup>352</sup>

#### 4. Rechtsstaatlichkeit und Beschuldigtenrechte

Soll ein rechtsstaatlich legitimes Strafrechtssystem für eine bestimmte Rechtsordnung mit mehreren Ebenen geschaffen werden, so darf es indessen nicht nur darum gehen, dass das hoheitliche Handeln hinreichend demokratisch legitimiert ist und für eine ausreichende Effektivität im Hinblick auf den strafrechtlichen Schutz der Rechtsgüter gesorgt wird. Auch kann sich das Gesamtsystem nicht alleine davon leiten lassen, wie hoch die Akzeptanz zentraler Kompetenzen oder wie stark die kulturelle Verbundenheit mit der dezentralen Ebene ausgeprägt ist. Moderne demokratische Mehrebenensysteme müssen vielmehr auch dem Rechtsstaatsprinzip und den Menschenrechten verpflichtet sein.<sup>353</sup> Dies gilt nicht nur in staatlichen Systemen, die verfassungsmäßige Grundrechte der Einzelnen vorsehen, sondern auch im Völkerrecht hat sich der Gedanke des Schutzes des Individuums durchgesetzt.<sup>354</sup> So muss jedes rechtsstaatliche Strafrechtssystem einen Ausgleich zwischen Effektivität und Funktionstüchtigkeit der Strafrechtspflege auf der einen und den Rechten der Beschuldigten auf der anderen Seite schaffen.<sup>355</sup>

Für die EU konstatiert Art. 23 Abs. 1 S. 1 GG, dass diese nicht nur demokratischen und föderativen, sondern auch rechtsstaatlichen Grundsätzen verpflichtet ist. Diese Vorgabe spricht auch die Präambel des EUV aus, indem sie die Rechtsstaatlichkeit explizit als universellen Wert der EU benennt.<sup>356</sup> Art. 6 EUV verpflichtet die EU zur Wahrung der in GRC und EMRK verbrieften Rechte. Schließlich betont auch Art. 2 EUV, dass die Union sich auf die Werte der Achtung der Menschenwürde, Freiheit, Demokratie, Gleichheit, Rechtsstaatlichkeit und der Wahrung der Menschenrechte einschließlich der Rechte der Personen, die Minderheiten angehören, gründet. Die EU versteht sich demnach insbesondere als Rechtsgemeinschaft.<sup>357</sup> Das Rechtsstaatsprinzip, im Vereinigten Königreich von Großbritannien und Nordirland als *rule of law* bezeichnet,<sup>358</sup> gehört auch in sämtlichen Mitglied-

352 Vgl. auch Vogel, GA 2003, 314, 317.

353 Sieber, ZStW 121 (2009), 1, 8 ff., leitet dies für die EU zutreffend aus der Zielsetzung der Gewährleistung von Freiheit her. Vgl. ferner Braum, Europäische Strafgesetzmäßigkeit, S. 194 f., welcher in seiner Kritik am Corpus Juris dessen Ausrichtung an Effizienzerwägungen bemängelt und ein „Defizit an Strafgesetzmäßigkeit“ sowie ein „prozessuales Fairneßdefizit“ ausmacht.

354 Gleß, ZStW 125 (2013), 573, 604, weist auf den „Siegeszug der Menschenrechte“ auch im internationalen Diskurs hin.

355 Fuchs, ZStW 116 (2004), 368, 371.

356 Hilf/Schorkopf, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, 51. EL 2013, Art. 2 EUV Rn. 34; Scholz, in: Maunz/Dürig, 69. EL 2013, Art. 23 Rn. 76.

357 Grzeszick, in: Maunz/Dürig, 69. EL 2013, Art. 20 VII Rn. 163; Hilf/Schorkopf, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, 51. EL 2013, Art. 2 EUV Rn. 34; Pernice, in: Dreier, Art. 23 Rn. 56; Terhechte, EuR 2008, 143, 182 ff.

358 Dazu Forster, in: Sieber/Cornils, S. 150; Leyland, S. 48 ff.

staaten zur Verfassungstradition.<sup>359</sup> In Deutschland wird es insbesondere durch die Art. 1, 20 Abs. 3 GG gewährleistet.<sup>360</sup>

Auch wenn einerseits die Bestandteile des Rechtsstaatsprinzips nicht abschließend geklärt sind<sup>361</sup> und andererseits in der EU teilweise eine andere Bedeutung haben können als in den einzelnen Mitgliedstaaten,<sup>362</sup> so gehören doch bestimmte Inhalte fraglos dazu, welche auch hier von Interesse sind. Erfasst sind u.a. der Schutz von Menschen- und Grundrechten, die Gewaltenteilung, die Rechtssicherheit, die Gewährleistung von Rechtsschutz durch unabhängige Gerichte und von rechtllichem Gehör, die Verfassungsbindung der öffentlichen Gewalt sowie die Bindung der öffentlichen Hoheitsträger an Recht und Gesetz.<sup>363</sup> Zwar handelt es sich dabei im Wesentlichen um Fragen, welche die konkrete Wahrnehmung und Ausübung von Hoheitsrechten betreffen, jedoch muss dem Rechtsstaatsprinzip nach hier vertretener Ansicht bereits auf der Ebene der vertikalen Kompetenzverteilung Rechnung getragen werden.

Zu einigen diesbezüglich relevanten Punkten wurde bereits Stellung genommen. So wurde erläutert, dass aus Erwägungen der Rechtssicherheit erstens die Wirksamkeit des Rechts gewährleistet sein muss.<sup>364</sup> Zweitens sollte die Kompetenzverteilung so gestaltet sein, dass sie die Zuständigkeiten klar erkennen lässt,<sup>365</sup> was dazu dient, dass Probleme behandelt werden können, ihre Bewältigung nicht durch Zuständigkeitsfragen gehemmt und das hoheitliche Handeln berechenbar und vorhersehbar wird.<sup>366</sup> Drittens wurde darauf hingewiesen, dass bestimmte zentrale Werte, wie allgemeine Grund- und Menschenrechte, unter Umständen auch einen zentralen (strafrechtlichen) Schutz erfahren müssen.<sup>367</sup> Alle drei Aspekte haben – aus der Perspektive der Opfer und ihrer durch das Strafrecht zu schützenden Rechtsgüter und Freiheitsrechte – schon unter dem Gesichtspunkt der Effektivität der Kompetenzordnung Bedeutung erlangt.<sup>368</sup>

Nun soll jedoch ein weiterer Aspekt Beachtung finden. Eine rechtsstaatliche strafrechtliche Kompetenzordnung muss auch den Grund- und Menschenrechten der vom Strafrecht und Strafverfahren Betroffenen gerecht werden, d.h. ein an liberalen, demokratischen und rechtsstaatlichen Prämissen ausgerichtetes Straf-

359 Scholz, in: Maunz/Dürig, 69. EL 2013, Art. 23 Rn. 76.

360 Grzeszick, in: Maunz/Dürig, 69. EL 2013, Art. 20 VII Rn. 20.

361 Scholz, in: Maunz/Dürig, 69. EL 2013, Art. 23 Rn. 76.

362 Hilf/Schorkopf, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, 51. EL 2013, Art. 2 EUV Rn. 35.

363 Pernice, in: Dreier, Art. 23 Rn. 56; Scholz, in: Maunz/Dürig, 69. EL 2013, Art. 23 Rn. 76; vgl. für das deutsche Verständnis des Art. 20 Abs. 3 GG auch Grzeszick, in: Maunz/Dürig, 69. EL 2013, Art. 20 VII Rn. 49 ff.; für die klassische Auffassung im Vereinigten Königreich von Großbritannien und Nordirland (inklusive entsprechender Kritik) siehe Leyland, S. 48 ff.

364 Zippelius/Würtenberger, § 12 Rn. 65; speziell i.H.a. das Wirtschaftsstrafrecht Sieber, GS Schlüchter, 2002, S. 112.

365 Pernice, JZ 2000, 866, 875.

366 Jürgens, S. 27.

367 Vgl. dazu Vogel, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, 51. EL 2013, Art. 83 AEUV Rn. 10.

368 Siehe oben 5. Kapitel B. II. 2.

rechtssystem muss auch die Rechte der Beschuldigten berücksichtigen.<sup>369</sup> Während etwa die Effektivität der Strafrechtsordnung dem Schutz der Rechtsgüter und damit auch der Freiheitsrechte der einzelnen Bürgerinnen und Bürger auf der Opferseite dient, darf ein rechtsstaatliches Strafrechtssystem keineswegs die mutmaßlichen Täter außer Acht lassen. Natürlich müssen auch die Grund- und Menschenrechte der anderen vom Verfahren Betroffenen, wie etwa der Opfer, der Zeugen oder Dritter, Beachtung finden. Diese Abhandlung wird sich an dieser Stelle aber primär auf die Beschuldigten als die von der Strafgewalt regelmäßig besonders stark Betroffenen konzentrieren. Das Zusammenwirken von Ebenen im Mehrebenen-system darf also nicht zum Verlust an Rechtsstaatlichkeit, die Effektivierung der Strafverfolgung nicht zu nicht hinnehmbaren Einbußen der Rechte der Beschuldigten führen.<sup>370</sup> Oben<sup>371</sup> wurde bereits Sympathie für die kritischen Stimmen bekundet, die darauf hinweisen, dass auch im Verhältnis zu einer „Funktionstüchtigkeit der Rechtspflege“ die Beschuldigtenrechte einen gleichwertigen Status beanspruchen.<sup>372</sup>

Daher wurde im Hinblick auf die Ziele des europäischen Strafrechts zu Recht angeführt, dass dieses nicht nur Sicherheit, sondern auch Freiheit gewährleisten muss und dass damit gerade auch die Freiheit der Bürgerinnen und Bürger als Schutz *vor* dem Strafrecht gemeint sei.<sup>373</sup> Es ist gemäß Art. 3 Abs. 2 EUV eines der Ziele der EU, einen Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts zu schaffen. Daher sind diese drei Prinzipien in Einklang zu bringen.<sup>374</sup> Zu Recht wird darauf hingewiesen, dass dies bislang nicht ausreichend gelungen ist.<sup>375</sup> Das Stockholmer Programm<sup>376</sup> betont die Bedeutung der Stärkung der Rechte der Beschuldigten. Es stellt die Wahrung der Grundrechte und Grundfreiheiten und der Unversehrtheit des Einzelnen ausdrücklich als politische Priorität neben die Sicherheit.<sup>377</sup>

Die Vorgabe der Gewährleistung von Sicherheit und Freiheit gilt nicht nur in der EU, sondern ist ein traditionelles Ziel des Strafrechts.<sup>378</sup> Strafe bedeutet einen

369 Daher stellt *Satzger*, Europäisierung, S. 175 ff., zu Recht die Frage nach mit der Europäisierung des Strafrechts einhergehenden möglichen rechtsstaatlichen Defiziten; vgl. auch European Criminal Policy Initiative, Forderung I. 1. a) aa), ZIS 2013, 412; ferner *Esser*, Europ. Strafverfahrensrecht, S. 10 ff., 22 ff.; *Lüderssen*, in: *Schünemann, Alternativentwurf*, S. 45 ff.

370 Vgl. auch *Satzger*, Europäisierung, S. 177; siehe auch die Kritik bei *Braum*, ZIS 2009, 418, 420, der auf die Gefahren eines „Netzwerk-Strafrechts“ hinweist.

371 Oben 5. Kapitel B. II. 2.

372 Vgl. etwa *Hassemer*, StV 1982, 275, 278.

373 *Sieber*, ZStW 121 (2009), 1, 8; *ders.*, in: *Sieber/Brüner/Satzger/v. Heintschel-Heinegg*, Einführung Rn. 202, 214; ebenso auch schon *Schünemann*, in: *ders.*, Alternativentwurf, S. 78, im Hinblick auf den Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts.

374 *Böse*, in: *Schwarze*, Art. 82 EUV Rn. 6; *F. Meyer*, EuR 2011, 169, 189 („Prinzipienkonkordanz“); *Satzger*, ZRP 2010, 137, 138.

375 Vgl. etwa *Lüderssen*, in: *Schünemann, Alternativentwurf*, S. 46; *Weigend*, ZStW 116 (2004), 275, 276 f.

376 ABl. 2010 Nr. C 115, S. 1, 10; dazu *Safferling*, Intern. Strafrecht, § 10 Rn. 87; vgl. zu diesem Aspekt auch *Vogel*, in: *Grabitz/Hilf/Nettesheim*, 51. EL 2013, Art. 82 AEUV Rn. 88.

377 ABl. 2010 Nr. C 115, S. 1, 4; vgl. auch *Satzger*, ZRP 2010, 137, 140.

378 *Roxin*, Strafrecht AT 1, § 2 C; *Sieber*, ZStW 121 (2009), 1, 2; *ders.*, in: *Sieber/Brüner/Satzger/v. Heintschel-Heinegg*, Einführung Rn. 202.

gewichtigen Eingriff in die Freiheitsrechte, der deshalb nur als *ultima ratio* des Schutzes von Rechtsgütern geschehen darf.<sup>379</sup>

Dies kann zunächst (nur) als Kompetenzausübungsschranke verstanden werden, indem die Grund- und Menschenrechte der Strafgewalt Grenzen setzen und die Verhältnismäßigkeit der Hoheitsakte, sowohl der Gesetzgebung als auch der exekutivischen Handlungen, im Hinblick auf den Eingriff in die Grundrechte der Beschuldigten beachtet werden muss. Diese ist in Deutschland etwa im Rahmen der Prüfung von Eingriffen in Grundrechte und deren Rechtfertigung anerkannt.<sup>380</sup> Ein Eingriff in Grundrechte ist nur dann gerechtfertigt, wenn er verhältnismäßig ist.<sup>381</sup> Eine solche Verhältnismäßigkeitsprüfung ist z.B. auch in der EU gemäß Art. 49 Abs. 3 GRC hinsichtlich des Strafmaßes und gemäß Art. 52 Abs. 1 S. 2 GRC als allgemeine Schranke für Grundrechtseingriffe vorgesehen, war vom EuGH aber zuvor schon als allgemeiner Rechtsgrundsatz des Unionsrechts etabliert.<sup>382</sup> Letztlich folgt das Erfordernis der Verhältnismäßigkeit aber aus dem Rechtsstaatsprinzip.<sup>383</sup> Wie oben<sup>384</sup> erläutert, ist diese individualschützende, grundrechtsbezogene Verhältnismäßigkeitsprüfung von der kompetenzbezogenen, die in Art. 5 Abs. 1 S. 2, Abs. 4 EUV vorgesehen ist und das Verhältnis von EU und Mitgliedstaaten betrifft,<sup>385</sup> zu unterscheiden.<sup>386</sup>

In dieser Hinsicht muss demnach eine vernünftige Kriminalpolitik darauf ausgerichtet sein, keine Überreglementierung und keine übermäßige Pönalisierung zu betreiben,<sup>387</sup> sondern sich auf den Schutz der Rechtsgüter vor gewichtigen Eingriffen als *ultima ratio* besinnen.<sup>388</sup> Auch die Kompetenzschranke, die das BVerfG im Hinblick auf das Schuldprinzip entwickelte<sup>389</sup> und die bereits im Zusammenhang mit dem Kriterium der kulturellen Pluralität erwähnt wurde,<sup>390</sup> steht letztlich im

379 Statt Vieler European Criminal Policy Initiative, Manifest zur Europäischen Kriminalpolitik, Unterpunkt I. 2., ZIS 2009, 697, 698; Prittwitz, in: Ambos, Europ. Strafrecht, S. 34; Satzger, ZRP 2010, 137, 138; Schönemann, in: ders., Alternativentwurf, S. 78 f.; ders., GA 2004, 193, 197; ders., ZIS 2007, 528, 529; speziell im Hinblick auf das Umweltstrafrecht Heger, Europäisierung des Umweltstrafrechts, S. 90; siehe auch oben 1. Kapitel A. II. 1.

380 Vgl. nur Herdegen, in: Maunz/Dürig, 69. EL 2013, Art. 1 Abs. 3 Rn. 46.

381 Epping, Grundrechte, 2. Kapitel Rn. 48 ff.; Pieroth/Schlink/Kingreen/Poscher, Rn. 283 f., 289 ff.

382 Vgl. Jarass, Charta, Art. 52 GRC Rn. 36.

383 Für die deutsche Sicht: BVerfGE 23, 127, 133; 90, 145, 173; Grzeszick, in: Maunz/Dürig, 69. EL 2013, Art. 20 VII Rn. 108. Daneben wird es auch direkt aus den Grundrechten hergeleitet; vgl. wiederum BVerfGE 90, 145, 173, und Grzeszick, in: Maunz/Dürig, 69. EL 2013, Art. 20 VII Rn. 108 m.w.N.

384 Oben 4. Kapitel A. III. 4. b).

385 Zum Charakter als Kompetenzausübungsschranke Bast, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, 51. EL 2013, Art. 5 EUV Rn. 66; Lienbacher, in: Schwarze, Art. 5 EUV Rn. 35; Satzger, Europäisierung, S. 148; ders., in: Sieber/Brüner/Satzger/v. Heintschel-Heinegg, § 1 Rn. 41; Streinz, in: ders., EUV/AEU, Art. 5 EUV Rn. 41; ders., Europarecht, Rn. 173; Vedder, in: Vedder/Heintschel v. Heinegg, Art. 5 EUV Rn. 35; siehe dazu auch bereits oben 4. Kapitel A. III. 4. b).

386 Calliess, in: Calliess/Ruffert, Art. 5 EUV Rn. 55; Streinz, in: ders., EUV/AEU, Art. 5 EUV Rn. 42.

387 Satzger, ZRP 2010, 137, 138; vgl. auch Schönemann, ZIS 2007, 528, 529; Vogel, in: Zieschang/Hilgendorf/Laubenthal, S. 55.

388 Schönemann, in: ders., Alternativentwurf, S. 79; ders., ZIS 2007, 528, 529.

389 BVerfGE 123, 267, 413.

390 Siehe oben 5. Kapitel B. II. 3.

Zusammenhang mit dem Rechtsstaatsprinzip.<sup>391</sup> Damit sind konkrete Maßnahmen, insbesondere der Strafgesetzgebung, angesprochen, also die rechtspolitische Frage, wann Strafgesetze notwendig sind.

Im Mehrebenensystem wird zudem das Verhältnis der Ebenen auch im Hinblick auf den Grundrechtsschutz besonders virulent, da sich insbesondere die Frage stellt, ob und in welcher Form Rechtsakte der zentralen Ebene und ihre Durchführung in den Einzelstaaten an zentralen Grund- und Menschenrechten zu messen sind. Dieses Problem ist oben<sup>392</sup> beim Prinzip der gegenseitigen Anerkennung schon am Europäischen Haftbefehl exemplifiziert worden. Betroffen sind hierdurch die Fragen der Ausübung der Kompetenzen und des effektiven grundrechtlichen Rechtsschutzes.<sup>393</sup>

Daneben müssen das Rechtsstaatsprinzip und die Beschuldigtenrechte aber nach hier vertretener Auffassung schon bei der hier interessierenden Entscheidung über die Verteilung der strafrechtlichen Kompetenzen im Mehrebenensystem eine Rolle spielen. Denn bereits die Zuordnung der strafrechtsbezogenen Befugnisse an eine Ebene kann bedeutende Probleme für die Freiheitsrechte der Beschuldigten mit sich bringen, die (nur) durch eine Kompetenzverlagerung auf die andere Ebene ausgeglichen werden können. Dies kann wiederum in verschiedener Hinsicht relevant sein. So können bei einer rein dezentralen Kompetenz und einem daraus resultierenden Flickenteppich an materiellen und prozessualen Normen gravierende Einbußen für die Rechte der Beschuldigten entstehen.

Zu diesen Nachteilen gehört eine mangelnde Vorhersehbarkeit der Strafbarkeit. Staatliche Eingriffe müssen für die Bürgerinnen und Bürger antizipierbar sein, damit sie sich darauf einrichten können.<sup>394</sup> Gerade im Strafrecht ist dies unerlässlich und Bestandteil des Gesetzlichkeitsprinzips.<sup>395</sup> Denn die Rechtsordnung muss für den Betroffenen verlässlich sein,<sup>396</sup> also Rechtssicherheit schaffen. Bestehen im Mehrebenensystem – evtl. aus Gründen der Subsidiarität, zum Schutze lokaler Identitäten oder im Interesse einer größeren Responsivität der Entscheidungen – grundsätzlich nur dezentrale Strafrechtskompetenzen, so kann dies dazu führen, dass der Betroffene eine Vielzahl unterschiedlicher Rechtsordnungen kennen muss, um sich rechtskonform zu verhalten.<sup>397</sup> Dies erweist sich in einem territorialen Raum mit durchlässigen Grenzen als problematisch, v.a. wenn dieser sich zunehmend auch als Rechtsraum begreift. Bei jedem Passieren der unsichtbaren Grenzen

391 Scholz, in: Maunz/Dürig, 69. EL 2013, Art. 23 Rn. 77; vgl. auch Satzger, ZRP 2010, 137, 139: „Ausprägung des [...] Verhältnismäßigkeitsprinzips“.

392 Oben 4. Kapitel C. III. 2. a).

393 Siehe auch noch unten 6. Kapitel B. IV. und 6. Kapitel C. IV. 2.

394 BVerfGE 109, 133, 180.

395 Vgl. Schmitz, in: MüKo StGB, § 1 Rn. 8, der darauf verweist, dass die staatlichen Sanktionen berechenbar sein müssen.

396 BVerfGE 109, 133, 180.

397 Sieber, ZStW 121 (2009), 1, 14; ders., in: Sieber/Brüner/Satzger/v. Heintschel-Heinegg, Einführung Rn. 230; siehe auch schon oben 5. Kapitel B. II. 4.

untersteht der Reisende neuen Geboten und Verboten. Dies widerspricht nicht nur einem Gemeinsamkeitsgefühl, sondern ist auch der Rechtssicherheit nicht förderlich.<sup>398</sup> Auf diesen Aspekt gestützt ließe sich daher vortragen, dass innerhalb einer Rechtsordnung nicht zu viele unterschiedliche Regelungen gelten sollten. So wurde in Deutschland seinerzeit im Zuge der Reichsgründung als Argument für die zentrale Kompetenz und die daraus folgende Rechtseinheit im Strafrecht vorgetragen, sie sei durch das gemeinsame Indigenat prädestiniert.<sup>399</sup> Denn wenn jeder Bürger eines Einzelstaates gleichzeitig Bürger Deutschlands werde, sei es unerträglich, wenn er die Strafgesetzbücher sämtlicher 22 Länder des Bundes kennen müsse.<sup>400</sup> In diesem Sinne fördert eine Vereinheitlichung des Rechts die Rechtssicherheit<sup>401</sup> und damit wiederum die Rechtsstaatlichkeit.<sup>402</sup>

Tatsächlich wird es für die Bürgerinnen und Bürger, die uneingeschränkte Freizügigkeit innerhalb des Verbundes genießen, schwerer möglich, die Strafbarkeit ihres Handelns voraussehen, wenn sie bei jedem Überschreiten der Binnengrenzen, die für sie gerade nicht mehr verbindlichen Charakter haben sollen, damit ein Bund mit einem gemeinsamen Indigenat möglich wird, anderen Normen unterworfen sind. Entsteht ein einheitlicher Raum mit durchlässigen Grenzen, innerhalb dessen die Bürgerinnen und Bürger uneingeschränkt umherreisen, sich niederlassen und grundsätzlich die gleichen Rechte und Grundfreiheiten beanspruchen können, so bewegen sie sich zwar frei, geraten dabei aber unter Umständen ständig unter den Einfluss neuer Strafbestimmungen,<sup>403</sup> was im Übrigen auch der Ausübung ihrer Grundfreiheiten hinderlich sein kann.

Im Zusammenhang mit dem deutschen Bundesstaat wurde oben<sup>404</sup> dargestellt, dass Teile der Literatur sogar davon ausgehen, dass das Strafrecht grundsätzlich zentral geregelt werden müsse, da sonst ein Verstoß gegen den Gleichheitssatz vorliege.<sup>405</sup> Dieses Argument ist jedoch in einem föderalen Mehrebenensystem nicht stichhaltig, vielmehr wird der Gleichheitssatz durch das föderative Prinzip begrenzt.<sup>406</sup> Somit müssen hier unterschiedliche Regelungen für den jeweiligen Bereich möglich sein. Wie weit die Divergenzen aber reichen dürfen, ist wiederum

398 Vgl. auch *Eckstein*, ZStW 124 (2012), 490, 525.

399 *Lasker*, in: v. Holtzendorf/Bezold, S. 492; siehe bereits oben 3. Kapitel A. I. 2. b).

400 *Lasker*, in: v. Holtzendorf/Bezold, S. 492; vgl. auch den Abgeordneten *v. Wächter*, in: v. Holtzendorf/Bezold, S. 502.

401 *Sieber*, in: Sieber/Brüner/Satzger/v. Heintschel-Heinegg, Einführung Rn. 230.

402 Vgl. zur Rechtssicherheit als Bestandteil des Rechtsstaatsprinzips *Grzeszick*, in: Maunz/Dürig, 69. EL 2013, Art. 20 VII Rn. 50 ff.

403 Vgl. auch Entschließung des Rates vom 30.11.2009 über einen Fahrplan zur Stärkung der Verfahrensrechte von Verdächtigen oder Beschuldigten in Strafverfahren, ABl. 2009 Nr. C 295, S. 1, Erwägungsgrund (3).

404 Oben 3. Kapitel A. I. 2. e).

405 *Jeschek/Weigend*, § 13 I 1; vgl. auch *Tiedemann*, AöR 89 (1964), 56, 82: Der Gleichheitssatz verlange für das gesamte Gebiet, auf das sich die Gesetzgebungskompetenz bezieht, eine gleiche Schutzordnung, jedoch mit Ausnahme der nach Art. 2 EGStGB frei bleibenden Gebiete.

406 BVerfGE 106, 62, 145; siehe auch schon oben 3. Kapitel A. I. 2. e).

eine Entscheidung der verfassungsmäßigen Kompetenzordnung. Es muss also die Frage gestellt werden, in welchen Bereichen die Bürgerinnen und Bürger im Gesamtsystem gleich behandelt werden sollen.<sup>407</sup> Soll eine Gleichbehandlung auch im Strafrechtsbereich stattfinden, so kann dies für zentrale Kompetenzen streiten.<sup>408</sup> Dabei ist dieser Aspekt mit den anderen hier aufgezeigten Kriterien, insbesondere der Frage nach dem Erhalt der Vielfalt, in Ausgleich zu bringen, wobei auch die Größe des Gebietes eine Rolle spielen dürfte. In großen Systemen wie den USA oder der EU verliert diese Komponente etwas an Plausibilität.

Die soeben beschriebenen Probleme entstehen aber nicht nur, wenn die Täter sich selbst an andere Orte bewegen. Bei grenzüberschreitenden Taten kann die unterschiedliche Rechtslage auch dazu führen, dass eine Person in ihrem eigenen Land handelt, in dem das entsprechende Verhalten straflos ist, dadurch aber Auswirkungen in einem anderen Staat hervorruft, der diese unter Strafe stellt. Während es noch einleuchtet, dass derjenige, der sich ins Ausland begibt und dort Straftaten begeht, sich auf die dortige Verfolgung einstellen muss,<sup>409</sup> erscheint es als problematischer, wenn auch derjenige, der im eigenen Land handelt und grundsätzlich zunächst einmal nur dessen Normen beachten muss, auf Grund der grenzüberschreitenden Dimension seines Verhaltens, in anderen Gliedstaaten zur Verantwortung gezogen werden kann.

Man denke hier nur an die Volksverhetzung nach § 130 StGB, die in diesem Maße in anderen Mitgliedstaaten der EU nicht unter Strafe steht,<sup>410</sup> die jedoch auch bei Handlungen im Ausland in Deutschland strafbar sein kann, weil der Anwendungsbereich der Vorschrift nach der deutschen Rechtsprechung auch Äußerungen im Internet erfasst.<sup>411</sup> In diesem Fall müsste der Betroffene sich also u.U. trotz Handlung in seinem eigenen Land darauf einstellen, dass diese zu einer Strafbarkeit in Deutschland führen kann. Dies ist schon im Sinne einer Vorhersehbarkeit der Strafbarkeit misslich. Die Lage verschlechtert sich aus der Sicht des Beschuldigten aber v.a. dann, wenn die dezentralen Ebenen bei grenzüberschreitenden Sachverhalten zu einer verstärkten Kooperation übergehen. Denn dann kann sich z.B. eine „gegenseitige Anerkennung“ von Urteilen oder sonstigen Entscheidungen im Strafverfahren,<sup>412</sup> wie Haftbefehlen oder Beweisanordnungen, als schädlich erweisen, da sie dazu führen kann, dass sich bei Unterschieden im materiellen Strafrecht oder bei divergierenden Verfahrensrechten in den Einzelstaaten die Rechtsordnung mit

407 *Pernice*, JZ 2000, 866, 874.

408 *Tiedemann*, ZStW 116 (2004), 945, 958.

409 BVerfGE 113, 273, 302; *Vogel*, ZStW 116 (2004), 400, 409; *Wasmeier*, ZEuS 2006, 23, 33.

410 Dieses Beispiel bemühen auch *Deiters*, ZRP 2003, 359, 360 f., und *Schünemann*, ZRP 2003, 185, 188, im Hinblick auf die Auslieferung in der EU.

411 BGHSt 46, 212, mit Anmerkungen u.a. von *Hörnle*, NStZ 2001, 309; *Jefberger*, JR 2001, 429; siehe dazu auch *Heinrich*, FS Weber, 2004, S. 96 ff.; vgl. zum damit verbundenen Problem der gegenseitigen Anerkennung *Schünemann*, ZRP 2003, 185, 188.

412 Siehe zu diesem Prinzip in der EU oben 4. Kapitel C. III. 2.

den schärfsten Strafvorschriften oder den schwächsten prozessualen Sicherungen durchsetzt.<sup>413</sup> Daher fordert das Manifest zum Europäischen Strafverfahrensrecht der European Criminal Policy Initiative eine stärkere Berücksichtigung der Individualrechte.<sup>414</sup>

Dies betrifft insbesondere die Frage der erleichterten Auslieferung, wie sie z.B. im Europäischen Haftbefehl nun bei bestimmten Katalogtaten unter Verzicht auf das Erfordernis beiderseitiger Strafbarkeit möglich ist.<sup>415</sup> So kann es bereits zu einer Strafbarkeit führen und daher eine Auslieferung des Täters erfolgen, sobald nur ein einziger Staat im Gesamtsystem ein bestimmtes Verhalten unter Strafe stellt, selbst wenn alle anderen Mitgliedstaaten es straflos lassen, sofern das Strafanwendungsrecht des jeweiligen Staates eröffnet ist<sup>416</sup> und es sich um eine Katalogtat im Sinne des Art. 2 Abs. 2 RBEuHb handelt. Sofern der Täter selbst Bürger des ihn verfolgenden Staates ist, mag ihm dies noch einleuchten, denn dessen Recht muss er kennen und beachten, unabhängig davon, ob er im In- oder Ausland handelt oder den Taterfolg herbeiführt. Schwieriger wird dies jedoch, wenn sein eigener Staat das Verhalten nicht bestraft. Solange er sich allerdings während der Tathandlung selbst in einem anderen Mitgliedstaat aufhält, muss er sich auf dessen Gesetze einstellen.<sup>417</sup>

Dies ist zwar problematisch, wenn die betreffenden Vorgaben dem Rechtsempfinden des Täters schon deshalb nicht entsprechen, weil sie gänzlich dem zuwiderlaufen, was in seinem eigenen Staat als schützenswertes Gut gilt. Man denke hier etwa an die Meinungsfreiheit. Eine Auslieferung erscheint jedoch durchaus noch in beiden soeben genannten Fällen gerechtfertigt.<sup>418</sup> Denn der Deutsche, der im Ausland handelt, muss die Gesetze dieses Staates achten, und der im umgekehrten Fall im Ausland handelnde Deutsche, der dort gegen deutsches Recht verstößt, muss wiederum das Recht seines eigenen Staates kennen. Bei eigenen Staatsbürgern ist die Auslieferung indessen ein Novum (des Europäischen Haftbefehls) gegenüber dem herkömmlichen internationalen Rechtshilferecht<sup>419</sup> und wird entsprechend kritisch gesehen, insbesondere weil der auszuliefernde Bürger, der im Ausland eine Straftat begangen hat, an der demokratischen Gestaltung des ihn nun belastenden

413 C. Nestler, ZStW 116 (2004), 332, 336; Schünemann, ZRP 2003, 185, 187; ders., ZRP 2003, 472; ders., StV 2003, 116, 119 ff.; ders., StV 2003, 531, 532; ders., ZIS 2007, 528, 533; vgl. auch Sieber, ZStW 121 (2009), 1, 10.

414 European Criminal Policy Initiative, Manifest zum Europäischen Strafverfahrensrecht, Forderung I. 1. a) aa), ZIS 2013, 412.

415 Siehe zum Europäischen Haftbefehl oben 4. Kapitel B. I. 2. c) und 4. Kapitel C. III. 2. a).

416 Daher kritisch im Hinblick auf das Prinzip der gegenseitigen Anerkennung in der EU Schünemann, StV 2003, 116, 119 ff.; ders., ZIS 2007, 528, 530 ff.

417 BVerfGE 113, 273, 301; Wasmeier, ZEuS 2006, 23, 33; vgl. auch Gleß, ZStW 116 (2004), 353, 360; Vogel, ZStW 116 (2004), 400, 409.

418 So auch Deiters, ZRP 2003, 359, 360, bzgl. der Konstellation des in Deutschland handelnden Ausländers.

419 Zu dieser Konstellation auch Vogel, ZStW 116 (2004), 400, 410, der nur bei menschenrechtswidriger Strafverfolgung Bedenken bzgl. der Auslieferung hat.

Strafrechts nicht teilhaben konnte.<sup>420</sup> Dies ist jedoch bei Straftaten im Ausland grundsätzlich der Fall.

Wirklich bedenklich wird die Situation allerdings in zwei anderen Fällen,<sup>421</sup> nämlich einerseits bei den Distanzdelikten, bei denen Tathandlung und Erfolg auseinander fallen, sodass der Täter durchaus in seinem Heimatland handeln kann, in welchem die Tat straflos ist, sich aber wegen der Distanzwirkung der Handlung in einem anderen Staat strafbar machen kann,<sup>422</sup> sowie andererseits bei einer Eröffnung des Anwendungsbereiches des Strafrechts aus anderen Gründen, wie etwa, wenn das Territorialitätsprinzip durch das Staatsschutzprinzip, das (passive) Personalitätsprinzip und das Weltrechtsprinzip<sup>423</sup> ergänzt wird.<sup>424</sup> In beiden Fällen kann sich der Täter bei der Tathandlung in seinem Heimatstaat aufhalten und trotzdem von einem anderen Staat verfolgt werden.

Besonders brisant wird es, wenn es über das Internet möglich wird, eine Vielzahl von Personen und Staaten zu erreichen. So kann etwa die im Ausland begangene Volksverhetzung im Sinne des § 130 StGB, wie soeben angeführt, nach deutschem Recht geahndet werden, da der Anwendungsbereich des deutschen Strafrechts bereits eröffnet ist, wenn Äußerungen in das Internet eingestellt werden, durch welche der Holocaust gelegnet wird.<sup>425</sup>

Muss dann aber das deutsche Strafverfolgungsinteresse in anderen Mitgliedstaaten der EU anerkannt und der Betreffende sogar ausgeliefert werden, so kann er sich einerseits tatsächlich nicht mehr darauf verlassen, dass er in einem Staat handelt, in dem sein Verhalten straflos ist, und andererseits kann ein einzelner Staat im Gesamtsystem seine eigenen, u.U. wesentlich strengeren Vorstellungen auch in den anderen Mitgliedstaaten zur Geltung bringen, was für die betroffenen Bürgerinnen und Bürger die Wirkung haben kann, dass sich das für sie ungünstigste Recht durchsetzt, ohne dass sie an dessen Erlass demokratisch mitgewirkt haben<sup>426</sup> und ohne dass sie im Ausland handeln.<sup>427</sup>

420 *Schünemann*, StV 2003, 116, 120; *ders.*, StV 2003, 531, 532; *ders.*, ZStW 116 (2004), 376, 385, 396 ff.; dagegen *Vogel*, ZStW 116 (2004), 400, 410.

421 So auch *Deiters*, ZRP 2003, 359, 360 f.

422 Allgemein zu den Distanzdelikten *Ambos*, in: MüKo StGB, § 9 Rn. 32; *Heinrich*, FS Weber, 2004, S. 91 ff.

423 Vgl. zu diesen Prinzipien *Ambos*, Intern. Strafrecht, § 2 Rn. 5, 7; *ders.*, in: MüKo StGB, Vor § 3 Rn. 17 ff.; *Böse*, in: NK, Vor § 3 Rn. 15 ff.; *Eser*, in: Schönke/Schröder, Vorbem. §§ 3-9 Rn. 11 ff.; *Hecker*, Europ. Strafrecht, § 2 Rn. 11 ff.; *ders.*, ZIS 2011, 60; *Lackner/Kübl*, Vorbem. §§ 3 ff. Rn. 2; *Satzger*, Intern. u. Europ. Strafrecht, § 4 Rn. 3 ff.; *Schramm*, Intern. Strafrecht, 1. Kapitel Rn. 27; *Werle/Jeffberger*, in: LK, Vor § 3 Rn. 217, 222 ff.; siehe ferner bereits oben 4. Kapitel B. II. 2. a).

424 Zu diesem Beispiel auch *Vogel*, ZStW 116 (2004), 400, 409.

425 BGHSt 46, 212, mit Anmerkungen u.a. von *Hörnle*, NSTZ 2001, 309; *Jeffberger*, JR 2001, 429.

426 *C. Nestler*, ZStW 116 (2004), 332, 338 f.; *Schünemann*, ZRP 2003, 185, 187; *ders.*, ZRP 2003, 472; *ders.*, StV 2003, 116, 120; *ders.*, StV 2003, 531, 532; *ders.*, ZIS 2007, 528, 533.

427 *Gleß*, ZStW 116 (2004), 353, 361.

Im internationalen Recht verhindert das Erfordernis der beiderseitigen Strafbarkeit in solchen Fällen eine Auslieferung.<sup>428</sup> In einem politischen Mehrebenensystem, in dem ein einheitlicher Raum für die Strafverfolgung geschaffen werden soll, fallen solche Sicherungen indessen zunehmend weg, indem z.B. der Europäische Haftbefehl hinsichtlich des Kataloges der dort genannten 32 Delikte auf ebendieses Erfordernis verzichtet.<sup>429</sup> Sind die Strafvorschriften sehr unterschiedlich, so böte es sich daher an, entweder das Strafanwendungsrecht der einzelnen Rechtsordnungen im Gesamtsystem zentral zu entwickeln,<sup>430</sup> oder jedenfalls ein Kollisionsrecht,<sup>431</sup> das eine Anwendbarkeit des fremden Rechts bereits ausschließt, wenn der Täter sich bei der Tat in einem Land befindet, in dem das Verhalten straflos ist, oder die Auslieferung eigener Staatsbürger auf Fälle beiderseitiger Strafbarkeit zu beschränken,<sup>432</sup> um das Risiko der Strafbarkeit kalkulierbar zu halten.

Das BVerfG forderte, dass eine Auslieferung eigener Staatsbürger jedenfalls dann abzulehnen sei, wenn die Tat einen „maßgeblichen Inlandsbezug“ aufweise.<sup>433</sup> Bei einem „maßgeblichen Auslandsbezug“ sei sie hingegen zulässig.<sup>434</sup> Diese Kriterien nimmt der deutsche § 80 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 IRG auf.<sup>435</sup> Ein maßgeblicher Auslandsbezug liegt nach § 80 Abs. 1 S. 2 IRG in der Regel vor, wenn die Tat handlung vollständig oder in wesentlichen Teilen im Ausland begangen wurde und der Erfolg zumindest in wesentlichen Teilen dort eingetreten ist.<sup>436</sup> Liegt er nicht vor, so bleibt es auch bei den Katalogtaten hinsichtlich der Auslieferung Deutscher gemäß § 80 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 IRG beim Erfordernis der beiderseitigen Strafbarkeit.

Eine andere Alternative böte aber gerade auch die Vereinheitlichung oder Zentralisierung des Rechts, entweder nur in Bezug auf grenzüberschreitende Sachverhalte oder gar insgesamt. Insofern wird darauf hingewiesen, dass der Europäische Haftbefehl, wie auch das Prinzip der gegenseitigen Anerkennung insgesamt, den zweiten Schritt vor dem ersten machen, indem sie Folgen anordnen, die eigentlich eine Vereinheitlichung des Rechts voraussetzen,<sup>437</sup> man mag ergänzen: oder jedenfalls eine Koordinierung des Strafanwendungsrechts und der Strafverfolgungsansprüche.

428 Sieber, ZStW 121 (2009), 1, 29; zum traditionellen Auslieferungsrecht *Lagodny*, in: Sieber/Brüner/Satzger/v. Heintschel-Heinegg, § 31.

429 Sehr kritisch diesbzgl. *Schünemann*, StV 2003, 116, 119; *ders.*, StV 2003, 531, 532; *ders.*, ZRP 2003, 185; dagegen *Deiters*, ZRP 2003, 359; Erwiderung von *Schünemann*, ZRP 2003, 472; siehe zum Europäischen Haftbefehl oben 4. Kapitel B. I. 2. c) und 4. Kapitel C. III. 2. a).

430 So *Deiters*, ZRP 2003, 359, 361; *Gleß*, ZStW 116 (2004), 353, 361.

431 Dazu *Eisele*, ZStW 125 (2013), 1, 31 f.

432 So die Forderung von *Schünemann*, ZIS 2007, 528, 532: „Die Preisgabe der Auslieferungsvoraussetzung der beiderseitigen Strafbarkeit ist deshalb rechtsstaatlich nicht hinnehmbar“.

433 BVerfGE 113, 273, 302; zustimmend *Wasmeier*, ZEuS 2006, 23, 34.

434 BVerfGE 113, 273, 303.

435 Vgl. dazu oben 4. Kapitel C. III. 2. a).

436 Vgl. schon BVerfGE 113, 273, 302; *Hackner/Schomburg/Lagodny/Gleß*, NStZ 2006, 663, 667.

437 *Hassemer*, ZStW 116 (2004), 304, 317 f.; vgl. auch *Gleß*, ZStW 116 (2004), 353, 365, bzgl. der Anerkennung von Beweisen.

Aus Effektivitätsgründen können in einem einheitlichen Raum eine engere Kooperation als im traditionellen Rechtshilferecht und gegebenenfalls auch eine Anerkennung von Entscheidungen notwendig sein. Aus der Sicht der Beschuldigten können die soeben angeführten Erwägungen hingegen entweder gegen jegliche Kooperation der Behörden oder aber für eine (partielle) zentrale Kompetenz zur Rechtsvereinheitlichung streiten, um einen einheitlichen Standard zu gewährleisten, was auch dem für eine Anerkennung von Entscheidungen notwendigen gegenseitigen Vertrauen förderlich ist,<sup>438</sup> oder immerhin für eine zentrale Befugnis zur Koordinierung des Strafanwendungsrechts,<sup>439</sup> gegebenenfalls aber auch für die Zuständigkeit einer zentralen Instanz zur Auflösung von Jurisdiktionskonflikten.<sup>440</sup> Ähnliches gilt aber auch hinsichtlich der kleinen Rechtshilfe, wenn etwa Beweise – im Wege der gegenseitigen Anerkennung – aus einer anderen Rechtsordnung herangezogen werden sollen, die dort gegebenenfalls unter wesentlich geringeren prozessualen Voraussetzungen gewonnen werden können, denn auch dies kann zu einer Reduzierung der Rechte des Beschuldigten führen.<sup>441</sup> Jedes einzelstaatliche System enthält eine bestimmte Austarierung und Abwägung zwischen den Interessen des Staates an einer funktionstüchtigen Strafverfolgung und den Rechten der Beschuldigten, welche aus einzelnen Komponenten besteht, die in einem Gegenseitigkeitsverhältnis stehen, sodass es erheblich gestört werden kann, wenn einzelne Elemente durch solche einer anderen Rechtsordnung ersetzt werden, die eine andere Abwägung getroffen hat.<sup>442</sup> So können jeweils ganz unterschiedliche Anforderungen an die Gewinnung oder die Verwertbarkeit von Beweisen gelten.<sup>443</sup> Bei einer „Verkehrsfähigkeit der Beweise“<sup>444</sup> wäre ein Gericht in den Stand versetzt, aber gegebenenfalls sogar verpflichtet, Beweise zu verwerten, die nach der eigenen Rechtsordnung gar nicht zulässig wären.<sup>445</sup>

438 Vgl. *Sieber*, ZRP 2000, 186, 190.

439 *Deiters*, ZRP 2003, 359, 362; *Gleß*, ZStW 116 (2004), 353, 361.

440 Dies erläutern folgerichtig sowohl *Ambos*, Intern. Strafrecht, § 4 Rn. 24, als auch *Vander Beken/Vermeylen/Lagodny*, NSZ 2002, 624, 627 f.; vgl. ferner *Biehler/Kniebühler/Lelieur-Fischer/Stein*, Freiburg Proposal, § 3, sowie der Vorschlag eines Art. 2 Abs. 4 S. 2 der AGIS-Arbeitsgruppe, in: *Schünemann*, Gesamtkonzept, S. 6.

441 European Criminal Policy Initiative, Manifest zum Europäischen Strafverfahrensrecht, ZIS 2013, 412, 417; *Hecker*, Europ. Strafrecht, § 12 Rn. 60 ff.; *Lüderssen*, in: *Schünemann*, Alternativentwurf, S. 47; *Satzger*, StV 2003, 137, 141; *Sieber*, ZStW 121 (2009), 1, 10 f.; *ders.*, in: *Sieber/Brüner/Satzger/v. Heintschel-Heinegg*, Einführung Rn. 219; vgl. auch *Böse*, in: *Ambos*, Europ. Strafrecht, S. 68; *Rackow*, in: *Ambos*, Europ. Strafrecht, S. 121 ff.; *Schünemann*, ZIS 2007, 528, 533.

442 *Böse*, in: *Ambos*, Europ. Strafrecht, S. 68; *Hecker*, Europ. Strafrecht, § 12 Rn. 60 ff.; *C. Nestler*, ZStW 116 (2004), 332, 346; *Rackow*, in: *Ambos*, Europ. Strafrecht, S. 121; *Satzger*, StV 2003, 137, 141; *Schünemann*, StV 2003, 116, 119 ff.; *ders.*, ZIS 2007, 528, 533.

443 *Böse*, in: *Ambos*, Europ. Strafrecht, S. 68, *Hecker*, Europ. Strafrecht, § 12 Rn. 62 f., *Gleß*, ZStW 115 (2003), 131, 139 ff., *C. Nestler*, ZStW 116 (2004), 332, 346, *Radtke*, GA 2004, 1, 8, und *Spencer*, ZIS 2010, 602, 605, nennen einige Beispiele aus Mitgliedstaaten der EU. *Rackow*, in: *Ambos*, Europ. Strafrecht, S. 122, weist darauf hin, dass aus deutscher Sicht nicht weniger als 52 Kombinationsmöglichkeiten von Beweiserhebungs- und Beweisverwertungsregelungen entstehen könnten.

444 *Gleß*, ZStW 115 (2003), 131; *Radtke*, GA 2004, 1, 8.

445 *Gleß*, ZStW 115 (2003), 131, 147.

Ferner stellt sich bei grenzüberschreitenden Sachverhalten die Frage, nach welchem Recht vorgegangen werden soll. Hier liegt für die Beschuldigten ein besonderes Problem, sofern – z.B. durch eine zentrale Staatsanwaltschaft – auf die Rechtsordnung zurückgegriffen werden kann, in welcher die Beweise am leichtesten zu erlangen sind.<sup>446</sup>

Daher könnten gerade die Interessen der Beschuldigten auch für eine zentrale Zuständigkeit entweder zur Angleichung der einzelstaatlichen Verfahrensordnungen oder zur einheitlichen Regelung der Voraussetzungen einer transnationalen Beweiserhebung oder der Zulassung von Beweisen sprechen.<sup>447</sup> So könnte eine zentrale Regelung wiederum inhärent bezüglich Beweiserhebung und Beweisverwertung selbst für ein ausgewogenes Verhältnis zwischen den Strafverfolgungsinteressen auf der einen und den Rechten der Beschuldigten auf der anderen Seite sorgen, was selbst durch die Etablierung einzelner verfassungsmäßiger Verfahrensgrundrechte nicht gelingen würde.<sup>448</sup> Dies könnte etwa durch ein zentrales Beweis Zulassungsrecht, das Regeln nur für grenzüberschreitende Sachverhalte festlegt, erreicht werden.<sup>449</sup> Dies gilt umso mehr, wenn zentrale Strafverfolgungsorgane geschaffen werden sollen.<sup>450</sup> Jedenfalls müssen die Gegenrechte der Beschuldigten mit den durch die gegenseitige Anerkennung erweiterten Rechten der Strafverfolgungsorgane Schritt halten.<sup>451</sup>

Eng damit zusammenhängend ist der Blick auch auf einen ausreichenden Rechtsschutz der Betroffenen zu lenken.<sup>452</sup> Denn wenn gegen den Beschuldigten Ermittlungsmaßnahmen durch Behörden einer anderen Rechtsordnung durchgeführt werden, sei es, indem diese auf fremdem Territorium tätig werden oder der Beschuldigte ausgeliefert wird oder Beweise aus einer anderen Rechtsordnung beschafft werden, so kann es problematisch sein, gegen welche Behörde und vor welchem Gericht er sich gegen diese Maßnahmen wehren kann.<sup>453</sup> Dies betrifft sowohl Behörden anderer Mitgliedstaaten als auch zentrale Behörden, sofern diese aus Gründen der effektiven Strafverfolgung eingerichtet werden.

Dann können etwa übergeordnete zentrale Gerichte erforderlich sein, um einen umfassenden Schutz zu gewährleisten, was wiederum eine entsprechende Kompetenz voraussetzt. Auch wenn der Rechtsschutz in einem der beteiligten Mitglied-

446 Vgl. nur *Satzger*, StV 2003, 137, 139.

447 Vgl. zu diesen Lösungsmöglichkeiten auch *Gleß*, ZStW 116 (2004), 353, 365; *Hecker*, Europ. Strafrecht, § 12 Rn. 66 ff.; *Heger*, ZIS 2007, 547, 555; *Radtke*, GA 2004, 1, 19 ff.; vgl. auch noch unten 6. Kapitel C. V. 1.

448 Auf dieses Problem weist *C. Nestler*, ZStW 116 (2004), 332, 348, hin.

449 Vgl. auch schon *Gleß*, ZStW 115 (2003), 131, 148 f.; *dies.*, ZStW 116 (2004), 353, 365; *C. Nestler*, ZStW 116 (2004), 332, 350; *Radtke*, GA 2004, 1, 19 f.

450 *Radtke*, GA 2004, 1, 16 ff.

451 Vgl. auch *Schünemann/Roger*, ZIS 2010, 515, 519.

452 *Braum*, ZIS 2009, 418, 425 f.; *Rackow*, in: Ambos, Europ. Strafrecht, S. 134 ff.; *Satzger*, StV 2003, 137, 140; *Sieber*, ZStW 121 (2009), 1, 11; *dies.*, in: Sieber/Brüner/Satzger/v. Heintschel-Heinegg, Einführung Rn. 220; im Hinblick auf die Europäische Beweisordnung *Gleß*, StV 2004, 679, 682.

453 *Sieber*, ZStW 121 (2009), 1, 10 f.

staaten konzentriert werden soll,<sup>454</sup> müsste dies durch eine übergreifende Regelung geschehen. Beachtlich ist auch der Vorschlag im Alternativentwurf Europäische Strafverfolgung, den Beschuldigten die Behörde „Eurodefensor“ bei grenzüberschreitenden Ermittlungen als Pendant zu Eurojust zur Seite zu stellen,<sup>455</sup> was wiederum eine entsprechende Kompetenz zur Einsetzung derselben sowie zur Festlegung ihres Auftrages und ihrer Aufgaben und Arbeitsweise voraussetzt.

Als nachteilig für die Beschuldigten erweisen sich insbesondere solche Systeme, die eine signifikante Überlappung der Strafnormen der zentralen und der dezentralen Ebene und damit auch der Strafverfolgung durch unterschiedliche Ebenen erlauben,<sup>456</sup> indem für denselben Sachverhalt und dieselbe Handlung Strafvorschriften verschiedener Ebenen greifen, welche gegebenenfalls die entsprechenden Straftaten auch selbst und unabhängig von den anderen Ebenen verfolgen können. Sind nämlich innerhalb des Gesamtsystems mehrere Ebenen und Hoheitsträger nebeneinander zuständig für die Verfolgung und Aburteilung einer bestimmten Tat, so birgt dies diverse Nachteile für die Beschuldigten, die aus rechtsstaatlicher Sicht bedenklich sind.<sup>457</sup> Denn es besteht die Gefahr, dass mehrere Strafverfahren gleichzeitig oder sukzessiv durchgeführt werden, schlimmstenfalls kann sogar eine mehrfache Bestrafung drohen.

Aus den USA ist diese Problematik sich überlagernder Rechtsordnungen bekannt.<sup>458</sup> Dort können sowohl Strafnormen mehrerer Einzelstaaten als auch solche des Bundes auf einen Sachverhalt anwendbar sein, mit der Folge, dass dann auch die jeweiligen Behörden und Gerichte zuständig sind, da dort beide Ebenen mit eigenem materiellen Recht, eigener Gerichtsbarkeit, eigenen Strafverfolgungsorganen und eigenen Vollzugsanstalten parallel operieren.<sup>459</sup> Dabei ermöglicht die *Dual*

454 Vgl. die entsprechende Anregung von Böse, in: Ambos, Europ. Strafrecht, S. 67.

455 So der Vorschlag eines Art. III-174a in: Schönemann, Alternativentwurf, S. 14 ff.; sowie der Vorschlag der Art. 32 ff. der AGIS-Arbeitsgruppe, in: Schönemann, Gesamtkonzept, S. 50 ff.; in diese Richtung auch European Criminal Policy Initiative, Manifest zum Europäischen Strafrechtsverfahrensrecht, ZIS 2013, 412, 423; vgl. zu Eurodefensor auch C. Nestler, ZStW 116 (2004), 332, 351; ders., in: Schönemann, Gesamtkonzept, S. 166 ff.; Rackow, in: Böse, EnzEuR Bd. 9, § 23 Rn. 23 ff.; Schönemann, ZStW 116 (2004), 376, 388 ff.; grds. positiv diesbzgl. auch Fuchs, ZStW 116 (2004), 368, 370; ferner Satzger, StV 2003, 137, 139 („Euroadvokat“); auch Wasmeier, ZStW 116 (2004), 320, 324 f., der allerdings der Meinung ist, „Waffengleichheit“ sei kein schlagendes Argument für eine solche Maßnahme, da bislang bei grenzüberschreitenden Straftaten eher die Strafverfolgungsbehörden im Nachteil seien; grds. positiv, jedoch teilweise kritisch gegenüber den Vorschlägen Vogel, ZStW 116 (2004), 400, 414 ff.; ablehnend Mitchell, in: Schönemann, Gesamtkonzept, S. 191 ff.; vgl. auch Böse, in: Ambos, Europ. Strafrecht, S. 67, der eine doppelte Verteidigung in sämtlichen Staaten, in denen ermittelt wird, vorschlägt; so auch für den Fall der Auslieferung C. Nestler, ZStW 116 (2004), 332, 340 f.

456 Sieber, ZStW 121 (2009), 1, 11 f.; ders., in: Sieber/Brüner/Satzger/v. Heintschel-Heinegg, Einführung Rn. 223 ff.

457 Sieber, ZStW 121 (2009), 1, 11 f.; ders., in: Sieber/Brüner/Satzger/v. Heintschel-Heinegg, Einführung Rn. 223 ff.

458 Siehe dazu Reinbacher, Das Strafrechtssystem der USA, S. 165 ff.; vgl. dazu auch schon oben 3. Kapitel B. III.

459 Siehe dazu ausführlich Reinbacher, Das Strafrechtssystem der USA, S. 28 ff.; siehe ferner bereits oben 3. Kapitel B. I.

*Sovereignty Doctrine* des U.S. Supreme Courts aber auch eine doppelte Bestrafung durch beide Ebenen, sodass sowohl der Bund und ein Einzelstaat als auch zwei Gliedstaaten parallele oder sukzessive Strafverfahren durchführen können.<sup>460</sup> Eine Vermeidung solcher Doppelbestrafungen hängt von entsprechenden Regelungen der Einzelstaaten ab, welche (nur) teilweise ein entsprechendes Verbot normiert haben.<sup>461</sup>

Da auch im internationalen Raum grundsätzlich kein Verbot der Doppelbestrafung gilt,<sup>462</sup> stellt sich erst recht im supranationalen föderativen Verbund die Frage, wie eine solche zu vermeiden ist. Dies gilt einerseits für eine horizontale Doppelverfolgung oder Doppelbestrafung durch mehrere Mitgliedstaaten, andererseits aber auch vertikal zwischen zentraler und dezentraler Ebene. Hier können wiederum Kompetenzen der zentralen Ebene dafür sorgen, dass ein Verbot der doppelten Bestrafung und Verfolgung mit Wirkung für das Gesamtsystem etabliert wird, sofern man sich nicht auf die Einzelstaaten verlassen will, dieses selbst zu schaffen. Ferner können zentrale Kompetenzen, wie etwa in Art. 82 Abs. 2 lit. b) AEUV,<sup>463</sup> Regelungen ermöglichen, die bereits eine Kompetenzüberlagerung vermeiden.

In diesem Zusammenhang ist ein weiterer Aspekt von entscheidender Bedeutung. In den USA steht die Einleitung des Verfahrens grundsätzlich im Ermessen der Strafverfolgungsbehörde der jeweiligen Ebene,<sup>464</sup> was zu einer selektiven Strafverfolgung führen kann, die nicht selten danach ausgerichtet ist, in welcher Rechtsordnung eine Verurteilung leichter möglich ist,<sup>465</sup> was unter der Überschrift *Forum Shopping* zusammengefasst werden kann.<sup>466</sup> Dadurch wird die Entscheidung für die Rechtsordnung möglich, welche die geringsten prozessualen Anforderungen an die Beweisgewinnung stellt oder die höchste Strafe zulässt.

Daher erscheint eine gewisse zentrale Steuerung der Verfahrensordnungen im Hinblick auf die Beweiserhebung nach alledem erstrebenswert, sofern aus Effekti-

460 Vgl. *Abbate v. United States*, 359 U.S. 187 (1959); *Bartkus v. Illinois*, 359 U.S. 121 (1959); *Heath v. Alabama*, 474 U.S. 82 (1985); vgl. zur Kritik in der US-amerikanischen Literatur ABA Report, S. 28; *Abrams/Beale/Klein*, S. 96 ff.; *Beale*, Am. U. L. Rev. 747, 770 ff. (2005); *Reinbacher*, Das Strafrechtssystem der USA, S. 181; siehe dazu bereits oben 3. Kapitel B. III. 3.

461 *Reinbacher*, Das Strafrechtssystem der USA, S. 182 f. Eine Aufzählung der betreffenden Einzelstaaten findet sich bei *LaFave*, S. 325, Fn. 27; *Stuckenberg*, S. 40, Fn. 205.

462 Vgl. zur Nichtgeltung des Verbots der Doppelbestrafung im internationalen Raum etwa *Ambos*, Intern. Strafrecht, § 4 Rn. 4; *ders.*, in: MüKo StGB, Vor §§ 3-7 Rn. 73; *Eser*, in: Sieber/Brüner/Satzger/v. Heintschel-Heinegg, § 36 Rn. 65; *Hecker*, § 13 Rn. 2 f.; *Reinbacher*, Das Strafrechtssystem der USA, S. 160 f.; *Werle/Jeffberger*, in: LK, Vor § 3 Rn. 341.

463 Siehe dazu bereits oben 4. Kapitel B. I. 2. c).

464 *Jeffries/Gleeson*, 46 Hastings L.J. 1095, 1099 (1995).

465 *Reinbacher*, Das Strafrechtssystem der USA, S. 192 f.

466 *Abrams/Beale/Klein*, S. 80 ff.; *Reinbacher*, Das Strafrechtssystem der USA, S. 175 ff.; ferner *Ambos*, Intern. Strafrecht, § 1 Rn. 45; siehe auch bereits oben 3. Kapitel B. III. 2.; zum Problem des *Forum Shoppings* ferner *Ambos*, Intern. Strafrecht, § 9 Rn. 12; European Criminal Policy Initiative, Manifest zum Europäischen Strafverfahrensrecht, ZIS 2013, 412, 413; *Fuchs*, ZStW 116 (2004), 368, 369; *C. Nestler*, ZStW 116 (2004), 332, 341; *Satzger*, StV 2003, 137, 139; *Sieber*, in: Sieber/Brüner/Satzger/v. Heintschel-Heinegg, Einführung Rn. 225; *Vogel*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, 51. EL 2013, Art. 82 AEUV Rn. 79; *Weigend*, ZStW 116 (2004), 275, 293.

vitätsgründen eine Interaktion der Ebenen erforderlich ist. Wenn es z.B. im Rahmen der allgemeinen Rechtshilfe oder gar einer Europäischen Beweisanordnung unter Anwendung des Grundsatzes gegenseitiger Anerkennung von Entscheidungen möglich wird, auf Beweise zuzugreifen, die in anderen Staaten erhoben wurden, oder wenn, wie im US-amerikanischen Strafrecht, Beweise an andere Behörden übergeben werden, die ein sukzessives Verfahren durchführen wollen,<sup>467</sup> so sind zur Vermeidung von Friktionen gewisse Regeln unerlässlich, um ein *Forum Shopping* und Brüche mit dem Beweissystem zu vermeiden.<sup>468</sup>

Dies kann entweder durch eine Harmonisierung der dezentralen Rechtsordnungen oder durch eine zentrale Festlegung der Standards bei grenzüberschreitenden Maßnahmen<sup>469</sup> oder durch eine generelle Ausrichtung der Beweisverwertung am Recht des das Verfahren führenden Gerichts<sup>470</sup> oder durch ein übergeordnetes zentrales Beweiszulassungsverfahren<sup>471</sup> oder gar durch ein zentrales (transnationales) Strafprozessrecht mit allgemeiner Geltung, wie es etwa Deutschland und Kanada vorsehen, geschehen.<sup>472</sup> Gegebenenfalls wären zur Überprüfung auch zentrale Gerichte notwendig, um die Beweiszulassung zu kontrollieren.<sup>473</sup> Wichtig für diese Abhandlung ist dabei die Erkenntnis, dass es für den Fall, dass entsprechende Vorschläge zentral und verbindlich für das Gesamtsystem durchgesetzt werden sollen, einer zentralen Kompetenz bedarf.

Ein einheitliches Strafverfahrensrecht – zumindest für grenzüberschreitende Sachverhalte – könnte sich für die Beschuldigten als bedeutsamer Vorteil erweisen. Denn wenn in allen Gegenden des Verbundes gegen sie nach denselben Verfahrensregeln ermittelt und prozessiert wird, kennen nicht nur sie selbst ihre Rechte und können diese ausüben, sondern auch ihre Verteidigung wird dadurch viel eher in die Lage versetzt, diese effektiv wahrzunehmen.<sup>474</sup> Wird ein Beschuldigter also etwa an einen anderen Staat ausgeliefert oder werden die Ermittlungsbehörden fremder Rechtsordnungen gegen ihn innerhalb seines eigenen Staates tätig, so ist dies aus seiner Sicht weniger schädlich, wenn dabei stets dieselben prozessualen Rechte bzw. Ermittlungsbefugnisse gelten.<sup>475</sup> Dies gilt erst recht, wenn, wie etwa in der EU, ein Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung von strafrechtlichen Entscheidungen verwirklicht werden soll oder wenn in einer fremden Rechtsordnung

467 Siehe dazu *Reinbacher*, Das Strafrechtssystem der USA, S. 177; vgl. ferner bereits oben 3. Kapitel B. III. 2.

468 Dies räumt auch *Spencer*, ZIS 2010, 602, 605 f., ein.

469 *Sieber*, ZStW 121 (2009), 1, 30 ff., 35 ff.

470 *Gleß*, JR 2008, 317, 321; vgl. auch *Böse*, ZStW 114 (2002), 148, 149, 155, 156 ff., 180, der allerdings Modifikationen vornimmt.

471 Dazu *Gleß*, ZStW 115 (2003), 131, 148 ff.; *Radtke*, GA 2004, 1, 19 ff.

472 Zu diesen Optionen *Hecker*, Europ. Strafrecht, § 12 Rn. 66 ff.; *Heger*, ZIS 2007, 547, 555.

473 Vgl. zum Vorschlag einer „Europäischen Vorverfahrenskammer“ *Satzger*, StV 2003, 137, 140; zum „Europäischen Ermittlungsrichter“ *Böse*, RW 2012, 172.

474 Vgl. zu den Problemen der divergierenden prozessualen Rechte *Sieber*, ZStW 121 (2009), 1, 10.

475 *Sieber*, ZStW 121 (2009), 1, 30 f.

gewonnene Beweise in den Prozess eingeführt werden sollen.<sup>476</sup> Denn beides wird desto plausibler, je mehr die Entscheidungen auf der Grundlage derselben prozessualen Voraussetzungen gefällt werden.

Einheitliche Regelungen verhindern aber nicht nur ein *Forum Shopping*. Vielmehr können die Rechtsordnungen auch so unterschiedlich ausgestaltet sein, dass die Beweiserlangung in einem Staat sich in einem anderen als schwerer Verstoß gegen dessen Verfahrensgrundsätze darstellen kann.<sup>477</sup> Anstatt eines Zusammenreffens einzelner Bausteine der verschiedenen Rechtsordnungen<sup>478</sup> könnte ein zentrales Recht eine in sich stimmige Lösung schaffen.

Ferner kann eine zentrale Regelung sich gerade als förderlich für das für eine gegenseitige Anerkennung strafprozessualer Entscheidungen erforderliche Vertrauen in die fremde Rechtsordnung auswirken.<sup>479</sup> Nur wenn man davon ausgehen kann, dass gewisse Standards und Beschuldigtenrechte bestehen und ein ausreichender prozessualer Grundrechtsschutz gewährleistet wird,<sup>480</sup> kann die Entscheidung des anderen Staates von allen Beteiligten akzeptiert werden.<sup>481</sup> Zudem gilt es, mittels der Kompetenzordnung insbesondere auch darauf hinzuwirken, Doppelzuständigkeiten zu vermeiden bzw. dadurch entstehende Probleme verfassungsmäßig abzuschwächen.

In diesem Zusammenhang kann es schließlich sein, dass hinsichtlich des Täters Grund- und Menschenrechte zentral festgelegt werden sollen. In diesem Fall kann ihr Schutz es erfordern, ihn auch auf der zentralen Ebene durchzusetzen. Insofern gelten die für die Effektivität des Rechtsgüterschutzes angestellten Erwägungen hier in umgekehrter Weise auch für die Beschuldigten. So sind bestimmte Werte und Rechte der Bürgerinnen und Bürger zwar auf der einen Seite durch das Strafrecht effektiv zu schützen,<sup>482</sup> auf der anderen Seite haben zentrale Grundrechte und Grundfreiheiten aber auch eine strafrechtsbegrenzende Wirkung, indem z.B. in der EU unionsrechtswidriges nationales Strafrecht „neutralisiert“<sup>483</sup> wird.<sup>484</sup> Insofern kann die Übertragung strafrechtlicher Kompetenzen auf die Zentrale auch davon abhängig gemacht werden, dass dort ein ausreichender Grundrechtsschutz be-

476 Vgl. auch zu diesem Problem *Ambos*, Intern. Strafrecht, § 9 Rn. 12; *Hecker*, § 12 Rn. 60 ff.; *Satzger*, StV 2003, 137, 141; *Sieber*, ZStW 121 (2009), 1, 10; sehr kritisch dazu *Schünemann*, StV 2003, 116, 119 ff.; *ders.*, ZIS 2007, 528, 530 ff.

477 Vgl. die Beispiele bei *Hecker*, Europ. Strafrecht, § 12 Rn. 62 f.; *Safferling*, Intern. Strafrecht, § 10 Rn. 84 f.

478 Vgl. *Schünemann*, in: *ders.*, Gesamtkonzept, S. 100: „hybridisierte Strafverfahrensordnung“; vgl. auch *ders.*, StV 2003, 116, 121; ferner *Satzger*, StV 2003, 137, 141.

479 *Vogel*, in: *Grabitz/Hilf/Nettesheim*, 51. EL 2013, Art. 82 AEUV Rn. 6; vgl. auch *F. Zimmermann*, JURA 2009, 844, 845.

480 Zum Problem des Grundrechtsschutzes bei der gegenseitigen Anerkennung European Criminal Policy Initiative, Manifest zum Europäischen Strafverfahrensrecht, ZIS 2013, 412, 416; *Schünemann*, ZIS 2007, 528, 533.

481 Siehe dazu bereits oben 4. Kapitel B. I. 2. c).

482 Siehe oben 5. Kapitel B. II. 2.

483 *Satzger*, Europäisierung, S. 478.

484 Siehe dazu oben 4. Kapitel C. I. 3.

steht.<sup>485</sup> Auch in den staatlichen Systemen sind unverhältnismäßige Sanktionen und Normen, die gegen die Freiheits- und Grundrechte verstoßen, regelmäßig nichtig. Ferner kann eine zentrale Grundrechtscharta eigenständige Prozessrechte der Beschuldigten bewirken.<sup>486</sup> Soll sich jedoch die zentrale Rechtsordnung hier durchsetzen, so kann in diesen Fällen ein zentraler gerichtlicher Schutz, also eine justizielle Kompetenz, notwendig sein, um ihnen auch tatsächlich Geltung zu verschaffen.<sup>487</sup> In staatlichen föderalen Systemen ist regelmäßig ein höchstes Verfassungsgericht etabliert, das, u.U. auch gegen den Willen des demokratisch gewählten Parlaments, die zentralen Rechte der Bürgerinnen und Bürger, und dabei eben auch der Beschuldigten, schützt. Ein dem Rechtsstaatsprinzip verpflichtetes System kann nicht nur auf die demokratische Mehrheit bauen, sondern muss auch dieser gewisse Grenzen setzen.

Auch im Vereinigten Königreich von Großbritannien und Nordirland, welches dem Prinzip der Parlamentsouveränität verschrieben ist, wird inzwischen die Ansicht geäußert, dass bei schweren Verstößen gegen Menschenrechte eine gerichtliche Überprüfung der Rechtsakte von Westminster möglich sein müsse.<sup>488</sup> Eine liberale Demokratie müsse neben den Interessen der Mehrheit auch die Rechte der Minderheiten berücksichtigen.<sup>489</sup> Bezeichnenderweise war es die Inkorporation der EMRK, welche zwar nicht dem Recht der EU entstammt, wohl aber als ein das europäische Strafrecht im weiteren Sinne betreffendes Statut bezeichnet werden kann,<sup>490</sup> durch den HRA 1998, die einem gerichtlichen Schutz der Menschenrechte Vorschub leistete. Zwar dürfen die Gerichte Gesetze aus Westminster weiterhin nicht aufheben, sie aber gemäß s. 4 HRA 1998 für unvereinbar mit den Menschenrechten erklären.<sup>491</sup> Zu ihrem Schutz kann jedoch auch der EGMR angerufen werden.

Konkret für das Strafrecht relevante Garantien enthält in der EU inzwischen aber neben der EMRK auch die GRC, so etwa den Schutz der Menschenwürde in den Art. 1 ff. GRC, die Freiheitsrechte in den Art. 6 ff. GRC sowie die Justizgrundrechte in den Art. 47 ff. GRC.<sup>492</sup> Nach Art. 51 Abs. 1 S. 1 GRC gilt die Charta für die Organe, Einrichtungen und sonstigen Stellen der Union unter Wahrung des Subsidiaritätsprinzips und für die Mitgliedstaaten ausschließlich bei der Durchführung des Rechts der Union. Wie bei den zentralen Grund- und Prozessrechten in staatlichen Föderalsystemen ist es auch in der EU im Hinblick auf die durch die

485 Vgl. *Folz*, ZIS 2009, 427, 428.

486 *Sieber*, ZStW 121 (2009), 1, 8 f.

487 Vgl. auch die Ausführungen im Stockholmer Programm vom 2.12.2009, ABl. 2010 Nr. C 115, S. 1, 11.

488 *Leyland*, S. 47, 51 f.

489 *Leyland*, S. 3.

490 *Ambos*, Intern. Strafrecht, § 9 Rn. 4; *Böse*, in: NK, Vor § 3 Rn. 1; *Hecker*, Europ. Strafrecht, § 1 Rn. 5 f.; *Safferling*, Intern. Strafrecht, § 9 Rn. 5; *Satzger*, Intern. und Europ. Strafrecht, § 7 Rn. 3; *Schramm*, Intern. Strafrecht, Einl. Rn. 6; siehe bereits oben 4. Kapitel A. IV. 4.

491 Vgl. *Bradley*, in: Jowell/Oliver, S. 61 ff.; siehe dazu bereits oben 3. Kapitel D. I.

492 Siehe dazu *Ambos*, Intern. Strafrecht, § 10 Rn. 97; *Gaede*, in: Böse, EnzEuR Bd. 9, § 3 Rn. 60 ff.

GRC und die EMRK gewährleisteten Rechte notwendig, dass diese durch ein zentrales Gericht interpretiert werden. Der EuGH kann allerdings (nur) im Vorabentscheidungsverfahren und im Wege einer Nichtigkeitsklage angerufen werden,<sup>493</sup> während im Übrigen die mitgliedstaatlichen Gerichte zur Anwendung der GRC verpflichtet sind, soweit ihr Anwendungsbereich reicht. Hier stellt sich insbesondere bei Maßnahmen der gegenseitigen Anerkennung die Frage, inwieweit auch die nationalen Gerichte die Vollstreckung von Rechtsakten im Hinblick auf europäische Grund- und Menschenrechte verweigern dürfen.<sup>494</sup> Bei der Verletzung von Menschenrechten steht zudem ultimativ der EGMR für Individualklagen nach Art. 34 EMRK zur Verfügung. Der Grundrechtsschutz im Mehrebenensystem<sup>495</sup> ist ein komplexes Thema, das den Rahmen dieser Arbeit sprengt. Hier steht die Verteilung strafrechtlicher Kompetenzen im Fokus. Festzuhalten bleibt aber, dass erstens auch bei zentralen Maßnahmen ein ausreichender Grundrechtsschutz bestehen muss und dass es zweitens erforderlich ist, dass dieser auch wirksam gerichtlich durchgesetzt werden kann.

Aber nicht nur gerichtliche Zuständigkeiten können erforderlich sein. Gegebenenfalls sind wiederum zentrale Normen nötig, um die entsprechenden Eingriffsbefugnisse der Behörden gemäß den Vorgaben der zentralen Rechte und als Ausfluss der zentralen Grundrechte auszugestalten.<sup>496</sup> Denn Grundrechte bewirken zwar einen allgemeinen (Mindest-)Schutz der Grundrechtsträger,<sup>497</sup> sorgen aber per se noch nicht für eine ausgewogene Verfahrensordnung und regeln auch keine konkreten Eingriffsvoraussetzungen.<sup>498</sup> Dies gilt ohnehin dann, wenn zentrale Behörden tätig werden, kann aber auch im Hinblick auf die dezentrale Ausführung des Rechts Bedeutung erlangen. Solche Normen erfordern dann entsprechende zentrale Kompetenzen zur Rechtssetzung.

Insgesamt kann der Schutz der Beschuldigtenrechte dann für eine Zentralisierung streiten, wenn deren Ziel gerade die Etablierung höherer Schutzstandards ist. So galten schon die *Constitutio Criminalis Bambergensis* von 1507 und die *Constitutio Criminalis Carolina* von 1532 (sowie die Einführung des RKG) als Antwort auf willkürliche Strafgerichtsbarkeit in den Territorien.<sup>499</sup> Auf diese Weise wird gewährleistet, dass in sämtlichen Gliedstaaten nach denselben prozessualen Grundsätzen und Schutzstandards vorgegangen wird. Daher kann auch das Rechtsstaats-

493 Skeptisch im Hinblick auf die (derzeitige) Gewährleistung durch den EuGH, aber mit positiver Bewertung des Beitritts der EU zur EMRK und der somit eröffneten Zuständigkeit des EGMR *Folz*, ZIS 2009, 427, 428 f.; vgl. ferner *Polakiewicz*, ZEuS 2010, 1, 7 ff., der in der EU-Rechtssetzung und der dadurch begründeten Zuständigkeit des EuGH einen Mehrwert gegenüber der EMRK ausmacht.

494 Siehe im Hinblick auf den europäischen Haftbefehl oben 4. Kapitel C. III. 2. a).

495 Vgl. dazu etwa *Gaede*, in: Böse, *EnzEuR* Bd. 9, § 3 Rn. 8 ff.

496 Vgl. auch *Böse*, ZIS 2010, 76, 87.

497 *Hecker*, *Europ. Strafrecht*, § 12 Rn. 61; *Satzger*, *StV* 2003, 137, 139.

498 Vgl. *C. Nestler*, *ZStW* 116 (2004), 332, 346 f.

499 *Rüping/Jerouschek*, Rn. 94 f.

prinzip in gewisser Hinsicht dafür streiten, bestimmte Kompetenzen zu zentralisieren, soweit es etwa um den Schutz der Beschuldigten im Verfahren geht.

Auch in der EU zeigt sich eine Tendenz, Verfahrensrechte zunehmend – neben dem grundrechtlichen Schutz – auch durch sekundärrechtliche Normen zu sichern.<sup>500</sup> Zu nennen sind z.B. der Vorstoß der Kommission für einen Rahmenbeschluss über bestimmte Verfahrensrechte,<sup>501</sup> welcher eine Vereinheitlichung von Beschuldigtenrechten bezweckte,<sup>502</sup> die Entschließung des Rates über einen Fahrplan zur Stärkung der Verfahrensrechte<sup>503</sup> oder die Richtlinie über das Recht auf Belehrung und Unterrichtung im Strafverfahren.<sup>504</sup>

### III. Zusammenfassung

Eine allgemeingültige Aussage darüber, wie eine Verteilung strafrechtsbezogener Kompetenzen bestmöglich erfolgen muss, lässt sich nicht ohne weiteres treffen. Jedes Mehrebenensystem nimmt eine spezifische Gewichtung der soeben erläuterten Kriterien vor und betont dabei bestimmte Aspekte mehr als andere. Es war das Ziel dieses Abschnittes, die Parameter herauszuarbeiten und zu erläutern, die bei einer Kompetenzverteilung im Mehrebenensystem zu beachten sind. Bevor im nächsten Teil der Arbeit die oben untersuchten Systeme einer komparativen Analyse anhand der soeben entwickelten Kriterien unterzogen werden, bietet es sich an, noch einmal grob zusammenzufassen, in welche Richtung die Parameter tendieren, auch wenn dies in dieser Kürze nur recht pauschal geschehen kann.

Das erste Kriterium, das mit „Demokratie“ überschrieben wurde, spricht aus Gründen der demokratischen Responsivität der Hoheitsakte zunächst vom Grundsatz her für eine dezentrale Gesetzgebung, da auf diese Weise der Einfluss des Einzelnen auf die Gesetze größer ist. Auch das dritte Kriterium, die Wahrung kultureller Vielfalt und gewichtiger Machtbefugnisse der Einzelstaaten streitet zunächst für eine Dezentralisierung der Kompetenz. Beide Aspekte können aber durch das zweite Kriterium, die Effektivität des Systems, beeinflusst werden. Die Effektivität kann zwar bei rein lokaler Kriminalität ebenfalls dafür sprechen, den Einzelstaaten ein Experimentierfeld zu überlassen. Bei grenzüberschreitender Kriminalität, bei Straftaten zu Lasten der Rechtsgüter der zentralen Ebene und hinsichtlich der Durchsetzung der Verhaltensvorgaben und Werte derselben können jedoch zen-

500 *Ambos*, Intern. Strafrecht, § 10 Rn. 94.

501 KOM (2004), 328 endg.

502 Dazu *Ambos*, Intern. Strafrecht, § 10 Rn. 94.

503 Entschließung des Rates vom 30.11.2009 über einen Fahrplan zur Stärkung der Verfahrensrechte von Verdächtigen oder Beschuldigten in Strafverfahren, ABl. 2009 Nr. C 295, S. 1; vgl. auch *Sieber*, in: *Sieber/Brüner/Satzger/v. Heintschel-Heinegg*, Einführung Rn. 222.

504 RL 2012/13/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 22.5.2012 über das Recht auf Belehrung und Unterrichtung im Strafverfahren, ABl. L 142, S. 1; dazu *Brodowski*, ZIS 2010, 749, 754; *ders.*, ZIS 2011, 940, 946 f.; *ders.*, ZIS 2012, 558, 564 f.

trale Kompetenzen erforderlich sein. Das vierte Kriterium schließlich, welches Rechtsstaatlichkeit und Beschuldigtenrechte berücksichtigt, spricht in verschiedenen Fällen ebenfalls für eine zentrale Kompetenz, nämlich wiederum gerade dann, wenn sich die Strafverfolgung nicht auf einen Einzelstaat konzentrieren, sondern grenzüberschreitend durchgeführt werden soll, weil dann z.B. eine Kooperation oder gegenseitige Anerkennung ohne einheitliche Verfahrensrechte schädlich ist.

Schließlich ist zu beachten, dass nicht alle denkbaren Modelle in jedem Mehrebenensystem anwendbar sind, da die Grundvoraussetzungen und politischen Rahmenbedingungen des Zusammenschlusses eine wichtige Rolle spielen. Sind die Einzelstaaten sehr selbstbewusst und ihre Bürgerinnen und Bürger sehr stark mit ihnen verbunden, so werden sie eine zu starke Zentralisierung zu verhindern suchen. Geschieht die Vereinigung nur im Hinblick auf gewisse Ziele, wie etwa den gemeinsamen Markt, so können sich zentrale Kompetenzen darauf beschränken. Soll hingegen gerade durch die Einheitlichkeit des Rechts auch ein Zusammenwachsen der Bürgerinnen und Bürger im Gesamtverbund gefördert werden, so wird das System deutlich zentralisierter ausgestaltet werden.

## C. Komparative Analyse der untersuchten staatlichen Systeme

### I. Verfassungstheorie und Verteilung der Kompetenzen in der Praxis

Die vier im 3. Kapitel dargestellten staatlichen Modelle unterscheiden sich deutlich und bezeugen damit die vielfältigen Gestaltungsmöglichkeiten der Verteilung strafrechtsbezogener Kompetenzen in Mehrebenensystemen. Jeweils ist dabei eine Entwicklung zu beobachten. Insbesondere die vier staatlichen Systeme haben sich durch die Auslegung der Verfassung zunehmend von der ursprünglich anvisierten Ordnung entfernt. Hierbei haben die jeweiligen politischen Verhältnisse eine entscheidende Rolle gespielt, nicht zuletzt aber auch die höchsten Gerichte als Interpreatoren.<sup>505</sup> Denn es sind Theorien wie die „*Double Aspects Doctrine*“ des kanadischen Verfassungsgerichts, die „*Dual Sovereignty Doctrine*“ des U.S. Supreme Courts und seine Akzeptanz von *implied powers* oder die Zurückhaltung des BVerfG im Hinblick auf die „Bedürfnisklausel“ des Art. 72 Abs. 2 GG a.F., welche dem Verständnis der jeweiligen Verfassung eine besondere Wendung gaben.

Im Vereinigten Königreich von Großbritannien und Nordirland und seiner „politischen Verfassung“<sup>506</sup> waren es weniger die Gerichte als vielmehr politische Absprachen, die zu einer Veränderung der faktisch-politischen Kompetenzverteilung geführt haben. Ein Blick auf die Verfassung und ihre Grundannahmen genügt also in allen untersuchten Systemen nicht, um die *de facto*-Verteilung der Kompetenzen zu beurteilen. Die Unterschiede zwischen der ursprünglichen Theorie und der tatsächlichen Ausprägung lassen sich – um einige Unregelmäßigkeiten bereinigt und stark vereinfacht – wie folgt abbilden:

*Übersicht: Verfassungstheoretische und de facto-Verteilung der Strafrechtskompetenzen*

	Deutschland	USA	Kanada	UK
<b>Gesetzgebung</b>	Grundsatz: I/II (k) Faktisch: I + II (s)	Grundsatz: II Faktisch: I/II (p)	Grundsatz: I Faktisch: I/II (p)	Grundsatz: I Faktisch: I/II (a)
<b>Gerichte und Strafverfolgung</b>	Grundsatz: II Faktisch: II + I (s)	Grundsatz: II Faktisch: I/II (p)	Grundsatz: II Faktisch: II + I (s)	Grundsatz: I/II (a) Faktisch: I/II (a)

I = zentrale Ebene; II = dezentrale Ebene  
k = konkurrierend; p = parallel; a = asymmetrisch; s = speziell

<sup>505</sup> Vgl. auch Jackson/Tushnet, S. 932.

<sup>506</sup> Barendt, S. 34; vgl. aber auch Sydow, ZaöRV 2004, 65, 83 ff., zum Wandel derselben zur „*law-based constitution*“.

## 1. Rechtssetzungskompetenz

Betrachtet man zunächst die drei Bundesstaaten Deutschland, Kanada und USA, so lassen sich hinsichtlich der Gesetzgebung drei unterschiedliche verfassungsmäßige Verteilungsansätze ausmachen. In Kanada soll das Strafrecht grundsätzlich nur zentral, in den USA grundsätzlich nur dezentral und in Deutschland von beiden Ebenen konkurrierend gesetzt werden. Faktisch haben sich alle drei Ordnungen aber anders entwickelt. Kanada und die USA weisen inzwischen in vielen Bereichen eine parallele Kompetenz aus, während in Deutschland das Strafrecht durch die Strafgesetzgebung des Bundes nahezu gänzlich zentralisiert wurde und nur wenige Spezialkompetenzen der Länder übrig blieben. Dies findet seinen Grund in der Auslegung der Verfassungsbestimmungen. Das kanadische und das US-amerikanische Recht gehen davon aus, dass zwar die Befugnis zur Schaffung von Strafrecht grundsätzlich bei einer der beiden Ebenen liegt, gleichwohl aber die verfassungsmäßige Kompetenz, einen bestimmten Bereich zu regeln, jeweils auch zum Erlass von (quasi-)strafrechtlichen Normen zur Durchsetzung der darauf gestützten Bestimmungen ermächtigt.

In den USA wird das Strafrecht als Gesamtmaterie in der Verfassung nicht erwähnt, vielmehr werden dem Bund jeweils nur bestimmte Spezialkompetenzen für einzelne Politikbereiche zugeteilt, während die Residualkompetenz bei den Einzelstaaten verbleiben soll. Die allgemeine Befugnis aus U.S. Const. Art. I § 8 cl. 18, alle notwendigen und zweckdienlichen Gesetze zur Regelung der jeweiligen Zuständigkeitsbereiche zu erlassen (sog. „*necessary and proper clause*“),<sup>507</sup> ermöglicht es sodann jedoch, auch Strafvorschriften zu schaffen. Dies betrifft einerseits z.B. den Schutz der Institutionen und Finanzmittel des Bundes sowie andererseits grenzüberschreitende Fragen, für welche der Bund grundsätzlich zuständig ist, wie etwa hinsichtlich Handel und Gesamtwirtschaft, sowie schließlich die wirksame Durchführung der jeweiligen Bundespolitik.<sup>508</sup>

Gerade letztere Frage spielt auch in der kanadischen Verfassungsdoktrin eine gewichtige Rolle, wenn auch unter umgekehrten Vorzeichen zu Gunsten der Provinzen. Denn zwar mag nur der Bund nach s. 91 (27) Constitution Act 1867 zuständig sein für die Schaffung von Strafrecht, den Provinzen bleibt es aber unbenommen, auch ihre Gesetze mit Sanktionen zu versehen.<sup>509</sup> Zwar handelt es sich dabei verfassungstheoretisch nicht um echtes „Strafrecht“ im Sinne der Kompe-

507 Vgl. zu diesem Begriff *Bumgarner*, S. 6; *Reinbacher*, Das Strafrechtssystem der USA, S. 52; *ders.*, DAJV-NL 2011, 50, 52; *Stone/Seidman/Sunstein/Tushnet/Karlan*, S. 72; *Sutton*, S. 5. – *Schmid*, S. 20, verwendet hingegen die Bezeichnung „*coefficient clause*“.

508 Siehe oben 3. Kapitel B. II. 1. b).

509 Siehe oben 3. Kapitel C. II. 1. b).

tenznormen, jedoch können diese Sanktionsvorschriften sogar Freiheitsstrafen vorsehen, sodass sie zu Recht als „Quasi-Strafgesetze“<sup>510</sup> bezeichnet werden.

Zu einem gewissen Grad findet sich diese Erwägung auch im deutschen Recht verwirklicht, wird jedoch dadurch abgeschwächt, dass solche Strafvorschriften oder Ordnungswidrigkeiten – anders als in Kanada – ebenfalls als „Strafrecht“ im Kompetenzsinne gewertet werden. Zwar wird auch in Deutschland davon ausgegangen, dass die Zuständigkeit für eine Materie die Kompetenz mit sich bringen kann, darauf bezogene strafrechtliche Fragen zu regeln.<sup>511</sup> Der Bund kann nach herrschender Auffassung jedoch auch in den Feldern, in denen ihm keine ausdrückliche Kompetenz zukommt, strafrechtliche Vorschriften erlassen und somit auch Verstöße gegen Landesrecht als Straftat bewerten,<sup>512</sup> ohne dass er über die jeweilige Zuständigkeit für das betreffende Spezialgebiet verfügen müsste, da ihm grundsätzlich die Kompetenz für „das Strafrecht“ zukommt. Der Unterschied zum US-amerikanischen Strafrecht besteht also insbesondere darin, dass das Strafrecht als selbstständige Materie aufgeführt ist, sodass Strafnormen auf diese gestützt werden können. Da also, wie im kanadischen Recht, eine ausdrückliche Kompetenz für das Strafrecht besteht, muss diese von anderen Kompetenzen abgegrenzt werden. Anders als in Kanada wurde die Zuständigkeit des Bundes für das Strafrecht in Deutschland aber so extensiv ausgelegt, dass den Ländern fast nur noch im Presserecht wegen der größeren Sachnähe strafrechtsbezogene Kompetenzen verbleiben.<sup>513</sup>

Das Vereinigte Königreich von Großbritannien und Nordirland ist streng genommen wegen der verfassungstheoretisch verbliebenen Parlamentsouveränität von Westminster kein föderales System. Gleichwohl wird es vielfach als „quasi-föderal“ eingestuft,<sup>514</sup> da auch Landesteile, wie insbesondere Schottland und Nordirland, über eigene und demokratisch legitimierte Parlamente sowie über weitgehende, politisch gesicherte Zuständigkeiten verfügen. Da die *devolution* jedoch zentral gesteuert wird, ist eine asymmetrische Verteilung der Kompetenzen<sup>515</sup> hier

510 Colvin/Anand, S. 4; „quasi-criminal offences“; Monahan, S. 345: „quasi-criminal legislation“.

511 Vgl. BT-Drs. 7/550, S. 197 f. („kraft Sachzusammenhanges“); Maurach/Zipf, AT 1, § 8 III Rn. 17.

512 BVerfGE 13, 367, 373; 23, 113, 124; 110, 141, 174; ebenso Eser/Hecker, in: Schönke/Schröder, Vorbem. § 1 Rn. 47; Fischer, Einleitung Rn. 2; Jescheck/Weigend, § 13 I 1; Kunig, in: v. Münch/Kunig, Art. 74 Rn. 14; Maunz, in: Maunz/Dürig, 69. EL 2013, Art. 74 Rn. 66; Maurach/Zipf, AT 1, § 8 III Rn. 13; Oeter, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Art. 74 Rn. 19; Stettner, in: Dreier, Suppl. 2007, Art. 74 Rn. 24; Weber, FS Tröndle, 1989, S. 345; siehe oben 3. Kapitel A. II. 1. a) aa).

513 Siehe oben 3. Kapitel A. II. 1. b) bb).

514 So etwa Bogdanor, Devolution, S. 290, 295; ders., The New British Constitution, S. 89; vgl. auch Brazier, S. 121: „de facto federation“; Himsforth/Munro, S. XVIII: „semi-federal“; vgl. ferner N. Walker, Final Appellate Jurisdiction in the Scottish Legal System, S. 13, abrufbar im Internet unter [www.scotland.gov.uk/Resource/Doc/299388/0093334.pdf](http://www.scotland.gov.uk/Resource/Doc/299388/0093334.pdf), zuletzt abgerufen am 5.2.2014, der den Status des Vereinigten Königreiches von Großbritannien und Nordirland zwischen unitarischem Staat und Föderation ansiedelt.

515 Hadfield, in: Jowell/Oliver (6. Aufl.), S. 273; Hazell, in: Hazell/Rawlings, S. 230; Hazell/Rawlings, in: dies., S. 1.

in größerem Maße möglich als klassischerweise im Bundesstaat.<sup>516</sup> Dies führt dazu, dass die einzelnen Landesteile in unterschiedlichem Umfang zur Strafrechtssetzung befugt sind.

Verfassungstheoretisch bleibt Westminster dabei grundsätzlich zur Gesetzgebung auch für die dezentralen Ebenen ermächtigt, politisch ist die zentrale Ebene aber durch die „*Sewel Convention*“<sup>517</sup> daran gehindert,<sup>518</sup> sodass realpolitisch und *de facto* eine Art Föderation entstanden ist und strafrechtsbezogene Rechtssetzungskompetenzen verteilt sind. Insbesondere Schottland genießt hierbei weitgehende Freiheiten, welche sich auch in einer nahezu umfassenden Zuständigkeit für das schottische Strafrecht äußern. Auch auf Nordirland sind entsprechende Befugnisse inzwischen übertragen worden. In Wales bleibt abzuwarten, ob sich auch hier ein eigenständiges Strafrecht unabhängig vom englischen Recht entwickeln kann. England verfügt hingegen über gar kein eigenes Parlament, sodass sein Strafrecht ausschließlich zentral von Westminster geschaffen wird und es streng genommen gar nicht als weitere „dezentrale Ebene“, jedenfalls nicht als Kompetenzebene, bezeichnet werden kann. Daneben kann Westminster in den im Rahmen der *devolution* reservierten Bereichen weiterhin Strafrecht für das Gesamtsystem erlassen, so etwa im Hinblick auf die nationale Sicherheit oder die Drogenkriminalität.<sup>519</sup> Das bedeutet, dass bestimmte gesamtstaatlich relevante strafrechtliche Bereiche auch nach der *devolution* zentral geregelt werden.

In den USA bildeten vergleichbare Aspekte die Grundlage der Entstehung eines parallelen Bundesstrafrechts.<sup>520</sup> Insbesondere der Gedanke, dass jede verfassungsmäßige Zuständigkeit Sanktionskompetenzen mit sich bringt, ist in den USA seit langem anerkannt<sup>521</sup> und wurde auch vom EuGH bereits vor der Vertragsreform von Lissabon für die EU angenommen.<sup>522</sup> Insofern ähneln sich beide Systeme im Hinblick auf die Kompetenzverteilung:<sup>523</sup> Strafrechtliche Rechtssetzungskompetenzen stehen grundsätzlich nur der dezentralen Ebene zu, die zentrale Ebene verfügt jedoch über bestimmte Einzelkompetenzen, die im Zusammenhang mit ihren eigenen Institutionen, Interessen, Politiken oder grenzüberschreitenden Sachver-

516 Barendt, S. 61.

517 Ausführlich dazu unten 3. Kapitel D. I.; vgl. dazu Alder, S. 347; Bradley, in: Jowell/Oliver, S. 60; Bogdanor, Devolution, S. 291; Hazell, in: Hazell/Rawlings, S. 304; Hazell/Rawlings, in: dies., S. 6; Sydow, ZaöRV 2004, 65, 80 ff., 85 ff.; Trench, in: Hazell/Rawlings, S. 197; Winetrobe, in: Hazell/Rawlings, S. 39; ders., in: Jowell/Oliver (6. Aufl.), S. 217.

518 Siehe bereits oben 2. Kapitel A. sowie 3. Kapitel D. I.

519 Siehe oben 3. Kapitel D. II. 1. d).

520 Ausführlich dazu Reimbacher, Das Strafrechtssystem der USA, S. 86 ff.; siehe auch oben 3. Kapitel B. II. 1. b).

521 Vgl. nur *McCulloch v. Maryland*, 17 U.S. 316, 416 (1819); *Logan v. United States*, 144 U.S. 263, 283 (1892); ferner Beale, 2 Encyclopedia of Crime & Justice 694 (2002); LaFave, S. 269 ff.; Reimbacher, Das Strafrechtssystem der USA, S. 56, 88; ders., DAJV-NL 2011, 50, 52; Welling/Beale/Bucy, S. 2; siehe oben 3. Kapitel B. II. 1. b).

522 EuGH Slg. 2005, I-7879, I-7925 – *Kommission/Rat* (Rs. C-176/03) („Umweltstrafrecht“); siehe dazu bereits oben 4. Kapitel A. II. 7.

523 Siehe zur EU bereits oben das 4. Kapitel sowie unten 6. Kapitel A.

halten stehen. Der wesentliche Unterschied liegt aber darin, dass in der EU nur in Bezug auf den Schutz der eigenen Finanzmittel gegen Betrügereien bzw. von grundlegenden Werten Kompetenzen zur Setzung originären EU-Strafrechts bestehen,<sup>524</sup> während es sich bzgl. der transnationalen Kriminalität und der wirksamen Durchführung eigener Politiken lediglich um eine Harmonisierungskompetenz zur Angleichung des mitgliedstaatlichen Rechts handelt, bei der entsprechende Vorgaben durch die dezentralen Parlamente selbst erst noch umgesetzt werden müssen.<sup>525</sup>

Eine solche Richtlinienkompetenz zur unmittelbaren Modifikation des einzelstaatlichen Strafrechts findet sich in den hier untersuchten staatlichen Rechtsordnungen hingegen nicht. Sie würde z.B. in den USA wohl auch gar nicht als verfassungsgemäß angesehen werden, da dem Bund dort jegliches „*commandeering*“ der Einzelstaaten untersagt ist,<sup>526</sup> woraus geschlossen werden kann, dass er auch keine gliedstaatlichen (Straf-)Gesetze erzwingen dürfte.<sup>527</sup> Aus ebendiesem Grund wurde in den USA das zentrale Bundesrecht etabliert, denn wenn den Gliedstaaten keine Anweisungen erteilt werden können, bleibt zum Schutze der eigenen Interessen, Institutionen, Werte und Politiken nur der Einsatz zentraler Normen und Behörden. Interessanterweise wird jedoch sowohl in den USA als auch in der EU die Zielsetzung verfolgt, die Autonomie der Einzelstaaten zu wahren.

Auch im Strafprozessrecht folgt die Verteilung der Rechtssetzungskompetenz letztlich denselben Maßstäben. In Deutschland wird das Strafprozessrecht insbesondere<sup>528</sup> auf die konkurrierende Zuständigkeit für das gerichtliche Verfahren gemäß Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG gestützt.<sup>529</sup> Auch hier hat der Bund durch ausführliche Kodifikationen das Feld übernommen und die Länder von der Gesetzgebung exkludiert. In Kanada umfasst nach s. 91 (27) Constitution Act 1867 die explizite Zuweisung der exklusiven legislativen Autorität an den Bund sowohl das Strafrecht als auch das Strafprozessrecht („*The Criminal Law [...] including the Procedure in Criminal Matters*“).<sup>530</sup> Die Provinzen dürfen aber das Verfahren im Hinblick auf die „*provincial offences*“ regeln.<sup>531</sup>

In den USA verfolgt jede Ebene ihre Straftaten hingegen selbst und bestimmt dabei auch das jeweilige Verfahrensrecht. Letztlich korrespondiert also in allen drei

524 Siehe dazu oben 4. Kapitel B. I. 2. a).

525 Siehe dazu oben 4. Kapitel B. I. 2. b).

526 *Printz v. United States*, 521 U.S. 898 (1997).

527 *Kreit*, 13 Chap. L. Rev. 555, 572 (2010); *Mikos*, 62 Vand. L. Rev. 1421, 1445 ff. (2009) m.w.N.

528 Aufbau der Gerichte und verwandte Fragen werden anhand der Kompetenz für die Gerichtsverfassung behandelt; siehe oben 3. Kapitel A. II. 1. a) bb).

529 *Degenbart*, in: Sachs, Art. 74 Rn. 25; *Kunig*, in: v. Münch/Kunig, Art. 74 Rn. 18; *Maunz*, in: Maunz/Dürig, 69. EL 2013, Art. 74 Rn. 79; *Oeter*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Art. 74 Rn. 26; *Pieroth*, in: Jarass/Pieroth, Art. 74 Rn. 9; *Stettner*, in: Dreier, Suppl. 2007, Art. 74 Rn. 27; siehe oben 3. Kapitel A. II. 1. a) bb).

530 Siehe oben 3. Kapitel C. II. 1. c).

531 *Colvin/Anand*, S. 14; siehe oben 3. Kapitel C. II. 1. c).

Systemen die prozessuale Rechtssetzungskompetenz mit der materiellen. Dies gilt auch im Vereinigten Königreich von Großbritannien und Nordirland, wo sich insbesondere das schottische und das englische/walisische, in zunehmendem Maße aber auch das nordirische, Strafverfahrensrecht voneinander unterscheiden und zur Verfolgung der Verstöße gegen die jeweiligen (divergierenden) Strafbestimmungen eingesetzt werden.

## 2. Strafverfolgungskompetenzen

Hinsichtlich Strafverfolgung und Strafgerichtsbarkeit, also der „Verfolgungs- und Ahndungskompetenz“<sup>532</sup>, lässt sich wiederum stark verallgemeinernd zwischen zwei Grundmustern unterscheiden.<sup>533</sup> In Deutschland und Kanada wird ein kooperatives Prinzip verfolgt, nach dem die Gliedstaaten sowohl das eigene als auch das Recht des Bundes vollziehen, d.h. die Strafverfolgung durch ihre Gerichte und Behörden betreiben, wobei jedoch jeweils ein Bundesgericht als höchste Instanz in den gewichtigen Fällen für eine Einheitlichkeit der Auslegung des Bundesrechts sorgt. Zudem existieren einige Bundesbehörden, die besondere Zuständigkeiten im gesamtstaatlichen Interesse wahrnehmen. Dem steht idealtypisch das Trennprinzip der USA gegenüber, nach welchem jede Ebene ihr Recht selbst ausführt und daher auch die betreffenden Straftaten mit eigenen Behörden und Gerichten verfolgt.<sup>534</sup>

Das System des Vereinigten Königreiches von Großbritannien und Nordirland ist auch hier asymmetrisch ausgestaltet. Grundsätzlich steht es einerseits dem Trennprinzip der USA näher, da die drei Jurisdiktionen England/Wales, Nordirland und Schottland jeweils getrennt operieren, sodass jeder Landesteil sein Recht auch selbst vollzieht.<sup>535</sup> Nur in Schottland gilt dies im Strafrecht aber sogar tatsächlich bis zur höchsten Ebene, während im Hinblick auf Nordirland der zentrale Supreme Court of the U.K. die letzte Instanz bildet. England und Wales haben ein weitestgehend einheitliches Recht und Verfolgungssystem,<sup>536</sup> wiederum mit dem Supreme Court of the U.K. an der Spitze der Gerichtspyramide.

Westminster ist nicht nur zentraler Gesetzgeber, sondern auch das Parlament für England, sodass die „zentralen Gesetze“ in diesem Fall gleichzeitig auch Gesetze für England sind und deshalb von den englischen Behörden vollzogen werden. Für die anderen Landesteile entfalten die Gesetze von Westminster hingegen nicht immer Wirkung, sondern nur, wenn dies angeordnet ist. Andererseits werden solche Straftaten, die in zentralen Strafgesetzen geregelt sind und (ausnahmsweise) im gesamten Königreich Geltung haben, durch die jeweiligen lokalen Behörden und Ge-

532 Vogel, in: Dannecker, Subventionsbetrug, S. 172.

533 Vgl. auch allgemein zur föderativen Aufteilung Anderson, S. 34 f.; Pernice, JZ 2000, 866, 873.

534 Vgl. auch Anderson, S. 34 f.; Pernice, JZ 2000, 866, 873; siehe auch noch unten 5. Kapitel D. II. 2.

535 Siehe oben 3. Kapitel D. II. 2. a).

536 Davies/Croall/Tyler, S. 269 ff.; siehe oben 3. Kapitel D. II. 2. a).

richte verfolgt. Daneben operiert aber etwa mit SOCA bzw. NCA auch eine zentrale Polizeibehörde. Insofern bildet dieses System eine Mixtur aus beiden oben angeführten Grundmustern.

## II. Betrachtung anhand der Parameter

### 1. Demokratie

In den drei hier aufgeführten Bundesstaaten stehen jeweils zwei demokratisch legitimierte Parlamente – auf gliedstaatlicher und auf zentraler Ebene – zur Verfügung, auch Organe der Exekutive und Judikative werden sachlich-inhaltlich durch die Bindung an das demokratisch gesetzte Recht<sup>537</sup> und die parlamentarische Kontrolle der Regierung sowie organisch-personell durch die Bestellung der Amtsträger demokratisch legitimiert.<sup>538</sup> Man betont daher in föderalen Bundesstaaten auch den besonderen demokratischen Mehrwert, der durch die zusätzliche Ebene der Mitbestimmung erzielt wird.<sup>539</sup>

Heute sollte auch einem großen System wie dem der USA alleine wegen seines flächenmäßigen Ausmaßes die Demokratiefähigkeit nicht schlichtweg abgesprochen werden, wie es etwa noch der Ansatz von *Montesquieu*<sup>540</sup> sowie der *Anti-Federalists* war.<sup>541</sup> Zudem ist oben<sup>542</sup> bereits betont worden, dass gerade die Zentralisierung von (bestimmten) Kompetenzen einen Zuwachs an demokratischer Handlungsfähigkeit bedeuten kann, wenn sich die betreffenden Probleme lokal nicht bewältigen lassen.<sup>543</sup> Will man allerdings eine möglichst große Bürgernähe und Responsivität der Hoheitsakte erzielen, so muss genau überprüft werden, in welchem Maße eine Zentralisierung notwendig erscheint. Die im 3. Kapitel angeestellten Untersuchungen haben gezeigt, dass die hier betrachteten Systeme im Hinblick auf die konkrete Kompetenzverteilung und damit auch hinsichtlich der demokratischen Gestaltungsmöglichkeiten und Bürgernähe sehr unterschiedlich ausgestaltet sind.

So ist den Bürgerinnen und Bürgern auf der Ebene der Länder und Provinzen in Deutschland und Kanada im Ergebnis kaum Spielraum überlassen, eine abweichende Strafrechtspolitik zu betreiben. Kanada hat gemäß s. 91 (27) Constitution

537 Vgl. auch *Maus*, Blätter für deutsche und internationale Politik 2005, 829, 834.

538 BVerfGE 83, 60, 72; ausführlich ferner *Böckenförde*, HStR II, 3. Aufl. 2004, § 24 Rn. 16 ff., 21 ff.; *Classen*, Demokratische Legitimation, S. 1, 5 ff.; siehe bereits oben 2. Kapitel C. III. 1.

539 *Herzog/Grzesick*, in: Maunz/Dürig, 69. EL 2013, Art. 20 IV Rn. 24; *Lauffer/Münch*, S. 29; *Starck*, in: Härtel, Hdb. Föderalismus I, § 1 Rn. 11; *Stern*, Staatsrecht I, S. 658; *Stone/Seidman/Sunstein/Tushnet/Karlan*, S. 168; siehe bereits oben 5. Kapitel A.

540 *Montesquieu* (1748), Band I, 8. Buch, 16. Kap., Reclam-Ausgabe, S. 197.

541 So etwa „*Brutus*“, Essay I (1787), in: Ketcham, S. 275 f.; vgl. dazu auch *Brunhöber*, S. 67; *Reinbacher*, Das Strafrechtssystem der USA, S. 41; siehe dazu bereits oben 2. Kapitel III. 3. d).

542 Oben 2. Kapitel C. III. 2. a), 2. Kapitel C. IV. 1. g) und 5. Kapitel B. II. 1.

543 *Pernice*, AöR 136 (2011), 185, 207; *Peters*, S. 147; *Zürn*, S. 233 f.

Act 1867 die Strafrechtssetzungskompetenz explizit zentralisiert, sodass diese der dezentralen Ebene mit Ausnahme der wenigen „quasi-strafrechtlichen“ Normen entzogen ist. Ähnlich liegt der Fall in Deutschland. Zwar geht die Verfassung hier gemäß Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG von einer konkurrierenden Zuständigkeit für das Strafrecht aus, faktisch ist es, bis auf wenige Bereiche z.B. im Presse- und Medienrecht, jedoch durch den Erlass umfassender Bundesgesetze vollständig zentralisiert, da den Ländern wegen des erschöpfenden Gebrauchmachens von der Bundeskompetenz im Sinne von Art. 72 Abs. 1 GG im Hinblick auf die abschließend geregelten strafrechtlichen Materien auch keine Zuständigkeit mehr verbleibt.<sup>544</sup> Diesbezüglich sind die konkreten demokratischen Einflussmöglichkeiten der Bürgerinnen und Bürger auf das Strafrecht auf der Länder- und Provinzebene also stark geschmälert. Geht man davon aus, dass die Stimme des Einzelnen größeres Gewicht hat, wenn sie sich in kleineren Einheiten einbringen kann,<sup>545</sup> so sind diese Systeme jedenfalls im Hinblick auf das Strafrecht aus dieser Sicht ungünstiger. Ferner findet auch eine geringere Parzellierung der Kompetenzen im Dienste einer demokratischen Beschränkung der Machtkonzentration auf zentraler Ebene statt.

Die Bürgerinnen und Bürger können ihre Stimme jedoch auch im zentralen Parlament einbringen. Zudem besteht immerhin eine größere Bürgernähe bei der Strafverfolgung und Strafgerichtsbarkeit. Auch die Rechtsprechung kann aber nur so lange divergieren, bis das zentrale Bundesgericht die Rechtsfrage geklärt hat. Zudem sind in Deutschland auch einer unterschiedlichen Einstellungspraxis einerseits durch das Legalitätsprinzip und andererseits durch die Rechtsprechung des BVerfG Grenzen auferlegt.<sup>546</sup> In Kanada sind Unterschiede in der Verfolgungspraxis wegen des staatsanwaltlichen Ermessens<sup>547</sup> zwar stärker ausgeprägt, dennoch bleibt zu konstatieren, dass die unmittelbare Einflussnahme auf dezentraler Ebene in weitaus geringerem Maße möglich ist. Denn schließlich müssen auch die dezentralen Vollzugsorgane zentral gesetztes Recht anwenden. Ferner werden hier die Strafverfolgungsorgane der Provinzen auch nicht direkt vom Volk gewählt.<sup>548</sup>

Die Zuständigkeitsverteilung der U.S. Constitution verfolgt generell die Zielsetzung der dezentralen Kompetenz. Als Vorzug der dezentralen Gesetzgebung und des dezentralen Vollzuges lässt sich die besondere Bürgernähe ausmachen.<sup>549</sup> Das Strafrecht reflektiert dadurch regional unterschiedliche Ansichten, was für die Bürgerinnen und Bürger die Möglichkeit wahrt, zu entscheiden, unter welchen Kon-

544 Eser/Hecker, in: Schönke/Schröder, Vorbem. § 1 Rn. 36.

545 Simeon, 8 Queen's L.J. 131, 151 (1982/83).

546 BVerfGE 90, 145, 190: Die Länder treffe die Pflicht, für eine im Wesentlichen einheitliche Einstellungspraxis der Staatsanwaltschaften zu sorgen; siehe dazu noch unten 5. Kapitel C. II. 3.

547 *Krieger v. Law Society of Alberta*, (2002) 3 SCR 372; siehe bereits oben 3. Kapitel C. III. 2. sowie unten 5. Kapitel C. II. 3.

548 Siehe oben 3. Kapitel C. II 2. b).

549 Simeon, 8 Queen's L.J. 131, 151 (1982/83); siehe auch oben 5. Kapitel B. II. 1. sowie die Hintergründe föderaler Kompetenzverteilung oben 5. Kapitel A.

ditionen und Anschauungen sie leben möchten. Ferner wird dem Demokratieprinzip durch höhere Einflussmöglichkeiten der Bürgerinnen und Bürger in kleinerem Rahmen stärker Rechnung getragen, wenn die lokale Ebene wichtige Gesetzgebungsbefugnisse behält. Die Dezentralisierung der Strafrechtskompetenz dient schließlich als Teil der vertikalen Gewaltenteilung als ein gewichtiges Instrument der Machtbegrenzung,<sup>550</sup> aber auch des Schutzes von Minderheiten, deren Ansichten auf kleinerer Ebene leichter zur Mehrheit avancieren können.<sup>551</sup> Da des Weiteren auch der Vollzug und die Gerichtsbarkeit nach dem Trennprinzip weitestgehend unbehelligt durch zentrale Einflüsse bleiben, können die kleinen Einheiten sich im Strafrecht vollständig entfalten. In dieser Parzellierung und Überlassung von gewichtigen Entscheidungsbereichen an die lokale Ebene mag sich der besonders demokratische Charakter des Systems der USA manifestieren.<sup>552</sup>

Allerdings sollte nicht übersehen werden, dass der Bund durch eine konsequente Durchsetzung seiner eigenen Vorstellungen und entsprechenden Strafvorschriften mittels der Bundesbehörden eine abweichende Politik in den Einzelstaaten auch durchaus unterminieren kann. Als interessantes Beispiel wurde diesbezüglich bereits oben<sup>553</sup> die Debatte um die Drogenlegalisierung in Kalifornien angesprochen.<sup>554</sup> Hätte der Gliedstaat Kalifornien *Proposition 19* verabschiedet und den Konsum von Marihuana zum Zwecke des privaten nicht-medizinischen Konsums vollständig legalisiert, so wäre einerseits konstitutionell zu klären gewesen, ob anders lautende Bundesstrafvorschriften das einzelstaatliche Recht verdrängt hätten, andererseits wäre abzuwarten gewesen, ob der Bund seine wesentlich strengeren Bestimmungen durch seine eigenen Behörden und Gerichte auch weiterhin durchgesetzt hätte, was faktisch dazu geführt hätte, dass der Drogenkonsum in Kalifornien trotz der gliedstaatlichen Entkriminalisierung weiterhin strafbar gewesen wäre, nämlich nach Bundesrecht. Hinsichtlich der medizinischen Nutzung hat der Bund in der Vergangenheit trotz der Legalisierung nach einzelstaatlichem Recht seine Strafverfolgung nach Bundesstrafrecht teilweise fortgesetzt.<sup>555</sup>

Dieser Aspekt berührt insbesondere die Frage der Autonomie und „Souveränität“ der Gliedstaaten.<sup>556</sup> Er spricht aber beispielsweise in den USA gerade nicht insgesamt gegen eine zentrale Kompetenz, sondern lediglich gegen eine Anweisungskompetenz des Bundes.<sup>557</sup> Hinter der Allokation strafrechtlicher Kompetenzen auf der zentralen Ebene steckt nämlich die zutreffende Erwägung, dass erstens

550 So allgemein zur dezentralen Kompetenz *Simeon*, 8 Queen's L.J. 131, 150 (1982/83); siehe auch oben 5. Kapitel B. II. 1. sowie die Hintergründe föderaler Kompetenzverteilung oben 5. Kapitel A.

551 Siehe bereits oben die Hintergründe föderaler Kompetenzverteilung 5. Kapitel A.

552 Vgl. die Ausführungen von *de Tocqueville*, (1835), 1. Band 3. Kap., Reclam-Ausgabe, S. 49 ff., zur Organisation der Volksherrschaft in den USA, welche er bewusst mit den Einzelstaaten beginnt.

553 Siehe oben 3. Kapitel B. III. 1.

554 Dazu ausführlich *Reinbacher*, DAJW-NL 2011, 50.

555 Dazu *Kreit*, 13 Chap. L. Rev. 555, 567 ff. (2010).

556 Siehe dazu noch unten 5. Kapitel C. II. 3.

557 Siehe noch unten 5. Kapitel D. V. 1. sowie 6. Kapitel B.

auch auf der zentralen Ebene demokratische Mitbestimmung möglich ist und zweitens neben der möglichst intensiven Responsivität der Politik auch andere Gesichtspunkte und Faktoren bei der Kompetenzordnung eine Rolle spielen.

Als bedeutendstes Merkmal der Verfassungstheorie des Vereinigten Königreiches von Großbritannien und Nordirland wurde traditionell das Prinzip der „Parlamentssouveränität“ ausgemacht.<sup>558</sup> Dieses genügt demokratischen Grundsätzen insofern, als auch das direkt gewählte House of Commons Teil des Gesamtkonstruktes „*Queen in Parliament*“ ist.<sup>559</sup> Forderte man jedoch eine größere Bürgernähe, so hätte man in der Vergangenheit Bedenken haben können, ob das zentrale Parlament in Westminster diese stets gewährleistet. Es ist jedoch zu beachten, dass etwa auch Schottland seine Abgeordneten dorthin entsendete und diese sodann in der Abstimmung über rein schottische Fragen wiederum eine entscheidende Rolle spielten.<sup>560</sup> Inzwischen sind im Vereinigten Königreich von Großbritannien und Nordirland im Rahmen der *devolution* aber nicht nur schottische, nordirische und walisische Legislativorgane geschaffen worden, welche direkt vom jeweiligen Volk gewählt werden, sondern diesen sind auch – in unterschiedlichem Maße – strafrechtsbezogene Kompetenzen übertragen worden. Insofern entscheiden die Bürgerinnen und Bürger Schottlands inzwischen autark über die nur Schottland und das schottische Strafrecht betreffenden lokalen Fragen und zwar in weitaus umfassenderer Weise als dies etwa in den föderalen Bundesstaaten Deutschland und Kanada der Fall ist. Ähnliches gilt für Nordirland. England kommen hingegen bislang gar keine und Wales bedeutend geringere strafrechtsbezogene Zuständigkeiten zu.

## 2. Effektivität

Ein aus mehreren Ebenen bestehendes politisches System muss sich ferner der Herausforderung widmen, dass Probleme Grenzen überschreiten und das Gesamtsystem betreffen können. Dies gilt, wie bereits oben<sup>561</sup> geschildert, auch in Bezug auf das Strafrecht. Lokale Kriminalität kann lokal bekämpft werden, grenzüberschreitende Sachverhalte können hingegen zentrale Regelungen erfordern. Solche grenzüberschreitenden Konstellationen können in verschiedener Hinsicht auftreten.<sup>562</sup>

558 *Dicey* (1915; Neuauf. 1982), S. 3.

559 *Dicey* (1915; Neuauf. 1982), S. 3; vgl. zur demokratischen Basis der Parlamentssouveränität auch *Bradley*, in: *Jowell/Oliver*, S. 35, 41 f.

560 Vgl. dazu *Winetrobe*, in: *Hazell/Rawlings*, S. 39, 50.

561 Oben 5. Kapitel B. II. 2.

562 Vgl. in Bezug auf das europäische Strafrecht *Sieber*, *ZStW* 121 (2009), 1, 3 ff.; *ders.*, in: *Sieber/Brüner/Satzger/v. Heintschel-Heinegg*, Einführung Rn. 204 ff.

Erstens überschreiten Straftäter und/oder Straftaten Grenzen, sodass die Einzelstaaten alleine nicht ausreichend handeln können.<sup>563</sup> Dies kann etwa der Fall sein, wenn Taten in mehreren Gliedstaaten begangen werden oder sich auf mehreren Ebenen auswirken, aber auch schlichtweg dann, wenn die Täter sich der Strafverfolgung durch Flucht in ein anderes Territorium entziehen. Zweitens verfügt die zentrale Ebene über eigene Rechtsgüter, deren Schutz unter Umständen auch mit strafrechtlichen Mitteln bewirkt werden muss.<sup>564</sup> Drittens kann die wirksame Durchführung bestimmter zentraler Ziele es erfordern, dass sie strafrechtlich abgesichert werden,<sup>565</sup> zumindest soweit es um den Schutz der betroffenen Rechtsgüter vor gravierenden Verletzungen geht. Viertens kann es sein, dass sich gemeinsame Werte entwickeln, die einheitlich verteidigt werden müssen.<sup>566</sup> Dabei kann es auch gerade Ziel sein, Menschen-, Bürger- und Freiheitsrechte, auch die Rechte der Beschuldigten, einheitlich zu schützen.<sup>567</sup> Somit stellt sich die Frage, wie ein politisches Mehrebenensystem diese Fragen lösen kann, d.h. wie grenzüberschreitende Sachverhalte und zentrale Politiken und Werte im Mehrebenensystem berücksichtigt werden können, sodass eine Effektivität der Strafverfolgung und damit der Schutz der betroffenen Rechtsgüter gewährleistet ist. Auch hier geben die untersuchten Modelle unterschiedliche Antworten.

In Deutschland und Kanada ist das Strafrecht ohnehin zentral geregelt. Das deutsche und das kanadische System erfüllen im Hinblick auf die gesamtstaatlichen oder grenzüberschreitenden Probleme insoweit also Effektivitätsgesichtspunkte dadurch, dass mittels der Zentralisierung des Rechts sowie der obersten Gerichtsbarkeit eine einheitliche Rechtslage gewährleistet ist. Es findet sich kein Flickenteppich strafrechtlicher Regelungen, lokale Schlupflöcher bestehen nicht, sodass Straftäter nicht aus einem sicheren Bereich heraus operieren und Taten begehen können, die sich im Gesamtsystem auswirken<sup>568</sup> – denn nur bei einer solchermaßen grenzüberschreitenden Dimension wäre dies tatsächlich für den Gesamtverbund misslich. Zudem ist gewährleistet, dass die Institutionen, Interessen, Werte und politischen Ziele der zentralen Ebene durch diese selbst ohne weiteres mit Strafsanktionen bewehrt werden können, da ihr die Strafrechtssatzungskompetenz umfassend zusteht.

563 Sieber, in: Delmas-Marty, *Corpus Juris*, S. 2; ders., ZStW 119 (2007), 1, 4 ff.; ders., ZStW 121 (2009), 1, 3 f.; ders., in: Sieber/Brüner/Satzger/v. Heintschel-Heinegg, Einführung Rn. 204 ff.

564 Hefendehl, in: Schönemann, *Alternativentwurf*, S. 84; Satzger, *Europäisierung*, S. 328; Sieber, ZStW 121 (2009), 1, 5; ders., in: Sieber/Brüner/Satzger/v. Heintschel-Heinegg, Einführung Rn. 208 ff. Satzger, *Europäisierung*, S. 328.

566 Sieber, ZStW 121 (2009), 1, 6; ders., in: Sieber/Brüner/Satzger/v. Heintschel-Heinegg, Einführung Rn. 210.

567 Sieber, ZStW 121 (2009), 1, 8 ff.; ders., in: Sieber/Brüner/Satzger/v. Heintschel-Heinegg, Einführung Rn. 214 ff.; vgl. auch schon oben 5. Kapitel B. II. 4.

568 Vgl. zu diesem Problem als kriminalpolitischer Hintergrund der strafrechtsbezogenen EU-Kompetenzen Vogel, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, 51. EL 2013, Art. 83 AEUV Rn. 10.

Auch bei grenzüberschreitenden Sachverhalten operieren alle (dezentralen) Strafverfolgungsbehörden auf der Grundlage derselben Strafvorschriften und unter Geltung derselben prozessualen Vorgaben. Anders als etwa im internationalen Raum stellt sich hier nicht das Problem, dass grenzüberschreitende Straftaten im Nachbarland nicht strafbar sind<sup>569</sup> oder dass hinsichtlich der Beweisgewinnung unterschiedliche Maßstäbe und verfahrensrechtliche Anforderungen bestehen. Zwar ist die Strafverfolgung dezentral organisiert, sodass sie immer noch grundsätzlich an den innerstaatlichen Landesgrenzen endet, jedoch bestimmen zentrale Regelungen, dass die jeweiligen einzelstaatlichen Entscheidungen, z.B. Haftbefehle oder Beweisaneinanderordnungen, für das Territorium des Gesamtstaates Wirkung entfalten und die Ermittlungsbeamten auch grenzüberschreitend tätig werden können.<sup>570</sup>

Für Deutschland wurden die vielfältigen Kooperationsmöglichkeiten der Behörden oben<sup>571</sup> ausführlich erörtert. So müssen sich die Gerichte nach den §§ 156 ff. GVG Rechthilfe leisten, die StA kann stets bundesweit tätig werden,<sup>572</sup> wie sich aus den §§ 142 f. GVG, 162 StPO ergibt,<sup>573</sup> und § 167 GVG erlaubt die Nacheile, also die Verfolgung flüchtiger Straftäter,<sup>574</sup> in ein anderes Bundesland.<sup>575</sup> Effektivitätsdefizite der dezentralen Strafverfolgung werden in Deutschland und Kanada zudem durch die zentrale Revisionszuständigkeit des BGH bzw. des Supreme Court of Canada sowie durch einige Bundesbehörden weiter reduziert. In Kanada verfolgt der PPSC des Bundes Straftaten nach Bundesrecht, welche außerhalb des Strafgesetzbuches in anderen Bundesstatuten geregelt sind, sowie einige besondere Straftaten des Strafgesetzbuches. Die Zuständigkeit der Bundesbehörden umfasst daher u.a. Drogendelikte, Organisierte Kriminalität, Terrorismus, Kriegsverbrechen sowie Betrügereien gegenüber Bundesinstitutionen.<sup>576</sup> In Deutschland übt der GBA nach § 142a GVG in den zur Zuständigkeit eines OLG im ersten Rechtszug gehörenden Strafsachen das Amt der Anklagebehörde auch in der ersten Instanz aus, also in den schweren Staatsschutzsachen, welche die innere oder äußere Sicherheit Deutschlands in besonderem Maße berühren sowie bei Straftaten nach dem VStGB.<sup>577</sup>

569 Vgl. auch zu diesem kriminalpolitischen Hintergrund der strafrechtsbezogenen EU-Kompetenzen Vogel, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, 51. EL 2013, Art. 83 AEUV Rn. 10.

570 Sieber, ZStW 121 (2009), 1, 22.

571 Oben 3. Kapitel A. III. 2.

572 Heinrich, NStZ 1996, 361, 362; M. Huber, in: Beck OK StPO, Stand: 30.9.2013, § 143 GVG Rn. 2; Meyer-Gofner, § 143 GVG Rn. 1; H. Mayer, in: KK StPO, § 142 GVG Rn. 4; § 143 GVG Rn. 2; § 166 GVG Rn. 2.

573 Vgl. auch Sieber, ZStW 121 (2009), 1, 22 f., Fn. 41.

574 H. Mayer, in: KK StPO, § 167 GVG Rn. 4; ausführlich Heinrich, NStZ 1996, 361, 362.

575 Siehe bereits oben 3. Kapitel A. II. 2. b) aa).

576 Vgl. zur Zuständigkeit der Bundesstaatsanwaltschaft insbesondere die Website des *Public Prosecution Service of Canada*, abrufbar im Internet unter [www.ppsc-sppc.gc.ca/eng/bas/index.html#intro](http://www.ppsc-sppc.gc.ca/eng/bas/index.html#intro), zuletzt abgerufen am 5.2.2014; ferner Hogg, S. 582 ff.; siehe bereits oben 3. Kapitel C. II. 2. b).

577 Siehe dazu oben 3. Kapitel A. II. 2. b) bb).

Ferner bestehen in Deutschland mit BKA und Bundespolizei Behörden des Bundes, die im gesetzlich bestimmten Umfang polizeiliche Befugnisse auf dem Gebiet der Strafverfolgung zentral ausüben.<sup>578</sup> So sieht z.B. § 4 BKAG die Aufgaben des BKA zur Strafverfolgung und Ermittlung in bestimmten Fällen der internationalen oder schweren Kriminalität oder solcher, die sich gegen Bundesorgane richtet, vor. Daneben kommt ihm nach § 4a BKAG insbesondere auch die Aufgabe der Abwehr des internationalen Terrorismus zu. Es kann darüber hinaus gemäß § 4 Abs. 2 BKAG tätig werden, wenn eine zuständige Landesbehörde darum ersucht (Nr. 1) oder der Bundesminister des Innern dies nach Unterrichtung der obersten Landesbehörde aus schwerwiegenden Gründen anordnet (Nr. 2) oder der GBA darum ersucht oder einen Auftrag erteilt (Nr. 3). Daneben besteht die Bundespolizei, die u.a. Grenzschutz, Bahnpolizei, Luftsicherheit, Schutz von Bundesorganen oder Aufgaben auf See integriert und in diesem Rahmen auch Bereiche der Strafverfolgung übernimmt, so gemäß § 12 Abs. 1 BPoIG bei Straftaten, die im Zusammenhang mit Grenzübertritten stehen.<sup>579</sup> Auch in Kanada wird in bestimmten Fällen, z.B. für die Verfolgung von Bundesstraftaten außerhalb des Bundesstrafgesetzbuches sowie für bestimmte Delikte desselben, die Bundespolizei RCMP tätig.<sup>580</sup>

In Kanada können zudem weitgehende Absprachen zwischen den Behörden getroffen und entsprechende Zuständigkeiten delegiert werden.<sup>581</sup> Zudem werden bestimmte Straftaten, die besondere grenzüberschreitende und gesamtstaatliche Bedeutung haben, wie etwa Terrorismus, Drogendelinquenz oder Organisierte Kriminalität, zentral durch Bundesbehörden verfolgt, was wiederum ihrer effektiven Ahndung dienen mag. Eine wirksame Verfolgung solcher Straftaten, welche die Zentrale betreffen oder jedenfalls nicht rein lokal begangen werden bzw. sich überregional auswirken, scheint also gewährleistet.

Im Hinblick auf rein lokale Delikte bleibt in beiden Systemen hingegen kein gesetzgeberischer Spielraum, um gegebenenfalls alternative Konzepte zu erproben. Hier bietet aber immerhin der dezentrale Vollzug bzgl. der sonstigen allgemeinen Delinquenz die Möglichkeit, lokale Gegebenheiten zu berücksichtigen und ihnen angepasste effektive Strategien zu entwickeln. Dies gilt in Kanada in größerem Maße, denn die Strafverfolgung steht hier im Ermessen der Behörde,<sup>582</sup> sodass diese sich theoretisch entscheiden könnte, bestimmte Verhaltensweisen wie z.B. den Konsum von Betäubungsmitteln, nicht zu verfolgen. Diese Möglichkeit ist im deutschen System indessen weiter reduziert durch das Legalitätsprinzip und die Recht-

578 Siehe dazu oben 3. Kapitel A. II. 2. b) bb).

579 Siehe dazu oben 3. Kapitel A. II. 2. b) bb).

580 Siehe dazu oben 3. Kapitel C. II. 2. b).

581 Vgl. oben 3. Kapitel C. III. 2.

582 *Krieger v. Law Society of Alberta*, (2002) 3 SCR 372.

sprechung des BVerfG, das, wie bereits erläutert,<sup>583</sup> eine im Wesentlichen einheitliche Einstellungspraxis fordert.<sup>584</sup>

Weitaus schwieriger gestalten sich diese Fragen in den USA. Zwar können für dieses System zunächst in doppelter Hinsicht Effektivitätsgesichtspunkte ins Feld geführt werden. Denn einerseits können die Einzelstaaten wegen der weitestgehend dezentral angeordneten Rechtssetzungs- und Verfolgungskompetenz als Laboratorien für günstige Strategien dienen, wodurch eine größere Flexibilität bei der Lösung gesellschaftlicher Probleme gewährleistet ist.<sup>585</sup> Andererseits kann das Bundesstrafrecht als Ergänzung, z.B. bei Ineffektivität der Einzelstaaten bei grenzüberschreitender Kriminalität, eingesetzt werden.<sup>586</sup> Die Expansion des Bundesstrafrechts – als Instrument zur Unterstützung der Gliedstaaten – wurde regelmäßig mit der Unfähigkeit der Einzelstaaten, ein Problem wie etwa die grenzüberschreitende Organisierte Kriminalität alleine wirksam bekämpfen zu können, begründet.<sup>587</sup> Dies gilt auch für die Etablierung zentraler Werte, die wirksame Durchführung der Bundespolitik und den Schutz der Rechtsgüter des Bundes, denn gerade hierfür kann das Bundesstrafrecht eingesetzt werden.

U.S. Const. Art. I § 8 cl. 18 ermöglicht es dem Bund, alle notwendigen und zweckdienlichen Gesetze zur Regelung seiner Zuständigkeitsbereiche zu erlassen. Es ist bereits seit der Zeit des ersten Congress anerkannt, dass auf der Grundlage dieser allgemeinen Kompetenz auch Strafgesetze des Bundes erlassen werden können.<sup>588</sup> Damit kann er auch selbst für die wirksame Durchführung seiner Politik und den Schutz der betroffenen Rechtsgüter in seinen Zuständigkeitsbereichen sorgen, indem er seine Normen sogleich mit Strafbestimmungen versieht. Das Strafrechtssystem der USA, das insgesamt dezentral ausgestaltet ist und in welchem besonderer Wert auf die Autonomie der Gliedstaaten gelegt wird, hält also als Antwort auf die grenzüberschreitenden und den Gesamtstaat betreffenden Probleme das Bundesstrafrecht bereit, d.h. einen aus Gesetzgebung, Strafverfolgung, Strafjustiz und Strafvollzug bestehenden, von den Einzelstaaten gänzlich unabhängigen, zentralen Apparat.

Jedoch können sich wegen der stark ausgeprägten Autonomie der Gliedstaaten auch Probleme bei der Verfolgung grenzüberschreitender Straftaten ergeben. Denn

583 Oben 5. Kapitel B. II. 1.

584 BVerfGE 90, 145, 190.

585 *Stone/Seidman/Sunstein/Tushnet/Karlan*, S. 165, 167 f.

586 *Brickey*, 46 *Hastings L.J.* 1135, 1140 ff. (1995); *Reinbacher*, Das Strafrechtssystem der USA, S. 124; *Stone/Seidman/Sunstein/Tushnet/Karlan*, S. 165 ff.; vgl. insbesondere auch *Schwartz*, 13 *Law & Contemp. Probs.* 64, 73 (1948): „auxiliary federal criminal law“; siehe bereits oben 3. Kapitel B. II. 1. b).

587 Vgl. *Beale*, 543 *Annals Am. Acad. Pol. & Soc. Sci.* 39, 41 (1996); *Brickey*, 46 *Hastings L.J.* 1135, 1140 ff. (1995); *Rehn*, 108 *Columb. L. Rev.* 1991, 1994 (2008); *Reinbacher*, Das Strafrechtssystem der USA, S. 64; *Schwartz*, 13 *Law & Contemp. Probs.* 64, 74 (1948).

588 Vgl. nur *McCulloch v. Maryland*, 17 U.S. 316, 416 (1819); *Logan v. United States*, 144 U.S. 263, 283 (1892); ferner *Beale*, 2 *Encyclopedia of Crime & Justice* 694 (2002); *LaFave*, S. 269 ff.; *Reinbacher*, Das Strafrechtssystem der USA, S. 56, 88; *ders.*, *DAJV-NL* 2011, 50, 52; *Welling/Beale/Bucy*, S. 2.

die Einzelstaaten regeln die Fragen der Zulässigkeit von Ermittlungen oder Nachteile durch die Behörden anderer Gliedstaaten oder bzgl. der Geltung von Haftbefehlen oder anderen Beschlüssen auf ihrem Territorium jeweils selbst. So gibt es hier z.B. keine § 167 GVG vergleichbare zentrale Regelung in Bezug auf die Nachteile.<sup>589</sup> Der Bund könnte eine solche mit Wirkung für die Gliedstaaten wohl auch gar nicht schaffen, denn er regelt nur die Befugnisse seiner eigenen Behörden. Daher hat die National Conference of Commissioners on Uniform State Laws z.B. einen „Uniform Act on Fresh Pursuit“ vorgeschlagen, den auch viele, aber eben nicht alle Einzelstaaten übernommen haben.<sup>590</sup>

Bei sonstigen extra-territorialen Ermittlungen gilt ebenfalls, dass die Gliedstaaten hier die entsprechenden Befugnisse der Behörden der anderen Jurisdiktionen eigenständig regeln können. Interessant ist hierbei aber, dass bei flüchtigen Straftätern ein Haftbefehl nach Bundesrecht ausgestellt werden kann, da es gemäß 18 U.S.C. § 1073 nach Bundesrecht strafbar ist, sich den Justizbehörden durch Flucht in einen anderen Gliedstaat zu entziehen, wodurch die Unterstützungsfunktion des Bundesstrafrechts exemplarisch zum Ausdruck kommt.<sup>591</sup> Auch in Bezug auf die Auslieferung von Straftätern gab es in der Vergangenheit Hindernisse.<sup>592</sup> Zwar hat der U.S. Supreme Court inzwischen entschieden, dass Auslieferungersuchen der Einzelstaaten im Hinblick auf U.S. Const. Art. IV § 2 cl. 2 vor den Bundesgerichten durchgesetzt werden können,<sup>593</sup> es bestehen jedoch weiterhin wichtige Ausnahmen, indem jeder Gliedstaat sein eigenes Verfahren erst einmal beenden und die Strafe vollstrecken darf.<sup>594</sup>

Damit lässt sich zusammenfassend festhalten, dass einerseits die Gliedstaaten in den USA eine besonders große Unabhängigkeit genießen, welche dazu führt, dass sie sich oftmals im Hinblick auf die Strafverfolgung in ähnlicher Weise gegenüberstehen wie Staaten im internationalen Raum. Mangels einer Bundeskompetenz, ihnen Vorgaben zu machen, hängen Kooperation und Koordination grenzüberschreitender Strafverfolgung von den Entscheidungen der Einzelstaaten ab. Andererseits wählt das US-amerikanische Strafrechtssystem als Antwort auf die Herausforderungen der hier angesprochenen grenzüberschreitenden Kriminalität bzw. des Schutzes gesamtstaatlicher Werte, Institutionen und Politiken den Einsatz des autonomen Bundesstrafrechts. Dieses wird zum einen zur Unterstützung der Gliedstaaten in den Bereichen eingesetzt, in denen sie alleine nicht ausreichend tätig werden können, und zum anderen zum Schutz der Bundesinteressen. Damit erhält

589 *Reinbacher*, Das Strafrechtssystem der USA, S. 150.

590 *Reinbacher*, Das Strafrechtssystem der USA, S. 152.

591 *Reinbacher*, Das Strafrechtssystem der USA, S. 155 f.

592 Dazu ausführlich *Reinbacher*, Das Strafrechtssystem der USA, S. 156 ff.; *Wolfe*, 5 Am. J. of Crim. Justice 25 (1980).

593 *Puerto Rico v. Branstad*, 483 U.S. 219, 230 (1987).

594 *Taylor v. Taintor*, 83 U.S. 366, 371 (1873); vgl. auch *Reinbacher*, Das Strafrechtssystem der USA, S. 159 f.

der Bund immerhin die Option, zum Schutze gesamtstaatlicher Institutionen, Interessen, Werte und Ziele eigene Strafvorschriften zu erlassen und diese im Rahmen seiner Kapazitäten auch durch seine eigenen Behörden durchzusetzen.

Im Vereinigten Königreich von Großbritannien und Nordirland existieren mit England/Wales, Nordirland und Schottland drei Jurisdiktionen<sup>595</sup> und Strafrechtssysteme,<sup>596</sup> in welchen das jeweilige Recht in unterschiedlichem Maße gemäß den durch die *devolution* verteilten Kompetenzen gesetzt und durchgesetzt wird.<sup>597</sup> Das zentrale Parlament in Westminster, welches im Übrigen auch das Recht für England und weitestgehend für Wales erlässt, wird jedoch in verschiedener Weise auch mit gesamtstaatlicher Wirkung gesetzgeberisch tätig und erzielt dadurch in diesen Bereichen eine Vereinheitlichung des Rechts.<sup>598</sup> Erstens sind einige Materien in den jeweiligen die *devolution* betreffenden Statuten explizit für Westminster reserviert, die, wie etwa die Drogenkriminalität oder die nationale Sicherheit, das ganze Land betreffen. Zweitens ist Westminster verfassungstheoretisch nach der Doktrin der Parlamentsouveränität allgemein zuständig für das gesamte Vereinigte Königreich von Großbritannien und Nordirland. Aufgrund der „*Sewel Convention*“ ist Westminster zwar politisch an einer solchen Gesetzgebung mit Wirkung für die anderen Jurisdiktionen gehindert<sup>599</sup> und muss die Zustimmung der dezentralen Parlamente einholen, diese haben eine solche aber in diversen Bereichen erteilt. Als Beispiel wurde oben<sup>600</sup> bereits der Serious Crime Act 2007 (SCA 2007) angeführt, dessen Bestimmungen teilweise auch in Schottland gelten, weil das schottische Parlament zuvor zugestimmt hat. Dadurch ist Westminster auch im übertragenen Bereich ein bedeutsamer Gesetzgeber geblieben.<sup>601</sup>

Zudem zeigt sich hieran der besonders flexible Charakter<sup>602</sup> dieser „politischen Verfassung“.<sup>603</sup> Sie kann ohne große kompetenzielle Probleme – nach individueller Absprache der Ebenen – rasch auf Herausforderungen reagieren, die nach übereinstimmender Einschätzung der Entscheidungsträger einer zentralen Regelung bedürfen. Einige wichtige Bestimmungen, wie etwa im Misuse of Drugs Act 1971, galten aber ohnehin auch schon vorher im gesamten Vereinigten Königreich von

595 Central Office of Information, HSMO, Criminal Justice, S. 1; *Spencer*, ZIS 2010, 602, 603.

596 *Sieber*, in: *Sieber/Brüner/Satzger/v. Heintschel-Heinegg*, Einführung Rn. 93.

597 Siehe oben 3. Kapitel D. I.

598 Siehe bereits oben 3. Kapitel D. II. 1. d).

599 Siehe bereits oben 2. Kapitel A. sowie 3. Kapitel D. I. und 5. Kapitel B. I. 1.

600 Oben 3. Kapitel D. II. 1. d).

601 Dies war insbesondere in den ersten Jahren der *devolution* darauf zurückzuführen, dass jeweils dieselbe Partei die Mehrheit hatte. Laut *Hadfield*, in: *Jowell/Oliver*, S. 217, hat das schottische Parlament in den ersten 10 Jahren in über 100 Fällen seine Zustimmung erteilt. Es darf gespannt beobachtet werden, wie die Entwicklung verläuft, nachdem die SNP im Mai 2011 die absolute Mehrheit in Holyrood erzielen konnte. Vgl. auch *Page*, in: *Hazell/Rawlings*, S. 33 f.; *Winetrobe*, in: *Hazell/Rawlings*, S. 41 ff.

602 *Barendt*, S. 27.

603 *Barendt*, S. 34.

Großbritannien und Nordirland,<sup>604</sup> da sie vor der *devolution* mit gesamtstaatlicher Wirkung erlassen wurden und etwa auch in das eigenständige schottische Strafrecht einfließen.

Auch die Strafverfolgung wird grundsätzlich nach den Jurisdiktionen getrennt vorgenommen.<sup>605</sup> Indes haben die Strafverfolgungsbehörden hier ein Ermessen, ob und wo Anklage erhoben wird,<sup>606</sup> sodass bei Mehrfachzuständigkeit Absprachen der Staatsanwaltschaften möglich sind. Zudem werden Fälle der schweren organisierten Kriminalität durch die zentrale SOCA bzw. NCA verfolgt,<sup>607</sup> die als nationale Polizei übergreifende Zuständigkeit hat und mit der lokalen Polizei kooperiert. Des Weiteren legen die ss. 136 ff. CJPO Act 1994 im gesamten Gebiet des Vereinigten Königreiches von Großbritannien und Nordirland weit gehende grenzüberschreitende Kompetenzen fest.<sup>608</sup> So bestimmt s. 136 CJPO Act 1994, dass Haftbefehle aller Jurisdiktionen in den jeweils anderen beiden Rechtsordnungen vollstreckt werden können, sodass die entsprechenden Rechtsakte auch in den anderen Rechtsordnungen unmittelbar gelten.<sup>609</sup> Nach s. 137 CJPO Act 1994 sind ferner grenzüberschreitende vorläufige Festnahmen möglich.<sup>610</sup> Dies zeigt, dass die zentrale Ebene, anders als in den USA, Regeln für die grenzüberschreitenden Ermittlungen festlegen kann, um diese zu erleichtern. Auch Durchsuchungsbefehle werden in den anderen Rechtsordnungen anerkannt, was jedoch bereits auf s. 4 Summary Jurisdiction (Process) Act 1881 zurückgeht. Dies gilt auch, wenn die prozesualen Voraussetzungen für die Beweiserhebung divergieren.<sup>611</sup>

Dadurch, dass der Bund in den USA sein materielles Recht sogar selbst vollziehen kann, bildet er eine eigenständige Ebene des Strafrechtssystems und verfolgt auch die entsprechenden Delikte, die in seinen Kompetenzbereich fallen, völlig unabhängig von den Gliedstaaten. In Deutschland und Kanada bleiben zwar im Wesentlichen die Einzelstaaten für die Strafverfolgung zuständig, sie operieren aber auf derselben Grundlage, die vom Bund geschaffen wurde, sodass dieser den strafrechtlichen Schutz seiner Rechtsgüter und Interessen problemlos gesetzlich bestimmen kann. Ferner ist in diesen Bundesstaaten auch das Strafprozessrecht einheitlich geregelt und grenzüberschreitende Maßnahmen sind ohne weiteres möglich.

604 Vgl. auch Sieber, in: Sieber/Brüner/Satzger/v. Heintschel-Heinegg, Einführung Rn. 103; siehe bereits oben 3. Kapitel D. II. 1.

605 Siehe oben 3. Kapitel D. III.

606 Sanders/Young/Burton, S. 372 ff.; vgl. auch Ferguson/McDiarmid, S. 118, zum dadurch bedingten großen Einfluss des Crown Office auf die Entwicklung des schottischen Strafrechts.

607 Eingerichtet durch den Serious Organised Crime and Police Act 2005, erweitert durch den Serious Crime Act 2007; vgl. Davies/Croall/Tyler, S. 167 f.; Dickson, S. 212.

608 Siehe oben 3. Kapitel D. III.

609 Sieber, ZStW 121 (2009), 1, 20.

610 Sieber, ZStW 121 (2009), 1, 20.

611 R. v. Manchester Stipendiary Magistrate, Ex parte Granada Television Ltd., (2001) 1 AC 300 (HL); dazu Spencer, ZIS 2010, 602, 603.

Im Vereinigten Königreich von Großbritannien und Nordirland operieren die einzelnen Jurisdiktionen zwar unabhängig voneinander und auch auf der Grundlage divergierender materieller Delikte und prozessualer Regeln, gleichwohl bleibt es der zentralen Ebene unbenommen, in den nicht durch die *devolution* erfassten Bereichen oder in den übertragenen Feldern mit Zustimmung der dezentralen Parlamente tätig zu werden. Gesetze wie der CJPO Act 1994 belegen, dass Westminster Regeln für die grenzüberschreitenden Ermittlungen mit unmittelbarer Wirkung für alle Landesteile festlegen kann, die dann die Zusammenarbeit der Jurisdiktionen signifikant erleichtern und für eine landesweite Geltung der strafrechtlichen Entscheidungen sorgen.

### 3. Lokale Vielfalt und Autonomie der Einzelstaaten

Lücken in der Kompetenz der zentralen Ebene lassen sich nicht schlichtweg als Versäumnis bei der Verfassungsgebung bezeichnen, sondern sind durchaus Folge einer gewollten Eigenständigkeit und Unabhängigkeit der Mitgliedstaaten. Denn sämtliche Systeme müssen sich der Frage widmen, welchen Grad an Autonomie und politischer Macht, aber auch an kultureller und rechtsdogmatischer Diversität und rechtspolitischer Entscheidungsgewalt, sie den dezentralen Ebenen belassen wollen, was oben<sup>612</sup> als drittes maßgebliches Kriterium einer Kompetenzordnung ausgemacht wurde.

Speziell auf das Strafrecht bezogen gewährt das US-amerikanische System den Gliedstaaten sehr viel Freiheit, denn sie können dieses selbst regeln und die Strafverfolgung im Hinblick auf entsprechende Straftaten selbst betreiben. Der Bund kann sie nicht zur Ausführung seiner Gesetze verpflichten, sondern vollzieht diese selbst.<sup>613</sup> Dadurch bleiben die Autonomie der Gliedstaaten und ihr jeweiliges Strafrechtssystem unangetastet, sodass sie in diesem Bereich ihre unterschiedlichen Auffassungen ausdrücken können. Dies äußert sich in Divergenzen im Hinblick auf die Voraussetzungen der einzelnen Delikte, auf die Frage der Strafbarkeit bestimmter Verhaltensweisen insgesamt sowie auf die Sanktionen. Die Einzelstaaten sind teilweise sehr unterschiedlich sozial und religiös geprägt. Oben<sup>614</sup> wurden als Beispiele für gravierende Unterschiede im Strafrecht bereits die Frage der Strafbarkeit von Schwangerschaftsabbrüchen,<sup>615</sup> die Strafbestimmungen zum Schutze der Moral,

612 Oben 5. Kapitel B. II. 3.

613 *Printz v. United States*, 521 U.S. 898, 918-923 (1997); siehe oben 3. Kapitel B. II. 1. b).

614 Oben 3. Kapitel B. II. 1. a).

615 In diesem Bereich nahm auch der U.S. Supreme Court großen Einfluss auf die Rechtsordnungen der Einzelstaaten, da er deren Bestimmungen an den Vorgaben der Verfassung maß; vgl. zuletzt etwa *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey*, 505 U.S. 833 (1992). Die Einzelstaaten haben inzwischen recht unterschiedliche Methoden der Reglementierung der Schwangerschaftsabbrüche eingeführt; vgl. dazu ausführlich *Reimbacher*, Das Strafrechtssystem der USA, S. 131 ff.; *Wise*, 1 *Encyclopedia of Crime & Justice* 1 (2002).

Ethik und öffentlichen Ordnung,<sup>616</sup> die Beurteilung der Sterbehilfe<sup>617</sup> oder die Bekämpfung der Betäubungsmittelkriminalität<sup>618</sup> angeführt.<sup>619</sup> Im Sanktionenrecht sticht insbesondere die Todesstrafe hervor, die in 17 Einzelstaaten abgeschafft wurde, im Übrigen aber noch Geltung hat.<sup>620</sup> Der Bund kann die Gliedstaaten auch nicht „kommandieren“,<sup>621</sup> d.h. er kann ihnen nicht vorschreiben, seine Vorschriften zum Schutze seiner Interessen und Institutionen durchzusetzen oder selbst entsprechende (Straf-)Vorschriften zu erlassen.<sup>622</sup>

Dafür müssen die Einzelstaaten allerdings das Operieren von eigenständigen Bundesbehörden und Bundesgerichten auf ihrem Territorium dulden. Der Bund hat ein eigenes Strafrechtssystem mit materiellen und prozessualen Vorschriften sowie Strafverfolgungs- und Polizeibehörden, Gerichten und Strafvollzugsanstalten etabliert, welches neben das dezentrale Recht der Gliedstaaten tritt.<sup>623</sup> Damit lassen sich einerseits auch Bundesinteressen und Auffassungen durchsetzen, andererseits möglicherweise gar abweichende Wertungen in den Einzelstaaten nivellieren. Die Diskussion um die Legalisierung von Marihuana in Kalifornien bildet ein bereits angeführtes interessantes Beispiel.<sup>624</sup> Zwar hätte der Gliedstaat, dem die umfassende Strafrechtskompetenz für sein Territorium zukommt, durchaus entscheiden können, dass der Drogenkonsum legalisiert wird, dies hätte den Bund jedoch verfassungsmäßig nicht daran gehindert, entsprechende Vorgänge mit seinem eigenen Strafrecht zu ahnden. Daher ist lokale Vielfalt zwar dadurch gesichert, dass jeder Einzelstaat sein Strafrecht selbst regelt, sie kann jedoch durch den Bund zumindest partiell unterlaufen werden, indem er eine abweichende Wertung trifft, entsprechende Vorschriften erlässt und Straftaten mittels seiner eigenen Behörden und Gerichte verfolgt.

Dadurch wird ein Ausgleich zwischen Bürgernähe der Entscheidungen und Autonomie der Gliedstaaten auf der einen und der Effektivität der Aufgabenerfüllung auf der anderen Seite notwendig. Im Rahmen dieser Arbeit wurde der Vorzug eines

616 Die Wahrung von Anstand und Moral war ursprünglich auch das wichtigste Betätigungsfeld des Strafrechts in den Einzelstaaten; vgl. dazu *Beale*, 54 Am. U. L. Rev. 747, 751 (2005); *Reinbacher*, Das Strafrechtssystem der USA, S. 134 f.

617 Vgl. dazu *Klein*, 90 Calif. L. Rev. 1541, 1544 (2002).

618 Insbesondere hinsichtlich der Strafbarkeit und des Strafmaßes im Hinblick auf Konsum, Handel und Anbau bzw. Eigengebrauch von Marihuana lassen sich große Unterschiede feststellen; vgl. dazu *Husak*, 2 Encyclopedia of Crime & Justice 566, 569 (2002); *Reinbacher*, Das Strafrechtssystem der USA, S. 138; *ders.*, DAJV-NL 2011, 50.

619 Dies geht teilweise bis in den lokalen Bereich hinein. Interessant ist in diesem Zusammenhang, dass etwa auch die „Native Americans“ innerhalb ihrer Territorien über entsprechende Befugnisse zur Strafrechtssetzung verfügen. Gemäß der Vorgabe dieser Arbeit, die sich auf die Frage der föderalen bzw. quasi-föderalen Verteilung der Zuständigkeit konzentriert, kann dieser Aspekt hier nicht in gebührender Weise ausgeführt werden. Festzuhalten bleibt aber, dass das US-amerikanische System durch Zentralisierung der Kompetenzen die Erhaltung lokaler Vielfalt auch im Strafrecht ermöglicht.

620 Siehe oben 3. Kapitel B. II. 1. a).

621 *Printz v. United States*, 521 U.S. 898 (1997).

622 *Kreit*, 13 Chap. L. Rev. 555, 572 (2010); *Mikos*, 62 Vand. L. Rev. 1421, 1445 ff. (2009) m.w.N.

623 Siehe oben 3. Kapitel B. II. 1. b).

624 Dazu ausführlich *Reinbacher*, DAJV-NL 2011, 50; siehe ferner bereits oben 3. Kapitel B. III. 1.

Mehrebenensystems gerade aus dem Bedürfnis nach einer Steigerung der „Problemlösungskapazitäten“ hergeleitet.<sup>625</sup> Die größere Einheit, hier also die Union, tritt dabei zur Unterstützung der kleineren Einheit, hier also der Einzelstaaten, ein.<sup>626</sup> Dass dieser Gedanke durchaus auch im Strafrecht eine Rolle spielen kann, beweist das US-amerikanische Strafrecht. Hier wird das Bundesstrafrecht als Hilfsinstrument zur Unterstützung der Einzelstaaten in den Fällen eingesetzt, in denen die Kapazitäten der Einzelstaaten überschritten sind.<sup>627</sup> Auch in der EU sind die Strafrechtskompetenzen nach diesem Prinzip zugeteilt und umfassen neben den Institutionen, Interessen und Werten der EU gerade grenzüberschreitende Sachverhalte.<sup>628</sup> Mit dieser am Subsidiaritätsprinzip orientierten Verteilung der Kompetenzen wird aber nicht nur der Effektivität der Hoheitsgewalt gedient, sondern es wird auch die nationale Identität der Mitgliedstaaten gesichert.<sup>629</sup> Das bedeutet, dass die kulturellen Eigenheiten und strafrechtspolitischen Wertungen der Einzelstaaten weitestgehend gewahrt bleiben und auch gewahrt bleiben sollen, jedenfalls soweit dies den Bereich lokaler Kriminalität betrifft.

Insoweit ähnelt das System der EU vom Grundsatz her demjenigen der USA. Gleichwohl bestehen gewichtige Unterschiede. Einerseits verfügt der Bund in den USA inzwischen faktisch in nahezu allen Bereichen des täglichen Lebens über strafrechtliche Kompetenzen, während die Zuständigkeiten der EU im Vergleich dazu auf Einzelbereiche begrenzt sind. Andererseits kann die EU in den ihr in den Art. 82, 83 AEUV übertragenen Bereichen das Recht der Mitgliedstaaten harmonisieren, d.h. direkt auf dieses einwirken, während in den USA eine eigenständige zentrale Rechtsordnung parallel zu den Einzelstaaten operiert.

Interessant ist dabei, dass beide Verfassungsordnungen und Verfassungstheorien die jeweilige Option als Instrument des Schutzes der „Souveränität“ der Einzelstaaten begreifen. In beiden Systemen sollen die dezentralen Rechtsordnungen sowie die Autonomie und Identität der Gliedstaaten möglichst bestehen bleiben. Hierbei stellt sich folglich die Frage, welches System einen größeren Eingriff in die Autonomie der Einzelstaaten erlaubt. In der EU modifiziert die Zentrale zwar das Recht der Mitgliedstaaten, überlässt ihnen aber die Ausführung der Gesetze, wobei es allerdings sein kann, dass der Mitgliedstaat die Entscheidungen anderer Staaten anerkennen und gegebenenfalls vollstrecken muss. In den USA bleibt das Recht der Einzelstaaten unangetastet, jedoch hat die Zentrale eine eigene Strafrechtsordnung inklusive eigener Behörden eingerichtet, die sodann auf dem Territorium der Einzelstaaten vorgehen dürfen, sodass deren Autonomie insofern beschränkt wird,

625 Siehe bereits oben 1. Kapitel B. I.; so auch *Pernice*, in: Dreier, Art. 23 Rn. 68.

626 *Callies*, Subsidiarität und Solidarität, S. 28 f.; *Pernice*, in: Dreier, Art. 23 Rn. 68.

627 *Brickey*, 46 *Hastings L.J.* 1135, 1140 ff. (1995); *Schwartz*, 13 *Law & Contemp. Probs.* 64, 73 (1948); siehe bereits oben 3. Kapitel B. II. 1. b).

628 Siehe oben 4. Kapitel B. I. 2. sowie noch unten 6. Kapitel A.

629 BVerfGE 89, 155, 211; *Nettesheim*, in: Oppermann/Classen/Nettesheim, § 11 Rn. 23.

weil sie nicht mehr alleine für die Strafverfolgung auf ihrem Staatsgebiet zuständig sind.<sup>630</sup> Die Beantwortung dieser Frage hängt von verschiedenen Faktoren ab, z.B. davon ob das Bundesrecht das dezentrale Recht verdrängt, welche Materien Ersteres umfasst und ob diese eingrenzbar sind und wie detailliert die Harmonisierung sein darf.<sup>631</sup> Festzuhalten bleibt, dass das US-amerikanische System vom Grundsatz her eine dezentrale Rechtssetzungskompetenz für das Strafrecht vorsieht und nur in bestimmten Bereichen ein Eingreifen des Gesamtverbundes erlaubt, sodass ein größerer Spielraum zur Entfaltung abweichender Ansichten und kultureller Eigenheiten in den Einzelstaaten verbleibt. Durch zentrale Rechtsakte kann es zwar zu einer Eindämmung der Vielfalt kommen. Dabei ist jedoch zu beachten, dass auch das Subsidiaritätsprinzip nicht verlangt, dass stets die lokale Ebene vorzuziehen wäre, sondern nur dann, wenn dies gleich effektiv ist.

Soweit die „Souveränität“ der Einzelstaaten reicht und zentrale Vorgaben ausscheiden, können sich Nachteile hinsichtlich einer wirksamen Strafverfolgung grenzüberschreitender Taten ergeben. Diesen Problemen begegnen die Rechtsordnungen in unterschiedlicher Weise. In den USA greift das parallele Bundesstrafrecht, die EU versucht hingegen, durch die Grundsätze der gegenseitigen Anerkennung und der Verfügbarkeit sowie über eine Erleichterung der Rechtshilfe für Abhilfe zu sorgen und schließlich durch Harmonisierung der Rechtsordnungen und Anweisung per Richtlinie (oder früher per Rahmenbeschluss) die Voraussetzungen für eine effektive Ahndung von die Zentrale oder jedenfalls nicht nur die einzelnen Staaten betreffenden Straftaten zu erzielen.<sup>632</sup>

In Deutschland ist das Strafrecht hingegen monokulturell geprägt, indem nahezu sämtliche relevanten materiellen und prozessualen Vorschriften vom Bund erlassen werden. Zwar handelt es sich ausweislich Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG um eine mit den Ländern konkurrierende Zuständigkeit des Bundes für Straf- und Strafprozessrecht, dieser hat seine Kompetenz aber nahezu vollständig ausgeschöpft und damit Landesrecht fast unmöglich gemacht.<sup>633</sup> Nur in Einzelbereichen, wie etwa im Preserecht, verbleiben den Ländern Befugnisse, materielle Regeln zu treffen.<sup>634</sup> Im Strafprozessrecht bleiben noch geringere Spielräume. Diese starke Zentralisierung des Strafrechts ist insoweit bemerkenswert, als das deutsche GG, ähnlich wie die U.S. Constitution oder die europäischen Verträge, die Kompetenzen des Bundes enumerativ aufführt, sodass in allen drei Systemen die Residualkompetenz bei den Einzelstaaten verbleibt. Angesichts dieser Tatsache ließe sich jeweils ein dezentral

630 Vgl. etwa *Kretschmer*, JURA 2007, 169, 175, der das Tätigwerden von OLAF zu eigenständigen Untersuchungen als „gewichtigen Einbruch in die nationale Souveränität“ wertet.

631 Vgl. zu dieser Frage noch unten 5. Kapitel D. V. 1.

632 Siehe auch noch unten 6. Kapitel A.

633 Siehe oben 3. Kapitel A. II. 1. a) aa).

634 Siehe oben 3. Kapitel A. II. 1. b).

ausgerichtetes System vermuten, das nach Gesichtspunkten der Subsidiarität nur diejenigen Zuständigkeiten zentralisiert, die für den Gesamtstaat erforderlich sind.

Tatsächlich hatte Art. 72 Abs. 2 GG a.F. auch im Hinblick auf das Strafrecht noch eine Bedürfnisklausel vorgesehen, die mit dem in den europäischen Verträgen verankerten Subsidiaritätsprinzip vergleichbar war.<sup>635</sup> Der Bund sollte hiernach in den Bereichen konkurrierender Zuständigkeit, also auch im Strafrecht, nur dann tätig werden dürfen, wenn ein besonderes gesamtstaatliches Interesse anzunehmen war,<sup>636</sup> das bestehen konnte, weil (1) eine Angelegenheit durch die Gesetzgebung einzelner Länder nicht wirksam geregelt werden könnte oder (2) die Regelung einer Angelegenheit durch ein Landesgesetz die Interessen anderer Länder oder der Gesamtheit beeinträchtigen könnte oder (3) die Wahrung der Rechts- oder Wirtschaftseinheit, insbesondere die Wahrung der Einheitlichkeit der Lebensverhältnisse über das Gebiet eines Landes hinaus sie erforderte.

Dieses Bedürfnis war aber nach Ansicht des BVerfG nur eingeschränkt justizierbar.<sup>637</sup> Das Gericht beschränkte sich daher auf die Beurteilung, ob der Bundesgesetzgeber die Grenzen seines Beurteilungsspielraumes verkannt oder sein Ermessen missbräuchlich ausgeübt hatte.<sup>638</sup> Zwar wurde später zum Schutze der Länder aus der Bedürfnis- eine Erforderlichkeitsklausel, in der es hieß, dass der Bund in diesem Bereich das Gesetzgebungsrecht nur hat, wenn und soweit die Herstellung gleichwertiger Lebensverhältnisse im Bundesgebiet oder die Wahrung der Rechts- oder Wirtschaftseinheit im gesamtstaatlichen Interesse eine bundesgesetzliche Regelung erforderlich macht.<sup>639</sup> Gleichwohl hatte diese Änderung auf das bereits nahezu vollumfänglich kodifizierte Straf- und Strafprozessrecht nur noch geringfügige Auswirkungen.<sup>640</sup> Konsequenterweise wurde das Strafrecht im Rahmen der Föderalismusreform des Jahres 2006 von der Erforderlichkeitsklausel ausgenommen<sup>641</sup> und damit eine Erforderlichkeit bundesgesetzlicher Regelungen in diesen Bereichen unterstellt.<sup>642</sup> Interessant ist, dass dabei auch die Wahrung der Rechts- einheit einen wesentlichen Grund für ein gesamtstaatliches Interesse im Sinne der Erforderlichkeit von Bundesregelungen ausmacht.

Hier zeigt sich der deutlich unitarische Charakter des deutschen Bundesstaates, der kulturellen Eigenheiten und unterschiedlichen rechtspolitischen Vorstellungen

635 Zippelius/Würtenberger, § 45 Rn. 20; kritisch zu einer solchen Analogie und der Existenz des Subsidiaritätsprinzips im deutschen GG aber Degenhart, in: Sachs, Art. 72 Rn. 22.

636 Vgl. dazu bereits oben 3. Kapitel A. I. 2. e).

637 BVerfGE 2, 213, 224; vgl. auch Laufer/Münch, S. 128; Uhle, in: Maunz/Dürig, 69. EL 2013, Art. 72 Rn. 27.

638 So etwa hinsichtlich des Strafrechtsgesetzes des Bundes BVerfGE 2, 213, 224 f.; vgl. zu dieser Linie des Gerichts Uhle, in: Maunz/Dürig, 69. EL 2013, Art. 72 Rn. 27; Oeter, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Art. 72 Rn. 31 ff.; Stern, Staatsrecht I, S. 679; Stettner, in: Dreier, Suppl. 2007, Art. 72 Rn. 18.

639 Siehe oben 3. Kapitel B. I. 2.

640 Vgl. aber die „Kampfhunde-Entscheidung“ BVerfGE 110, 141, 174.

641 BGBI. I S. 2034; siehe dazu oben 3. Kapitel A. I. 2. e).

642 BT-Drs. 16/813, S. 9, 11; Ipsen, NJW 2006, 2801, 2803; ders., Staatsrecht I, Rn. 567.

in den Ländern jedenfalls im Strafrecht keinen Spielraum lässt, sondern Rechtseinheit erstrebt. Föderale Rechte der Länder lassen sich daher nur im Rahmen des Gesetzesvollzuges, d.h. bei der Strafverfolgung und der Strafgerichtsbarkeit, verwirklichen. Dies bewirkt zwar insoweit eine größere Problem-, Sach- und Bürger-nähe,<sup>643</sup> bedeutet aber, dass Experimente der Länder mit alternativen Strategien oder auch lokal abweichende Einstellungen gegenüber bestimmten Kriminalitätsformen sich nur sehr eingeschränkt verwirklichen lassen, nämlich ausschließlich durch eine etwas liberalere Verfolgungspraxis.

Auch dieser sind in Deutschland aber gewichtige Grenzen gesetzt. So verhindert das strafprozessuale Legalitätsprinzip, das zur Einleitung des Verfahrens (§ 152 Abs. 2 StPO) sowie zur Anklageerhebung (§ 170 Abs. 1 StPO) zwingt, zumindest bei Straftaten, nicht aber bei Ordnungswidrigkeiten, bei denen gemäß § 47 OWiG der Opportunitätsgrundsatz<sup>644</sup> gilt, ein Absehen von der Strafverfolgung seitens der Landesbehörden, und die Revisionszuständigkeit des BGH eine abweichende Auslegungspraxis der Gerichte der Länder. Nur in leichten Fällen können StA und Gerichte über die §§ 153 ff. StPO das Verfahren einstellen. Besonderheiten bestehen aber z.B. im Hinblick auf die Strafverfolgung bei Drogenmissbrauch. Hier können die Gerichte bei Eigenverbrauch von der Bestrafung (§ 29 Abs. 5 BtMG) und die StA von der Verfolgung (§ 31a Abs. 1 BtMG) absehen. Dadurch besteht theoretisch die Möglichkeit, die Strafverfolgung bei einzelnen Strafnormen unterschiedlich streng zu handhaben, z.B. durch eine großzügigere Einstellungspraxis bei bestimmten Delikten, wie etwa dem Drogenbesitz nach § 31a BtMG. Auch diese Option hat das BVerfG aber im Dienste einer im Wesentlichen einheitlichen Einstellungspraxis beschränkt.<sup>645</sup> Es kann jedoch immerhin die Sanktionspraxis abweichen.<sup>646</sup> Allerdings kann auch die Strafzumessung vom BGH überprüft werden.<sup>647</sup>

Eine ähnliche konstitutionelle Ausgangslage findet sich im kanadischen Bundesstaat. Hier kommt dem Bund nach s. 91 (27) Constitution Act 1867 sogar explizit die exklusive Kompetenz für das Strafrecht und das Strafprozessrecht zu, was einen bewussten Unterschied zum System der USA bewirken sollte. Gerade die unterschiedlichen Strafnormen der Einzelstaaten wurden als Nachteil der U.S. Constitution angesehen.<sup>648</sup> Zudem sollten die Einheitlichkeit des materiellen Strafrechts gewährleistet und die Geltung des englischen Strafrechts in allen Provinzen festge-

643 Zippelius/Würtenberger, § 46 Rn. 6.

644 Bohnert, in: KK OWiG, § 47 Rn. 2.

645 BVerfGE 90, 145, 190.

646 Zieschang, ZStW 113 (2001), 255, 268, weist insoweit auf das Nord-Süd-Gefälle in Deutschland hin.

647 Vgl. die Vielzahl an Beispielen der (unterschiedlichen) Strafzumessung der Tatgerichte und der jeweiligen Reaktion des BGH bei *Rahlf*, in: MüKo StGB, § 29 BtMG Rn. 636.

648 MacDonald, in: Parliamentary Debates on the Subject of the Confederation of the British North American Provinces, 3rd Session, 8th Provincial Parliament of Canada, Quebec (1865), S. 40 f.; vgl. zu dieser Begründung auch *Friedland*, A Century of Criminal Justice, S. 48; *ders.*, (1967) 17 U.T. L.J. 66.

schrieben werden.<sup>649</sup> Denn obgleich in Kanada zumindest zwei verschiedene Sprachen, Religionen und Kulturen unter einem Dach vereinigt wurden, hatte sich auch in Quebec gerade das englische Strafrecht durchgesetzt, während das französische Zivilrecht erhalten geblieben war.<sup>650</sup> Insgesamt sollte der Gesamtstaat von Anfang an weitaus zentraler gestaltet werden als in den USA.<sup>651</sup> Anders als in Deutschland, den USA oder der EU liegt hier die Residualkompetenz auch beim Bund, sodass die Provinzen nur über die enumerativ genannten Zuständigkeiten verfügen.

Dennoch können die Provinzen im Rahmen von s. 92 (15) Constitution Act 1867 ihre Gesetze in den ihnen zustehenden Kompetenzbereichen mit Sanktionen versehen, wobei sogar Gefängnisstrafe in Betracht kommt.<sup>652</sup> Ähnlich wie in den USA folgt dies aus der grundsätzlichen Annahme, dass jede Zuständigkeit auch eine Sanktionsbefugnis einschließen muss.<sup>653</sup> Anders als in Deutschland hat zudem der Privy Council die Bundeskompetenzen in der Folge sehr eng ausgelegt und eine gegenüber den Provinzen sehr großzügige Rechtsprechungslinie verfolgt, was zu einer starken Dezentralisierung des Systems geführt hat, wobei stets auch die besonderen lokalen Loyalitäten in Quebec eine Rolle gespielt haben.<sup>654</sup> Durch die Möglichkeit des Erlasses quasi-strafrechtlicher Normen verfügen die Provinzen demnach über größere Spielräume im strafrechtsrelevanten Bereich als die Länder in Deutschland. Dies sollte aber nicht darüber hinwegtäuschen, dass das Schwergewicht der eigentlichen Strafgesetzgebung und der entsprechenden Kompetenzen auch in Kanada auf der zentralen Ebene angesiedelt ist.

Wie in Deutschland können sich kulturelle Eigenheiten und divergierende rechtspolitische Vorstellungen in den Provinzen daher im Strafrecht regelmäßig nicht bzw. kaum gesetzgeberisch niederschlagen. Es verbleibt auch hier lediglich die Einflussnahme im Rahmen von Strafverfolgung und Rechtsprechung. In Kanada ist diese Option wiederum etwas stärker ausgeprägt als in Deutschland, da auf Grund des weiten staatsanwaltlichen Ermessens<sup>655</sup> durchaus lokale Unterschiede im Hinblick auf die Bestrafung bestimmter Taten bestehen und durchgesetzt werden können. Einwenden lässt sich diesbezüglich jedoch, dass auf diese Weise trotzdem nicht der Gesetzgeber als Repräsentant des Volkes unmittelbar über die Strafwürdigkeit eines bestimmten Verhaltens im jeweiligen Rechtsraum befindet,

649 Dazu *Friedland*, A Century of Criminal Justice, S. 48 ff.; *Sterling*, (1957) 15 U.T. Fac. of Law Rev. 1, 5 f.

650 Vgl. dazu *Friedland*, A Century of Criminal Justice, S. 49 ff.

651 Siehe dazu bereits oben 3. Kapitel C. I.

652 Siehe oben 3. Kapitel C. II. 1. b).

653 *Hogg*, S. 565.

654 Siehe oben 3. Kapitel C. I.

655 *Krieger v. Law Society of Alberta*, (2002) 3 SCR 372; siehe bereits oben 3. Kapitel C. III. 2. und 5. Kapitel C. II. 1.

sondern nur die nicht direkt demokratisch legitimierte Strafverfolgungsbehörde,<sup>656</sup> welche zudem Bundesrecht anwenden muss. Da sich der Bereich der „quasi-strafrechtlichen“ *provincial offences* nun allerdings zunehmend ausweitet, ist eine den USA vergleichbare Situation eingetreten, in welcher beide Ebenen sich an der Rechtssetzung im Strafrecht beteiligen, was wegen der schon vom Privy Council entwickelten *Double Aspects Doctrine*<sup>657</sup> auch durchaus zu einer Parallelität entsprechender Wertungen führen kann.

Im Vereinigten Königreich von Großbritannien und Nordirland erfreuen sich Schottland und – in geringerem Maße – Nordirland *de facto* einer großen Selbstständigkeit hinsichtlich ihrer Strafrechtssysteme, nur theoretisch bzw. nach Zustimmung der dezentralen Parlamente kann Westminster seine Parlamentssouveränität hier durchsetzen.<sup>658</sup> Zwar lässt sich somit insgesamt eine leise Tendenz in Richtung eines Subsidiaritätsprinzips feststellen,<sup>659</sup> konsequent verwirklicht ist es jedoch nicht. Denn der Vorrang des zentralen Parlaments bleibt verfassungstheoretisch generell erhalten und Westminster ist – bei Zustimmung der Parlamente – immer noch ein gewichtiger Gesetzgeber. Dennoch hat insbesondere Schottland in diesem asymmetrischen System weitgehende kulturelle Eigenheiten im Rahmen seiner Rechtsordnung schon traditionell sichern können, welche trotz der Doktrin der Parlamentssouveränität und des (noch) nicht gänzlich föderalen Charakters der Verfassung wesentlich weiter gehen als in den Bundesstaaten Deutschland und Kanada. Auch in Nordirland könnte sich die Rechtsordnung in Zukunft weiter entfernen von der englischen/walisischen, während Wales seine Gesetze im Wesentlichen mit England teilt, welches selbst über gar kein eigenes Parlament verfügt.

#### 4. Rechtsstaatlichkeit und Beschuldigtenrechte

Oben<sup>660</sup> wurde erläutert, dass ein rechtsstaatliches Strafrechtssystem auch für eine hinreichende Berücksichtigung der Freiheitsrechte der Beschuldigten und vom Verfahren Betroffenen sorgen muss.<sup>661</sup> Das Zusammenwirken von Ebenen im Mehrebenensystem darf nicht zu einem Verlust an Rechtsstaatlichkeit führen.<sup>662</sup> Nicht nur der Schutz der Bürgerinnen und Bürger *durch* das Strafrecht, sondern auch

656 In Kanada werden die Crown Attorneys und Provincial Prosecutors nicht direkt vom Volk gewählt, sondern durch den Lieutenant Governor in Council bzw. den Attorney General eingesetzt; vgl. für Ontario: s. 1, 2 und 5 Crown Attorney Act, R.S.O. 1990, Chapter C.49; siehe oben 3. Kapitel C. II. 2. b).

657 Sie fand ihren Ursprung bereits in *Hodge v. The Queen*, (1883) 9 AC 117 (PC); vgl. auch *Constitutional Law Group*, S. 224; *Lederman*, *Constitutional Dilemmas*, S. 243; *ders.*, (1963) 9 McGill L.J. 185.

658 Vgl. das MoU 2001, Cm. 5240, para. 13, und das MoU 2010, Cm. 7864, para. 14; siehe ferner oben 2. Kapitel A. und 3. Kapitel D. I.

659 *Brazier*, S. 121.

660 Oben 5. Kapitel B. II. 4.

661 Vgl. auch den zweiten Grundgedanken der Autoren des Alternativentwurfes Europäische Strafverfolgung, in: Schönemann, *Alternativentwurf*, S. 4; ferner *Satzger*, *Europäisierung*, S. 175 ff.

662 Vgl. auch *Satzger*, *Europäisierung*, S. 177.

vor dem Strafrecht muss Berücksichtigung finden.<sup>663</sup> Die von den Strafmaßnahmen Betroffenen können in unterschiedlicher Weise durch eine Verteilung strafrechtlicher Kompetenzen im Mehrebenensystem beeinträchtigt werden.<sup>664</sup> Bereits aus der Sicht des Demokratieprinzips muss eine Beteiligung am Vorgang der Normierung der entsprechenden Vorgaben sichergestellt, d.h. eine demokratische Legitimation auf der jeweiligen Ebene vorhanden sein, wozu schon im Rahmen des ersten Verteilungskriteriums Stellung genommen wurde.<sup>665</sup>

Zwar besteht im internationalen Rechtsverkehr generell die Situation, dass der Betroffene sich im Ausland nach Vorschriften strafbar machen kann, an deren demokratischer Entstehung er als Bürger eines anderen Staates nicht teilgenommen hat.<sup>666</sup> Sobald aber Formen der grenzüberschreitenden Kooperation entstehen, die zentral gesteuert werden, wie etwa im Bereich der gegenseitigen Anerkennung, oder wenn es sich um zentral gesetzte Normen handelt, muss seine Mitwirkung an diesen zentralen Steuerungsmaßnahmen gewährleistet sein.

Das Strafrechtssystem muss ferner Rechtssicherheit garantieren.<sup>667</sup> Hier wurden oben<sup>668</sup> einige Bereiche identifiziert, die aus der Sicht des Beschuldigten für eine gewisse Zentralisierung der Kompetenzen im Dienste einer Vereinheitlichung des Rechts bzw. gegen eine rein dezentrale Regelung bei gleichzeitiger Kooperation der dezentralen Rechtsordnungen streiten können, sofern man wegen der mangelnden Effektivität einer rein dezentralen Strafverfolgung auf eine solche Zusammenarbeit nicht verzichten will oder kann. Als aus dieser Sicht bedeutsame Aspekte der Kompetenzordnung wurden angeführt: (1) die Gewährleistung von Rechtssicherheit, (2) die Berücksichtigung der Gefahr der Absenkung der prozessualen Standards, (3) die Frage des ausreichenden Rechtsschutzes bei grenzüberschreitenden Ermittlungen, (4) die Vermeidung von Mehrfachzuständigkeiten und doppelter Strafverfolgung oder gar Bestrafung und des *Forum Shoppings* sowie (5) die Etablierung eines einheitlichen Grundrechtsschutzes, der gegebenenfalls einfachgesetzlicher materiell- oder prozessrechtlicher Absicherung bedarf.

Betrachtet man nun unter diesen Prämissen die hier untersuchten Systeme, so hat eine umfassende zentrale und einheitliche Rechtsordnung aus der Sicht der Beschuldigten und der Rechtsstaatlichkeit Vorteile.<sup>669</sup> So ist in Deutschland – mit wenigen Ausnahmen – das materielle Strafrecht vereinheitlicht, sodass innerhalb des gesamten Staatsgebietes Rechtssicherheit im Sinne einer Vorsehbarkeit der Straf-

663 Sieber, ZStW 121 (2009), 1, 8; ders., in: Sieber/Brüner/Satzger/v. Heintschel-Heinegg, Einführung Rn. 202, 214; ebenso auch schon *Schünemann*, in: ders., Alternativentwurf, S. 78, und ders., ZIS 2007, 528, 530, im Hinblick auf den Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts.

664 Sieber, ZStW 121 (2009), 1, 10 ff.

665 Siehe oben 5. Kapitel B. II. 1.

666 Vgl. auch *Deiters*, ZRP 2003, 359, 360, *Gleß*, ZStW 116 (2004), 353, 360.

667 Sieber, ZStW 121 (2009), 1, 14.

668 Oben 5. Kapitel B. II. 4.

669 Siehe auch *Sieber*, ZStW 121 (2009), 1, 44.

barkeit gesichert ist. Auch haben die deutschen Staatsbürgerinnen und Staatsbürger die Möglichkeit, an der zentral gesetzten Strafnorm in demokratischer Weise mitzuwirken. Des Weiteren sind die Betroffenen durch eine universelle Geltung der Grundrechte und strafprozessualen Beschuldigtenrechte umfassend und gleichermaßen geschützt. Durch das einheitliche Strafprozessrecht sowie die letztinstanzliche Auslegung der Gesetze durch die Bundesgerichtsbarkeit sind die Gefahren des *Forum Shoppings* deutlich reduziert.

Ferner gewährleistet Art. 103 Abs. 3 GG das Verbot der doppelten Bestrafung und Strafverfolgung. Aus dieser Perspektive ist es für den Betroffenen nicht mehr von entscheidendem Belang, vor welchem Gericht gegen ihn verhandelt wird, da er überall denselben Gesetzen unterworfen ist, ihm aber andererseits auch jeweils dieselben Rechte zustehen.<sup>670</sup> Schließlich kann auch Grundrechtsschutz gegen belastende Maßnahmen vor deutschen Gerichten, ultimativ vor dem zentralen BVerfG, erreicht werden.

Auch in Kanada bringt das zentral gesetzte einheitliche Recht ein höheres Maß an Überschaubarkeit und damit an Rechtssicherheit für die Bürgerinnen und Bürger mit sich. Dieser Vorteil des kanadischen Systems wird zwar im Bereich der „*provincial offences*“ geschmälert, da hier eine Überlappung des Rechts geduldet wird.<sup>671</sup> Andererseits werden die Aspekte, welche die Überlagerung der Rechtsordnungen für den Betroffenen als schädlich erscheinen lassen, deutlich abgeschwächt. Denn die Duplizität der Vorschriften ist (nur) dann besonders problematisch, wenn sie dazu führt, dass Gerichte und Strafverfolgungsbehörden verschiedener Ebenen zuständig sind.

Dieses Problem stellt sich in Kanada nicht in verstärktem Maße, da generell nur dezentrale Strafgerichte bestehen, es also schon deshalb nicht zu vertikaler Doppelbestrafung oder vertikalem *Forum Shopping* kommen kann. Zwar kann eine Doppelbestrafung auch dann möglich sein, wenn nur ein Gericht (der dezentralen Stufe) zuständig ist, sofern es theoretisch auf verschiedene Strafvorschriften zugreifen kann bzw. verschiedene Staatsanwaltschaften mehrfache Anklagen erheben können, jedoch steht auch einer solchen doppelten Strafverfolgung, wie oben<sup>672</sup> ausgeführt, s. 11 (h) of the Canadian Charter of Rights and Freedoms entgegen.

In den USA findet sich hingegen eine andere Situation. Hier ist einerseits die Kompetenz dezentral angeordnet, wodurch eine größere Autonomie der Gliedstaaten und Bürgernähe gewährleistet wird, was aber zu den angesprochenen Problemen der Rechtszersplitterung führen kann, indem 52 verschiedene Rechtsordnungen parallel operieren und dabei ein abweichendes materielles und prozessuales Recht anwenden. Dies ist ein besonderer Ausdruck des föderativen Systems der

670 Zu diesem Vorteil einheitlichen Rechts *Sieber*, ZStW 121 (2009), 1, 30 f.

671 Siehe oben 3. Kapitel C. II. 1. b).

672 Oben 3. Kapitel C. III. 3.

USA und damit grundsätzlich auch an Freiheitsinteressen und der Parzellierung von Macht der Hoheitsebenen orientiert,<sup>673</sup> hat jedoch dazu geführt, dass das einzelstaatliche Recht in vielen Bereichen durch das Bundesstrafrecht dupliziert wird. Diese Überlagerung der Jurisdiktionen wird von ihren Befürwortern nicht als problematisch eingestuft, sondern begrüßt, da das Bundesstrafrecht nur als Ergänzung zur Unterstützung der Einzelstaaten fungiere und aufgrund des staatsanwaltlichen Ermessens ohnehin nicht voll ausgeschöpft werde.<sup>674</sup>

Die Ausgestaltung des US-amerikanischen Systems wird jedoch – insbesondere im Hinblick auf die Ausweitung der Bundesebene – heute vielfach auch kritisch beurteilt.<sup>675</sup> Die Kritik richtet sich insbesondere darauf, dass das Bundesstrafrecht inzwischen in vielen Feldern das einzelstaatliche Recht überlappt. Dies wird erstens vielfach als symbolische Gesetzgebung wahrgenommen,<sup>676</sup> da der Bund gar nicht über die personellen und finanziellen Mittel verfüge, die Straftaten auch tatsächlich zu verfolgen, und zweitens als problematisch hinsichtlich der föderalen Kompetenzverteilung erachtet.<sup>677</sup> Drittens ist die Duplikation der Vorschriften aber gerade auch im Hinblick auf Beschuldigtenrechte und Rechtsstaatlichkeit bedenklich.

Die gleichzeitige Anwendbarkeit einer Vielzahl unterschiedlicher materieller Bestimmungen auf Bundes- und Einzelstaatsebene eröffnet nämlich die Option der mehrfachen Strafverfolgung, vertikal durch Bund und Gliedstaaten und horizontal durch zwei Einzelstaaten. Zwar schließt Zusatzartikel V der US-amerikanischen Verfassung eine „*double jeopardy*“ aus.<sup>678</sup> Diese Bestimmung hat aber nach der „*Dual Sovereignty Doctrine*“<sup>679</sup> des U.S. Supreme Courts nur Geltung innerhalb eines Staatsteils,<sup>680</sup> sodass sowohl der Bund und ein Einzelstaat<sup>681</sup> als auch zwei Gliedstaaten<sup>682</sup> parallele oder sukzessive Strafverfahren durchführen können.<sup>683</sup> Die Einzelstaaten haben zwar teilweise ein entsprechendes Verbot des *ne bis in*

673 Siehe bereits oben 5. Kapitel A.

674 *Litman/Greenberg*, 543 *Annals Am. Acad. Pol. & Soc. Sci.* 72, 83 (1996).

675 Ausführlich zur Kritik insbesondere an der Ausweitung des Bundesstrafrechts in der US-amerikanischen Literatur etwa ABA Report, passim; *Abrams/Beale*, 4. Aufl. 2006, S. 109 ff.; *Beale*, 543 *Annals Am. Acad. Pol. & Soc. Sci.* 39 (1996); *dies.*, 1 *Buff. Crim. L. Rev.* 23 (1997); *dies.*, 46 *Hastings L.J.* 979 (1995); *Brickey*, 46 *Hastings L.J.* 1135 (1995); *Reinbacher*, Das Strafrechtssystem der USA, S. 185 ff.

676 *Beale*, 1 *Buff. Crim. L. Rev.* 23 (1997); vgl. ausführlich dazu *Reinbacher*, Das Strafrechtssystem der USA, S. 187 ff.

677 Votum des Verfassungsrichters *Kennedy*, in: *United States v. Lopez*, 514 U.S. 549, 581 (1995); ABA Report, S. 26; *Beale*, 46 *Hastings L.J.* 979, 993 ff. (1995).

678 U.S. Const. Amend. V: [...] nor shall any person be subject for the same offence to be twice put in jeopardy of life or limb.

679 Dazu *Amar/Marcus*, 95 *Colum. L. Rev.* 1 (1995); *Guerra*, 73 *N.C.L. Rev.* 1160 (1995); *Stuckenberg*, S. 37 ff.; vgl. auch *Merkel*, 31 *Colum. Hum. Rts. L. Rev.* 175 (1999).

680 Siehe bereits oben 3. Kapitel B. III. 3 und 5. Kapitel B. II. 4.

681 *Abbate v. United States*, 359 U.S. 187 (1959); *Bartkus v. Illinois*, 359 U.S. 121 (1959); dazu *Reinbacher*, Das Strafrechtssystem der USA, S. 178 ff.

682 *Heath v. Alabama*, 474 U.S. 82 (1985); *Reinbacher*, Das Strafrechtssystem der USA, S. 162 f.

683 Vgl. zur Kritik in der US-amerikanischen Literatur ABA Report, S. 28; *Abrams/Beale/Klein*, S. 96 ff.; *Beale*, *Am. U. L. Rev.* 747, 770 ff. (2005); *Kadish*, 46 *Hastings L.J.* 1247 (1995); *Reinbacher*, Das Strafrechtssystem der USA, S. 181.

*idem* normiert,<sup>684</sup> ein einheitlicher zentraler Ausschluss existiert jedoch nicht. Die „*Petit Policy*“, die im Hinblick auf das Bundesstrafrecht eine erneute Strafverfolgung ausschließen soll, sofern keine zwingenden Gründe vorliegen, ist nur eine nicht-justiziable Vorgabe, sodass das weite staatsanwaltliche Ermessen entscheidend bleibt.<sup>685</sup>

Ferner birgt die überlappende Zuständigkeit der Behörden mehrerer Ebenen in den USA die Gefahr des *Forum Shoppings*, da die Strafverfolgungsbehörden zwischen mehreren Rechtsordnungen wählen können.<sup>686</sup> Eine Vielzahl an Gründen, die sich aus der Verschiedenheit der Rechtsordnungen innerhalb des Gesamtsystems herleitet, kann ein solches Vorgehen interessant machen.<sup>687</sup> So unterscheidet sich erstens das materielle Recht bzgl. der Weite der Tatbestände oder im Strafmaß, insbesondere auch hinsichtlich der Sanktion der Todesstrafe. Zweitens divergieren auch die Strafprozessordnungen, sodass Beweise nach einer Rechtsordnung leichter zu erlangen sein können als nach der anderen. Drittens kann auch die Rechtsprechung in bestimmten Einzelstaaten eher zu einem Freispruch neigen als in anderen. Aus der Sicht der Strafverfolgungsbehörden kann daher eine Rechtsordnung durchaus attraktiver sein als die andere. Besteht nun in den USA aber ein weites staatsanwaltliches Ermessen, so kann die Anklagebehörde wählen, in welcher Rechtsordnung, d.h. Einzelstaat oder Bund, sie die Strafverfolgung weiter betreiben will. Bekanntes Beispiel aus dem US-amerikanischen Strafrecht ist das Verfahren gegen die minderjährigen Heckenschützen *John Muhammad* und *Lee Malvo*.<sup>688</sup> Diese wurden letztlich im Gliedstaat Virginia angeklagt, u.a. weil nur dort die Vollstreckung der Todesstrafe wahrscheinlich erschien.

Zudem ist die Entscheidung über die Einleitung des Verfahrens einzig der gerichtlich nur sehr eingeschränkt überprüfbar Entscheidung der Staatsanwaltschaft überlassen,<sup>689</sup> was wiederum eine selektive Strafverfolgung möglich macht.<sup>690</sup> Als Beispiel mag hier die zeitweilig im Gliedstaat New York praktizierte Strategie des „*Federal Day*“ dienen, gemäß welcher an einem zufällig ausgewählten Tag der Woche gegen von den einzelstaatlichen Behörden für Drogendelikte festgenommene Täter ein Verfahren nach Bundesrecht eingeleitet wurde.<sup>691</sup>

684 *Reinbacher*, Das Strafrechtssystem der USA, S. 182 f. Eine Aufzählung findet sich bei *LaFave*, S. 325, Fn. 27; *Stuckenberg*, S. 40, Fn. 205.

685 *Abrams/Beale/Klein*, S. 107 f.; *Reinbacher*, Das Strafrechtssystem der USA, S. 184; siehe oben 3. Kapitel B. III. 3.

686 Dazu *Abrams/Beale/Klein*, S. 80 ff.; *Reinbacher*, Das Strafrechtssystem der USA, S. 175 ff.

687 *Abrams/Beale/Klein*, S. 80 ff.; *Reinbacher*, Das Strafrechtssystem der USA, S. 176.

688 Dazu *Abrams/Beale*, 4. Aufl. 2006, S. 802 f.; *Ambos*, Intern. Strafrecht, § 1 Rn. 45; *Reinbacher*, Das Strafrechtssystem der USA, S. 176 f.

689 *Reinbacher*, Das Strafrechtssystem der USA, S. 171 f.; *Dubber*, Einführung, S. 9; *Stuckenberg*, S. 10.

690 Siehe zur entsprechenden Kritik ABA Report, S. 30 ff.; *Reinbacher*, Das Strafrechtssystem der USA, S. 192 f. m.w.N.

691 Zu diesem „*Federal Day*“ vgl. *Abrams/Beale*, 4. Aufl. 2006, S. 807; *Beale*, 46 *Hastings L.J.* 979, 1000 (1995); *Brickey*, 46 *Hastings L.J.* 1135, 1159 (1995); *Mimer*, 43 *Syracuse L. Rev.* 681, 684 (1992); *Reinbacher*, Das Strafrechtssystem der USA, S. 193.

Im Zusammenhang mit dem *Forum Shopping* und der gezielten Strafverfolgung in einer bestimmten Rechtsordnung ist schließlich anzuführen, dass nicht selten Beweise von der Staatsanwaltschaft der einen Ebene an die Behörden einer anderen übergeben werden, so etwa von Bundesbehörden an solche der Einzelstaaten.<sup>692</sup> Dies kann z.B. geschehen, nachdem ein Verfahren durchgeführt oder eingestellt wurde. Ist das Bundesrecht etwa, wie häufig, im Hinblick auf die Zulässigkeit der Beweiserhebung weniger streng als das einzelstaatliche Recht, so stellt sich die Frage, ob die nach Bundesrecht erlangten Beweise auch im Verfahren vor dem gliedstaatlichen Gericht verwendet werden können, was in den Einzelstaaten unterschiedlich beurteilt wird.<sup>693</sup> All diese Aspekte können einerseits eine Reduzierung der Rechte der Beschuldigten bewirken, sind andererseits aber auch insgesamt der Vorhersehbarkeit der Strafbarkeit hinderlich. Allerdings gewährleistet der U.S. Supreme Court durchgängig eine Bindung an die Grundrechte.

Auch im Vereinigten Königreich von Großbritannien und Nordirland operieren drei getrennte Jurisdiktionen.<sup>694</sup> Es ist aber zu bedenken, dass einige wichtige Strafbestimmungen auch zentral durch Westminster mit Geltung für sämtliche Landesteile gesetzt wurden und auch noch gesetzt werden können, sodass in diesen Bereichen keine Divergenzen mehr bestehen. In diesem Fall verliert die Frage der verfolgenden Jurisdiktion wiederum an Bedeutung.<sup>695</sup> Im Übrigen unterscheiden sich z.B. schottisches und englisches/walisches Recht aber durchaus.<sup>696</sup> Dabei ist es von Relevanz, dass auch hier bei bestimmten Straftaten theoretisch mehrere Ebenen für die Strafverfolgung zuständig sein können.<sup>697</sup>

Wiederum steht es dabei generell im Ermessen der Strafverfolgungsbehörden, ob und wo Anklage erhoben wird,<sup>698</sup> sodass Absprachen der Staatsanwaltschaften möglich sind. Vorgaben hierzu finden sich für die Behörden von England und Wales im Code for Crown Prosecutors<sup>699</sup> sowie in der Legal Guidance des CPS.<sup>700</sup> Maßgeblich ist zunächst, ob ein substanzieller Bezug zu der betreffenden Jurisdiktion besteht, damit sie überhaupt zuständig ist. Kommen mehrere Jurisdiktionen in Betracht, so sind bei der Frage, ob ein grenzüberschreitender Sachverhalt in England/Wales angeklagt werden soll, die Aufteilbarkeit des Falles, der Wohnort und die

692 Ausführlich dazu *Bloom/Massey*, 79 U. Colo. L. Rev. 381 (2008); *Reinbacher*, Das Strafrechtssystem der USA, S. 177; vgl. ferner bereits oben 3. Kapitel B. III. 2.

693 Dazu *Bloom/Massey*, 79 U. Colo. L. Rev. 381, 391 ff. (2008), mit Beispielen und Nachweisen.

694 Central Office of Information, HSMO, Criminal Justice, S. 1; *Spencer*, ZIS 2010, 301, 302; siehe bereits oben 3. Kapitel D. I.

695 Zu diesem Vorteil einheitlichen Rechts *Sieber*, ZStW 121 (2009), 1, 30 f.

696 *R. v. Manchester Stipendiary Magistrate, Ex parte Granada Television Ltd.*, (2001) 1 AC 300, 304 (HL).

697 Siehe oben 3. Kapitel D. II. 2.

698 *Sanders/Young/Burton*, S. 372 ff.

699 Dies ist ein öffentliches Statement der Richtlinien für die Strafverfolgung; vgl. dazu auch *Davies/Croall/Tyrer*, S. 217 ff.

700 Abrufbar im Internet unter [www.cps.gov.uk/legal/index.html](http://www.cps.gov.uk/legal/index.html), zuletzt abgerufen am 5.2.2014.

Interessen der Opfer und Zeugen, aber auch der Angeklagten, sowie potenzielle Verzögerungen des Verfahrens zu berücksichtigen.

Entscheidet sich die Behörde zum Tätigwerden, so legen die ss. 136 ff. CJPO Act 1994 zwar weitgehende Befugnisse zur Operation auf fremdem Territorium fest, die Voraussetzungen für die Gewinnung von Beweisen beurteilen sich jedoch nach dem Recht der verfolgenden Jurisdiktion, das abweichend sein kann. In diesem Zusammenhang instruktiv ist der oben<sup>701</sup> schon zitierte Fall, welcher der Entscheidung des House of Lords im Fall *Granada Television Ltd.*<sup>702</sup> zu Grunde lag. Hier wurde der von einem schottischen Gericht ausgestellte Durchsuchungsbefehl in England akzeptiert, obgleich das englische Recht im PACE Act 1984 weitaus strengere Vorgaben hinsichtlich des Ausschlusses bestimmter Beweise (*excluded material*) macht. Insofern kennt das Recht des Vereinigten Königreiches also durchaus Formen der gegenseitigen Anerkennung.<sup>703</sup> Aus der Sicht des Betroffenen musste sich dieses Vorgehen als eine Reduktion seiner Rechte in England darstellen.

Eine doppelte Strafverfolgung innerhalb des Vereinigten Königreiches ist jedoch, anders als in den USA, nicht möglich. Das Verbot der Doppelbestrafung ist bereits eine alte Regel des *common law*. Dass es sich nicht nur auf die jeweilige Jurisdiktion bezieht, sondern für Urteile innerhalb des gesamten Vereinigten Königreiches gilt, stellte ein schottisches Gericht schon im Jahr 1846 fest.<sup>704</sup> Im Übrigen eröffnet der HRA 1998 einen landesweiten Schutz der Menschenrechte, welche auch gegenüber Gesetzgebungsakten geltend gemacht werden können. Zwar können die Gerichte die Gesetze aus Westminster weiterhin nicht aufheben, sie dürfen diese aber gemäß s. 4 HRA 1998 für unvereinbar mit den Menschenrechten erklären.<sup>705</sup> Von den durch die *devolution* übertragenen Kompetenzen ist der HRA 1998 gänzlich ausgenommen worden, sodass Verstöße auch durch den Supreme Court of the U.K. überprüft werden können.

## 5. Zusammenfassung

Abschließend lässt sich anhand der hier zu Grunde gelegten Parameter für die untersuchten staatlichen Systeme eine Gesamtanalyse anstellen und das Gesagte entsprechend zusammenfassen. Bürgernähe und demokratische Responsivität der Gesetzgebung sind am vorteilhaftesten in den USA verwirklicht, da hier die dezentrale Ebene über weitgehende Zuständigkeiten, die zentrale Ebene hingegen nur über Einzelermächtigungen verfügt. Soweit die zentrale Ebene tätig wird, muss auch hier

701 Oben 3. Kapitel D. II. 2. b).

702 *R. v. Manchester Stipendiary Magistrate, Ex parte Granada Television Ltd.*, (2001) 1 AC 300 (HL); dazu *Spencer*, ZIS 2010, 602, 603.

703 *Spencer*, ZIS 2010, 602, 603.

704 *Macgregor and Inglis*, (1846) Ark. 49, 60; wohl auch angenommen in *Clements v. HMA*, (1991) JC 62, 71; vgl. dazu Scott. Law Com., Discussion Paper No. 141, 2009, S. 29 f.

705 Dazu *Bradley*, in: Jowell/Oliver, S. 61 ff.; siehe dazu bereits oben 3. Kapitel D. I.

für eine ausreichende demokratische Legitimation der Hoheitsakte gesorgt werden, welche in den USA schon seit langem etabliert ist.

Am effektivsten könnte sich das deutsche bzw. kanadische System erweisen, da der Bund hier das Strafrecht umfassend regeln und die Strafbarkeit einseitig festlegen kann. Revisionsgerichte des Bundes sichern hier ferner die einheitliche Auslegung und Bundesbehörden können in bestimmten Fällen tätig werden.

Das US-amerikanische System bietet hier aber einen interessanten Aspekt, da es – im Gegensatz zu Deutschland – einerseits lokale Experimente bei lokaler Kriminalität zulässt, andererseits aber die Option des Bundesstrafrechts für den Gesamtstaat betreffende Sachverhalte mit eigenen Behörden bereithält. Auch im Vereinigten Königreich von Großbritannien und Nordirland bleibt stets die Möglichkeit des Eingriffes von Westminster erhalten, sodass Flexibilität gewährleistet ist.

Kulturelle, rechtspolitische und dogmatische Vielfalt und Autonomie der Einzelstaaten gestatten die USA am stärksten, da sie die Kompetenz im Wesentlichen bei der dezentralen Ebene belassen. Diese wird jedoch durch die Operation des zentralen Bundesstrafrechts überlagert.

Die Rechtsstaatlichkeit und dabei insbesondere die Rechte der Beschuldigten werden insgesamt am besten im deutschen System gewahrt, da dieses fast ausschließlich über ein einheitliches materielles Strafrecht und Strafverfahrensrecht verfügt, sodass die Bestrafung und die Eingriffsbefugnisse der Behörden hier vorhersehbar sind. Auslieferung oder Rechtshilfe wirken sich nicht negativ aus, da jeweils nach demselben Recht vorgegangen wird. Ähnliches gilt in Kanada, jedoch mit der Einschränkung der Möglichkeit der Quasi-Strafgesetze und des diesbezüglichen Verfahrensrechts in den Provinzen.

## D. Abstrakte Modelle (Auswahl)

### I. Einleitung und Modellübersicht

Bislang wurden konkrete Ausprägungen der Kompetenzverteilung in Mehrebenensystemen betrachtet und bewertet. Die einzelnen Systeme ließen sich dabei nur schwerlich einem reinen Idealmodell zuweisen. Denn sie sind keiner bestimmten Idealvorgabe verschrieben, sondern suchen den politischen und gesellschaftlichen Verhältnissen in ihrer jeweiligen Rechtsordnung gerecht zu werden, was z.B. auch zu einer Asymmetrie führen kann, die zunächst nicht anvisiert war, oder Kompetenzen einer Ebene entstehen lassen kann, welche die ursprüngliche Fassung der Konstitution nicht vorsah. Daher haben sie sich im Laufe der Zeit fortentwickelt und u.U. gerade auch deshalb den Zustand eines bestimmten Reinmodells verlassen.

Nun mag man also fragen: Was nützt das Denken in Modellen, wenn doch jede Rechtsordnung anders und von spezifischen politischen und historischen Bedingungen abhängig ist? Natürlich darf man sich der Singularität politischer und geschichtlicher Voraussetzungen nicht verschließen. Jedoch mag die abstrakte Analyse immerhin verfassungspolitische Perspektiven sowie Vorteile und Grundprobleme einer bestimmten Anordnung von Zuständigkeiten aufzeigen.<sup>706</sup> Denn auf diese Weise können generelle Erkenntnisse gewonnen und von lokalen Gegebenheiten isoliert sowie idealerweise auch politische Anwendungsvoraussetzungen eines bestimmten Modells aufgezeigt werden.

Je nachdem, ob nun etwa nach den drei klassischen Gewalten der Gesetzgebung, der Rechtsprechung und der Exekutive, hier also nach Kompetenzen im Hinblick auf Strafgesetzgebung, Strafgerichtsbarkeit und Strafverfolgung, unterschieden oder aber auch innerhalb der Gesetzgebung z.B. wiederum nach materiellem Recht und Verfahrensrecht oder gar nach einzelnen Deliktbereichen getrennt wird, ergeben sich eine Vielzahl an Kombinationsmöglichkeiten.<sup>707</sup> Die Arbeit versucht hier allerdings, nicht zu kleinteilig vorzugehen, um nicht in einen zu hohen Abstraktionsgrad zu verfallen. Daher soll hier nur eine Auswahl präsentiert werden. Grundsätzlich lassen sich grob verallgemeinernd fünf Grundmuster unterscheiden.<sup>708</sup>

Erstens können die strafrechtsbezogenen Kompetenzen nur einer der beiden Ebenen zugewiesen sein, also gar keine Verteilung derselben auf verschiedene Kompetenzträger vorgenommen werden.<sup>709</sup> Hier lassen sich, je nachdem, welche Ebene zuständig ist, zwei Untermodelle bilden (Modell 1a und 1b).

<sup>706</sup> Vgl. auch *Sieber*, ZStW 121 (2009), 1, 16.

<sup>707</sup> Vgl. dazu und auch im Folgenden *Sieber*, ZStW 119 (2007), 1, 8 ff.; *ders.*, ZStW 121 (2009), 1, 16 ff.; vgl. ferner die vier Modelle bei *Martin/Wade/Muñoz de Morales*, in: Ligeti, *Prosecutor*, S. 782 ff.

<sup>708</sup> Ähnlich auch *Sieber*, ZStW 119 (2007), 1, 8 ff.; *ders.*, ZStW 121 (2009), 1, 16 ff.

<sup>709</sup> Dazu unter 5. Kapitel D. II. 1.

Werden Zuständigkeiten hingegen zwischen den Ebenen aufgeteilt, so kann die Zuteilung zweitens nach den Staatsfunktionen erfolgen, also etwa zwischen der Strafgesetzgebung auf der einen und der Strafverfolgung auf der anderen Seite.<sup>710</sup> Wiederum sind verschiedene Varianten denkbar, abhängig davon, ob die Gesetzgebung zentral oder dezentral verläuft, und Abwandlungen durch eine weitere Differenzierung zwischen Rechtsprechung und Strafverfolgungsbehörden oder durch das Hinzufügen einzelner (zentraler) Gerichts- oder Behördenzuständigkeiten (Modelle 2a-2h) möglich.

Drittens können Kompetenzen nach Deliktsbereichen unterschieden werden, wobei dann wiederum entweder entsprechend dem US-amerikanischen „Trennmodell“<sup>711</sup> jede Ebene ihr Recht auch selbst vollzieht.<sup>712</sup> Hier lässt sich zwischen einer echten Aufteilung der Einzelbereiche und einer umfassenden Parallelzuständigkeit unterscheiden (Modelle 3a und 3b).

Viertens kann eine Aufteilung der Gesetzgebung erfolgen, der Vollzug jedoch lediglich durch eine der beiden Ebenen durchgeführt werden,<sup>713</sup> wobei wiederum Varianten durch die Unterscheidung zwischen dezentraler oder zentraler Ausführung der Gesetze und das Hinzufügen von einzelnen Gerichten oder Behörden mit Spezialzuständigkeiten entstehen (Modelle 4a-4f).

Fünftens lässt sich in Orientierung am Strafrechtssystem der EU ein Modell bilden, in welchem der zentralen Ebene nur Assimilierungs- und Harmonisierungskompetenzen zustehen, gegebenenfalls wiederum ergänzt durch Gerichte oder Behörden mit einer begrenzten Zuständigkeit (Modelle 5a und 5b).<sup>714</sup> Die Praxis der im 3. und 4. Kapitel konkret untersuchten Systeme hat im Übrigen gezeigt, dass eine Vielzahl an Kombinationsmöglichkeiten zwischen einzelnen Elementen der Idealmodelle besteht. Dadurch entstehen verschiedene Arten an Kombinationsmodellen, die nicht alle untersucht werden können. Der EU als konkretes „Mischmodell“<sup>715</sup> und ihren möglichen Entwicklungsperspektiven wendet sich das abschließende 6. Kapitel zu.<sup>716</sup>

Jeweils lässt sich das einzelne Modell anhand der hier vorgestellten Kriterien bewerten. Des Weiteren lassen sich gerade aus diesen Kriterien, insbesondere aus der Ausprägung der kulturellen und politischen Verbundenheit der Bürgerinnen und Bürger, aber auch gewisse Anwendungsvoraussetzungen für das jeweilige Modell herleiten. Denn nicht jedes Mehrebenensystem eignet sich für die Anwendung eines bestimmten Idealmodells. So lässt sich beispielsweise eine vollständige Zentralisierung in einem Bund mit sehr ausgeprägter Loyalität der Bürgerinnen und

710 Dazu unter 5. Kapitel D. II. 2.

711 *Lauffer/Münch*, S. 24; *Pernice*, JZ 2000, 866, 873.

712 Dazu unter 5. Kapitel D. II. 3.

713 Dazu unter 5. Kapitel D. II. 4.

714 Dazu unter 5. Kapitel D. II. 5.

715 *Sieber*, ZStW 121 (2009), 1, 64 f.

716 Siehe dazu unten 6. Kapitel A.

Bürger zur dezentralen Ebene und großer kultureller Diversität politisch schwer durchsetzen.

Der Einfachheit und stilistischen Abwechslung halber werden für die zentrale Ebene im Folgenden auch die Vokabeln „Zentrale“ oder „Bund“ und für die dezentrale Ebene die Bezeichnung „Gliedstaaten“ oder „Einzelstaaten“ verwendet, auch wenn diese bei einigen der hier untersuchten konkreten Systeme nicht immer passend erscheinen dürften. Hier geht es jedoch um abstrakte Modelle, sodass man sich an dieser terminologischen „Ungenauigkeit“ nicht stören möge.

### Übersicht: Abstrakte Modelle

	Gesetzgebung	Rechtsprechung	Strafverfolgung
<b>1. Einebenensysteme:</b>			
<b>Modell 1a</b> (Einebenensystem zentral)	zentral	zentral	zentral
<b>Modell 1b</b> (Einebenensystem dezentral)	dezentral	dezentral	dezentral
<b>2. Modelle mit funktioneller Aufteilung der Kompetenzen:</b>			
<b>Modell 2a</b> (zentrale Rechtssetzung)	zentral	dezentral	dezentral
<b>Modell 2b</b> (Abwandlung von Modell 2a)	zentral	dezentral; zentrale Revisionsgerichte oder erstinstanzliche Gerichte in Spezialfällen	dezentral
<b>Modell 2c</b> (Abwandlung von Modell 2a)	zentral	dezentral; (zentrale Revisionsgerichte oder erstinstanzliche Gerichte in Spezialfällen)	dezentral; zentrale Behörden in Spezialfällen bzw. zur Koordination
<b>Modell 2d</b> (Abwandlung von Modell 2a)	zentral	zentral	dezentral
<b>Modell 2e</b> (Abwandlung von Modell 2a)	zentral	dezentral	zentral
<b>Modell 2f</b> (Abwandlung von Modell 2a)	zentral	zentral	dezentral; zentrale Behörden in Spezialfällen bzw. zur Koordination

	Gesetzgebung	Rechtsprechung	Strafverfolgung
<b>Modell 2g</b> (Abwandlung von Modell 2a)	zentral	dezentral; (zentrale Revisionsgerichte oder erstinstanzliche Gerichte in Spezialfällen)	zentral
<b>Modell 2h</b> (dezentrale Rechtssetzung)	dezentral	zentral	zentral
<b>3. Trennmodelle:</b>			
<b>Modell 3a</b> (Trennmodell bei Aufteilung der Kompetenzen)	zentral/dezentral nach Bereichen getrennt	zentral/dezentral nach Bereichen getrennt	zentral/dezentral nach Bereichen getrennt
<b>Modell 3b</b> (Trennmodell mit Parallelzuständigkeit)	zentral/dezentral bei grds. paralleler Zuständigkeit	zentral/dezentral bei grds. paralleler Zuständigkeit	zentral/dezentral bei grds. paralleler Zuständigkeit
<b>4. Aufteilung der Gesetzgebung</b>			
<b>Modell 4a</b> (Aufteilung der Gesetzgebung mit überwiegend dezentraler Kompetenz, dezentrale Strafverfolgung)	dezentral; einzelne zentrale Spezialkompetenzen	dezentral	dezentral
<b>Modell 4b</b> (Abwandlung von Modell 4a)	dezentral; einzelne zentrale Spezialkompetenzen	dezentral; zentrale Revisionsgerichte oder erstinstanzliche Gerichte in Spezialfällen	dezentral; zentrale Behörden in Spezialfällen bzw. zur Koordination
<b>Modell 4c</b> (Aufteilung der Gesetzgebung mit überwiegend zentraler Kompetenz, dezentrale Strafverfolgung)	zentral; einzelne dezentrale Spezialkompetenzen	dezentral	dezentral
<b>Modell 4d</b> (Abwandlung von Modell 4c)	zentral; einzelne dezentrale Spezialkompetenzen	dezentral; zentrale Revisionsgerichte oder erstinstanzliche Gerichte in Spezialfällen	dezentral; zentrale Behörden in Spezialfällen bzw. zur Koordination
<b>Modell 4e</b> (konkurrierende Gesetzgebung, dezentrale Strafverfolgung und Gerichte)	zentral und dezentral konkurrierend	dezentral	dezentral

	Gesetzgebung	Rechtsprechung	Strafverfolgung
<b>Modell 4f</b> (Aufteilung der Gesetzgebung mit überwiegend dezentraler Kompetenz, zentrale Strafverfolgung und Gerichte)	dezentral; einzelne zentrale Spezialkompetenzen	zentral	zentral
<b>5. Assimilierungs- und Harmonisierungskompetenz:</b>			
<b>Modell 5a</b> (Harmonisierungskompetenz der zentralen Ebene, sonst dezentrale Kompetenz)	dezentral; zentrale Harmonisierungskompetenz	dezentral	dezentral
<b>Modell 5b</b> (Abwandlung von Modell 5a)	dezentral; zentrale Harmonisierungskompetenz	dezentral; zentrale Revisionsgerichte oder erstinstanzliche Gerichte in Spezialfällen	dezentral; zentrale Behörden in Spezialfällen bzw. zur Koordination

## II. Modellbildung und Analyse

### 1. Systeme mit nur einer Kompetenzebene

Zunächst lässt sich also an Idealmodelle denken, die nur einer Ebene strafrechtsbezogene Zuständigkeiten zuweisen. *Sieber*<sup>717</sup> spricht insoweit von „Einebenenmodellen“, was daraus herzuleiten ist, dass es ihm nicht, wie hier, um politische Mehrebenensysteme, sondern um „strafrechtliche Mehrebenensysteme“ geht, von welchen er die Modelle mit nur einer Kompetenzebene folgerichtig abgrenzt. Im Rahmen dieser Arbeit wurde ein etwas anderer Ansatz gewählt, welcher sich am politischen Konzept des Mehrebenensystems orientiert.<sup>718</sup> Insoweit ist Voraussetzung eines hier zu betrachtenden Modells, dass es eine Kompetenzverteilung im politischen Mehrebenensystem darstellt, welches auch dann erhalten bleibt, wenn Strafrechtskompetenzen lediglich einer Ebene zugewiesen werden.

#### a) Ausschließlich zentrale Kompetenz

Als Modell 1a ist es denkbar, dass sämtliche Kompetenzen ausschließlich auf der zentralen Ebene angesiedelt sind. Diese verfügt dann über die ausschließliche Gesetzgebungskompetenz im Hinblick auf Strafrecht und Strafprozessrecht und kann somit ein einheitliches materielles Recht sowie für das Gesamtsystem gültige Ver-

717 Zu diesem Begriff *Sieber*, ZStW 121 (2009), 1, 25.

718 Siehe zur Unterscheidung der Ansätze bereits oben 1. Kapitel B. V.

fahrensregeln, staatliche Eingriffsbefugnisse und Beschuldigtenrechte festlegen. Ferner ist in diesem Fall die Gerichtsbarkeit von der Zentrale aus organisiert, sodass eine einheitliche Rechtsprechung gesichert ist. Schließlich erfolgt auch die Strafverfolgung durch zentral gesteuerte Behörden, welche ohne weiteres die Grenzen zwischen den dezentralen Ebenen überschreiten, Festnahmen durchführen und Beweise erheben können.

Dieses System dürfte insbesondere in Zentralstaaten anzutreffen sein. In den hier untersuchten Rechtsordnungen findet es sich nicht. Zwar hat Kanada die Gesetzgebung im Strafrecht zentral angeordnet, dies gilt jedoch nicht für den Gesetzesvollzug.<sup>719</sup> Rechtsprechung und Strafverfolgung werden von den Provinzen vorgenommen, wenngleich immerhin ein zentrales Gericht als höchste Revisionsinstanz fungiert. Zudem können auch die Provinzen „Quasi-Strafgesetze“ zur Absicherung ihrer Normen erlassen.<sup>720</sup> Eine ähnliche Situation ist faktisch auch in Deutschland eingetreten, auch hier obliegen Strafgerichte und Strafverfolgung aber, von einzelnen Zuständigkeiten des Bundes abgesehen, grundsätzlich den Ländern.

Ein rein zentrales Modell hat Vorteile im Hinblick auf die Effektivität des Schutzes der zentralen Interessen, Rechtsgüter und Werte sowie die Ahndung von grenzüberschreitenden Straftaten.<sup>721</sup> Die Rechtslage ist einheitlich, sodass keine lokalen Schlupflöcher bestehen, die es Straftätern ermöglichen, aus einem sicheren Bereich heraus Taten zu begehen, die sich im Gesamtsystem auswirken.<sup>722</sup> Zudem können die Interessen, Institutionen, Finanzmittel, Werte und politischen Ziele der zentralen Ebene durch diese selbst ohne weiteres mit Strafsanktionen bewehrt werden, Normkollisionen können erst gar nicht entstehen. Diese Effektivitätsvorteile wurden hinsichtlich der Gesetzgebung schon für das kanadische und das deutsche System herausgestellt.<sup>723</sup> Bei diesem ersten Idealmodell kommen jedoch ferner zentrale Rechtsprechung und zentraler Vollzug hinzu. Jegliche Nachteile, die sich für die Strafverfolgung aus der dezentralen Allokation von Zuständigkeiten ergeben können, wie etwa Jurisdiktionskonflikte bzw. fehlende Zuständigkeit und Zugriffsrechte, spielen hier also keine Rolle, sodass es sich durch eine noch größere Effektivität als die föderalen Systeme Deutschlands und Kanadas auszeichnet. Allerdings muss das rein zentrale Modell im Bereich lokaler Kriminalität auf die Erprobung alternativer Lösungsstrategien verzichten, was generell als Vorteil dezentraler Kompetenz empfunden wird und gegebenenfalls diesbezüglich auch zu gewissen Effektivitätssteigerungen führen kann.<sup>724</sup>

719 Siehe oben 3. Kapitel C. I.

720 Siehe oben 3. Kapitel C. I.

721 Vgl. auch *Sieber*, ZStW 121 (2009), 1, 44, im Hinblick auf supranationale Lösungsmodelle.

722 Vgl. zu diesem Problem als kriminalpolitischer Hintergrund der strafrechtsbezogenen EU-Kompetenzen *Vogel*, in: *Grabitz/Hilf/Nettesheim*, 51. EL 2013, Art. 83 AEUV Rn. 10.

723 Siehe oben 5. Kapitel C. II. 2. und 5.

724 Siehe oben 5. Kapitel A.

Im Hinblick auf das Kriterium der Rechte der Beschuldigten bringt dieses Modell wiederum Vorteile, da es Rechtssicherheit gewährleistet, allgemeingültige Rechte und entsprechenden Rechtsschutz garantiert sowie ein *Forum Shopping* weitgehend unsinnig werden lässt und eine doppelte Strafverfolgung zentral verhindern kann.<sup>725</sup> Zwar ist zu bedenken, dass bei größeren Systemen auch eine zentral organisierte Strafverfolgung und Gerichtsbarkeit sich in lokalen Einheiten untergliedern müsste. So sind etwa in den USA in jedem Einzelstaat zentrale Bundesgerichte und Bundesbehörden anzufinden.<sup>726</sup> Dennoch gehen diese nach Bundesrecht vor und unterstehen einer oberen Bundesgerichtsbarkeit, welche die Auslegung der Vorschriften steuert.

Daneben sind aber auch Probleme dieses Modells anzusprechen. Die Vorteile einer (föderalen) Aufteilung von Kompetenzen sowohl im Hinblick auf die demokratische Mitbestimmung als auch hinsichtlich der Wahrung lokaler Eigenheiten<sup>727</sup> entfallen hier nämlich gänzlich. Dies kann als Nachteil hinsichtlich der Kriterien „Demokratie“ und „Vielfalt“ verstanden werden.

So findet im gänzlich zentralen System zumindest im Hinblick auf das eingriffsintensive Strafrecht keine Parzellierung der Macht zum Schutz von Freiheitsrechten im Sinne einer vertikalen Gewaltenteilung<sup>728</sup> statt, welche der Vermeidung von Tyrannei dienen soll<sup>729</sup> und einerseits durch eine Aufteilung von Gesetzgebungskompetenzen, andererseits aber immerhin durch einen dezentralen Vollzug erfolgen kann.<sup>730</sup> Die Einzelstaaten verfügen in diesem Modell vielmehr über gar keine strafrechtsbezogenen Machtbefugnisse. Zudem können sich abweichende lokale Eigenheiten hier im demokratischen Prozess viel weniger durchsetzen, da sie erst eine Mehrheit auf der Gesamtebene erreichen müssen.<sup>731</sup> Daher gibt es für die Einzelnen auch keine Möglichkeit, innerhalb des Gesamtsystems eine liberalere Rechtsordnung zu wählen.<sup>732</sup> Handelt es sich um ein sehr großes Gebiet, so sind ferner die Partizipationsmöglichkeiten der Einzelnen stark abgeschwächt,<sup>733</sup> was der Responsivität der Politik insgesamt hinderlich sein kann.

725 Vgl. auch *Sieber*, ZStW 121 (2009), 1, 44, im Hinblick auf supranationale Lösungsmodelle.

726 Insgesamt bestehen 94 untere Gerichtsbezirke (districts) des Bundes; vgl. *Reinbacher*, Das Strafrechtssystem der USA, S. 116. In jedem *district* ist ein Staatsanwalt des Bundes (U.S. Attorney) zuständig für Strafverfolgung und Anklagen nach Bundesrecht; siehe dazu auch oben 3. Kapitel B. II. 2. b).

727 Siehe dazu oben 5. Kapitel A.

728 *Benz*, Politik in Mehrebenensystemen, S. 14; *Herzog/Grzeszick*, in: Maunz/Dürig, 69. EL 2013, Art. 20 IV Rn. 20; *Lauffer/Münch*, S. 30 f.; *Starck*, in: Härtel, Hdb. Föderalismus I, § 1 Rn. 6; *Stern*, Staatsrecht I, S. 658; *Zippelius*, Allg. Staatslehre, § 39 I 4.

729 Dazu *Reinbacher*, Das Strafrechtssystem der USA, S. 42; *Stone/Seidman/Sunstein/Tushnet/Karlan*, S. 168 f.; vgl. zu diesem Aspekt auch *Stern*, Staatsrecht I, S. 658 f.; skeptisch *Riker*, S. 140 f.

730 Zum freiheitsschützenden Charakter dezentralen Vollzuges vgl. *de Tocqueville* (1835), 2. Band, 10. Kap., Reclam-Ausgabe, S. 161; vgl. auch *Sieber*, ZStW 121 (2009), 1, 47.

731 Zu diesem föderalen Aspekt *Herzog/Grzeszick*, in: Maunz/Dürig, 69. EL 2013, Art. 20 IV Rn. 26 f.; *Lauffer/Münch*, S. 31; siehe ferner bereits oben 5. Kapitel B. II. 1.

732 Zu diesem föderalen Aspekt *Stone/Seidman/Sunstein/Tushnet/Karlan*, S. 166.

733 Zu diesem Vorteil föderaler Systeme *Lauffer/Münch*, S. 28; *Simeon*, 8 Queen's L.J. 131, 151 (1982/83); ferner bereits oben 5. Kapitel A.

Es darf allerdings nicht vergessen werden, dass das System, wie bereits angeführt, für eine große Effektivität der Politik und auch der Strafverfolgung sorgt. Zuweilen wird aus diesem Grund sogar die Auffassung vertreten, dass ein großes System insgesamt demokratischer sei als ein kleines, da es über bessere Problemlösungskapazitäten verfüge.<sup>734</sup> Dann muss jedoch sicher gestellt sein, dass auch auf der zentralen Ebene eine hinreichende Struktur demokratischer Selbstbestimmung existiert.<sup>735</sup> Andernfalls wären die Nachteile aus demokratischer Sicht gravierend. Wurden etwa in der EU in der Vergangenheit Strafrechtsnormen primär in der „Dritten Säule“ und damit von der Exekutive intergouvernemental beschlossen, so war eine solchermaßen organisierte abgeschwächte Mitbestimmung<sup>736</sup> nicht ausreichend für eine umfassende Allokation sämtlicher Strafrechtskompetenzen auf der zentralen Ebene.<sup>737</sup>

Auch können in diesem System lokale Unterschiede im Hinblick auf das Strafrecht nicht berücksichtigt werden, d.h. sofern in den dezentralen Ebenen teilweise andere Anschauungen vorherrschen als im Gesamtverbund, können diese sich weder in der Gesetzgebung noch in der Strafverfolgung ausdrücken. In diesem Bereich geht also eine Diversität und Pluralität des Rechts verloren. Dies muss aber nur dann ein Nachteil dieses Systems sein, wenn nicht ohnehin, wie etwa im Deutschen Reich nach der Reichsgründung im Jahr 1871, die Förderung einer einheitlichen Kultur und das enge Zusammenwachsen des Staates die politische Agenda bilden. Das Strafrecht kann dann sogar eine besondere integrative Funktion erfüllen.<sup>738</sup>

Zusammengefasst ist ein solches System vorteilhaft im Hinblick auf Effektivität bei nicht ausschließlich lokalen Sachverhalten und die Sicherung der Rechte der Beschuldigten, da einheitliche Gesetze und Verfahrensstandards gelten, nachteilig jedoch hinsichtlich der demokratischen Entfaltungsmöglichkeiten sowie der Vielfalt auf dezentraler Ebene. Daraus lassen sich verschiedene Schlüsse im Hinblick auf die Anwendungsvoraussetzungen eines solchen Modells ziehen. Erstens muss das Mehrebenensystem auch auf der zentralen Ebene über ausreichende demokratische Strukturen verfügen, innerhalb welcher auch eine hinreichende Identifikation der Bürgerinnen und Bürger mit dem Gesamtgebilde gegeben ist. In diesem Fall kann auch in einem großen System demokratische Selbstbestimmung funktionieren. Im Hinblick auf das Strafrecht, welches zentral gesetzt wird, müsste dann also auch ein Konsens auf der Gesamtebene über die einzelnen Normen erzielbar sein. Dies setzt nicht unbedingt eine monokulturelle Ausprägung oder „Homogenität“ voraus, wie sie heute wohl in kaum einem westlichen Einwanderungsland mehr

734 Vgl. *Habermas*, Zur Verfassung Europas, S. 51.

735 Vgl. auch *Sieber*, ZStW 121 (2009), 1, 44, im Hinblick auf supranationale Lösungsmodelle; siehe ferner bereits oben 5. Kapitel B.

736 *Habermas*, Zur Verfassung Europas, S. 50 f.

737 Vgl. etwa *Schünemann*, ZIS 2007, 535; siehe zu der aus diesem Grunde ablehnenden Meinung in der strafrechtlichen Literatur bereits oben 2. Kapitel C. IV. 2. c) aa).

738 *Sieber*, ZStW 103 (1991), 957, 976.

vorzufinden ist,<sup>739</sup> aber doch immerhin einen gewissen allgemeinen Wertekonsens. Zweitens darf die Diversität zwischen den einzelnen im Bund vereinigten Kulturen nicht zu groß sein und die Bürgerinnen und Bürger dürfen sich den Einzelstaaten nicht zu stark verbunden fühlen, denn sonst erscheint ein allzu zentrales System auf die Dauer kaum vermittelbar.<sup>740</sup> Ein System wird kompetenzmäßig desto zentraler organisiert sein, je geringer die kulturellen und sprachlichen Divergenzen sind.<sup>741</sup> Zudem darf nicht vergessen werden, dass es bei der Kompetenzverteilung um Macht geht. Daher dürfen die dezentralen Ebenen nicht auf ihrer „Souveränität“ beharren, um ein solches Modell möglich zu machen. Politisch starke und autarke Staaten werden sich nur widerwillig in ein rein zentrales System einfügen.<sup>742</sup> Ein politisches System, das sich dem Grundsatz der Subsidiarität verschrieben hat, wird Modell 1a schwerlich anwenden können, da der Nachweis erbracht sein müsste, dass die untere Ebene sowohl im Hinblick auf die Rechtssetzung als auch den Vollzug nicht in der Lage wäre, sämtliche auf das Strafrecht bezogenen Aufgaben gleich effektiv zu erfüllen. Schließlich könnte man bezweifeln, ob besonders große Gebiete, wie etwa die EU, sich für eine ausschließlich zentrale Organisation der Strafverfolgung eignen.

#### b) Ausschließlich dezentrale Kompetenz

Diametral entgegengesetzt lässt sich als Modell 1b die rein dezentrale Kompetenz. Hier erlassen die dezentralen Ebenen ihr Strafrecht jeweils selbst, sodass es vom Recht der anderen gleichstufigen Kompetenzträger stark abweichen kann. Auch die Gerichtsbarkeit und Strafverfolgung organisieren die Einzelstaaten in diesem Modell selbst und vollstrecken ihr Recht vom Grundsatz her völlig unabhängig von den anderen Gliedstaaten. Rechtsgüter der zentralen Ebene sowie ihre Interessen und Werte können strafrechtlichen Schutz daher ausschließlich durch die Einzelstaaten erhalten, der Bund muss sich vollständig auf sie verlassen und hat keine Handhabe in Form von Kompetenzen, um Anweisungen zu erteilen.

Überschreiten Straftaten oder Straftäter Grenzen zwischen den Einzelstaaten, so ist die Strafverfolgung auf die freiwillige Kooperation der Gliedstaaten angewiesen, die in Form traditioneller Rechtshilfe erfolgt und von einer Vielzahl an Voraussetzungen abhängig gemacht werden kann. *Sieber*<sup>743</sup> bezeichnet diese Systeme als „Kooperationsmodelle“, sofern und weil die Einzelstaaten im Hinblick auf grenz-

739 Siehe oben 2. Kapitel C. III. 3. b) aa).

740 Generell *Riker*, S. 108; siehe auch oben 5. Kapitel B. II. 3.

741 *Watts*, in: *Majeed/Watts/Brown*, S. 324.

742 Vgl. auch *Sieber*, ZStW 121 (2009), 1, 44 f.

743 *Sieber*, ZStW 121 (2009), 1, 17 ff., 28 ff.

überschreitende Kriminalität hier kooperieren müssen, worunter beispielsweise auch die klassische Rechtshilfe fällt.<sup>744</sup>

Das Strafrechtssystem der USA wird häufig als ein Modell bezeichnet, in welchem „das Strafrecht“ einzig in den Verantwortungsbereich der Einzelstaaten falle.<sup>745</sup> Tatsächlich ist es nach der verfassungsmäßigen Grundordnung zunächst einmal Sache der Gliedstaaten, denn das Konzept der U.S. Constitution schreibt nur diesen eine umfassende Polizeimacht zu. Gleichwohl hat der Bund dort inzwischen eine parallel operierende eigenständige Strafrechtsordnung etabliert,<sup>746</sup> sodass diese Einschätzung heute in dieser Pauschalität nicht mehr zutreffend ist.

Im Vereinigten Königreich von Großbritannien und Nordirland setzen Schottland und Nordirland ihr Strafrecht selbst und vollziehen es auch selbstständig, sodass getrennte Jurisdiktionen bestehen.<sup>747</sup> Gleichwohl lässt sich auch dieses System aus verschiedenen Gründen nicht dem Modell 1b zuordnen. Denn erstens bleibt Westminster nach der Doktrin der Parlamentssouveränität von Verfassungen wegen allgemein auch in diesen Gebieten zuständig, kann zweitens in den durch die *devolution* nicht übertragenen Bereichen weiterhin tätig werden, drittens auch in anderen Feldern mit Zustimmung der dezentralen Parlamente Gesetze für diese Landesteile erlassen, ist viertens das für England und überwiegend auch für Wales im Strafrecht zuständige Parlament, und fünftens operieren mit dem Supreme Court of the U.K. im Hinblick auf Nordirland ein zentrales Revisionsgericht und mit SO-CA bzw. NCA auch eine im Gesamtstaat zuständige zentrale Polizei. Die EU beruht zwar vom Grundsatz her auf diesem Modell 1b, hat es aber inzwischen durch zahlreiche Rechtssetzungskompetenzen der zentralen Ebene ergänzt, durch welche diese entweder selbst Strafrechtsnormen erlassen oder aber jedenfalls die Mitgliedstaaten zur Rechtssetzung anweisen kann.<sup>748</sup> Daher ist letztlich keines der hier untersuchten Modelle einer rein dezentralen Kompetenz verschrieben.

In Modell 1b stehen sich die Einzelstaaten wie im internationalen Rechtsverkehr gegenüber. Positiv wirkt es sich in den Punkten aus, die beim rein zentralen Modell problematisch erscheinen, nämlich im Hinblick auf die Kriterien „Demokratie“ und „Vielfalt“. So verhindert die dezentrale Allokation so gewichtiger Kompetenzen wie den auf das Strafrecht bezogenen die Konzentration von Macht in der zentralen Ebene.<sup>749</sup> In der Dezentralisation manifestiert sich zudem ein Schutz von Minderheiten, die sich im Gesamtsystem gegenüber der dort herrschenden Auffas-

744 Sieber, ZStW 121 (2009), 1, 17.

745 So etwa *Constitutional Law Group*, S. 421; Hogg, S. 535; Jackson/Tushnet, S. 933; Monahan, S. 333; Watts, S. 198.

746 Dazu Reinbacher, Das Strafrechtssystem der USA, S. 53 ff., 86 ff.; siehe ferner bereits oben 3. Kapitel B. II. 1. b).

747 Siehe oben 3. Kapitel D. I.

748 Siehe noch unten 6. Kapitel A.

749 Dazu Reinbacher, Das Strafrechtssystem der USA, S. 42; Stone/Seidman/Sunstein/Tushnet/Karlan, S. 168 f.; vgl. bereits oben 5. Kapitel A.

sung nicht durchsetzen könnten.<sup>750</sup> Ferner gewährleistet das Modell 1b in höherem Maße eine Responsivität der Entscheidungen, da diese bürgernah getroffen werden.<sup>751</sup> Auch müssen sich hier wesentlich kleinere Gruppen auf den strafrechtlichen Rechtsgüterschutz verständigen, was leichter möglich sein dürfte.<sup>752</sup> Insgesamt wird den Einflussmöglichkeiten der Bürgerinnen und Bürger in kleinerem Rahmen stärker Rechnung getragen.<sup>753</sup>

Auch die Vielfalt der Einzelstaaten im Hinblick auf ihre jeweiligen strafrechtlichen Grundentscheidungen wird durch dezentrale Gesetzgebung, Rechtsprechung und Vollzug gewahrt. So zeigen sich etwa im Strafrecht der Gliedstaaten der USA, der Mitgliedstaaten der EU, aber auch im schottischen und englischen/walisischen Recht, teilweise deutliche Unterschiede.<sup>754</sup> Darin können sich divergierende Auffassungen hinsichtlich der Strafwürdigkeit eines Verhaltens oder der angemessenen diesbezüglichen Sanktionen, aber auch abweichende dogmatische Strukturen, manifestieren. Bestehen die Einzelstaaten besonders auf ihrer territorialen „Souveränität“, so wird dieser politischen Forderung nach Macht jedenfalls im Rahmen des Strafrechts besonders Rechnung getragen, denn sie verfügen in diesem Modell innerhalb ihres Territoriums über umfassende Kompetenzen und das Gewaltmonopol bei der Strafverfolgung.<sup>755</sup> Auch jegliche Kooperation im Verfahren beruht auf ihrer Entscheidung.

Gerade deshalb bringt eine rein dezentrale Anordnung der Kompetenz jedoch im Hinblick auf das Kriterium „Effektivität“ auch gewichtige Nachteile mit sich.<sup>756</sup> Zwar ermöglicht Modell 1b Experimente mit verschiedenen Lösungen, welche der Entwicklung effektiver und effizienter Konzepte auch im Hinblick auf die Kriminalitätsbekämpfung im lokalen Bereich dienlich sein können.<sup>757</sup> Bezüglich des strafrechtlichen Schutzes der Rechtsgüter der zentralen Ebene sowie bei grenzüberschreitenden Sachverhalten bestehen aber gewichtige Hindernisse. Oben<sup>758</sup> wurde herausgearbeitet, dass durch die Förderung der Effektivität der Politik auch

750 Vgl. *Herzog/Grzeszick*, in: Maunz/Dürig, 69. EL 2013, Art. 20 IV Rn. 26 f.; *Lauffer/Münch*, S. 31.

751 *Simeon*, 8 Queen's L.J. 131, 151 (1982/83); siehe auch oben 5. Kapitel B. II. 1. sowie die Hintergründe föderaler Kompetenzverteilung oben 5. Kapitel A.

752 *Simeon*, 8 Queen's L.J. 131, 151 (1982/83).

753 Siehe auch schon oben 5. Kapitel C. II. 1.

754 Zu Unterschieden im Strafrecht der Gliedstaaten der USA vgl. *Reinbacher*, Das Strafrechtssystem der USA, S. 127 ff.; siehe ferner bereits oben 3. Kapitel B. II. 1. a); zur Eigenständigkeit des schottischen Rechts vgl. *R. v. Manchester Stipendiary Magistrate, Ex parte Granada Television Ltd.*, (2001) 1 AC 300, 304; *Cubie*, S. 4 ff.; *Gee*, in: Hazell/Rawlings, S. 253; siehe ferner bereits oben 3. Kapitel D. II. 1. a); zu Beispielen der Divergenzen im Recht der Mitgliedstaaten im Hinblick auf die Bekämpfung des Subventionsbetruges vgl. *Bacigalupo*, in: Dannecker, Subventionsbetrug, S. 148 ff.; *Gröbblinghoff*, S. 35; zu Unterschieden in den Strafrechtsordnungen siehe außerdem KOM (2012), 363 endg., S. 3 f., sowie bereits oben 4. Kapitel B. I. 1.

755 Zu diesem Vorteil *Sieber*, ZStW 121 (2009), 1, 28.

756 *Sieber*, in: Delmas-Marty, Corpus Juris, S. 2; *ders.*, in: *Sieber/Brüner/Satzger/v. Heintschel-Heinegg*, Einführung Rn. 206.

757 *Sieber*, ZStW 121 (2009), 1, 28; siehe auch schon allgemein oben 5. Kapitel A.

758 Oben 5. Kapitel B. II. 1. und 5. Kapitel B. II. 2.

dem Demokratieprinzip entsprochen wird, denn demokratische Volksherrschaft ist nicht mehr möglich, wenn sie nichts bewirken kann. Insofern ist ein Sachverhalt, welcher der Lösungskapazität des Staates entgleitet, auch als Verlust an demokratischer Gestaltungsmacht zu werten.<sup>759</sup> Im Übrigen besteht die Gefahr, dass aus Gründen der Effektivierung der Strafverfolgung Vereinbarungen zwischen den Staaten auf vertraglicher Ebene getroffen werden, sodass vermehrt die Exekutive tätig wird, während entsprechende Regelungen auf der zentralen Ebene nicht durch ein gewähltes Parlament getroffen werden können, da dieses nicht über strafrechtsbezogene Kompetenzen verfügt. Aus diesen Gründen ist ein rein dezentrales Modell auch aus demokratischer Sicht nicht uneingeschränkt positiv zu bewerten.

In Modell 1b können zudem insbesondere Probleme bei grenzüberschreitenden Delikten entstehen. Denn einerseits können Strafbarkeitslücken bestehen, sodass Kriminelle sich die Rechtsordnung wählen können, in der sie sanktionslos operieren können, während ihre Taten sich auch grenzüberschreitend im Gesamtsystem auswirken.<sup>760</sup> Andererseits werden auch eine Kooperation der Strafverfolgungsbehörden sowie die gegenseitige Anerkennung von Entscheidungen oder die Auslieferung von Straftätern deutlich erschwert,<sup>761</sup> da die Strafverfolgung an die territorialen Grenzen der „souveränen“ Einzelstaaten stößt und auf das Instrument der zwischenstaatlichen Rechtshilfe angewiesen ist, etwa im Hinblick auf die Auslieferung von Straftätern oder die Übergabe von Beweismitteln.<sup>762</sup>

Die klassische Rechtshilfe<sup>763</sup> ist jedoch – insbesondere bei einer Betonung der territorialen Souveränität der Einzelstaaten – umständlich und langwierig<sup>764</sup> bzw. in manchen Fällen gar nicht von Erfolg gekrönt.<sup>765</sup> So beruht etwa die Auslieferung im internationalen Recht auf den Prinzipien der Gegenseitigkeit und der beiderseitigen Strafbarkeit und kann aus verschiedenen Gründen verweigert werden,<sup>766</sup> so z.B. im Hinblick auf eigene Staatsangehörige (vgl. § 2 IRG) oder bei politischen Delikten (vgl. § 6 IRG). Auch in den USA bestanden in der Vergangenheit in Bezug

759 So insbesondere *Zürn*, S. 233 f.

760 Vgl. auch *Vogel*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, 51. EL 2013, Art. 83 AEUV Rn. 10.

761 Vgl. die Erläuterungen der Motive zum Corpus Juris, in: Delmas-Marty, Corpus Juris, S. 14.

762 Vgl. zu daraus resultierenden Schwierigkeiten der Strafverfolgung die Hinweise der Kommission, Grünbuch zum Schutz der finanziellen Interessen der Europäischen Gemeinschaften und zur Schaffung einer Europäischen Staatsanwaltschaft, KOM (2001) 715 endg., S. 15; vgl. ferner die Erläuterungen der Motive zum Corpus Juris, in: Delmas-Marty, Corpus Juris, S. 14.

763 Siehe dazu etwa statt Vieler *Lagodny*, in: Sieber/Brüner/Satzger/v. Heintschel-Heinegg, § 31; *Schomburg/Lagodny/Gleß/Hackner*, in: dies., Einleitung Rn. 25 ff.

764 Vgl. *Perron*, ZStW 112 (2000), 202, 205; *Sieber*, in: Delmas-Marty, Corpus Juris, S. 2; *ders.*, in: Sieber/Brüner/Satzger/v. Heintschel-Heinegg, Einführung Rn. 206; *Wasmeier*, ZStW 116 (2004), 320; vgl. auch Erwägungsgrund (5) des Rahmenbeschlusses 2002/584/JI des Rates vom 13.6.2002 über den Europäischen Haftbefehl und die Übergabeverfahren zwischen den Mitgliedstaaten, ABl. 2002 Nr. L 190, S. 1.

765 Vgl. die Ausführungen im von der Kommission vorgelegten Grünbuch zum Schutz der finanziellen Interessen der Europäischen Gemeinschaften und zur Schaffung einer Europäischen Staatsanwaltschaft, KOM (2001) 715 endg., S. 15.

766 *Lagodny*, in: Sieber/Brüner/Satzger/v. Heintschel-Heinegg, § 31 Rn. 32 ff.; *Schomburg/Lagodny/Gleß/Hackner*, in: dies., Einleitung Rn. 25 ff.; vgl. auch *Sieber*, ZStW 121 (2009), 1, 29.

auf die Auslieferung von Straftätern zwischen den Einzelstaaten teilweise große Hindernisse.<sup>767</sup>

Dies gilt auch für die kleine Rechtshilfe, die grundsätzlich auf ähnlichen Prinzipien aufbaut und in Modell 1b wiederum von der Entscheidung der Einzelstaaten bzw. entsprechenden bilateralen Vereinbarungen abhängig ist. Hier kann eine zentrale Steuerung, wie etwa durch § 167 GVG oder die ss. 136 ff. CJPO Act 1994, für Abhilfe sorgen, was in Modell 1b jedoch ausgeschlossen ist. Es kommen höchstens Staatsverträge in Betracht, bei deren Vereinbarung und Umsetzung die Einzelstaaten indes frei sind.

Ferner ist auf Grund der Variationen der Rechtsordnungen sowie des geringeren Interesses der Einzelstaaten<sup>768</sup> ein einheitlicher Schutz von Rechtsgütern der zentralen Ebene nicht ausreichend gewährleistet.<sup>769</sup> Diese muss hinsichtlich des strafrechtlichen Schutzes ihrer Interessen, Finanzmittel und Institutionen sowie bei der Durchsetzung ihrer Politik und Ziele auf die Mitgliedstaaten vertrauen.<sup>770</sup> Zwar ließe sich daran denken, dass in Modell 1b der zentralen Ebene immerhin Rechtssetzungsbefugnisse im Hinblick auf Ordnungswidrigkeiten zustehen könnten. Diese Abwandlung von Modell 1b bliebe weiterhin ein „Einebenensystem“<sup>771</sup> im Hinblick auf das Kriminalstrafrecht im engeren Sinne, es fände jedoch eine Aufteilung der Kompetenzen nach der Art der Sanktion statt.<sup>772</sup> Dennoch wäre der zentralen Ebene der wirksamere strafrechtliche Schutz ihrer Rechtsgüter verwehrt. Letztlich stellen sich bezüglich der Rechtsgüter der zentralen Ebene ähnliche Probleme wie bei der grenzüberschreitenden Kriminalität, denn bei den Straftaten zu Lasten der Rechtsgüter des Bundes handelt es sich per se um länderübergreifende Sachverhalte. Die territoriale Begrenztheit der Strafverfolgung und die dadurch notwendige Kooperation einer Vielzahl unterschiedlicher Rechtssysteme mit divergierenden materiellen und prozessualen Regeln kann zu „Fristverzögerungen, Prozessverschleppung und nicht zuletzt Straffreiheit“<sup>773</sup> führen. Geht es um den Schutz von Rechtsgütern der zentralen Ebene oder gar um die Durchsetzung ihrer Ziele, so dürfte die Bereitschaft der Einzelstaaten zum Ergreifen wirksamer Maßnahmen aber noch schwächer ausgeprägt sein als bei der gewöhnlichen grenzüberschreitenden Kriminalität, denn bei Letzterer geht es auch um die Durchsetzung des eigenen Strafanspruches, an welchem die Einzelstaaten ein größeres Interesse haben dürften als hinsichtlich desjenigen der zentralen Ebene.

767 Dazu ausführlich *Reinbacher*, Das Strafrechtssystem der USA, S. 156 ff.; *Wolfe*, 5 Am. J. of Crim. Justice 25 (1980); siehe auch oben 5. Kapitel C. II. 2.

768 Vgl. *Sieber*, in: *Sieber/Brüner/Satzger/v. Heintschel-Heinegg*, Einführung Rn. 209.

769 Vgl. *Satzger*, Europäisierung, S. 328.

770 *Callies*, ZEuS 2008, 3, 16; *Hecker*, Europ. Strafrecht, § 7 Rn. 1; *Satzger*, Intern. und Europ. Strafrecht, § 9 Rn. 26.

771 *Sieber*, ZStW 121 (2009), 1, 25.

772 Zu diesem Modell *Sieber*, ZStW 121 (2009), 1, 46.

773 KOM (2001) 715 endg., S. 16.

Nachteile können sich daneben auch für die Rechtsstaatlichkeit und insbesondere die Rechte der Beschuldigten ergeben.<sup>774</sup> Zunächst ist eine Rechtssicherheit in geringerem Maße gewährleistet, da ein Flickenteppich unterschiedlicher Strafnormen besteht und eine einseitige Festlegung des Strafanwendungsrechts seitens der Einzelstaaten möglich ist, sodass den Einzelnen auch eine unvorhergesehene Strafbarkeit treffen kann.<sup>775</sup> Wird gegen ihn im Ausland ermittelt oder wird er an das Ausland ausgeliefert, so besteht ferner die Gefahr einer Absenkung der prozessualen Standards, da diese nicht einheitlich festgelegt werden können. Dies gilt insbesondere, wenn zwischen den dezentralen Ebenen eine engere Kooperation angestrebt wird, wie etwa im Rahmen der EU durch die Prinzipien der gegenseitigen Anerkennung von Entscheidungen oder der Verfügbarkeit von Beweisen. So kann es sein, dass sich Staaten bei der Strafverfolgung unterstützen, obwohl die betreffende Tat im Heimatstaat des Täters gar nicht oder viel milder bestraft wird, oder dass Beweise auf eine Art und Weise erlangt werden, die dort gar nicht zulässig gewesen wäre.<sup>776</sup> Auch stellt sich bei grenzüberschreitenden Ermittlungen die Frage des ausreichenden Rechtsschutzes.<sup>777</sup>

Des Weiteren sind *Forum Shopping* und doppelte Strafverfolgung<sup>778</sup> oder gar Bestrafung möglich, wenn sie nicht zentral ausgeschlossen werden können, sondern jeder Einzelstaat auf seiner autonomen Rechtssetzungsmacht beharrt. Auch hier kann auf das Beispiel der USA verwiesen werden, wo beide Phänomene, d.h. sowohl die Auswahl der passenden Rechtsordnung als auch die doppelte Strafverfolgung durch zwei Einzelstaaten, wegen der „*Dual Sovereignty Doctrine*“ möglich sind.<sup>779</sup> Eine Vermeidung solcher Doppelbestrafungen hängt dort von entsprechenden Verboten in den Einzelstaaten ab, welche diese aber (nur) teilweise normiert haben.<sup>780</sup> Eine zentrale Regelung scheidet in Modell 1b ebenso aus wie die Etablierung einheitlicher Verfahrensrechte. Sollen die Rechte der Beschuldigten nicht preisgegeben werden, spricht viel gegen eine ausufernde Kooperation der Behörden. Auch im internationalen Rechtsverkehr dienen Hindernisse der Rechtshilfe zunehmend nicht mehr ausschließlich der Souveränität der Staaten, sondern dem

774 Siehe zu den Nachteilen der „Kooperationsmodelle“ für die Beschuldigten *Sieber*, ZStW 121 (2009), 1, 28 ff.

775 *Gleß*, ZStW 116 (2004), 353, 361.

776 *Sieber*, ZStW 121 (2009), 1, 29.

777 *Sieber*, ZStW 121 (2009), 1, 11.

778 Zur EU siehe die Ausführungen der Kommission, Grünbuch zum Schutz der finanziellen Interessen der Europäischen Gemeinschaften und zur Schaffung einer Europäischen Staatsanwaltschaft, KOM (2001) 715 endg., S. 15.

779 Vgl. *Abbate v. United States*, 359 U.S. 187 (1959); *Bartkus v. Illinois*, 359 U.S. 121 (1959); *Heath v. Alabama*, 474 U.S. 82 (1985); vgl. zur Kritik in der US-amerikanischen Literatur ABA Report, S. 28; *Abrams/Beale/Klein*, S. 96 ff.; *Beale*, Am. U. L. Rev. 747, 770 ff. (2005); *Reimbacher*, Das Strafrechtssystem der USA, S. 181; siehe dazu bereits oben 3. Kapitel B. III. 3.

780 *Reimbacher*, Das Strafrechtssystem der USA, S. 182 f. Eine Aufzählung der betreffenden Einzelstaaten findet sich bei *LaFave*, S. 325, Fn. 27; *Stuckenberg*, S. 40, Fn. 205.

Schutz der Beschuldigten.<sup>781</sup> Ein rein dezentrales System befindet sich damit in einem Dilemma:<sup>782</sup> Es muss entweder auf Effektivität der Strafverfolgung oder auf Beschuldigtenrechte und Rechtsstaatlichkeit verzichten, sofern es, mangels zentraler Regelungsbefugnis, nicht gelingt, in umständlichen (Staats-)Verträgen zwischen den Einzelstaaten entsprechende Vorgaben zu schaffen.

Zum Schutze der Einzelnen bleiben aber immerhin Schranken in der zentralen Gesamtverfassung möglich. So können bestimmte Rechtsgrundsätze sowie Grund-, Menschen- und Beschuldigtenrechte konstitutionell verankert werden. Wie in staatlichen Systemen kommen auch in der EU, in welcher die Mitgliedstaaten im Wesentlichen frei sind bei der Gestaltung ihrer Strafrechtsordnungen, Beschränkungen durch die EU-Verträge und die darin verankerten Grundfreiheiten, Grundrechte und allgemeinen Rechtsgrundsätze zum Tragen.<sup>783</sup> Diese können sich auch als Grenzen der Kooperation auswirken, allerdings nur als Mindestrechte.<sup>784</sup> Notwendig erscheint dann aber ein zentrales Gericht, das diese sichert. Wird ein solches geschaffen, so bestünden zwar keine zentralen Strafgerichte, wohl aber ein Verfassungsgericht zum Schutz der Beschuldigten. Bestehen solche nicht, so bliebe es den Gerichten Einzelstaaten überlassen, entsprechende Rechtsakte am Maßstab der eigenen Grundrechte zu überprüfen.

Zusammengefasst ist dieses Modell diametral entgegengesetzt dem zuerst genannten Modell 1b ausgestaltet, sodass es sich auch hinsichtlich seiner Vor- und Nachteile genau spiegelverkehrt auswirkt. Es hat durch seine dezentrale Ausgestaltung positive Auswirkungen auf eine demokratische Responsivität und lokale Vielfalt, kann aber in grenzüberschreitenden Fällen und hinsichtlich der Rechtsgüter und Interessen der zentralen Ebene keine hinreichende Effektivität gewährleisten und bringt auch für die vom Verfahren Betroffenen größere Einbußen mit sich.

Als Anwendungsvoraussetzungen des Modells 1b ließe sich festhalten, dass es sich um ein politisches System handeln wird, in dem die Einzelstaaten über viel Macht verfügen und zu deren Erhalt besonders auf ihrer Unabhängigkeit bestehen. Auch wird es kaum in einem Nationalstaat im Sinne des Deutschen Reiches von 1871 funktionieren, in dem wegen der starken nationalen Verbundenheit eine starke Tendenz zur Vereinheitlichung bestand. Vielmehr sind starke Loyalitäten der Bürgerinnen und Bürger mit der dezentralen Ebene erforderlich. Das Gesamtsystem darf auch insgesamt (noch) nicht zu stark integriert sein, denn bei einer immer engeren Zusammenarbeit, offenen Grenzen, gemeinsamer Wirtschaft und zentra-

781 *Lagodny*, in: Sieber/Brüner/Satzger/v. Heintschel-Heinegg, § 31 Rn. 18; *Schünemann*, ZIS 2007, 528, 532; *Sieber*, ZStW 121 (2009), 1, 29.

782 *Sieber*, ZStW 121 (2009), 1, 30.

783 Siehe bereits oben 4. Kapitel C. I. 3.; zu den allgemeinen Rechtsgrundsätzen und ihrer Beschränkungswirkung siehe auch *Hugger*, S. 85 f.; *Satzger*, Europäisierung, S. 177 ff.

784 *Hecker*, Europ. Strafrecht, § 12 Rn. 61; *Satzger*, StV 2003, 137, 141.

len Interessen, Institutionen, Werten und Zielen wird sich zunehmend die Frage nach dem strafrechtlichen Schutz derselben stellen. In diesem Fall dürfte das System auch nicht am Subsidiaritätsprinzip<sup>785</sup> orientiert sein, denn obgleich dieses zunächst einmal für eine dezentrale Zuständigkeit streiten mag, verlangt es doch auch nach einer Verlagerung von Kompetenzen zur Steigerung der Handlungsfähigkeit<sup>786</sup> bei Sachverhalten, die von den Gliedstaaten nicht ausreichend bewältigt werden können.<sup>787</sup>

## 2. Systeme mit einer funktionellen Aufteilung der Kompetenzen

Die beiden soeben betrachteten Modelle haben keine Aufteilung der strafrechtsbezogenen Kompetenzen auf verschiedene Ebenen vorgesehen, sondern diese jeweils nur einer Ebene zugeordnet. Die folgenden Modelle sind insofern „strafrechtliche Mehrebenenmodelle“<sup>788</sup> als sie tatsächlich eine Kompetenzverteilung im Hinblick auf das Strafrecht beinhalten. Hierbei lässt sich als erstes an eine Aufteilung der Gewalten denken,<sup>789</sup> sodass Gesetzgebung und Gesetzesvollzug, also *jurisdiction to prescribe* und *jurisdiction to enforce*,<sup>790</sup> auseinander fallen. Daraus ergeben sich verschiedene Kombinationsmöglichkeiten, je nachdem ob zusätzlich zwischen Gerichtsbarkeit und Strafverfolgungsbehörden unterschieden und welcher der beiden Ebenen die Gesetzgebungszuständigkeit zugewiesen wird.

### a) Grundmodell: zentrale Gesetzgebung, dezentrale Strafverfolgung und Gerichte

So kann als Grundmodell 2a die Gesetzgebung bei der zentralen Ebene liegen, während der Gesetzesvollzug und die Rechtsprechung den Einzelstaaten zukommen. Vom Grundsatz her findet sich dieses Modell in Kanada, in gewissem Maße auch in Deutschland,<sup>791</sup> verwirklicht. Denn die kanadische Verfassung weist in s. 91 (27) Constitution Act 1867 die exklusive legislative Autorität im Hinblick auf das Strafrecht und das Strafprozessrecht („*The Criminal Law [...] including the Procedure in Criminal Matters*“) der zentralen Ebene zu, während den Provinzen nach s. 92 (14) Constitution Act 1867 die Verfolgungszuständigkeit zukommt.<sup>792</sup>

785 Siehe dazu oben 2. Kapitel C. IV. 1. g).

786 *Habermas*, Zur Verfassung Europas, S. 50; *Pernice*, AöR 136 (2011), 185, 207.

787 *Calliess*, in: *Calliess/Ruffert*, Art. 5 EUV Rn. 20; *Uerpmann-Witzack*, in: v. Münch/König, Art. 23 Rn. 23.

788 So das terminologische Verständnis von *Sieber*, ZStW 121 (2009), 1, 24; siehe zur Abgrenzung zum hier verwendeten Begriff des Mehrebenensystems oben 1. Kapitel B. V.

789 Dazu *Sieber*, ZStW 121 (2009), 1, 47.

790 Vgl. auch das US-amerikanische Restatement (Third) of Foreign Relations Law § 401 (1987), worin nach *jurisdiction to prescribe*, *jurisdiction to adjudicate* und *jurisdiction to enforce* differenziert wird; zur Unterscheidung vgl. auch *Tiedemann*, NJW 1993, 23, 24; *ders.*, FS Roxin, 2001, S. 1403; *Vogel*, in: *Dannecker*, Subventionsbetrug, S. 172; siehe auch bereits oben 4. Kapitel B. II. 2. a).

791 *Sieber*, ZStW 121 (2009), 1, 47.

792 Siehe oben 3. Kapitel C. I.

In Deutschland hat sich die konkurrierende Gesetzgebung inzwischen durch umfassende Kodifizierung von Straf- und Strafprozessrecht nahezu zu einer reinen Bundeszuständigkeit gewandelt, der Gesetzesvollzug und die Rechtsprechung obliegen aber weiterhin überwiegend den Ländern.<sup>793</sup>

Gleichwohl weichen die Rechtsordnungen dieser beiden Staaten vom Grundmodell in verschiedener Hinsicht ab. Erstens sehen beide mit dem BGH (lediglich im Deutschen Reich fand sich bis zur Einrichtung des RG im Jahr 1877 ein vergleichbares Modell rein dezentraler Gerichtsbarkeit bei überwiegender Reichsgesetzgebung<sup>794</sup>) und dem Supreme Court of Canada ein oberstes Revisionsgericht des Bundes vor. Zudem verfügen beide Staaten auch über Bundesbehörden, die in bestimmten Fällen die Ermittlungen übernehmen oder gar Anklage erheben können. In Kanada sind etwa StA und Polizei des Bundes zuständig für die Verfolgung von Straftaten nach Bundesrecht außerhalb des Strafgesetzbuches und einige Straftaten des Strafgesetzbuches. Zweitens können in beiden Staaten auch die Länder und Provinzen in unterschiedlichem Umfang strafrechtsbezogene Bestimmungen erlassen, sodass insofern *de facto* selbst in Kanada keine ausschließliche Bundeszuständigkeit für die Rechtssetzung besteht. Dennoch erscheint es als ein in föderalen Systemen häufig gewähltes Modell, Bundesgesetze durch die dezentrale Ebene vollziehen zu lassen.<sup>795</sup> Das deutsche System, das diesen Ansatz verfolgt, ist aus diesem Grunde schon oft als „Verwaltungsföderalismus“<sup>796</sup> bezeichnet worden.

Das Grundmodell 2a mit zentraler Gesetzgebung bei dezentraler Gerichtsbarkeit und dezentralem Vollzug baut auf Modell 1a<sup>797</sup> auf. Denn die besonders gewichtige Funktion der Rechtssetzung bleibt dem Bund erhalten. Damit lässt es sich auch ausgehend von diesem Modell bewerten. So teilt es zunächst die Vorteile des rein zentralen Modells im Hinblick auf die Effektivität des Schutzes der zentralen Rechtsgüter sowie die Ahndung von grenzüberschreitenden Straftaten.<sup>798</sup> Auch hier bleibt die Rechtslage durch die einheitliche Normierung im Wesentlichen im Gesamtgebiet gleich. Auch die Interessen, Rechtsgüter, Werte und politischen Ziele der zentralen Ebene können hier durch diese mit Strafsanktionen versehen werden, Normkollisionen entstehen nicht.

Allerdings werden diese Vorteile durch den dezentralen Vollzug und die dezentrale Rechtsprechung geschmälert, denn die Einzelstaaten können nun eine ganz unterschiedliche Auslegung der Gesetze vornehmen oder sie gar nicht anwenden

793 Siehe oben 3. Kapitel A. I. 1.

794 Siehe oben 3. Kapitel A. I. 2. b).

795 *Watts*, in: *Majeed/Watts/Brown*, S. 329 f. Nach *Anderson*, S. 38, fallen Gerichtsbarkeit und Polizei in Föderationen aber „normalerweise [in die] gemeinsame Zuständigkeit“ von Bund und Einzelstaaten.

796 *Zippelius/Würtenberger*, § 14 Rn. 17; vgl. auch *Laufer/Münch*, S. 88: „Exekutivföderalismus“; *Starck*, in: *Härtel*, Hdb. Föderalismus I, § 1 Rn. 22 „Administrativföderalismus“; siehe auch oben 3. Kapitel A. I. 1.

797 Oben 5. Kapitel D. II. 1. a).

798 Siehe oben 5. Kapitel D. II. 1. a).

oder eine abweichende Einstellungs- und Verfolgungspraxis betreiben, sodass letztlich doch lokale Schlupflöcher entstehen können.<sup>799</sup> Auch kann die Sanktionspraxis abweichen.<sup>800</sup> Der Schutz der Rechtsgüter der zentralen Ebene ist daher hier unsicherer, da sie auch bei Erlass entsprechender Gesetze darauf angewiesen bleibt, dass diese möglichst effektiv ausgelegt und durchgesetzt werden. Hat sie keine Revisions- oder sonstige Überprüfungsbefugnis, so kann sie auf die Gerichtspraxis nicht einwirken, es sei denn, es besteht immerhin – wie in der EU – die Möglichkeit eines Vertragsverletzungsverfahrens<sup>801</sup> im Sinne der Art. 258 ff. AEUV oder eine Vorlagepflicht im Hinblick auf die Auslegung der zentralen Vorschriften, so wie der EuGH etwa gemäß Art. 267 Abs. 1 lit. b) AEUV im Vorabentscheidungsverfahren alleine zuständig ist für die Auslegung von Rechtsakten der EU.<sup>802</sup> Auch bei grenzüberschreitenden Straftaten können die oben<sup>803</sup> beschriebenen Probleme dezentraler Organisation von Rechtsprechung und Strafverfolgung entstehen, da die Jurisdiktion der Gerichte und Behörden territorial begrenzt ist, sodass diese grundsätzlich auf eine Kooperation angewiesen sind. Die Ausführung der Gesetze durch die dezentrale Ebene kann jedoch – bei lokal geprägten Sachverhalten – auch Effektivitätsvorteile mit sich bringen, indem diese die zentral für das Gesamtgebilde geschaffenen Gesetze den lokalen Gegebenheiten anpassen kann.<sup>804</sup> Ferner ist es ein entscheidender Pluspunkt dieses dritten Modells gegenüber einer rein dezentralen Allokation der Zuständigkeiten im Sinne von Modell 1b, dass die Zentrale durch Vorschriften wie etwa § 167 GVG oder die ss. 136 ff. CJPO Act 1994 die Zusammenarbeit steuern kann. Sie kann genau festlegen, welche Rechte den Behörden der Einzelstaaten zustehen und wie die Kooperation ablaufen soll. Auch Jurisdiktionskonflikte zwischen den dezentralen Behörden können durch zentrale Regelungen vermieden werden.

Ähnliches gilt aus der Sicht des Kriteriums der Rechtsstaatlichkeit und der Beschuldigtenrechte. Der dezentrale Vollzug lässt, wie dargestellt,<sup>805</sup> gewisse Gefahren für die betroffenen Bürger entstehen. Aber auch diese lassen sich durch die zentrale Gesetzgebung ausgleichen. So entstehen geringere Probleme bei der Anerkennung von Entscheidungen beim Zugriff auf Beweise, wenn diese ihre Grundlage in einem identischen Verfahrensrecht haben. Auch wird ein *Forum Shopping* wesentlich unattraktiver, wenn ohnehin vor sämtlichen Gerichten nach demselben Prozessrecht verhandelt wird.<sup>806</sup> Schließlich kann durch zentrale Regelungen auch

799 Vgl. *Kreß*, ZStW 116 (2004), 445, 453: Mit der Setzung europäischen Strafrechts seien „die Würfel im Hinblick auf die Strafverfolgungsebene noch nicht gefallen“.

800 *Zieschang*, ZStW 113 (2001), 255, 268, weist insoweit auf das Nord-Süd-Gefälle in Deutschland hin.

801 Siehe oben 4. Kapitel C. I. 2.

802 *Wegener*, in: *Calliess/Ruffert*, Art. 267 AEUV Rn. 9; vgl. dazu auch *Schramm*, JZS 2010, 615, 619.

803 Oben 5. Kapitel D. II. 1. b).

804 *Watts*, in: *Majeed/Watts/Brown*, S. 329.

805 Oben 5. Kapitel D. II. 1. b).

806 Vgl. *Sieber*, ZStW 121 (2009), 1, 30 f., im Hinblick auf die Harmonisierung.

eine Doppelbestrafung ausgeschlossen werden. Insgesamt wird durch die einheitliche Rechtslage eine größere Rechtssicherheit gewährleistet, welche allerdings durch die Möglichkeit unterschiedlicher Auslegungs- und Verfolgungspraxis reduziert wird. Da hier nur die Strafrechtsbefugnisse erörtert werden, ist zudem keine Aussage darüber getroffen, ob die zentral gesetzten Verfahrensrechte, soweit sie etwa aus Grundrechten resultieren, nicht auch durch ein zentrales Verfassungsgericht geschützt werden könnten, d.h. auch wenn nur dezentrale Strafgerichte existieren, kann dennoch eine zentrale Verfassungsgerichtsbarkeit eingesetzt sein, wie es etwa in Kanada der Fall ist.

Damit sind die Vorteile der zentralen Gesetzgebung im Hinblick auf die Kriterien „Effektivität“ und „Beschuldigtenrechte“ auch hier vorhanden, jedoch in Teilen durch den dezentralen Vollzug etwas abgeschwächt. Auf der anderen Seite kann der dezentrale Vollzug aber auch die Nachteile von Modell 1a im Hinblick auf die beiden anderen Kriterien partiell reduzieren. Diese äußerten sich erstens in der geringeren Responsivität der zentralen Politik und zweitens in den Einbußen an lokaler Vielfalt.<sup>807</sup> Hier kann nun der dezentrale Gesetzesvollzug größere Bürgernähe gewährleisten.<sup>808</sup> So hat schon *de Tocqueville*<sup>809</sup> den freiheitsschützenden Charakter eines dezentralen Vollzuges herausgestellt.<sup>810</sup> Darin liegt immerhin auch eine vertikale Machtteilung.<sup>811</sup> Gleichwohl sollte nicht übersehen werden, dass gerade die Gesetzgebung besonders wichtig für die demokratische Selbstbestimmung und das Parlament regelmäßig das am unmittelbarsten demokratisch legitimierte Staatsorgan ist. Daher ist ein entsprechender demokratietheoretischer Nachteil in diesem Modell auch nur abgeschwächt, nicht aber beseitigt, und könnte höchstens durch eine direkte Wahl der Strafverfolgungsorgane, wie in den USA üblich, verbessert werden. Die Wahlmöglichkeiten der Einzelnen, unter welchen strafrechtspolitischen Wertungen sie leben möchten, sind hier insgesamt deutlich stärker beschränkt als im dezentralen Modell 1b.

Aus demselben Grund sind auch die auf das Strafrecht bezogenen kulturellen Eigenheiten und die strafrechtspolitische Gestaltungsmacht der Einzelstaaten hier ähnlich wie in Modell 1a nahezu vollständig beseitigt. Wem es um Diversität geht, wird dies als Nachteil begreifen. Ist hingegen ohnehin eine möglichst große Einheitlichkeit angestrebt, so ist die Nivellierung der Unterschiede gerade erwünschte Folge der Kompetenzverteilung. Auf das Beispiel des Deutschen Reiches von 1871 wurde in diesem Zusammenhang schon verwiesen.<sup>812</sup> Das Recht sollte hier verein-

807 Siehe oben 5. Kapitel D. II. 1. a).

808 Siehe bereits oben 5. Kapitel C. II. 1. im Hinblick auf Deutschland und Kanada.

809 *de Tocqueville* (1835), 2. Band, 10. Kap., Reclam-Ausgabe, S. 161; darauf weist auch *Sieber*, ZStW 121 (2009), 1, 47, hin.

810 Vgl. auch *Bumgarner*, S. 3, der insbesondere die leichtere Überprüfbarkeit und Zugänglichkeit der Polizeibehörden hervorhebt; siehe auch *Reinbacher*, Das Strafrechtssystem der USA, S. 201.

811 Zu diesem föderalen Aspekt bereits oben 5. Kapitel A.

812 Siehe oben 5. Kapitel D. II. 1. b).

heitlich werden, während die Landesfürsten ihre Macht immerhin als für den Vollzug zuständige Exekutive wahren konnten.<sup>813</sup> In Rechtsordnungen, die auf dem *common law* basieren, kommt im Übrigen der Rechtsprechung diesbezüglich noch ein wesentlich größeres Gewicht zu, da auch sie neben dem Gesetzgeber Recht „finden“ kann.<sup>814</sup> So hat das *common law* z.B. in einigen Gliedstaaten der USA<sup>815</sup> oder in Schottland<sup>816</sup> noch große Bedeutung und zur Eigenart der jeweiligen Rechtsordnung entscheidend beigetragen.

Geht es den Einzelstaaten besonders um ihre territoriale „Souveränität“, so behalten sie in Modell 2a innerhalb ihres Territoriums immerhin die Hoheitsrechte bei der Strafverfolgung.<sup>817</sup> Allerdings müssen sie auf die von *Bodin*<sup>818</sup> als wichtigstes Merkmal der Souveränität identifizierte Funktion der Gesetzgebung verzichten, sodass ihre Macht diesbezüglich deutlich eingeschränkt ist.

Wegen dieser herausragenden Bedeutung der Gesetzgebung entsprechen die Vor- und Nachteile des Modells zusammengefasst im Wesentlichen denjenigen von Modell 1a. Es ist hinsichtlich „Demokratie“ und „Vielfalt“ mangels dezentraler Rechtssetzungsbefugnisse recht schwach ausgestaltet, was durch die dezentrale Rechtsdurchsetzung nur partiell verbessert wird. „Effektivität“ bezüglich überregionaler Belange wird durch die zentrale Gesetzgebung gewährleistet, sofern Abweichungen bei Rechtsprechung und Strafverfolgung möglich sind, wird sie jedoch geschmälert, da eine einheitliche Anwendung des Rechts nicht gewährleistet ist. Das Gleiche gilt für das Kriterium „Beschuldigtenrechte“, da *Forum Shopping*, Doppelbestrafung oder Divergenzen bei der Übermittlung von Beweisen durch zentrale Gesetze vermieden werden.

Daher orientieren sich auch die Anwendungsvoraussetzungen an Modell 1a. Insbesondere müssen hinsichtlich der Gesetzgebung ausreichende demokratische Strukturen auf der zentralen Ebene sowie ein allgemeiner Wertekonsens zur Verständigung über die Strafnormen vorhanden sein. Ferner ist ein viel ausgeprägteres Einheitsgefühl als bei Modell 1b nötig, damit die Bürgerinnen und Bürger sich mit der Willensbildung auf der zentralen Ebene zufrieden geben und nicht auf einer abweichenden Gesetzgebung auf einzelstaatlicher Ebene bestehen. Daher sollten auch die kulturellen Unterschiede sowie die Machtansprüche der Gliedstaaten bzw. die Verbundenheit der Einzelnen mit den Einzelstaaten auch hier nicht zu groß sein. Im Gegensatz zu Modell 1a verbleibt den Gliedstaaten aber mehr Macht, denn sie verfügen immerhin über die alleinige Vollzugszuständigkeit und das Gewaltmonopol. Die dezentrale Allokation der Rechtsprechung und Strafverfolgung bietet

813 Siehe oben 3. Kapitel A. I. 2. b).

814 Dazu ausführlich *Fletcher/Sheppard*, S. 15 ff.

815 Zur Bedeutung des *common law* in den USA *Re*, 15 St. Thomas L. Rev. 265, 267 ff.

816 Zur Bedeutung des *common law* in Schottland *Cubie*, S. 3; *Ferguson/McDiarmid*, S. 107.

817 Zu diesem Vorteil *Sieber*, ZStW 121 (2009), 1, 28.

818 *Bodin* (1576), Buch I, 8. Kap., S. 141, Reclam-Ausgabe, S. 31 f., Buch I, 10. Kap., S. 223, Reclam-Ausgabe, S. 43; siehe auch oben 2. Kapitel IV. 1. a).

sich gerade bei flächenmäßig sehr großen Systemen an, da dann keine Zentralverwaltung in einem riesigen Gebiet operieren muss.

*b) Abwandlung: Ergänzung durch zentrale Gerichte*

Die Nachteile von Modell 2a<sup>819</sup> an Effektivität im Hinblick auf den strafrechtlichen Schutz der Rechtsgüter der zentralen Ebene, die daraus resultierten, dass die Auslegung der zentralen Gesetze vollständig den lokalen Gerichten überlassen war, lassen sich durch eine Abwandlung des Modells beseitigen, indem nun ein zentrales Gericht installiert wird, dem gewisse höchstrichterliche Funktionen zukommen (Modell 2b). Dies kann erstens eine Revisionszuständigkeit sein, wie sie in Deutschland dem BGH und in Kanada dem Supreme Court of Canada zusteht. Beide Staaten haben das Modell 2a also entsprechend ergänzt. Schon § 136 Nr. 2 GVG 1877 hatte das RG als höchste und letzte Revisionsinstanz in Strafsachen gegen Urteile der Strafkammern in erster Instanz, insoweit nicht die Zuständigkeit der Oberlandesgerichte begründet war, sowie gegen Urteile der Schwurgerichte eingesetzt,<sup>820</sup> was, wie auch die nach Art. 95 Abs. 1 GG, § 135 GVG vorgesehene Zuständigkeit des BGH als Revisionsgericht, der Wahrung der gewünschten Rechtseinheit diente.<sup>821</sup>

Daneben können dem Bundesgericht zweitens aber z.B. auch erstinstanzliche Zuständigkeiten in bestimmten Fällen zukommen. So war gemäß § 136 Nr. 1 GVG 1877 das RG auch für die Untersuchung und Entscheidung in erster und letzter Instanz in den Fällen des Hoch- und Landesverrates, insofern diese Verbrechen gegen den Kaiser oder das Reich gerichtet waren, zuständig.<sup>822</sup> Auch in den Fällen der heutigen Zuständigkeit des OLG nach Art. 96 Abs. 5 GG, § 120 GVG, also insbesondere für Staatsschutzdelikte wie Friedens-, Hoch- und Landesverrat, sowie für Straftaten nach dem VStGB und schwere Straftaten, deren Verfolgung der GBA übernommen hat, handelt es sich grundsätzlich um eine Bundesgerichtsbarkeit, welche nur auf die Länder übertragen und durch diese ausgeübt werden kann.<sup>823</sup> Bis zur Einführung der Bestimmung im Jahr 1969<sup>824</sup> war der BGH selbst in erster Instanz zuständig gewesen.<sup>825</sup> Für die EU ist bereits die Forderung nach einem Strafgericht für Fälle der Strafbarkeit von EU-Amtsträgern erhoben worden,

819 Siehe dazu oben 5. Kapitel D. II. 2. a).

820 Siehe oben 3. Kapitel A. I. 2. b).

821 *Ipsen*, Staatsrecht I, § 12 Rn. 694; *Jachmann*, in: Maunz/Dürig, 69. EL 2013, Art. 95 Rn. 17.

822 Siehe oben 3. Kapitel A. I. 2. b).

823 *Jachmann*, in: Maunz/Dürig, 69. EL 2013, Art. 96 Rn. 56; *H. Mayer*, in: KK StPO, § 142a GVG Rn. 1.

824 Durch das Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes vom 26.8.1969, BGBl. I S. 1357.

825 Siehe dazu oben 3. Kapitel A. II. 2. a).

weil die Union die Kontrolle ihrer Machtausübung sicherstellen müsse und die Aburteilung durch nationale Gerichte nicht sachgerecht sei.<sup>826</sup>

Es kommt drittens aber auch eine zentrale Zuständigkeit für die Auslegung der Bundesvorschriften in Betracht, wie sie etwa Art. 267 AEUV für den EuGH vorsieht. Dies ist keine Revisionszuständigkeit, durch welche ein untergerichtetes Urteil kassiert werden kann, sondern eine Vorabzuständigkeit, die gleichwohl ebenfalls der Einheitlichkeit der Auslegung des zentralen Rechts dient.<sup>827</sup> Wegen der Verfahrensverzögerung und der Abhängigkeit von einer Vorlage durch die Mitgliedstaaten ist sie allerdings Kritik ausgesetzt<sup>828</sup> und erscheint als weniger effektiv als die unmittelbare Zuständigkeit im Instanzenzug.

Diese Abwandlung der Kompetenzverteilung verschiebt das Modell 2b in Richtung des Bundes, der nun nicht nur die Gesetze erlässt, sondern auch deren Interpretation maßgeblich beeinflusst. Damit nähert es sich Modell 1a weiter an, sodass sich die Effektivität hinsichtlich des strafrechtlichen Schutzes der zentralen Interessen gegenüber Modell 2a noch verstärkt. Lediglich dann, wenn die Einzelstaaten unwillig sind, die zentralen Strafbestimmungen auch tatsächlich durchzusetzen, bleiben Probleme der Effektivität bestehen, weil die Gliedstaaten weiterhin für den Vollzug sowie für die Einleitung der Verfahren zuständig bleiben. Auch eine Revisionskompetenz greift schließlich nur dann, wenn eine untere Instanz überhaupt verhandelt hat. Auch hinsichtlich des Kriteriums der „Beschuldigtenrechte“ werden gegenüber Modell 2a durch die zentrale Rechtsprechung Verbesserungen erzielt, da die Rechtssicherheit weiter erhöht und ein *Forum Shopping* durch eine einheitliche Revisionszuständigkeit noch unattraktiver wird.

Auf der anderen Seite verstärken sich aber auch die Nachteile hinsichtlich des Kriteriums „Vielfalt“, denn die kulturellen Unterschiede werden noch weiter nivelliert und das System insgesamt angeglichen. Die Gliedstaaten büßen dadurch weitere Machtbefugnisse ein und die Steuerung der wesentlichen Entscheidungen entfernt sich weiter von der dezentralen Ebene. Selbst in auf dem *common law* basierenden Systemen ist die Veränderung des Rechts durch die dezentrale Rechtsprechung deutlich reduziert, wenn letztlich doch ein Bundesgericht entscheiden kann. Sofern die Revisionszuständigkeit, wie regelmäßig, aber auf schwere Delikte beschränkt ist, bleiben immerhin Einflussmöglichkeiten in den Feldern der leichteren Kriminalität. Hinsichtlich „Demokratie“ und „Bürgernähe“ gilt das zu Modell 2a Gesagte. Die vertikale Gewaltenteilung wird jedoch noch weiter verringert und der Bund gestärkt.

826 Schönemann, ZStW 116 (2004), 376, 379; vgl. ferner den Vorschlag eines Art. III-264a zum VVE, in: Schönemann, Alternativentwurf, S. 22; zustimmend Vogel, ZStW 116 (2004), 400, 413 f.

827 Zuleeg, NJW 2000, 2846, 2847.

828 Vgl. dazu Vogel, in: Tiedemann, Freiburg-Symposium, S. 96.

Daher entsprechen auch die Anwendungsvoraussetzungen zwar grundsätzlich Modell 2a, verlangen aber eine noch engere Einordnung der Einzelstaaten in den Gesamtverband, da ihre Entfaltungsmöglichkeiten weiter beschnitten werden.

*c) Abwandlung: Ergänzung durch zentrale Strafverfolgungsbehörden*

Ferner kann daran gedacht werden, zusätzlich zu den Bundesgerichten oder anstatt derselben (auch) Bundesbehörden einzurichten, die in bestimmten Fällen die Strafverfolgung übernehmen (Modell 2c). Man kann Modell 2c als weitere Ergänzung zu Modell 2b verstehen oder es eigenständig formulieren, indem nur Strafverfolgungsbehörden des Bundes, nicht aber Gerichte desselben bestehen. Grundsätzlich gilt hier das zu Modell 2b Gesagte. Auch das Modell 2c stellt im Vergleich zu Grundmodell 2a eine noch weitergehende Zentralisierung des Gesamtsystems dar, was, wie bereits dargestellt,<sup>829</sup> der Praxis in Deutschland und Kanada entspricht. Denn sowohl Deutschland als auch Kanada, welche beide vom Grundsatz her eine Aufteilung zwischen zentraler Gesetzgebung und dezentralem Vollzug vornehmen, haben zentrale Strafverfolgungsbehörden installiert.

Dadurch werden weitere Effektivitätsdefizite im Hinblick auf die Verfolgung von Straftaten, die gegen Rechtsgüter des Bundes gerichtet sind oder eine gesamtstaatliche und/oder grenzüberschreitende Wirkung entfalten, beseitigt. Nimmt man ferner an, dass diese Bundesbehörden, wie in Deutschland, nur bestimmte, den Gesamtstaat betreffende Straftaten behandeln, so sind die Einbußen bzgl. der Bürgernähe des Vollzuges durch die Einzelstaaten nicht sehr stark. In Kanada geht diese Kompetenzverlagerung noch etwas weiter. Je nachdem verstärkt sich dadurch der Verlust der (kulturellen) Eigenheiten und Macht der Einzelstaaten.

Zu beachten ist allerdings, dass etwa das BKA im Wesentlichen eine Stelle zur Koordination der Strafverfolgung bei Straftaten mit länderübergreifender, internationaler oder erheblicher Bedeutung, insbesondere zur Sammlung und Auswertung von Daten, bleibt.<sup>830</sup> Ähnliches gilt etwa für Eurojust und Europol. Aus Effektivitätsgründen erscheint eine Koordinierung und Kontrolle der Strafverfolgung der dezentralen Behörden auch durchaus zweckmäßig.<sup>831</sup> Im Einzelfall kann sie sogar verhindern, dass diese untätig bleiben.<sup>832</sup> Ferner wird auch in der EU erwogen, eine EStA einzurichten, die dann auch als Strafverfolgungsbehörde tätig werden könnte, v.a. bei Delikten zu Lasten der EU-Finzen,<sup>833</sup> vgl. Art. 86 Abs. 1

829 Siehe oben 5. Kapitel C. II. 2.; ausführlich außerdem zu Deutschland oben 3. Kapitel A. II. 2. b) bb) und zu Kanada 3. Kapitel C. II. 2. b).

830 Siehe dazu oben 3. Kapitel A. II. 2. b) bb).

831 *Schünemann*, ZStW 116 (2004), 376, 387 f.; *ders.*, ZIS 2007, 528, 534.

832 *Schünemann*, ZStW 116 (2004), 376, 387 f.

833 So auch Art. 12 des Vorschlages der Kommission für eine Verordnung des Rates über die Errichtung der Europäischen Staatsanwaltschaft, KOM (2013) 534 endg., S. 22. Nach Art. 13 soll aber auch eine Zuständigkeit kraft Sachzusammenhanges für andere Delikte bestehen.

AEUV, aber z.B. auch bei Straftaten von EU-Amtsträgern.<sup>834</sup> Diese zentralen Behörden können insbesondere auch die Leitung von gemeinsamen Ermittlungsteams übernehmen.<sup>835</sup> Es ließe sich demnach weiter danach differenzieren, in welchem Umfang die Bundesbehörden tätig werden dürfen, insbesondere ob ihnen eigene exekutive Befugnisse zustehen oder nicht. Wiederum gilt: Je weiter die Kompetenzen des Bundes gehen, desto effektiver können zentrale Rechtsgüter geschützt werden<sup>836</sup> und desto geringer mögen die Nachteile für die Beschuldigten sein, die sich aus einer dezentralen Strafverfolgung ergeben können, desto größer sind jedoch die Einbußen der Einzelstaaten an Macht und lokaler Diversität sowie an Responsivität und Bürgernähe der Hoheitsakte.

Denkt man Modell 2c nicht als weitere Ergänzung zu Modell 2b, sondern lässt es an die Stelle desselben treten, sodass zwar zentrale Verfolgungsbehörden, aber keine Revisionsgerichte des Bundes bestehen, so muss man die bzgl. Modell 2b geschilderten Vorteile an Effektivität und Rechtssicherheit, die durch die einheitliche Rechtsprechung erzielt werden können, abziehen, dafür aber im Gegensatz immerhin die soeben erläuterten Effektivitätsvorteile der partiellen Verfolgungskompetenz addieren. Besteht jedoch in beiden Fällen keine erstinstanzliche Bundesgerichtsbarkeit, so müssen die Bundesbehörden ihre Anklagen jeweils vor den Gerichten der Einzelstaaten erheben, wie es etwa in Kanada geschieht.<sup>837</sup> Durch die zentrale Regelungskompetenz können vertikale Jurisdiktionskonflikte zwischen den Behörden gesetzlich verhindert werden.

Die Anwendungsvoraussetzungen dieses Modells entsprechen dem zu Modell 2a bzw. 2b Ausgeführten, wobei die Einzelstaaten zusätzlich auf ihr Monopol bei der Strafverfolgung verzichten müssen.

#### d) *Abwandlung: Weitere Differenzierung zwischen Rechtsprechung und Strafverfolgungsbehörden*

Natürlich ist es auch denkbar, hinsichtlich der Gewalten weiter zwischen Rechtsprechung und Strafverfolgung zu unterscheiden und diese wiederum verschiedenen Ebenen zuzuweisen. So ließen sich als Modell 2d dem Bund Gesetzgebung und Rechtsprechung, den Gliedstaaten Polizei und StA oder als Modell 2e dem Bund

834 Schönemann, ZStW 116 (2004), 376, 379; *ders.*, ZIS 2007, 528, 534; vgl. ferner den Vorschlag eines Art. III-175 zum VVE, in: Schönemann, Alternativentwurf, S. 20; zustimmend Vogel, ZStW 116 (2004), 400, 413 f.

835 Zu den gemeinsamen Ermittlungsteams in der EU siehe Neumann, in: Sieber/Brüner/Satzger/v. Heintschel-Heinegg, § 44 Rn. 22 f.

836 Vgl. die Argumente der Kommission bzgl. der Einführung einer EStA im Grünbuch zum Schutz der finanziellen Interessen der Europäischen Gemeinschaften und zur Schaffung einer Europäischen Staatsanwaltschaft, KOM (2001) 715 endg., S. 15 ff.; vgl. auch Erwägungsgrund (5) des Vorschlages der Kommission für eine Verordnung des Rates zur Errichtung der Europäischen Staatsanwaltschaft, KOM (2013) 534 endg., S. 10.

837 Siehe dazu oben 3. Kapitel C. II. 2. b).

Gesetzgebung und Vollzug, den Gliedstaaten die Rechtsprechung vollständig zuteilen. Beide Modelle sind zwischen den Modellen 1a und 2a angesiedelt. Modell 2d unterscheidet sich von Modell 1a nur noch durch die dezentrale Zuständigkeit der Strafverfolgungsbehörden, Modell 2e weicht nur im Hinblick auf die dezentral angeordneten Gerichte ab. Daher teilen beide grundsätzlich die Vor- und Nachteile zentraler Gesetzgebung und ergänzen diese jeweils durch die Vorzüge oder Kehrseiten eines dezentralen Vollzuges oder einer dezentralen Rechtsprechung.

Diese sind nun schon mehrfach erläutert worden: Die dezentrale Verfolgungszuständigkeit ist bürgernäher, kann lokalen Verhältnissen angepasst werden und gegebenenfalls einerseits eine partielle Entkriminalisierung durch eine liberalere Einstellungspolitik, andererseits aber auch eine rigidere Strafverfolgung durchsetzen. Dies kann bei lokaler Kriminalität der Effektivität der Bekämpfung nützen, weil in verschiedenen Gegenden andere Strategien Erfolg versprechender sein können. Allerdings kann dadurch wiederum eine Politik des Bundes unterminiert werden, was der effektiven Durchführung seiner Interessen und Ziele hinderlich wäre. In den USA wurde das Bundesstrafrecht u.a. gerade deshalb etabliert, weil die Gründungsväter nicht darauf vertrauen wollten, dass die Gliedstaaten die Bundesinteressen ausreichend vertreten, und die Einzelstaaten sich später, etwa bei der Umsetzung der *Civil Rights*, auch tatsächlich als widerspenstig erwiesen.<sup>838</sup> Die Einzelstaaten können sich durch die dezentrale Rechtsausführung immerhin gewichtige Machtbefugnisse und damit auch eine gewisse Gewaltenteilung sichern. Durch die territoriale Beschränktheit der Strafverfolgungsbehörden können zwar auch Jurisdiktionskonflikte entstehen. Diese lassen sich jedoch durch zentrale gesetzliche Regelungen lösen. Ferner können die Voraussetzungen der Kooperation der einzelstaatlichen Behörden für grenzüberschreitende Sachverhalte per Bundesgesetz geschaffen werden, was wiederum die Effektivität und Effizienz erhöht.

Auch die Beschuldigten genießen im Wesentlichen dieselben Vorteile wie in Modell 1a. Die Rechtssicherheit wird durch die zentralen Vorgaben gefördert, auch gelten in allen Einheiten des Systems dieselben Prozessrechte, sodass ein gleichmäßiger Schutz der Beschuldigten gewährleistet ist. Da in Modell 2d ohnehin nur Bundesgerichte zur Anklage bereit stehen, ergibt ein *Forum Shopping* kaum Sinn, auch wenn es bei einem großen Gesamtterritorium verschiedene Bundesgerichte im lokalen Raum geben muss, da ein einziger zentraler Mammutgerichtshof nicht alle Fälle in sämtlichen Instanzen behandeln könnte. So sind etwa in den USA insgesamt 94 untere Bundesgerichte auf das Gesamtgebiet der Vereinigten Staaten verteilt.<sup>839</sup>

Auch im umgekehrten Fall (Modell 2e), in welchem die Gerichtsbarkeit den Einzelstaaten zugeordnet wird, dem Bund hingegen die Strafverfolgungsbehörden,

838 Vgl. zur historischen Sicht *Hamilton*, The Federalist No. 16; zur *Civil Rights legislation* und den Auswirkungen auf das Bundesstrafrecht *Reinbacher*, Das Strafrechtssystem der USA, S. 62 ff.

839 *Reinbacher*, Das Strafrechtssystem der USA, S. 116.

lässt sich zunächst einmal Modell 1a zu Grunde legen. Hier werden jedoch die Vorzüge einer einheitlichen Gesetzeslage im Hinblick auf Effektivität und Beschuldigtenrechte durch eine divergierende gerichtliche Auslegung geschmälert, wie dies schon im Hinblick auf Modell 2a ausgeführt wurde.<sup>840</sup> Die vom Bund organisierte StA und Polizei dürfte hier zwar zentral entscheiden, welche Prioritäten sie setzen und welche Delikte sie anklagen will,<sup>841</sup> sodass ihr – insbesondere in Systemen mit einem staatsanwaltlichen Ermessen hinsichtlich der Anklageerhebung – eine gewisse Steuerungsmöglichkeit zukommt, sie könnte gleichwohl nicht verhindern, dass die Einzelstaaten mittels der Auslegung durch die Gerichte das gemeinsame Recht zersplittern. In auf dem *common law* basierenden Systemen wäre dies noch verstärkt durch die Rechtsfindungsmöglichkeit. Letztere ließe sich zwar durch einen strengen Gesetzesvorbehalt, d.h. letztlich einen Abschied vom *common law*, vermeiden. Auch dann wäre die Einheitlichkeit des Rechts aber nicht mehr gewährleistet. Die Anpassung an lokale Verhältnisse bringt indessen bei örtlich beschränkter Kriminalität Effektivitätsvorteile und erhöht die Möglichkeit der Bürgerinnen und Bürger auszuwählen, unter welchen Bedingungen sie leben wollen.

Überschätzen sollte man diesen Machtgewinn der Einzelstaaten jedoch nicht. Denn nach der traditionellen Souveränitätslehre von *Bodin*,<sup>842</sup> aber auch dem Verständnis der Parlamentssouveränität,<sup>843</sup> ist das gewichtigste Instrument die Gesetzgebung. Auch die Gerichte können sich letztlich vom Wortlaut der Gesetze nicht entfernen, welcher die Grenze jeder Auslegung bildet. So hat etwa auch der EuGH den Grundsatz der Bestimmtheit von Strafgesetzen als allgemeinen Rechtsgrundsatz des Unionsrechts bezeichnet.<sup>844</sup> Im deutschen Recht bilden im Hinblick auf Art. 103 Abs. 2 GG und § 1 StGB Wortlautgrenze und Analogieverbot die Schranke jeder zulässigen Auslegung zu Lasten des Täters.<sup>845</sup> Die Kriminalpolitik wird also primär vom Gesetzgeber gemacht. Daher gilt auch hier, wie bei sämtlichen Unterarten von Modell 2a, dass die Kriterien der demokratischen Mitbestimmung auf der lokalen Ebene sowie der Wahrung von kulturellen Eigenheiten und Macht der Gliedstaaten aufgrund der ausschließlichen Rechtssetzungsbefugnis des Bundes zurückbleiben.

840 Siehe oben 5. Kapitel D. II. 2. a).

841 Vgl. etwa in den USA die Schwerpunkte der Strafverfolgung des Bundes (*enforcement priorities*); dazu *Reinbacher*, Das Strafrechtssystem der USA, S. 172 ff.

842 *Bodin* (1576), Buch I, 8. Kap., S. 141, Reclam-Ausgabe, S. 31 f., Buch I, 10. Kap., S. 223, Reclam-Ausgabe, S. 43; siehe auch oben 2. Kapitel IV. 1. a).

843 Vgl. zu dieser *Dacey* (1915; Neuaufl. 1982), S. 3 ff.; ferner *Barendt*, S. 86 ff.; *Bradley*, in: Jowell/Oliver, S. 35 ff.; *Leyland*, S. 37 ff.; siehe ferner bereits oben 2. Kapitel A. und 3. Kapitel D. I.

844 EuGH Slg. 1996, I-6609, I-6637 – *Telecom Italia* (Rs. C-74/95 und C-129/95); dazu *Dannecker*, in: LK, § 1 Rn. 33 ff.; *Hecker*, Europ. Strafrecht, § 10 Rn. 48 ff.; *Satzger*, Intern u. Europ. Strafrecht, § 9 Rn. 92.

845 Dazu allgemein BVerfGE 71, 108, 115; BGHSt 4, 144, 148; *Eser/Hecker*, in: Schönke/Schröder, § 1 Rn. 37; *Hassemer/Kargl*, in: NK, § 1 Rn. 78 ff.; *Lackner/Kühl*, § 1 Rn. 6; *Schmitz*, in: MüKo StGB, § 1 Rn. 63; siehe bereits oben 4. Kapitel C. I. 4.

Wiederum sind bei beiden Modellen aber jeweils Abwandlungen möglich, indem, wie im Rahmen der Modelle 2b und 2c bereits diskutiert, einzelne Bundesbehörden oder Gerichte jeweils mit bestimmten Zuständigkeiten ergänzt werden.<sup>846</sup> So kann entweder Modell 2d durch einzelne Bundesbehörden (Modell 2f: zentral: Gesetzgebung, Rechtsprechung und einzelne Strafverfolgungsbehörden; dezentral: allgemeine exekutive Zuständigkeit) oder Modell 2e durch Bundesgerichte mit Spezial- oder Revisionszuständigkeit (Modell 2g: zentral: Gesetzgebung, Strafverfolgung und Revisionsinstanz; dezentral: Rechtsprechung) erweitert werden. Diese Varianten müssen hier nicht mehr ausführlich erläutert werden, da auf die oben getroffenen Untersuchungen verwiesen werden kann: Die zentrale Revisionsinstanz ermöglicht die Wahrung der Einheitlichkeit des Rechts, welche bei rein dezentraler Rechtsprechung gefährdet wäre; zentrale Gerichte und Strafverfolgungsbehörden sichern eine effektive Verfolgung grenzüberschreitender oder den Gesamtverband betreffender Straftaten bei sonstiger Wahrung des dezentralen Vollzugsmonopols.

Anwendbar sind auch diese hier angeführten weiter differenzierten Modelle unter ähnlichen Voraussetzungen wie Modell 2a, da es sich nur um Abwandlungen desselben handelt. Sie bringen jedoch jeweils eine noch stärkere Stellung der zentralen Ebene mit sich, da dort neben der Gesetzgebung eine weitere hoheitliche Gewaltfunktion liegt und nur noch eine Gewalt bei der dezentralen Einheit verbleibt. Sie sind Modell 1a angenähert und erfordern daher eine besonders starke Bindung an den Gesamtverband. Lokale Couleur und Subsidiarität spielen hier keine herausragende Rolle.

#### e) Grundmodell: dezentrale Gesetzgebung, zentrale Strafverfolgung und Gerichte

Man könnte ferner daran denken, das Grundmodell umzudrehen und, von Modell 1b<sup>847</sup> ausgehend, die Gesetzgebung bei den dezentralen Einheiten belassen, die Strafverfolgung und Strafgerichte hingegen zentral zu organisieren. Ein solches Modell 2h oder eine dahingehende Tendenz findet sich in keinem der hier untersuchten Systeme. Höchstens in Einzelbereichen kann es vorkommen, dass in den USA Bundesgerichte und Bundespolizei Delikte des einzelstaatlichen Rechts anklagen.<sup>848</sup> Dies ist dann aber kein allgemeingültiges Prinzip, sondern ein Spezialfall, grundsätzlich gilt vielmehr ein Trennmodell, in dem jede Ebene gesetzgeberisch tätig wird und ihr Recht dann selbst vollzieht.<sup>849</sup>

846 Siehe oben 5. Kapitel D. II. 2. b) und c).

847 Siehe dazu oben 5. Kapitel D. II. 1. b).

848 Dies ist ein höchst komplexes Problem, das hier nicht ausführlich behandelt werden kann; vgl. dazu Bloom/Massey, 79 U. Colo. L. Rev. 381, 405 ff. (2008); Reinbacher, Das Strafrechtssystem der USA, S. 48 ff.

849 Siehe zu den Trennmodellen noch unten 5. Kapitel D. II. 3.

Insgesamt sind dieses Modell 2h und seine jeweiligen Spielarten, die sich wiederum durch eine Differenzierung zwischen Rechtsprechung und Exekutive sowie durch eine Ergänzung der jeweiligen Unterart durch einzelne Bundesbehörden bilden lassen, auch eher als unrealistisch einzustufen. Ein generell zentral organisierter Gesetzesvollzug dürfte ohnehin selten und nur in Zentralstaaten anzutreffen sein, dann aber regelmäßig gepaart mit einer entsprechenden zentralen Gesetzgebungskompetenz, wie in Modell 1a abgebildet.

Für eine zentrale Verfolgungszuständigkeit bei dezentraler Rechtssetzung spricht letztlich auch wenig. Es erscheint schon unpraktikabel, dass eine zentrale Behörde über die Kenntnis sämtlicher Vorschriften aller dem System zugehörigen Einheiten verfügen müsste. Ab einer gewissen Größe des Gebildes müsste sie sich ferner ohnehin dezentral untergliedern, da eine zentrale Organisation kaum effektiv erscheint.<sup>850</sup> Zudem spielt gerade beim Gesetzesvollzug die Bürgernähe eine besondere Rolle. Daher haben auch die hier untersuchten föderalen Systeme Deutschland und Kanada sowie die EU den Gesetzesvollzug regelmäßig den dezentralen Einheiten und allenfalls Einzelbereiche dem Bund zugewiesen.<sup>851</sup> Dies ist bemerkenswert, zumal die kanadische Verfassung bewusst zentralisiert gestaltet wurde und der deutsche Föderalismus schon im Weimarer Staat trotz seiner föderativen Grundordnung einen deutlich unitarischen Charakter hatte.<sup>852</sup> Trotz aller zentripetalen Tendenzen im Hinblick auf die Gesetzgebung blieb in Deutschland ein Verwaltungsföderalismus erhalten. Auch die EU hat sich zunächst über die Bereiche der Rechtssetzung zentralisiert und nicht in der Strafgerichtsbarkeit oder bei der Strafverfolgung.

Schließlich würden eine zentrale Rechtsprechung und ein zentraler Vollzug kaum die damit verbundenen Ziele erreichen können, wenn die Gesetzgebung regional bleibt. Weder könnten sie Rechtssicherheit und gleiche Rechte der Beschuldigten bewirken noch eine höhere Effektivität im Hinblick auf die Rechtsgüter des Gesamtgebildes garantieren, wenn entsprechende Strafnormen, also die Voraussetzungen jeglicher Strafverfolgung und Strafgerichtsbarkeit, seitens der Regionen schlichtweg nicht geschaffen würden. Damit würde dieses System die Nachteile des rein dezentralen Modells 1b im Hinblick auf Effektivität und Beschuldigtenrechte

850 *Anderson*, S. 25.

851 *Anderson*, S. 38, schreibt in seiner Übersicht zur üblichen Kompetenzverteilung in Föderationen im Hinblick auf das Gerichtswesen jedoch „normalerweise gemeinsame oder konkurrierende Zuständigkeit, zuweilen zentral, selten Zuständigkeit der Gliedstaaten“ und hinsichtlich der Polizei „normalerweise gemeinsame Zuständigkeit, zuweilen konkurrierend oder gemeinsam, selten zentrale Zuständigkeit oder Zuständigkeit der Gliedstaaten“. Dies beweist, dass in der Regel eine Aufteilung wie in Deutschland, Kanada oder der EU erfolgt, indem die Gliedstaaten grds. zuständig sind, zentrale Behörden und Gericht hingegen nur besondere Funktionen in bestimmten Fällen erfüllen. In den von ihm als „zuweilen zentral“ bezeichneten Fällen dürfte es sich um Systeme handeln, in welchen dann aber auch die Gesetzgebung zentral erfolgt.

852 *Bauer*, in: Dreier, Art. 20 Rn. 4; *Lauffer/Münch*, S. 61; *Stern*, Staatsrecht V, S. 559, 575, 585; *Zippelius*, Verfassungsgeschichte, S. 131; siehe bereits oben 3. Kapitel A. I. 2. c).

nicht lindern und seine Vorteile, die in der besonderen Bürgernähe und demokratischen Rückbindung bestanden, sogar noch reduzieren.

### 3. Trennmodelle

Der Aufteilung der Kompetenzen nach Staatsfunktionen, wie sie etwa das deutsche System vorsieht, lässt sich idealtypisch das „Trennmodell“<sup>853</sup> des US-amerikanischen Föderalismus entgegensetzen.<sup>854</sup> In einem solchen System wird nicht nach den Funktionen der Gesetzgebung, Rechtsprechung und des Gesetzesvollzuges differenziert, sondern nach Deliktsbereichen. Sowohl die Zentrale als auch die Regionen können hiernach Strafgesetze erlassen und setzen diese sodann selbst mit eigenen Behörden durch. Verfügt ein Staatsteil über die „Jurisdiktion“ über ein Gebiet oder einen bestimmten Bereich, so umfasst diese neben der Gesetzgebung stets auch die anderen Gewalten, also *jurisdiction to prescribe*, *jurisdiction to adjudicate* und *jurisdiction to enforce*,<sup>855</sup> im Strafrecht daher auch Strafverfolgung, Gerichtsbarkeit und Strafvollzug.<sup>856</sup>

In ähnlicher Weise sind auch im Vereinigten Königreich von Großbritannien und Nordirland die drei Jurisdiktionen getrennt, sodass England/Wales, Nordirland und Schottland durch ihre eigenen Parlamente Strafgesetze erlassen und die entsprechenden Straftaten sodann mit eigenen Behörden und Gerichten auch verfolgen und aburteilen.<sup>857</sup> Gleichwohl ist zu beachten, dass Westminster insofern im Hinblick auf England eine Doppelfunktion hat, da England nicht über ein eigenes Parlament verfügt, sodass das zentrale Organ auch für die regionale Einheit tätig wird. Zudem werden zentrale Gesetze, die für den Gesamtstaat gelten, nur in sehr geringem Umfang durch zentrale Behörden durchgesetzt, sondern ebenfalls durch die lokalen Organe. Daher entspricht das System des Vereinigten Königreiches von Großbritannien und Nordirland keineswegs einem reinen Trennmodell.

853 *Lauffer/Münch*, S. 24; *Pernice*, JZ 2000, 866, 873.

854 Vgl. dazu *Pernice*, JZ 2000, 866, 873; *Sieber*, ZStW 121 (2009), 1, 46.

855 Vgl. auch das US-amerikanische Restatement (Third) of Foreign Relations Law § 401 (1987), worin nach *jurisdiction to prescribe*, *jurisdiction to adjudicate* und *jurisdiction to enforce* differenziert wird; zur Unterscheidung vgl. auch *Tiedemann*, NJW 1993, 23, 25; *Vogel*, in: Dannecker, Subventionsbetrug, S. 172.

856 Vgl. zum US-amerikanischen Recht insbesondere *Printz v. United States*, 521 U.S. 898, 921 (1997). So umschreibt der Begriff „*jurisdiction*“ dort jeweils Rechtssetzungs-, Gerichts- und Verfolgungszuständigkeit; vgl. *LaFave*, S. 263; *Reinbacher*, Das Strafrechtssystem der USA, S. 29; *ders.*, DAJV-NL 2011, 50, 51; ferner *Ambos*, Intern. Strafrecht, § 1 Rn. 4; *Werle/Jeßberger*, in: LK, Vor § 3 Rn. 5; siehe bereits oben 3. Kapitel B. I.

857 Siehe oben 3. Kapitel D. I.

a) *Partielle Kompetenzen der zentralen Ebene bei grundsätzlicher Zuständigkeit der Einzelstaaten*

Von diesem idealtypischen Trennmodell ausgehend kommt es für die Bewertung entscheidend darauf an, auf welche Art und Weise die Jurisdiktion aufgeteilt ist. Stehen Modell 1a und Modell 1b im Grunde hier quasi parallel nebeneinander, so lassen sich idealerweise auch die jeweiligen Vorteile kumulieren bzw. die jeweiligen Nachteile ausgleichen. Geht man z.B. davon aus, dass der wesentliche Nachteil des Modells 1a darin lag, dass wichtige Entscheidungen nicht bürgernah getroffen werden, unmittelbare demokratische Mitwirkungsmöglichkeiten reduziert sind, auf lokaler Ebene auch keine Alternativstrategien erprobt werden können und lokale Vielfalt nicht erhalten bleibt, Modell 1b hingegen entscheidende Schwächen im Hinblick auf grenzüberschreitende und die zentrale Ebene betreffende Straftaten hatte, so bietet es sich zunächst an, die Zuständigkeit zwar grundsätzlich bei den dezentralen Einheiten zu belassen, um Bürgernähe und lokale Vielfalt zu gewährleisten, die Bereiche, welche die Handlungskapazitäten der Einzelstaaten übersteigen bzw. eine wesentlich größere Sachnähe zur Zentrale aufweisen, hingegen der Gesamteinheit zuzuweisen, also eine Verteilung nach Effektivitätsgesichtspunkten und Sachzusammenhang vorzunehmen.

Dieser Ansatz liegt letztlich auch dem Subsidiaritätsprinzip<sup>858</sup> zu Grunde, nach welchem der kleineren Einheit grundsätzlich der Vorrang zukommt und Aufgaben nur dann von der zentralen Ebene wahrgenommen werden, wenn sie auf der dezentralen Ebene nicht erfüllt werden können, also deren Leistungsfähigkeit übersteigen,<sup>859</sup> sodass sich die Einzelstaaten zwar im Gesamtverbund zusammenschließen, die Übertragung von Kompetenzen auf die Zentrale jedoch begründungsbedürftig ist.<sup>860</sup> Auch der Sachzusammenhang hat in nahezu sämtlichen Modellen eine entscheidende Rolle gespielt.<sup>861</sup> Geht es um den Schutz der eigenen Rechtsgüter, so steht eine eigenständige Strafgewalt der zentralen Ebene im Raume, die sich mit dem international anerkannten Schutzprinzip, aber auch mit dem Sachzusammenhang und der größeren Sachnähe begründen lässt. Denn wenn es um den Schutz der eigenen Institutionen und Finanzmittel oder die effektive Durchführung der Politik des Bundes geht, können gegebenenfalls Strafnormen erforderlich sein. Dann kann es sich anbieten, die Möglichkeit zum Erlass von Sanktionen jeweils nach dem Schutzprinzip bzw. kraft Sachzusammenhanges derjenigen Ebene einzuräumen, um deren Rechtsgüter es geht oder welche auch die entsprechenden Verhaltensnormen geschaffen hat. Daher soll hier als Modell 3a zunächst einmal davon

858 Siehe dazu oben 2. Kapitel C. IV. 1. g).

859 Calliess, in: Calliess/Ruffert, Art. 5 EUV Rn. 20; Uerpmann-Witzack, in: v. Münch/König, Art. 23 Rn. 23.

860 Benz, Politik in Mehrebenensystemen, S. 31.

861 Siehe bereits oben 5. Kapitel B. II. 2.

ausgegangen werden, dass, wie in den USA, vom Grundsatz her die dezentrale Ebene allgemein zuständig ist, der zentralen Ebene hingegen nur bestimmte Kompetenzen zukommen, die ihre Rechtsgüter, Interessen und Werte sowie grenzüberschreitende Sachverhalte betreffen. Eine solche Verteilung ist an den hier vorgeschlagenen Kriterien orientiert und könnte daher in drei der Kategorien punkten, nämlich im Hinblick auf „Demokratie“, „Effektivität“ und „lokale Vielfalt“. Bei einer solchermaßen ausgerichteten Kompetenzordnung sind dann jedoch wiederum auch die Rechte der Beschuldigten gesondert zu beachten.

Soweit die regionalen Einheiten Strafrecht setzen und es selbst vollziehen, gelten die Vorzüge von Modell 1b.<sup>862</sup> So ist besondere Bürgernähe gewährleistet<sup>863</sup> und regional unterschiedliche Anschauungen über die durch das Strafrecht geschützten Rechtsgüter lassen sich berücksichtigen, was für die Einzelnen die Möglichkeit wahr, ihre Lebensbedingungen zu wählen. Sie haben dadurch zudem im Rahmen der Gesetzgebung höhere demokratische Einflussmöglichkeiten auf der lokalen Ebene. Eine vertikale Gewaltenteilung als Form der Machtbegrenzung,<sup>864</sup> wird durchgängig verwirklicht. Da des Weiteren auch der Vollzug und die Gerichtsbarkeit nach dem Trennprinzip weitestgehend unabhängig bleiben, können die kleinen Einheiten sich im Strafrecht vollständig entfalten und sehr unterschiedliche Ansätze und Werte verfolgen. Dadurch werden etwa auch entsprechende Schwächen des rein zentralen Modells ausgeglichen, welches hier zwar parallel operiert, aber eben nur in Teilbereichen, in denen die Handlungskapazitäten der Regionen nicht ausreichen bzw. die wirksame Durchführung der Politik des Bundes und der Schutz seiner Rechtsgüter nicht gewährleistet sind. Auch dies dient letztlich dem demokratischen Prinzip, weil sich die Lösungskapazitäten erhöhen, sodass ein Zugewinn an demokratischer Handlungsfähigkeit entsteht.<sup>865</sup> Vorausgesetzt sind allerdings wiederum ausreichende demokratische Strukturen auch auf der zentralen Ebene.

Ferner können aus diesem Grunde für das Trennsystem in doppelter Hinsicht Effektivitätsgesichtspunkte geltend gemacht werden. Denn einerseits können die Einzelstaaten wegen der dezentralen Rechtssetzungs- und Verfolgungskompetenz als Laboratorien für günstige Strategien dienen, wodurch eine größere Flexibilität bei der Lösung gesellschaftlicher Probleme im lokalen Bereich gewährleistet ist.<sup>866</sup> Andererseits kann das Bundesstrafrecht als Ergänzung, z.B. bei Ineffektivität der Einzelstaaten bei grenzüberschreitender Kriminalität, eingesetzt werden.<sup>867</sup>

862 Siehe oben 5. Kapitel D. II. 1. b).

863 *Simeon*, 8 Queen's L.J. 131, 151 (1982/83); siehe auch oben 5. Kapitel B. II. 1. sowie die Hintergründe föderaler Kompetenzverteilung oben 5. Kapitel A.

864 So allgemein zur dezentralen Kompetenz *Simeon*, 8 Queen's L.J. 131, 150 (1982/83); siehe auch oben 5. Kapitel B. II. 1. sowie die Hintergründe föderaler Kompetenzverteilung oben 5. Kapitel A.

865 Siehe oben siehe oben 2. Kapitel C. III. 2. a) sowie 2. Kapitel C. III. 3. b) aa).

866 *Stone/Seidman/Sunstein/Tushnet/Karlan*, S. 165, 167 f.

867 *Brickey*, 46 Hastings L.J. 1135, 1140 ff. (1995); *Reinbacher*, Das Strafrechtssystem der USA, S. 124; *Schwartz*, 13 Law & Contemp. Probs. 64, 73 (1948); *Stone/Seidman/Sunstein/Tushnet/Karlan*, S. 165 ff.; siehe bereits oben 3. Kapitel B. II. 1. b).

In den USA wurde das Bundesstrafrecht u.a. gerade deshalb eingerichtet, um als Instrument zur Unterstützung der Gliedstaaten zu dienen, wenn diese nicht in der Lage sind, ein Problem, wie etwa die grenzüberschreitende Organisierte Kriminalität, alleine wirksam bekämpfen zu können.<sup>868</sup> Gerade im Hinblick auf den Schutz der eigenen Rechtsgüter der zentralen Ebene kann es zudem ein Desinteresse der Einzelstaaten ausgleichen. Das System berücksichtigt insofern den Gedanken der Zuständigkeit aus dem Sachzusammenhang, der sich entweder in *implied powers* oder in Verfassungsbestimmungen wie U.S. Const. Art. I § 8 cl. 18 („*necessary and proper clause*“) ausdrückt,<sup>869</sup> sodass jede Ebene die Möglichkeit hat, ihre jeweiligen Gesetze auch mit Sanktionen zu versehen. Zu beachten ist ferner die hohe Symbolhaftigkeit einer Regelung auf der Gesamtebene.<sup>870</sup>

Allerdings beweist das US-amerikanische Modell, dass bei einer sehr weit gehenden Autonomie der Gliedstaaten nicht alle Effektivitäts-Probleme bei der grenzüberschreitenden Kriminalität gelöst werden können.<sup>871</sup> Denn wenn die Zentrale nur Regeln für ihre eigenen Behörden aufstellen kann, bleiben die dezentralen Einheiten einander gegenüber weiterhin auf Rechtshilfe angewiesen, was zu den oben<sup>872</sup> beschriebenen Schwierigkeiten führen kann. Die klassische Rechtshilfe<sup>873</sup> ist, wie dargestellt,<sup>874</sup> umständlich und langwierig<sup>875</sup> bzw. in manchen Fällen gar nicht erfolgreich,<sup>876</sup> insbesondere wenn etwa die Auslieferung auf der beiderseitigen Strafbarkeit beruht oder aus verschiedenen Gründen verweigert werden kann.<sup>877</sup> Regeln nämlich die dezentralen Ebenen ihr Strafrecht autonom, so können durchaus Strafbarkeitslücken entstehen. Dann kann sich die Rechtshilfe als schwierig erweisen und Straftäter u.U. risikolos von ihrem jeweiligen Staat aus operieren und das Gesamtsystem schädigen. Berufen die Einzelstaaten sich ferner auf ihre terri-

868 Vgl. *Beale*, 543 *Annals Am. Acad. Pol. & Soc. Sci.* 39, 41 (1996); *Brickey*, 46 *Hastings L.J.* 1135, 1140 ff. (1995); *Rehn*, 108 *Columb. L. Rev.* 1991, 1994 (2008); *Reinbacher*, *Das Strafrechtssystem der USA*, S. 64; *Schwartz*, 13 *Law & Contemp. Probs.* 64, 74 (1948); siehe auch oben 3. Kapitel B. II. 1. b) und 5. Kapitel C. II. 2.

869 Siehe dazu oben 3. Kapitel B. II. 1. b).

870 Vgl. im Hinblick auf die USA *Reinbacher*, *Das Strafrechtssystem der USA*, S. 170, 187 f.

871 Siehe oben 5. Kapitel C. II. 2.

872 Oben 5. Kapitel D. II. 1. b).

873 Siehe dazu etwa statt Vieler *Lagodny*, in: *Sieber/Brüner/Satzger/v. Heintschel-Heinegg*, § 31; *Schomburg/Lagodny/Gleß/Hackner*, in: dies., *Einleitung* Rn. 25 ff.

874 Siehe oben 5. Kapitel D. II. 1. b).

875 Vgl. *Perron*, *ZStW* 112 (2000), 202, 205; *Sieber*, in: *Delmas-Marty, Corpus Juris*, S. 2; *ders.*, in: *Sieber/Brüner/Satzger/v. Heintschel-Heinegg*, *Einführung* Rn. 206; vgl. auch Erwägungsgrund (5) des Rahmenbeschlusses 2002/584/JI des Rates vom 13.6.2002 über den Europäischen Haftbefehl und die Übergabeverfahren zwischen den Mitgliedstaaten, *ABl.* 2002 Nr. L 190, S 1.

876 Vgl. die Ausführungen im von der Kommission vorgelegten Grünbuch zum Schutz der finanziellen Interessen der Europäischen Gemeinschaften und zur Schaffung einer Europäischen Staatsanwaltschaft, *KOM* (2001) 715 endg., S. 15.

877 *Lagodny*, in: *Sieber/Brüner/Satzger/v. Heintschel-Heinegg*, § 31 Rn. 32 ff.; *Schomburg/Lagodny/Gleß/Hackner*, in: dies., *Einleitung* Rn. 25 ff.; vgl. auch *Sieber*, *ZStW* 121 (2009), 1, 29.

toriale Souveränität, so können erhebliche Hindernisse für grenzüberschreitende Ermittlungen entstehen.<sup>878</sup>

In den USA hat sich z.B. die Auslieferung von Straftätern zwischen den Einzelstaaten in der Vergangenheit teilweise als schwierig erwiesen.<sup>879</sup> Inzwischen können Auslieferungsersuchen der Einzelstaaten zwar wegen U.S. Const. Art. IV § 2 cl. 2 vor den Bundesgerichten durchgesetzt werden,<sup>880</sup> es bestehen jedoch weiterhin wichtige Ausnahmen, da z.B. jeder Gliedstaat sein eigenes Verfahren erst einmal durchführen und eine Strafe vollstrecken darf.<sup>881</sup> Auch Ermittlungen auf fremdem Territorium hängen vom Willen des Inhabers der jeweiligen Gebietshoheit ab.<sup>882</sup>

Zwar kann hier das Bundesstrafrecht eingreifen, indem Strafvorschriften für grenzüberschreitende Sachverhalte geschaffen werden, sodass Bundesbehörden tätig werden können. Der Einsatz von Bundesgerichten und Bundespolizei ist aber in den USA auch aus Kostengründen begrenzt. Denn diesbezüglich müssen für das große Gebiet der Vereinigten Staaten zentrale Behörden durch den Bund finanziert werden. Es hat sich daher erwiesen, dass der Bund nur einen geringen Teil der betreffenden Verfahren tatsächlich durchführen kann.<sup>883</sup> Immerhin darf nicht vergessen werden, dass hier ein doppelter Apparat entsteht, der auch doppelte Kosten verursacht. Daher wäre daran zu denken, die Zentrale stattdessen (auch) mit Kompetenzen auszustatten, Regelungen für die Kooperation der Behörden der Einzelstaaten zu schaffen, wie dies etwa in § 167 GVG oder ss. 136 ff. CJPO Act 1994 geschehen ist. In den USA ist dies gerade nicht möglich, da der Bund die Einzelstaaten nicht „kommandieren“<sup>884</sup> und von ihnen folglich weder den Erlass noch die Durchsetzung von (Straf-)Vorschriften verlangen und ihnen daher auch keine Vorgaben auferlegen darf, wann sie ihre Verfahren durchzuführen haben. Damit bleiben bei einem US-amerikanischen Trennmodell im Hinblick auf grenzüberschreitende Kriminalität weiterhin Effektivitätsnachteile bestehen. Ein noch stärker an Effektivität orientiertes Modell als dasjenige der USA könnte diese hingegen durch entsprechende Kompetenzen des Bundes ausgleichen.

Ferner bleiben im Sinne des dritten Kriteriums Autonomie und „kulturelle Vielfalt“ der Einzelstaaten weitestgehend gewahrt, da sie ihr Strafrecht selbst erlassen und vollziehen und keine Vorgaben der zentralen Ebene beachten müssen. Sie müssen es allerdings hinnehmen, dass auch Behörden und Gerichte des Bundes auf

878 Vgl. auch Sieber, in: Delmas-Marty, Corpus Juris, S. 2.

879 Dazu Reinbacher, Das Strafrechtssystem der USA, S. 156 ff.; Wolfe, 5 Am. J. of Crim. Justice 25 (1980); siehe auch oben 5. Kapitel C. II. 2.

880 *Puerto Rico v. Branstad*, 483 U.S. 219, 230 (1987).

881 *Taylor v. Taintor*, 83 U.S. 366, 371 (1873); vgl. auch Reinbacher, Das Strafrechtssystem der USA, S. 159 f.

882 Siehe dazu im Hinblick auf die USA Reinbacher, Das Strafrechtssystem der USA, S. 149 ff.

883 Vgl. Reinbacher, Das Strafrechtssystem der USA, S. 168 ff.

884 *Printz v. United States*, 521 U.S. 898 (1997); *Kreit*, 13 Chap. L. Rev. 555, 572 (2010); *Mikos*, 62 Vand. L. Rev. 1421, 1445 ff. (2009) m.w.N.; siehe oben 3. Kapitel B. III. 1. sowie 5. Kapitel C. II. 1. und 3.

ihrem Territorium operieren. Daher ist zwar eine lokale Vielfalt durch die Kompetenz der Einzelstaaten gewährleistet, die Bürgerinnen und Bürger können aber trotzdem dem – abweichenden – Bundesstrafrecht ausgesetzt sein, sodass ihnen die liberalere Politik ihres Gliedstaates, z.B. im Hinblick auf die Legalisierung des Drogenkonsums, nicht viel nützt.<sup>885</sup>

Zudem können die Gesamtverfassung und die darin normierten Grundrechte eine absolute Grenze setzen, wie dies in sämtlichen hier untersuchten Systemen der Fall ist. Auch in den USA bildet die U.S. Constitution eine Schranke für die hoheitlichen Befugnisse der Einzelstaaten, was U.S. Const. Art. IV cl. 2 (*supremacy clause*) klarstellt.<sup>886</sup> Dies gilt etwa auch in der EU, zumal die Mitgliedstaaten zwar grundsätzlich frei sind in der Strafgesetzgebung, jedoch ebenfalls die begrenzende Wirkung des Anwendungsvorranges der EU-Verträge hinnehmen müssen.<sup>887</sup> Ein System, das keinen Vorrang der Bundesverfassung etabliert, lässt zwar die Autonomie der Einzelstaaten in unlimitierter Weise bestehen, ist dann jedoch im Hinblick auf die Etablierung gemeinsamer Werte kaum praktikabel und würde große Zweifel an der Durchsetzbarkeit und Bestandsfähigkeit des Gesamtbundes aufkommen lassen. So hat der EuGH den Vorrang des Unionsrechts auch aus dem Grundsatz des *effet utile* hergeleitet, nach welchem das Unionsrecht nicht durch einzelne Maßnahmen der Mitgliedstaaten in seiner Wirksamkeit beeinträchtigt werden darf.<sup>888</sup>

Nimmt man aber schließlich gemäß dem vierten Kriterium die Perspektive der Rechtsstaatlichkeit und insbesondere der „Rechte der Beschuldigten“ ein, so gewährleistet das Trennsystem keine umfassende Rechtssicherheit, indem einerseits weiterhin eine Vielzahl materieller und prozessualer Vorschriften in den Einzelstaaten gelten, zu denen auch noch die Rechtsordnung des Bundes hinzutritt. Andererseits bleibt gerade deshalb auch die Gefahr mehrfacher Verfahren und doppelter Bestrafung bestehen und wird sogar noch durch eine vertikale Komponente in Form der zentralen Rechtsordnung verstärkt. In den USA sind nach der „*Dual Sovereignty Doctrine*“<sup>889</sup> des U.S. Supreme Courts sowohl horizontal<sup>890</sup> als auch vertikal<sup>891</sup> doppelte Strafverfahren möglich. Die Einzelstaaten haben zwar teilweise ein entsprechendes Verbot des *ne bis in idem* normiert,<sup>892</sup> umfassend gilt es jedoch nicht.

885 Siehe dazu bereits oben 5. Kapitel C. II. 3.

886 Siehe oben 3. Kapitel B. III. 1; vgl. ferner *Reinbacher*, Das Strafrechtssystem der USA, S. 84 f.

887 Siehe oben 4. Kapitel C. II. 2.

888 EuGH Slg. 1964, 1253, 1269 ff. – *Costa/ENEL* (Rs. 6/64); siehe oben 4. Kapitel C. II. 2.

889 Dazu *Amar/Marcus*, 95 Colum. L. Rev. 1 (1995); *Guerra*, 73 N.C.L. Rev. 1160 (1995); *Stuckenberg*, S. 37 ff.; vgl. auch *Merkel*, 31 Colum. Hum. Rts. L. Rev. 175 (1999); siehe bereits oben 3. Kapitel B. III. 3.

890 *Heath v. Alabama*, 474 U.S. 82 (1985); dazu *Reinbacher*, Das Strafrechtssystem der USA, S. 162 f.

891 *Abbate v. United States*, 359 U.S. 187 (1959); *Bartkus v. Illinois*, 359 U.S. 121 (1959); dazu *Reinbacher*, Das Strafrechtssystem der USA, S. 178 ff.

892 *Reinbacher*, Das Strafrechtssystem der USA, S. 182 f. Eine Aufzählung findet sich bei *LaFave*, S. 325, Fn. 27; *Stuckenberg*, S. 40, Fn. 205.

Daher erscheint es im Trennsystem besonders bedeutsam, in welchem Umfang eine Überlagerung der Jurisdiktionen geduldet wird. Denn gerade diese Überlappung kann sich aus der Sicht der Beschuldigten als misslich erweisen, sofern sie doppelte Verfahren ermöglicht.<sup>893</sup> Ferner entstehen dadurch auch vertikale Jurisdiktionskonflikte zwischen Bundes- und einzelstaatlicher Rechtsordnung, die zur horizontalen Konkurrenz der Rechtsordnungen hinzutreten.<sup>894</sup> Schließlich birgt die überlappende Zuständigkeit der Behörden mehrerer Ebenen die Gefahr des horizontalen und vertikalen *Forum Shoppings*,<sup>895</sup> da die Strafverfolgungsbehörden zwischen mehreren Rechtsordnungen nicht nur auf der gleichen Ebene, sondern sogar auf verschiedenen Ebenen wählen können. Ferner können auch Beweise unter anderen Voraussetzungen gewonnen und sodann übergeben werden.<sup>896</sup> Auch diese für die Beschuldigten gefährliche Lage besteht im Trennmodell nicht nur horizontal, sondern auch vertikal zwischen den Ebenen.

In den USA wird eine solche Duplikation der Vorschriften in großem Umfang geduldet und vielfach begrüßt, da sie einerseits das Recht der Einzelstaaten bestehen lässt und andererseits die Option des Bundesstrafrechts zur Ergänzung bereithält.<sup>897</sup> In diesem Fall stehen also Effektivitätsgedanken und Autonomieansprüche der Gliedstaaten den Interessen der Beschuldigten gegenüber.

Die Verdoppelung der Strafvorschriften und die Ausweitung des Bundesstrafrechts werden in der US-amerikanischen Literatur jedoch auch vehement kritisiert.<sup>898</sup> Die Einwände lassen sich wie folgt zusammenfassen:<sup>899</sup> (1) wird eine reine Symbolhaftigkeit des Bundesrechts ausgemacht, da die meisten Delikte aus Gründen mangelnder Kapazitäten des Bundes gar nicht verfolgt werden,<sup>900</sup> (2) bedingt die Ressourcenknappheit, dass Mittel für alternative Konzepte oder die Strafverfolgung auf Bundesebene insgesamt fehlen,<sup>901</sup> (3) können negative Auswirkungen auf das föderale System entstehen, indem der Bund Alternativkonzepte der Einzelstaaten unterminieren kann,<sup>902</sup> (4) besteht das Problem der Doppelbestrafung<sup>903</sup>

893 Sieber, ZStW 121 (2009), 1, 40 f.

894 Zu den Jurisdiktionskonflikten vgl. *Ambos*, Intern. Strafrecht, § 4; vgl. ferner *Hecker*, Europ. Strafrecht, § 12 Rn. 3 ff.; *ders.*, ZIS 2011, 60; zu Kompetenzkonflikten in der EU siehe bereits oben 4. Kapitel C. III. 1.

895 Zum *Forum Shopping* in den USA vgl. *Abrams/Beale/Klein*, S. 80 ff.; *Reinbacher*, Das Strafrechtssystem der USA, S. 175 ff.

896 Vgl. dazu *Bloom/Massey*, 79 U. Colo. L. Rev. 381 (2008); *Reinbacher*, Das Strafrechtssystem der USA, S. 177.

897 *Litman/Greenberg*, 543 *Annals Am. Acad. Pol. & Soc. Sci.* 72, 83 (1996).

898 Ausführlich zur großen Debatte um die Rolle des Bundesstrafrechts in den USA insbesondere der ABA Report, passim; *Abrams/Beale*, 4. Aufl. 2006, S. 110 ff.; *Beale*, 46 *Hastings L.J.* 979 (1995); Übersicht bei *Reinbacher*, Das Strafrechtssystem der USA, S. 185 ff.

899 *Reinbacher*, Das Strafrechtssystem der USA, S. 187 ff.

900 *Baker*, 80 *B.U.L. Rev.* 1191, 1215 (2000).

901 ABA Report, S. 36 f., 43; *Beale*, *Annals Am. Acad. Pol. & Soc. Sci.* 39, 40 (1996); *dies.*, *Buff. Crim. L. Rev.* 23, 31 (1997).

902 ABA Report, S. 26; so insbesondere auch *United States v. Lopez*, 514 U.S. 549, 581 (1995).

903 ABA Report, S. 28; *Merkl*, 31 *Colum. Hum. Rts. L. Rev.* 175, 203 ff. (1999).

und des *Forum Shoppings* sowie (5) die Möglichkeit selektiver Strafverfolgung<sup>904</sup> und (6) können die Behörden des Bundes und der Gliedstaaten in einen schädlichen Wettbewerb<sup>905</sup> eintreten.

Will man aus diesen Gründen eine Überlagerung der Rechtsordnungen vermeiden, so lässt sich dies in verschiedener Hinsicht erreichen. Generell stellt sich immer dann, wenn mehrere Ebenen über Kompetenzen verfügen (und diese nutzen), die Frage des Verhältnisses der Rechtsordnungen zueinander. Zunächst wäre eine Klärung der sinnvollen Bereiche des Einsatzes des ergänzenden Bundesstrafrechts anzustreben.<sup>906</sup> In der US-amerikanischen Literatur wird sodann teilweise vorgeschlagen, nicht die Kompetenzen des Bundes auf diese Bereiche zu beschränken, sondern das Ermessen der Strafverfolgungsbehörden gezielter zu steuern, sodass diese sich auf die entsprechenden Felder konzentrieren und gegebenenfalls doppelte Verfahren vermeiden können.<sup>907</sup> Diese Lösung steht allerdings einerseits nur dann zur Verfügung, wenn im System kein Legalitätsprinzip gilt, und andererseits überlässt sie die Entscheidung über die Kompetenzverteilung nicht der Verfassung, sondern den Strafverfolgungsorganen. Sie ist daher aus der Sicht der Beschuldigten nicht wünschenswert, denn sie würde die befürchtete selektive Vorgehensweise nicht mit Sicherheit vermeiden. Eine andere Möglichkeit bestünde darin, einen konstitutionellen Vorrang des Bundesrechts auch bei einer Duplikation der Vorschriften anzunehmen, sodass das einzelstaatliche Strafrecht auch in diesem Falle verdrängt wird, wie es etwa im deutschen Recht von manchen vertreten wird.<sup>908</sup> Am besten erscheint es jedoch, bereits durch eine klare Abgrenzung der Kompetenzen dafür Sorge zu tragen, dass die Bereiche so isoliert werden können, dass signifikante Überlagerungen der Kompetenzen und Doppelzuständigkeiten erst gar nicht entstehen können.

Zu beachten ist aber, dass selbst bei einer sinnvollen vertikalen Kompetenzverteilung auch im Trennsystem, wie in Modell 1b, weiterhin eine horizontale Mehrfachzuständigkeit auf der dezentralen Ebene möglich bleibt. Will man auch dieser Gefahr begegnen, so wären wiederum zentrale Kompetenzen zu begrüßen, mittels derer Regelungen zur Vermeidung von Jurisdiktionskonflikten, Mehrfachzuständigkeiten und Doppelbestrafung auch für die horizontale Ebene getroffen werden können. Denn andernfalls müsste das System auf die Selbstmäßigung der dezentralen Einheiten bauen, die sich jedoch, wie das nationale Strafanwendungsrecht beweist, zumindest in der Vergangenheit regelmäßig eher um ihr eigenes Recht sorgten und dabei eine möglichst weit gehende Zuständigkeit bevorzugten.<sup>909</sup> Im

904 ABA Report, S. 30 ff.; *Beale*, 46 *Hastings L.J.* 979, 982, 996 ff. (1995).

905 ABA Report, S. 40.

906 Für die USA *Abrams/Beale*, 4. Aufl. 2006, S. 113 ff.; *Baker*, B.U.L. Rev. 1191, 1217 (2000).

907 *Litman/Greenberg*, 543 *Annals Am. Acad. Pol. & Soc. Sci.* 72, 78 ff. (1996).

908 *Jescheck/Weigend*, § 13 I 2 b) (1); *Maurach/Zipf*, AT 1, § 8 III Rn. 14; siehe oben 3. Kapitel A. III. 1.

909 Vgl. *Eser*, in: Schönke/Schröder, Vorbem. §§ 3-9 Rn. 11.

transnationalen Bereich verfolgen die nationalen Rechtsordnungen eher selten Kollisionslösungen,<sup>910</sup> sondern gehen von ihrem Strafanspruch aus, sodass sie Überschneidungen mit anderen Rechtsordnungen tolerieren.<sup>911</sup> Der Erstreckung der eigenen Strafbefugnis auf ausländische Territorien sind allerdings durch das völkerrechtliche Interventionsverbot, nach dem sich kein Staat in die inneren Angelegenheiten eines anderen einmischen darf,<sup>912</sup> gewisse Grenzen gesetzt.<sup>913</sup>

Das US-amerikanische System lässt nun, ähnlich wie im internationalen Recht, die Strafverfolgung durch die dezentralen Einheiten grundsätzlich an der jeweiligen Staatsgrenze enden und beschränkt die Ausübung der Strafgerichtsbarkeit auf das jeweilige Territorium.<sup>914</sup> Dann wird allerdings wiederum eine Kooperation bei grenzüberschreitenden Sachverhalten erforderlich, welche zu den bereits beschriebenen Problemen sowohl für die Effektivität der Strafverfolgung als auch für die Beschuldigten führen kann. So kann eine gegenseitige Anerkennung von Entscheidungen sowohl aus der Sicht der autonomen Teilstaaten als auch aus der Perspektive der Beschuldigten sehr problematisch sein. Im Trennmodell US-amerikanischer Prägung wäre es dem Bund jedoch nicht möglich, für ein einheitliches Prozessrecht zu sorgen oder die Kooperationsvoraussetzungen oder das Strafanwendungsrecht der Gliedstaaten einheitlich festzulegen oder Jurisdiktionskonflikte aufzulösen. Immerhin gelten aber die Grundrechte der Gesamtverfassung auf allen Ebenen.

Sollen auch hier abschließend kurz die Vor- und Nachteile zusammengefasst werden, so ist zunächst noch einmal festzuhalten, dass diese von der konkreten Aufteilung der Kompetenzen abhängig sind. Denn die Einordnung als „Trennmodell“ beinhaltet grundsätzlich nur, dass jede Ebene ihr Recht jeweils auch selbst durchsetzt, d.h. in ihrem jeweiligen Bereich über *jurisdiction to prescribe*, *jurisdiction to adjudicate* und *jurisdiction to enforce* verfügt. Die Verteilung der einzelnen Bereiche kann dabei sehr unterschiedlich erfolgen.

Nimmt man eine Distribution der Zuständigkeiten wie im hier vorgeschlagenen Modell 3a nach den Grundsätzen von Subsidiarität und Sachzusammenhang vor, so kann es Vorteile in den ersten drei Kategorien mit sich bringen, denn Gesetzgebung, Gerichtsbarkeit und Strafverfolgung erfolgen grundsätzlich dezentral und bürgernah und werden auf der dezentralen Ebene demokratisch legitimiert, außer in den Fällen, in denen die Effektivität eine Zentralisierung gebietet. Daher bleibt

910 Vgl. aber den Hinweis bei *Satzger*, Intern. u. Europ. Strafrecht, § 3 Rn. 3, auf Art. 5 Abs. 1 StGB Schweiz a.F., in dem bestimmt war, welches Recht bei Auslandssachverhalten anzuwenden ist.

911 *Ambos*, Intern. Strafrecht, § 1 Rn. 2; *Böse*, in: NK, Vor § 3 Rn. 9; siehe bereits oben 4. Kapitel B. II. 2. a).

912 IGH P.C.I.J. Series A, No. 10 (1927), 5, 18 – *S.S. Lotus*; vgl. dazu *Ambos*, Intern. Strafrecht, § 2 Rn. 1 ff.; *ders.*, in: MüKo StGB, Vor § 3 Rn. 9; *Böse*, in: NK, Vor § 3 Rn. 12 ff.; *Hecker*, Europ. Strafrecht, § 2 Rn. 9; *Satzger*, Intern. u. Europ. Strafrecht, § 4 Rn. 2; vgl. auch Art. 2 Abs. 1 UN-Charta, der von der souveränen Gleichheit der Staaten ausgeht.

913 *Ambos*, Intern. Strafrecht, § 2 Rn. 4; *ders.*, in: MüKo StGB, Vor § 3 Rn. 11; *Böse*, in: NK, Vor § 3 Rn. 12; *Bösel/Meyer*, ZIS 2011, 336, 338; *Hecker*, Europ. Strafrecht, § 2 Rn. 9; *Satzger*, Intern. u. Europ. Strafrecht, § 4 Rn. 2.

914 Dazu *Reinbacher*, Das Strafrechtssystem der USA, S. 149 ff.

auch lokale Vielfalt erhalten. Diese Vorteile sind jedoch davon abhängig, in welchem Maße eine Überlagerung der Rechtsordnungen geduldet wird, da sonst die Politik des Bundes entsprechende regionale Ansichten faktisch verdrängen kann. Die Effektivität der Verfolgung grenzüberschreitender Kriminalität erleidet im Übrigen Einbußen, wenn der Bund den Einzelstaaten keine Vorschriften machen darf. Letzterer Punkt wird auch für das vierte Kriterium, die Rechte der Beschuldigten besonders relevant, da aus deren Sicht Überschneidungen der Jurisdiktionen, *Forum Shopping* sowie doppelte Verfolgung und Bestrafung zu vermeiden sind. Hier erweist sich das System dann als nachteilig, wenn eine „*Dual Sovereignty Doctrine*“ gilt. Eine solche ließe sich aber durch eine abweichende Interpretation der Verfassungsklauseln vermeiden. So könnte bereits konstitutionell eine vertikale Doppelbestrafung ausgeschlossen werden. Für die Beschuldigten bleibt es aber auch dann ein Nachteil, wenn die Rechtsordnungen sich vertikal und horizontal überlagern, da dann ein *Forum Shopping* oder ein Beweistransfer bei unterschiedlichen Anforderungen kaum verhindert werden können, weil der Bund hier keine Regelungen mit Wirkung für die Einzelstaaten treffen darf.

Das Trennmodell stellt die Rechtsordnungen nebeneinander und kumuliert daher auch die Anwendungsvoraussetzungen der Modelle 1a und 1b. Dabei gewinnt die oben<sup>915</sup> ausgeführte Erkenntnis Bedeutung, dass der Einzelne sich durchaus in verschiedenen Loyalitätszusammenhängen befinden kann.<sup>916</sup> Denn zwar besteht hier eine starke Verbindung zu den dezentralen Einheiten, die über einen weit gehenden Autonomiebereich verfügen und kulturelle Eigenheiten in größerem Umfang wahren können. Gleichwohl muss aber auch ein gemeinsamer Wertekanon im Hinblick auf bestimmte Regelungsbereiche auf der zentralen Ebene vorhanden sein. Insofern ließe sich von geteilten Loyalitäten sprechen. Die zentrale Ebene muss dabei jedoch auch ausreichende demokratische Strukturen gewährleisten.

Im Übrigen kann das Modell selbstverständlich modifiziert werden, je nachdem welche Deliktbereiche auf den Bund übertragen werden, sodass das Gewicht sich in die eine oder andere Richtung verlagern kann. Ein System, das am Subsidiaritätsprinzip orientiert sein soll, wird mit dem Trennmodell geringere Probleme haben als mit den anderen bislang dargestellten Modellen, soweit es Zuständigkeiten grundsätzlich auf der dezentralen Ebene belässt und die Bundesinstanzen nur in bestimmten Fällen einschreiten dürfen. Dennoch müsste die Frage beantwortet werden, ob unter diesem Gesichtspunkt tatsächlich ein vollständiger Apparat auf Bundesebene geschaffen werden muss oder ob einzelne Bundeskompetenzen zur Rechtssetzung oder Verfolgung bei grundsätzlicher Beibehaltung des dezentralen Vollzuges nicht ausreichend wären.

915 Oben 5. Kapitel B. II. 3.

916 *Simeon*, 8 Queen's L.J. 131, 136 (1982/83).

### b) Andere Verteilungsarten im Trennmodell

Natürlich kann ein Trennmodell auch anders beschaffen sein, d.h. es kann eine andere Aufteilung der Jurisdiktionsbereiche vorgenommen werden als die soeben skizzierte Trennung nach Effektivitätsgesichtspunkten und Sachzusammenhang. So wäre es denkbar, das System kompetenzziell so auszugestalten, dass beide Ebenen grundsätzlich umfassend zuständig sind (Modell 3b). Dürfen beide Ebenen aber in unbeschränkter Weise vorgehen, so können die Rechtsordnungen sich nahezu vollständig überlappen. Kritische Stimmen könnten etwa im Hinblick auf die USA anmerken, dass diese Situation dort inzwischen *de facto* eingetreten sei, das System sich also von seiner ursprünglichen, an Subsidiaritätsgesichtspunkten orientierten Allokation der Zuständigkeiten verabschiedet habe.<sup>917</sup> Immerhin gehen in den USA jüngere Schätzungen von einem Bestand von über 4.000 Straftaten nach Bundesrecht aus.<sup>918</sup> Verfassungstheoretisch ist das System indessen nach der ursprünglichen Konzeption nicht auf eine solche Praxis ausgerichtet. Vielmehr sollen hiernach die Einzelstaaten über umfassende *police powers* verfügen, während dem Bund nur beschränkte Zuständigkeiten zustehen.<sup>919</sup> Die Ausweitung der Bundeskompetenzen im Strafrecht ist Folge der äußerst weiten Interpretation derselben durch Congress und Bundesgerichte.

Es ließe sich aber auch ein konstitutionelles Modell entwerfen, in welchem jede Ebene vom Prinzip her alles darf, d.h. weder in Strafgesetzgebung noch Strafverfolgung limitiert ist, sodass eine umfassende parallele Jurisdiktion besteht. Bei genauer Betrachtung wäre es nur noch insofern ein „Trennmodell“ als die jeweiligen Rechtsordnungen getrennt und mit eigenen Behörden und Gerichten operieren, faktisch liefere die Kompetenzverteilung aber auf ein „Verdopplungsmodell“ hinaus. Denn die Kompetenzen wären nicht nach Einsatzbereichen und Betätigungsfeldern getrennt, sondern es würde eine parallele Allzuständigkeit etabliert.

Die dadurch zwangsläufig entstehende Überlagerung der Rechtsordnungen wurde aber bereits als besonders schädlich für die Beschuldigten ausgemacht,<sup>920</sup> insbesondere weil dadurch mangelnde Rechtssicherheit und die Möglichkeit der Durchführung mehrfacher Verfahren, der Doppelbestrafung sowie des *Forum Shopping* bestehen. Aus rechtsstaatlicher Sicht wäre diese Konzeption daher nicht zu befürworten. Jedoch erschiene ein solches System auch im Hinblick auf die anderen hier zu Grunde gelegten Verteilungskriterien nicht unbedingt günstig. Kulturelle Eigenheiten könnten sich zwar auf der dezentralen Ebene entfalten, dabei jedoch

917 Vgl. Little, 46 Hastings L.J. 1029, 1035 (1995); plastisch auch Van Alstyme, 26 Am. Crim. L. Rev. 1740 (1989), der insoweit von einem politischen Föderalismus spricht, in welchem nicht mehr die U.S. Constitution, sondern die politischen Entscheidungsträger auf der Bundesebene entschieden, wie weit ihre Kompetenzen reichen.

918 Beale, 54 Am. U.L. Rev. 747, 753 (2005).

919 Siehe oben 3. Kapitel B. I.

920 Oben 5. Kapitel D. II. 3. a).

jederzeit durch ein Eingreifen des Bundesrechts unterminiert werden. Daher wäre dann letztlich auch die Responsivität der Politik nicht gefördert, weil die dezentralen Entscheidungen quasi „auflösend bedingt“ wären.

Aus Effektivitätserwägungen ließe sich zwar sagen, dass hier beide Optionen – Strafverfolgung durch den Bund auf der Grundlage zentraler Vorschriften und Strafverfolgung durch die Einzelstaaten auf der Basis ihres eigenen Rechts – zur Verfügung stehen, sodass jeweils im Einzelfall die effektivere Variante gewählt werden kann. Im US-amerikanischen Recht soll das Bundesstrafrecht häufig nur eine Option bilden, die im Bedarfsfalle gezogen werden kann.<sup>921</sup> Dann darf in diesem System aber ein Legalitätsprinzip keine Geltung beanspruchen. Die Überlagerung der Rechtsordnungen kann jedoch auch unter dem Aspekt der Effektivität und Effizienz schädlich sein. So ist ein positiver Kompetenzkonflikt, also die gleichzeitige Zuständigkeit verschiedener Ebenen,<sup>922</sup> insofern misslich, als er eine Verschwendung von Ressourcen bedeutet, sofern eine andere Einheit die Tat schneller ermittelt, verhandelt und aburteilt, sodass das zweite Verfahren ins Leere läuft, sofern nach Abschluss des Verfahrens der Grundsatz des *ne bis idem* greift.<sup>923</sup> Gilt er nicht, so kann es im Übrigen zu einer aus Sicht des Rechtsstaatsprinzips unbedingt zu vermeidenden Doppelbestrafung kommen. Es ist aber auch generell davon auszugehen, dass eine Verfahrensverdopplung eine überflüssige Inanspruchnahme von Kapazitäten und daher ineffizient ist.<sup>924</sup> Ein weiterer für das Verhältnis der Mitgliedstaaten unangenehmer Nebeneffekt ist die Möglichkeit, dass Verfahren besonders beschleunigt werden, um noch vor den anderen zu einer Verurteilung zu gelangen.<sup>925</sup> Andererseits kann die Überschneidung von Jurisdiktionsbereichen zu negativen Jurisdiktionskonflikten führen, sodass letztlich keine Ebene tätig wird, weil jeder sich auf die Zuständigkeit eines anderen beruft.<sup>926</sup>

Daher müssen in einem solchen System Wege gefunden werden, die Überlagerung der Rechtsordnungen, besser: die Verdoppelung der Verfahrenszuständigkeit, zu verhindern. Die Überlappung der Rechtsvorschriften ist nicht per se schädlich, sondern erst dann, wenn sie dazu führt, dass auch mehrere Behörden und Gerichte zuständig sind. Zweckmäßigerweise sollte dies schon durch die Kompetenzord-

921 *Brickey*, 46 *Hastings L.J.* 1135, 1140 ff. (1995); *Schwartz*, 13 *Law & Contemp. Probs.* 64, 73 (1948).

922 *Ambos*, Intern. Strafrecht, § 4 Rn. 9; *Vogel*, in: *Grabitz/Hilf/Nettesheim*, 51. EL 2013, Art. 82 AEUV Rn. 60.

923 *Hecker*, ZIS 2011, 60.

924 Siehe bereits oben 4. Kapitel C. III. 1.

925 *Hecker*, ZIS 2011, 60: „Wettlauf um die Erstscheidung“.

926 Vgl. die Unterscheidung zwischen positiven und negativen Kompetenzkonflikten bei *Ambos*, in: *MüKo*, Vor §§ 3 ff. Rn. 54; *Vogel*, in: *Grabitz/Hilf/Nettesheim*, 51. EL 2013, Art. 82 AEUV Rn. 60; siehe bereits oben 4 Kapitel E. II. 1. b) bb) (5).

nung selbst verhindert werden, indem etwa, wie im deutschen Recht,<sup>927</sup> Doppelzuständigkeiten ausgeschlossen werden.<sup>928</sup>

Eine andere Möglichkeit böte eine Vorrangklausel, durch welche die dezentrale Jurisdiktion konstitutionell ausgeschlossen wird, entweder wenn der Bund den Sachverhalt ebenfalls geregelt hat oder wenn er im Einzelfall die Verfolgung an sich zieht. Bei knappen Ressourcen des Bundes würde ihn dies in ersterem Fall hinsichtlich der Rechtssetzung zu einer Mäßigung zwingen, weil sonst die entsprechenden Taten vielfach gar nicht verfolgt werden könnten, wenn es ihm an den Kapazitäten fehlt und einzelstaatliche Strafvorschriften schon durch die Existenz von identischem Bundesrecht ungültig würden. Im zweiten Fall könnte, wie es etwa im US-amerikanischen Recht möglich ist und auch geschieht, die Doppelzuständigkeit durch eine Steuerung des Ermessens hinsichtlich der Strafverfolgung mittels eindeutiger Anweisungen, vermieden werden.<sup>929</sup> In Systemen mit Legalitätsprinzip wäre letztere Lösung hingegen nicht möglich, da ein Verfolgungszwang besteht. Daher müssten dort stattdessen gesetzliche Ausschlüsse festgelegt werden. Dies könnte auf beiden Ebenen geschehen. Denn sowohl Bundes- als auch einzelstaatliches Recht könnten normieren, dass bei Eröffnung eines Verfahrens nach Bundesrecht ein Verfahren durch die Behörden der Gliedstaaten ausgeschlossen ist.<sup>930</sup>

Weitere denkbare Trennmodelle – etwa eine grundsätzliche zentrale Zuständigkeit kombiniert mit Einzelkompetenzen der dezentralen Einheit – sollen hier nicht besprochen werden, denn der Grundansatz dürfte klar geworden sein. Da jede Ebene ihr Recht selbst setzt und durchsetzt, entstehen jeweils auch parallele Strafrechtssysteme. Insbesondere für die Beschuldigten wirkt sich dabei eine weitgehende Überlagerung der Rechtsordnungen negativ aus.

#### 4. Aufteilung der Gesetzgebung, Strafverfolgung nur durch eine Ebene

Als weiteres Modell ließe sich daran denken, einer Ebene die umfassende Kompetenz für Gesetzgebung und Strafverfolgung, der anderen Ebene hingegen nur einzelne Rechtssetzungskompetenzen zuzuweisen. Werden die so geschaffenen Einzelvorschriften dennoch durch die andere Ebene vollzogen, welche grundsätzlich

927 Siehe oben 3. Kapitel A. III. 1.

928 So die h.M. im deutschen Verfassungsrecht; vgl. BVerfGE 36, 193, 202 f.; *Badura*, Staatsrecht, Teil D. Rn. 78; *Gubelt*, in: v. Münch/Kunig, Art. 30 Rn. 20, Art. 31 Rn. 18; *Kühl*, in: Löffler, Vor §§ 20 ff. LPG Rn. 13; v. *Münch/Mager*, Rn. 390; *Rozeck*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Art. 70 Rn. 11; *Stern*, Staatsrecht I, S. 676 f.; *Stettner*, in: Dreier, Suppl. 2007, Art. 70 Rn. 38 – nach a.A. ist eine Doppelzuständigkeit möglich, sofern eine Frage sowohl unter eine Bundes- als auch unter eine Landekompetenz subsumiert werden kann; so etwa *Wolftrum*, DÖV 1982, 674, 676; in diese Richtung auch *Lerche*, JZ 1972, 468, 471.

929 Dazu *Beale*, 46 Hastings L.J. 979, 1015 ff. (1995); *Curtis*, 46 Hastings L.J. 1019, 1027 (1995); *Reinbacher*, Das Strafrechtssystem der USA S. 198.

930 Ein Beispiel bildet 18 U.S.C. § 351, der bei Straftaten gegenüber Bundesbeamten im Falle der Eröffnung eines Strafverfahrens durch Behörden des Bundes ein Tätigwerden der Einzelstaaten – bis zum Abschluss des Bundesstrafverfahrens – ausschließt; vgl. *Reinbacher*, Das Strafrechtssystem der USA, S. 167 f.

über eine umfassende Zuständigkeit verfügt, so bleibt es zumindest diesbezüglich bei einer Aufteilung zwischen *jurisdiction to prescribe* auf der einen und *jurisdiction to adjudicate* und *jurisdiction to enforce* auf der anderen Seite. Insofern liegt ein solches Modell zwischen sämtlichen bereits beschriebenen Systemen, indem es einerseits zwar Gesetzgebungskompetenzen beider Ebenen akzeptiert, andererseits aber – anders als das Trennmodell – die Aufteilung zwischen den hoheitlichen Gewalten und Funktionen beibehält. Dadurch ergänzt es Modell 1a oder Modell 1b jeweils durch partielle Rechtssetzungsbefugnisse der anderen Ebene.

a) *Grundmodell: Grundsätzlich dezentrale Gesetzgebung, einzelne Rechtssetzungskompetenzen des Bundes, dezentrale Strafverfolgung und Gerichte*

Nimmt man nun als Modell 4a an, dass die umfassende Kompetenz bei der dezentralen Einheit liegt, der zentralen Ebene hingegen nur einzelne Gesetzgebungskompetenzen zukommen, so baut das so ausgestaltete System grundsätzlich auf Modell 1b<sup>931</sup> auf und ergänzt es durch die partiellen Zuständigkeiten des Bundes zur Rechtssetzung.

In Teilbereichen findet sich ein vergleichbares Modell heute in der EU.<sup>932</sup> Denn die allgemeine Strafgewalt liegt bei den Mitgliedstaaten, der zentralen Ebene stehen jedoch einzelne Kompetenzen zu, welche im Wesentlichen die Rechtssetzung betreffen.<sup>933</sup> Es entspricht dem derzeitigen Verständnis der EU, dass die Mitgliedstaaten das Recht vollziehen und über das Gewaltmonopol verfügen, während die Gesetzgebung in eine geteilte Zuständigkeit fällt. So ermöglicht etwa Art. 325 Abs. 4 AEUV<sup>934</sup> nun den Erlass von Verordnungen, also Strafgesetzen der Union, während diesbezügliche Straftaten zumindest solange ausschließlich durch die Mitgliedstaaten verfolgt werden müssten, wie es noch keine EStA oder europäischen Strafgerichte gibt. Gleichwohl sind wiederum Differenzierungen vorzunehmen. Denn einerseits besteht gemäß Art. 86 AEUV eine Kompetenz der EU zur Einrichtung einer EStA<sup>935</sup> und andererseits kann weiter zwischen „echten“ Strafrechtssetzungskompetenzen und den Kompetenzen zur Harmonisierung des mitgliedstaatlichen Rechts per Richtlinie unterschieden werden.<sup>936</sup>

Verfassungstheoretisch könnte man erwägen, auch Deutschland ein solches Modell zu attestieren, da die Gesetzgebung nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG konkurrierend aufgeteilt ist, der Vollzug hingegen grundsätzlich den Ländern obliegt.<sup>937</sup>

931 Vgl. dazu oben 5. Kapitel D. II. 1. b).

932 Siehe zum europäischen „Mischsystem“ unten 6. Kapitel A.

933 Siehe oben 4. Kapitel A. I.

934 Sie dazu ausführlich oben 4. Kapitel B. I. 2. a) aa).

935 Siehe oben 4. Kapitel B. I. 2. a) ee).

936 Siehe dazu noch unten 5. Kapitel D. II. 5.

937 Siehe oben 3. Kapitel A. I. 1.

Es bestehen allerdings auch hier gewichtige Unterschiede. Denn die Gesetzgebung ist inzwischen faktisch nahezu vollständig zentralisiert, der BGH wird als zentrale Revisionsinstanz tätig und zentrale Bundesbehörden beteiligen sich in verschiedenen Bereichen auch an der Strafverfolgung.

Ferner findet sich *de facto* ein ähnliches Prinzip auch im Vereinigten Königreich von Großbritannien und Nordirland verwirklicht. Denn die drei Jurisdiktionen operieren grundsätzlich unabhängig, indem sie ihr Recht selbst setzen und die Strafverfolgung auch selbstständig betreiben, Westminster jedoch einige wichtige Rechtssetzungsbefugnisse verbleiben.<sup>938</sup> Auch dieses System weicht aber in verschiedenen Punkten vom hier skizzierten Grundmodell ab. Denn erstens ist Westminster zumindest verfassungstheoretisch allzuständig, zweitens ist das System der Kompetenzverteilung asymmetrisch, da Schottland und Nordirland sehr umfangreiche, Wales nur wenige und England gar keine echten Gesetzgebungskompetenzen zustehen, drittens besteht im Hinblick auf Nordirland und England/Wales eine Revisionszuständigkeit des Supreme Court of the U.K., viertens ist das zentrale Parlament in Westminster gleichzeitig für England sowie in den meisten Fällen auch für Wales zuständig und fünftens operieren zentrale Behörden wie SOCA bzw. NCA in landesweitem Umfang.

Damit entspricht wiederum keines der untersuchten Systeme dem reinen Idealmodell 4a. Will man dieses Grundmodell bewerten, so kann zunächst auf die Ausführungen zu Modell 1b verwiesen werden,<sup>939</sup> da grundsätzlich die dezentralen Einheiten zuständig sind. Damit verfügt Modell 4a prinzipiell über dessen Vorteile im Hinblick auf „Demokratie“ und „Vielfalt“. Denn es verspricht vertikale Gewaltenteilung, Minderheitenschutz, Responsivität der Politik und demokratische Einflussmöglichkeiten und bewirkt, soweit dies gewünscht ist, auch eine Wahrung von Vielfalt und kultureller Eigenheit durch Gesetzgebung, Rechtsprechung und Vollzug sowie Macht und Einfluss der unteren Ebene. Diese Aspekte werden jedoch in dem Maße geschmälert wie der zentralen Ebene einzelne Rechtssetzungskompetenzen zugestanden werden, denn damit gewinnt sie an Macht und Einfluss und kann gegebenenfalls auch Wertungen der dezentralen Einheiten beseitigen, indem und soweit sich die Bundesnormen durchsetzen.

Im Hinblick auf das Kriterium „Effektivität“ ist zunächst auch hier darauf hinzuweisen, dass die dezentralen Einheiten mit unterschiedlichen Lösungsansätzen experimentieren können.<sup>940</sup> Auch im Rahmen des Gesetzesvollzuges können sie die Maßnahmen den lokalen Gegebenheiten anpassen.<sup>941</sup> Darüber hinaus können die partiellen Gesetzgebungskompetenzen die bei Modell 1b festgestellten Nachteile

938 Siehe oben 3. Kapitel D. I.

939 Siehe oben 5. Kapitel D. II. 1. b).

940 Sieber, ZStW 121 (2009), 1, 28; vgl. ferner *Klip*, 12 MJ 2 (2005), 115, 119, bzgl. der EU; siehe auch schon oben 5. Kapitel A. sowie 5. Kapitel D. II. 1. b).

941 *Watts*, in: *Majeed/Watts/Brown*, S. 329.

einer rein dezentralen Rechtssetzung<sup>942</sup> hinsichtlich des effektiven Rechtsgüterschutzes ausgleichen. Orientiert sich die Verteilung der Gesetzgebungsbefugnisse wiederum, wie im Rahmen des Trennmodells 3a vorgeschlagen,<sup>943</sup> an den hier zu Grunde gelegten Kriterien und damit insbesondere auch an Effektivitätsgesichtspunkten, so kann durch bestimmte materielle Vorschriften für eine einheitliche Rechtslage hinsichtlich der Rechtsgüter des Bundes gesorgt werden. Diesbezüglich entsprechen die Effektivitätsvorteile dem rein zentralen Modell 1a<sup>944</sup> oder dem Trennmodell 3a<sup>945</sup>. Allerdings kann der rein dezentrale Vollzug diese Vorteile auch wieder etwas zurückfahren, indem die dezentralen Einheiten das in Einzelbereichen zentral gesetzte Recht unterschiedlich interpretieren oder eine abweichende Strafverfolgungspraxis betreiben, sodass letztlich doch lokale Schlupflöcher für Straftäter entstehen können. Die zentrale Ebene bleibt nämlich darauf angewiesen, dass ihre Normen möglichst effektiv ausgelegt werden. Hat sie keine Revisions- oder sonstige Überprüfungsbefugnis, so kann sie auf die Gerichtspraxis nicht einwirken, es sei denn, es besteht immerhin – wie in der EU – die Möglichkeit eines Vertragsverletzungsverfahrens<sup>946</sup> oder eine Vorlagepflicht im Hinblick auf die Auslegung der zentralen Vorschriften, sodass der EuGH etwa gemäß Art. 267 Abs. 1 lit. b) AEUV im Vorabentscheidungsverfahren alleine zuständig ist für die Auslegung von Rechtsakten der EU.<sup>947</sup>

Ferner können bei grenzüberschreitenden Straftaten die oben<sup>948</sup> beschriebenen Probleme dezentraler Organisation von Rechtsprechung und Strafverfolgung entstehen, da die Jurisdiktion der Gerichte und Behörden territorial begrenzt ist, sodass sie kooperieren müssen. Anders als im rein dezentralen Modell 1b oder im Trennmodell 3a kann die Zentrale aber wie in Modell 2a<sup>949</sup> auch diesbezüglich durch Vorschriften wie etwa § 167 GVG oder die ss. 136 ff. CJPO Act 1994 die Zusammenarbeit mit Wirkung für das Gesamtsystem steuern, indem sie die Rechte der Behörden der Einzelstaaten festlegt und normiert, wie die Kooperation ablaufen soll. Auch Jurisdiktionskonflikte zwischen den dezentralen Behörden können durch zentrale Regelungen vermieden werden.

Auf diese Weise kann auch rechtsstaatlichen Erwägungen im Hinblick auf die Rechte der Beschuldigten durch zentrale Regelungen mit Wirkung für das Gesamtsystem entsprochen werden. So kann z.B. bei grenzüberschreitenden Sachverhalten entweder eine einheitliche materielle Rechtslage oder immerhin ein übereinstim-

942 Dazu Sieber, in: Delmas-Marty, Corpus Juris, S. 2; ders., in: Sieber/Brüner/Satzger/v. Heintschel-Heinegg, Einführung Rn. 206, sowie oben 5. Kapitel D. II. 1. b).

943 Siehe oben 5. Kapitel D. II. 3. a).

944 Siehe oben 5. Kapitel D. II. 1. a.).

945 Siehe oben 5. Kapitel D. II. 3. a).

946 Siehe oben 4. Kapitel C. I. 2.

947 Wegener, in: Calliess/Ruffert, Art. 267 AEUV Rn. 9; vgl. dazu auch Schramm, ZJS 2010, 615, 619.

948 Oben 5. Kapitel D. II. 1. b).

949 Siehe oben 5. Kapitel D. II. 2. a).

mendes Prozessrecht für die Fälle der transnationalen Kooperation geschaffen werden, was etwa ein diesbezügliches *Forum Shopping* verhindern dürfte. Ferner können zentrale Regelungen im Prozessrecht eine Doppelbestrafung ausschließen, sofern dies nicht schon konstitutionell angeordnet wird, bzw. auch mehrfache Verfahren verhindern. Voraussetzung ist, dass – anders als im US-amerikanischen Trennmodell – die Ebenen hier eben nicht völlig unabhängig sind, sondern die zentralen Rechtssetzungsbefugnisse beinhalten, dass den dezentralen Einheiten einerseits Vorgaben gemacht werden können und diese andererseits auch zentral gesetztes Recht anwenden müssen.

Natürlich kommt es auch in diesem Modell entscheidend darauf an, welche Befugnisse der zentralen Ebene im Einzelnen eingeräumt werden. Orientiert man sich bei der Verteilung derselben an den hier vorgeschlagenen Kriterien, um eine möglichst optimale Aufteilung zu erzielen, so lässt sich pauschal sagen, dass materielle Kompetenzen der zentralen Ebene die Möglichkeit schaffen, ihre Interessen und Rechtsgüter effektiver zu schützen, die Voraussetzungen für eine gegenseitige Anerkennung von Entscheidungen zu schaffen, da diese auf der Grundlage desselben Rechts ergehen, und zumindest in diesen Bereichen für Rechtssicherheit durch Rechtseinheit zu sorgen. Eine gegenseitige Anerkennung oder gar eine unmittelbare Verfügbarkeit von Beweisen aus der anderen Rechtsordnung erscheint aus der Sicht der Beschuldigten nur dann unbedenklich, wenn weitgehend einheitliche Verfahrensstandards gelten. Gesetzgebungskompetenzen bzgl. des Verfahrensrechts können die Effektivität bei der Kooperation der Behörden erhöhen und Jurisdiktionskonflikte und *Forum Shopping* verhindern. Beide nützen im jeweiligen Umfang auch den Interessen der Beschuldigten.

Jeweils sind die zentralen Kompetenzen zunächst jedoch augenscheinlich mit Einbußen an demokratischer Selbstbestimmung sowie Macht und „Souveränität“ der Einzelstaaten verbunden. Dies ist aber dann nicht der Fall, wenn die dezentrale Ebene die Probleme alleine nicht ausreichend bewältigen könnte. Denn dann gewinnt sie die erforderlichen Einflussmöglichkeiten gerade erst durch die Übertragung auf die zentrale Ebene hinzu.<sup>950</sup> Daher sprechen auch hier gute Gründe für eine an Effektivitätserwägungen und dem Sachzusammenhang orientierte Zuteilung von Bundeskompetenzen. Denn in diesem Fall würden die dezentralen Einheiten solange zuständig bleiben, wie ihre Leistungsfähigkeit ausreicht. Der Bund würde hingegen ergänzend nur in den Fällen tätig, die sein Eingreifen erfordern und in denen aufgrund des Sachzusammenhanges der Schutz der eigenen Rechtsgüter und Interessen im Raume steht und nicht die Strafgewalt der Einzelstaaten.

Da indessen auch die Beschuldigtenrechte zu berücksichtigen sind, ist an weitere Kompetenzen zu denken, durch die etwa für einheitliche prozessuale Regeln hinsichtlich der grenzüberschreitenden Verfahren, der Kooperation der dezentralen

950 Siehe bereits oben 2. Kapitel C. IV. 1. g).

Ebenen sowie der Gewinnung und Verwertung von Beweision gesorgt werden kann. Während „Demokratie“ und „Effektivität“ also miteinander korrespondieren, können „Vielfalt“ und „Beschuldigtenrechte“ unter Umständen in entgegengesetzte Richtungen tendieren.

Je nach Ausgestaltung fällt also die Bewertung dieses Modells aus. Es birgt viel Potenzial für einen vernünftigen Ausgleich der hier zu Grunde gelegten Kriterien. Denn es kann Vielfalt und demokratischen Einfluss auf der dezentralen Ebene wahren, auf Effektivitätsdefizite aber mit zentraler Rechtssetzung reagieren. Diese wird hier allerdings durch die dezentrale Auslegung und Anwendung beeinträchtigt. Aus Sicht der Beschuldigten müssten weitere Einbußen an Vielfalt hingenommen werden. Auch hier böte es sich aber an, zentrale Regelungen auf den grenzüberschreitenden Verkehr und die Bereiche der Rechtshilfe zu beschränken, sodass auch hinsichtlich des Verfahrensrechts die Einzelstaaten ihr eigenes Recht für lokale Belange behalten können. Jedoch können bei dieser Aufteilung auch Probleme der Kohärenz auftreten, wenn strafrechtliche Vorschriften durch verschiedene Ebenen erlassen werden, denn die dezentralen Behörden und Gerichte müssten schließlich Vorschriften beider Gesetzgeber anwenden, die im Strafmaß oder Voraussetzungen divergieren können. Zudem müsste im Hinblick auf den Schutz der Grund- und Menschenrechte klar werden, ob und inwieweit diese von den dezentralen Gerichten auch im Hinblick auf die zentral gesetzten Normen überprüft werden können und ob ein zentrales Verfassungsgericht einzurichten ist.

Auch hier gilt hinsichtlich der Anwendungsvoraussetzungen auf der einen Seite zunächst das für Modell 1b Gesagte. Es müssen starke Loyalitäten der Bürgerinnen und Bürger mit den dezentralen Ebenen vorhanden sein, diesen Einheiten kommt entscheidende politische Macht zu, da sie grundsätzlich umfassend zuständig sind. Auf der anderen Seite müssen immerhin ein Grundkonsens hinsichtlich der zentral durchzusetzenden Werte und Interessen bestehen und ausreichende demokratische Strukturen auch auf der Bundesebene vorhanden sein, um die Gesetzgebung zu legitimieren. Andernfalls wären entsprechende Befugnisse aus demokratischer Sicht nicht zu unterstützen.

#### *b) Abwandlung: Ergänzung durch zentrale Gerichte und/oder Behörden*

Auch hier kann daran gedacht werden, zentrale Gerichte und Strafverfolgungsbehörden zu installieren, d.h. der zentralen Ebene entsprechende Befugnisse zur Einrichtung derselben und diesbezüglicher Verfahrens- und Gerichtszuständigkeiten zu übertragen. So können die Nachteile von Modell 4a für die Effektivität, die daraus resultieren, dass die Gerichtsbarkeit der dezentralen Ebene überlassen ist, durch eine Abwandlung dieses Modells beseitigt werden, indem einem zentralen Gericht entsprechende Funktionen zukommen (Modell 4b). Dies kann erstens wiederum eine Revisionszuständigkeit sein, wie sie in Deutschland dem BGH und in

Kanada dem Supreme Court of Canada zusteht, zweitens eine erstinstanzliche Zuständigkeit, insbesondere bei Staatsschutzdelikten, über welche etwa die Bundesgerichtsbarkeit in Deutschland verfügt, wenngleich diese auf die Länder übertragen wurde und durch diese ausgeübt wird,<sup>951</sup> oder drittens eine Zuständigkeit hinsichtlich der Auslegung der zentralen Vorschriften, wie sie etwa dem EuGH gemäß Art. 267 Abs. 1 lit. b) AEUV im Vorabentscheidungsverfahren zukommt.<sup>952</sup> Durch die Auslegungs- oder Revisionshoheit bzgl. der zentralen Normen wird die Einheitlichkeit der Interpretation gesichert, sodass die Rechtssicherheit und die Effektivität der Verfolgung gefördert werden. Erstinstanzliche Zuständigkeiten können in bestimmten Fällen wiederum die effektive Verfolgung gewährleisten, haben andererseits aber auch einen hohen symbolischen Wert. So nimmt der Bund sich z.B. in den USA (nur) einzelner Verfahren mit gesamtstaatlicher Bedeutung an und bringt dadurch diese gerade zum Ausdruck.<sup>953</sup>

Sämtliche der hier untersuchten Systeme, die sich, anders als das Trennsystem, grundsätzlich eines dezentralen Gesetzesvollzuges bedienen, haben einzelne Bundesbehörden geschaffen. In Deutschland werden etwa das BKA und die Bundespolizei als zentrale Polizeibehörden und der GBA in bestimmten Fällen als Anklagebehörde tätig, in Kanada gilt Ähnliches für PPSC und RCMP. Auch im Vereinigten Königreich von Großbritannien und Nordirland operiert mit SOCA bzw. NCA eine zentrale Polizeieinheit. In der EU schließlich wurden Europol und Eurojust eingerichtet, auch wenn sie (noch) nicht über echte exekutive Befugnisse verfügen.

Durch solche zentralen Behörden kann wiederum die Effektivität der Verfolgung bei grenzüberschreitenden Taten oder bei Delikten, die sich gegen den Bund oder das Gesamtsystem richten, erhöht werden.<sup>954</sup> Diese Förderung effektiver Strafverfolgung bestimmter Delikte durch Gerichte und/oder zentrale Behörden geht einher mit einer entsprechenden Verschiebung der Machtverhältnisse zu Gunsten der zentralen Ebene und Einbußen am Vollzugsmonopol der Einzelstaaten. Je nachdem, wie stark die Gliedstaaten sein sollen oder wollen, wird die konkrete Ausgestaltung also unterschiedlich ausfallen.<sup>955</sup> Auch hier ist demnach zwischen den Polen Effektivität im Hinblick auf die Verfolgung zentraler Anliegen, den Schutz der Rechtsgüter der Zentrale und der Verfolgung grenzüberschreitender Kriminalität auf der einen und den Machtinteressen der Gliedstaaten auf der anderen Seite ein Ausgleich zu finden. Ferner spricht die Bürgernähe grundsätzlich für einen dezentralen Gesetzesvollzug. Auch die Beschuldigten dürften zunächst ein Interesse an einer de-

951 Siehe oben 3. Kapitel A. II. 2.

952 Siehe oben 5. Kapitel C. I. 2.

953 *Curtis*, 46 *Hastings L.J.* 1019, 1023 (1995); *Reinbacher*, Das Strafrechtssystem der USA, S. 170.

954 Vgl. zu einer solchen Ergänzung *Sieber*, *ZStW* 121 (2009), 1, 48 f.

955 Vgl. auch *Sieber*, *ZStW* 121 (2009), 1, 48 f.

zentralen Gerichtsbarkeit (z.B. in der Nähe ihres Wohnorts) haben, allerdings kann die Rechtssicherheit für eine ultimative einheitliche Auslegung streiten.

Aus der Sicht der Beschuldigten ist insbesondere der zentrale Schutz von Grundrechten im Gesamtsystem zu befürworten, dies ist allerdings nicht unbedingt nur ein Fall der Strafgerichtsbarkeit, sondern insbesondere auch zentraler Verfassungs- oder Menschenrechtsgerichtshöfe. Zentrale Gerichte könnten ferner z.B. das Strafanwendungsrecht koordinieren, um doppelte Verfolgung zu verhindern.<sup>956</sup> In einem System, das dem Subsidiaritätsprinzip verschrieben ist, wird auch hier genau zu prüfen sein, welche Befugnisse der zentralen Ebene im Einzelfall tatsächlich zukommen müssen.<sup>957</sup> Es ist indes zu beachten, dass auch dieses Prinzip keine Lokalisierung um jeden Preis erfordert, sondern diese von der Frage der Effektivität abhängig macht. Dies sollten aber auch auf ihre Macht und ihren Einfluss bedachte Einzelstaaten berücksichtigen, denn ihre Kompetenzen nützen ihnen nur insoweit etwas, als sie damit auch Ergebnisse erzielen können.

*c) Grundmodell: Grundsätzlich zentrale Gesetzgebung, einzelne Rechtssetzungskompetenzen der dezentralen Einheiten, dezentrale Strafverfolgung und Gerichte*

Es ist auch denkbar, das Grundmodell von vorneherein mehr zu Gunsten der zentralen Ebene auszugestalten, indem diese grundsätzlich zur Strafgesetzgebung zuständig ist, während die dezentrale Ebene die Gerichtsbarkeit und Strafverfolgung durchführt, sodass das System insoweit Modell 2a entspricht, dabei jedoch durch einzelne Gesetzgebungsbefugnisse der dezentralen Einheiten ergänzt wird (Modell 4c).

Ein solches System findet sich vom Grundprinzip her in Kanada.<sup>958</sup> Denn dort ist einerseits die exklusive legislative Autorität im Hinblick auf Straf- und Strafprozessrecht („*The Criminal Law [...] including the Procedure in Criminal Matters*“) der zentralen Ebene zugewiesen, während den Provinzen nach s. 92 (14) Constitution Act 1867 die „*Administration of Justice*“ obliegt. Andererseits können die Provinzen gemäß s. 92 (15) Constitution Act 1867 ihre Gesetze aber zur Durchsetzung mit einer Sanktion versehen, welche neben der Geldstrafe auch als Freiheitsstrafe ausgestaltet sein darf („*The Imposition of Punishment by Fine, Penalty, or Imprisonment for enforcing any Law of the Province [...]*“). Dadurch entsteht ebenjene Situation, in der bei grundsätzlicher Bundeszuständigkeit für die Gesetzgebung, die Provinzen einzelne Sanktionsvorschriften erlassen dürfen und insgesamt für Gerichtsbarkeit und Strafverfolgung zuständig sind. Dennoch sind

956 Siehe bereits oben 5. Kapitel B. II. 4.

957 Sieber, ZStW 121 (2009), 1, 48.

958 Siehe dazu oben 3. Kapitel C. I.

wiederum Abweichungen zu verzeichnen, indem einerseits dem Supreme Court of Canada eine (ergänzende) Revisionszuständigkeit zukommt und andererseits PPSC und RCMP als Bundesbehörden für die Verfolgung bestimmter Delikte zuständig sind. Faktisch gilt wiederum Ähnliches in Deutschland,<sup>959</sup> indem die eigentlich konkurrierende Zuständigkeit des Bundes zur Gesetzgebung so umfassend ausgeschöpft wurde, dass den Ländern nur noch in Randbereichen eine strafrechtsbezogene Rechtssetzungskompetenz verbleibt, sofern entweder das EGStGB noch entsprechende Lücken lässt, d.h. der Bund von seiner Kompetenz noch nicht vollständig Gebrauch gemacht hat, oder wenn eine größere Sachnähe zu einer anderen Landeskompentenz besteht. Wiederum wurde aber bereits mehrfach auf die ergänzenden Gerichtszuständigkeiten und Verfolgungsbefugnisse des Bundes hingewiesen.

Wie auch schon beim dezentral ausgestalteten Modell 4a<sup>960</sup> stellt sich die Frage, welche Einzelbereiche der Rechtssetzung denn nun der grundsätzlich nicht zuständigen Ebene übertragen werden sollten, hier also, welche Felder dezentral geregelt werden sollten. Die hier untersuchten Systeme beantworten diese Frage zwar ähnlich, jedoch mit durchaus unterschiedlichem Ausgang.

In Kanada ist hinsichtlich der Verteilung der Gesetzgebungskompetenzen, wie soeben ausgeführt, der Gedanke Ausschlag gebend, dass zwar einerseits der Bund umfassend zuständig sein soll, um für die nötige Rechtseinheit zu sorgen, andererseits es aber den Provinzen unbenommen sein muss, Sanktionen zur Durchsetzung ihrer Vorschriften zu erlassen (*for enforcing any Law of the Province*). Ähnlich wie in den USA wird hier davon ausgegangen, dass jede verfassungsmäßige Zuständigkeit es mit sich bringt, dass zur Absicherung der darauf gestützten Regelungen auch Sanktionen in das entsprechende Statut aufgenommen werden dürfen.<sup>961</sup> Daher bringt s. 92 (15) Constitution Act 1867 nur eine Erwägung für die Provinzen zum Ausdruck, die ansonsten wohl ohnehin in die Verfassung hineingelesen worden wäre.<sup>962</sup> Dieser Hintergrund ließ sich, wenn auch unter anderen Vorzeichen, in nahezu allen Rechtsordnungen nachweisen. In den USA haben entsprechende *implied powers* zur Herausbildung des Bundesstrafrechts geführt, ähnliche Erwägungen kamen in der EU zum Tragen, als immerhin die Etablierung von Anweisungskompetenzen per Richtlinie im Raume stand, um die Mitgliedstaaten dazu zu verpflichten, das Bundesrecht durchzusetzen.

In Deutschland hat sich eine solche Sichtweise hingegen nicht in diesem Maße etablieren können.<sup>963</sup> Zwar ist davon auszugehen, dass die Zuständigkeit für eine Materie auch die Kompetenz mit sich bringen kann, darauf bezogene strafrechtli-

959 Siehe dazu oben 3. Kapitel A. I. 1.

960 Siehe oben 5. Kapitel D. II. 4. a).

961 Vgl. etwa *Colvin/Anand*, S. 5; *Hogg*, S. 565.

962 So jedenfalls *Hogg*, S. 565.

963 Siehe oben 3. Kapitel A. II. 1. a) aa) und cc).

che Fragen zu regeln.<sup>964</sup> Das BVerfG erklärte jedoch, dass der Bund auch in den Feldern, in denen ihm keine ausdrückliche Kompetenz zukommt, – zumindest in den herkömmlich im StGB geregelten Bereichen – strafrechtliche Vorschriften erlassen und selbst Verstöße gegen Landesrecht als Straftat werten kann, wenn er sie für strafwürdig hält.<sup>965</sup> So war etwa § 367 StGB a.F. verfassungsgemäß, obgleich er das Bauen ohne die nach Landesrecht erforderliche Genehmigung unter Strafe stellte.<sup>966</sup>

Im deutschen Pressestrafrecht spielt der Gedanke des näheren Sachzusammenhanges hingegen noch eine Rolle, indem das BVerfG<sup>967</sup> hier eine Kompetenz der Länder zur Regelung der Verjährung im Pressestrafrecht wegen des historischen Sachbezuges zum Presserecht annimmt.<sup>968</sup> Streng genommen handelt es sich dabei dann aber verfassungstheoretisch gerade nicht um Strafrechtskompetenzen, sondern um aus anderen Kompetenztiteln folgende Zuständigkeiten, was z.B. auch der kanadischen Verfassungstheorie entspricht.<sup>969</sup>

Der Sachzusammenhang mit denselben scheint insgesamt ein weitgehend anerkanntes Kriterium einer Zuweisung der Kompetenz zu sein. Hinzu kommt der bereits mehrfach vorgetragene Grundsatz des Schutzes der eigenen Institutionen, Organe und Finanzmittel, der auch hinsichtlich der dezentralen Ebene eine Rolle spielen kann, wenngleich eine eher untergeordnete, da die Zentrale hinsichtlich allgemeiner Delikte wie Betrug oder Falschaussage vor den lokalen Gerichten im für das Gesamtsystem geltenden Strafgesetzbuch ohnehin Regelungen treffen wird. Für eine dezentrale Rechtssetzung in Betracht kommen ferner rein lokale Sachverhalte bzw. solche, die, wie etwa der Schutz von Feld und Forst in Art. 4 EGStGB, für den Gesamtverbund nicht von Interesse sind.

Legt man diese Erwägungen hier zu Grunde, so lassen sich dadurch durchaus Gewinne erzielen. Als Reinform konzipiert baut Modell 4c auf Modell 2a auf und teilt zunächst einmal auf Grund der Rechtssetzungsbefugnisse des Gesamtverbundes dessen Vorteile im Hinblick auf die Effektivität des Rechtsgüterschutzes und die Wirksamkeit der Politik der zentralen Ebene sowie die Rechte der Beschuldigten sowie dessen Nachteile hinsichtlich der Bürgernähe und der Wahrung lokaler Vielfalt.<sup>970</sup> Die dezentrale Strafverfolgung kann diese Nachteile wiederum nur in gewissem Maße reduzieren.

964 Vgl. BT-Drs. 7/550, S. 197 f. („kraft Sachzusammenhanges“); *Maurach/Zipf*, AT 1, § 8 III Rn. 17.

965 BVerfGE 13, 367, 373; 23, 113, 124; 110, 141, 174; ebenso *Eser/Hecker*, in: *Schönke/Schröder*, Vorbem. § 1 Rn. 47; *Fischer*, Einleitung Rn. 2; *Jesbeck/Weigend*, § 13 I 1; *Kunig*, in: v. Münch/Kunig, Art. 74 Rn. 14; *Maunz*, in: *Maunz/Dürig*, 69. EL 2013, Art. 74 Rn. 66; *Maurach/Zipf*, AT 1, § 8 III Rn. 13; *Oeter*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Art. 74 Rn. 19; *Stettner*, in: *Dreier*, Suppl. 2007, Art. 74 Rn. 24; *Weber*, FS Tröndle, 1989, S. 345; vgl. auch *Tiedemann*, AöR 89 (1964), 56, 63 f.

966 BVerfGE 23, 113; siehe dazu bereits oben 3. Kapitel A. II. 1. a) aa).

967 BVerfGE 7, 29, 43.

968 Siehe oben 3. Kapitel A. II. 1. b) bb).

969 Siehe oben 3. Kapitel C. II. 1. b).

970 Siehe dazu oben 5. Kapitel D. II. 2. a).

Durch die zusätzlichen dezentralen Rechtssetzungskompetenzen kann aber auch den Normen der Gliedstaaten mittels entsprechender Sanktionsbefugnis zu größerer Wirksamkeit verholfen werden, sodass insoweit dieselben Erwägungen gelten wie umgekehrt für die Bundesnormen. Hierdurch wird einerseits dem Effektivitätsgedanken auch aus der Sicht der dezentralen Ebene Rechnung getragen, welche sonst bei rein zentraler Rechtssetzungsbefugnis darauf vertrauen müsste, dass der Bund ihre Interessen entsprechend strafrechtlich schützt, und andererseits werden ihnen in demokratischer Hinsicht Entscheidungen ermöglicht, die bürgernäher sind als das zentral gesetzte Recht. Insofern erhöhen sich gegenüber Modell 2a im Sinne des dritten Kriteriums auch Einfluss und Selbstständigkeit der Einzelstaaten, da sie zumindest in den ihnen nun zugeordneten Bereichen Strafnormen setzen können, welche insofern Ausdruck einer bestimmten Überzeugung, Kultur oder Dogmatik sind. Aus der Sicht des vierten Kriteriums „Rechte der Beschuldigten“ verringern solche Rechtssetzungsbefugnisse allerdings die Rechtssicherheit, weiten die strafbaren Handlungen aus und können das Risiko doppelter Verfolgung oder Bestrafung beinhalten, wenn und soweit sich dadurch Vorschriften überlagern.

Inwieweit das dezentrale Recht jedoch tatsächlich neben dem Bundesrecht bestehen kann, hängt wiederum davon ab, wie das Verhältnis der Rechtsordnungen zueinander ausgestaltet ist. In Kanada bewirkt die *Double Aspects Doctrine*, dass denselben Sachverhalt betreffende Strafnormen des Bundes und der Provinzen auf unterschiedliche Kompetenztitel gestützt werden können.<sup>971</sup> Auch ein konstitutioneller Konflikt wird hier bei Parallelität der Normen nicht angenommen.<sup>972</sup> Daher können in einem bestimmten Feld Bundes- und Provinzgesetze nebeneinander bestehen, sofern sie auf entsprechende Kompetenzen gestützt werden können.<sup>973</sup> Anders würde das deutsche Verfassungsrecht entscheiden, das eine Doppelzuständigkeit verbietet.<sup>974</sup>

Wie auch immer dieses Problem gelöst wird, verhindert der rein dezentrale Vollzug in Modell 4c, dass aus einer Überlagerung der Normen auch eine Verdoppelung der Verfolgungszuständigkeit in vertikaler Perspektive erwachsen kann. Daher ist die Parallelität der Vorschriften zwar in gewissem Maße der Voraussehbarkeit der Strafe hinderlich, die für die Beschuldigten besonders belastenden Probleme der doppelten Verfahren oder gar Bestrafung oder des *Forum Shoppings* und der Verwertbarkeit von Beweisen aus einer fremden Rechtsordnung lassen sich hier jedoch vermeiden, wenn und soweit die Zentrale das Strafverfahrensrecht einheitlich regelt. Wird der dezentralen Ebene hingegen, wie z.B. in Kanada, die Befugnis zugestanden, auch das Verfahrensrecht hinsichtlich ihrer Strafnormen zu erlassen, so

971 Siehe dazu oben 3. Kapitel C. III. 1.

972 *Multiple Access Ltd. v. McCutcheon*, (1982) 2 SCR 161, 190 – a.A. noch *Laskin/Finkelstein*, S. 117; *Lederman*, (1963) 9 McGill L.J. 185, 196.

973 Siehe oben 3. Kapitel C. III. 1.

974 Siehe oben 3. Kapitel A. I. 1.

können diese Probleme jedoch durchaus auftreten. Daher spräche viel dafür, der zentralen Ebene jedenfalls die Bestimmung der Kooperationsvoraussetzungen und der Interaktion der Ebenen zu überlassen.

Wegen der Nähe dieses Systems zu Modell 2a gelten im Übrigen auch dessen Anwendungsvoraussetzungen, wobei in Hinblick auf die Gesetzgebungsbefugnisse die Machtverhältnisse in Richtung der dezentralen Ebene verschoben sind. Kanada ist heute ein sehr dezentralisiertes föderales System, was nicht zuletzt auch auf die großzügige Interpretation der Provinzzuständigkeiten und restriktive Auslegung der Bundeskompetenzen zurückzuführen ist.<sup>975</sup>

#### d) Abwandlung: Ergänzung durch zentrale Gerichte und/oder Behörden

Auch dieses Modell kann wiederum durch zentrale Gerichte und/oder Strafverfolgungsbehörden ergänzt werden, wie es schon für die Modelle 2b und 2c erwogen wurde. Hier kann auf die dortigen Ausführungen<sup>976</sup> verwiesen werden. Werden sowohl Bundesgerichte mit Revisionszuständigkeit als auch Anklage- und Polizeibehörden des Bundes für bestimmte Straftaten, wie etwa für Staatsschutzdelikte oder Terrorismusstrafrecht, eingerichtet, so wird dadurch das kanadische System nun nahezu vollständig abgebildet. Es entspricht einem Modell, in dem die Gesetzgebungszuständigkeit zwar beim Bund liegt, den Provinzen jedoch einzelne Sanktionskompetenzen zur Effektivierung ihrer Normen zukommen, Gerichtsbarkeit und Strafverfolgung zwar grundsätzlich den Provinzen obliegen, der Bund aber über eine oberste Gerichtsbarkeit in der Form des Supreme Court of Canada verfügt und mit PPSC und RCMP zentrale Behörden in bestimmten Fällen tätig werden.<sup>977</sup>

Auch der deutschen Kompetenzverteilung nähert sich diese Abwandlung weiter an, denn dort werden mit dem BGH ein Bundesgericht als höchste Revisionsinstanz und mit GBA, BKA und Bundespolizei zentrale Anklage- und Polizeibehörden tätig.<sup>978</sup> Im Unterschied zu Kanada sind hier aber einerseits die Gesetzgebungsbefugnisse der Länder *de facto* noch weiter reduziert und andererseits ist zumindest verfassungstheoretisch auch eine erstinstanzliche Zuständigkeit der Bundesgerichtsbarkeit vorgesehen, auch wenn diese auf die Länder übertragen wurde und durch diese ausgeübt wird.<sup>979</sup> Dies zeigt, dass selbstverständlich auch innerhalb der Abwandlung verschiedene Nuancen gewählt werden können, je nachdem auf welche Aspekte größerer Wert gelegt wird: auf die Eigenständigkeit der dezentralen Ebenen oder auf die Effektivierung der Strafverfolgung durch zentrale Behörden, auf

975 Siehe oben 3. Kapitel C. I.

976 Siehe oben 5. Kapitel D. II. 2. b) und c).

977 Siehe oben 3. Kapitel C. I.

978 Siehe oben 3. Kapitel A. I. 1.

979 *Jachmann*, in: Maunz/Dürig, 69. EL 2013, Art. 96 Rn. 56; *H. Mayer*, in: KK StPO, § 142a GVG Rn. 1.

die Rechtseinheitlichkeit im Dienste der Rechtssicherheit oder auf die Vielfalt und Bürgernähe.

Die zentralen Gerichte erhöhen durch die Auslegungs- oder Revisionshoheit zumindest bzgl. der zentralen Normen die Rechtssicherheit sowie die Effektivität der Verfolgung. Auch die erstinstanzlichen Zuständigkeiten können in bestimmten Fällen die Bekämpfung der Kriminalität verbessern und haben einen hohen symbolischen Wert.<sup>980</sup> Durch zentrale Behörden kann wiederum die Effektivität der Verfolgung bei grenzüberschreitenden Taten oder bei Delikten, die sich gegen den Bund oder das Gesamtsystem richten, erhöht werden.<sup>981</sup> Diese Einrichtung der Gerichte und/oder zentralen Behörden verschiebt indessen die Machtverhältnisse zu Gunsten der zentralen Ebene. Damit werden die Kriterien „Effektivität“ und „Beschuldigtenrechte“ im Verhältnis zu Modell 4c weiter gestärkt, andererseits „Vielfalt“ und Einfluss der Einzelstaaten sowie Bürgernähe reduziert. Auch hier ist also zwischen den Polen effektive Verfolgung zentraler Anliegen und grenzüberschreitender Kriminalität und dem Interesse der Beschuldigten an einheitlichen Regeln auf der einen und den Machtinteressen der Gliedstaaten und der Pluralität der Anschauungen auf der anderen Seite ein Ausgleich zu finden.

e) *Grundmodell: Konkurrierende Gesetzgebung, dezentrale Strafverfolgung und Gerichte*

Wollte man auch das deutsche Modell möglichst detailgetreu nachbilden, so müsste ferner die Möglichkeit der konkurrierenden Gesetzgebung genannt werden (Modell 4e). In einem solchen System wäre die Rechtssetzungskompetenz demnach nicht nach bestimmten materiellen Kriterien zwischen den Ebenen verteilt, sondern grundsätzlich konkurrierend angeordnet, während Gerichtsbarkeit und Strafverfolgung dezentral bleiben. Mit konkurrierender Gesetzgebungszuständigkeit ist nicht etwa eine parallele Strafgewalt gemeint, wie sie etwa durch den US-amerikanischen Begriff „*concurrent power*“ beschrieben wird,<sup>982</sup> sondern es soll ausgedrückt werden, dass eine Ebene sich im Falle der Ausnutzung ihrer Kompetenz durchsetzt, wie es auch in Art. 72 Abs. 1 GG vorgesehen ist. Hiernach haben die Länder die Befugnis zur Gesetzgebung, solange und soweit der Bund von seiner Gesetzgebungszuständigkeit nicht durch Gesetz Gebrauch gemacht hat.

In Deutschland hat diese Anordnung in der Folge dazu geführt, dass das Landesstrafrecht und die entsprechende Gesetzgebungszuständigkeit der Länder durch die Ausschöpfung der Bundeskompetenz nahezu vollständig verdrängt wurden.<sup>983</sup> Dies steht insbesondere dann zu erwarten, wenn dem Gesetzgeber ein weiter Er-

980 Siehe bereits oben 5. Kapitel D. IV. 2.

981 Vgl. zu einer solchen Ergänzung *Sieber*, ZStW 121 (2009), 1, 48 f.

982 *Reimbacher*, Das Strafrechtssystem der USA, S. 76.

983 *Eser/Hecker*, in: *Schönke/Schröder*, Vorbem. § 1 Rn. 39; siehe oben 3. Kapitel A. II. 1. a) aa).

messensspielraum eingeräumt wird, ob und in welchem Umfang er seine Kompetenz einsetzen will. Im Grunde macht es dann keinen entscheidenden Unterschied aus, ob es sich um eine konkurrierende Kompetenz zu Gunsten des Bundes handelt oder ob beide Ebenen zwar parallel Recht setzen dürfen, das Bundesrecht sich aber mittels Vorrangklausel durchsetzt und das dezentrale Recht verdrängt. In ersterem Fall tritt schon die einzelstaatliche Kompetenz, in letzterem Fall erst das einfache Recht der Gliedstaaten zurück. Deutschland hat den ersten Weg beschritten, indem bereits die Landeskompetenz ausgeschlossen ist. Zwar war die Bundesgesetzgebung, wie oben<sup>984</sup> erläutert, zunächst noch von einem Bedürfnis bzw. einer Erforderlichkeit der Regelung zur Herstellung gleichwertiger Lebensverhältnisse im Bundesgebiet oder zur Wahrung der Rechts- oder Wirtschaftseinheit im gesamtstaatlichen Interesse abhängig, diese ist durch das BVerfG jedoch in den Anfängen sehr großzügig interpretiert worden, da es die Klausel für nur eingeschränkt justiziabel hielt,<sup>985</sup> sodass die Gesetzgebungskompetenz weitestgehend ausgeschöpft werden konnte. Heute bleibt daher für Landesstrafrecht kaum noch Raum.

In beiden Fällen ist also zu bedenken, dass die Bundeskompetenz sich durchsetzen und die dezentrale Kompetenz obsolet machen kann.<sup>986</sup> Wird das dezentrale Recht nicht mittels entsprechender Verfassungsinterpretation geschützt, hängt sein Fortbestand vom Interesse und der Mäßigung des Bundes ab. Ohnehin lässt sich in allen untersuchten Systemen eine Tendenz beobachten, dass sich die Spezialkompetenzen zu Lasten der Residualkompetenz ausweiten. Wenn die allgemeine Kompetenz bei einer Ebene verbleibt, ist sie ständigen Angriffen seitens der sich ausbreitenden Spezialzuständigkeiten ausgesetzt. Dies lässt sich nicht nur in Deutschland, sondern auch in den USA ausmachen, da der Bund in beiden Ländern weitgehend unbehelligt durch das jeweilige Verfassungsgericht von seinen Zuständigkeiten auf Kosten der Residualzuständigkeit der Einzelstaaten Gebrauch gemacht hat. In Kanada gilt das umgekehrte Prinzip, indem nur die Zuständigkeiten der Provinzen aufgezählt sind, während dem Bund die allgemeine Kompetenz zukommt. Auch hier konnte sich das System durch umfangreiche Ausschöpfung der Provinzzuständigkeiten signifikant dezentralisieren. Lapidar lässt sich sagen: Wenn eine Kompetenz eingeräumt wird, wird sie auch genutzt.

Damit steht zu erwarten, dass ein Modell mit konkurrierender Gesetzgebung zu Gunsten des Bundes sich mit großer Wahrscheinlichkeit zu Modell 2a entwickeln wird. Dann gelten dessen Vor- und Nachteile. Bis zum Erreichen dieses Stadiums behalten die Einzelstaaten so viel Macht, Einfluss, kulturelle Vielfalt und die Bürgerinnen und Bürger so viele Möglichkeiten, ihre unmittelbaren Lebensumstände

984 Siehe oben 3. Kapitel A. I. 2. e).

985 BVerfGE 2, 213, 224; vgl. auch *Lauffer/Münch*, S. 128; *Uhle*, in: Maunz/Dürig, 69. EL 2013, Art. 72 Rn. 27; siehe oben 3. Kapitel A. I. 2. e).

986 Diese Befürchtung hegt *Hassemer*, ZStW 116 (2004), 304, 315 f., etwa auch für die EU angesichts der geteilten Zuständigkeit für den Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts.

auch im Hinblick auf die Kriminalisierung von Verhaltensweisen zu bestimmen, wie der Bund ihnen lässt. Umgekehrt kann der Bund für Effektivität der Strafverfolgung und einen einheitlichen Standard der Beschuldigtenrechte sorgen, indem er seine Kompetenzen einsetzt. Zwar verbleibt dann, wie bei Modell 2a die Befugnis zur Strafverfolgung und zur Rechtsprechung bei der dezentralen Ebene, jedoch liegt die besonders bedeutsame legislative Zuständigkeit dann beim Bund. Auch dieses System kann ferner durch einzelne Bundeszuständigkeiten für Rechtsprechung und Strafverfolgung ergänzt werden, wie dies auch in Deutschland geschehen ist.

Dies sollte auch bei den Anwendungsvoraussetzungen bedacht werden. Verfassungstheoretisch haben die Länder in Deutschland viel Macht, da sie über die umfassende Kompetenz verfügen, dem Bund hingegen nur enumerativ genannte Zuständigkeiten zukommen. Kann er aber durch eine konkurrierende Zuständigkeit oder durch eine Vorrangklausel das Recht an sich ziehen, so kann das Modell sich sehr stark zentralisieren. Daher setzt ein solches System ein hinreichendes Maß an Identifikation mit dem Gesamtverbund voraus, während die Einzelstaaten rasch auf eine Art Rechtsdurchsetzungsfunktion in Form eines Administrativföderalismus reduziert werden können.

*f) Grundmodell: Grundsätzlich dezentrale Gesetzgebung, einzelne Rechtssetzungskompetenzen der zentralen Ebene, zentrale Strafverfolgung und Gerichte*

Der Vollständigkeit halber kann auf ein weiteres potenzielles Modell verwiesen werden, welches auf dem oben<sup>987</sup> erläuterten Modell 2h aufbaut. Dieses wurde als unvorteilhaft eingestuft, da es die Nachteile für die Effektivität des Schutzes der zentralen Interessen und Institutionen, aber auch für die Rechtsstaatlichkeit und die Rechte der Beschuldigten, die eine rein dezentrale Rechtssetzung mit sich bringt, nicht kompensieren kann und die Vorteile, die ein rein dezentrales Modell im Hinblick auf Bürgernähe und kulturelle Vielfalt barg, zusätzlich reduzierte. Zudem wurde es für unrealistisch befunden, da es sich nicht nur in keinem der untersuchten Systeme fand, sondern auch insgesamt kaum Gründe für einen rein zentralen Vollzug sprechen, wenn nicht auch die Gesetzgebung zentralisiert ist. Wird es nun als Modell 4f durch Gesetzgebungskompetenzen der zentralen Ebene für bestimmte Bereiche ergänzt, so böte es sich wiederum an, wie beim Trennmodell 3a<sup>988</sup> vorgeschlagen, diejenigen Materien, die eine wesentlich größere Sachnähe zur zentralen Ebene aufweisen, der Gesamteinheit zuzuweisen, also eine Verteilung nach Effektivitätsgesichtspunkten und Sachzusammenhang vorzunehmen. Auf diese Weise steigert sich immerhin die Effektivität hinsichtlich des strafrechtlichen Schutzes der

987 Oben 5. Kapitel D. II. 2. e).

988 Oben 5. Kapitel D. II. 3. a).

zentralen Interessen. Wie schon bei Modell 3a kann der Bund in diesen Bereichen einheitliches Recht setzen und es auch selbst vollziehen. Vorteile dürften daher auch bei grenzüberschreitender Kriminalität kreierte werden. Ferner könnten für dieses Bereichsstrafrecht z.B. auch die Verfahrensrechte zentral geregelt werden, sodass ein einheitlicher Standard hinsichtlich der Ermittlungsbefugnisse entsteht.

Den dezentralen Einheiten verbleibt dabei ebenfalls ein gesetzgeberischer Spielraum, da sie ihr Strafrecht grundsätzlich weiter selbstständig setzen können. Dadurch können sie in Einzelbereichen also durchaus strafrechtspolitische Entscheidungen treffen, indem sie bestimmte Verhaltensweisen schlichtweg nicht kriminalisieren, sodass die zentralen Behörden diese auch nicht verfolgen können. Auf der anderen Seite sind sie hinsichtlich der Strafverfolgung von der Willigkeit der zentralen Behörden abhängig, diese auch in der Praxis vorzunehmen. Selbstverständlich ließe sich ein Legalitätsprinzip etablieren, sodass auch strafbewehrte Verstöße gegen einzelstaatliche Vorschriften verfolgt werden müssten. Insgesamt haben die Gliedstaaten jedoch eine wesentlich schwächere Stellung als beim Trennmodell, da die Strafverfolgung vollständig in den Händen der zentralen Ebene liegt. Ferner entfällt die Bürgernähe des Vollzuges, welche in föderalen Systemen wie gezeigt grundsätzlich favorisiert wird. Letztlich läuft dieses Modell darauf hinaus, dass ein Zentralstaat mit zentraler Verwaltung entsteht, dabei aber trotzdem lokale Gesetze berücksichtigen muss. Dies entspricht bei realistischer Betrachtung aber weder den Interessen eines Zentralstaates noch denjenigen der dezentralen Einheiten. Insgesamt scheint auch dieses Modell daher trotz der Vorteile gegenüber seiner Reinform in Modell 2h wenig Erfolg versprechend. Denn weder ist es praktikabel, dass zentrale Behörden sämtliche divergierenden Vorschriften aller dezentralen Ebenen kennen müssen, noch ist es im Hinblick auf die Gedanken der Selbstverwaltung lokaler Einheiten wünschenswert, ihnen den Vollzug vollständig zu entziehen.

Hinsichtlich der Anwendungsvoraussetzungen gilt Ähnliches wie beim Trennmodell 3a, jedoch mit deutlicher Tendenz zu Gunsten der zentralen Ebene, der hier auch die Vollzugszuständigkeit zufällt. Ein am Subsidiaritätsprinzip orientiertes politisches System könnte dieses Modell nicht wählen, da es ohne Rücksicht auf Notwendigkeiten Gerichte und Strafverfolgung zentralisiert. Natürlich ließe sich zwischen diesen beiden Komponenten differenzieren. Auch ließe sich daran denken, das Modell wiederum umgekehrt mit grundsätzlich zentraler Gesetzgebung und zentralem Vollzug im Sinne des Modells 1a<sup>989</sup> auszugestalten und mit einzelnen dezentralen Rechtssetzungskompetenzen zu ergänzen, sodass es Modell 4c<sup>990</sup> ähnelt, von diesem aber durch die zentrale Strafverfolgung abweicht. Von einer Erörterung wird abgesehen, um die Untersuchung nicht zu parzelliert werden zu las-

989 Oben 5. Kapitel D. II. 1. a).

990 Oben 5. Kapitel D. II. 4. c).

sen. Denn die grundsätzlichen Einwände gegen den vollständig zentralisierten Vollzug gelten selbstverständlich auch hier.

### 5. Assimilierungs- und Harmonisierungskompetenzen der zentralen Ebene

Ein ganz anderer Ansatz liegt einem Modell zu Grunde, das zwar ein grundsätzlich dezentrales Strafrechtssystem vorsieht, wie in Modell 1b<sup>991</sup> erörtert, dieses aber durch zentrale Kompetenzen zur Assimilierung und Harmonisierung des gliedstaatlichen Rechts ergänzt, sodass die dezentralen Rechtssysteme zum Schutze zentraler Rechtsgüter auf Anweisung der zentralen Ebene modifiziert und erweitert werden können bzw. müssen.

#### a) Grundmodell: Assimilierungs- und Harmonisierungskompetenzen der zentralen Ebene, dezentrale Gesetzgebung und dezentrale Strafverfolgung und Gerichte

Im Grundmodell 5a bleiben den dezentralen Einheiten die Strafgesetzgebung, die Strafgerichtsbarkeit und die Strafverfolgung vollständig überlassen, während die zentrale Ebene (nur) über Kompetenzen verfügt, auf das einzelstaatliche Recht einzuwirken,<sup>992</sup> um ihre Institutionen, Interessen und Werte zu schützen, ihre Ziele und Vorgaben durchzusetzen und die Bekämpfung grenzüberschreitender Kriminalität zu verbessern, aber auch die Rechte der Einzelnen zu stärken, was jeweils durch Richtlinien geschehen kann. Unverkennbar orientiert sich ein solches Modell an der EU. Denn auch hier ist die strafrechtliche Gesetzgebung in überwiegendem Maße den Mitgliedstaaten überlassen, auch Strafverfolgung und Strafgerichtsbarkeit sind nahezu ausschließlich dezentral organisiert,<sup>993</sup> während die EU die Möglichkeit hat, eine Assimilierung der dezentralen Strafrechtsordnungen zu erzwingen und deren strafrechtlichen Schutz auf ihre eigenen Rechtsgüter zu erweitern.<sup>994</sup> Ferner kann sie in den Bereichen das Recht der Mitgliedstaaten harmonisieren, die in den Art. 82 ff. AEUV aufgezählt sind.<sup>995</sup> Die Prinzipien der Assimilierung und der Harmonisierung wurden oben ausführlich erklärt.<sup>996</sup> In ersterem Fall geht es darum, die Mitgliedstaaten zu verpflichten, die Rechtsgüter der zentralen Ebene unter den gleichen Schutz zu stellen wie die eigenen, in letzterem darum, die dezentralen Rechtsordnungen einander anzugleichen. Seit der Reform von Lissabon hat die EU allerdings auch Kompetenzen zum Erlass von unmittelbar wirksamen

991 Oben 5. Kapitel D. II. 1. b).

992 Vgl. zu diesem Modell *Sieber*, ZStW 121 (2009), 1, 30 f.

993 Siehe zum System der EU ausführlich oben das 4. Kapitel.

994 Siehe oben 4. Kapitel B. I. 2. b) und 4. Kapitel C. I. 2. sowie unten 6. Kapitel A.

995 Siehe oben 4. Kapitel B. I. 2. b) und 4. Kapitel C. I. 1. sowie unten 6. Kapitel A.

996 Siehe oben 4. Kapitel C. I. 1. und 2.

Rechtsakten, also von Verordnungen im Sinne des Art. 288 Abs. 3 AEUV, im materiellen Strafrecht insbesondere nach Art. 325 Abs. 4 AEUV, im Strafverfahrensrecht z.B. gemäß Art. 82 Abs. 1 AEUV. Zudem sind mit Europol, Eurojust und EJNI zentrale Behörden eingerichtet worden. Daher entspricht die EU dem Reinmodell wiederum nicht mehr zur Gänze.

Das hier zu besprechende Grundmodell 5a baut zunächst auf Modell 1b<sup>997</sup> auf. Daher gelten vom Prinzip her dessen Vor- und Nachteile. So garantiert es zunächst durch die dezentrale Allokation der strafrechtlichen Befugnisse eine besondere Bürgernähe und ermöglicht eine ausgeprägte demokratische Entfaltung innerhalb der dezentralen Ebene. Die Kriminalstrafrechtssysteme der Gliedstaaten bleiben zunächst getrennt, können sehr unterschiedlich ausgestaltet sein und dadurch Eigenheiten und strafrechtspolitische Präferenzen wahren. Dies ist sowohl in demokratischer Hinsicht als auch im Hinblick auf den Erhalt von lokaler Vielfalt und Pluralität der Ansichten ein Plus dieses Systems. So können auch unterschiedliche Strategien im Umgang mit Formen lokaler Kriminalität erprobt werden. Den Einzelstaaten bleiben dadurch ferner bedeutsame Macht in Form der Rechtssetzung sowie das Monopol zur Strafverfolgung erhalten.

Probleme wurden in Modell 1b jedoch insbesondere hinsichtlich der Effektivität der Verfolgung grenzüberschreitender Kriminalität<sup>998</sup> und des Schutzes der Institutionen, Interessen sowie der Werte und Politik der zentralen Ebene ausgemacht.<sup>999</sup> Denn es können Strafbarkeitslücken bestehen, sodass Kriminelle sanktionslos operieren können, während ihre Taten sich auch grenzüberschreitend im Gesamtsystem auswirken.<sup>1000</sup> Ferner werden eine Kooperation der Strafverfolgungsbehörden oder die Auslieferung von Straftätern deutlich erschwert,<sup>1001</sup> da die Strafverfolgung an die territorialen Grenzen der „souveränen“ Nationalstaaten stößt und auf das Instrument der zwischenstaatlichen Rechtshilfe zurückgreifen muss, etwa im Hinblick auf die Auslieferung von Straftätern oder die Übergabe von Beweismitteln.<sup>1002</sup> Dieses ist umständlich, langwierig und weist zahlreiche Hindernisse der Kooperation auf, indem z.B. das Erfordernis der beiderseitigen Straf-

997 Dazu oben 5. Kapitel D. II. 1. b).

998 *Sieber*, in: Delmas-Marty, *Corpus Juris*, S. 2; *ders.*, ZStW 121 (2009), 1, 30, 42 f., 63; *ders.*, in: Sieber/Brüner/Satzger/v. Heintschel-Heinegg, Einführung Rn. 206.

999 Vgl. die Ausführungen im von der Kommission vorgelegten Grünbuch zum Schutz der finanziellen Interessen der Europäischen Gemeinschaften und zur Schaffung einer Europäischen Staatsanwaltschaft, KOM (2001) 715 endg., S. 15; ferner *Sieber*, ZRP 2000, 186; *ders.*, ZStW 121 (2009), 1, 42; siehe oben 5. Kapitel D. I. 2.

1000 Vgl. auch *Vogel*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, 51. EL 2013, Art. 83 AEUV Rn. 10.

1001 Vgl. die Erläuterungen der Motive zum *Corpus Juris*, in: Delmas-Marty, *Corpus Juris*, S. 14.

1002 Vgl. zu daraus resultierenden Schwierigkeiten der Strafverfolgung die Hinweise der Kommission im Grünbuch zum Schutz der finanziellen Interessen der Europäischen Gemeinschaften und zur Schaffung einer Europäischen Staatsanwaltschaft, KOM (2001) 715 endg., S. 15; vgl. ferner die Erläuterungen der Motive zum *Corpus Juris*, in: Delmas-Marty, *Corpus Juris*, S. 14.

barkeit gilt oder eine Auslieferung von ministerialen und politischen Entscheidungen abhängt und oftmals bei den eigenen Staatsbürgern ausgeschlossen ist.<sup>1003</sup>

Auch grenzüberschreitende Observationen, Nacheile oder sonstige Ermittlungen hängen vom Recht des jeweiligen Einzelstaates ab. Ferner sind ein ausreichender Schutz der Finanzmittel und Interessen der zentralen Ebene sowie eine effektive Durchführung ihrer Politik nicht gewährleistet, weil sie selbst keine Sanktionsnormen erlassen darf und sich auf die Gliedstaaten verlassen muss, die aber ein geringeres Interesse an der Verfolgung von Straftaten zu Lasten fremder Rechtsgüter bzw. sogar Standortvorteile durch eine laxer Verfolgung haben können<sup>1004</sup> und deren Strafrechtsordnungen diesbezüglich teilweise zu große Unterschiede aufweisen.<sup>1005</sup>

In Modell 5a kann die zentrale Ebene nun versuchen, diese Probleme durch Anweisung und Instrumentalisierung der Gliedstaaten abzumildern. Auf diese Weise können die dezentralen Rechtsordnungen durch die Zentrale unmittelbar beeinflusst werden. Soll dem Problem der grenzüberschreitenden Kriminalität wirksam begegnet und ein ausreichender Schutz der Institutionen, Interessen, Werte und Ziele der zentralen Ebene gewährleistet werden, so kommen verschiedene Strategien in Frage, die sich als Kooperation, Koordination, Assimilierung und Harmonisierung umschreiben lassen.<sup>1006</sup>

Die zentrale Ebene kann demnach zunächst darauf hinwirken, dass die Einzelstaaten bei grenzüberschreitenden Straftaten kooperieren, und sodann diese Zusammenarbeit koordinieren. So verfügt etwa die EU über entsprechende Kompetenzen in Art. 82 Abs. 1 AEUUV, um Regeln und Verfahren festzulegen, mit denen die Anerkennung von Urteilen und gerichtlichen Entscheidungen sichergestellt wird, um Kompetenzkonflikte zwischen den Mitgliedstaaten zu verhindern und beizulegen sowie um die Zusammenarbeit zwischen den Justizbehörden oder entsprechenden Behörden der Mitgliedstaaten im Rahmen der Strafverfolgung sowie des Vollzugs und der Vollstreckung von Entscheidungen zu erleichtern.<sup>1007</sup> Art. 87 AEUUV verleiht ihr ferner Kompetenzen im Hinblick auf die Koordinierung der Polizeiarbeit, Art. 89 AEUUV eine solche zur Regelung der Voraussetzungen der grenzüberschreitenden Tätigkeit von Behörden.<sup>1008</sup> Allerdings ist zu beachten, dass

1003 Vgl. dazu *Lagodny*, in: Sieber/Brüner/Satzger/v. Heintschel-Heinegg, § 31 Rn. 32 ff.

1004 *Fromm*, Der strafrechtliche Schutz der Finanzinteressen, S. 21 ff.; *ders.*, ZIS 2007, 26, 27; *Tiedemann*, NJW 1990, 2226, 2231.

1005 *Dannecker*, ZStW 108 (1996), 577, 583 ff.; vgl. auch *Bacigalupo*, in: Schünemann, Gesamtkonzept, S. 81 f.

1006 *Hecker*, in: Ambos, Europ. Strafrecht, S. 14; vgl. auch *Vogel*, ZStW 116 (2004), 400, 402, 404, der inzwischen zu Recht auch noch die „sektorielle Zentralisierung“ hinzufügt, die er auf die zentralen Institutionen wie Europol und Eurojust bezieht; es darf ergänzt werden, dass nun aber auch sektorales materielles Strafrecht auf der Grundlage von Art. 325 Abs. 4 AEUUV bzw. Art. 79 Abs. 2 lit. c) und d) AEUUV möglich ist.

1007 Siehe oben 4. Kapitel B. I. 2. c).

1008 Siehe oben 4. Kapitel B. I. 2. d).

ausweislich des Wortlauts der Art. 82 Abs. 1, 87 AEUV „Maßnahmen“ möglich sind, also gerade nicht nur Richtlinien, sondern auch unmittelbar wirkende Verordnungen.<sup>1009</sup> Dies gilt auch für Art. 89 AEUV.<sup>1010</sup> Im reinen Harmonisierungsmodell wäre dies hingegen ausgeschlossen.

Durch Assimilierung können die Gliedstaaten verpflichtet werden, die Rechtsgüter der zentralen Ebene unter denselben Schutz zu stellen wie die eigenen.<sup>1011</sup> In der EU hat der EuGH eine Assimilierungspflicht der Mitgliedstaaten schon früh aus dem Loyalitätsgebot hergeleitet.<sup>1012</sup> Sie folgt inzwischen ferner teilweise aus primärrechtlichen Verweisen, wie z.B. in Art. 325 Abs. 2 AEUV, kann aber auch in entsprechenden Verordnungen vorgegeben sein.<sup>1013</sup> Sowohl die Kooperation der Mitgliedstaaten als auch die Assimilierung können jedoch die Effektivitätsdefizite dann nicht beseitigen, wenn die Rechtsordnungen sich zu stark unterscheiden. Denn dann können weiterhin Strafbarkeitslücken bestehen, sodass Straftäter sich die Rechtsordnung wählen können, in der sie nicht bestraft werden können.<sup>1014</sup>

Dies gilt insbesondere auch für die Interessen der zentralen Ebene. Denn auch die Assimilierung bewirkt hier schließlich nur einen den einzelstaatlichen Vorschriften entsprechenden Schutz. Steht das betreffende Verhalten aber schon im Mitgliedstaat nicht unter Strafe, so nützt die Assimilierungspflicht wenig.<sup>1015</sup> Für einen einheitlichen Schutz kann sie nicht sorgen.<sup>1016</sup> Die Assimilierung kann im Gegenteil sogar bewirken, dass nicht nur der entsprechende Schutz der nationalen, sondern auch der zentralen Rechtsgüter unterschiedlich ausfällt.<sup>1017</sup> Der EuGH hat sich hier immerhin durch das Erfordernis der „Mindesttrias“ des Schutzes beholfen.<sup>1018</sup> Dennoch hat sich in der Folge gezeigt, dass alleine die Assimilierung nicht ausreichend war für den Schutz der EU-Finzen.<sup>1019</sup> Geht es ferner um grundlegende Werte und Rechtsgüter der Union, so kann sie eine Straflosigkeit gravierender Verstöße, etwa in Form von Menschenrechtsverletzungen, kaum akzeptieren, wenn es ihr mit einem gemeinsamen Schutz grundlegender Rechte ernst ist.<sup>1020</sup>

1009 Böse, in: Ambos, Europ. Strafrecht, S. 64; Vogel, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, 51. EL 2013, Art. 82 AEUV Rn. 51.

1010 Röben, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, 51. EL 2013, Art. 89 AEUV Rn. 13.

1011 Siehe dazu bereits ausführlich oben 4. Kapitel C. I. 2.

1012 EuGH Slg. 1989, 2965, 2985 – *Kommission/Griechische Republik* (Rs. 68/88); Slg. 1990, I-2911, I-2935 – *Hansen* (Rs. C-326/88); siehe dazu bereits oben 4. Kapitel A. II. 4, 4. Kapitel A. III. 1. b) sowie 4. Kapitel C. I. 2.

1013 Hecker, Europ. Strafrecht, § 7 Rn. 15; Satzger, Europäisierung, S. 206 ff.; ders., in: Sieber/Brüner/Satzger/v. Heintschel-Heinegg, § 9 Rn. 19; Tiedemann, NJW 1993, 23, 25, mit einigen Beispielen.

1014 Vogel, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, 51. EL 2013, Art. 83 AEUV Rn. 10.

1015 Fromm, Der strafrechtliche Schutz der Finanzinteressen, S. 10, 53.

1016 Vgl. Bacigalupo, in: Schönemann, Gesamtkonzept, S. 82 f.; Fromm, Der strafrechtliche Schutz der Finanzinteressen, S. 53; Gröblinghoff, S. 33 ff.; Heger, in: Böse, EnzEuR Bd. 9, § 5 Rn. 17; Satzger, Europäisierung, S. 382 f.; Tiedemann, ZStW 116 (2004), 945, 950.

1017 Gröblinghoff, S. 35; Satzger, Europäisierung, S. 383.

1018 Siehe oben 4. Kapitel A. II. 4.

1019 Satzger, StV 2003, 137, 138.

1020 Vogel, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, 51. EL 2013, Art. 83 AEUV Rn. 9.

Sollen Kooperationsmaßnahmen ergriffen und insbesondere eine gegenseitige Anerkennung von Entscheidungen möglich werden, so sind große Unterschiede zwischen den Rechtsordnungen besonders schädlich.<sup>1021</sup> Denn, wenn die Zusammenarbeit auf dem Prinzip der beiderseitigen Strafbarkeit beruhen soll, ist sie ausgeschlossen, soweit in einem der betroffenen Staaten das jeweilige Verhalten straflos ist.<sup>1022</sup> Soll stattdessen das Prinzip der gegenseitigen Anerkennung durchgesetzt werden, so ist es wiederum problematisch aus der Sicht der Einzelstaaten, wenn sie Entscheidungen anerkennen oder gar Maßnahmen durchführen sollen, die ein Verhalten betreffen, das in ihrer eigenen Rechtsordnung nicht strafbar ist (und auch nicht bestraft werden soll).<sup>1023</sup>

Daher wird teilweise gefordert, eine gegenseitige Anerkennung nur in den Bereichen zuzulassen, in denen das materielle Recht einheitlich ist.<sup>1024</sup> Zudem können z.B. im Beweisrecht Brüche mit dem austarierten System der nationalen Prozessordnung entstehen,<sup>1025</sup> wenn durch die Anerkennung ausländischer Entscheidungen andere Strukturelemente des Verfahrens hinzutreten oder bewährte Elemente, wie etwa der Richtervorbehalt bei bestimmten Ermittlungsmaßnahmen, entfallen.

In Modell 5a verfügt die zentrale Ebene daher auch über Harmonisierungskompetenzen, um das Recht der Mitgliedstaaten entsprechend anzugleichen. Reicht die Assimilierung nicht aus, so können diese als zweite Stufe greifen.<sup>1026</sup> Als Hintergründe der Harmonisierung kommen dabei zum Zwecke der Effektivierung der Strafverfolgung in Betracht: (1) Das Schließen von unerwünschten Strafbarkeitslücken im Hinblick auf grenzüberschreitende Straftaten, aber auch bzgl. der Finanzmittel, Institutionen, Interessen, Ziele, Normen und Werte der zentralen Ebene, (2) die Erleichterung und Koordination der Rechtshilfe und justiziellen Zusammenarbeit sowie (3) das Schaffen der Voraussetzungen der gegenseitigen Anerkennung von Entscheidungen.<sup>1027</sup>

Geht es um Effektivität, so können harmonisierende Richtlinien oder Rahmenbeschlüsse jedoch durchaus Schwierigkeiten bereiten, da sie erst noch durch die Mitgliedstaaten umgesetzt werden müssen. Dies kann zu gravierenden zeitlichen Verzögerungen führen,<sup>1028</sup> während derer die entsprechenden Rechtsgüter nicht oder nicht ausreichend geschützt sind. Teilweise werden die Vorgaben auch gar

1021 Hecker, in: Ambos, Europ. Strafrecht, S. 18; vgl. auch Böse, in: Ambos, Europ. Strafrecht, S. 59; Rackow, in: Ambos, Europ. Strafrecht, S. 122; Sieber, in: Delmas-Marty/Pieth/Sieber, S. 395; Vogel, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, 51. EL 2013, Art. 82 AEUV Rn. 10; ferner die Erläuterung der Motive des Corpus Juris, in: Delmas-Marty, Corpus Juris, S. 19 ff.

1022 Vogel, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, 51. EL 2013, Art. 83 AEUV Rn. 10.

1023 Vogel, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, 51. EL 2013, Art. 83 AEUV Rn. 10.

1024 Fuchs, ZStW 116 (2004), 368, 369.

1025 Siehe auch schon oben 5. Kapitel B. II. 4.

1026 Vgl. auch Tiedemann, FS Roxin, 2001, S. 1405.

1027 Vgl. Schwarzburg/Hamdorf, NSzZ 2002, 617, 617 f.

1028 Fromm, EG-Rechtssetzungsbefugnis, S. 59 f.; Ladenburger, ZEuS 2011, 389, 397; vgl. zu diesem Problem auch Walter, ZStW 117 (2005), 912, 920.

nicht ins einzelstaatliche Recht transferiert, wie etwa der RB über die Europäische Beweisordnung, der überwiegend nicht umgesetzt wurde.<sup>1029</sup> Auch bei der PIF-Konvention hatte es große Schwierigkeiten im Ratifikationsprozess gegeben.<sup>1030</sup> Dies gilt umso mehr, als teilweise vertreten wurde, Rahmenbeschlüsse müssten nicht umgesetzt werden, da sie gubernativ im Rat beschlossen worden und daher nicht ausreichend demokratisch legitimiert seien.<sup>1031</sup> Dies hatte die Kommission dazu bewogen, zu versuchen, eine Harmonisierung statt durch Rahmenbeschlüsse im Wege der Richtlinie zu erreichen.<sup>1032</sup> Denn bei Nicht-Umsetzung von Richtlinien kann in der EU immerhin nach den Art. 258 ff. AEUV ein Vertragsverletzungsverfahren angestrengt und ein Zwangsgeld gegen den säumigen Mitgliedstaat verhängt werden, was bei Rahmenbeschlüssen der „Dritten Säule“ nicht möglich war.<sup>1033</sup> Dennoch bleibt auch hier die Umsetzung von den Einzelstaaten abhängig. Ferner lässt sich eine zwingende und echte Einheitlichkeit nur durch unmittelbar wirkende Strafgesetze der zentralen Ebene erreichen, da Richtlinien umzusetzen sind, was unter Umständen auch in unzureichender Weise geschehen kann.<sup>1034</sup> Sofern ein größerer Umsetzungsspielraum verbleibt, ist Einheitlichkeit ohnehin nur zu einem gewissen Grad gewährleistet.<sup>1035</sup> Aus Effektivitätsgründen kann jedoch im Einzelfall ein stärkerer Schutz der Rechtsgüter und daher eine umfassende Vereinheitlichung erforderlich sein, sodass die Harmonisierung in solchen Fällen in ihrer Wirksamkeit hinter unmittelbar geltenden Rechtsnormen zurückbleiben kann.

Wie in Modell 1b bleiben zudem in Modell 5a die Gerichtsbarkeit und die Strafverfolgung dezentral organisiert. Der Gesamtverbund verfügt im Verfahrensrecht zwar über Kompetenzen, um die Zusammenarbeit der Mitgliedstaaten zu fördern und das Recht der Mitgliedstaaten anzugleichen. Trotz dieser Instrumente bleiben aber einige bedeutsame Lücken, die durch die Verschiedenheit der einzelstaatlichen Rechtsordnungen sowie die territoriale „Souveränität“ der Mitgliedstaaten und darauf beruhende Begrenzungen der Strafverfolgung<sup>1036</sup> und Mängel bei der Zusammenarbeit<sup>1037</sup> bedingt sind. Grundsätzlich bleibt die Jurisdiktion der Gerichte und Behörden nämlich territorial beschränkt, sodass diese grundsätzlich auf eine

1029 Dazu *Rackow*, in: Ambos, *Europ. Strafrecht*, S. 123; zur geringen Bindungswirkung von Rahmenbeschlüssen siehe auch *Tiedemann*, *ZStW* 116 (2004), 945, 952.

1030 Vgl. *Rosenau*, *ZIS* 2008, 9, 10; *Tiedemann*, *FS Roxin*, 2001, S. 1405.

1031 *Schünemann*, *StV* 2003, 531; *Schünemann/Roger*, *ZIS* 2010, 515, 516 f.; dagegen *Böse*, *ZIS* 2010, 607, 607 f.; Replik von *Schünemann*, *ZIS* 2010, 735, 737 f.; vgl. auch *Kaafa-Gbandi*, in: *Schünemann*, *Gesamtkonzept*, S. 68 f.

1032 *Dannecker*, in: *Böse*, *EnzEuR* Bd. 9, § 8 Rn. 43; *Rosenau*, *ZIS* 2008, 9, 10. Der RL-Entwurf, KOM (2001), 272 endg., wurde jedoch nicht umgesetzt.

1033 Vgl. *Fletcher/Löff/Gilmore*, S. 35; *F. Zimmermann*, *JURA* 2009, 844.

1034 *Streinz*, *Europarecht*, Rn. 476; *Tiedemann*, *FS Roxin*, 2001, S. 1411.

1035 *Fromm*, *EG-Rechtssetzungsbefugnis*, S. 43; vgl. zu Problemen bei der Umsetzung auch *Deutscher*, S. 52 ff.

1036 Kommission, *Grünbuch zum Schutz der finanziellen Interessen der Europäischen Gemeinschaften und zur Schaffung einer Europäischen Staatsanwaltschaft*, KOM (2001) 715 endg., S. 15.

1037 Dazu *Sieber*, *ZStW* 121 (2009), 1, 42.

Kooperation angewiesen sind. Im Vergleich zu den Systemen mit zentraler Gesetzgebung und (zumindest einzelnen) zentralen Verfolgungsorganen stehen der zentralen Ebene hier insgesamt weitaus geringere Befugnisse zu, was sich insbesondere negativ auf den Schutz ihrer Rechtsgüter auswirken kann. Weder kann sie unmittelbar geltende und einheitliche Strafgesetze oder Prozessrechte normieren noch eigene Behörden einsetzen. Sie muss bezüglich der Strafverfolgung vielmehr vollständig auf die Einzelstaaten vertrauen.

Der Schutz der Rechtsgüter der zentralen Ebene ist hier daher auch v.a. deshalb unsicherer, weil sie selbst bei der Harmonisierung entsprechender Strafgesetze mangels eigener Behörden und Gerichte darauf angewiesen bleibt, dass diese durch die Behörden und Gerichte der Mitgliedstaaten möglichst effektiv ausgelegt und durchgesetzt werden. Hat sie ferner keine Revisions- oder sonstigen Überprüfungsbefugnisse, kann sie auf deren Rechtsprechung nicht einwirken, es sei denn es besteht immerhin – wie in der EU – die Möglichkeit eines Vertragsverletzungsverfahrens<sup>1038</sup> im Sinne der Art. 258 ff. AEUV oder eine Vorlagepflicht im Hinblick auf die Auslegung der zentralen Vorschriften, so wie der EuGH etwa gemäß Art. 267 Abs. 1 lit. b) AEUV im Vorabentscheidungsverfahren für die Auslegung von Rechtsakten der EU alleine zuständig ist.<sup>1039</sup> Durch eine divergierende Auslegung kann eine Rechtszersplitterung erfolgen und die Einheitlichkeit des Rechts und des Rechtsgüterschutzes gefährdet sein.<sup>1040</sup>

Das zweite gewichtige Problem des dezentralen Systems bildeten rechtsstaatliche Erwägungen. So wurden in Modell 1b schwer wiegende Nachteile im Hinblick auf die Rechte der vom Verfahren Betroffenen ausgemacht.<sup>1041</sup> Zunächst ist die Rechtssicherheit schon deshalb beeinträchtigt, weil unterschiedliche Strafnormen bestehen und die Einzelstaaten ihr Strafanwendungsrecht selbst bestimmen, sodass den Einzelnen eine unvorhergesehene Strafbarkeit treffen kann. Bei Ermittlungen im oder einer Auslieferung an das Ausland, besteht zudem die Gefahr der Verringerung der prozessualen Rechte.<sup>1042</sup> Dies gilt umso mehr, wenn zwischen den dezentralen Ebenen eine engere Kooperation, etwa eine gegenseitige Anerkennung von Entscheidungen oder eine generelle Verfügbarkeit von Beweisen, angestrebt wird. So kann es sein, dass sich Staaten bei der Strafverfolgung unterstützen (müssen), obwohl die betreffende Tat im Heimatstaat des Täters gar nicht oder viel milder bestraft wird, oder dass Beweise auf eine Art und Weise erlangt werden, die dort gar nicht zulässig gewesen wäre.<sup>1043</sup>

1038 Siehe oben 4. Kapitel C. I. 2.

1039 Wegener, in: Calliess/Ruffert, Art. 267 AEUV Rn. 9; vgl. dazu auch Schramm, ZJS 2010, 615, 619.

1040 Zieschang, ZStW 113 (2001), 255, 268.

1041 Siehe zu den Nachteilen der „Kooperationsmodelle“ für die Beschuldigten Sieber, ZStW 121 (2009), 1, 28 ff., 63; zu Modell 1b siehe oben 5. Kapitel D. II. 1. b).

1042 Sieber, ZStW 121 (2009), 1, 40; zu Modell 1b siehe oben 5. Kapitel D. II. 1. b).

1043 Sieber, ZStW 121 (2009), 1, 29; siehe auch schon oben 5. Kapitel B. II. 4.

Diese Maßnahmen dienen zwar der Effektivität der Strafverfolgung, welche bei rein dezentraler Kompetenz sonst, wie soeben dargestellt, nicht ausreichend gewährleistet wäre, gehen aber zu Lasten der vom Verfahren Betroffenen. Auch stellt sich bei grenzüberschreitenden Ermittlungen die Frage des ausreichenden Rechtsschutzes.<sup>1044</sup> Ferner sind *Forum Shopping* und doppelte Strafverfolgung<sup>1045</sup> oder gar Bestrafung möglich. Auch im internationalen Rechtsverkehr dienen Hindernisse der Rechtshilfe zunehmend nicht mehr ausschließlich der Souveränität der Staaten, sondern dem Schutz der Beschuldigten.<sup>1046</sup>

Beschuldigtenrechte können in Modell 5a zunächst wiederum konstitutionell verankert werden. So kommen etwa auch in der EU, in welcher die Mitgliedstaaten im Wesentlichen frei sind bei der Gestaltung ihrer Strafrechtsordnungen, Beschränkungen durch das Primärrecht und die darin verankerten Grundfreiheiten, Grund- und Menschenrechte und allgemeinen Rechtsgrundsätze zum Tragen.<sup>1047</sup> Hier stellt sich dann insbesondere die Frage, wie und auf welcher Ebene diese effektiv durchgesetzt werden können.

Im Übrigen kann die Zentrale aber auch diesbezüglich mittels Harmonisierungsmaßnahmen gegensteuern. Diese betreffen aus Sicht des Beschuldigten zunächst einmal Fragen des rechtsstaatlichen Strafverfahrens.<sup>1048</sup> Hier können im Harmonisierungsmodell 5a z.B. zu Gunsten der Beschuldigten Beweisregeln und Verfahrensrechte harmonisiert werden oder es kann das Strafanwendungsrecht abgestimmt werden, damit es nicht zu Kompetenzüberschneidungen<sup>1049</sup> kommt. Im materiellen Recht sorgt eine Vereinheitlichung des Rechts für Rechtssicherheit. Sie vermeidet indes auch ein *Forum Shopping*, da es bei Identität des materiellen und prozessualen Rechts kaum mehr Grund für die Wahl einer anderen Rechtsordnung gibt.<sup>1050</sup> Es darf daher nicht außer Acht gelassen werden, dass gerade die Interessen der Beschuldigten für eine Einheitlichkeit des Rechts streiten können. Auch in diesem Bereich muss die Umsetzung jedoch erst noch durch die Mitgliedstaaten erfolgen, diese haben u.U. einen gewissen Spielraum oder führen das Harmonisie-

1044 Sieber, ZStW 121 (2009), 1, 11.

1045 Zur EU siehe die Ausführungen der Kommission im Grünbuch zum Schutz der finanziellen Interessen der Europäischen Gemeinschaften und zur Schaffung einer Europäischen Staatsanwaltschaft, KOM (2001) 715 endg., S. 15.

1046 Lagodny, in: Sieber/Brüner/Satzger/v. Heintschel-Heinegg, § 31 Rn. 18; Schönemann, ZIS 2007, 528, 532; Sieber, ZStW 121 (2009), 1, 29.

1047 Siehe bereits oben 4. Kapitel C. I. 3.; zu den allgemeinen Rechtsgrundsätzen und ihrer Beschränkungswirkung siehe auch Satzger, Europäisierung, S. 177 ff.

1048 Auch in der EU haben sich die Forschungsprojekte regelmäßig dem Verfahrensrecht angenommen. Zwar sehen der Alternativentwurf Europäische Strafverfolgung, in: Schönemann, Alternativentwurf, und das Gesamtkonzept für die europäische Strafrechtspflege, in: Schönemann, Gesamtkonzept, durchaus auch einige Vorschläge zum materiellen Recht vor, beschäftigen sich jedoch vornehmlich mit Fragen des Verfahrensrechts; siehe dazu auch noch unten 6. Kapitel C. V. 1.

1049 Siehe im Hinblick auf die EU die Entwürfe der Forschergruppe für entsprechende weiterführende Richtlinien, in: Sinn, Jurisdiktionskonflikte, S. 575 ff., sowie bei Biehler/Kniebühler/Lelieur-Fischer/Stein, Freiburg Proposal.

1050 Vgl. Sieber, ZStW 121 (2009), 1, 30 f.

rungsgebot gar nicht aus. Für Einheitlichkeit und Rechtssicherheit sorgt daher auch hier in größerem Maße die unmittelbare zentrale Gesetzgebung.

Dennoch können die Harmonisierungskompetenzen in den beiden Problemfeldern „Effektivität“ und „Rechte der Beschuldigten“ für Verbesserungen gegenüber dem rein dezentralen Modell 1b sorgen. Je mehr Entscheidungen zentral getroffen werden, desto stärker muss jedoch die demokratische Legitimation auf dieser Ebene ausgeprägt sein.<sup>1051</sup> Auf das hier zu untersuchende Grundmodell bezogen bedeutet dies, dass auch auf der zentralen Ebene für ausreichende Mitbestimmungsrechte zu sorgen ist, um die Harmonisierung zu legitimieren. Gelingt dies, so bedeutet die Übertragung einzelner Rechtssetzungsbefugnisse wiederum einen Zugewinn an Effektivität und daher auch an Handlungsfähigkeit, weil die Einzelstaaten nicht alle Probleme alleine bewältigen können.

Die Harmonisierung des einzelstaatlichen Rechts lässt sich gleichwohl insbesondere auch als Machteinbuße der Mitgliedstaaten interpretieren. Man erinnere sich an den in den USA herrschenden Gedanken, dass der Bund die Einzelstaaten nicht „kommandieren“<sup>1052</sup> und daher auch keine gliedstaatlichen (Straf-)Gesetze erzwingen darf.<sup>1053</sup> Man kann dies als „Souveränitätsproblem“ begreifen oder eben als Verlust an Autonomie, kultureller Eigenheit und kriminalpolitischer Entscheidungsfähigkeit oder schlichtweg politischer Macht der Mitgliedstaaten. Im Harmonisierungsmodell 5a bleiben die strafrechtlichen Kompetenzen und Rechtsordnungen der Einzelstaaten zwar grundsätzlich bestehen, diese dürfen aber zur Veränderung ihres eigenen Rechts gezwungen werden. Die Harmonisierung kann in den einzelstaatlichen Rechtsordnungen aber auch durchaus zu „Binnendissonanzen“<sup>1054</sup> führen. Zwar können die Mitgliedstaaten bei der Umsetzung der Harmonisierungsrichtlinien dafür Sorge tragen, dass die Normen sich in ihr Rechtssystem einfügen.<sup>1055</sup> Insofern handelt es sich noch um eine Maßnahme, die an völkerrechtliche Instrumente erinnert, die zwischen souveränen Staaten ausgehandelt werden und diesen die Umsetzung überlassen. Wenn aber in einem engen Bund, der das Völkerrecht verlassen hat, einerseits eine klare Umsetzungsverpflichtung besteht und andererseits z.B. auch Strafen festgelegt werden können, kann das ausgewogene Gesamtgefüge des mitgliedstaatlichen Sanktionssystems durcheinander geraten.<sup>1056</sup> Auch können zentrale Rechtsgüter im Einzelfall in demselben mitgliedstaatlichen Gesetz nun einen stärkeren Schutz erfahren als die nationalen.<sup>1057</sup> In der EU sieht Art. 83 AEUV jedoch eine Beschränkung auf Mindestvorschriften vor.

1051 *Fromm*, Der strafrechtliche Schutz der Finanzinteressen, S. 242.

1052 *Printz v. United States*, 521 U.S. 898 (1997).

1053 *Kreit*, 13 Chap. L. Rev. 555, 572 (2010); *Mikos*, 62 Vand. L. Rev. 1421, 1445 ff. (2009) m.w.N.

1054 *Weigend*, ZStW 116 (2004), 276, 286 f.

1055 *Sieber*, ZStW 121 (2009), 1, 47 f.

1056 *Weigend*, ZStW 116 (2004), 275, 286.

1057 Vgl. das Beispiel des § 264 StGB bei *Zieschang*, ZStW 113 (2001), 255, 266 f.

In ein abstraktes Modell 5a muss eine solche Beschränkung aber nicht zwangsläufig übertragen werden. Denn diese ist insofern kritisch zu sehen, als es der zentralen Ebene in den ihr eingeräumten Bereichen konsequenterweise auch möglich sein sollte, eine Obergrenze der Strafbarkeit festzulegen.<sup>1058</sup> Denn sonst führt sie einzig zu einer Strafbarkeitserweiterung.<sup>1059</sup> Diese Eigenart der europäischen Lösung ist daher nicht unbedingt modellfähig.

Soweit das mitgliedstaatliche Recht beeinflusst werden soll, sind die Versuche des schonenden Umganges mit der Harmonisierungskompetenz durchaus verständlich. Denn durch die Harmonisierung per Richtlinie wird das einzelstaatliche Recht unmittelbar verändert, was zu Friktionen führen und die Kohärenz des dezentralen Strafrechtssystems beeinträchtigen kann.<sup>1060</sup> Es ist allerdings oben schon ausgeführt worden, dass ein zu großer Spielraum zu Einbußen an Effektivität führen kann,<sup>1061</sup> sodass das Ziel des Erlasses der Richtlinie gefährdet sein kann. Auch das Prinzip der Verhältnismäßigkeit verlangt schließlich das Ergreifen einer weniger belastenden Maßnahme nur dann, wenn sie ebenfalls ausreichend ist, um das Ziel zu erreichen.<sup>1062</sup> Damit stehen sich hier das Interesse der Mitgliedstaaten an Autonomie und Wahrung ihrer gewachsenen Dogmatik und dasjenige der zentralen Ebene an Effektivität des Rechtsgüterschutzes gegenüber. Wiederum geht es also um eine Abwägung dieser Prinzipien.

Da das Modell 5a im Grundsatz auf Modell 1b<sup>1063</sup> aufbaut, kann es letztlich ähnlich bewertet werden. Die Vorteile lassen sich zunächst in den Kriterien „Demokratie“ und „Vielfalt“ bzw. politische Macht der Gliedstaaten ausmachen, da die dezentrale Ebene grundsätzlich über sämtliche Kompetenzen zur Rechtssetzung und zur Rechtsdurchsetzung verfügt. In Modell 1b bedeutete dies jedoch Nachteile hinsichtlich der „Effektivität“ der Verfolgung bestimmter nicht rein lokaler Delikte und des Schutzes der Rechtsgüter des Gesamtverbundes sowie bezüglich der „Rechte der Beschuldigten“ infolge der Rechtszersplitterung, insbesondere, wenn bei grenzüberschreitender Kriminalität eine Kooperation der Einzelstaaten angestrebt ist und wenn sich ihre Jurisdiktionen in diesen Fällen auf Grund des autonom bestimmten Strafanwendungsrechts überschneiden.

1058 *Schünemann*, in: ders., Alternativentwurf, S. 78.

1059 *Satzger*, Intern. u. Europ. Strafrecht, § 9 Rn. 42; *Vogel*, GA 2003, 314, 316; daher auch zu Recht kritisch gegenüber der Festlegung von Mindestvorschriften wegen der damit verbundenen strafscharfenden Tendenz *Rosenau*, ZIS 2008, 9, 16; *Rosenau/Petrus*, in: Vedder/Heintschel v. Heinegg, Art. 83 AEUV Rn. 15; *Satzger*, Intern. u. Europ. Strafrecht, § 9 Rn. 43; kritisch zur punitiven Tendenz des europäischen Strafrechts auch *Hefendehl*, in: Schünemann, Gesamtkonzept, S. 212 f.; *ders.*, ZIS 2006, 229, 232 f.; *Heger*, Recht und Politik 2012, 88, 93.

1060 *Fromm*, EG-Rechtssetzungsbefugnis, S. 44 f.

1061 *Fromm*, EG-Rechtssetzungsbefugnis, S. 43; vgl. auch *Tiedemann*, FS Roxin, 2001, S. 1411.

1062 *Bast*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, 51. EL 2013, Art. 5 EUV Rn. 71; *Fromm*, Der strafrechtliche Schutz der Finanzinteressen, S. 224.

1063 Siehe dazu oben 5. Kapitel D. II. 1. b).

In Modell 5a kann die zentrale Ebene nun versuchen, diese Nachteile auszugleichen, indem sie die Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten im Hinblick auf den Schutz der zentralen Rechtsgüter assimiliert und bei bestimmten Delikten sowie im Hinblick auf den transnationalen Beweisverkehr mittels Richtlinien angleicht. Im Interesse der Beschuldigten kann sie das Strafanwendungsrecht harmonisieren, allgemeingültige Verfahrensrechte etablieren und eine Doppelbestrafung ausschließen. Dennoch bleibt das Modell hinsichtlich beider Kriterien hinter einem Modell mit echter zentraler Gesetzgebung und zentralen Behörden und Gerichten zurück, da es weiterhin von der Umsetzung und Durchsetzung der Vorgaben seitens der Einzelstaaten abhängig bleibt.

Wegen der Nähe zu Modell 1b sind auch hinsichtlich der Anwendungsvoraussetzungen zunächst dessen Vorgaben maßgeblich. Die Einzelstaaten haben eine starke Stellung und verfügen über das Gewaltmonopol und einen weit gehenden Autonomiebereich. Daher verbleiben ihnen entscheidende politische Machtbefugnisse und die Möglichkeit, ihre strafrechtspolitischen Wertungen selbst zu treffen und lokale Eigenheiten in größerem Umfang zu wahren. Es besteht in einem solchen Modell daher wiederum eine enge Verbindung der Einzelnen zu den dezentralen Einheiten. Diese müssen politisch stark sein und dies auch bleiben wollen. Gleichwohl müssen auch hier ein gemeinsamer Wertekanon im Hinblick auf bestimmte Regelungsbereiche auf der zentralen Ebene sowie das Bewusstsein, dass Effektivität der Strafverfolgung, aber auch die Rechtsstaatlichkeit des Verfahrens, zentrale Regelungen erfordern können, vorhanden sein. Ferner müssen die Mitgliedstaaten trotz ihres Machtbestrebens aus dieser Erkenntnis heraus bereit sein, ihr eigenes Recht in den Dienst des Bundes zu stellen, dessen Vorgaben zu akzeptieren und ihre Rechtsordnung danach zu modifizieren. In Teilbereichen müssen sie u.U. sogar größere Einflüsse des Bundes und stärkere Einbußen an der Eigenständigkeit ihrer Rechtsordnung hinnehmen als im US-amerikanischen Trennmodell, in welchem der Bund ihnen keinerlei Vorschriften in Bezug auf ihre eigene Rechtssetzung machen darf.

Bei einer Ausrichtung am Subsidiaritätsprinzip könnten den Einzelstaaten alle Macht und Kompetenzen belassen und nur solche auf die Zentrale übertragen werden, die notwendig sind, um eine hinreichende Effektivität des Rechtsgüterschutzes zu gewährleisten. Bei einer Berücksichtigung der Rechtsstaatlichkeit wären diese aber z.B. noch zu ergänzen durch Kompetenzen, die der Einheitlichkeit der Rechte der Beschuldigten dienen. Da dann aber jeweils gewichtige Entscheidungen auf der zentralen Ebene fallen, muss als Voraussetzung des Modells dafür Sorge getragen werden, dass auch dort ausreichende demokratische Strukturen gewährleistet sind. Ist dies (noch) nicht der Fall, so ist das Modell zwar grundsätzlich „anwendbar“, wäre aber in legitimatorischer Sicht defizitär.

## b) Abwandlung: Ergänzung durch zentrale Gerichte und/oder Behörden

Wie auch in anderen hier untersuchten Modellen kommt wiederum eine Ergänzung durch zentrale Gerichte und Behörden in Betracht. Dabei spielen verschiedene Erwägungen eine Rolle. Zunächst kann es sein, dass die Einzelstaaten kein gleichermaßen großes Interesse offenbaren, die Rechtsgüter der zentralen Ebene in ähnlicher Weise zu schützen wie die eigenen, wie es etwa in den Anfängen im Hinblick auf die EG-Finzen festgestellt wurde.<sup>1064</sup> Daher kommt als Modell 5b die Einrichtung zentraler Strafverfolgungsbehörden, also von StA und Polizei, in Frage. So wäre es z.B. das Ziel der Tätigkeit der EstA, einen gleichmäßigen und effektiven Schutz der Finanzmittel der EU zu gewährleisten.<sup>1065</sup>

Zentrale Strafverfolgungsbehörden sind letztlich aus allen hier untersuchten Systemen bekannt. In Kanada umfasst die Zuständigkeit des PPSC u.a. Drogendelikte, Organisierte Kriminalität, Terrorismus, Kriegsverbrechen sowie Betrügereien gegenüber Bundesinstitutionen.<sup>1066</sup> Zudem wird für die Verfolgung von Bundesstraftaten außerhalb des Bundesstrafgesetzbuches sowie für bestimmte Delikte derselben die Bundespolizei RCMP eingesetzt.<sup>1067</sup> In Deutschland hat der GBA nach § 142a GVG in den zur Zuständigkeit eines OLG im ersten Rechtszug gehörenden Strafsachen das Amt der Anklagebehörde in der ersten Instanz inne, also in den schweren Staatsschutzsachen, welche die innere oder äußere Sicherheit Deutschlands in besonderem Maße berühren sowie bei Straftaten nach dem VStGB.<sup>1068</sup> BKA und Bundespolizei üben im gesetzlich bestimmten Umfang polizeiliche Befugnisse auf dem Gebiet der Strafverfolgung zentral aus.<sup>1069</sup> Im Vereinigten Königreich von Großbritannien und Nordirland verfolgt die SOCA bzw. NCA als zentrale Behörde landesweit Fälle der schweren Organisierten Kriminalität unter Verantwortung des Home Office.<sup>1070</sup> In den USA ist die Existenz von Bundesbehörden ohnehin eine Selbstverständlichkeit, da im Trennsystem auch der Bund die Straftaten nach Bun-

1064 *Fromm*, Der strafrechtliche Schutz der Finanzinteressen, S. 21 ff.; *ders.*, ZIS 2007, 26, 27; *Tiedemann*, NJW 1990, 2226, 2231.

1065 Kommission, Grünbuch zum Schutz der finanziellen Interessen der Europäischen Gemeinschaften und zur Schaffung einer Europäischen Staatsanwaltschaft, KOM (2001) 715 endg., S. 15 ff.; vgl. nun auch Kommission, Vorschlag für eine Verordnung des Rates über die Errichtung der Europäischen Staatsanwaltschaft, KOM (2013) 534 endg., S. 2.

1066 Vgl. zur Zuständigkeit der Bundesstaatsanwaltschaft insbesondere die Website des *Public Prosecution Service of Canada*, abrufbar im Internet unter [www.ppsc-sppc.gc.ca/eng/](http://www.ppsc-sppc.gc.ca/eng/), zuletzt abgerufen am 5.2.2014; ferner *Hogg*, S. 582 ff.; siehe bereits oben 3. Kapitel C. II. 2. b).

1067 Siehe dazu oben 3. Kapitel C. II. 2. b).

1068 Siehe dazu oben 3. Kapitel A. II. 2. b) bb).

1069 Siehe dazu oben 3. Kapitel A. II. 2. b) bb).

1070 Eingerichtet durch den Serious Organised Crime and Police Act 2005, erweitert durch den Serious Crime Act 2007; vgl. *Davies/Croall/Tyler*, S. 167 f.; *Dickson*, S. 212; zu nennen ist ferner das Serious Fraud Office für schwere Betrugsdelikte, das für England, Wales und Nordirland zuständig ist (vgl. [www.sfo.gov.uk](http://www.sfo.gov.uk), zuletzt abgerufen am 5.2.2014); ferner *Forster*, in: Sieber/Cornils, S. 133, 183; siehe dazu oben 3. Kapitel D. II. 2. b).

desrecht selbstständig verfolgt. Auch die EU verfügt mit Europol, Eurojust, EJM und OLAF bereits über einige zentrale Einrichtungen.<sup>1071</sup>

Unterschiede zwischen den soeben angeführten Behörden bestehen dabei jedoch dahingehend, ob es sich nur um Koordinationsstellen handelt, wie vom Prinzip her bei Europol, Eurojust und BKA, oder ob sie, wie FBI und Bundesstaatsanwaltschaft in den USA oder PPSC, RCMP, SOCA und NCA, über Exekutivbefugnisse verfügen. In diesem Maße ließe sich auch in Modell 5b differenzieren. Zentrale Behörden erhöhen jeweils die Effektivität der Strafverfolgung im Hinblick auf Delikte, welche die Zentrale oder das Gesamtsystem betreffen oder wegen ihres grenzüberschreitenden Charakters durch die Einzelstaaten nicht wirksam und ausreichend verfolgt werden können. Hier sind verschiedene Maßnahmen denkbar, die von der Koordination der Strafverfolgung und der Sammlung von Daten über die Bildung gemeinsamer Ermittlungsteams bis hin zur eigenständigen Strafverfolgung und Ermittlung reichen können und daher in unterschiedlichem Maße für Effektivität sorgen. Dabei muss allerdings auch die – demokratische und justizielle – Kontrolle dieser Institutionen bedacht und ausreichend gewährleistet werden.

Ferner kann im Modell 5b kumulativ oder alternativ auch die Einrichtung zentraler Gerichte erwogen werden. Dadurch könnten die Nachteile von Modell 5a für die Effektivität, die aus der Dezentralisierung der Gerichtsbarkeit resultierten, der auch die Auslegung der zentralen Gesetze vollständig überlassen war, gemildert werden. Das zentrale Gericht kann dabei wiederum (1) über eine Revisionszuständigkeit verfügen, wie sie in Deutschland dem BGH, in Kanada dem Supreme Court of Canada und im Vereinigten Königreich von Großbritannien und Nordirland dem Supreme Court of the U.K. immerhin hinsichtlich Nordirland und England/Wales zusteht, (2) können dem Bundesgericht erstinstanzliche Zuständigkeiten in bestimmten Fällen zukommen, wie dies in Deutschland gemäß § 136 Nr. 1 GVG 1877 beim RG der Fall war und auch heute noch gemäß Art. 96 Abs. 5 GG, § 120 GVG bei Staatsschutzdelikten wie Friedens-, Hoch- und Landesverrat, sowie bei Straftaten nach dem VStGB und schweren Straftaten, deren Verfolgung der GBA übernommen hat, zumindest konzeptionell vorgesehen ist, und (3) kann es sich um eine Zuständigkeit für die Auslegung der Bundesvorschriften handeln, wie sie etwa Art. 267 AEUV für den EuGH enthält. Daneben ist (4) auch an eine zentrale Verfassungsgerichtsbarkeit zu denken, über welche sämtliche Systeme verfügen, die hier untersucht wurden, und welche den Schutz der verfassungsmäßigen Grundrechte inklusive der Verfahrensgrundrechte der Einzelnen gewährleisten könnte. Eine solche stünde indes außerhalb des ordentlichen Rechtsweges, d.h. wäre nicht Teil der hier interessierenden strafrechtlichen bzw. strafrechtsbezogenen Kompetenzen, und kann daher in dieser Untersuchung vernachlässigt werden.

1071 Siehe dazu oben 4. Kapitel B. II. 2. b).

Revisionszuständigkeit und Auslegungshoheit dienen der Einheitlichkeit des Rechts,<sup>1072</sup> wobei es sich in Modell 5b nur um eine homogene Interpretation des harmonisierten einzelstaatlichen Rechts bzw. der Harmonisierungsmaßnahmen selbst handeln kann, da echte Rechtssetzungsbefugnisse zum Erlass unmittelbar wirkender Strafnormen nicht vorgesehen sind. Eine Revisionszuständigkeit hat Vorteile für die Effektivität wie auch für die Beschuldigtenrechte und die materielle Gerechtigkeit, da Verfahren vorhersehbarer werden und für alle Betroffenen im Gesamtsystem dieselben Vorgaben gelten. Die erstinstanzliche Zuständigkeit eines zentralen Gerichts für bestimmte Delikte könnte wiederum nicht nur die Effektivität der Ahndung steigern, sondern sogar Probleme des Strafanwendungsrechts und der Überschneidung der Jurisdiktionen vermeiden, sofern es nicht zusätzlich zu den einzelstaatlichen Gerichten operiert, sondern an deren Stelle. In ersterem Fall könnten hingegen sogar vertikale Jurisdiktionskonflikte auftreten, wie sie aus dem Trennmodell<sup>1073</sup> bekannt sind. Diese gilt es, wie auch dort, in Modell 5b zu vermeiden. Eine erstinstanzliche Zuständigkeit wurde hinsichtlich der EU etwa für die Verfolgung der eigenen Amtsträger vorgeschlagen.<sup>1074</sup>

Die Abwägung, welche Art von Behörde oder Gericht geschaffen werden soll, bewegt sich daher wiederum zwischen den hier zu Grunde gelegten Kriterien.<sup>1075</sup> Je weiter ihre Befugnisse gehen, desto größer erscheinen einerseits die Vorteile für die Effektivität des Schutzes der zentralen Rechtsgüter und Interessen. Dabei spielt nicht zuletzt auch die Symbolhaftigkeit der zentralen Strafverfolgung eine nicht zu unterschätzende Rolle, wie es aus dem US-amerikanischen Strafrecht bekannt ist.<sup>1076</sup> Zu bedenken ist jedoch, dass in Modell 5b jeweils nur ein Tätigwerden auf der Grundlage (harmonisierten) einzelstaatlichen Rechts möglich wird. Insofern vollzögen die zentralen Behörden hier dezentral gesetztes Recht und Gerichte urteilten auf der Grundlage desselben. Dadurch bleibt die Effektivität immerhin davon abhängig, dass die Einzelstaaten überhaupt entsprechende Normen geschaffen haben. Dazu können sie immerhin durch die Zentrale im Rahmen von Assimilierung und Harmonisierung der einzelstaatlichen Rechtsordnung gezwungen werden. Jedoch bleibt die Entscheidung über die Umsetzung den Gliedstaaten vorbehalten. Der Spielraum ihrer Gerichte bei der Interpretation wird aber durch eine Vorab- oder Revisionszuständigkeit der zentralen Gerichte stark eingeschränkt, wenn nicht gar beseitigt.

Insoweit müssen die Einzelstaaten aber durch die Einrichtung zentraler Behörden in größerem Maße Einbußen an ihrem auch in Modell 5a grundsätzlich erhal-

1072 *Zieschang*, ZStW 113 (2001), 255, 268.

1073 Siehe dazu oben 5. Kapitel D. II. 3. a).

1074 *Schünemann*, ZStW 116 (2004), 376, 379; vgl. ferner den Vorschlag eines Art. III-264a zum VVE, in: *Schünemann*, Alternativentwurf, S. 22; zustimmend *Vogel*, ZStW 116 (2004), 400, 413 f.

1075 Vgl. auch *Sieber*, ZStW 121 (2009), 1, 48 f.

1076 *Curtis*, 46 *Hastings L.J.* 1019, 1023 (1995); *Reinbacher*, *Das Strafrechtssystem der USA*, S. 170.

tenen Monopol zur Rechtsausführung und an entsprechender Macht hinnehmen, da sie nicht mehr alleine zuständig sind für die Strafverfolgung. Erstreben sie einen größtmöglichen Machterhalt, so spricht aus ihrer Sicht mehr für bloße Koordinations- und Unterstützungsbefugnisse der zentralen Strafverfolgungsbehörden und für reduzierte gerichtliche Zuständigkeiten. Für die Betroffenen kommt es hingegen entscheidend auf den Rechtsschutz an, der ihnen gegenüber den zentralen Behörden zusteht. Können sie ihre – gegebenenfalls wiederum zentral konstitutionell verankerten oder jedenfalls harmonisierten – Rechte direkt vor zentralen Gerichten oder denjenigen ihres eigenen Einzelstaates gegenüber den zentral gesteuerten Maßnahmen geltend machen, so erweist sich die zentrale Verfolgung nicht mehr als unerträglicher Nachteil.

Anders als bei der Auslieferung an einen fremden Staat oder dem Tätigwerden ausländischer Behörden auf dem Territorium des Aufenthalts- und Heimatstaates des Beschuldigten könnte dieser sich entweder vor den Gerichten seines Staates gegen die Maßnahme wehren oder eben vor einem zentralen Gericht und müsste nicht u.U. vor ein ausländisches Gericht ziehen, weil dessen Behörden tätig geworden sind. Fraglos sollten zentrale Behörden auf der Grundlage eines vereinheitlichten, d.h. hier also harmonisierten, Rechts tätig werden. Dies dient der Effektivität, aber auch der Rechtsstaatlichkeit des Verfahrens. Denn sonst könnte eine zentrale StA bei grenzüberschreitenden Sachverhalten wiederum die für den Beschuldigten nachteiligste Rechtsordnung wählen.<sup>1077</sup>

Die Anwendungsvoraussetzungen des Modells 5b entsprechen denjenigen des Modells 5a,<sup>1078</sup> verschieben aber die Gewichtung in Richtung der zentralen Ebene. Folglich müssen wiederum eine größere Bereitschaft der Einzelstaaten zum Machtverzicht sowie eine größere Identifikation der Einzelnen mit der Gesamtunion erreicht werden.

---

1077 C. Nestler, ZStW 116 (2004), 332, 343.

1078 Siehe dazu oben 5. Kapitel D. II. 5. a).

## 6. Kapitel

### Übertragung auf die EU, Analyse des Systems und Perspektiven

#### A. Das europäische Mischmodell

Nachdem im 5. Kapitel einige Idealmodelle in ihrer Reinform präsentiert wurden, bleibt festzustellen, dass die EU in ihrem derzeitigen konstitutionellen Gewand keinem dieser Systeme entspricht. Sie kombiniert vielmehr Elemente aus sämtlichen der hier vorgestellten Grundmuster. *Sieber* spricht daher zu Recht von einem „Mischsystem“ oder „Mischmodell“.<sup>1</sup> Es sieht auf der Gesetzgebungsebene wie Modell 1b<sup>2</sup> grundsätzlich eine dezentrale Kompetenz vor, verbindet diese aber wie Modell 5a<sup>3</sup> mit Harmonisierungskompetenzen. Diese werden jedoch durch einzelne unmittelbare Rechtssetzungskompetenzen ergänzt, wie dies für Modell 4a<sup>4</sup> zu Grunde gelegt wurde, und welche materielles und prozessuales Recht betreffen.

Die EU belässt dabei – ähnlich wie die USA – materiell-strafrechtliche Kompetenzen grundsätzlich bei den Mitgliedstaaten, sieht sodann aber – wiederum vergleichbar den USA – einige Spezialkompetenzen zum Erlass von Strafnormen in Einzelbereichen zum Schutz zentraler Rechtsgüter, bei grenzüberschreitender Kriminalität sowie zur wirksamen Durchführung ihrer Politik vor. Hier korrespondiert das europäische System mit bestimmten Grundsätzen, die sich – zumindest vom Prinzip her – in allen Rechtsordnungen nachweisen ließen:<sup>5</sup> Jede Ebene darf ihre eigenen Vorgaben mit Sanktionen bewehren, soweit dies erforderlich ist, und gegebenenfalls eigene Rechtsgüter auch strafrechtlich schützen. Ferner können grenzüberschreitende Sachverhalte, die von den Gliedstaaten alleine nicht ausreichend behandelt werden können, ebenfalls zentrale Regelungen erfordern, sodass die Art. 82 ff. AEUV entsprechende Kompetenzen der EU vorsehen.

Das System der EU ist hierbei zzt. jedoch noch stärker klassischen völkerrechtlichen Instrumenten angenähert, sodass zentrale Anweisungen und Regelungen überwiegend in Form von Richtlinien ergehen und grundsätzlich erst von den Mitgliedstaaten umzusetzen sind. In der EU gilt daher der Grundsatz, dass die Mitgliedstaaten umfassend zur Setzung des Straf- und des Strafverfahrensrechts zuständig sind, während der zentralen Ebene in den Art. 82 ff. AEUV überwiegend nur Harmonisierungskompetenzen zustehen, mittels welcher das Recht der Einzelstaaten per Richtlinie angepasst werden kann.<sup>6</sup> So sind Harmonisierungskom-

1 *Sieber*, ZStW 121 (2009), 1, 64 f.

2 Siehe dazu oben 5. Kapitel D. II. 1. b).

3 Siehe dazu oben 5. Kapitel D. II. 5. a).

4 Siehe dazu oben 5. Kapitel D. II. 4. a).

5 Siehe den Überblick oben 5. Kapitel C. I. 1.

6 Siehe dazu oben 4. Kapitel B. I. 1. b) ee).

petenzen im Hinblick auf die Angleichung des materiellen Rechts gemäß Art. 83 Abs. 1 AEUV bei schwerer grenzüberschreitender Kriminalität sowie nach Art. 83 Abs. 2 AEUV als Annex zu sonstigen Regelungen der EU, vorgesehen. Ferner wird gemäß Art. 82 Abs. 2 AEUV die Angleichung des Verfahrensrechts möglich, soweit dies zur Erleichterung der gegenseitigen Anerkennung gerichtlicher Urteile und Entscheidungen und der polizeilichen und justiziellen Zusammenarbeit in Strafsachen mit grenzüberschreitender Dimension erforderlich ist. So können etwa Richtlinien bzgl. der Zulässigkeit der Übergabe und Verwertung von Beweismitteln auf gegenseitiger Basis erlassen werden. Wie Modell 5a verfügt das Mischsystem also grundsätzlich über die Strukturelemente Kooperation, Koordination, Assimilierung und Harmonisierung.<sup>7</sup>

Hinzu tritt nun aber in der EU eine sektorale Kompetenz zur Strafrechtssetzung, wie z.B. nach Art. 325 Abs. 4 AEUV, sowie zum Erlass von unmittelbar wirksamen Regeln im Hinblick auf das Verfahrensrecht, wie z.B. nach Art. 82 Abs. 1 UA, 2 lit. a) AEUV bzgl. der Regeln und Verfahren zur Sicherstellung der gegenseitigen Anerkennung von Urteilen und gerichtlichen Entscheidungen, nach Art. 82 Abs. 1 UA, 2 lit. b) AEUV zur Verhinderung von Kompetenzkonflikten oder nach Art. 86 Abs. 3 AEUV zur Festlegung des Verfahrensrechts im Falle der Einrichtung einer EStA.

Die EU weist ferner ein (noch) nahezu vollständig dezentralisiertes Verfolgungs- und Gerichtssystem auf, wie es auch Modell 5a<sup>8</sup> zu Grunde liegt. Die Mitgliedstaaten setzen ihr eigenes Recht eigenständig durch, auch wenn es sich gegebenenfalls um zentral harmonisiertes Recht handelt. Zentrale Strafgerichte existieren nicht. Zentrale Verfolgungsbehörden wie Europol und Eurojust beschränken sich überwiegend auf die Koordination der Kooperation der dezentralen Behörden, OLAF kommen hingegen einige eigene Ermittlungsbefugnisse zu.<sup>9</sup> Zentrale Strafnormen in der Form unmittelbar geltender Verordnungen im Sinne von Art. 288 Abs. 2 AEUV zur Setzung materiellen Strafrechts wurden zwar bislang noch nicht erlassen, nach dem derzeitigen Stand müssten sie aber mangels europäischer Strafgerichte ebenfalls durch die Mitgliedstaaten abgeurteilt und mangels europäischer Strafverfolgungsorgane mit echten exekutiven Kompetenzen auch durch mitgliedstaatliche Behörden verfolgt und angeklagt werden. Würden solche zentralen Strafbestimmungen erlassen, so wäre die Strafverfolgungs- und Gerichtszuständigkeit in Bezug auf solche Normen daher im System der EU ähnlich wie im deutschen und im kanadischen Modell ausgestaltet. Wie in Modell 5b<sup>10</sup> verfügt die EU jedoch immerhin über einzelne zentrale Behörden, wenngleich bislang nur zur Koordination der mitgliedstaatlichen Strafverfolgung, ihr steht allerdings in

7 Hecker, in: Ambos, Europ. Strafrecht, S. 14.

8 Siehe dazu oben 5. Kapitel D. II. 5. a).

9 Siehe dazu oben 4. Kapitel B. II. 2. b).

10 Siehe dazu oben 5. Kapitel D. II. 5. b).

Art. 86 AEUV auch die Kompetenz zur Einrichtung einer zentralen EStA zu. Wie in Modell 5b übt die EU keine unmittelbare Strafgerichtsbarkeit aus.<sup>11</sup> Eine Möglichkeit, die Einheitlichkeit der Auslegung des zentralen Rechts, d.h. der Vorgaben in den Richtlinien, zu gewährleisten, besteht jedoch dadurch, dass der EuGH nach Art. 267 Abs. 1 lit. b) AEUV im Vorabentscheidungsverfahren für die Auslegung von EU-Normen alleine zuständig ist<sup>12</sup> – aber eben nicht als klassisches „Strafgericht“. Harmonisieren etwa Richtlinien das Recht der Mitgliedstaaten, so ist ihre Auslegung durch den EuGH auch in den einzelnen Mitgliedstaaten maßgeblich, was z.B. im deutschen Nebenstrafrecht schon zu einigen Verschiebungen geführt hat.<sup>13</sup> Erlässt die EU in der Zukunft strafrechtsbezogene Verordnungen, so würden Strafen zwar durch mitgliedstaatliche Gerichte ausgesprochen, die konkrete Auslegung der Verordnung müsste aber wiederum der EuGH nach Art. 267 Abs. 1 lit. b) AEUV vornehmen.<sup>14</sup>

Daher lassen sich drei große Teilbereiche trennen:<sup>15</sup> (1) die Komponente der Kooperation, Koordinierung, Assimilierung und Harmonisierung des dezentralen Rechts durch die zentrale Ebene, (2) die einzelnen zentralen Befugnisse zum Erlass von unmittelbar wirkenden Verordnungen sowie (3) die zentralen Organe der Rechtsprechung und der Strafverfolgung.

Ein solches Mischmodell ist in der EU letztlich Folge der oben<sup>16</sup> nachgezeichneten Entwicklung, im Rahmen welcher die strafrechtlichen Kompetenzen nur allmählich und in einer Politik der kleinen Schritte auf die Zentrale übertragen wurden. Die Verteilung der Zuständigkeiten hat sich dabei, das sollte nicht vergessen werden, am jeweils politisch Machbaren orientiert. Dadurch hat sich die Verfassung der EU stetig weiter entwickelt, sie ist nicht als Urknall geschaffen worden, sondern die Einigung der Bürgerinnen und Bürger hat sich schrittweise vollzogen.<sup>17</sup> In diesem Maße konnte sich die EU auch weiter demokratisieren, was folgerichtig zu einer Aufwertung des Europäischen Parlaments führte. Die unionsorganisationsrechtliche Verteilung der strafrechtsbezogenen Kompetenzen ist dabei allerdings nicht immer in konsequenter Weise dieser Demokratisierung nachgefolgt, sondern hat sie zuweilen überholt, sodass berechtigte Kritik an einer gubernativen Rechtssetzung in der ehemaligen „Dritten Säule“ geäußert wurde.<sup>18</sup>

11 Heger, *Recht und Politik* 2012, 88, 89.

12 Wegener, in: Calliess/Ruffert, Art. 267 AEUV Rn. 9; siehe dazu ausführlich K. Wolter, *passim*; vgl. ferner Schramm, *ZJS* 2010, 615, 619; zur Lage vor Lissabon Satzger, *Europäisierung*, S. 658 ff.

13 Vgl. die interessante Frage der Auslegung des Begriffes der Verbreitung in den §§ 17, 106 UrhG: Hier ist nach zutreffender Auslegung das deutsche Recht richtlinienkonform entgegen seines Wortlauts auszulegen; vgl. dazu Hildebrandt/Reimbacher, in: Wandtke/Bullinger, § 106 Rn. 17.

14 Unter die dort aufgezählten „Handlungen der Organe“ fallen fraglos auch Verordnungen; vgl. Wegener, in: Calliess/Ruffert, Art. 267 AEUV Rn. 9.

15 Orientiert an Sieber, *ZStW* 121 (2009), 1, 66.

16 Oben 4. Kapitel A. II.

17 Siehe bereits oben 2. Kapitel IV. 1. f).

18 Siehe dazu insbesondere oben 2. Kapitel IV. 2. c) aa).

Der Vertrag von Lissabon hat hier jedoch maßgebliche Verbesserungen bewirkt, indem er die „Dritte Säule“ auflöste, die EU weiter demokratisierte und in diesem Zuge erst die unmittelbare Befugnis zum Erlass strafrechtlicher Normen schuf. Durch diese sukzessive Einräumung von Zuständigkeiten ist ein Mischsystem entstanden, das einzelne Elemente aus anderen Modellen integriert. Es hat auch mit hoher Wahrscheinlichkeit noch nicht das Ende seiner Entwicklung erreicht. Zu einer vollständigen Zentralisierung von Strafrecht oder Strafprozessrecht bestand und besteht zumindest zum heutigen Zeitpunkt keine Bereitschaft.<sup>19</sup>

Auch in der EU hat der EuGH als für die Interpretation der Verträge zuständiges Gericht Einfluss auf diese Entwicklung genommen und etwa der EG durch die Annahme von *implied powers* zu einer Strafrechtsharmonisierungskompetenz verholten, die den Verträgen jedenfalls nicht explizit zu entnehmen war.<sup>20</sup> Hier haben die Verträge diese Wertung inzwischen jedoch mittels einer Vertragsreform umgesetzt und die entsprechende Kompetenz in Art. 83 Abs. 2 AEUV ausdrücklich aufgenommen, sodass es sich nicht nur um eine durch Auslegung, sondern um eine durch konkrete Verfassungsreformen geänderte Ordnung handelt.<sup>21</sup> Auch fällt der Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts, die ursprüngliche „Dritte Säule“ der EU, welcher insbesondere die justizielle Zusammenarbeit in Strafsachen, Art. 82 ff. AEUV, sowie die polizeiliche Zusammenarbeit, Art. 87 f. AEUV, umfasst, gemäß Art. 4 Abs. 2 lit. j) AEUV nun ausdrücklich in eine zwischen der EU und den Mitgliedstaaten geteilte Zuständigkeit.<sup>22</sup> Daher haben die Verträge den derzeitigen Stand der Verfassungsentwicklung nachvollzogen und abgebildet.

19 C. Nestler, ZStW 116 (2004), 332, in Bezug auf eine europäische StPO.

20 Siehe oben 4. Kapitel A. II. 7.

21 Zur Unterscheidung vgl. *Badura*, Staatsrecht, Teil A. Rn. 35; *Willoweit*, § 44 Rn. 1 f.; vgl. zu Auslegung und „stillem Wandel“ der Verfassung *Zippelius/Würtenberger*, § 7.

22 Siehe oben 4. Kapitel A. III. 3.

## B. Analyse

Sollen die einzelnen Elemente im Hinblick auf die hier zu Grunde gelegten Kriterien bewertet werden, so kann in großem Umfang auf bereits Ausgeführtes verwiesen werden, denn es handelt sich schließlich um eine Kombination verschiedener, bereits dargestellter Modelle. Dabei entspricht das Mischmodell der EU überwiegend Modell 5b.<sup>23</sup> Daher genießt es, wie dieses, im Hinblick auf die Parameter „Demokratie“ sowie „lokale Vielfalt und Autonomie der Einzelstaaten“ die Vorteile der dezentralen Rechtssetzung und der dezentralen Strafverfolgung. Die Nachteile, die sich beim rein dezentralen Modell 1b wiederum für die „Effektivität“ der Strafverfolgung bei grenzüberschreitenden Sachverhalten und hinsichtlich des Schutzes supranationaler Rechtsgüter und der Wirksamkeit der Durchführung der Politik der zentralen Ebene auf der einen und die „Rechte der Beschuldigten“ auf der anderen Seite ergaben, versucht es, wie die Modelle 5a und 5b, durch Kooperation, Koordination, Assimilierung und Harmonisierung auszugleichen.

Der Unterschied zu diesen Modellen besteht jedoch darin, dass das Mischmodell zusätzlich einige wenige Befugnisse zum Erlass von unmittelbar wirkenden Strafnormen vorsieht. In der EU sind dies die Kompetenz zum Erlass von Verordnungen zum Schutz der finanziellen Interessen der EU in Art. 325 Abs. 4 AEUV sowie zur Bekämpfung der illegalen Einwanderung und des Menschenhandels gemäß Art. 79 Abs. 2 lit. c) und d) AEUV.<sup>24</sup> Diese Möglichkeiten wurden bislang zwar noch nicht genutzt, bewirken aber Modifikationen der Gesamtbewertung. Dazu sogleich im Einzelnen. Ferner stehen der EU, wie erwähnt, auch hinsichtlich des Verfahrensrechts einige Kompetenzen zum Erlass von unmittelbar wirkenden Verordnungen zu.

### I. Demokratie

Im Hinblick auf das Kriterium „Demokratie“ garantiert das Modell der EU insgesamt durch seine weitestgehend dezentrale Allokation der strafrechtlichen Befugnisse eine besondere Bürgernähe und ermöglicht die demokratische Entfaltung innerhalb der dezentralen Ebene. Allerdings wird die Anweisung per Richtlinie von manchen aus demokratietheoretischer Perspektive sehr kritisch gesehen.<sup>25</sup> Zwar wird teilweise angeführt, eine Richtlinie sei immerhin besser als die unmittelbar geltende Verordnung, da sie einen demokratischen Mehrwert erzeuge, weil bei der Umsetzung auch noch das mitgliedstaatliche Parlament mitwirken müsse.<sup>26</sup> Andere vertreten hingegen die Auffassung, dass diese Mitwirkung in demokratischer Hin-

23 Siehe dazu oben 5. Kapitel D. II. 5. b).

24 Siehe oben 4. Kapitel B. I. 2. a) aa) und cc).

25 Siehe dazu ausführlich oben 2. Kapitel C. IV. 2. c) aa).

26 Sieber, ZStW 121 (2009), 1, 47.

sicht kaum noch etwas nütze, da insbesondere bei besonders detaillierten Vorgaben die mitgliedstaatlichen Parlamente nur noch ausführende „Lakaien“<sup>27</sup> seien. Problematisch ist in diesem Fall auch die Transparenz, da das Gesetz zwar vom nationalen Parlament erlassen wird, dabei aber Vorgaben einer anderen politischen Ebene umgesetzt werden. Diese Ansicht ist mit dem auch in den USA herrschenden Gedanken, dass der Bund die Einzelstaaten nicht „kommandieren“ darf,<sup>28</sup> sodass er eben auch keine gliedstaatlichen (Straf-)Gesetze erzwingen dürfe,<sup>29</sup> vergleichbar. Dieser Aspekt betrifft jedoch noch stärker Fragen der Macht, Autonomie und „Souveränität“ der Gliedstaaten.

In der Vergangenheit wurde ein Demokratiedefizit im Hinblick auf Rechtsakte der EU v.a. deshalb wahrgenommen, weil strafrechtsbezogene Regelungen gubernativ in der „Dritten Säule“ erlassen wurden.<sup>30</sup> Diese Struktur hat die EU inzwischen überwunden und die regelmäßige Mitwirkung des Europäischen Parlaments sichergestellt.

In diesem Zusammenhang ist zu beachten, dass die Strafrechtsharmonisierung nach Art. 83 Abs. 2 AEUV hinter den demokratischen Vorgaben der anderen strafrechtsbezogenen Kompetenztitel zurückbleibt, da solche Richtlinien gemäß Art. 83 Abs. 2 S. 2 AEUV gemäß dem gleichen ordentlichen oder besonderen Gesetzgebungsverfahren wie die betreffenden Harmonisierungsmaßnahmen erlassen werden, sodass weiterhin einzelne Fälle bestehen, in denen das Europäische Parlament nur anzuhören ist.<sup>31</sup> Das Gleiche gilt für Art. 89 AEUV, nach welchem die grenzüberschreitenden Operationen auf dem Gebiet der Mitgliedstaaten festgelegt werden können, da diese Bestimmung wiederum nur eine Anhörung des Europäischen Parlaments vorsieht.<sup>32</sup> Dies ist im Hinblick auf die demokratische Legitimation des Kriminalstrafrechts bedenklich und sollte künftig korrigiert werden.<sup>33</sup> Auch die parlamentarische Kontrolle der Exekutive muss bedacht werden.<sup>34</sup>

Bei unmittelbar wirkenden Straf- oder Strafverfahrensnormen hat die demokratische Legitimation vornehmlich auf der zentralen Ebene zu erfolgen, d.h. das zentrale Parlament wird zum maßgeblichen Legitimationsorgan, da hier, anders als bei Richtlinien, eine zusätzliche demokratische Legitimation durch den Umsetzungsakt wegfällt. Inzwischen wirken auch in der EU beim Erlass von Verordnun-

27 *Schünemann*, StV 2003, 531, 533; *ders.*, GA 2004, 193, 206; *ders.*, StV 2005, 681, 683; *ders.*, ZIS 2007, 535; *ders.*, in: *ders.*, Gesamtkonzept, S. 94; *ders.*, ZIS 2009, 393; ebenso *Hefendehl*, ZIS 2006, 161, 167; vgl. auch *Heger*, JZ 2006, 310, 313; *ders.*, Europäisierung des Umweltstrafrechts, S. 130; *Rosenau*, ZIS 2008, 9, 18.

28 *Printz v. United States*, 521 U.S. 898 (1997).

29 *Kreit*, 13 Chap. L. Rev. 555, 572 (2010); *Mikos*, 62 Vand. L. Rev. 1421, 1445 ff. (2009) m.w.N.

30 *Albrecht*, ZRP 2004, 1; *Lüderssen*, GA 2003, 71, 74 f.; *Schünemann*, GA 2004, 193, 200 f.; siehe ausführlich oben 2. Kapitel C. IV. 2. c) aa).

31 *Vogel*, in: *Grabitz/Hilf/Nettesheim*, 51. EL 2013, Art. 83 Rn. 87.

32 *Sieber*, ZStW 121 (2009), 1, 59; siehe bereits oben 4. Kapitel B. I. 2. d).

33 Siehe noch unten 6. Kapitel C. III.

34 Vgl. auch *Weigend*, ZStW 116 (2004), 275, 281.

gen im Rahmen der ordentlichen Gesetzgebungsverfahren nach Art. 294 AEUV das Europäische Parlament und der Rat zusammen, d.h. auf Unionsebene ist einerseits das Europäische Parlament als Organ unmittelbarer Legitimation beteiligt, andererseits können die Mitgliedstaaten im Rat Einfluss ausüben, wobei ihre Vertreter wiederum durch die eigenen Parlamente kontrolliert werden. Dies genügt grundsätzlich für eine ausreichende demokratische Legitimation unmittelbar wirkender Verordnungen,<sup>35</sup> wenngleich hinsichtlich der Mitbestimmung im Europäischen Parlament noch Verbesserungsbedarf besteht.<sup>36</sup> Zwar sind noch nicht alle strukturellen Probleme demokratischer Rechtssetzung beseitigt.<sup>37</sup> Gleichwohl handelt es sich dabei nicht um ein unüberwindbares demokratietheoretisches Grundproblem, sondern um die Frage der entwicklungs- und verbesserungsfähigen konkreten Ausgestaltung der Demokratie.<sup>38</sup>

Geht man indessen davon aus, dass die dezentrale Gesetzgebung insofern einen Vorteil in demokratischer Hinsicht mit sich bringt, als die Entscheidungen dort bürgernäher getroffen werden können und die Mitwirkungsbefugnisse der Einzelnen stärker ausgeprägt sind, sodass eine größere Responsivität der Politik gewährleistet ist, so spricht aus dieser Perspektive viel dafür, die zentrale Rechtssetzung auf Einzelbereiche zu beschränken.

## II. Effektivität

Hier kommt nun allerdings wiederum das zweite Kriterium, die „Effektivität“ der Ahndung und Verfolgung von grenzüberschreitenden Straftaten, des Schutzes der zentralen Rechtsgüter sowie der wirksamen Durchführung der zentralen Politik zum Tragen. In diesen Bereichen ist die Übertragung von Kompetenzen auf die Zentrale nicht nur sinnvoll, sondern kann auch notwendig sein. In der EU verbleiben bislang, ähnlich wie in den USA, vom Grundprinzip her – außer in den Bereichen der Einzelermächtigung der EU – zunächst sämtliche Kompetenzen bei den Mitgliedstaaten. Diese verfügen daher auch im Strafrecht grundsätzlich über die allgemeine Rechtssetzungs- und die Verfolgungszuständigkeit. Dass eine rein dezentrale Kompetenz Effektivitätsdefizite im Hinblick auf grenzüberschreitende Sachverhalte, den Schutz zentraler Rechtsgüter sowie die Durchsetzung der Interessen und Vorgaben der zentralen Ebene mit sich bringt, liegt auf der Hand<sup>39</sup> und

35 So auch *Fromm*, EG-Rechtssetzungsbefugnis, S. 72.

36 Siehe noch unten 6. Kapitel C. III.

37 Vgl. auch *Lüderssen*, in: Schönemann, Alternativentwurf, S. 48, der u.a. im fehlenden Initiativrecht des Europäischen Parlaments noch ein entscheidendes demokratisches Defizit ausmacht. Auch diese könnten jedoch in der Zukunft beseitigt werden; siehe dazu noch unten 6. Kapitel C. III.

38 Siehe oben 2. Kapitel C. III. 4. sowie unten 6. Kapitel C. III.

39 *Sieber*, in: Delmas-Marty, *Corpus Juris*, S. 2; *ders.*, in: *Sieber/Brüner/Satzger/v. Heintschel-Heinegg*, Einführung Rn. 206.

ist schon mehrfach ausführlich dargelegt worden. Daher kann sich die Wiedergabe hier auf eine Zusammenfassung der wesentlichen Aspekte beschränken.

Erstens stehen sich Nationalstaaten gegenüber, die ihr Recht grundsätzlich selbst setzen und ausführen und dabei durchaus abweichende Regelungen treffen, sodass etwa in einigen Bereichen eine beiderseitige Strafbarkeit nicht besteht. Dies führt zu Problemen bei grenzüberschreitenden Sachverhalten, da einerseits Strafbarkeitslücken bestehen, die zwar grundsätzlich Ausdruck der jeweiligen rechtspolitischen Entscheidung sind, in manchen Fällen jedoch schädlich für den Schutz der Rechtsgüter der Union sein können, und andererseits eine Kooperation der Verfolgungsbehörden sowie die gegenseitige Anerkennung von Entscheidungen oder die Auslieferung von Straftätern erschwert werden.<sup>40</sup> Denn dabei stößt die Strafverfolgung an die territorialen Grenzen der „souveränen“ Nationalstaaten, die vom Grundsatz her auf das Instrument der zwischenstaatlichen Rechtshilfe zurückgreifen müssen, etwa im Hinblick auf die Auslieferung von Straftätern oder die Übergabe von Beweismitteln.<sup>41</sup> Diese ist – insbesondere bei einer Betonung der territorialen Souveränität der Einzelstaaten – im Vergleich zu den zentral normierten und koordinierten Rechtsordnungen aber weitaus umständlicher und langwieriger<sup>42</sup> bzw. in manchen Fällen sogar gar nicht von Erfolg gekrönt.<sup>43</sup>

Zweitens kann bei einer fehlenden zentralen Kompetenz auf Grund der Variationen der Rechtsordnungen sowie des geringeren Interesses der Einzelstaaten<sup>44</sup> ein einheitlicher Schutz von Rechtsgütern der zentralen Ebene nicht ausreichend gewährleistet sein.<sup>45</sup> Verfügt diese nicht über Kompetenzen zur Strafrechtssetzung, so muss sie hinsichtlich des Schutzes ihrer Institutionen und Finanzmittel auf die Mitgliedstaaten vertrauen.<sup>46</sup> Beim Schutz der Rechtsgüter der zentralen Ebene stellen sich zudem in ähnlicher Weise Probleme der grenzüberschreitenden Kriminalität, denn betroffen ist hier schon generell ein überstaatliches Rechtsgut oder Interesse, sodass es sich bei Straftaten zu Lasten der Rechtsgüter der EU per se um länderübergreifende Sachverhalte handelt. Ferner steht etwa der Betrug zu Lasten der finanziellen Interessen der Union in engem Zusammenhang mit der organisierten

40 Vgl. die Erläuterungen der Motive zum Corpus Juris, in: Delmas-Marty, Corpus Juris, S. 14.

41 Vgl. zu daraus resultierenden Schwierigkeiten der Strafverfolgung die Erläuterungen der Motive zum Corpus Juris, in: Delmas-Marty, Corpus Juris, S. 14.

42 Vgl. Kommission, Grünbuch Erlangung verwertbarer Beweise in Strafsachen aus einem anderen Mitgliedstaat vom 11.11.2009, KOM (2009) 24 endg., S. 5; Sieber, in: Delmas-Marty, Corpus Juris, S. 2; ders., in: Sieber/Brüner/Satzger/v. Heintschel-Heinegg, Einführung Rn. 206; vgl. auch Erwägungsgrund (5) des Rahmenbeschlusses 2002/584/JI des Rates vom 13.6.2002 über den Europäischen Haftbefehl und die Übergabeverfahren zwischen den Mitgliedstaaten, ABl. 2002 Nr. L 190, S. 1.

43 Vgl. die Ausführungen im von der Kommission vorgelegten Grünbuch zum Schutz der finanziellen Interessen der Europäischen Gemeinschaften und zur Schaffung einer Europäischen Staatsanwaltschaft; KOM (2001) 715 endg., S. 15.

44 Vgl. Sieber, in: Sieber/Brüner/Satzger/v. Heintschel-Heinegg, Einführung Rn. 209.

45 Vgl. Satzger, Europäisierung, S. 328; ferner Deutscher, S. 52 ff., zu Problemen bei der Umsetzung von Richtlinien.

46 Calliess, ZEuS 2008, 3, 16; Hecker, Europ. Strafrecht, § 7 Rn. 1; Satzger, Intern. und Europ. Strafrecht, § 9 Rn. 26.

Kriminalität, deren Wirkungsfelder über einzelne Staaten hinausgehen.<sup>47</sup> Die Kommission hat u.a. in ihrem Grünbuch zum Schutz der finanziellen Interessen der Europäischen Gemeinschaften und zur Schaffung einer Europäischen Staatsanwaltschaft im Jahr 2001 eindringlich auf die Nachteile des zersplitterten europäischen Rechtsraumes hingewiesen.<sup>48</sup>

Ähnliches gilt drittens bezüglich der Bereiche, in welchen die EU bereits die primären Verhaltensgebote und Verhaltensverbote aufgestellt hat. Auch deren Befolgung wäre ohne „Annexkompetenz“ für entsprechende Sanktionen nicht gewährleistet bzw. die EU müsste sich darauf verlassen, dass die Mitgliedstaaten für die Wirksamkeit sorgen.

Daher bestehen bei einer rein dezentralen Kompetenz auf der einen Seite in verschiedener Hinsicht Bedenken hinsichtlich einer effektiven Behandlung der grenzüberschreitenden Probleme und eines wirksamen Schutzes der Rechtsgüter der EU und der effektiven Durchführung ihrer Ziele, während sie auf der anderen Seite Experimente mit alternativen Strategien im Bereich lokaler Kriminalität und damit auch die Effektivität der Bekämpfung, wie oben<sup>49</sup> erläutert, auch durchaus fördern kann. Die grundsätzlich dezentrale Zuständigkeit ist daher bei lokalen Straftaten möglicherweise sogar wirksamer, da innovativer, muss bei grenzüberschreitenden Sachverhalten jedoch Ergänzungen zur Verwirklichung einer effektiven Strafverfolgung erhalten. Hier spielt das Kriterium der Subsidiarität<sup>50</sup> eine entscheidende Rolle. Es schont zwar die Autonomie der Mitgliedstaaten und belässt ihnen die Möglichkeit zum Experimentieren im lokalen Bereich, ordnet der zentralen Ebene jedoch diejenigen Felder zu, in welchen die Einzelstaaten nicht mehr ausreichend handlungsfähig sind bzw. in denen zentrale Regelungen zur Verwirklichung der gemeinsamen Ziele erforderlich sind.

Im Hinblick auf die soeben angesprochenen Bereiche wurden in der EU diverse Schritte unternommen, die oben<sup>51</sup> bereits ausführlich erläutert wurden. Dabei geht es insbesondere um die Schaffung eines unionsweiten Raumes der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts. Dieser ist nicht zuletzt auch Ausdruck des gewandelten Selbstverständnisses der EU als einheitlicher Rechtsraum.<sup>52</sup> Zu seiner Verwirklichung wurde insbesondere das Prinzip der gegenseitigen Anerkennung von Entscheidungen hervorgehoben.<sup>53</sup> Schon der Europäische Rat von Tampere hatte diesbezügliche Vorgaben gemacht.<sup>54</sup> Im Hinblick auf den „echten europäischen Rechts-

47 KOM (2001) 715 endg., S. 15; ferner *Sieber*, ZRP 2000, 186.

48 KOM (2001) 715 endg., S. 15 f.

49 Oben 5. Kapitel A.

50 Siehe dazu oben 2. Kapitel C. IV. 1. g).

51 Oben 4. Kapitel B. I. 2.

52 Vgl. *Röben*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, 51. EL 2013, Art. 67 AEUV Rn. 17.

53 Vgl. nur das Stockholmer Programm, ABl. 2010 Nr. C 115, S. 21; siehe zur gegenseitigen Anerkennung bereits oben 4. Kapitel C. III. 2.

54 *Sieber*, ZStW 121 (2009), 1, 32.

raum“ sollte die gegenseitige Anerkennung von Entscheidungen, sowohl von Urteilen als auch von Anordnungen im Ermittlungsverfahren, zum „Eckstein“ der justiziellen Zusammenarbeit werden.<sup>55</sup> Das Stockholmer Programm vom 2.12.2009 sieht vor, die Voraussetzungen zu schaffen, damit die mitgliedstaatlichen Justizsysteme „effizient interagieren“ können.<sup>56</sup>

Dabei ermächtigen zentrale Rechtssetzungskompetenzen zum einen zum Erlass unmittelbar wirkender Verordnungen in bestimmten Bereichen, welche Institutionen oder bedeutende Werte der EU betreffen, so etwa zum Schutz der finanziellen Interessen der EU nach Art. 325 Abs. 4 AEUV und zur Bekämpfung des Menschenhandels gemäß Art. 79 Abs. 2 lit. d) AEUV. Zum anderen ermöglichen sie aber insbesondere eine Harmonisierung des mitgliedstaatlichen materiellen Rechts bei grenzüberschreitenden Delikten nach Art. 83 Abs. 1 AEUV sowie zur Durchführung der EU-Politik nach Art. 83 Abs. 2 AEUV. In den beiden zuletzt genannten Fällen entstehen indes keine eigenständigen zentralen Strafvorschriften, sondern das dezentrale Recht wird angeglichen, indem die Mitgliedstaaten angewiesen werden, bestimmte Regelungen zu erlassen.

Auch zur Koordination des grenzüberschreitenden Strafverfahrens stehen inzwischen gemäß Art. 82 AEUV zentrale Befugnisse zur Verfügung. Nach Abs. 1 sind Verordnungen und Richtlinien möglich,<sup>57</sup> um u.a. Regeln und Verfahren festzulegen, mit denen die Anerkennung von Urteilen und gerichtlichen und behördlichen Entscheidungen sichergestellt wird, oder um Kompetenzkonflikte zu vermeiden. Abs. 2 enthält hingegen eine Harmonisierungskompetenz, um per Richtlinie wiederum auf das Strafprozessrecht der Mitgliedstaaten einzuwirken, u.a. betreffend die Zulässigkeit von Beweismitteln. Vereinfacht gesprochen ermöglicht Art. 82 Abs. 1 AEUV Regelungen, die den Zugriff auf Beweise in anderen Mitgliedstaaten eröffnen, während Art. 82 Abs. 2 AEUV die Kompetenz enthält, die mitgliedstaatlichen Strafprozessordnungen zu harmonisieren, um die Voraussetzungen für einen solchen Zugriff zu schaffen.<sup>58</sup>

Der Vereinfachung der justiziellen Zusammenarbeit dienten schon in der Vergangenheit verschiedene Maßnahmen, wie etwa die Art. 48 ff. SDÜ, die PIF-Konvention, das Europol-Übereinkommen, die Abkommen zur Auslieferung, das EU-Rechtshilfe-Abkommen sowie die Einrichtung von Eurojust. Sämtliche Schritte können hier nicht wiedergegeben werden, viele wurden oben<sup>59</sup> auch schon erläu-

55 Europäischer Rat Tampere, Schlussfolgerungen des Vorsitzes, Nr. 33, 36; abrufbar im Internet unter [www.europarl.europa.eu/summits/tam\\_de.htm#c](http://www.europarl.europa.eu/summits/tam_de.htm#c), zuletzt abgerufen am 5.2.2014; vgl. dazu auch Heger, ZIS 2009, 406, 410; Vogel, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, 51. EL 2013, Art. 82 AEUV Rn. 6 f.; Wasmeier, ZStW 116 (2004), 320, 321; ders., in: Sieber/Brüner/Satzger/v. Heintschel-Heinegg, § 32 Rn. 26; siehe bereits oben 4. Kapitel A. II. 6. und 4. Kapitel B. I. 2. ee).

56 ABl. 2010 Nr. C 115, S. 21.

57 Vogel, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, 51. EL 2013, Art. 82 AEUV Rn. 51.

58 Siehe bereits oben 4. Kapitel B. I. 2. ee).

59 Siehe zu diesen Maßnahmen bereits oben 4. Kapitel C. III.

tert. Eine besondere Intensivierung der Zusammenarbeit auf der Grundlage des Prinzips der gegenseitigen Anerkennung bedeutete jedoch der Europäische Haftbefehl.<sup>60</sup> Mit diesem ist die Auslieferung inzwischen auf eine neue Grundlage gestellt worden. Denn im Gegensatz zum traditionellen internationalen Rechtsverkehr<sup>61</sup> wird hier von gewissen Auslieferungshindernissen Abstand genommen. So entfällt für bestimmte Katalogtaten im Sinne des Art. 2 Abs. 2 RB 2002/548/JI das Erfordernis der beiderseitigen Strafbarkeit, die Ausnahme der Auslieferung der eigenen Staatsangehörigen wird vom Grundsatz her aufgegeben, wenngleich bestimmte Ausnahmen zulässig sind,<sup>62</sup> und schließlich wird das intergouvernementale Verfahren insgesamt durch ein einstufiges Übergabeverfahren ersetzt.<sup>63</sup> Dennoch bleiben nach den Art. 3, 4 und 4a RB 2002/548/JI gewisse Ablehnungsgründe bestehen und nach Art. 5 RB 2002/548/JI kann die Auslieferung von den dort genannten Bedingungen abhängig gemacht werden.<sup>64</sup> Der EuGH hat zwar inzwischen präzisiert, dass diese Ablehnungsgründe abschließend sind.<sup>65</sup> Dennoch variieren die einzelnen mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen, weil die fakultativen Ablehnungsgründe in unterschiedlicher Weise umgesetzt und teilweise sogar rahmenbeschlusswidrige Regelungen getroffen wurden.<sup>66</sup> Hier offenbart sich ein Nachteil gegenüber einer unmittelbar geltenden zentralen Regelung. Es bleibt dann u.a. der Versuch, den Staat, in dem sich der Beschuldigte aufhält, um Strafverfolgung zu ersuchen.<sup>67</sup>

In ähnlicher Weise sind die Möglichkeiten der Nachteile, der Beweisgewinnung und der operativen Maßnahmen auf dem Territorium anderer Mitgliedstaaten kontinuierlich erweitert worden, sodass auch diesbezüglich die Rechtshilfe erleichtert wurde.<sup>68</sup> Inzwischen stehen mit Art. 87 und Art. 89 AEUV auch entsprechende Kompetenzen zum Erlass von die grenzüberschreitende Zusammenarbeit betreffenden Maßnahmen bereit. De lege lata gelten aber v.a. die Regelungen des SDÜ. Nach Art. 41 SDÜ ist die Nachteile in fremde Hoheitsgebiete möglich,<sup>69</sup> allerdings

60 Siehe auch dazu bereits oben 4. Kapitel B. I. 2. ee) und 4. Kapitel C. III. 2. a).

61 Siehe dazu *Lagodny*, in: Sieber/Brüner/Satzger/v. Heintschel-Heinegg, § 31.

62 Vgl. Art. 80 IRG; siehe dazu bereits oben 4. Kapitel C. III. 2. a).

63 *Ambos*, Intern. Strafrecht, § 12 Rn. 39.

64 *Ambos*, Intern. Strafrecht, § 12 Rn. 39.

65 EuGH, Urteil vom 29.1.2013 – *Radu* (Rs. C-396/11), Rn. 36, bislang unveröffentlicht; dazu *Brodowski*, HRRS 2013, 54.

66 Bericht der Kommission auf der Grundlage von Artikel 34 des Rahmenbeschlusses des Rates vom 13. Juni 2002 über den Europäischen Haftbefehl und die Übergabeverfahren zwischen den Mitgliedstaaten vom 23.2.2005, KOM (2005) 63 endg., S. 4 ff.; Bericht der Kommission über die seit 2005 erfolgte Umsetzung des Rahmenbeschlusses des Rates vom 13. Juni 2002 über den Europäischen Haftbefehl und die Übergabeverfahren zwischen den Mitgliedstaaten, KOM (2007) 407 endg., S. 7 ff.

67 Das Übereinkommen über die Übertragung der Strafverfolgung zwischen den Mitgliedstaaten der EG wurde im Jahr 1990 zwar unterzeichnet, trat jedoch wegen fehlender Ratifizierung nicht in Kraft; dazu *Möbrenschlager*, in: Dannecker, S. 167 f.; vgl. aber auch die Initiative einiger Mitgliedstaaten für einen Rahmenbeschluss 2009/.../JI des Rates vom [...] über die Übertragung der Strafverfolgung, ABl. 2009 Nr. C 219, S. 7.

68 Siehe dazu oben 4. Kapitel C. III. 2. c).

69 Dazu *Heinrich*, NStZ 1996, 361, 365; *Hetzer*, in: Sieber/Brüner/Satzger/v. Heintschel-Heinegg, § 41 Rn. 57 ff.; siehe auch oben 4. Kapitel C. III. 2. c).

können die Mitgliedstaaten festlegen, inwieweit sie die Nachteile gestatten wollen, sodass diese wiederum asymmetrisch ausgestaltet sein kann.<sup>70</sup> Ähnliches gilt gemäß Art. 40 SDÜ für die operativen Maßnahmen.<sup>71</sup>

Nach dem Grundsatz der Verfügbarkeit,<sup>72</sup> ist ferner der unmittelbare Zugriff auf in anderen Mitgliedstaaten erlangte Daten zulässig. Des Weiteren würde z.B. die in RB 2008/978/JI vorgesehene Europäische Beweisordnung (EBA) die Möglichkeit eröffnen, eine in einem Drittstaat vollstreckbare Anweisung zur Beweiserhebung zu erlassen.<sup>73</sup> Auch hier bestünden jedoch einige gewichtige Einschränkungen. So beschränkt sich die EBA auf vorhandene Beweise und bei Durchsuchung und Beschlagnahme entfällt das Erfordernis der beiderseitigen Strafbarkeit nur bei den genannten Katalogtaten, bei welchen Deutschland ferner über eine *Opt-out*-Klausel verfügt, die Beweise müssen auch nach dem Recht des Anordnungsstaates erlangt werden können und schließlich enthält Art. 13 Abs. 1 RB 2008/978/JI auch einige optionale Versagungsgründe. Zudem wurde der RB 2008/978/JI (bislang) nicht umgesetzt. Art. 82 Abs. 1 lit. a) AEUV enthält aber immerhin die Kompetenz der EU, entsprechende Anordnungen zu treffen. So wurde nun auch über den Vorschlag für eine Richtlinie über eine Europäische Ermittlungsanordnung eine Einigung erzielt.<sup>74</sup> Diese Richtlinie wird den Beweishilfeverkehr neu ordnen und sich nicht nur auf vorhandene Beweise beschränken, sondern auch die Anordnung von Maßnahmen zur Beweisgewinnung im Vollstreckungsstaat ermöglichen. Ferner werden im Zusammenhang mit dieser Ermittlungsanordnung auch operative Aktionen von Behörden des Anordnungsstaates im Vollstreckungsstaat eröffnet.<sup>75</sup>

Nach den Art. 85 ff. AEUV können nun auch zentrale Behörden wie Europol, Eurojust oder gar die EStA geschaffen und mit Befugnissen ausgestattet werden. Die ersteren beiden Behörden dienen dabei bislang nur der Koordination der Zusammenarbeit, während die noch nicht eingerichtete EStA selbst Straftaten untersuchen, verfolgen und Anklage erheben sowie auf der Grundlage eines europäischen Strafprozessrechts operieren könnte, das nach Art. 86 Abs. 3 AEUV geschaffen werden kann.<sup>76</sup> Der neue Vorschlag der Kommission zur Errichtung der EStA

70 *Hetzer*, in: Sieber/Brüner/Satzger/v. Heintschel-Heinegg, § 41 Rn. 62.

71 Siehe oben 4. Kapitel C. III. 2. c).

72 Dazu *Böse*, Der Grundsatz der Verfügbarkeit, passim; *F. Meyer*, NStZ 2008, 188.

73 Siehe oben 4. Kapitel C. III. 2. c).

74 Initiative des Königreichs Belgien, der Republik Bulgarien, der Republik Estland, des Königreichs Spanien, der Republik Österreich, der Republik Slowenien und des Königreichs Schweden für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates vom [...] über die Europäische Ermittlungsanordnung in Strafsachen vom 24.6.2010, ABl. 2010 Nr. C 165, S. 22; ausführlich dazu *Rackow*, in: *Ambos, Europ. Strafrecht*, S. 124 ff.; ferner *Brodowski*, ZIS 2010, 749, 755 ff.; *ders.*, ZIS 2011, 940, 950 f.; *ders.*, ZIS 2012, 558, 568 f.; positive Bewertung von *Böse*, in: *Ambos, Europ. Strafrecht*, S. 63; zur Kritik vgl. *Esser*, FS Roxin, 2011, S. 1510 ff.; siehe dazu bereits oben 4. Kapitel B. I. 2. c). Im Dezember 2011 konnte der Rat diesbzgl. eine allgemeine Ausrichtung zum Wortlaut eines Richtlinien-Entwurfes (RL-E) erzielen, Ratsdok. Nr. 18918/11 vom 21.12.2011; vgl. dazu *Brodowski*, ZIS 2011, 940, 950 f., sowie oben 4. Kapitel C. III. 2. c).

75 Siehe dazu ausführlich oben 4. Kapitel C. III. 2. c).

76 *Satzger*, Intern. u. Europ. Strafrecht, § 10 Rn. 22; siehe bereits oben 4. Kapitel B. I. 2. ee).

aus dem Jahr 2013 sieht allerdings noch kein eigenständiges zentrales Verfahrensrecht vor.<sup>77</sup>

Derzeit besteht in der EU indes mit Eurojust bereits eine zentrale Behörde, die der Bekämpfung der schweren organisierten Kriminalität und dabei der Koordination der nationalen Strafverfolgungsbehörden dienen soll.<sup>78</sup> Als Polizeibehörde operiert ferner Europol. Nach Art. 88 Abs. 1 AEUV hat Europol den Auftrag, „die Tätigkeit der Polizeibehörden und der anderen Strafverfolgungsbehörden der Mitgliedstaaten sowie deren gegenseitige Zusammenarbeit bei der Verhütung und Bekämpfung der zwei oder mehr Mitgliedstaaten betreffenden schweren Kriminalität, des Terrorismus und der Kriminalitätsformen, die ein gemeinsames Interesse verletzen, das Gegenstand einer Politik der Union ist, zu unterstützen und zu verstärken“.<sup>79</sup> Daneben können jedoch auch in der EU, ähnlich wie in den staatlichen Systemen, gemeinsame Ermittlungsteams der Mitgliedstaaten gebildet werden,<sup>80</sup> an welchen Europol teilnehmen kann. Auch diesbezüglich verfügt die EU inzwischen über Regelungskompetenzen, nämlich in Art. 87 Abs. 3 AEUV hinsichtlich Maßnahmen, welche die operative Zusammenarbeit zwischen den Behörden betreffen, und in Art. 88 Abs. 2 S. 2 AEUV bezüglich der Beteiligung von Europol an den operativen Maßnahmen.

Damit unterscheidet sich auf der einen Seite das Recht der EU im Hinblick auf Auslieferung und kleine Rechtshilfe zwar vom herkömmlichen internationalen Rechtsverkehr und sieht teilweise hinsichtlich der grenzüberschreitenden Sachverhalte sogar Befugnisse der zentralen Ebene sowie der einzelstaatlichen Ermittlungsbehörden vor, die über das hinausgehen, was im US-amerikanischen Bundesstaat möglich ist, der stark auf die Autonomie der Gliedstaaten bedacht ist.

Auf der anderen Seite fehlt in der EU aber ein einheitliches Straf- und Strafprozessrecht. Außerhalb der bereits geschaffenen Instrumente der gegenseitigen Anerkennung sind die Mitgliedstaaten weiterhin auf die Rechtshilfe angewiesen, was bislang insbesondere auch für die Gewinnung von noch nicht erhobenen Beweisen galt.<sup>81</sup> Hier wird allerdings die Richtlinie über die Ermittlungsanordnung in der Zukunft Erleichterungen bringen. In den USA soll das Bundesstrafrecht die Probleme für die auch in der EU relevanten Bereiche der grenzüberschreitenden Kriminalität sowie der Straftaten, welche die Rechtsgüter der zentralen Ebene betreffen, lösen. In verschiedener Hinsicht bleibt die EU bzgl. des effektiven Schutzes

77 Vgl. den Vorschlag der Kommission für eine Verordnung des Rates über die Errichtung der Europäischen Staatsanwaltschaft, KOM (2013) 534 endg., S. 30; dazu *Satzger*, NStZ 2013, 206, 207.

78 Siehe zu Eurojust oben 4. Kapitel B. II. 2. b); vgl. ferner ausführlich *Grotz*, in: Sieber/Brüner/Satzger/v. Heintschel-Heinegg, § 45.

79 Siehe zu Europol bereits oben 4. Kapitel B. II. 2. b); ferner ausführlich *Neumann*, in: Sieber/Brüner/Satzger/v. Heintschel-Heinegg, § 45.

80 Dazu oben 4. Kapitel C. III. 3.

81 Kommission, Grünbuch Erlangung verwertbarer Beweise in Strafsachen aus einem anderen Mitgliedstaat vom 11.11.2009, KOM (2009) 624 endg., S. 5.

ihrer Rechtsgüter daher derzeit noch hinter den bundesstaatlichen Systemen zurück.

So ist der zentralen Ebene nämlich bislang nur der soeben beschriebene Ausschnitt strafrechtlicher Befugnisse hinsichtlich ihrer Interessen per Einzelmächtigung übertragen, d.h. sie kann ihre Rechtsgüter zzt. nur partiell selbst schützen.<sup>82</sup> Des Weiteren handelt es sich in den meisten Fällen, mit Ausnahme der Kompetenzen nach Art. 325 Abs. 4 AEUV und Art. 79 Abs. 2 lit. c) und d) AEUV im materiellen und z.B. Art. 82 Abs. 1 UA. 2 AEUV und Art. 86 AEUV im Verfahrensrecht, um Harmonisierungsbefugnisse, deren Umsetzung von den Mitgliedstaaten abhängt. Zwar besteht die Möglichkeit, ein Vertragsverletzungsverfahren nach den Art. 258 ff. AEUV einzuleiten und gegebenenfalls ein Zwangsgeld gemäß Art. 260 Abs. 2 AEUV zu verhängen. Gleichwohl werden Richtlinien im Hinblick auf ihre Effektivität als nachteilig gegenüber Verordnungen empfunden.<sup>83</sup> Denn die Umsetzung kann verschiedene Nachteile bergen, die schon erläutert wurden:<sup>84</sup> Sie kann zu längeren zeitlichen Verzögerungen führen und fehlerhaft oder unzureichend erfolgen. Bestehen Umsetzungsspielräume oder können, wie etwa nach Art. 83 AEUV, nur Mindestvorschriften erlassen werden, so vermag eine Richtlinie keine echte Einheitlichkeit des Schutzes der Rechtsgüter zu bewirken. Auch besteht die Gefahr, dass sie gar nicht umgesetzt wird, wie einige Maßnahmen der EU, etwa der RB 2008/978/JI über die Europäische Beweisordnung (EBA),<sup>85</sup> beweisen. Bevor die Umsetzung erfolgt ist, haben Richtlinien auch keine den Einzelnen belastende unmittelbare Wirkung,<sup>86</sup> d.h. die dezentrale Rechtsordnung bleibt unverändert.<sup>87</sup> Gleichwohl kann nach Ablauf der Umsetzungsfrist die richtlinienkonforme Auslegung des mitgliedstaatlichen Rechts schon vor der Umsetzung zu beachten sein.<sup>88</sup>

Soweit die europäischen Verträge nun auch die Befugnis der EU zum Erlass unmittelbar wirkender Verordnungen vorsehen, eröffnen sie immerhin die Option eines solchen Vorgehens. Zwar ist auch dann die Verhältnismäßigkeit nach Art. 5 Abs. 1, 4 EUV als Ausübungsschranke im Hinblick auf die Wahl des Rechtsaktes zu beachten,<sup>89</sup> sodass die Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten möglichst geschont werden müssen, im Einzelfall kann jedoch die Verordnung gewählt wer-

82 Siehe auch noch unten 6. Kapitel C. IV. 1.

83 *Fromm*, EG-Rechtssetzungsbefugnis, S. 60; *Ladenburger*, ZEuS 2011, 389, 397; *Schwarzburg/Hamdorf*, NSStZ 2002, 617, 621; *Tiedemann*, FS Roxin, 2001, S. 1411; vgl. auch *Deutscher*, S. 63 ff.; *Streinz*, Europarecht, Rn. 476; siehe dazu oben 4. Kapitel A. III. 4. b).

84 Siehe oben 5. Kapitel D. II. 5. a).

85 Siehe oben 4. Kapitel C. III. 2. c).

86 Siehe bereits oben 4. Kapitel C. II. 1.

87 *Satzger*, Europäisierung, S. 475.

88 EuGH Slg. 2006, I-6057, I-6133 – *Adeneler* (Rs. C-212/04); *Ambos*, Intern. Strafrecht, § 11 Rn. 49; *Hecker*, Europ. Strafrecht, § 10 Rn. 32; *Herdegen*, Europarecht, § 8 Rn. 41; *Streinz*, Europarecht, Rn. 502; *Weißer*, ZIS 2006, 562, 572; siehe bereits oben 4. Kapitel C. I. 4.

89 Siehe dazu oben 4. Kapitel A. III. 4. b).

den, wenn die Richtlinie kein ausreichendes Mittel darstellt. Zwar mag auch die Richtlinie grundsätzlich eine hinreichend wirksame Maßnahme sein, denn sonst bedürfte es gar keiner Verhältnismäßigkeitsprüfung, sondern es wäre z.B. im Rahmen der Betrugsbekämpfung nach Art. 325 Abs. 4 AEUV stets die Verordnung zu wählen. Die Entscheidung ist vielmehr im Einzelfall zu treffen. Festzuhalten bleibt jedoch erstens, dass die EU immerhin in bestimmten Fällen über eine Wahlmöglichkeit hinsichtlich des Instruments verfügt und somit im Einzelfall das wirksamere Mittel einsetzen und sich für einen stärkeren strafrechtlichen Schutz entscheiden kann. Zweitens ist bei einer abstrakten Betrachtung eine unmittelbar wirkende Verordnung fraglos effektiver als eine nicht oder nicht ausreichend umgesetzte Richtlinie.<sup>90</sup>

Insofern ist das Mischmodell der EU aus der Perspektive der Effektivität positiver zu beurteilen als das reine Harmonisierungsmodell 5a,<sup>91</sup> da die zentrale Ebene in der EU im Gegensatz zu jenem immerhin in bestimmten Bereichen die Option zum Erlass unmittelbar wirkender Normen vorsieht, sodass im Einzelfall entschieden werden kann, ob diese Maßnahme aus Effektivitätsgründen eher zu ergreifen ist. Im Vergleich zu Modell 5b<sup>92</sup> gilt diesbezüglich zwar dasselbe, im Hinblick auf die Einrichtung zentraler Instanzen hat die Verfassungsordnung der EU hingegen bislang jeweils die schwächste Variante gewählt. Sie hat nämlich hinsichtlich der Behörden nur eine Koordinationszuständigkeit von Europol und Eurojust und hinsichtlich der Gerichte nur eine Auslegungszuständigkeit des EuGH für das zentral gesetzte Recht, nicht aber eine ordentliche Strafgerichtsbarkeit, eingerichtet. In der Zukunft könnten sich diesbezüglich jedoch Änderungen durch die Einführung einer EStA ergeben.<sup>93</sup>

Insgesamt weist das Recht der EU im Hinblick auf eine effektive Verfolgung der relevanten Deliktsbereiche also noch einige Nachteile auf. Ihre Rechtssetzungskompetenzen umfassen nicht sämtliche relevanten Rechtsgüter und ermöglichen in der Regel nur Richtlinien, die unter Umständen nicht (ausreichend) umgesetzt werden. Auch bei grenzüberschreitender Kriminalität bestehen Hindernisse wegen der Autonomie der Gliedstaaten. Die soeben skizzierten Maßnahmen der gegenseitigen Anerkennung, Auslieferung und Rechtshilfe sollen diese ausgleichen, sind aber weiterhin von den Mitgliedstaaten abhängig. Die EU verfügt im Verfahrensrecht zwar über Kompetenzen, um die Zusammenarbeit der Mitgliedstaaten und die gegenseitige Anerkennung von Entscheidungen zu fördern, das Recht der Mitgliedstaaten anzugleichen oder letztlich gar eigene Strafverfolgungsbehörden einzusetzen, zentrale Strafgerichte existieren hingegen nicht und es bestehen auch keine Kompetenzen, erstinstanzliche Gerichte oder eine Revisionsinstanz zu schaffen.

90 Vgl. zu Problemen durch unterschiedliche Umsetzung *Deutscher*, S. 52 ff.

91 Siehe dazu oben 5. Kapitel D. II. 5. a).

92 Siehe dazu oben 5. Kapitel D. II. 5. b).

93 Vgl. noch unten 6. Kapitel C. IV. 2. a).

Trotz der Instrumente, welche der EU bereits zukommen, bleiben daher einige bedeutsame Lücken, die durch die Verschiedenheit der einzelstaatlichen Rechtsordnungen sowie die territoriale „Souveränität“ der Mitgliedstaaten bedingt sind.<sup>94</sup> Im Rahmen dieser Arbeit geht es jedoch weniger um die Frage, welche konkreten gesetzlichen Maßnahmen diesbezüglich für eine Verbesserung sorgen könnten, als vielmehr um die Kompetenzfrage. Es bleibt daher zu konstatieren, dass im Vergleich zu den staatlichen Systemen der zentralen Ebene in der EU geringere Befugnisse zustehen, was sich aus der Sicht der Effektivität der Verfolgung von das Gesamtsystem betreffenden grenzüberschreitenden Straftaten und des Schutzes der Rechtsgüter der zentralen Ebene als nachteilig erweisen kann.

### III. Vielfalt und Autonomie der Mitgliedstaaten

Diese Einbußen lassen sich jedoch mit dem Autonomiebestreben der Mitgliedstaaten erklären. Wendet man sich also dem dritten Kriterium, dem Aspekt der „lokalen Vielfalt“ und der „Autonomie“ der dezentralen Ebenen, zu, so hat die EU die Frage nach dem Ausgleich zwischen Einheit und Vielfalt, den jedes föderale System erzielen will,<sup>95</sup> insofern zu Gunsten der Mitgliedstaaten entschieden, als die Verfassungsordnung ihnen weitgehende Handlungsspielräume belässt, ferner ihre nationale Identität nach Art. 4 EUV zu wahren und hinsichtlich der Rechtsakte der EU das Prinzip der Verhältnismäßigkeit nach Art. 5 Abs. 1, 4 EUV im Hinblick auf die Wahl des Rechtsaktes als Ausübungsschranke zur Schonung der Autonomie der Mitgliedstaaten zu beachten ist.<sup>96</sup>

Auch in der EU gewährleistet die dezentrale Allokation der Kompetenz eine größere Bürgernähe und eine Wahrung lokaler Eigenheiten und strafrechtspolitischer Präferenzen. Oben<sup>97</sup> wurde bereits erläutert, dass nach der hier vertretenen Ansicht bereits die Verteilung der Zuständigkeiten in der EU durch ein allgemeines Subsidiaritätsprinzip gesteuert wird.<sup>98</sup> Dieses besagt, vereinfacht gesprochen, dass grundsätzlich der dezentralen Einheit der Vorrang gebührt und Aufgaben nur dann von der zentralen Ebene wahrgenommen werden, wenn sie auf der dezentralen Ebene nicht in ausreichendem Maße erfüllt werden können, also deren Leistungsfähigkeit übersteigen.<sup>99</sup> Dadurch schafft das Subsidiaritätsprinzip einen Ausgleich zwischen Bürgernähe der Entscheidungen auf der einen und Effektivität der Aufgabenerfüllung auf der anderen Seite. Im Rahmen dieser Arbeit wurde die supra-

94 Kommission, Grünbuch zum Schutz der finanziellen Interessen der Europäischen Gemeinschaften und zur Schaffung einer Europäischen Staatsanwaltschaft; KOM (2001) 715 endg., S. 15.

95 Siehe oben 5. Kapitel A.

96 Siehe dazu oben 4. Kapitel A. III. 4. b).

97 Oben 2. Kapitel C. IV. 1. g).

98 So auch *Pernice*, in: Dreier, Art. 23 Rn. 68.

99 *Calliess*, in: Calliess/Ruffert, Art. 5 EUV Rn. 20; *Uerpmann-Witzack*, in: v. Münch/König, Art. 23 Rn. 23.

ationale Herrschaft im Mehrebenensystem gerade aus diesem Bedürfnis nach einer Steigerung der „Problemlösungskapazitäten“ hergeleitet.<sup>100</sup> Die größere Einheit, hier also die Union, tritt dabei zur Unterstützung der kleineren Einheit, hier also der Mitgliedstaaten, ein.<sup>101</sup> In den übrigen Bereichen bleiben die Autonomie und lokale Vielfalt hingegen erhalten. Grundsätzlich können die Mitgliedstaaten daher z.B. eigenständig bestimmen, ob und wie sie die Sterbehilfe oder bestimmte sexuelle Praktiken bestrafen wollen, während die EU nach Art. 83 Abs. 1 AEUV immerhin festlegen kann, dass bestimmte grenzüberschreitende Delikte bestraft werden müssen. In manchen Fällen kann die EU sogar unmittelbar wirksame Verordnungen erlassen, so etwa nach Art. 325 Abs. 4 AEUV oder nach Art. 79 Abs. 2 lit. c) und d) AEUV bezüglich des strafrechtlichen Schutzes ihrer Finanzen und im Hinblick auf den Menschenhandel. In den übrigen Bereichen des materiellen Rechts sind nach Art. 83 AEUV nur Richtlinien möglich, Verordnungen also von vorneherein ausgeschlossen.

Soll das Mischmodell der EU insofern auch hinsichtlich der Frage der Wahrung von Vielfalt und Autonomie mit Modell 5a<sup>102</sup> verglichen werden, so teilt es dessen Vor- und Nachteile vom Grundsatz her wiederum vollständig und unterscheidet sich nur durch die teilweise zugestandenen Kompetenzen zum Erlass von Verordnungen, sodass nur noch zu klären ist, inwieweit die in der EU im Gegensatz zum reinen Harmonisierungsmodell möglichen wenigen Verordnungsbefugnisse, also Kompetenzen zum Erlass echter unmittelbar wirkender materieller oder verfahrensbezogener Normen, eine andere Bewertung hinsichtlich der Autonomie bewirken.

Oben<sup>103</sup> wurde erläutert, dass Verordnungen durchaus das effektivere Mittel im Vergleich zu Richtlinien darstellen können. Es fragt es sich jedoch, ob sich grundsätzlich sagen lässt, dass die Harmonisierung per Richtlinie stets schonender für die Mitgliedstaaten ist. Wäre dies der Fall, so wäre das reine Harmonisierungsmodell 5a aus der Perspektive der Vielfalt und Autonomie der Gliedstaaten günstiger. Schon oben<sup>104</sup> wurde hinsichtlich des Verhältnisses von Verordnung und Richtlinie ausgeführt, dass die von der herrschenden Meinung<sup>105</sup> getroffene lapidare Feststellung, die Richtlinie sei für die Mitgliedstaaten stets und in jedem Fall weniger belastend, genauerer Betrachtung bedarf.<sup>106</sup> Denn durch unmittelbar geltende Gesetze könnte ein formal getrenntes autonomes materielles oder prozessuales Bereichs-

100 Siehe bereits oben 1. Kapitel B. I.; so auch *Pernice*, in: Dreier, Art. 23 Rn. 68.

101 *Calliess*, Subsidiarität und Solidarität, S. 28 f.; *Pernice*, in: Dreier, Art. 23 Rn. 68.

102 Siehe dazu oben 5. Kapitel D. II. 5. a).

103 Oben 4. Kapitel A. III. 4. b) und 6. Kapitel B. II.

104 Oben 4. Kapitel A. III. 4. b).

105 *Calliess*, ZEuS 2008, 3, 10; *ders.*, in: *Calliess/Ruffert*, Art. 5 EUV Rn. 53 f. m.w.N.; *F. Meyer*, Strafrechtsgenese, S. 355.

106 Kritisch auch *Bast*, in: *Grabitz/Hilf/Nettesheim*, 51. EL 2013, Art. 5 EUV Rn. 72.

strafrecht entstehen, welches unabhängig von den einzelstaatlichen Rechtsordnungen gelten und das mitgliedstaatliche Recht selbst nicht verändern würde.<sup>107</sup>

Hier stellt sich demnach die grundlegende Frage, ob ein solches Bereichsstrafrecht im Einzelfall nicht sogar schonender für die Einzelstaaten sein könnte, weil ihre Rechtsordnungen für sich gesehen formal nicht angetastet werden, sondern ein paralleles zentrales System geschaffen wird.<sup>108</sup> So dürfte beispielsweise der Subventionsbetrug in jedem Einzelstaat abweichend geregelt werden, soweit er rein lokal wirkende Verstöße betrifft, während entsprechende Straftaten gegenüber den Finanzen der EU in einem separaten europäischen Finanzstrafgesetzbuch festgelegt werden könnten, welches völlig autark vom nationalen Recht operieren würde.<sup>109</sup>

Dabei kommt es, wie oben<sup>110</sup> festgestellt, darauf an, wie groß der Bedarf an Einheitlichkeit ist, ob ein Umsetzungsspielraum geduldet werden kann oder muss, welchen Anwendungsbereich die anvisierten Maßnahmen haben, inwieweit sich dieser also vom nationalen Recht abgrenzen lässt und dieses nicht überlagert, sowie letztlich auf das Verhältnis der Ebenen zueinander. Im Einzelfall kann dann eine detaillierte und intensiv harmonisierende Richtlinie, die umzusetzen ist und das mitgliedstaatliche Recht selbst umfangreich verändert, ähnlich oder gar stärker belastend wirken. Konkret beträfe dies bislang im materiellen Recht insbesondere die Auswahl zwischen der Schaffung von Normen zur Betrugsbekämpfung entweder per Verordnung oder per Richtlinie.<sup>111</sup>

In der EU bliebe hinsichtlich der Richtlinie zwar die Möglichkeit, entweder die „Notbremse“ nach Art. 83 Abs. 3 AEUV<sup>112</sup> zu ziehen, sofern man der oben<sup>113</sup> vertretenen Meinung zustimmt, dass diese auch bei Richtlinien nach Art. 325 Abs. 4 AEUV analog anzuwenden ist, oder eine Beschränkung der Vorgaben in den Richtlinien auf ein Minimum zu fordern, also etwa, dass diese Tatbestand und Rechtsfolge nicht so detailliert vorgeben dürfen, dass den Mitgliedstaaten kein Umsetzungsspielraum verbleibt.<sup>114</sup> So hatte etwa der EuGH eine gewichtige Einschränkung vorgenommen, indem er hinsichtlich der Harmonisierungskompetenz seinerzeit die Festlegung von Art und Maß der Sanktion von der Zuständigkeit der EG ausnahm,<sup>115</sup> sodass diese etwa keinen genauen Strafrahmen vorgeben konnte. Teilweise wird vorgeschlagen, ebendiese Grundsätze über die Kompetenzausübungsschranke der Verhältnismäßigkeit auf die Vertragsbestimmungen des AEUV zu

107 Satzger, Intern. u. Europ. Strafrecht, § 9 Rn. 53; Walter, ZStW 117 (2005), 912, 931 f.; F. Zimmermann, JURA 2009, 844, 851.

108 So Schwarzburg/Hamdorf, NStZ 2002, 617, 623 f.; Walter, ZStW 117 (2005), 912, 931 f.

109 Schwarzburg/Hamdorf, NStZ 2002, 617, 623 f.

110 Oben 4. Kapitel A. III. 4. b).

111 Siehe dazu oben 4. Kapitel B. I. 2. b) dd).

112 Siehe dazu oben 4. Kapitel B. I. 2. b) cc).

113 4. Kapitel B. I. 2. b) dd).

114 So etwa Ambos, Intern. Strafrecht, § 11 Rn. 35; Hecker, Europ. Strafrecht, § 8 Rn. 55; Rosenau/Petrus, in: Vedder/Heintschel v. Heinegg, Art. 83 AEUV Rn. 16.

115 EuGH Slg. 2007, I-9097, I-9158 – *Kommission/Rat* (Rs. C-440/05).

übertragen.<sup>116</sup> Die EU dürfe z.B. keine detaillierten Vorgaben auf Tatbestands- und Rechtsfolgenseite machen und es müsse ein Umsetzungsspielraum des nationalen Gesetzgebers erhalten bleiben.<sup>117</sup>

Mehrere Einschränkungen sind dabei jedoch zu bedenken. Erstens kann die EU die den Strafsanktionen zu Grunde liegenden (außerstrafrechtlichen) Ge- und Verbote, und damit auch den Tatbestand, zweifelsohne umfassend regeln,<sup>118</sup> sodass nur die konkrete kriminalstrafrechtliche Sanktion dann noch offen bleibt. Ganz deutlich wird dies z.B. im Nebenstrafrecht, in welchem die Strafvorschriften, wie etwa die §§ 106 ff. UrhG, nur einen Annex zum harmonisierten Bereich des materiellen Urheberrechts bilden.<sup>119</sup> Aber auch in kernstrafrechtlichen Feldern, wie etwa bei den Umweltdelikten, gilt nichts anderes, denn auch hier kann das außerstrafrechtliche Verbot festgelegt werden. Zweitens sind detaillierte Richtlinien in der Praxis verbreitet und nach überwiegender Ansicht auch zulässig.<sup>120</sup> Zudem ist auch auf der europäischen Ebene über Art. 49 Abs. 1 S. 1 GRC das Bestimmtheitsgebot für Strafnormen zu beachten,<sup>121</sup> sodass auch die EU keine unbestimmte Regelung erlassen darf.<sup>122</sup> Drittens ist zu beachten, dass Art. 83 AEUV Mindestvorgaben im Hinblick auf „Strafen“ ausdrücklich gestattet.<sup>123</sup> Dadurch darf allerdings jeweils nur eine Untergrenze des mindestens Strafbaren festgelegt werden, welche von den Mitgliedstaaten materiell durch eine Kriminalisierung weiterer Verhaltensweisen sowie durch höhere Strafen überschritten werden kann.<sup>124</sup> Dies alles spricht dafür, dass auch Richtlinien u.U. durchaus genaue Vorgaben enthalten dürfen. Daher kann im Einzelfall der inhaltliche Unterschied zwischen Verordnung und Richtlinie stark reduziert sein, sodass sich die aufgeworfene Frage stellt, ob dann nicht lieber der Weg einer von den einzelstaatlichen Gesetzen unabhängigen Norm gewählt werden sollte.

Bis zur letzten Konsequenz verwirklicht ist eine formale Abgrenzung der Rechtsordnungen im Trennmodell.<sup>125</sup> Die Rechtsordnungen der Gliedstaaten bleiben gerade auch deshalb „unberührt“, weil sie das Recht des Bundes nicht ausführen müssen. Die Existenz der zentralen Normen ist für sie dann irrelevant, während

116 Vgl. nur *Hecker*, Europ. Strafrecht, § 8 Rn. 55; *ders.*, in: Ambos, Europ. Strafrecht, S. 25.

117 *Hecker*, Europ. Strafrecht, § 8 Rn. 55.

118 Zu dieser Unterscheidung *Satzger*, Intern. und Europ. Strafrecht, § 9 Rn. 14 ff.; *ders.*, in: Sieber/Brüner/Satzger/v. Heintschel-Heinegg, § 9 Rn. 42; *Tiedemann*, NJW 1994, 23, 24; *ders.*, FS Roxin, 2001, S. 1404; *Vogel*, GA 2003, 314, 318.

119 Vgl. nur *Reinbacher*, Strafbarkeit der Vervielfältigung, S. 61.

120 Vgl. nur *Streinz*, Europarecht, Rn. 477.

121 *Jarass*, Charta, Art. 49 GRC Rn. 11.

122 *Vogel*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, 51. EL 2013, Art. 83 AEUV Rn. 33; vgl. auch *Dannecker*, ZStW 117 (2005), 697, 728, bzgl. der Ge- und Verbotsnormen; siehe bereit oben 4. Kapitel B. I. 2. b) aa).

123 *Vogel*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, 51. EL 2013, Art. 83 Rn. 37 f.; siehe bereits oben 4. Kapitel A. III. 4. c).

124 Siehe dazu oben 4. Kapitel B. I. 2. b) aa).

125 Siehe oben 5. Kapitel D. II. 3. a).

bei einer Verpflichtung zur Anwendung derselben durchaus Brüche mit der eigenen Rechtsordnung und den eigenen Wertungen auftreten können. Ganz deutlich wird dies in den USA am Beispiel der Todesstrafe. Während sie in 17 Einzelstaaten abgeschafft wurde,<sup>126</sup> ist sie nach dem Bundesstrafrecht noch möglich. Müssten die Einzelstaaten diese vollziehen, so würde dies einen gravierenden Eingriff in ihre Autonomie und ihr Sanktionssystem darstellen. Daraus lässt sich der Schluss ziehen, dass unmittelbar wirkende Strafgesetze insbesondere dann weniger belastender sein können, wenn die dezentrale Ebene nicht mit ihrem Vollzug betraut ist. Dies würde konsequenterweise für den Bereich des unmittelbar wirkenden zentralen Strafrechts die Schaffung eines Strafverfolgungsapparates erfordern. In der EU besteht ein solcher (noch) nicht.

Dabei darf jedoch nicht vergessen werden, dass diese formale Trennung dafür die Duldung fremder Hoheitsgewalt in Form von Gerichten und Strafverfolgungsbehörden des Bundes auf dem eigenen Territorium und somit wiederum eine Einbuße am Gewaltmonopol im eigenen Staatsgebiet beinhaltet.<sup>127</sup> Die Gliedstaaten bleiben ferner zwar grundsätzlich unabhängig und können ihr Strafrecht autark bestimmen und entsprechende Straftaten verfolgen, der Bund kann im Trennsystem jedoch eine einzelstaatliche Politik durch seine eigene Strafverfolgung aushebeln.<sup>128</sup> Bei einer weitgehenden Überlagerung der Rechtsordnungen, wie etwa im US-amerikanischen Recht, ist die Gefahr der Invalidierung der einzelstaatlichen Politik nicht zu unterschätzen. Allerdings können auch hier politische Kräfte wirken und der Bund muss nicht zwangsläufig auf Konfrontationskurs gehen, wie gewisse Aussagen der Regierung von US-Präsident *Obama* im Zusammenhang mit der Legalisierung von Marihuana in Kalifornien belegen.<sup>129</sup>

Zu beachten ist schließlich, dass im US-amerikanischen Trennsystem die Rechtsordnungen der Einzelstaaten dadurch „geschont“ werden, dass das Bundesstrafrecht sich selten durchsetzt und diese verdrängt, sondern vielmehr parallele Rechtsordnungen geduldet werden.<sup>130</sup> Der Fall wäre daher durchaus anders zu beurteilen, wenn das zentrale Strafrecht das einzelstaatliche wie im System des deutschen Bundesstaates unwirksam machen würde.<sup>131</sup> Denn dann würde es das mitgliedstaatliche Recht aushebeln und letztlich verdrängen. Die Frage, wie ein europäisches Bereichsstrafrecht sich zum mitgliedstaatlichen Strafrecht verhalten würde, ist noch ungeklärt. Teilweise wird dem europäischen Recht eine Lückenschließungsfunkti-

126 Siehe oben 3. Kapitel B. II. 1. a).

127 Vgl. etwa *Kretschmer*, JURA 2007, 169, 175, der bereits das Tätigwerden von OLAF zu eigenständigen Untersuchungen als „gewichtigen Einbruch in die nationale Souveränität“ wertet.

128 Zur entsprechenden Kritik ABA Report, S. 26; so insbesondere auch *United States v. Lopez*, 514 U.S. 549, 581 (1995); siehe bereits oben 5. Kapitel D. II. 3. a).

129 Dazu *Reimbacher*, DAJV-NL 2011, 50, 57.

130 Siehe oben 3. Kapitel B. III. 1.

131 Dies ist bereits Folge der konkurrierenden Kompetenz nach Art. 72 Abs. 1 GG; siehe dazu oben 3. Kapitel A. I. 1.

on zugedacht, sodass es subsidiär nur dann zur Anwendung kommen soll, wenn die mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen entsprechende Lücken aufweisen, im Übrigen aber hinter diesen zurücktreten soll.<sup>132</sup> Andere gehen hingegen davon aus, dass das einzelstaatliche Recht im Anwendungsbereich der europäischen Normen von diesen verdrängt würde.<sup>133</sup> Letztere Ansicht kann sich darauf berufen, dass das europäische Recht sich im Zweifel durchsetzt, da es mit einem Anwendungsvorrang<sup>134</sup> ausgestattet ist. Daher scheint die derzeitige Vertragslage ebendiese Auffassung zu stützen.

Beziehen sich die Verordnungen dann wiederum nur auf bestimmte grenzüberschreitende oder lediglich Rechtsgüter der zentralen Ebene betreffende Sachverhalte, so könnte das mitgliedstaatliche Recht im Übrigen – unmodifiziert – bestehen bleiben. Dadurch entstünde ein paralleles EU-Strafrecht, das nur für bestimmte Fälle eingreift, sich dann aber auch durchsetzt. Daher hängt die Unabhängigkeit und Gestaltungsfähigkeit der Mitgliedstaaten wiederum davon ab, in welchem Umfang und für welche Bereiche der zentralen Ebene Rechtssetzungsbefugnisse eingeräumt werden. Eine konsequente Ausrichtung am Subsidiaritätsprinzip würde etwa Normen der zentralen Ebene nur in solchen Fällen erlauben, in welchen die Einzelstaaten tatsächlich nicht ausreichend tätig werden können.

Verfolgt man hingegen die Prämisse, dass Richtlinien keine zu genauen Vorgaben machen dürfen,<sup>135</sup> damit die Rechtsordnungen der Einzelstaaten möglichst unbeeinflusst bleiben, dann mag die Richtlinie, insbesondere bei einer weiterhin ausschließlichen Strafverfolgungszuständigkeit der Einzelstaaten, zwar autonomie-schonender sein, sodass das europäische Modell wegen der partiellen Befugnisse zum Erlass von Verordnungen gegenüber dem reinen Harmonisierungsmodell 5a eine größere Einbuße an Eigenständigkeit der Mitgliedstaaten beinhaltet. Sie stellt dann aber unter Umständen wegen der zu geringen Vorgaben und zu großen Umsetzungsspielräume wiederum kein ausreichend wirksames Mittel mehr dar. Autonomie der Mitgliedstaaten und Effektivität können dabei also in einen Konflikt geraten. In der Kompetenzordnung der EU ist insofern zwar ein Schutzhebel für die Mitgliedstaaten installiert, indem Subsidiarität und Verhältnismäßigkeit (im Sinne der Schonung der Einzelstaaten) zu wahren sind.<sup>136</sup> Es ist jedoch zu beachten, dass selbst unter dem Gesichtspunkt der Verhältnismäßigkeit eine Verordnung oder eine detaillierte Richtlinie dann vorzuziehen wären, wenn eine vage Richtlinie

132 Tiedemann, FS Roxin, 2001, S. 1409: Das europäische Strafrecht sei dann komplementär und subsidiär. Dabei stütze er sich jedoch auch auf den Wortlaut des Art. 280 EGv 2001, der das Strafrecht unberührt ließ, und interpretierte diesen Zusatz dahingehend, dass er den gewöhnlichen Anwendungsvorrang bezeitige.

133 Schwarzburg/Hamdorf, NStZ 2002, 617, 623.

134 Siehe dazu oben 4. Kapitel C. II. 1.

135 Hecker, Europ. Strafrecht, § 8 Rn. 55.

136 Siehe dazu oben 4. Kapitel A. III. 4.

kein ausreichend wirksames Mittel zur Erreichung der Ziele, d.h. für einen ausreichenden Rechtsgüterschutz, ist.

Insgesamt lässt das System der EU, ähnlich wie Modell 5a, den Mitgliedstaaten jedoch recht viel Spielraum zur Entfaltung, das Subsidiaritätsprinzip sichert ihnen einen Bereich, in dem sie auf lokaler Ebene ihre Strafrechtspolitik eigenständig betreiben können. Dennoch sollte nicht übersehen werden, dass bereits wesentliche Europäisierungsfaktoren auf das Recht der Einzelstaaten einwirken. Oben<sup>137</sup> wurden neben der Harmonisierung die Assimilierung, die Neutralisierung und die unionsrechtskonforme Auslegung des nationalen Strafrechts sowie der Vorrang des Unionsrechts angeführt. Ferner schreiben Prinzipien wie die gegenseitige Anerkennung oder Verfügbarkeit von Beweisen den Mitgliedstaaten in einigen Bereichen vor, dass sie Entscheidungen anderer Mitgliedstaaten zu akzeptieren und gegebenenfalls auch zu vollziehen haben.<sup>138</sup>

Soweit es sich dabei um Auswirkungen des Primärrechts handelt, ist diese Durchsetzungskraft der Gesamtverfassung auch in staatlichen Systemen nicht unüblich. Selbst im Trennsystem der USA setzt sich die U.S. Constitution durch und muss auch von den Einzelstaaten beachtet werden,<sup>139</sup> sodass entgegenstehendes Strafrecht ebenfalls unwirksam werden kann. Im US-amerikanischen Trennmodell entwickeln Sekundärnormen des Bundes hingegen äußerst selten eine Vorrangwirkung, durch welche das Recht der Gliedstaaten außer Kraft gesetzt würde.<sup>140</sup> Dies ist in der EU durchaus anders, sodass die Rechtsordnungen der Einzelstaaten hier letztlich doch einem großen Einfluss ausgesetzt sind, der ihre Spielräume deutlich einschränkt. Dafür haben sie bislang im Wesentlichen das Monopol bei der Strafverfolgung behalten, wobei indes zunehmend eine Koordinierung durch die EU erfolgt.

#### IV. Rechtsstaatlichkeit und Beschuldigtenrechte

Grundsätzlich können in der EU die Rechte der Beschuldigten durch eine allgemeine Geltung von Grund- und Menschenrechten gesichert werden. Die in den Verträgen etablierten Grundfreiheiten haben in der Vergangenheit bereits eine strafrechtsbegrenzende Wirkung entwickelt, indem unionsrechtswidriges nationales Strafrecht durch diese „neutralisiert“<sup>141</sup> wird.<sup>142</sup> Auch enthält die zentrale

137 Oben 4. Kapitel C. I.

138 Vgl. zu den „Governance-Modi“ des Raums der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts *F. Meyer*, in: Beck/Burhard/Fateh-Moghadam, S. 93.

139 Siehe auch schon oben 4. Kapitel B. III. 1. und 5. Kapitel D. II. 3. a).

140 Dazu *Reimbacher*, Das Strafrechtssystem der USA, S. 77 ff.; *ders.*, DAJV-NL 2011, 50, 55; siehe ferner bereits oben 4. Kapitel B. III. 1.

141 *Satzger*, Europäisierung, S. 478.

142 Siehe dazu oben 4. Kapitel C. I. 3.

Grundrechtecharta nun eigenständige Grundrechte der Beschuldigten.<sup>143</sup> Konkret für das Strafrecht relevant sind etwa die Grundrechte zum Schutz der Menschenwürde in den Art. 1 ff. GRC, die Freiheitsrechte in den Art. 6 ff. GRC sowie die Justiziellen Rechte in den Art. 47 ff. GRC.<sup>144</sup>

Die Organe, Einrichtungen und sonstigen Stellen der EU müssen die GRC beachten, Art. 51 Abs. 1 S. 1 GRC. Die Charta steht nach Art. 6 Abs. 1 UA, 2 EUV im gleichen Rang wie die Verträge. Zudem sind nach Art. 6 Abs. 3 EUV die Grund- und Menschenrechte, wie sie in der EMRK gewährleistet sind und wie sie sich aus den gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten ergeben, als allgemeine Grundsätze des Unionsrechts zu beachten. Hier hat der EuGH in der Vergangenheit auch im strafrechtlichen Bereich bereits einige Grundrechte anerkannt.<sup>145</sup> Art. 6 EUV benennt insofern drei Komponenten des Grundrechtsschutzes in der Union.<sup>146</sup> Ferner sind die in den Verträgen gesicherten Grundfreiheiten zu berücksichtigen.

Dabei besteht im System der EU, ähnlich wie in allen anderen untersuchten Rechtsordnungen, eine zentrale Gerichtskompetenz des EuGH, welche zur universellen und gleichmäßigen Gewährleistung der Grundrechte und Grundfreiheiten sowie zur einheitlichen Interpretation derselben auch notwendig ist. Allerdings ist sie auf bestimmte Verfahrensarten beschränkt und es existiert keine eigenständige „Verfassungsbeschwerde“ zum EuGH, obgleich eine solche im Verfassungskonvent durchaus erwogen wurde.<sup>147</sup> Es ist vielmehr auf den allgemein in den Verträgen vorgesehenen Rechtsschutz abzustellen, sodass insbesondere die Möglichkeit der Prüfung im Vorabentscheidungsverfahren gemäß Art. 267 AEUV oder im Rahmen der Nichtigkeitsklage nach Art. 263 Abs. 4 AEUV besteht.<sup>148</sup>

Auch die Einzelstaaten müssen die GRC beachten, soweit der Anwendungsbe- reich nach Art. 51 Abs. 1 S. 1 GRC eröffnet ist, sie also Unionsrecht „durchfüh- ren“. Dies ist nach der Rechtsprechung des EuGH stets der Fall, wenn EU-Recht

143 Sieber, ZStW 121 (2009), 1, 8 f.

144 Siehe dazu *Ambos*, Intern. Strafrecht, § 10 Rn. 97; *Esser*, in: Sieber/Brüner/Satzger/v. Heintschel-Heinegg, § 53 Rn. 11 ff.; *Gaede*, in: Böse, EnzEuR Bd. 9, § 3 Rn. 60 ff.

145 Vgl. dazu *Böse*, in: Sieber/Brüner/Satzger/v. Heintschel-Heinegg, § 53 Rn. 26; *Borowsky*, in: J. Meyer, Charta, Vorbemerkungen zu den Art. 51 ff. GRC Rn. 15; *Esser*, in: Sieber/Brüner/Satzger/v. Heintschel-Heinegg, § 53 Rn. 23 ff.

146 *Borowsky*, in: J. Meyer, Charta, Vorbemerkungen zu den Art. 51 ff. GRC Rn. 11.

147 *Blanke*, in: Calliess/Ruffert, Art. 47 GRC Rn. 8; *Borowsky*, in: J. Meyer, Charta, Vorbemerkungen zu den Art. 51 ff. GRC Rn. 19; *Gärditz*, in: Böse, EnzEuR Bd. 9, § 24 Rn. 28; *Jarass*, Charta, Einleitung Rn. 62; deshalb kritisch *Paeffgen*, ZStW 118 (2006), 275, 311 f.

148 *Jarass*, Charta, Einleitung Rn. 62. Die Nichtigkeitsklage kann nach Art. 263 Abs. 4 AEUV vor dem EuG auch durch Einzelpersonen erhoben werden. Voraussetzung ist aber eine unmittelbare und individuelle Betroffenheit des Klägers; vgl. dazu *Böse*, in: Sieber/Brüner/Satzger/v. Heintschel-Heinegg, § 54 Rn. 29 ff.; *Gärditz*, in: Böse, EnzEuR Bd. 9, § 24 Rn. 49 ff. Zu weiteren Verfahrensarten *Böse*, in: Sieber/Brüner/Satzger/v. Heintschel-Heinegg, § 54 Rn. 50 ff.

angewendet wird,<sup>149</sup> also ein „Anknüpfungspunkt an das Unionsrecht“<sup>150</sup> besteht. Allerdings ist, wie dargestellt,<sup>151</sup> z.B. im Rahmen der gegenseitigen Anerkennung, insbesondere beim Europäischen Haftbefehl, derzeit noch fraglich, ob die Vollstreckung der Rechtshilfemaßnahmen durch nationale Gerichte unter Hinweis auf einen europäischen *ordre public* abgelehnt werden kann.

Soweit europäische Rechtsakte Umsetzungsspielräume lassen, kommen im Verfassungsverbund der EU und der Mitgliedstaaten ferner die nationalen Grundrechte zum Tragen.<sup>152</sup> Im Übrigen ist der Vorrang des Unionsrechts aber auch im Hinblick auf den Grundrechtsschutz zu beachten,<sup>153</sup> sodass zwingende Vorgaben des Unionsrechts nicht mehr an den nationalen Grundrechten gemessen werden dürfen.<sup>154</sup> Im äußersten Fall hat sich das BVerfG allerdings eine „Identitätskontrolle“ vorbehalten, um die Einhaltung der wesentlichen Grundsätze der deutschen Verfassung zu überprüfen.<sup>155</sup>

Daneben sichert die EMRK die Menschenrechte, zu deren Wahrung sich die Mitgliedstaaten und auch die EU verpflichtet haben.<sup>156</sup> Zu den durch die Konvention gesicherten Rechten gehören insbesondere das Recht auf Leben (Art. 2 EMRK), das Verbot der Folter (Art. 3 EMRK), das Recht auf Freiheit und Sicherheit (Art. 5 EMRK) und ein faires Verfahren (Art. 6 EMRK) sowie das Gesetzlichkeitsprinzip (Art. 7 EMRK) und das Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens (Art. 8 EMRK). Auch die Bedeutung der Charta-Grundrechte, welchen den in der EMRK gewährten Rechten entsprechen, orientiert sich gemäß

149 EuGH NJW 2013, 1415, 1416 – Åkerberg Fransson (Rs. C-617/10); zu dieser Entscheidung *Brodowski*, ZIS 2013, 455, 456; *Dannecker*, JZ 2013, 616; *Eckstein*, ZIS 2013, 220; *Heger*, FS Kühne, 2013, S. 569 ff.; *Rönnau/Wegner*, GA 2013, 561, 569 ff.; allgemein zu dieser nicht unumstrittenen Position *Jarass*, Charta, Art. 51 Rn. 16 f.; *Kingreen*, in: *Calliess/Ruffert*, Art. 51 GRC Rn. 7, jeweils m.w.N.; siehe ferner bereits oben 4. Kapitel C. IV.

150 *Borowsky*, in: J. Meyer, Charta, Vorbemerkungen zu den Art. 51 ff. GRC Rn. 30; *Jarass*, Charta, Art. 51 GRC Rn. 17.

151 Siehe dazu oben 4. Kapitel C. III. 2. a).

152 BVerfGE 113, 273, 300; 121, 1, 15; *Borowsky*, in: J. Meyer, Charta, Vorbemerkungen zu den Art. 51 ff. GRC Rn. 24; *Gaede*, in: Böse, *EnzEuR* Bd. 9, § 3 Rn. 8, 36; *Gärditz*, in: Böse, *EnzEuR* Bd. 9, § 6 Rn. 49, § 24 Rn. 40. Da der EuGH vgl. etwa EuGH Slg. 2006, I-5769 – *Europäisches Parlament/Rat* (Rs. C-540/03), Rz. 104 f. indes davon ausgeht, dass auch in dem Bereich, in welchem ein Umsetzungsspielraum besteht, das Ermessen unionsgrundrechtskonform auszuüben ist, ist streitig, ob es hier zu einer Verdoppelung des Grundrechtsschutzes kommt, der ggf. über Art. 53 GRC und das „Günstigkeitsprinzip“ aufzulösen ist, so etwa *Borowsky*, in: J. Meyer, Charta, Vorbemerkungen zu den Art. 51 ff. GRC Rn. 24; *Jarass*, Charta, Art. 51 Rn. 23, oder ob es bei einem alleinigen Schutz nach den nationalen Grundrechten bleibt, so etwa *Gärditz*, in: Böse, *EnzEuR* Bd. 9, § 6 Rn. 49; *Kingreen*, in: *Calliess/Ruffert*, Art. 51 GRC Rn. 14.

153 *Gaede*, in: Böse, *EnzEuR* Bd. 9, § 3 Rn. 6.

154 BVerfGE 118, 79, 95; *Borowsky*, in: J. Meyer, Charta, Vorbemerkungen zu den Art. 51 ff. GRC Rn. 24; *Gärditz*, in: Böse, *EnzEuR* Bd. 9, § 6 Rn. 50, § 24 Rn. 40.

155 BVerfGE 89, 155, 175; 123, 267, 353 ff.; siehe bereits oben 4. Kapitel C. II. 1.

156 Die EU wird der EMRK gemäß Art. 6 Abs. 2 EUV beitreten. Bereits jetzt lässt sich aber insofern von einem „materiellen Beitritt“ sprechen, als die EMRK für die Auslegung der GRC gemäß art. 52 Abs. 3 S. 1 GRC maßgeblich ist; vgl. *Borowsky*, in: J. Meyer, Charta, Vorbemerkungen zu den Art. 51 ff. GRC Rn. 4.

Art. 52 Abs. 3 S. 1 GRC grundsätzlich an der Konvention, das Unionsrecht kann nach S. 2 aber einen weiter gehenden Schutz gewähren.<sup>157</sup>

Da in erster Linie die Mitgliedstaaten das Unionsrecht ausführen, verläuft auch der Rechtsschutz zunächst über die nationalen Gerichte.<sup>158</sup> Diese überprüfen inzident die Einhaltung der europäischen Grund- und Menschenrechte, müssen Auslegungsfragen hinsichtlich der GRC und Grundfreiheiten jedoch im Vorabentscheidungsverfahren nach Art. 267 AEUV dem EuGH vorlegen, dem das Verwerfungsmonopol hinsichtlich der Unionsrechtsakte zukommt.<sup>159</sup> Insoweit ist der EuGH als „Grundrechtsgericht“ von der Vorlage durch die einzelstaatlichen Gerichte abhängig,<sup>160</sup> anders als etwa in Deutschland im Hinblick auf den Rechtsschutz vor dem BVerfG. Ultimativ und subsidiär<sup>161</sup> erhält der Einzelne bei Verletzungen der in der EMRK gewährleisteten Rechte aber gemäß Art. 34 EMRK Rechtsschutz vor dem EGMR. Auch die EU wird der EMRK in Kürze beitreten,<sup>162</sup> wie es Art. 6 Abs. 2 EUV vorsieht, sodass auch gegen die EU eine Klage vor dem EGMR eingereicht werden kann.<sup>163</sup> Hier sind aber noch einige Unklarheiten hinsichtlich des Verhältnisses von EuGH und EGMR zu beseitigen.<sup>164</sup>

Sofern zentrale Behörden operieren, sind zudem die Rechtsbehelfe nach Unionsrecht relevant. Bei Europol besteht diesbezüglich ein besonderes Beschwerdeverfahren nach Art. 32 Europol-Beschluss.<sup>165</sup> Daneben ist insbesondere die Nichtigkeitsklage nach Art. 263 Abs. 4 AEUV gegen Handlungen von Europol bzw. gegen die Beschwerdeentscheidung von Bedeutung.<sup>166</sup> Bei Eurojust gilt Ähnliches, da auch hier Art. 19 Abs. 8 Eurojust-Beschluss ein Beschwerdeverfahren vorsieht<sup>167</sup> und neben Europol auch Eurojust als „sonstige Stelle“ in Art. 263 Abs. 1 S. 2 AEUV einbezogen ist.<sup>168</sup>

Der effektive Grundrechtsschutz der Betroffenen wird in der Zukunft ein zentrales Anliegen des sich entwickelnden Strafrechts in der EU bilden. Dies ist zwar keine unmittelbare Frage der hier interessierenden Verteilung strafrechtsbezogener Kompetenzen, macht aber einen grundlegenden Aspekt der Legitimation europäi-

157 Esser, in: Sieber/Brüner/Satzger/v. Heintschel-Heinegg, § 53 Rn. 21.

158 Borowsky, in: J. Meyer, Charta, Vorbemerkungen zu den Art. 51 ff. GRC Rn. 21 ff.

159 Gärditz, in: Böse, EnzEuR Bd. 9, § 24 Rn. 3 ff., 34.

160 Gärditz, in: Böse, EnzEuR Bd. 9, § 24 Rn. 28, 38: Insoweit kommt auch eine Verfassungsbeschwerde zum BVerfG in Betracht, wenn eine Vorlage willkürlich unterlassen wird, da auch der EuGH „gesetzlicher Richter“ im Sinne des Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG ist.

161 Vgl. Art. 35 EMRK.

162 Vgl. dazu *Obwexer*, EuR 2012, 115.

163 Gaede, in: Böse, EnzEuR Bd. 9, § 3 Rn. 32.

164 Vgl. Gaede, in: Böse, EnzEuR Bd. 9, § 3 Rn. 8 ff., 10, 32; *Schorkopf*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, 51. EL 2013, Art. 6 EUV Rn. 59.

165 Gärditz, in: Böse, EnzEuR Bd. 9, § 24 Rn. 56.

166 Böse, in: Sieber/Brüner/Satzger/v. Heintschel-Heinegg, § 54 Rn. 22, 36; Gärditz, in: Böse, EnzEuR Bd. 9, § 24 Rn. 57.

167 Gärditz, in: Böse, EnzEuR Bd. 9, § 24 Rn. 57.

168 Böse, in: Sieber/Brüner/Satzger/v. Heintschel-Heinegg, § 54 Rn. 22, 36; Gärditz, in: Böse, EnzEuR Bd. 9, § 24 Rn. 57.

scher Strafrechtssetzung und Strafverfolgung aus. Dies gilt umso mehr, wenn auf Grund des Vorranges des EU-Rechts der Schutz durch die nationalen Grundrechte zunehmend zurücktritt. Dann wird ein ausreichender Schutz der Grund- und Menschenrechte auf der Ebene der EU entscheidend.

Daneben besteht aber ein Bedarf an sekundärrechtlichen Regeln, die den Beschuldigten insbesondere gegenüber einer einzig an Verfolgungsinteressen ausgerichteten Kooperation der Behörden absichern und etwa Datenschutz gewährleisten, einheitliche Verfahrens- und Verteidigungsrechte garantieren, die Ermittlungsbefugnisse der Behörden als Ermächtigungsgrundlagen für Grundrechtseingriffe regeln und ein *Forum Shopping* oder eine doppelte Verfolgung verhindern. Denn grundrechtlich gesicherte Rechte ersetzen per se kein ausgewogenes Strafverfahrensrecht.<sup>169</sup> Dieses beinhaltet grundsätzlich eine Abwägung zwischen effektiver Strafverfolgung und betroffenen Grundrechten.<sup>170</sup> Da die strafrechtlichen und strafverfahrensrechtlichen Kompetenzen jedoch vom Grundsatz her dezentral angeordnet sind, entsteht ein Flickenteppich an materiellen und verfahrensmäßigen Regelungen, indem jeder Mitgliedstaat selbst festlegt, welches Verhalten strafbar ist und nach welchen Regeln ermittelt und prozessiert werden soll. Dies mag aus Gründen der Bewahrung der Autonomie der Mitgliedstaaten und ihrer lokalen Eigenheiten sowie einer möglichst großen Responsivität der Politik in demokratischer Hinsicht plausibel und wünschenswert sein,<sup>171</sup> hat jedoch nicht nur die erläuterten Nachteile für eine effektive Strafverfolgung,<sup>172</sup> sondern ist auch aus der Sicht der Beschuldigten nicht uneingeschränkt positiv.

Dabei können insbesondere unterschiedliche Verfahrensrechte oder verschieden strenge Strafvorschriften bei grenzüberschreitenden Sachverhalten für die Betroffenen besonders schädlich sein, soweit in der EU der Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung von Urteilen und sonstigen Entscheidungen etabliert wurde. Dies kann z.B. dazu führen, dass Beweise aus einer anderen Rechtsordnung angefordert werden können, wie dies die EBA vorgesehen hätte,<sup>173</sup> die dort jedoch unter weitaus geringeren Voraussetzungen gewonnen wurden als das eigene Recht zulässt,<sup>174</sup> wodurch die Rechte des Beschuldigten im Ersuchsstaat reduziert werden kön-

169 Vgl. C. Nestler, ZStW 116 (2004), 332, 346 f.; siehe bereits oben 5. Kapitel A. II. 4.

170 Heger, ZIS 2007, 547, 556.

171 Siehe oben 5. Kapitel B. II. 3., 5. Kapitel C. II. 3. sowie 6. Kapitel B. I. und III.

172 Sieber, in: Delmas-Marty, Corpus Juris, S. 2; ders., ZStW 119 (2007), 1, 7; ders., ZStW 121 (2009), 1, 3 f., 30; ders., in: Sieber/Brüner/Satzger/v. Heintschel-Heinegg, Einführung Rn. 206; siehe außerdem bereits oben 5. Kapitel C. II. 2.

173 Siehe dazu oben 4. Kapitel C. III. 2. c).

174 Böse, in: Ambos, Europ. Strafrecht, S. 68, mit Beispielen aus Mitgliedstaaten der EU. Rackow, in: Ambos, Europ. Strafrecht, S. 122, weist darauf hin, dass aus deutscher Sicht nicht weniger als 52 Kombinationsmöglichkeiten von Beweiserhebungs- und Beweisverwertungsregelungen entstehen können.

nen.<sup>175</sup> Einen Ausweg bietet hinsichtlich der Verwertung der Beweise im Hauptverfahren zwar die Ausrichtung am Grundsatz der Maßgeblichkeit des Rechts des Staates, der das Verfahren führt,<sup>176</sup> wie es auch Art. 4 Abs. 1 ERÜ oder Art. 8 RL-E zur Ermittlungsanordnung vorsehen. Generell erweist es sich aber aus der Sicht des Beschuldigten als bedenklich, wenn das prozessuale Recht divergiert, da dies ein *Forum Shopping* provozieren kann. Denn dann kann von vorneherein die Rechtsordnung mit den geringsten strafprozessrechtlichen Anforderungen zur Durchführung des Verfahrens gewählt werden. Dies gilt umso mehr, wenn in Zukunft eine EStA eingerichtet werden soll, die in sämtlichen Mitgliedstaaten ermitteln und sich u.U. hinsichtlich der Anklage für eine bestimmte Rechtsordnung entscheiden kann.<sup>177</sup> Innerhalb eines Bundesstaates wie Deutschland mit einem einheitlichen Recht kann die Anerkennung von Entscheidungen der Gerichte anderer Bundesländer hingegen wesentlich reibungsloser erfolgen.

Der Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung wird stark kritisiert und dabei die Befürchtung geäußert, er könne zur Anwendung der „punitivsten Rechtsordnung“ bzw. der niedrigsten Verfahrensstandards führen.<sup>178</sup> Denn wenn z.B. ein bestimmtes Verhalten einen der im Europäischen Haftbefehl genannten Deliktsbereiche betrifft, bei denen das Erfordernis der beiderseitigen Strafbarkeit entfällt, so genügt es, wenn in einem einzigen Mitgliedstaat das Verhalten unter Strafe steht, um bei grenzüberschreitenden Sachverhalten zu einer Strafbarkeit inklusive Auslieferungsverpflichtung jedes anderen Mitgliedstaates zu führen.

Auf der anderen Seite ist aber zu bedenken, dass über das Verbot des *ne bis in idem* die gegenseitige Anerkennung von Gerichtsurteilen auch entlastend wirken kann<sup>179</sup> und insgesamt die gegenseitige Anerkennung von für die Beschuldigten günstigen Entscheidungen ebenso möglich ist.<sup>180</sup> Folgerichtig ordnen in der EU Art. 50 GRC und Art. 54 SDÜ ein Verbot der Doppelbestrafung an.<sup>181</sup> Es bleibt allerdings zu konstatieren, dass den Beschuldigten trotz des Doppelbestrafungs-

175 *Gleß*, Intern. Strafrecht, Rn. 449; *Lüderssen*, in: Schönemann, Alternativentwurf, S. 47; *Sieber*, ZStW 121 (2009), 1, 10 f.; *ders.*, in: Sieber/Brüner/Satzger/v. Heintschel-Heinegg, Einführung Rn. 219; vgl. auch *Böse*, in: Ambos, Europ. Strafrecht, S. 68; *Gleß*, ZStW 116 (2004), 353, 365; *Hecker*, Europ. Strafrecht, § 12 Rn. 60 ff.; *Rackow*, in: Ambos, Europ. Strafrecht, S. 121 ff.; *Radtke*, GA 2004, 1, 16 ff.

176 BGHSt 58, 32, 36; *Gleß*, JR 2008, 317, 321; *Schuster*, S. 96 f.; *ders.*, NSStZ 2006, 657, 661; vgl. auch *Böse*, ZStW 114 (2002), 148, 149, 155, 156 ff., 180, der allerdings Modifikationen fordert.

177 *Satzger*, StV 2003, 137, 139.

178 *Schönemann*, ZRP 2003, 185, 187; *ders.*, ZRP 2003, 472; *ders.*, StV 2003, 116, 119; *ders.*, StV 2003, 531, 532; *ders.*, ZStW 116 (2004), 376, 383; *ders.*, in: *ders.*, Gesamtkonzept, S. 62, 98 f.; *ders.*, GA 2004, 193, 202 ff.; *ders.*, ZIS 2007, 528, 530 f.; auch *Schönemann/Roger*, ZIS 2010, 515, 521; ebenso *Kaiafa-Gbandi*, in: Schönemann, Gesamtkonzept, S. 74; dagegen *Vogel*, ZStW 116 (2004), 400, 411; *Wasmeier*, ZStW 116 (2004), 320, 322; *ders.*, ZEuS 2006, 23, 32; zweifelnd auch *Heger*, Recht und Politik 2012, 88, 93.

179 *Gleß*, ZStW 116 (2004), 353, 362; *dies.*, Intern. Strafrecht, Rn. 451; *Wasmeier*, ZEuS 2006, 23, 32; dagegen *Schönemann*, ZStW 116 (2004), 376, 383; *ders.*, ZIS 2007, 528, 531: Dies führe wiederum zu einer Entscheidungsmacht der permissivsten Strafverfolgungsbehörde.

180 *Vogel*, ZStW 116 (2004), 400, 411.

181 *Gleß*, Intern. Strafrecht, Rn. 451, und *Wasmeier*, ZStW 116 (2004), 320, 322, weisen insofern zutreffend darauf hin, dass das EU-Strafrecht durchaus auch positive Wirkungen für die Beschuldigten hat.

verbotes Belastungen drohen, wenn auf das Erfordernis beiderseitiger Strafbarkeit im Rahmen der gegenseitigen Anerkennung – für gewisse Taten – verzichtet wird und das betreffende Verhalten in ihrem Heimatstaat nicht strafbar ist.<sup>182</sup> Hier kommt es entscheidend darauf an, welcher Staat tatsächlich verfolgen darf. Aus diesem Grund wird teilweise auch eingewandt, nicht das Prinzip der gegenseitigen Anerkennung sei das Problem, sondern das sich überschneidende Strafanwendungsrecht.<sup>183</sup>

Art. 82 Abs. 1 UA. 2 lit. b) AEUV ermöglicht daher inzwischen auch sekundärrechtliche Regelungen zur Vermeidung von Kompetenzkonflikten zwischen den Mitgliedstaaten der EU.<sup>184</sup> Ein diesbezügliches Vorgehen dient insbesondere den Beschuldigten, denn eine klare Aufteilung der Zuständigkeit vermeidet das Risiko doppelter Verfolgung oder Bestrafung, insbesondere können aber auch parallele Strafverfahren verhindert werden, zumal das Verbot des *ne bis in idem* erst nach Abschluss des Verfahrens greift.<sup>185</sup> In der EU wurden in der Vergangenheit bei grenzüberschreitenden Sachverhalten nach Auskunft der Kommission auch nicht selten simultane Verfahren eingeleitet.<sup>186</sup> Ferner kann ein *Forum Shopping* vermieden werden, wenn nur die Gerichte eines Staates zuständig sind.<sup>187</sup> Die EU hat in diesem Zusammenhang den RB 2009/948/JI zur Vermeidung und Beilegung von Kompetenzkonflikten in Strafverfahren erlassen.<sup>188</sup> Dieser geht zwar durchaus in die richtige Richtung, lässt jedoch einige Fragen offen und müsste daher noch weiter ausgebaut und durch weitere Regelungen zur Festlegung der Strafgewalt ergänzt werden.<sup>189</sup>

Die EU verfügt gemäß Art. 82 Abs. 2 EAUV auch über Kompetenzen zur Angleichung des nationalen Verfahrensrechts. Diese sind jedoch in mehrfacher Hinsicht beschränkt. Erstens handelt es sich um Harmonisierungskompetenzen, die nur „Mindestvorschriften“ ermöglichen, und zweitens sind dabei nach Art. 82 Abs. 2 S. 2 AEUV die Unterschiede zwischen den Rechtsordnungen und Rechtstraditionen der Mitgliedstaaten zu berücksichtigen. Somit ist zwar festzuhalten, dass die EU immerhin über gewisse Befugnisse verfügt, um in dieser Richtung vorzugehen. Auf diese Weise sind in der EU allerdings nur Mindestvorgaben möglich, bei welchen überdies die Rechtstraditionen der Mitgliedstaaten zu be-

182 Dies räumt auch *Wasmeyer*, ZEuS 2006, 23, 33, ein.

183 *Deiters*, ZRP 2003, 359, 360; *Gleß*, ZStW 116 (2004), 353, 361; vgl. auch *Vogel*, ZStW 116 (2004), 400, 411 f.

184 Siehe dazu bereits oben 4. Kapitel B. I. 2. c).

185 *Vogel*, in: *Grabitz/Hilf/Nettesheim*, 51. EL 2013, Art. 82 AEUV Rn. 63.

186 Kommission, Grünbuch zum Schutz der finanziellen Interessen der Europäischen Gemeinschaften und zur Schaffung einer Europäischen Staatsanwaltschaft, KOM (2001) 715 endg., S. 15.

187 *Wasmeyer*, ZEuS 2006, 23, 35. Daher auch die Schlussfolgerung von *Fuchs*, ZStW 116 (2004), 368, 369, die gegenseitige Anerkennung habe eine eindeutige Zuständigkeitsordnung zur Voraussetzung.

188 Rahmenbeschluss 2009/948/JI des Rates vom 30.11.2009 zur Vermeidung und Beilegung von Kompetenzkonflikten in Strafverfahren, ABl. 2009 Nr. L 328, S. 42.

189 Siehe noch unten 6. Kapitel C. IV. 2.

achten und damit also auch Unterschiede beizubehalten sind. Daneben kann jedoch auch die Angleichung des materiellen Rechts, z.B. über Richtlinien nach Art. 83 Abs. 1 AEUV, dem Rechtsstaatsprinzip und den Beschuldigten dienen, da sie ebenfalls für Rechtssicherheit und Rechtsklarheit sorgt. Zudem ist es bei gleichen Voraussetzungen im Hinblick auf die Strafbarkeit und bei gleichen Sanktionen weniger entscheidend, welche Rechtsordnung die Ermittlungen aufnimmt.<sup>190</sup> Aus der Sicht der Beschuldigten erweist sich eine größere Einheitlichkeit der Regeln jedenfalls als vorteilhaft. Aus dieser Perspektive könnte daher gerade auch die verbindliche Festlegung von Regeln für das transnationale Strafverfahren anzustreben sein.<sup>191</sup> Für die Beschuldigten erscheint die schlichte gegenseitige Anerkennung als das schlechteste Mittel.

Zusammengefasst entstehen aus der weitestgehend dezentralen Kompetenz zur Gesetzgebung entscheidende Vorteile im Hinblick auf „Demokratie“ und „lokale Vielfalt“. Die Nachteile hinsichtlich der „Effektivität“ der Verfolgung von grenzüberschreitenden Delikten und Straftaten zu Lasten der zentralen Ebene sowie der Durchsetzung ihrer Interessen und Ziele und bzgl. der „Rechte der Beschuldigten“, die aus einer dezentralen Zuständigkeit erwachsen, können durch einzelne Rechtssetzungsbefugnisse der EU partiell ausgeglichen werden, wobei jedoch jeweils durch das Verhältnismäßigkeitsprinzip im Einzelfall der Ausübung der Kompetenz Grenzen gesetzt sind. Hier kann die EU in manchen Bereichen flexibel zwischen den Handlungsformen wählen. Ähnliches gilt für die Strafverfolgung, welche grundsätzlich dezentral erfolgt, wobei die Kompetenzordnung zumindest die Möglichkeit zur Einrichtung gewisser zentraler Behörden eröffnet.

In dieser Hinsicht wurde schon Einiges erreicht, manche Missstände müssen indes korrigiert werden. So muss die demokratische Mitbestimmung im Europäischen Parlament verbessert werden, wenn weitergehende Maßnahmen erlassen werden sollen.<sup>192</sup> Die Rechte der Beschuldigten müssen gestärkt und dabei insbesondere Wege eronnen werden, um Jurisdiktionsüberlagerungen zu vermeiden und für einheitliche Verfahrensstandards zu sorgen.<sup>193</sup> Auch die Rechtsgüter der EU sind noch nicht umfassend in einer Weise der Regelungsbefugnis der EU überantwortet, wie dies etwa beim Schutz ihrer finanziellen Interessen der Fall ist.<sup>194</sup> In diesem Zusammenhang könnten in der Zukunft auch zentrale Behörden und/oder Gerichte eingerichtet werden. Teilweise ermöglicht die Kompetenzordnung der EU bereits jetzt diese Schritte, sie müssen nur noch gegangen werden, teilweise kann

190 Sieber, ZStW 121 (2009), 1, 30 f.

191 Siehe noch unten 6. Kapitel C. IV. 2.

192 Dazu noch unten 6. Kapitel C. III.

193 Dazu noch unten 6. Kapitel C. IV. 2.

194 Dazu noch unten 6. Kapitel C. IV. 1.

aber auch eine Modifikation der Verträge notwendig sein. Zu möglichen Perspektiven der Kompetenzordnung wird sogleich noch Stellung genommen.<sup>195</sup>

Auch wenn in verschiedener Hinsicht also noch Defizite bestehen, zeichnet das Mischsystem sich insgesamt durch eine noch größere Flexibilität aus als die anderen untersuchten Systeme. *Sieber*<sup>196</sup> weist daher auf das besondere „Potential der Mischmodelle“ hin. Sie können nämlich, anders als statische Systeme, im Einzelfall einen harmonischen Ausgleich zwischen Effektivität, Bürgernähe, Vielfalt und Rechtsstaatlichkeit erzielen. Insbesondere eine Ausrichtung am Subsidiaritätsprinzip<sup>197</sup> und der Verhältnismäßigkeit kann dabei zu verschiedenen Lösungen führen, da in bestimmten Bereichen die Effektivität unmittelbar wirksame zentrale Normen erfordern kann, gegebenenfalls kombiniert mit zentralen Durchsetzungsbefugnissen, während in anderen Bereichen Strafrecht und Strafverfolgung vollständig lokal bleiben können, in wieder anderen Feldern aber immerhin eine Teilharmonisierung erforderlich sein kann.

---

195 Dazu unten 6. Kapitel C.

196 *Sieber*, ZStW 121 (2009), 1, 65 f.

197 Siehe dazu noch sogleich 6. Kapitel C. I.

## C. Thesen zu den Perspektiven der Kompetenzordnung

### I. These: Ein Ausgleich der Parameter führt zu geteilter Zuständigkeit

Die Kompetenzordnung der EU ist, wie bereits oben<sup>198</sup> herausgestellt, am Subsidiaritätsprinzip ausgerichtet, trifft also bereits eine bestimmte Abwägung zwischen den hier vorgestellten Kriterien, indem sie die dezentrale Ebene grundsätzlich für zuständig erklärt, es sei denn, die Effektivität erfordert ein Eingreifen der zentralen Ebene. Diese Idee wurde inzwischen auch auf das Strafrechtssystem übertragen, denn auch hier sind die Mitgliedstaaten grundsätzlich zuständig, die EU kann jedoch in einigen Bereichen tätig werden, die ihr Einschreiten erfordern, so beim Schutz ihrer eigenen Rechtsgüter, bei grenzüberschreitender Kriminalität sowie hinsichtlich der Durchsetzung ihrer Bestimmungen.

Natürlich ist auch das Subsidiaritätsprinzip vom politischen Prozess abhängig und dabei anfällig für eine argumentative Instrumentalisierung aus beiden Richtungen. Es kann einerseits zur Verteidigung der mitgliedstaatlichen Autonomie „missbraucht“ werden, indem es schlichtweg gleichgesetzt wird mit einer Dezentralisierung, was seiner Ausrichtung an einer effektiven Problemlösung widerspräche.<sup>199</sup> Es kann bei übermäßiger Betonung der Effektivität aber auch zu einer sehr starken Zentralisierung führen. So hat die Klausel des Art. 72 Abs. 2 GG a.F. den Ländern in Deutschland wenig genützt und auch in den USA hat das Bundesrecht sich stark ausgeweitet, wengleich es nur der effektiven Durchführung der Bundespolitik oder der Unterstützung der Gliedstaaten bei grenzüberschreitenden Sachverhalten dienen soll. Auch in der EU könnte man schließlich auf folgende Argumentation verfallen: Der gemeinsame Markt erfordere einheitliche Standards und ein einheitliches Strafrecht, damit es nicht zu Wettbewerbsverzerrungen kommt, sodass die zentrale Ebene über umfassende Kompetenzen gerade im Strafrecht verfügen müsse. Wie die EU sich in der Zukunft entwickelt, lässt sich nicht zweifelsfrei prognostizieren, beide Richtungen liegen im Bereich des Möglichen. Derzeit erscheint aber eine vollständige Zentralisierung von Strafrecht und Strafprozessrecht, welche eine entsprechende Reform der Kompetenzordnung voraussetzen würde, da die Befugnisse zum Erlass von Verordnungen nur Einzelbereiche betreffen, politisch ausgeschlossen.<sup>200</sup>

Beide Argumentationslinien überzeugen verfassungspolitisch aber dann nicht, wenn ein möglichst harmonischer Ausgleich der hier vorgeschlagenen Parameter erzielt werden soll. Die erste ließe Effektivität und Handlungsoptionen, aber auch die Rechte der Beschuldigten außer Acht, die zweite wiederum Bürgernähe und

198 Siehe oben 2. Kapitel C. IV. 1. g).

199 *Fromm*, Der strafrechtliche Schutz der Finanzinteressen, S. 227.

200 Vgl. auch *Radtke*, GA 2004, 1, 19.

lokale Vielfalt. Das in der EU geltende Subsidiaritätsprinzip kommt diesem Ausgleich hingegen schon recht nahe. Ferner ist die EU nach Art. 2 S. 1 EUV u.a. auch der Rechtsstaatlichkeit als grundlegendem Wert verschrieben. Bei konsequenter Umsetzung dieser Grundsätze und der Übertragung der Parameter auch auf das Strafrechtssystem der EU können im Idealfall demokratische Responsivität, Bürgernähe und lokale Vielfalt auf der einen und Effektivität des Rechtsgüterschutzes und der Verwirklichung gemeinsamer Ziele sowie Rechtsstaatlichkeit und ein effektiver Schutz der Rechte der Beschuldigten auf der anderen Seite gewährleistet werden, sodass ein Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts tatsächlich entsteht. Die Anwendung des Subsidiaritätsprinzips und der Rechtsstaatlichkeit führt dann für die EU zwangsläufig zu einer geteilten Zuständigkeit.

### 1. Rechtssetzung

Dies gilt zunächst im Bereich der Rechtssetzung und lässt sich dort mit verschiedenen Argumenten untermauern. Nahezu alle untersuchten Systeme, eingeschränkt allerdings in Deutschland,<sup>201</sup> haben eine Aufteilung der Gesetzgebungsbefugnisse gewählt. Der Grund für diese Entscheidung ist darin zu suchen, dass bei den Strafrechtssetzungskompetenzen der Ebenen jeweils unterschiedliche Rechtsgüter und Interessen im Fokus stehen und bestimmte Fragen den Gesamtbund, andere nur die Einzelstaaten betreffen. Dafür spricht auch die Ausrichtung der EU am Subsidiaritätsprinzip, das, wie dargestellt,<sup>202</sup> nicht schlichtweg mit einer Dezentralisierung gleichzusetzen ist. Denn wenn die untere Ebene nicht handeln kann, erfordert das Subsidiaritätsprinzip vielmehr selbst gerade einen Transfer der Strafrechtskompetenz auf die zentrale Ebene.<sup>203</sup> Zudem werden „demokratische Responsivität“ und „kulturelle Vielfalt“ bei einem rein zentralen Modell nicht gewahrt, „Effektivität“ und „Beschuldigtenrechte“ hingegen nicht in rein dezentralen Strafrechtsordnungen im politischen Mehrebenensystem. Ferner wäre in der EU ein zentrales System, wie ausgeführt,<sup>204</sup> zzt. politisch kaum vermittelbar.<sup>205</sup> Ein vollständiges und umfassendes europäisches StGB erscheint auch gar nicht erforderlich, da nicht alle Straftaten gleich geregelt sein müssen, um die Ziele der Union zu erreichen und ihre Rechtsgüter ausreichend zu schützen.<sup>206</sup> Vielmehr ist nur in bestimmten Feldern eine Rechtseinheit anzustreben. Entsprechende Kompetenzen zur

201 Auch Deutschland sieht grundsätzlich eine konkurrierende Gesetzgebung vor, faktisch sind Landesgesetze aber kaum noch möglich; siehe dazu oben 3. Kapitel A.

202 Siehe oben 2. Kapitel C. IV. 1. g) und 6. Kapitel C. I.

203 Vgl. auch Gröbblinghoff, S. 137 f.; Pernice, EuZW 2008, 65; siehe dazu bereits oben 2. Kapitel C. IV. 1. g).

204 Siehe bereits oben 6. Kapitel C. I.

205 Radtke, GA 2004, 1, 19.

206 So auch die Kommission, im Grünbuch zum Schutz der finanziellen Interessen der Europäischen Gemeinschaften und zur Schaffung einer Europäischen Staatsanwaltschaft, KOM (2001) 715 endg., S. 29, 54; ferner Rosenau, ZIS 2008, 9, 18; Wasmeier, ZStW 116 (2004), 320, 321.

vollständigen Kodifizierung sehen die Verträge auch nicht vor.<sup>207</sup> Auch für eine umfassende europäische StPO besteht zumindest politisch keine Bereitschaft.<sup>208</sup>

Rein dezentrale Kompetenzen haben hingegen zu große Defizite im Hinblick auf die Effektivität des Schutzes zentraler Interessen und Rechtsgüter und bei grenzüberschreitender Kriminalität, sind aber auch aus der Sicht der Rechtsstaatlichkeit und der Rechte der Beschuldigten nicht positiv zu bewerten, sofern die Kooperation der Mitgliedstaaten bei der Strafverfolgung (z.B. durch eine gegenseitige Anerkennung strafprozessualer Entscheidungen) verstärkt wird. Auch ein „strafrechtsspezifischer Schonungsgrundsatz“,<sup>209</sup> der ja letztlich auch den Bürgerinnen und Bürgern zu Gute kommen soll, indem sie den unmittelbaren Einfluss auf das Strafrecht im dezentralen Rahmen behalten, und der Schutz der nationalen Identität nach Art. 4 Abs. 2 S. 1 EUV<sup>210</sup> müssen dort ihre Grenze finden, wo die Rechte ebendieser Bürgerinnen und Bürger zentrale Kompetenzen erfordern. Deutlich wird dies am Beispiel der möglichen Einrichtung einer EStA: Bestünden keine Kompetenzen zur Regelung des Verfahrensrechts, nach welchem diese vorgehen soll, und soll stattdessen, wie von der Kommission geplant,<sup>211</sup> der Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung strafverfahrensrechtlicher Entscheidungen gelten, so kann es zu den beschriebenen Friktionen etwa im Beweisrecht oder zu *Forum Shopping* kommen.

Daher ist die Zentralisierung gewisser Kompetenzen notwendig. Auf diese Weise kann die zentrale Ebene einerseits ihre Rechtsgüter selbst schützen, ihre Ziele durchsetzen und die Defizite, die durch die Koordination unterschiedlicher Rechtsordnungen entstehen, beseitigen.<sup>212</sup> Ferner können verfahrensmäßige Kooperationsvoraussetzungen ebenso festgelegt werden wie etwa die Anforderungen an die Gewinnung und Verwertung von Beweisen im grenzüberschreitenden Verkehr der Mitgliedstaaten. Schließlich kann aber auch ein Verfahrensrecht und dabei z.B. ein ausgewogenes supranationales Beweisrecht für zentrale Organe, wie etwa die EStA, geschaffen werden. Andererseits bleiben aber gewichtige kriminalpolitische Entscheidungen im lokalen Bereich den Mitgliedstaaten überlassen, sodass diese Straftaten, die sich lokal auswirken und keine grenzüberschreitende Dimension haben oder nicht nur die Rechtsgüter der EU betreffen, autonom festlegen und nach eigenen Regeln verfolgen können.

Daher kommen „Einebenenmodelle“ wie die Modelle 1a und 1b, aber auch die Modelle 2a bis 2h, welche die Gesetzgebungskompetenz jeweils nur einer Ebene zuordnen, für die EU nach diesen Maßgaben (derzeit) nicht in Frage. Sie erscheinen zur Erzielung eines bestmöglichen Ausgleichs der Kriterien auch nicht geeignet.

207 Heger, *Recht und Politik* 2012, 88.

208 C. Nestler, *ZStW* 116 (2004), 332.

209 Siehe dazu oben 4. Kapitel A. III. 4. c).

210 Siehe dazu oben 4. Kapitel A. III. 1. b).

211 Vgl. Erwägungsgrund (32) des Vorschlages der Kommission für eine Verordnung des Rates über die Errichtung der Europäischen Staatsanwaltschaft, KOM (2013) 534 endg., S. 14.

212 Sieber, *ZStW* 121 (2009), 1, 44, 64.

Denn sie sind zu statisch und entsprechen jeweils nicht dem Subsidiaritätsprinzip. So scheidet eine rein zentrale Gesetzgebungskompetenz (Modelle 1a<sup>213</sup> und 2a bis 2g<sup>214</sup>) schon deshalb aus, weil nach dem Subsidiaritätsprinzip die dezentrale Ebene grundsätzlich zuständig sein soll. Dies gilt auch für die Modelle 4c und 4d,<sup>215</sup> da auch diese vom Grundsatz her eine zentrale Kompetenz vorsehen. Aber auch die rein dezentrale Gesetzgebungskompetenz (Modelle 1b<sup>216</sup> und 2h<sup>217</sup>) passt nicht, da das Subsidiaritätsprinzip gerade auch das Eingreifen der zentralen Ebene in den Feldern verlangt, in denen die Einzelstaaten nicht über ausreichende Handlungskapazitäten verfügen.

Daher sind schon aus der Perspektive der Gesetzgebung für die EU derzeit nur Modelle denkbar, die, wie die Trennmodelle 3a und 3b<sup>218</sup> oder die Modelle 4a, 4b, 4e und 4f<sup>219</sup> geteilte bzw. parallele Gesetzgebungszuständigkeiten oder wie die Modelle 5a und 5b<sup>220</sup> immerhin eine Harmonisierungskompetenz der zentralen Ebene bereithalten.

## 2. Strafverfolgung und Gerichte

Ähnliches gilt im Bereich der Strafverfolgung und Strafgerichtsbarkeit. Auch hier sprechen Bürgernähe und Subsidiarität, aber auch das Gewaltmonopol als gewichtiges Machtinstrument der Einzelstaaten, zunächst für eine dezentrale Kompetenz. Daher scheidet für die EU auch Modell 4f<sup>221</sup> aus, welches eine rein zentrale Strafverfolgung verlangt. Aus Gründen der Effektivität der Strafverfolgung können in Einzelfällen jedoch auch zentrale Behörden notwendig sein. In der EU hat dies zur Einrichtung von OLAF, Europol, EJN und Eurojust geführt<sup>222</sup> und kann in der Zukunft auch eine EStA erfordern.<sup>223</sup> Die derzeitigen Kompetenzen sehen Strafgerichte zwar nicht vor,<sup>224</sup> hier kann indes in der Zukunft ein Umdenken stattfinden, insbesondere wenn eine EStA Delikte nach einem europäischen Bereichsstrafrecht verfolgen soll<sup>225</sup> oder wenn eine Amtsträgerstrafbarkeit der EU-Bediensteten gehandelt werden soll.<sup>226</sup> Aus diesen Gründen sind wiederum die Modelle, die eine

213 Siehe dazu oben 5. Kapitel D. II. 1. a).

214 Siehe dazu oben 5. Kapitel D. II. 2. a) bis d).

215 Siehe dazu oben 5. Kapitel D. II. 4. c) und d).

216 Siehe dazu oben 5. Kapitel D. II. 1. b).

217 Siehe dazu oben 5. Kapitel D. II. 2. e).

218 Siehe dazu oben 5. Kapitel D. II. 3. a) und b).

219 Siehe dazu oben 5. Kapitel D. II. 4. a), b), e) und f).

220 Siehe dazu oben 5. Kapitel D. II. 5. a) und b).

221 Siehe dazu oben 5. Kapitel D. II. 4. f).

222 Siehe dazu oben 4. Kapitel B. II. 2. b).

223 Siehe noch unten 6. Kapitel C. IV. 2.

224 Heger, *Recht und Politik* 2012, 88.

225 So der Vorschlag der AGIS-Arbeitsgruppe, in: Schönemann, *Gesamtkonzept*, S. 60.

226 Schönemann, *ZStW* 116 (2004), 376, 379; vgl. ferner den Vorschlag eines Art. III-264a zum VVE, in: Schönemann, *Alternativentwurf*, S. 22; zustimmend Vogel, *ZStW* 116 (2004), 400, 413.

solche Bereichszuständigkeit ermöglichen, vorzuziehen. Von den oben entwickelten Systemen bleiben damit nur noch wenige übrig.

Erstens sehen die Trennmodelle 3a und 3b<sup>227</sup> sowohl dezentrale als auch zentrale Behörden vor, die jeweils das eigene Recht vollziehen, wobei Modell 3b wiederum wegen der zu weitgehenden Befugnisse der zentralen Ebene und der Möglichkeit der vollständigen Überlagerung der Rechtsordnungen nicht in Frage kommt. In Modell 3a bleiben vom Grundprinzip her sämtliche dezentralen Strafrechtsordnungen intakt und der Bund, in diesem Falle die EU, operiert parallel und unabhängig mit einem eigenen Verfolgungsapparat zur Ahndung des Bereichsstrafrechts. Eine solche Lösung scheint für die EU perspektivisch keineswegs abwegig, Vorschläge wie das *Corpus Juris*<sup>228</sup> sehen ein umfangreicheres Bereichsstrafrecht zum Schutz der finanziellen Interessen der EU vor, welches gegebenenfalls noch auf Strafnormen zum Schutz weiterer Rechtsgüter erweitert werden könnte, wie dies etwa im Freiburg-Symposium<sup>229</sup> entwickelt wurde. Fraglos wären diese durch AT-Regelungen zu ergänzen, wie dies auch in beiden Vorschlägen der Fall ist.<sup>230</sup> Zusätzlich müsste aber ein Strafverfolgungs- und Gerichtsapparat der EU geschaffen werden. Auch dies erscheint nicht ausgeschlossen, wenngleich politisch schwerer realisierbar, würde hinsichtlich der Gerichte allerdings eine Verfassungsänderung erfordern. Die EU mag sich aber in der Zukunft in Richtung eines solchen partiellen Trennmodells entwickeln.

Die bedeutsamen Vorteile des Trennmodells 3a wurden oben<sup>231</sup> ausführlich behandelt. Sie liegen in nahezu allen Bereichen, jedoch müsste in der EU darauf geachtet werden, dass die Rechtsordnungen nicht vollständig unabhängig sind, sondern in gewissen Fragen auch zentrale Vorgaben für die Einzelstaaten möglich sind, damit etwa, abweichend von der „*Dual Sovereignty Doctrine*“ des U.S. Supreme Courts<sup>232</sup> eine vertikale oder horizontale Doppelbestrafung und sukzessive oder parallele Verfahren ausgeschlossen werden können oder einzelne Vorgaben für das transnationale Verfahren möglich sind. Während sich das Verbot der Doppelbestrafung immerhin bereits aus Art. 50 GRC und Art. 54 SDÜ ergibt, könnten die Strafverfahren zwischen den Einzelstaaten sonst nicht mehr koordiniert werden.

Das derzeitige Modell der EU weist zudem eine weitaus umfangreichere Beeinflussung der mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen durch diverse Europäisierungsfaktoren auf, die im reinen Trennmodell in dieser Form nicht möglich wären. Würde also ein echtes Trennmodell US-amerikanischer Prägung eingeführt, sodass diese Einflüsse der EU auf das einzelstaatliche Recht eingedämmt werden müssten, so

227 Siehe dazu oben 5. Kapitel D. II. 3. a) und b).

228 Siehe auch schon die Delikte in: Delmas-Marty, *Corpus Juris*, S. 31 ff.

229 Siehe die Vorschläge der „Europa-Delikte“ in: Tiedemann, Freiburg-Symposium, S. 199 ff.

230 Siehe die Regelungen des AT in: Delmas-Marty, *Corpus Juris*, S. 40 ff., sowie in: Tiedemann, Freiburg-Symposium, S. 91 ff.

231 Oben 5. Kapitel D. II. 3. a).

232 Siehe dazu oben 3. Kapitel B. III. 3.

würde dies ganz zwangsläufig zu einer Ausweitung der Kompetenzen zur Schaffung von echten Strafnormen des Bundes führen, wie es in den USA geschehen ist, da die EU die Einzelstaaten nicht mehr beeinflussen könnte, sondern für den Schutz ihrer Rechtsgüter alleine zuständig wäre.

Ferner würde die Einführung eines Trennmodells US-amerikanischer Prägung die Rücknahme sämtlicher Harmonisierungskompetenzen in den Art. 82, 83 AEUV erfordern, aber auch der nach Art. 82 Abs. 1 AEUV möglichen Vorgaben, etwa bzgl. der Vermeidung von Kompetenzkonflikten. Dieser Schritt ist zwar möglich, aus Gründen der Effektivität der Strafverfolgung, aber auch des Schutzes der Beschuldigten, jedoch nicht uneingeschränkt positiv zu beurteilen. Denn die Kooperation der einzelstaatlichen Behörden und Gerichte vollzöge sich einzig nach deren Recht. Daher ist in bestimmten Bereichen eine Angleichung des mitgliedstaatlichen Rechts zu befürworten, etwa im Hinblick auf die Voraussetzungen der Rechtshilfe und bestimmte Beschuldigtenrechte im transnationalen Verfahren.

Zweitens kommen diejenigen Modelle in Betracht, welche die Gesetzgebungskompetenz aufteilen und dabei eine grundsätzlich dezentrale Strafverfolgungskompetenz vorsehen, welche durch einige zentrale Behörden und/oder Gerichte ergänzt wird. Modell 4b und 4e versuchen dabei jeweils auf unterschiedliche Art, dem Subsidiaritätsprinzip und der Rechtsstaatlichkeit bei der Aufteilung der Gesetzgebungskompetenzen und damit dem Ausgleich der Parameter gerecht zu werden. Während in Modell 4b<sup>233</sup> der zentralen Ebene von vorneherein nur solche Kompetenzen übertragen werden, die zur Effektivität der Strafverfolgung oder der Durchsetzung rechtsstaatlicher Erwägungen notwendig sind, ordnet Modell 4e<sup>234</sup> diese konkurrierend an mit der Möglichkeit des Bundes, die Kompetenz im Bedarfsfall an sich zu ziehen. Dadurch entstünde jeweils wiederum ein zentrales Bereichsstrafrecht, das jedoch, anders als im Trennmodell, dezentral zu vollziehen wäre, wobei aber etwa ein Revisionsgericht der EU eingerichtet werden könnte. Diese Modelle laufen auf das deutsche und kanadische System hinaus, wobei insbesondere bei der konkurrierenden Kompetenz (Modell 4e) die aus Deutschland bekannte Gefahr besteht, dass das einzelstaatliche Strafrecht letztlich verschwindet. Es dürfte daher – zumindest derzeit – eher nicht zur EU passen, da diese nicht so stark unitarisch geprägt ist wie die Bundesrepublik bzw. ihre Vorläufer Deutsches Reich und Weimarer Republik,<sup>235</sup> die diese Zentralisierung bereits angelegt haben.

Modell 4b erscheint hingegen durchaus realistisch, es würde jedoch ebenfalls eine deutliche Ausweitung der Rechtssetzungskompetenzen der EU sowie die Einrichtung einer zentralen EStA sowie einer Revisionsgerichtsbarkeit oder erstinstanzlicher Gerichte für Spezialfälle erfordern. So wie das bereichsmäßige Trenn-

233 Siehe dazu oben 5. Kapitel D. II. 4. b).

234 Siehe dazu oben 5. Kapitel D. II. 4. e).

235 Siehe dazu oben 3. Kapitel A. I. 2. b) und c).

modell scheint auch ein Bereichsstrafrecht per Verordnung, das sodann durch die Mitgliedstaaten durchgesetzt würde, in der Zukunft durchaus möglich. Auch hier bieten die Vorschläge im Corpus Juris und im Freiburg-Symposium geeignete Anhaltspunkte. Nach derzeitiger Kompetenzlage könnte es für den Bereich der Betrugsbekämpfung auf der Grundlage des Art. 325 Abs. 4 AEUV sogar schon geschaffen werden. Das Corpus Juris hatte dies ebenso anvisiert wie das Grünbuch der Kommission zum strafrechtlichen Schutz der finanziellen Interessen der Europäischen Gemeinschaften und zur Schaffung einer Europäischen Staatsanwaltschaft.<sup>236</sup> Beide gingen von einem vergleichbaren Modell aus, da sie zwar Bereichsnormen schaffen und eine EStA für die Verfolgung einrichten, die Gerichtszuständigkeit aber bei den Mitgliedstaaten belassen wollten. Eine Revisionszuständigkeit sahen sie nicht vor, dafür aber eine Vorabentscheidungskompetenz des EuGH hinsichtlich der Auslegung der zentralen Vorschriften.<sup>237</sup> Würden diese Vorschläge umgesetzt, so wäre Modell 4b partiell verwirklicht. Vom derzeitigen Modell der EU unterscheidet es sich jedoch insbesondere dadurch, dass es keine Harmonisierungs-, also keine Rahmenkompetenzen, vorsieht, sondern nur echte Rechtssetzungsbefugnisse. Demgegenüber kann die EU im Einzelfall flexibler zwischen Anweisung und Rechtssetzung wählen. Zuletzt hat die Kommission im Hinblick auf den Schutz der finanziellen Interessen z.B. wiederum den Weg der Richtlinie gewählt.<sup>238</sup>

Schließlich kann drittens das durch zentrale Behörden und Gerichte ergänzte Harmonisierungsmodell 5b eine Option bilden.<sup>239</sup> Es entspricht auch im Wesentlichen dem derzeitigen System der EU, sieht jedoch wiederum keine Kompetenzen zum Erlass unmittelbar wirkender Verordnungen vor. Dadurch bleibt es hinter dem erreichten Integrationsstand zurück und eröffnet nicht die Möglichkeit, im Einzelfall einen stärkeren strafrechtlichen Schutz der zentralen Rechtsgüter oder verbindliche Verfahrensregeln, insbesondere für zentrale Organe, festzulegen.

## II. These: Das Mischmodell ermöglicht größere Flexibilität im Einzelfall

Dies führt zu einer weiteren These. Zwar sind, wie soeben ausgeführt,<sup>240</sup> (1) ein Trennmodell, (2) ein Modell im Sinne einer geteilten Gesetzgebungszuständigkeit bei dezentraler Durchsetzung sowie (3) ein reines Harmonisierungsmodell denkbare Systeme für die EU, die jeweils auch einen Ausgleich der hier zu Grunde gelegten Parameter erzielen können. Das Mischmodell der EU zeichnet sich jedoch

236 KOM (2001) 715 endg.

237 Vgl. Art. 28 CJ, in: Delmas-Marty, Corpus Juris, S. 69.

238 Vgl. Kommission, Vorschlag für eine Richtlinie über die strafrechtliche Bekämpfung von gegen die finanziellen Interessen der Europäischen Union gerichtetem Betrug vom 11.7.2012, KOM (2012) 363 endg.

239 Siehe dazu oben 5. Kapitel D. II. 5. b).

240 Oben 6. Kapitel C. I.

durch eine größere Flexibilität aus, da es die Wahl zwischen verschiedenen Handlungsformen ermöglicht.<sup>241</sup> So können z.B. Straftaten, welche die Finanzmittel der EU betreffen, auf unterschiedliche Weise und je nach Bedürfnis durch die zentrale Ebene normiert werden, indem ihr die Handlungsformen der Verordnung und der Richtlinie zur Verfügung stehen. Im Einzelfall kann sich eines der beiden Instrumente eher als das verhältnismäßige Mittel erweisen, da die Verordnung einerseits grundsätzlich einen intensiveren Schutz der Rechtsgüter und eine verbindlichere Vorgabe bereit hält, andererseits – abhängig von Umfang, Anwendungsbereich und der Durchsetzung – jedoch das die Mitgliedstaaten stärker belastende Instrument darstellen kann. Das Mischsystem integriert insofern Elemente aus allen anderen hier vorgestellten Modellen. Dadurch kann einerseits z.B. ein partielles Trennmodell entstehen. Dieses hätte den Vorteil, dass das zentrale Recht unabhängig von den Mitgliedstaaten wäre, gegebenenfalls durch eigene Strafverfolgungsbehörden und Strafgerichte durchgesetzt werden könnte und die Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten dadurch zumindest formal unangetastet ließe. Eigenständige Verfahrensnormen könnten für ein in sich geschlossenes System sorgen, das nicht Elemente der anderen Rechtsordnungen kombinieren müsste. Zu denken wäre hier an ein Finanzstrafgesetzbuch, wie es das *Corpus Juris* anvisiert hatte.

Andererseits bleibt aber auch die Möglichkeit offen, in anderen Fällen, die keinen solchermaßen intensiven Einsatz der zentralen Ebene erfordern, auf Richtlinien zurückzugreifen, was im deutschen Modell oder im Trennsystem nicht möglich ist. Erweisen sich Richtlinien im Einzelfall als schonender, aber ebenso wirksam wie die Verordnung, so können diese gewählt werden. Anders als im Trennsystem US-amerikanischer Prägung bleibt es auch möglich, die Strafverfahren der Einzelstaaten zu koordinieren und ihnen Anweisungen zu erteilen. Dadurch eignet sich das Modell insbesondere auch als Übergangsmodell in andere Integrationsstufen. Unter dieser Prämisse kann im Folgenden darüber nachgesonnen werden, welche Verbesserungen und Erweiterungen des derzeitigen Modells der EU mittelfristig notwendig und politisch machbar erscheinen.

### III. These: Der Ausbau der Demokratie auf der zentralen Ebene ist erforderlich

Das aktuelle Modell der EU zeichnet sich durch eine besondere Flexibilität aus und ist generell geeignet, einen Ausgleich der hier vorgeschlagenen Parameter zu erzielen. Subsidiarität und Rechtsstaatlichkeit erfordern, wie gesehen,<sup>242</sup> eine Kompetenzteilung. Das derzeitige Strafrechtssystem der EU sieht eine solche auch vor.<sup>243</sup> Gleichwohl bedeutet dies nicht, dass der Endzustand des Modells erreicht wäre.

241 Sieber, ZStW 121 (2009), 1, 65 f.

242 Siehe oben 6. Kapitel B. I.

243 Siehe oben 4. Kapitel A. I.

Wie andere konstitutionelle Ordnungen, sehr wahrscheinlich aber in noch größerem Maße, wird sich auch die Verfassung der EU in der Zukunft weiterentwickeln. Dies führt zu der Frage, welche Defizite derzeit noch bestehen und wie diese eventuell verändert werden können. Noch einmal ist darauf hinzuweisen, dass es in dieser Arbeit nicht um konkrete Rechtsakte oder Maßnahmen geht, sondern um Kompetenzen.

Hier ist – im Hinblick auf die Organkompetenz – als erstes anzuführen, dass die Beteiligung des Europäischen Parlaments und damit die demokratische Legitimation auf der zentralen Ebene noch defizitär ist. Dies ist insofern äußerst bedeutsam, als der EU inzwischen gewichtige Kompetenzen auch auf dem Gebiet des Kriminalstrafrechts<sup>244</sup> zukommen, welches besonders belastend für die Betroffenen ist. In dem Maße, in welchem im politischen System der EU öffentliche Aufgaben, die ehemals durch den Staat wahrgenommen wurden, nun auf supranationaler Ebene als eigenständige Herrschaft übernommen werden, muss für eine ausreichende demokratischen Legitimität einer solchen Ausübung von Hoheitsgewalt gesorgt werden.<sup>245</sup> Erklärt sich der Sinn des Mehrebenensystems insbesondere daraus, dass den Staaten, und damit auch den Bürgerinnen und Bürgern, Handlungsspielräume eröffnet werden,<sup>246</sup> die ihnen sonst nicht offen stünden, so kann dies zu einem demokratischen Zuwachs führen.<sup>247</sup> Dies setzt allerdings voraus, dass auch auf der zentralen Ebene, auf welcher die politischen Entscheidungen getroffen werden, eine hinreichende demokratische Mitbestimmung möglich ist.<sup>248</sup>

Diese Arbeit steht einer demokratischen Legitimation auf europäischer Ebene auch durch das Europäische Parlament grundsätzlich positiv gegenüber, da unüberwindbare vopolitische Hindernisse einer solchen Legitimation abgelehnt wurden.<sup>249</sup> Hinsichtlich der Gesetzgebung auf der zentralen Ebene, insbesondere wenn strafrechtliche Verordnungen erlassen werden sollen, kann es auch nicht mehr lediglich um eine „ergänzende“ Legitimation durch das Europäische Parlament gehen.<sup>250</sup> Gleichwohl wurde konstatiert, dass die derzeitige Lage im Hinblick auf die

244 Siehe dazu oben 2. Kapitel C. IV. 2. c) aa); zur Forderung der Stärkung der Demokratie im Hinblick auf das europäische Strafrecht siehe insbesondere auch die Grundgedanken des Alternativentwurfs Europäische Strafverfolgung, in: Schünemann, Alternativentwurf, S. 4, sowie dazu Lüderssen, in: Schünemann, Alternativentwurf, S. 45 ff.; ferner Satzger, ZRP 2010, 137, 139; Schünemann, in: ders., Gesamtkonzept, S. 61 f., 93 f.; European Criminal Policy Initiative, Manifest zur Europäischen Kriminalpolitik, Unterpunkt I. 4. c), ZIS 2009, 697, 698 f.

245 Vgl. Deutscher, S. 415 ff.; v. Komorowski, S. 51 f.; Nettesheim, in: Oppermann/Classen/Nettesheim, § 15 Rn. 1 ff.; Oeter, ZaöRV 59 (1999), 901, 904; siehe bereits oben 2. Kapitel C. III. 1.

246 Siehe ausführlich oben 1. Kapitel B. I.

247 Habermas, Zur Verfassung Europas, S. 50.

248 Vgl. Habermas, Zur Verfassung Europas, S. 50; Zürn, S. 246.

249 Siehe dazu ausführlich oben 2. Kapitel C. III. 3. a).

250 Auch Böse, in: ders., EnzEuR Bd. 9, § 27 Rn. 6, sieht das Europäische Parlament als selbstständige und nicht nur ergänzende Legitimationsquelle.

konkrete Ausgestaltung des demokratischen Prozesses nicht ohne Defizite ist.<sup>251</sup> In dieser Hinsicht erscheinen Verbesserungen dringend erforderlich.

Dies betrifft erstens ganz generell den Ausbau der Befugnisse des Europäischen Parlaments. Dieses sollte an einer strafrechtsrelevanten Entscheidung stets beteiligt werden.<sup>252</sup> Dabei muss es aber um eine echte Mitbestimmung gehen und nicht nur um bloße Anhörungsrechte. Daher sind im Hinblick auf den Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts einige Kompetenzen der EU derzeit durchaus noch problematisch. So sehen etwa Art. 87 Abs. 3 S. 2 AEUV hinsichtlich des Erlasses von Maßnahmen, welche die operative Zusammenarbeit der Behörden betreffen, und Art. 89 AEUV bezüglich der Ermittlungstätigkeit der Strafverfolgungsorgane auf fremdem Staatsgebiet, vor, dass der Rat einstimmig und nur unter Anhörung des Europäischen Parlaments entscheidet. Diese Regelungen entsprechen noch der „Dritten Säule“ und sollten geändert werden.<sup>253</sup> Problematisch ist aus ebendiesem Grund auch die Annex-Kompetenz des Art. 83 Abs. 2 AEUV, da sich der Erlass der strafrechtsbezogenen Richtlinien gemäß S. 2 nach dem Verfahren richtet, das für die betreffenden Harmonisierungsmaßnahmen gilt. Zwar soll dadurch gewährleistet werden, dass die konkrete Maßnahme und die im Sachzusammenhang damit stehende Sanktion in einem einzigen Verfahren nach denselben Maßstäben erlassen werden können, im Hinblick auf das Strafrecht und den Parlamentsvorbehalt ist dies aber abzulehnen.<sup>254</sup> Vogel<sup>255</sup> schlägt daher vor, entgegen dem Wortlaut der Kompetenznorm eine echte Mitbestimmung des Europäischen Parlaments vorzusehen. Vorzugswürdig erscheint eine entsprechende Vertragsreform.

Zweitens ist insbesondere ein Initiativrecht des Europäischen Parlaments bei der Gesetzgebung zu fordern.<sup>256</sup> Ein solches sieht das ordentliche Gesetzgebungsverfahren derzeit noch nicht vor, es kennt vielmehr nur ein Vorschlagsrecht der Kommission nach Art. 294 Abs. 2 AEUV. In Bezug auf die hier interessierenden Rechtsakte des Raumes der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts ergänzt Art. 76 AEUV dieses um ein Initiativrecht eines Viertels der Mitgliedstaaten. Die Einführung eines Vorschlagsrechts aus der Mitte des Europäischen Parlaments, ähnlich wie in

251 Oben 2. Kapitel C. III. 4.

252 So etwa die European Criminal Policy Initiative, Manifest zur Europäischen Kriminalpolitik, Unterpunkt I. 4. c), ZIS 2009, 697, 698; dazu Prittwitz, in: Ambos, Europ. Strafrecht, S. 35; Satzger, ZRP 2010, 137, 139; siehe auch schon Deutscher, S. 415 ff.

253 Sieber, ZStW 121 (2009), 1, 59; vgl. auch Böse, in: Schwarze, Art. 87 Rn. 15: Regelungen seien „anachronistisch“.

254 Vgl. auch Vogel, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, 51. EL 2013, Art. 83 AEUV Rn. 87.

255 Vogel, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, 51. EL 2013, Art. 83 AEUV Rn. 87 – a.A. Böse, in: ders., EnzEuR Bd. 9, § 4 Rn. 21, da keine unbeabsichtigte Regelungslücke bestehe, sondern das Gefüge dem Annexcharakter entspreche. Er schlägt stattdessen eine einstimmige Beschlussfassung im Rat und eine Rückkopplung an die nationalen Parlamente vor.

256 Vgl. auch Böse, in: ders., EnzEuR Bd. 9, § 27 Rn. 6. Lüderssen, in: Schünemann, Alternativentwurf, S. 48, macht gerade im fehlenden Initiativrecht des Europäischen Parlaments sowie in der entscheidenden Mitwirkung des Ministerrates noch entscheidende demokratische Defizite aus.

Art. 76 Abs. 1 GG, würde dessen Stellung im Gesetzgebungsverfahren deutlich stärken.<sup>257</sup> Daher ist des Weiteren eine Reform des Art. 76 AEUV anzustreben.

Drittens wird ein Demokratieproblem auf europäischer Ebene aus der fehlenden Wahlrechtsgleichheit hergeleitet.<sup>258</sup> Solche Einwände sind insbesondere aus der Erwägung heraus beachtlich, dass auf der Unionsebene die Unionsbürgerinnen und Unionsbürger das Legitimationssubjekt bilden, sodass die Staatsangehörigkeit gerade keine Rolle spielen und somit auch nicht zum Nachteil hinsichtlich des Wertes der Wahlstimme reichen darf.<sup>259</sup> Aus dieser Perspektive wäre zu fordern, dass die Zusammensetzung des Europäischen Parlaments abweichend von Art. 14 Abs. 2 S. 3 EUV und dem derzeit gültigen ponderierten Schlüssel<sup>260</sup> gestaltet wird. Hierbei ist allerdings zu bedenken, dass die EU auch dem föderalen Prinzip gerecht werden muss und die Stimmgleichheit in föderativen Systemen Modifizierungen unterliegen kann<sup>261</sup> oder sogar muss.<sup>262</sup> Daher sollten diesbezüglich keine überhöhten Anforderungen gestellt werden.<sup>263</sup> Weitere Angleichungen sind indes erstrebenswert.

Viertens ist auf die demokratische Kontrolle der Organe der EU zu achten.<sup>264</sup> Dies gilt zum einen hinsichtlich der Kommission, der weitgehende Befugnisse, inklusive eines Initiativrechts hinsichtlich europäischer Rechtsakte, zustehen, welche jedoch nur indirekt über die Mitgliedstaaten legitimiert wird, indem diese die Mitglieder der Europäischen Kommission gemäß Art. 17 Abs. 5 UA. 2 EUV auswählen. Ab dem 1.11.2014 wird die Kommission nach Maßgabe des Art. 17 Abs. 5 UA. 1 EUV aber nur noch aus einer Anzahl von Mitgliedern bestehen, die zwei Dritteln der Mitgliedstaaten entspricht. Dies wird daraus verständlich, dass sie die Interessen der EU vertreten soll und nicht diejenigen der Einzelstaaten.<sup>265</sup> Es könnte zwar in Zukunft daran gedacht werden, das Europäische Parlament noch stärker an der Einsetzung der Kommission zu beteiligen. Wiederrum sollte allerdings der Bogen nicht überspannt werden. Die Vertragsentwicklung hat nämlich auch hier bereits zu deutlichen Verschiebungen zu Gunsten des Europäischen Parlaments geführt.<sup>266</sup> Nachdem zunächst die Mitgliedstaaten die Kom-

257 Lüderssen, in: Schünemann, Alternativentwurf, S. 48.

258 So insbesondere BVerfGE 123, 267, 371 ff.; vgl. ferner *Ambos/Rackow*, ZIS 2009, 397; *Classen*, Demokratische Legitimation, S. 101; auch schon *Deutscher*, S. 339 f.; *Kobler-Koch/Conzelmann/Knodt*, S. 214; kritisch zur Sicht des BVerfG *Nicolaysen*, EuR-Beiheft 2010, 9, 26 ff.; siehe dazu oben 2. Kapitel C. III. 3. c).

259 *Peters*, S. 669.

260 Erläutert bei *Hölscheidt*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, 51. EL 2013, Art. 14 EUV Rn. 44 ff.

261 *Böse*, ZIS 2010, 76, 84, weist z.B. auf den Bundesrat hin sowie auf die Systeme der USA und der Schweiz; *Classen*, JZ 2009, 881, 883, erläutert dies ferner für bei die Besetzung des Unterhauses im Vereinigten Königreich von Großbritannien und Nordirland.

262 *Nettesheim*, in: Oppermann/Classen/Nettesheim, § 15 Rn. 26; siehe auch oben 2. Kapitel C. III. 3. c).

263 *Böse*, ZIS 2010, 76, 84.

264 Vgl. dazu *F. Meyer*, in: *Böse*, EnzEuR Bd. 9, § 25.

265 *Martenczuk*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, 51. EL 2013, Art. 17 EUV Rn. 83.

266 *Martenczuk*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, 51. EL 2013, Art. 17 EUV Rn. 103.

missionsmitglieder eigenständig bestimmen konnten, wählt das Europäische Parlament nun den Kommissionspräsidenten, Art. 17 Abs. 7 UA. 1 S. 2 EUV, welcher wiederum an der Zusammensetzung der Kommission beteiligt ist, Art. 17 Abs. 7 UA. 2 S. 1 EUV. Ferner muss das Europäische Parlament die Kommission als Gesamtkollegium bestätigen, Art. 17 Abs. 7 UA. 3 S. 1 EUV. Lediglich hinsichtlich einzelner Mitglieder fehlt ihm die explizite Möglichkeit der Ablehnung, es hat sich gleichwohl die Praxis herausgebildet, die Kandidaten vor der Wahl des Kollegiums einzeln anzuhören und ein Votum abzugeben.<sup>267</sup>

Entscheidend hinsichtlich der politischen Kontrolle der Kommission ist Art. 17 Abs. 8 EUV. Nach S. 1 ist die Kommission dem Europäischen Parlament verantwortlich. Dieses verfügt des Weiteren nach S. 2 über das Recht, der Kommission sein Misstrauen auszusprechen, was dazu führt, dass die Mitglieder der Kommission ihr Amt niederlegen müssen.<sup>268</sup> Dieses Recht betrifft allerdings wiederum nur die gesamte Kommission als Kollegium, gegen einzelne Mitglieder kann das Europäische Parlament nicht vorgehen.<sup>269</sup> Es sollte aber nicht vergessen werden, dass auch die deutsche Verfassung in Art. 67 GG nur ein Misstrauensvotum gegen den Bundeskanzler, nicht aber gegen einzelne Fachminister, vorsieht.

Auch die parlamentarische Kontrolle von Behörden, wie etwa von Europol, wurde in der Vergangenheit angemahnt.<sup>270</sup> Hier kommt einerseits die parlamentarische Mitwirkung beim Erlass der Verordnungen zum Tragen, welche den Aufgabenbereich von Europol festlegen.<sup>271</sup> War in der Vergangenheit nur eine Anhörung vorgesehen, so ergehen nun auch Verordnungen bzgl. Europol gemäß Art. 88 Abs. 2 UA. 1 S. 1 AEUV nach dem ordentlichen Gesetzgebungsverfahren, sodass in Zukunft eine Mitwirkung des Europäischen Parlaments gewährleistet ist. Beachtung muss jedoch auch die Kontrolle der Tätigkeit von Europol (bzw. der anderen europäischen Behörden) finden. Hier soll nach Art. 88 Abs. 2 UA. 2 AEUV die entsprechende Verordnung auch die Kontrollbefugnisse der nationalen Parlamente sowie des Europäischen Parlaments regeln.<sup>272</sup> Diese Bestimmung ist undeutlich<sup>273</sup> und lässt den Leser über die genauen Befugnisse im Unklaren, sodass bereits konstitutionell hätte festgelegt werden können, wie diese genau aussehen. Die justizielle Kontrolle wird hingegen ab dem 1.12.2014 vollumfänglich durch den

267 *Martenczuk*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, 51. EL 2013, Art. 17 EUV Rn. 110.

268 *Martenczuk*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, 51. EL 2013, Art. 17 EUV Rn. 115.

269 *Martenczuk*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, 51. EL 2013, Art. 17 EUV Rn. 116.

270 Vgl. *Weigend*, ZStW 116 (2004), 275, 281.

271 *Neumann*, in: Sieber/Brüner/Satzger/v. Heintschel-Heinegg, § 44 Rn. 62.

272 Vgl. dazu auch *F. Meyer*, in: Böse, EnzEuR Bd. 9, § 25 Rn. 51; vgl. ferner den Vorschlag der Europäischen Kommission für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über die Agentur der Europäischen Union für die Zusammenarbeit 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, vom 27.3.2013, KOM (2013), 173 endg., der Informationspflichten von Europol und erweiterte Kontrollbefugnisse des Europäischen Parlaments vorsieht.

273 Vgl. auch *Weigend*, ZStW 116 (2004), 275, 281.

EuGH ausgeübt.<sup>274</sup> Europol und Eurojust sind inzwischen in den Anwendungsbereich der Nichtigkeitsklage nach Art. 263 AEUV einbezogen.<sup>275</sup>

Ähnliches sollte dann aber auch für die EStA gelten, sofern sie eingesetzt wird.<sup>276</sup> Hier bestimmt Art. 86 Abs. 3 AEUV wiederum, dass Fragen der gerichtlichen Kontrolle in einer entsprechenden Verordnung festgelegt werden. Dabei kommen allerdings sowohl zentrale als auch einzelstaatliche Gerichte in Betracht.<sup>277</sup> Die diesbezügliche Entscheidung hängt wiederum davon ab, ob europäische Gerichte mit strafrechtsbezogenen Zuständigkeiten geschaffen werden. Da die EStA keinem Fachminister unterstünde, wäre aber wiederum daran zu denken, dass sie Rechenschaft über ihre Tätigkeit direkt vor dem Europäischen Parlament abzulegen hätte. Der Vorschlag der Kommission aus dem Jahr 2013 sieht eine Kontrolle der EStA durch die einzelstaatlichen Gerichte vor.<sup>278</sup>

Fünftens ist im Verfassungsverbund auch die Stärkung der nationalen Parlamente beim Rechtssetzungsprozess der europäischen Normen zu fordern. Für eine solche hat sich insbesondere das BVerfG stark gemacht, was sich daraus erklärt, dass es die demokratische Legitimation im Wesentlichen bei den mitgliedstaatlichen Parlamenten verortet sieht und dem Europäischen Parlament nur eine „ergänzende“ Funktion zubilligt.<sup>279</sup> Das BVerfG hat daher auch in der „Notbremse“ ein wichtiges Element zur Stärkung des Bundestages gesehen, indem es den deutschen Vertreter im Rat dazu verpflichtete, auf Weisung des Bundestages zu handeln.<sup>280</sup> Diese Vorgabe wurde inzwischen in Art. 9 Abs. 1 IntVG<sup>281</sup> umgesetzt. Diese Forderung erscheint auch durchaus unterstützenswert. Wird die Tätigkeit der Minister im Rat insgesamt enger an die parlamentarische Kontrolle im Mitgliedstaat gebunden, was zu begrüßen ist,<sup>282</sup> so entsteht ein interessantes Zusammenspiel der Parlamente im europäischen Verfassungsverbund.

Sechstens ist darauf hinzuwirken, dass die Funktionsbedingungen der Demokratie<sup>283</sup> verbessert werden.

274 Dies folgt aus den Art. 9 und 10 des Protokolls Nr. 36 vom 13.12.2007 über die Übergangsbestimmungen; vgl. Böse, RW 2012, 172; Mitsilegas, S. 226 ff.; Neumann, in: Sieber/Brüner/Satzger/v. Heintschel-Heinegg, § 44 Rn. 63 f.; zum Rechtsschutz i.H.a. Europol und Eurojust vgl. Gärditz, in: Böse, EnzEuR Bd. 9, § 24 Rn. 55 ff.

275 Böse, in: Sieber/Brüner/Satzger/v. Heintschel-Heinegg, § 54 Rn. 22; ders., RW 2012, 172.

276 Zur Einführung eines europäischen Ermittlungsrichters Böse, RW 2012, 172, 181 ff.

277 Vogel, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, 51. EL 2013, Art. 86 AEUV Rn. 59.

278 Art. 36 des Vorschlages der Kommission für eine Verordnung des Rates über die Errichtung der Europäischen Staatsanwaltschaft, KOM (2013) 534 endg., S. 34.

279 BVerfGE 123, 267, 364; siehe dazu ausführlich oben 2. Kapitel C. III. 4.

280 BVerfGE 123, 267, 436; zustimmend *Ambos/Rackow*, ZIS 2009, 397, 403.

281 Gesetz über die Wahrnehmung der Integrationsverantwortung des Bundestages und des Bundesrates in Angelegenheiten der Europäischen Union (Integrationsverantwortungsgesetz – IntVG) vom 22.9.2009; BGBl. I S. 3022; vgl. zu den Voraussetzungen nach dem IntVG Böse, ZIS 2010, 76, 89; vgl. ferner *Noltenius*, ZStW 122 (2010), 604, 613.

282 *Lüderssen*, in: Schönemann, Alternativentwurf, S. 48; vgl. auch European Criminal Policy Initiative, Manifest zur Europäischen Kriminalpolitik, Unterpunkt I. 4. c), ZIS 2009, 687, 698 f.

283 Siehe dazu oben 2. Kapitel C. III. 3. b).

#### IV. These: Die Steigerung der Effektivität und der Schutz der Beschuldigten können weitere Kompetenzen der EU erfordern

Wie auch immer ein Modell der EU ausgestaltet sein mag, es muss den Rechten der Beschuldigten ebenso Rechnung tragen wie der Effektivität der Strafverfolgung. Beide können in bestimmten Bereichen noch weitere Kompetenzen der EU notwendig machen, wie im Folgenden thesenartig ausgeführt werden soll.

##### 1. Rechtssetzung

###### a) Materielles Recht

Hinsichtlich der möglichen Einsatzbereiche europäischer Kompetenzen wurden im Hinblick auf das Strafrecht im Rahmen dieser Arbeit drei unterschiedliche Felder identifiziert: (1) der Schutz der originären Rechtsgüter und Werte der EU, (2) grenzüberschreitende Delikte als Fragen der transnationalen Kriminalität und (3) die wirksame Durchführung der Politik der EU, d.h. die Ahndung von Verstößen gegen ihre Vorgaben.<sup>284</sup> *Schünemann*<sup>285</sup> benennt zwei Gruppen „geborener Europadelikte“, bei welchen entweder das Rechtsgut oder die Tathandlung grenzüberschreitenden Charakter aufweise.

Dabei ließen sich Gruppe (1) und (3) auch zusammenfassen. Dagegen spricht aber, dass im Rahmen der ersten Gruppe „genuine Rechtsgüter“<sup>286</sup> der EU betroffen sind, deren Schutz sie betreiben können muss, sodass durchaus weitergehende strafrechtliche Kompetenzen im Rahmen einer eigenständigen supranationalen Strafgewalt im Raume stehen,<sup>287</sup> während es in der dritten Gruppe um die Durchsetzung von Einzelpolitiken geht, sodass das Strafrecht hier einen Annexcharakter zu sonstigen Maßnahmen hat. Jeweils können aus Gründen der Effektivität in unterschiedlichem Maße Kompetenzen der EU erforderlich sein, wobei das Mischsystem hier mit Verordnung und Richtlinie auch tatsächlich verschiedene Instrumente zur Verfügung stellt. Dennoch bestehen sowohl hinsichtlich der Rechtssetzung als auch der Strafverfolgung in der aktuellen Kompetenzordnung teilweise noch Defizite gegenüber anderen Modellen, deren Behebung ein Ziel künftiger Reformen sein könnte.

Im materiellen Recht ist insbesondere an die Übertragung weiterer Kompetenzen auf die EU zum Schutz ihrer originären Rechtsgüter zu denken. Die Verträge konzentrieren sich diesbezüglich bislang auf die finanziellen Interessen der EU, indem sie in Art. 325 Abs. 4 AEUV nur für diese eine Kompetenz der EU zum Erlass echter

284 Vgl. auch *Böse*, in: ders., *EnzEuR* Bd. 9, § 27 Rn. 2.

285 *Schünemann*, in: ders., *Alternativentwurf*, S. 80 f.

286 *Bitzilekis/Kaiafa-Gbandi/Symeonidou-Kastanidou*, in: *Schünemann*, *Gesamtkonzept*, S. 222 ff.

287 So *F. Meyer*, *Strafrechtsgenese*, S. 420 f., im Hinblick auf den Schutz der finanziellen Interessen der EU.

Strafnormen in Verordnungsform vorsehen.<sup>288</sup> Schon das Corpus Juris sowie das Grünbuch der Kommission des Jahres 2001<sup>289</sup> hatten sich nur an diesem Rechtsgut orientiert. Diese Fixierung auf den Schutz der Finanzen wird jedoch zu Recht kritisiert,<sup>290</sup> wenngleich ebenfalls zutreffend darauf hingewiesen wird, dass es bei genauer Betrachtung schon beim Subventionsbetrug um den Schutz unterschiedlicher Rechtsgüter geht.<sup>291</sup>

Daneben kommen aber weitere originäre Rechtsgüter der EU in Betracht. Schon im Freiburg-Symposium zählten die beteiligten Experten eine ganze Reihe an „Europa-Delikten“ auf, welche etwa Lebensmittel-, Wettbewerbs- oder Umweltstrafrecht umfasste.<sup>292</sup> Teilweise sind in diesem Zusammenhang in der Vergangenheit auch schon Rahmenbeschlüsse erlassen worden und teilweise haben sie im Rahmen des Art. 83 AEUV Eingang in die Vertragsbestimmungen gefunden, indem dort Richtlinien im Hinblick auf bestimmte Kriminalitätsbereiche, aber auch auf bereits harmonisierte Bereiche, möglich sind.<sup>293</sup> Letztere Kompetenz nach Art. 83 Abs. 2 AEUV geht sehr weit und orientiert sich am Gedanken des Sachzusammenhanges, der in den meisten der hier untersuchten Strafrechtssysteme ebenfalls Bedeutung erlangt hat. Bestimmte Rechtsgüter der EU fehlen jedoch bzw. sind nicht mit ausreichendem Schutz versehen. Der Begriff des Rechtsgutes ist natürlich schillernd<sup>294</sup> und die Frage, welche Bereiche des Strafrechts denn nun der zentralen Ebene zugewiesen werden sollen, hat nicht nur in den USA schon Generationen beschäftigt,<sup>295</sup> sondern berührt auch die Grundfesten des föderalen Systems. Insofern erscheint die hier vorgeschlagene Trennung zwischen originären Rechtsgütern der EU und der wirksamen Durchführung ihrer Politik hilfreich.<sup>296</sup> Denn dann lässt sich unterscheiden zwischen Fragen der Wirksamkeit des EU-Rechts auf der einen und der Verteidigung ihres Bestandes und ihrer Institutionen auf der anderen Seite.<sup>297</sup>

Gerade letzterer Aspekt könnte aber weitergehende Befugnisse erfordern als die anderen beiden Bereiche. Dieses Einsatzfeld des zentralen Strafrechts ließe sich etwa mit dem (Staats-)Schutzprinzip begründen und würde z.B. Straftaten einschlie-

288 Siehe dazu oben 4. Kapitel B. I. 2. a) aa).

289 Grünbuch der Kommission zum strafrechtlichen Schutz der finanziellen Interessen der Europäischen Gemeinschaften und zur Schaffung einer Europäischen Staatsanwaltschaft vom 11.12.2001, KOM (2001) 715 endg.

290 *Schünemann*, in: ders., Alternativentwurf, S. 80.

291 *Hefendehl*, in: Schünemann, Alternativentwurf, S. 89 ff.

292 Siehe die Beiträge in: Tiedemann, Freiburg-Symposium, S. 199 ff.

293 Siehe dazu oben 4. Kapitel B. I. 2. b).

294 Vgl. *Swoboda*, ZStW 122 (2010), 24.

295 Vgl. nur *Barkow*, 109 Michigan L.J. 519, 521 (2011).

296 Skeptisch hinsichtlich einer Abgrenzbarkeit aber *Böse*, in: ders., *EnzEuR* Bd. 9, § 4 Rn. 24.

297 *Heitzer*, S. 166.

ßen, welche das Personal oder den Bestand des Bundes insgesamt bedrohen.<sup>298</sup> So kommt z.B. in den USA das Bundesstrafrecht bei direkten Interessen des Bundes zum Einsatz, etwa zum Schutz der Bediensteten, des Eigentums oder der Finanzen des Bundes.<sup>299</sup> Dabei ginge es dann u.a. um die verfassungsmäßige Ordnung der EU und den Schutz ihrer Verfassungsorgane<sup>300</sup> und der Rechtspflege oder um den Geheimnisverrat durch EU-Angestellte.<sup>301</sup>

Staatsschutzdelikte sind in sämtlichen der hier untersuchten Systeme dem Bund zugewiesen und machen einen Bereich aus, in dem er regelmäßig auch mit eigenen Behörden operiert. In Deutschland umfassen sie etwa Hochverrat (§§ 81 ff. StGB), Gefährdung des demokratischen Rechtsstaates (§§ 84 ff. StGB), Landesverrat (§§ 93 ff. StGB) oder Straftaten gegen Verfassungsorgane sowie bei Wahlen und Abstimmungen (§§ 105 ff. StGB). In Staatsschutzsachen besteht nach Art. 96 Abs. 5 GG in Deutschland auch eine Zuständigkeit der Bundesgerichte, welche inzwischen aber durch das OLG ausgeübt wird.<sup>302</sup> Schon nach dem Entwurf der RV 1848 wäre das geplante RG für die Strafverfolgung von Bundesministern und Ministern der Länder sowie für den Hoch- und Landesverrat zuständig gewesen.<sup>303</sup> In den USA liegt hier eines der wenigen Felder, in denen das einzelstaatliche Strafrecht sogar durch das Bundesrecht verdrängt wird.<sup>304</sup> Auch im Vereinigten Königreich von Großbritannien und Nordirland gehören der Hochverrat oder die nationale Sicherheit inklusive der Terrorismusbekämpfung zu den Bereichen, die auch nach der *devolution* dem zentralen Parlament in Westminster vorbehalten bleiben.<sup>305</sup>

Für die EU besonders relevant erscheinen Straftaten gegenüber ihren Verfassungsorganen. In diesem Zusammenhang geht es um die Sicherung des Funktionierens derselben, also um die Willensfreiheit des Europäischen Parlaments, des Rates und der Kommission, aber auch der Rechtsfindung und Unparteilichkeit des EuGH.<sup>306</sup> Dabei ist auch an den Schutz der Wahlen zum Europäischen Parlament

298 *Bitzilekis/Kaiafa-Gbandi/Symeonidou-Kastanidou*, in: Schünemann, Gesamtkonzept, S. 222 ff., fassen unter den Begriff der „genuinen europäischen Rechtsgüter“ gerade und nur diese politischen Rechtsgüter; vgl. aber auch *Hefendehl*, ZIS 2006, 229, 234 f.

299 *Abrams/Beale/Klein*, S. 18; siehe dazu oben 3. Kapitel B. II. 1. b).

300 Vgl. auch ausführlich *Gröblichhoff*, S. 38 ff.

301 *Dannecker*, in: Böse, EnzEuR Bd. 9, § 8 Rn. 1.

302 Vgl. oben 3. Kapitel A. II. 2. a).

303 Vgl. oben 3. Kapitel A. I. 2. a).

304 *Pennsylvania v. Nelson*, 350 U.S. 497 (1953); vgl. dazu *Reinbacher*, Das Strafrechtssystem der USA, S. 82 f.; siehe bereits oben 3. Kapitel B. III. 1.

305 Vgl. oben 3. Kapitel D. II. 1. a) und b). Schon s. 4 (6) GIA 1920 hatte Westminster eine solche Zuständigkeit reserviert; vgl. oben 3. Kapitel D. I. 2. b).

306 *Bitzilekis/Kaiafa-Gbandi/Symeonidou-Kastanidou*, in: Schünemann, Gesamtkonzept, S. 223; *Gröblichhoff*, S. 43 ff.; vgl. auch *Satzger*, Europäisierung, S. 350.

zu denken.<sup>307</sup> Ferner kommen Personal, Hausrecht und Ehre der EU-Organe in Betracht.<sup>308</sup> Ein weiteres Feld wären etwa Falschaussagen vor Behörden und Gerichten der EU.<sup>309</sup> Besonders bedeutsam war in der Vergangenheit das Rechtsgut der Finanzmittel,<sup>310</sup> welches sich noch auf den Schutz des Euro<sup>311</sup> und des Eigentums der EU insgesamt erweitern lässt.<sup>312</sup> Hecker<sup>313</sup> nennt neben dem Finanzhaushalt der EU u.a. die Unbestechlichkeit ihrer Beamten, die Wahrung von Dienstgeheimnissen, die europäische Rechtspflege und die Realisierung der Grundfreiheiten.

Hinsichtlich dieser „genuinen Rechtsgüter“ der EU greift zwar im Hinblick auf das Loyalitätsgebot des Art. 4 Abs. 3 EUV bereits die Assimilierungspflicht der Einzelstaaten, sodass ihre Strafbestimmungen das betreffende Rechtsgut schützen und entsprechende Verhaltensweisen unter Strafe stellen müssen. Im Fall von Art. 30 EuGH-Satzung und Art. 194 EAGV haben die Verträge eine diesbezügliche Assimilierung sogar selbst angeordnet.<sup>314</sup> Dies wird teilweise auch durchaus als ausreichend angesehen.<sup>315</sup>

Viele Vorschriften etwa des deutschen Strafrechts schützen inzwischen auch explizit Rechtsgüter der EU.<sup>316</sup> Andererseits sind bereits verschiedene Erwägungen vorgetragen worden,<sup>317</sup> die diesbezüglich skeptisch stimmen mögen. So kann die

307 Gröbblinghoff, S. 43 – a.A. Bitzilekis/Kaiafa-Gbandi/Symeonidou-Kastanidou, in: Schönemann, Gesamtkonzept, S. 224, die ein solches Rechtsgut der EU ablehnen, da die Bürgerinnen und Bürger sich an den Wahlen *als solche der Mitgliedstaaten* beteiligten. Diese Ansicht kann indes nicht (mehr) überzeugen, da oben [2. Kapitel C. III. 3. a) und 2. Kapitel C. IV. 1. f)] ausführlich begründet wurde, dass das Europäische Parlament sich auf die demokratische Legitimation der einzelnen Bürgerinnen und Bürger der EU stützt, was schon Art. I-20 Abs. 2 VVE und nun auch Art. 14 Abs. 2 S. 1 EUV folgerichtig zum Ausdruck bringen; vgl. Hölscheidt, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, 51. EL 2013, Art. 14 EUV Rn. 39.

308 Vgl. Gröbblinghoff, S. 38 ff.

309 Dannecker, in: Böse, EnzEuR Bd. 9, § 8 Rn. 1.

310 Dannecker, in: Böse, EnzEuR Bd. 9, § 8 Rn. 1. Nach Tiedemann, FS Roxin, 2001, S. 1408, geht es bei der Erhaltung des Haushalts um die *essentialia* der Gemeinschaft; kritisch aber etwa Otto, JURA 2000, 98, 100: Deutsches Kriminalstrafrecht solle nicht eingesetzt werden zum Schutz der Subventionen, da diese durch „Schlamperei und Selbstbedienungsmentalität“ der zuständigen Stellen gekennzeichnet seien; dagegen Satzger, Europäisierung, S. 351: Politische Forderung nach Reformen hat keinen Einfluss auf die Definition der supranationalen Rechtsgüter.

311 Dannecker, in: Böse, EnzEuR Bd. 9, § 8 Rn. 1.

312 Gröbblinghoff, S. 39; Satzger, Europäisierung, S. 349 – a.A. wiederum Bitzilekis/Kaiafa-Gbandi/Symeonidou-Kastanidou, in: Schönemann, Gesamtkonzept, S. 226 f., mit dem Argument, dass die staatlichen finanziellen Interessen in den Mitgliedstaaten den politischen Rechtsgütern regelmäßig nicht gleichgestellt seien. Während für die Staatsschutzdelikte eigene Vorschriften bestünden, würden die Finanzen nach den allgemeinen Vorschriften geschützt; dagegen Spinellis, in: Schönemann, Gesamtkonzept, S. 234 f., der auf grundlegende Unterschiede hinweist.

313 Hecker, in: Ambos, Europ. Strafrecht, S. 17. Er benennt aber auch die Durchsetzung der Unionspolitiken etwa auf den Gebieten Marktorganisation, Wettbewerb, Verbraucherschutz und Umweltschutz, welche nach dem hier zu Grunde gelegten Verständnis eher in die dritte Gruppe fallen.

314 Siehe oben 4. Kapitel A. IV. 1.

315 Bitzilekis/Kaiafa-Gbandi/Symeonidou-Kastanidou, in: Schönemann, Gesamtkonzept, S. 229.

316 Vgl. u.a. §§ 108e, 162, 264 Abs. 7 Nr. 2 StGB oder § 1 EUBestG.

317 Oben 5. Kapitel D. II. 5. a).

Assimilierungspflicht nicht für einen einheitlichen Schutz sorgen,<sup>318</sup> sondern im Gegenteil sogar bewirken, dass nicht nur der entsprechende Schutz der nationalen, sondern auch der zentralen Rechtsgüter unterschiedlich ausfällt.<sup>319</sup> Der EuGH hat zwar durch das Erfordernis der „Mindesttrias“ einen gewissen Sockel errichtet.<sup>320</sup> Dennoch hat sich z.B. gezeigt, dass alleine die Assimilierung für den Schutz der EU-Finzen nicht ausreichend war.<sup>321</sup>

Im Hinblick auf die finanziellen Interessen der EU sind daher in Art. 325 Abs. 4 AEUV originäre Rechtssetzungsbefugnisse etabliert worden. Da die EU über Eigenmittel verfügt und damit finanziell autonom von den Mitgliedstaaten ist, folgt daraus, dass sie dieses Vermögen auch eigenständig schützen darf,<sup>322</sup> zumal gerade wegen dieser Unabhängigkeit der Finanzen das Interesse der Mitgliedstaaten am Schutz derselben erkaltet ist. Soweit andere Rechtsgüter der EU betroffen sind, fehlen jedoch bislang echte Rechtssetzungsbefugnisse der EU. Die „politischen Rechtsgüter“ sind noch nicht einmal von den Harmonisierungskompetenzen des Art. 83 Abs. 1 AEUV erfasst, da diese sich auf bestimmte Fälle grenzüberschreitender Kriminalität beschränken.<sup>323</sup> Dort findet sich aber immerhin die Möglichkeit, Mindestvorschriften im Hinblick auf Korruption und die Fälschung von Zahlungsmitteln (Euro) zu erlassen. Sofern dadurch auch die finanziellen Interessen der EU betroffen sind, greift Art. 325 Abs. 4 AEUV als Ermächtigungsgrundlage, in den übrigen Fällen indessen nicht.

Zur Steigerung der Effektivität könnten hier allerdings Anknüpfungspunkte künftiger EU-Kompetenzen liegen. Soweit es einzig um den Schutz ihrer eigenen Rechtsgüter geht, deren Verteidigung nicht unbedingt im ureigensten Interesse der Mitgliedstaaten liegt und deren Strafgewalt im Grunde gar nicht berührt, sondern bei welchen eine eigenständige Strafgewalt der EU im Raume steht, lässt sich ein legitimes Interesse auch nicht abstreiten. Damit ist aber zunächst einmal nur festgestellt, dass überhaupt eine Kompetenz zur Rechtssetzung bestehen sollte. Hier könnten Kompetenzen dann aber weiter gehen und neben der Assimilierung und Anweisung auch eine Befugnis zum Erlass von Verordnungen umfassen, was der Effektivität dienen würde, da Richtlinien entweder in Form reiner Mindestvorgaben nur einen Sockel errichten, der jedoch bei weitem Umsetzungsspielraum weiterhin große Unterschiede zulässt, oder selbst bei detaillierten Vorgaben die (zeitnahe) Umsetzung nicht gesichert ist.<sup>324</sup>

318 Vgl. *Bacigalupo*, in: Schönemann, Gesamtkonzept, S. 82 f.; *Fromm*, Der strafrechtliche Schutz der Finanzinteressen, S. 53; *Gröbblinghoff*, S. 33 ff.; *Heger*, in: Böse, EnzEuR Bd. 9, § 5 Rn. 17; *Satzger*, Europäisierung, S. 382 f.; *Tiedemann*, ZStW 116 (2004), 945, 950.

319 *Gröbblinghoff*, S. 35; *Satzger*, Europäisierung, S. 383.

320 Siehe oben 4. Kapitel A. II. 4.

321 *Fromm*, Der strafrechtliche Schutz der Finanzinteressen, S. 224; *Satzger*, StV 2003, 137, 138.

322 *Dannecker*, in: Böse, EnzEuR Bd. 9, § 8 Rn. 20 f.

323 So auch *Bitzilekis/Kaiafa-Gbandi/Symeonidou-Kastanidou*, in: Schönemann, Gesamtkonzept, S. 227, im Hinblick auf Art. III-271 Abs. 1 VVE.

324 *Fromm*, Der strafrechtliche Schutz der Finanzinteressen, S. 224 f.; *Tiedemann*, FS Roxin, 2001, S. 1411.

Diesbezüglich könnte auch ein partielles Trennsystem im Sinne einer Durchsetzung durch zentrale Behörden entstehen. Sollten zentrale Behörden eingerichtet werden, so spricht dies erst recht für den Erlass von zentralen Strafnormen, da zentrale Behörden nur auf der Basis von einheitlichen Regelungen Erfolg versprechend arbeiten können.<sup>325</sup> Ein partielles Trennsystem könnte, wie ausgeführt, effektiver sein, u.U. aber sogar schonender für die Mitgliedstaaten als die umfangreiche Harmonisierung und „In-Pflicht-Nahme“ ihrer Rechtsordnungen.<sup>326</sup> Dieses Teilsystem hätte durchaus Effektivitätsvorteile, denn die EU könnte auf diesem Wege schneller, einheitlicher und umfassender für Rechtsgüterschutz sorgen.<sup>327</sup> Es müsste dann als separates Teilsystem auch Regelungen zum AT vorsehen.<sup>328</sup> Insbesondere wenn zentrale Behörden tätig werden sollen, hätte ein einheitliches zentral gesetztes Strafrecht aber sogar Vorteile aus der Sicht der Beschuldigten, denn die Gefahr des *Forum Shoppings* würde deutlich verringert und die Strafbarkeitsvoraussetzungen wären leichter vorhersehbar.

Ein Bereich entfaltet hier besondere Bedeutung, der in der Literatur bereits aufgegriffen wurde: Die Strafbarkeit der Amtsträger der EU,<sup>329</sup> insbesondere soweit es um Korruption derselben geht. Teilweise dürfte dieses Feld schon im Rahmen der „Betrügereien“ in Art. 325 Abs. 4 AEUV erfasst sein, da dieser Begriff weit auszulegen ist<sup>330</sup> und daher nicht nur den klassischen Betrug, sondern z.B. auch Bestechungsdelikte<sup>331</sup> einschließt.<sup>332</sup> Zwar dienten diesem Anliegen schon mehrere Instrumente,<sup>333</sup> wie das Erste Zusatzprotokoll zur PIF-Konvention bzgl. der Strafbarkeit der Bestechung und Bestechlichkeit von EG-Angestellten<sup>334</sup> und das Überein-

325 Kommission, Grünbuch zum Schutz der finanziellen Interessen der Europäischen Gemeinschaften und zur Schaffung einer Europäischen Staatsanwaltschaft, KOM (2001) 715 endg., S. 54, 64.

326 Siehe oben 6. Kapitel B. III.

327 *Bitzilekis/Kaiafa-Gbandi/Symeonidou-Kastanidou*, in: Schönemann, Gesamtkonzept, S. 231.

328 *Deutscher*, S. 440 ff.; *Schönemann*, in: ders., Alternativentwurf, S. 79; *Tiedemann*, FS Lenckner, 1998, S. 412; *ders.*, FS Roxin, 2001, S. 1411; *ders.*, in: ders., Freiburg-Symposium, S. 5.

329 *Gröbblinghoff*, S. 166; *Heitzer*, S. 166; *Schönemann*, in: ders., Alternativentwurf, S. 80; *ders.*, ZStW 116 (2004), 376, 377 f.; vgl. auch *Bitzilekis/Kaiafa-Gbandi/Symeonidou-Kastanidou*, in: Schönemann, Gesamtkonzept, S. 224.

330 *Killmann/Schröder*, in: Sieber/Brüner/Satzger/v. Heintschel-Heinegg, § 12 Rn. 10; *Magiera*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, 51. EL 2013, Art. 325 AEUV Rn. 15; *Prieß/Spitzer*, in: von der Groeben/Schwarze, Art. 280 EGV Rn. 17; *Satzger*, Intern. u. Europ. Strafrecht, § 8 Rn. 25; *Schramm*, ZJS 2010, 615; *ders.*, Intern. Strafrecht, 4. Kapitel Rn. 17; *Waldhoff*, in: Calliess/Ruffert, Art. 325 AEUV Rn. 4.

331 *Schramm*, ZJS 2010, 615; *ders.*, Intern. Strafrecht, 4. Kapitel Rn. 17; vgl. auch *Vogel*, in: Ambos, Europ. Strafrecht, S. 49.

332 Siehe bereits oben 4. Kapitel B. I. 2. a) aa).

333 Dazu *Dannecker*, in: Böse, EnzEuR Bd. 9, § 8 Rn. 91 ff.

334 Protokoll aufgrund von Artikel K.3 des Vertrags über die Europäische Union zum Übereinkommen über den Schutz der finanziellen Interessen der Europäischen Gemeinschaften – Erklärungen der Mitgliedstaaten bei der Annahme des Rechtsaktes über die Fertigstellung des Protokolls, ABl. 1996 Nr. C 313, S. 2.

kommen über die Bekämpfung der Bestechung,<sup>335</sup> neuerlich erhält auch der Vorschlag der Kommission für eine Richtlinie zum Schutz der finanziellen Interessen der EU in Art. 4 entsprechende Vorgaben.<sup>336</sup>

Soweit die schädlichen Verhaltensweisen aber andere Ziele verfolgen und andere Rechtsgüter betreffen als die finanziellen Interessen der EU,<sup>337</sup> bestehen aber noch Kompetenzlücken. Bei der Korruption stehen nämlich gerade auch die Funktionsfähigkeit der Institutionen der öffentlichen Verwaltung und die Lauterkeit der Amtsführung als Rechtsgüter im Raume.<sup>338</sup> Hier wären wiederum auch Verordnungen denkbar, soweit es um europäische Bedienstete geht, wobei die Amtsdelikte auch durch europäische Organe und Gerichte verfolgt werden könnten.<sup>339</sup> Entscheidend wäre es dann allerdings, auch auf der zentralen Ebene eine konsistente Strafrechtspolitik zu entwickeln.<sup>340</sup>

Anders als bei diesen „genuinen Rechtsgütern“ der EU geht es im Bereich der grenzüberschreitenden Verfolgung eher um die Effektivierung der Rechtshilfe und der zwischenstaatlichen Zusammenarbeit, also um die Ausdehnung der Strafverfolgung in den transnationalen Bereich. Wiederum können zentrale Rechtssetzungsbefugnisse erforderlich sein.

Sollen hier aber keine supranationalen Interessen geschützt werden und soll aus Gründen der Bewahrung der Vielfalt auch keine vollständige Zentralisierung angestrebt werden, so scheinen hier Angleichungen der Rechtsordnungen durch Harmonisierungskompetenzen, wie sie in Art. 83 Abs. 1 AEUV vorgesehen sind, eher nahe zu liegen. Denn es geht dann nur darum, die Rechtsordnungen so weit anzugleichen, wie dies zur transnationalen Verfolgung der Delikte notwendig erscheint. Die Kompetenzen sind heute schon nicht unbeträchtlich, da die im Katalog des Art. 83 Abs. 1 UA. 2 AEUV aufgezählten Kriminalitätsbereiche einen weiten Anwendungsbereich haben.<sup>341</sup> Zudem sieht Art. 83 Abs. 1 UA. 3 AEUV bereits die

335 Rechtsakt des Rates vom 26. Mai 1997 über die Ausarbeitung des Übereinkommens aufgrund von Artikel K.3 Absatz 2 Buchstabe c) des Vertrags über die Europäische Union über die Bekämpfung der Bestechung, an der Beamte der Europäischen Gemeinschaften oder der Mitgliedstaaten der Europäischen Union beteiligt sind, ABl. 1997 Nr. C 195, S. 1.

336 Vorschlag für eine Richtlinie über die strafrechtliche Bekämpfung von gegen die finanziellen Interessen der Europäischen Union gerichtetem Betrug vom 11.7.2012, KOM (2012) 363 endg., S. 20.

337 Nach *Otto*, JURA 2000, 98, 102, ist Rechtsgut der Delikte der Bestechung und Bestechlichkeit das Vertrauen in die Unkäufligkeit von Amtsträgern und in „die Sachlichkeit staatlicher und gemeinschaftsrechtlicher Entscheidungen als Voraussetzung für ein sachgerechtes Funktionieren der Verwaltung“.

338 *Dannecker*, in: Böse, EnzEuR Bd. 9, § 8 Rn. 80.

339 Siehe noch unten 6. Kapitel C. IV. 2.

340 Schon auf der Grundlage der geltenden Verträge wird eine solche zu Recht dringend angemahnt; vgl. nur European Criminal Policy Initiative, Manifest zur Europäischen Kriminalpolitik, ZIS 2009, 697; ferner *Böse*, in: ders., EnzEuR Bd. 9, § 27 Rn. 10 ff.; *Kubiciel*, ZIS 2010, 742; *Prittowitz*, in: Ambos, Europ. Strafrecht, S. 29 ff.; *Satzger*, ZIS 2009, 691; *ders.*, ZRP 2010, 137; *ders.*, in: Böse, EnzEuR Bd. 9, § 2 Rn. 54 ff.; *ders.*, Intern. u. Europ. Strafrecht, § 9 Rn. 55 ff. Nun auch für das Strafverfahrensrecht European Criminal Policy Initiative, Manifest zum Europäischen Strafverfahrensrecht, ZIS 2013, 412; vgl. dazu *Satzger/Zimmermann*, ZIS 2013, 406.

341 Siehe oben 4. Kapitel B. I. 2. b) aa).

Möglichkeit zur Ausweitung des Kataloges vor. Mittelfristig dürften sich Änderungen daher eher im Rahmen der Erweiterung dieses Kataloges bewegen.

Der Bereich des Sachzusammenhanges mit Einzelpolitiken und Harmonisierungsmaßnahmen der EU, welcher als drittes Einsatzfeld europäischer Kompetenzen identifiziert wurde, ist in Art. 83 Abs. 2 AEUV heute schon aufgenommen, da die dort normierte Kompetenz sich auf sämtliche Politikbereiche der EU bezieht. Hier kommt es allerdings entscheidend darauf an, die *ultima ratio*-Funktion des Strafrechts<sup>342</sup> zu beachten. Daher wäre z.B. zu überlegen, ob strafrechtliche Sanktionen im weiteren Sinne nicht ausreichend sind. Die Beantwortung dieser Frage liegt heute schon im Wesentlichen in den Händen der EU, da diese auch diesbezüglich Mindestvorschriften, d.h. auch kriminalstrafrechtliche Sanktionen, vorgeben kann. In diesem Bereich scheint eher kein Bedarf für eine Ausweitung der Kompetenzen zu liegen. Dächte man auch hier über ein paralleles Bereichsstrafrecht nach, so hätte dieses ein besonderes Potenzial zur Ausweitung des zentralen Strafrechts.<sup>343</sup> Es würde aber immerhin die Verweisungen im mitgliedstaatlichen Recht verhindern.<sup>344</sup>

#### b) Verfahrensrecht

Im Verfahrensrecht verfügt das Mischsystem der EU schon heute in noch größerem Maße als im materiellen Recht über verschiedene Instrumente, sodass insbesondere eine Auswahl zwischen Richtlinie, Verordnung und gegenseitiger Anerkennung möglich ist. Soweit es dabei um die Effektivierung der grenzüberschreitenden Strafverfolgung geht, bildet die Schaffung eines einheitlichen Strafverfolgungsraumes, in dem auf Beschuldigte wie auf Beweise ohne weiteres zugegriffen werden kann, als gäbe es keine Grenzen, das Ziel. Aus der Sicht der vom Verfahren Betroffenen gilt es dann jedoch, die Freiheitsrechte in diesem Strafverfolgungsraum zu sichern. Dabei können nicht nur Effektivitätserwägungen, sondern gerade auch die Rechte der Beschuldigten für zentrale Regelungen, etwa hinsichtlich der Kooperationsvoraussetzungen oder der Beweisgewinnung bei grenzüberschreitenden Sachverhalten, bezüglich der Auslieferung sowie im Hinblick auf die Vermeidung von Mehrfachzuständigkeiten und doppelter Verfolgung, streiten. Einheitliche Regeln würden wiederum die Gefahr des *Forum Shoppings* reduzieren.

Bezeichnenderweise widmen sich der „Alternativentwurf Europäische Strafrechtsordnung“ und das „Gesamtkonzept für eine europäische Strafrechtspflege“,

342 Vgl. statt Vieler European Criminal Policy Initiative, Manifest zur Europäischen Kriminalpolitik, Unterpunkt I. 2., ZIS 2009, 697, 698; Prittwitz, in: Ambos, Europ. Strafrecht, S. 34; Satzger, ZRP 2010, 137, 138; Schönemann, in: ders., Alternativentwurf, S. 78 f.; ders., GA 2004, 193, 197; ders., ZIS 2007, 528, 529; F. Zimmermann, JURA 2009, 844, 847; speziell im Hinblick auf das Umweltstrafrecht Heger, Europäisierung des Umweltstrafrechts, S. 90.

343 So schon i.H.a. die diesbzgl. Anweisungskompetenz Kubiciel, NStZ 2007, 136, 137 f.

344 Heger, in: Böse, EnzEuR Bd. 9, § 5 Rn. 47.

welche beide den Rechten der Beschuldigten in besonderem Maße verschrieben sind, primär dem Verfahrensrecht.<sup>345</sup> Auch andere Forschungsprojekte haben sich insbesondere um Vorschläge zur Vermeidung der besonders schädlichen Mehrfachzuständigkeiten bemüht.<sup>346</sup> Dabei geht es u.a. darum, das Strafanwendungsrecht der Mitgliedstaaten zu koordinieren und Verfahren auf einen Staat zu konzentrieren, sodass eine doppelte Verfolgung oder gar Bestrafung vermieden werden kann. Ferner ist es notwendig, die Voraussetzungen der Gewinnung und Verwertung von Beweisen sowie der Auslieferung festzulegen und die Rechte der Ermittlungsbehörden bei grenzüberschreitenden Operationen zu bestimmen. Die Vorschläge sind zwar vielfältig und reichen von punktuellen Korrekturen bis hin zum „Gesamtkonzept für eine europäische Strafrechtspflege“, verfolgen dabei aber alle das zu begrüßende Anliegen, die Stellung der Beschuldigten zu stärken. Interessant im Hinblick auf diese Arbeit ist dabei v.a., dass solche Maßnahmen zentrale Handlungsbefugnisse voraussetzen, sofern eine zentral gesteuerte Koordination erfolgen soll.

Hier ist wiederum zwischen der Effektivierung der transnationalen Strafverfolgung durch die Einzelstaaten und dem Einsatz zentraler Organe zu unterscheiden. In ersterem Fall geht es darum, den nationalen Behörden und Gerichten den Zugriff auf Beweise, Zeugen und Beschuldigte, die sich im Ausland befinden, zu erleichtern, damit nicht nur die potenziellen Straftäter die offenen Grenzen für sich nutzen können, während die Strafverfolgung an der Grenze endet.<sup>347</sup> In letzterem Fall steht hingegen die Frage im Vordergrund, nach welchem Verfahrensrecht zentrale Behörden und/oder Gerichte operieren sollen.

Im Hinblick auf die erste Konstellation haben die für die EU denkbaren Modelle<sup>348</sup> unterschiedliche Lösungen gewählt. Das Trennmodell lässt die dezentralen Rechtsordnungen völlig unberührt und setzt bei grenzüberschreitender Kriminalität das Bundesstrafrecht ein,<sup>349</sup> das am deutschen System orientierte Modell regelt das Strafprozessrecht einheitlich für das gesamte Bundesgebiet, sodass die Behörden zwar unabhängig, aber auf der Grundlage desselben Verfahrensrechts, vorgehen,<sup>350</sup> während das Harmonisierungsmodell den dezentralen Ebenen grundsätzlich die Kompetenz überlässt, ihr Recht jedoch in Form von Mindestvorgaben angleicht.<sup>351</sup> Wiederum hat das Mischmodell der EU die Option, einzelne Elemente

345 Zwar sehen der Alternativentwurf Europäische Strafverfolgung, in: Schönemann, Alternativentwurf, und das Gesamtkonzept für die europäische Strafrechtspflege, in: Schönemann, Gesamtkonzept, durchaus auch einige Vorschläge zum materiellen Recht vor, beschäftigen sich jedoch vornehmlich mit Fragen des Verfahrensrechts.

346 Siehe die Entwürfe der Forschergruppe für entsprechende weiterführende Richtlinien, in: Sinn, Jurisdiktionskonflikte, S. 575 ff., sowie bei *Biehler/Kniebühler/Lelieur-Fischer/Stein*, Freiburg Proposal.

347 Vgl. *Sieber*, in: Delmas-Marty, *Corpus Juris*, S. 2.

348 Siehe dazu die erste These oben 6. Kapitel C. I.

349 Siehe oben 5. Kapitel D. II. 3. a).

350 Siehe oben 5. Kapitel D. II. 4. b).

351 Siehe oben 5. Kapitel D. II. 5. a) und b).

dieser Grundmodelle zu kombinieren. Aus der Sicht der Effektivität der Strafverfolgung hat sich die EU den Grundprinzipien der gegenseitigen Anerkennung und der Verfügbarkeit von Beweisen verschrieben.<sup>352</sup> Hiernach sollen Entscheidungen eines Mitgliedstaates in allen anderen Rechtsordnungen Geltung beanspruchen können. Im Bereich der Auslieferung führt dies dazu, dass bei bestimmten Delikten eine gegenseitige Strafbarkeit nicht mehr erforderlich ist und auch die eigenen Staatsbürger ausgeliefert werden müssen; im Beweisrecht sollten Beweise, die in einem Mitgliedstaat in nach dessen Verfahrensrecht zulässiger Weise erhoben wurden, in sämtlichen anderen Mitgliedstaaten verwertbar sein.<sup>353</sup>

Die Kritik an diesen Prinzipien wurde bereits ausführlich erläutert.<sup>354</sup> Sie sieht die Rechte des Beschuldigten als gefährdet an, insbesondere wenn diesen z.B. die Strafgewalt eines anderen Staates inklusive Auslieferungsverpflichtung treffen kann, ohne dass er sich bei der Tat im Ausland aufhält, oder wenn Beweise als „verkehrs-fähig“<sup>355</sup> erklärt und dadurch Elemente aus verschiedenen Verfahrensordnungen kombiniert werden, was zu einem „hybriden System“<sup>356</sup> führen kann, das die Austarierung der Rechte im einzelstaatlichen Recht aushebelt.

Die folgenden Ausführungen werden sich auf zwei für die Betroffenen besonders bedeutsame Bereiche konzentrieren: (1) Die Vermeidung von positiven Kompetenzkonflikten, welche die Überlagerung der Rechtsordnungen und daher die Gefahr des *Forum Shoppings* oder gar der doppelten Verfolgung und Bestrafung mit sich bringen, und (2) die Frage der Beweisgewinnung und Beweiszulassung.

Im Hinblick auf den zuerst genannten Bereich ist die EU bereits mit Zuständigkeiten ausgestattet worden. So erlaubt Art. 82 Abs. 1 UA. 2 lit. b) AEUV Maßnahmen, um Kompetenzkonflikte zwischen den Mitgliedstaaten zu verhindern und beizulegen, was nicht nur der Effektivität und Effizienz der Strafverfolgung, sondern auch den Beschuldigten dient, für welche die Mehrfachzuständigkeiten besonders schädlich sind, da sie die Gefahr der doppelten Strafverfolgung bergen.<sup>357</sup> Es wurden verschiedene Vorschläge unterbreitet, nach welchen Kriterien entsprechende Vorgaben auszurichten sein könnten,<sup>358</sup> welche oben<sup>359</sup> schon erwähnt wurden. Grundsätzlich lassen sie sich zunächst danach unterscheiden, ob sie die verfahrensmäßige Zuständigkeit vorab festlegen oder ob sie konkurrierende Strafansprüche zwar entstehen lassen, sodann aber eine Doppelbestrafung verbie-

352 Siehe dazu oben 4. Kapitel C. III. 2.

353 Vgl. dazu oben 4. Kapitel C. III. 2. a) und b).

354 Siehe oben 4. Kapitel C. III. 2. und 6. Kapitel B. IV.

355 Gleß, ZStW 115 (2003), 131, 136; dies., in: Böse, EnzEuR Bd. 9, § 16 Rn. 8; Radtke, GA 2004, 1, 8.

356 Schönemann, in: ders., Gesamtkonzept, S. 100: „hybridisierte Strafverfahrensordnung“.

357 Siehe bereits oben 4. Kapitel B. I. 2. c).

358 Überblick bei Eisele, ZStW 125 (2013), 1, 21 ff.; Gropp, in: Sinn, Jurisdiktionskonflikte, S. 49 ff.; Hecker, in: Sinn, Jurisdiktionskonflikte, S. 97 ff.; L. Wörner/M. Wörner, in: Sinn, Jurisdiktionskonflikte, S. 251 ff.

359 Oben 4. Kapitel C. III. 1.

ten.<sup>360</sup> Hier interessieren nur die zuerst genannten, da diese einer Vermeidung von Jurisdiktionskonflikten dienen. Diese Ansätze lassen sich wiederum danach trennen, ob sie nur die Koordination der Strafgewalten favorisieren oder gar eine echte Kollisionslösung nach Art des internationalen Privatrechts oder des interlokalen Strafrechts anstreben.<sup>361</sup>

Bei der Koordination der Strafgewalten geht es primär um eine Entscheidung darüber, welcher Staat im Einzelfall zuständig sein soll, der dann aber sein eigenes Recht zur Anwendung bringt. Hier fragt sich, nach welchen Kriterien diese auszurichten wäre. Diesbezüglich ist zunächst an eine „Hierarchisierung der Anknüpfungspunkte“<sup>362</sup> zu denken.<sup>363</sup> So gibt z.B. auch der Rahmenbeschluss 2002/475/JI zur Terrorismusbekämpfung in Art. 9 Abs. 2 S. 3 eine Reihenfolge der Anknüpfungspunkte vor,<sup>364</sup> mit dem Territorialitätsprinzip an erster Stelle.<sup>365</sup> Dieser Ansatz geht davon aus, dass zunächst einmal konkurrierende Strafansprüche nach Maßgabe des jeweiligen Strafanwendungsrechts entstehen, die sodann aus einer verfahrensrechtlichen Perspektive aufgelöst werden. Hier sind umfassende Regelungen denkbar, aber auch nur bereichsspezifische, wie bislang in der EU vorgesehen.<sup>366</sup>

Ein weiterer Vorschlag zielt darauf ab, die Entscheidung der „besten“ Strafgewalt nach einem „Qualitätsprinzip“ jeweils im Einzelfall zu treffen, das sowohl die Interessen der Strafverfolgungsbehörden als auch der betroffenen Individuen berücksichtigt, und entwickelt dabei Kriterien, nach denen diese Auswahl zu treffen wäre, sodass u.a. der Tatort, der Ort des charakteristischen Unrechts oder des Erfolges, daneben prozessökonomische Gründe, aber auch die Nationalität des Beschuldigten und seine Resozialisierung, eine Rolle spielen können.<sup>367</sup>

In eine ähnliche Richtung gehen auch der Vorschlag im „Gesamtkonzept für die europäische Strafrechtspflege“ der AGIS-Arbeitsgruppe<sup>368</sup> sowie im „Freiburg Proposal“<sup>369</sup>, welche beide ebenfalls Kriterien zur Bestimmung der Reihenfolge vorsehen und dabei zunächst auf eine einvernehmliche Einigung der beteiligten Staaten

360 Sinn, ZIS 2013, 1, 2.

361 Sinn, ZIS 2013, 1, 3; siehe auch bereits oben 4. Kapitel C. III. 1.

362 Ambos, Intern. Strafrecht, § 4 Rn. 10.

363 Für eine solche Lösung Ambos, Intern. Strafrecht, § 4 Rn. 10 ff.; ders., in: MüKo, Vor §§ 3-7 Rn. 56 ff.; vgl. zu dieser Lösung auch Gropp, in: Sinn, Jurisdiktionskonflikte, S. 49 ff.; Hecker, JA 2007, 561, 567; ders., ZIS 2011, 60, 62; ders., in: Sinn, Jurisdiktionskonflikte, S. 97 f. – kritisch Eckstein, ZStW 124 (2012), 490, 504.

364 RB 2002/475/JI, ABl. L 164, S. 3.

365 Hecker, ZIS 2011, 60, 61; ders., in: Sinn, Jurisdiktionskonflikte, S. 98.

366 Eisele, ZStW 125 (2013), 1, 30. Vgl. neben dem bereits genannten Art. 9 RB 2002/475/JI auch Art. 10 RB 2005/222/JI, ABl. L 69, S. 70.

367 Lagodny, FS Trechsel, 2002, S. 264 ff.; Vander Beken/Vermeulen/Lagodny, NSTz 2002, 624, 625 f.; zustimmend Eckstein, ZStW 124 (2012), 490, 504 f.; vgl. dazu auch Gropp, in: Sinn, Jurisdiktionskonflikte, S. 52; Hecker, in: Sinn, Jurisdiktionskonflikte, S. 99.

368 Vgl. Art. 2 Abs. 2 des Vorschlages der AGIS-Arbeitsgruppe, in: Schönemann, Gesamtkonzept, S. 5 f.; dazu Schönemann, in: ders., Gesamtkonzept, S. 106.

369 Biehler/Kniebühler/Lelieur-Fischer/Stein, Freiburg Proposal, § 1 Abs. 3.

bauen. Wesentliche Idee des Gesamtkonzepts ist es dabei, wie auch schon im „Alternativentwurf Europäische Strafverfolgung“<sup>370</sup>, das gesamte transnationale Strafverfahren in der Hand des Ermittlungsstaates zu konzentrieren („Modell der transnationalen Verfahrenseinheit“<sup>371</sup>), nach dessen Recht es sodann, auch bei der Beweisgewinnung im Ausland, ablaufen soll.<sup>372</sup>

In diesen Vorschlägen wird regelmäßig eine Ausrichtung am Territorialitätsprinzip gefordert. Dieses nimmt schließlich auch in den Rechtsordnungen der einzelnen Mitgliedstaaten eine entscheidende Stellung ein.<sup>373</sup> Jeweils ist aber zu überlegen, ob diese Regelungen eher konsensual durch Vereinbarungen oder verbindlich durchgesetzt werden sollen.<sup>374</sup> Zutreffend wird jedoch darauf hingewiesen, dass selbst bei einer konsensualen Lösung eine zentrale Instanz zur Auflösung etwaiger Konflikte notwendig wird, wenn es nicht zu einer Einigung der Staaten über die Übernahme des Strafverfahrens kommt.<sup>375</sup> Dies könnte z.B. entweder Eurojust<sup>376</sup> oder aber der EuGH im Wege einer Vorabentscheidung<sup>377</sup> sein.<sup>378</sup>

Andere schlagen stattdessen vor, bereits zuvor die Strafgewalt der einzelnen Staaten zu beschränken und dabei regelmäßig am Territorialitätsprinzip auszurichten, sodass ein Jurisdiktionskonflikt in vielen Fällen gar nicht entstände,<sup>379</sup> zumindest dann, wenn die Tat nicht in mehreren Staaten gleichzeitig begangen wird. Dies liefe auf ein einheitliches europäisches Strafanwendungsrecht hinaus. Problematisch ist dies aber dann, wenn die Tat sich auf mehrere Staaten erstreckt und auch nach dem Territorialitätsprinzip mehrere Jurisdiktionen zuständig wären.<sup>380</sup> Auch der Anknüpfungspunkt eines „maßgeblichen Inlandsbezuges“ hilft dann nicht immer weiter.<sup>381</sup>

370 Vgl. den Vorschlag eines alternativen Art. III-171 VVE, in: Schünemann, Alternativentwurf, S. 10.

371 Schünemann, in: ders., Gesamtkonzept, S. 100.

372 Vgl. Art. 4 des Vorschlages der AGIS-Arbeitsgruppe, in: Schünemann, Gesamtkonzept, S. 6; siehe dazu auch die Erläuterung von Schünemann, in: ders., Gesamtkonzept, S. 100, 108. Insofern stand das ehemalige Modell der Schweiz Pate; vgl. dazu Wohlers, in: Schünemann, Alternativentwurf, S. 51 ff.

373 Vgl. den Überblick bei Sinn, in: ders., Jurisdiktionskonflikte, S. 515.

374 Vgl. insofern die beiden Modelle der vereinbarten und der gesetzlich bestimmten Gerichtsbarkeit bei Sinn, Jurisdiktionskonflikte, S. 579 ff., 585 ff.; Sinn, ZIS 2013, 1, 4 ff.

375 Dies erläutern folgerichtig sowohl Ambos, Intern. Strafrecht, § 4 Rn. 24, als auch Vander Beken/Vermeulen/Lagodny, NStZ 2002, 624, 627 f.; vgl. ferner Biehler/Kniebühler/Lelieur-Fischer/Stein, Freiburg Proposal, § 3, sowie der Vorschlag eines Art. 2 Abs. 4 S. 2 der AGIS-Arbeitsgruppe, in: Schünemann, Gesamtkonzept, S. 6; ebenso der Vorschlag bei Sinn, Jurisdiktionskonflikte, Art. 14-neu und Art. 15-neu, S. 584; Sinn, ZIS 2013, 1, 5 f.

376 So der Vorschlag in Art. 2 Abs. 4 S. 2 der AGIS-Arbeitsgruppe, in: Schünemann, Gesamtkonzept, S. 6, sowie der Vorschlag eines neuen Art. 14 Abs. 3 zum RB 2009/948/JI der Forschergruppe in: Sinn, Jurisdiktionskonflikte, S. 584; vgl. dazu Herrmfeld, in: Sinn, Jurisdiktionskonflikte, S. 141 ff.; Sinn, ZIS 2013, 1, 8.

377 So Vander Beken/Vermeulen/Lagodny, NStZ 2002, 624, 628.

378 Zu diesen Lösungen Eisele, ZStW 125 (2013), 1, 23 ff.; Hecker, in: Sinn, Jurisdiktionskonflikte, S. 100 f.

379 Böse/Meyer, ZIS 2011, 336, 337 ff.

380 Eisele, ZStW 125 (2013), 1, 24.

381 Wasmeier, ZEuS 2006, 23, 36.

Ein wiederum anderes Konzept wäre es hingegen, ein echtes Kollisionsrecht im Sinne des Internationalen Privatrechts der Art. 3 ff. EGBGB und der so genannten Rom-II-VO<sup>382</sup> zu etablieren, welches durch Anknüpfung an eine ausländische Rechtsordnung bei grenzüberschreitenden Sachverhalten auch eine Fremdrechtsanwendung vorgibt.<sup>383</sup> Einen ähnlichen Weg beschreitet der Vorschlag der Übertragung der Grundsätze des interlokalen Strafrechts<sup>384</sup> auf die EU.<sup>385</sup> Insofern müsste also von dem Grundsatz Abstand genommen werden, dass die Zuständigkeit deutscher Strafgerichte gleichzeitig auch die Anwendung deutschen Strafrechts gebietet.<sup>386</sup> Diese Ansätze gehen über die Frage der Strafgewalt hinaus und können hier nicht vertieft werden. Auch in diesem Fall müsste allerdings eine Entscheidung darüber getroffen werden, welches Strafrecht im Einzelfall anzuwenden wäre, und ferner wiederum ähnlich den soeben angeführten Modellen eine Auswahl der Strafgewalt erfolgen.

Die EU hat in diesem Zusammenhang den RB 2009/948/JI zur Vermeidung und Beilegung von Kompetenzkonflikten in Strafverfahren erlassen,<sup>387</sup> auf den bereits eingegangen wurde.<sup>388</sup> Dieser könnte durch weitere Regelungen zur Festlegung der Strafgewalt ergänzt werden, so etwa im Sinne einer Hierarchisierung der Anknüpfungspunkte zu Gunsten des Territorialitätsprinzips oder des Staatsschutzprinzips<sup>389</sup> oder nach dem „Qualitätsprinzip“.<sup>390</sup> Vorteil der Hierarchisierung ist, dass andere Anknüpfungspunkte subsidiär erhalten bleiben können.<sup>391</sup>

Insbesondere ist nicht geklärt, wie zu verfahren ist, wenn die Mitgliedstaaten keine Einigung erzielen können. Hier böte sich, wie ausgeführt, die Einrichtung einer zentralen Instanz zur Auflösung der Jurisdiktionskonflikte an, so etwa die Übertragung entsprechender Zuständigkeiten auf Eurojust<sup>392</sup> sowie gegebenenfalls eine Überprüfungscompetenz des EuGH hinsichtlich dieser Entscheidung.<sup>393</sup> Stattdessen könnte aber auch das gesamte Strafverfolgungssystem in der EU auf das

382 Verordnung (EG) Nr. 864/2007 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11.7.2007 über das auf außervertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (Rom II), ABl. Nr. L 199 S. 40.

383 *Satzger*, Intern. u. Europ. Strafrecht, § 3 Rn. 5; vgl. dazu auch *Schmidt-Kessel*, in: Sinn, Jurisdiktionskonflikte, S. 65 ff.

384 Siehe zum interlokalen Strafrecht in Deutschland oben 3. Kapitel A. III. 1.

385 So die „Vision“ von *Eser/Burchard*, FS Meyer, 2006, S. 521 ff. Dies liefe bei Delikten, für welche mehrere Strafgerichte greifen, allerdings wiederum auf eine Geltung des strengsten Rechts hinaus (S. 524).

386 *Eisele*, ZStW 125 (2013), 1, 29; *Fuchs*, in: Schünemann, Gesamtkonzept, S. 112 ff.

387 Rahmenbeschluss 2009/948/JI des Rates vom 30.11.2009 zur Vermeidung und Beilegung von Kompetenzkonflikten in Strafverfahren, ABl. 2009 Nr. L 328, S. 42.

388 Siehe oben 4. Kapitel C. III. 1. und 6. Kapitel B.

389 Zu diesen Alternativvorschlägen *Eckstein*, ZStW 124 (2012), 490, 503 f., der ihnen allerdings kritisch begegnet.

390 Siehe noch unten 6. Kapitel C. IV. 2.

391 *Eisele*, ZStW 125 (2013), 1, 31.

392 So der Vorschlag eines neuen Art. 14 Abs. 3 zum RB 2009/948/JI der Forschergruppe, in: Sinn, Jurisdiktionskonflikte, S. 584.

393 So der Vorschlag eines neuen Art. 15 zum RB 2009/948/JI der Forschergruppe, in: Sinn, Jurisdiktionskonflikte, S. 584.

Territorialitätsprinzip eingestellt<sup>394</sup> und/oder ein verbindliches transnationales Strafanwendungsrecht per Richtlinie (oder Verordnung) geschaffen werden.<sup>395</sup> Das Bestehen einer entsprechenden Kompetenz aus Art. 82 Abs. 1 UA, 2 lit. b) AEUV ist zwar streitig, jedoch nicht ausgeschlossen.<sup>396</sup> Vogel<sup>397</sup> hält eine Angleichung des Strafanwendungsrechts derzeit allerdings für politisch schwer realisierbar. Eher umsetzbar dürften daher Regelungen sein, nach denen im Einzelfall die vorrangige Zuständigkeit bestimmt wird, ohne dass das Strafanwendungsrecht selbst modifiziert wird. Hier könnten nach Art des bisherigen Vorgehens der EU insbesondere delikts- bzw. einzelfallbezogene Lösungen zu erwarten sein.<sup>398</sup>

Entscheidend für diese Arbeit ist jedoch, dass eine Kompetenz zur weiteren Fortführung dieser Ansätze nach der hier vertretenen Ansicht schon besteht. Auch wenn Eurojust als künftige Clearing-Stelle eingesetzt werden soll, sieht Art. 85 Abs. 1 UA, 2 S. 2 lit. c) AEUV diesbezüglich bereits jetzt die Möglichkeit vor, durch Verordnung die Aufgaben von Eurojust im Hinblick auf die Beilegung von Kompetenzkonflikten festzulegen. Hinsichtlich des EuGH als Entscheidungsinstanz ist indes Art. 276 AEUV zu beachten. Eine entsprechende Kompetenz des EuGH müsste erst geschaffen werden.<sup>399</sup>

Hinsichtlich des zweiten Punktes, der Frage der Gewinnung und Verwertung von Beweisen, ist es zwar nachvollziehbar, dass aus Effektivitätsgründen in einem gemeinsamen Strafverfolgungsraum der Zugriff auf Beweise im Ausland erleichtert werden soll. Will man jedoch Friktionen im Beweisrecht durch die Kombination von Elementen der Strafverfahrensordnungen, wie sie durch die gegenseitige Anerkennung von Ermittlungsentscheidungen entstehen können, aus Gründen des Schutzes der Beschuldigten vermeiden, so bieten sich verschiedene Lösungen an.

Konflikte mit dem jeweiligen Verfahrensrecht bei Beweisgewinnung im Ausland könnten z.B. entweder (1) durch eine Vereinheitlichung der Beweisregeln in den Mitgliedstaaten im Wege einer Harmonisierung des einzelstaatlichen Verfahrensrechts oder (2) durch ein supranationales europäisches Strafverfahrensrecht oder (3) durch ein europäisches Beweiszulassungsrecht geschaffen werden.<sup>400</sup> Ferner könnte (4) auf eine unmittelbare Verwertbarkeit der Beweise im Urteilsverfahren auch verzichtet und stattdessen die Beweisverwertung stets am Recht des Staates,

394 So der Vorschlag in Art. 2 Abs. 2 der AGIS-Arbeitsgruppe, in: Schünemann, Gesamtkonzept, S. 5 f.

395 So der Vorschlag einer entsprechenden Richtlinie der Forschergruppe, in: Sinn, Jurisdiktionskonflikte, S. 585 ff.

396 Siehe oben 4. Kapitel C. III. 1.

397 Vogel, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, 51. EL 2013, Art. 82 AEUV Rn. 61; ähnlich Eisele, ZStW 125 (2013), 1, 14.

398 Eisele, ZStW 125 (2013), 1, 31 f.

399 Eisele, ZStW 125 (2013), 1, 24.

400 Hecker, Europ. Strafrecht, § 12 Rn. 66 ff.; Heger, ZIS 2007, 547, 556; vgl. auch schon Gleß, ZStW 116 (2004), 353, 365.

der auch das Urteil aussprechen will, gemessen werden.<sup>401</sup> Weitergehend könnten (5) gar die Ermittlung und Beweisgewinnung selbst schon am Recht des ersuchenden und verfolgenden Staates ausgerichtet werden, wie dies Art. 4 Abs. 1 ERÜ sowie die Europäische Ermittlungsanordnung im Prinzip<sup>402</sup> bereits vorsehen (Grundsatz des *forum regit actum*), jedenfalls bis zur Grenze der Unverträglichkeit mit der Rechtsordnung des ersuchten Staates oder der Gewährleistungen der EMRK.<sup>403</sup> Darüber hinausgehend ist (6) angeregt worden, die Prinzipien der gegenseitigen Anerkennung und der Verfügbarkeit von Beweisen durch ein anderes Modell zu ersetzen, in welchem nach Art des ehemaligen schweizerischen Systems das gesamte transnationale Strafverfahren in der Hand des Ermittlungsstaates konzentriert werden kann („Modell der transnationalen Verfahrenseinheit“<sup>404</sup>), nach dessen Recht sodann auch die Beweisgewinnung im Ausland erfolgen soll.<sup>405</sup> Nach dem ehemaligen schweizerischen Modell durften kantonale Staatsanwälte auch in anderen Kantonen ermitteln und nahmen dabei jeweils ihr eigenes Verfahrensrecht mit.<sup>406</sup> Die Behörden der anderen Kantone waren nur zu informieren.<sup>407</sup> Insofern galt das Recht des Urteilsstaates hier nicht nur bei der Beweisverwertung, sondern schon bei der Beweisgewinnung.

Aber selbst in diesem Fall entstehen Binnenprobleme, wenn Behörden im Ausland nach dem Recht ihrer eigenen Rechtsordnung vorgehen dürfen. Dann steht der Bürger u.U. in seinem eigenen Staat Ermittlern gegenüber, die nach einem ihm unbekanntem Strafprozessrecht vorgehen und dabei u.U. sogar weiter gehende Befugnisse haben als die Behörden der fremden Rechtsordnung, in der sie nun ermitteln. Dies kann bei gravierenden Grundrechtseingriffen, z.B. durch die Vollstre-

401 BGHSt 58, 32, 36; *Gleß*, JR 2008, 317, 321; *Schuster*, S. 96 f.; *ders.*, NSTZ 2006, 657, 661; vgl. auch *Böse*, ZStW 114 (2002), 148, 149, 155, 156 ff., 180, der allerdings Modifikationen fordert.

402 Nach dem insoweit erzielten Konsens müssen die Behörden des Anordnungsstaates nach Art. 5a RL-E prüfen, ob der Erlass der Ermittlungsanordnung notwendig und verhältnismäßig ist und die Ermittlungsmaßnahmen auch nach ihrem Recht hätten angeordnet werden können, sodass die Umgehung der Verfahrensrechte des Anordnungsstaates vermieden wird. Ferner muss die Vollstreckungsbehörde gemäß Art. 8 RL-E die von der Anordnungsbehörde ausdrücklich angegebenen Formvorschriften und Verfahren einhalten, sofern diese nicht im Widerspruch zu wesentlichen Rechtsgrundsätzen des Vollstreckungsstaates stehen, im Übrigen aber auf andere Maßnahmen zurückgreifen; vgl. dazu bereits oben 4. Kapitel C. III. 2. c); vgl. ferner zum ursprünglichen Vorschlag *Perron*, ZStW 112 (2000), 202, 208; zur Diskussion des Grundsatzes *forum regit actum* auf dem Vorkolloquium zu Sektion IV des XVI. AIDP-Kongresses 1998 in Utrecht vgl. *Vogel*, ZStW 110 (1998), 974, 977.

403 Letzteres schlägt etwa *Gleß*, ZStW 125 (2013), 573, 604 ff., als „geläuterten *lex fori*-Ansatz“ vor.

404 *Schünemann*, in: *ders.*, Gesamtkonzept, S. 100.

405 Vgl. den Vorschlag eines alternativen Art. III-171 VVE, in: *Schünemann*, Alternativentwurf, S. 10, sowie Art. 4 des Vorschlages der AGIS-Arbeitsgruppe, in: *Schünemann*, Gesamtkonzept, S. 6; siehe dazu auch die Erläuterung von *Schünemann*, in: *ders.*, Gesamtkonzept, S. 100, 108. Insofern stand das ehemalige Modell der Schweiz Pate; vgl. dazu *Schünemann*, ZStW 116 (2004), 376, 384; *Woblers*, in: *Schünemann*, Alternativentwurf, S. 51 ff.; siehe dazu auch schon oben 4. Kapitel C. III. 1. Noch weiter geht die Anregung von *Fuchs*, ZStW 116 (2004), 368, 370 f., das Strafverfahren grundsätzlich am Wohnort des Beschuldigten durchzuführen.

406 Zu diesem Modell ausführlich *Woblers*, in: *Schünemann*, Alternativentwurf, S. 51 ff., 64; vgl. ferner *Schünemann*, ZStW 116 (2004), 376, 384; *Sieber*, ZStW 121 (2009), 1, 19.

407 *Woblers*, in: *Schünemann*, Alternativentwurf, S. 67; vgl. auch *Vogel*, ZStW 116 (2004), 400, 407.

ckung von Haftbefehlen, die Durchsuchung oder die Beschlagnahme, wiederum problematisch sein, wenn diese mit Grundrechten des Heimatstaates des Beschuldigten, in welchem nun ermittelt wird, kollidieren.<sup>408</sup> Daher sieht z.B. der Vorschlag eines Gesamtkonzepts für die europäische Strafrechtspflege, der sich grundsätzlich für die Übernahme des Schweizer Modells ausspricht, auch entsprechende Ergänzungen für die Beschlagnahme von Vermögensgegenständen und den Einsatz von verdeckten Ermittlern und V-Leuten vor und enthält hinsichtlich der Untersuchungshaft eigenständige Bestimmungen und europäische Haftgründe.<sup>409</sup> Bei einer Mehrfachzuständigkeit wird diese Gefahr der Auswahl der Rechtsordnung mit den geringsten Anforderungen aber selbst durch das ehemalige „Schweizer Modell“ nicht gebannt, was wiederum die Notwendigkeit der Koordinierung des Strafanwendungsrechts beweist.

Es könnte (7) aber auch an ein partielles „Meistbegünstigungsprinzip“ gedacht werden, nach welchem im Gegensatz zum *Forum Shopping* bei grenzüberschreitender Beweisgewinnung die Voraussetzungen sämtlicher betroffenen Rechtsordnungen berücksichtigt werden müssen.<sup>410</sup>

Sollen vergleichbare Grundsätze unionsweit effektiv durchgesetzt werden, ist jeweils eine entsprechende zentrale Kompetenz erforderlich.<sup>411</sup> Die EU hat sich bislang vom Grundsatz her für Variante (1) entschieden, d.h. sie baut auf das Prinzip der gegenseitigen Anerkennung und will zur Schaffung der erforderlichen Grundlagen Mindestvoraussetzungen in den prozessualen Ordnungen der Mitgliedstaaten festlegen. Art. 82 Abs. 2 UA. 2 lit. a) AEUV ermöglicht es, zu diesem Zweck Mindestvorschriften hinsichtlich der Beweisregeln vorzugeben, sodass auf diese Weise einheitliche Standards etabliert werden können. Ohne solche Mindestregeln kann sich der Zugriff auf Beweise im Ausland wie gesehen als Verstoß gegen die eigene Verfahrensordnung darstellen.<sup>412</sup> Die Normierung einzelner Beweiserhebungsvoraussetzungen schützt also zumindest indirekt die Rechte der Beschuldigten.<sup>413</sup> Art. 82 Abs. 2 UA. 2 lit. b) AEUV schafft aber zusätzlich sogar die Voraussetzungen, direkt Mindestrechte der Einzelnen im Strafverfahren einzuführen.<sup>414</sup> Inzwischen sind in dieser Hinsicht auch zwei Rechtsakte ergangen, welche das

408 Schünemann, ZStW 116 (2004), 376, 385 f., und die Begründung zum Alternativentwurf, in: Schünemann, Alternativentwurf, S. 11, schlagen deshalb eine Abwandlung des „Schweizer Modells“ durch ein partielles Meistbegünstigungsprinzip bei besonders gravierenden Grundrechtseingriffen vor.

409 So der Vorschlag eines Art. 4 Abs. 4 des Gesamtkonzepts sowie die in den Art. 7 ff. des Gesamtkonzepts normierten Voraussetzungen des europäischen Haftbefehls, in: Schünemann, Gesamtkonzept, S. 10 ff., 18 ff.

410 Vgl. C. Nestler, ZStW 116 (2004), 332, 350, mit einem Beispiel aus der internationalen Rechtshilfe; vgl. auch Schünemann, StV 2003, 116, 121.

411 Gegen eine solche Kompetenz Spencer, ZIS 2010, 602, 604 f.

412 Vogel, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, 51. EL 2013, Art. 82 AEUV Rn. 85.

413 Vogel, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, 51. EL 2013, Art. 82 AEUV Rn. 88.

414 Vogel, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, 51. EL 2013, Art. 82 AEUV Rn. 88.

Recht auf Dolmetscher<sup>415</sup> und Belehrung<sup>416</sup> betreffen. Die Kommission hat zudem eine Richtlinie zur Sicherung des Rechts auf einen Rechtsbeistand vorgeschlagen,<sup>417</sup> welche inzwischen die Gremien passiert hat.<sup>418</sup>

Hinsichtlich Lösung (2) ist festzuhalten, dass zwar eine umfassende europäische Verfahrensordnung, die das Recht der Mitgliedstaaten ersetzen würde, weder durchsetzbar noch erforderlich im Sinne des Subsidiaritätsprinzips erscheint.<sup>419</sup> Denkbar ist aber ein partielles europäisches Verfahrensrecht nur für transnationale Sachverhalte. In diesem Fall könnte das nationale Recht für rein innerstaatliche Verfahren grundsätzlich unverändert bestehen bleiben, sollen jedoch Beweise im Ausland gewonnen werden, würden die europäischen Gesetze greifen,<sup>420</sup> entsprechend diesen gewonnenen Beweise dann aber auch verwertet werden. Vorteil dieser Lösung wäre aus der Sicht der Mitgliedstaaten die Bewahrung (und autonome Ausgestaltung) ihres Strafverfahrensrechts, das insofern nicht insgesamt angeglichen werden müsste.<sup>421</sup> Allerdings könnte es zu Kollisionen mit dem einzelstaatlichen Recht kommen, wenn wesentliche Verfahrensvorschriften abweichen. Zudem ist es fraglich, ob die Ermächtigungen des Art. 82 AEUV dieses Vorgehen bereits abdecken. Zwar könnte das europäische Recht hier die „Mindestvorgabe“ für eine Zulassung von „europäischen Beweismitteln“<sup>422</sup> im Sinne von Art. 82 Abs. 2 UA, 2 lit. a) AEUV bilden. So könnten etwa Mindeststandards im Hinblick auf die Vernehmung und Belehrung von Zeugen etabliert werden.<sup>423</sup> Schon das Corpus Juris hatte in Art. 32 nur bestimmte Beweismittel zugelassen.<sup>424</sup> Eine Verordnung zum Erlass eines verbindlichen transnationalen europäischen Strafverfahrensrechts ist ohne Kompetenzerweiterung allerdings derzeit nicht möglich. Etwas anderes gilt jedoch hinsichtlich der EStA, für welche tatsächlich ein eigenständiges Verfahrensrecht bzgl. der Beweisgewinnung geschaffen werden könnte, worauf sogleich noch eingegangen wird.

Lösung (3) erscheint ebenfalls einen gangbaren Weg aufzuzeigen. Hiernach müssten im Ausland erhobene Beweise in einem Zulassungsverfahren zumindest

415 RL 2010/64/EU des Europäischen Parlaments und des Rates über das Recht auf Dolmetschleistungen und Übersetzungen in Strafverfahren vom 20.10.2010, ABl. 2010 Nr. L 280, S. 1.

416 RL 2012/13/EU des Europäischen Parlaments und des Rates über das Recht auf Belehrung und Unterrichtung in Strafverfahren, ABl. 2012 Nr. L 142, S. 1; dazu *Brodowski*, ZIS 2011, 940, 946 f.; *ders.*, ZIS 2012, 558, 564 f.

417 Kommission, Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über das Recht auf Rechtsbeistand in Strafverfahren und das Recht auf Kontaktaufnahme bei der Festnahme, KOM (2011) 326.

418 Dazu *Brodowski*, ZIS 2013, 455, 467.

419 Siehe die 1. These oben 6. Kapitel C. I.

420 Dazu *Hecker*, Europ. Strafrecht, § 12 Rn. 68; *Radtke*, GA 2004, 1, 19.

421 *Hecker*, Europ. Strafrecht, § 12 Rn. 68.

422 *Vogel*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, 51. EL 2013, Art. 82 AEUV Rn. 87.

423 *Vogel*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, 51. EL 2013, Art. 82 AEUV Rn. 87.

424 Vorschlag des Art. 32 CJ, in: Delmas-Marty, Corpus Juris, S. 75.

an einem europäischen Standard gemessen werden.<sup>425</sup> Besonderer Clou der Lösung über die europäische Beweiszulassung ist es, dass in einem Vorabverfahren die Zulässigkeit der Beweisgewinnung durch eine europäische Instanz geprüft werden könnte.<sup>426</sup> Bei einem solchen Vorgehen wird weder das Recht der Mitgliedstaaten harmonisiert noch wird ein transnationales Strafverfahrensrecht geschaffen, dafür werden aber bestimmte Standards etabliert, deren Einhaltung eine europäische Instanz überprüfen kann. Es fragt sich allerdings, ob solche Lösungen, die eher auf die Operationen einer EStA zugeschnitten sind,<sup>427</sup> für transnationale Verfahren der Mitgliedstaaten wirklich erforderlich sind.

Alternative (4) könnte stattdessen bereits jetzt ohne weiteres greifen, da sie nur vorgibt, dass das Recht des Einzelstaates für die Verwertung maßgeblich bleibt, wie es auch jetzt schon der ganz h.M. entspricht.<sup>428</sup> Für diese Lösung spricht, dass es einer „Verkehrsfähigkeit“ der Beweise im Sinne einer automatischen Verwertbarkeit in allen Gerichten der EU gar nicht bedarf, wenn es nur darum geht, dem einzelnen Nationalstaat den Zugriff auf Beweise im europäischen Ausland zu erleichtern, da der konkrete Prozess und das Urteil sich – wie sonst auch – nach seiner Verfahrensordnung richten müssen.<sup>429</sup> Problematisch hieran ist allerdings, dass dann oftmals Beweise nicht verwertet werden könnten, wenn das ausländische Recht für die Beweisgewinnung maßgeblich ist und vom inländischen Recht abweicht, sodass dessen Standards nicht erfüllt sind. Eine Lösung könnte die Ausrichtung am Grundsatz des *forum regit actum* schon bei der Beweisgewinnung beinhalten.

Hier ist indessen zu differenzieren: Die Einführung eines Modells der Verfahrenseinheit, wie in Variante (6) vorgeschlagen, würde eine Umstellung des gesamten transnationalen Strafverfahrensrechts erfordern. Sie würde, wie die Verfasser der Vorschläge denn auch erkennen, umfangreiche Änderungen der Grundideen des Vertragswerkes erfordern. Ob sich dieser Ansatz politisch durchsetzen ließe, ist unklar.

Anders steht es aber mit den als Variante (5) aufgeführten und bereits etablierten Regeln des ERÜ sowie mit der Europäischen Ermittlungsanordnung, über die nun eine Einigung erzielt wurde.<sup>430</sup> Diese erfordern nicht zwangsläufig das Tätigwerden der Strafverfolgungsorgane des ersuchenden Staates,<sup>431</sup> sondern nur die partielle

425 Gieß, ZStW 116 (2004), 353, 365; Radtke, GA 2004, 1, 19 f.; zustimmend auch Weigend, ZStW 116 (2004), 275, 294, Fn. 59.

426 Radtke, GA 2004, 1, 19 f.

427 Auch Radtke, GA 2004, 1, 19 f., bezieht sich nur auf die Tätigkeiten einer zukünftigen EStA.

428 Siehe bereits oben 4. Kapitel C. III. 2. c).

429 Heger, ZIS 2007, 547, 553; siehe bereits oben 4. Kapitel C. III. 2. b).

430 Siehe dazu oben 4. Kapitel C. III. 2. c).

431 Allerdings sieht Art. 8 RL-E die Möglichkeit der Anwesenheit von Behörden des Anordnungsstaates im Vollstreckungsstaat vor. Hier haben sie allerdings keine eigenständigen Befugnisse und müssen das Recht des Vollstreckungsstaates respektieren; Ratsdok. 18918/11, S. 19; vgl. bereits oben 4. Kapitel C. III. 2. c).

Anwendung fremden Verfahrensrechts durch die nationalen Behörden des ersuchten Staates. Schreibt diese den Beamten des Vollstreckungsstaates die Anwendung der jeweiligen besonderen Formvorschriften des Anordnungsstaates schon bei der Beweisgewinnung vor,<sup>432</sup> so bedeutet dies konkret etwa, dass deutsche Beamte vor einer Vernehmung ggf. anders zu belehren hätten als in § 136 StPO vorgesehen, um die Anforderungen eines anderen Mitgliedstaates zu erfüllen. Der Vorteil liegt darin, dass auf diese Weise sichergestellt wird, dass die Beweise auf eine Art und Weise erlangt werden, welche ihre spätere Verwertbarkeit im Prozess sichert, der Nachteil besteht für die vom Verfahren Betroffenen allerdings weiterhin darin, dass sie in ihrem eigenen Staat Maßnahmen dulden müssen, die sich nach dem Recht einer fremden Rechtsordnung richten.<sup>433</sup> Daher sieht der Vorschlag der Ermittlungsanordnung vor, dass keine Maßnahmen angeordnet werden dürfen, die nach dem Recht des ersuchten Staates nicht vorgesehen wären oder gegen wesentliche Rechtsgrundsätze verstoßen würden.<sup>434</sup> In diesem Fall soll die Vollstreckungsbehörde auf andere Maßnahmen zurückgreifen.<sup>435</sup> Zudem müssen die in der EMRK festgelegten menschenrechtlichen Standards<sup>436</sup> bzw. die Verfahrensgrundrechte der GRC als Grenzen des Beweisverkehrs Beachtung finden.

Als Kompetenzgrundlage zur Umsetzung der zuletzt genannten Ideen greift Art. 82 Abs. 1 UA. 2 lit. a) AEUV, welcher es ermöglicht, Regeln und Verfahren festzulegen, mit denen die Anerkennung aller Arten von Urteilen und gerichtlichen Entscheidungen in der gesamten Union sichergestellt wird. Darunter fällt auch die Einführung einer Ermittlungsanordnung. Lösung (5) mit den angesprochenen Modifikationen beschreibt demnach einen durchaus gangbaren Weg im Beweisverkehr der Mitgliedstaaten.

Lösung (7) würde hingegen die Beschuldigtenrechte sehr stark privilegieren und der Effektivität der Strafverfolgung wohl zu große Hindernisse setzen.<sup>437</sup>

Soweit jedoch zentrale Behörden eingerichtet werden sollen, wie etwa eine EStA oder ein zentrales Strafgericht, entfalten die soeben vorgetragenen Gedanken indes eine andere Bedeutung. Insoweit ist also zwischen der Strafverfolgung durch die Einzelstaaten auf der einen und durch eine zentrale Behörde auf der anderen Seite zu differenzieren. Denn hier steht nicht das Interesse der Mitgliedstaaten an der Effektuierung ihrer Strafverfolgung im Vordergrund, sondern die eigene Straf Gewalt der EU. Die Kommission ging in ihrem Grünbuch zum strafrechtlichen Schutz

432 Art. 8 Abs. 2 RL-E, Ratsdok. 18918/11, S. 19; vgl. bereits oben 4. Kapitel C. III. 2. c).

433 *Gleß*, in: Böse, *EnzEuR* Bd. 9, § 16 Rn. 41. Vgl. auch das Beispiel bei *Grotz*, in: Grützner/Pötz/Kreß, 4. Ordner, 34. EL 2013, EU-RechtshilfeÜbk Rn. 7, bzgl. der Durchführung einer „*cross examination*“ nach den Regeln des *common law* bei der Vernehmung durch deutsche Stellen.

434 Dazu *Gleß*, in: Böse, *EnzEuR* Bd. 9, § 16 Rn. 42.

435 Art. 9 RL-E, Ratsdok. 18918/11, S. 19 f.; vgl. bereits oben 4. Kapitel C. III. 2. c).

436 *Gleß*, *ZStW* 125 (2013), 573, 604 ff.

437 Vgl. auch Böse, *ZStW* 114 (2002), 148, 152: Der Beschuldigte habe keinen Anspruch auf Meistbegünstigung; ferner Vogel, in: Grützner/Pötz/Kreß, 1. Ordner, Stand: 34. EL 2013, IRG, Vor § 1 Rn. 41.

der finanziellen Interessen der Europäischen Gemeinschaften und zur Schaffung einer Europäischen Staatsanwaltschaft noch davon aus, die EStA solle vor den Gerichten der Mitgliedstaaten anklagen, wobei das Prinzip der gegenseitigen Anerkennung strafprozessualer Entscheidungen ein einheitliches Strafverfahrensrecht ersetzen sollte<sup>438</sup> und verfolgt diesen Ansatz auch weiterhin.<sup>439</sup> Auch hier würde sie also grundsätzlich Lösung (1) bevorzugen.

Tatsächlich scheint hier eine „Verkehrsfähigkeit“ der Beweise eher plausibel als im Falle der Strafverfolgung durch den Einzelstaat, weil es nicht um dessen Strafgewalt geht, sodass es nachvollziehbar ist, warum etwa Lösung (4) nicht dem Willen der Kommission entsprach. Nach Art. 30 Abs. 1 des Vorschlages der Kommission sollen von der EStA eingebrachte Beweise, die in anderen Mitgliedstaaten erhoben wurden, vielmehr im Hauptverfahren ohne weitere Prüfung zugelassen werden, „wenn sich ihre Zulassung 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“.<sup>440</sup> Als für die Beweiserhebung anwendbares Recht soll nach Art. 11 Abs. 3 des Vorschlages das Recht des Mitgliedstaates, in dem die Ermittlungen durchgeführt werden, gelten.<sup>441</sup>

Es erscheint jedoch bedenkenswert, dass zentrale Verfahrensregelungen das Vorgehen einer zukünftigen EStA einerseits weitaus effektiver machen, andererseits aber auch die Möglichkeit eines in sich ausgewogenen Strafverfahrensrechts schaffen würden. Hier erweisen sich also wiederum die Lösung (2), die für die EStA ein eigenständiges supranationales Strafverfahrensrecht im Hinblick auf die Ermittlungstätigkeit schaffen würde, oder die Lösung (3), die das Beweiszulassungsverfahren zumindest für Verfahren der EStA vorgeben würde, als vorzugswürdig. Noch einmal soll darauf hingewiesen werden, dass dann jeweils das Strafverfahrensrecht nicht harmonisiert werden muss, was sich nicht nur als effektiver, sondern sogar als schonender für die Mitgliedstaaten erweisen kann.<sup>442</sup> Die Kommission hielt hingegen den Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung für das die Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten am meisten schonende Mittel. Die bisherigen Ausführungen haben allerdings gezeigt, dass eine gegenseitige Anerkennung ohne einheitliches Verfahrensrecht insbesondere aus der Sicht der Betroffenen problematisch ist.

438 Grünbuch zum strafrechtlichen Schutz der finanziellen Interessen der Europäischen Gemeinschaften und zur Schaffung einer Europäischen Staatsanwaltschaft, KOM (2001) 715 endg., S. 55 ff.; vgl. *Satzger*, StV 2003, 137, 138.

439 Vgl. Art. 27 des Vorschlages der Kommission für eine Verordnung des Rates über die Errichtung der Europäischen Staatsanwaltschaft, KOM (2013) 534 endg., S. 30.

440 KOM (2013) 534 endg., S. 32.

441 KOM (2013) 534 endg., S. 22.

442 *Hecker*, Europ. Strafrecht, § 12 Rn. 68.

Akzeptiert man, dass nicht nur die Autonomieinteressen der Mitgliedstaaten, sondern auch Effektivität und Rechtsstaatlichkeit des Systems zu berücksichtigen sind, wie es hier vorgeschlagen wird, so ist diese Wertung zweifelhaft. Selbst wenn man aus der Sicht der Einzelstaaten davon ausginge, dass gegenseitige Anerkennung, Harmonisierung und Verordnung in absteigender Reihenfolge zu bewerten wären, so gilt aus der Sicht der Effektivität und der Rechte der Beschuldigten eher das Gegenteil. Kann die EU aber die Auswahl im Einzelfall treffen, wie es das Mischsystem ermöglicht, so kann diese auch insofern unterschiedlich ausfallen, dass im Bereich des transnationalen Strafrechts, also der Effektivierung der Strafgewalt der Einzelstaaten, deren Autonomieinteressen stärker ins Gewicht fallen als bei der Strafgewalt der EU und der Strafverfolgung durch zentrale Behörden. In letzterem Fall spricht daher viel für ein einheitliches zentrales Verfahrensrecht.

Zum Erlass eines solchen europäischen Strafverfahrensrechts für die EStA ermächtigt Art. 86 Abs. 3 AEUV bereits jetzt,<sup>443</sup> eine Kompetenzerweiterung ist diesbezüglich also nicht notwendig. Ein so geschaffenes europäisches Strafverfahrensrecht könnte dann insbesondere auch in Verfahren vor zukünftigen europäischen Gerichten zur Anwendung kommen,<sup>444</sup> sofern diese eingerichtet werden. Die zentrale Verfahrensordnung müsste aber auch Regelungen zur Auflösung der dann entstehenden vertikalen Jurisdiktionskonflikte enthalten.<sup>445</sup> Hier ist insbesondere von Interesse, ob EStA und nationale Behörden parallel zuständig sind oder die zentrale Einrichtung nur subsidiär tätig wird oder ob eine Übernahme des Verfahrens durch die zentrale Behörde die Zuständigkeit der Einzelstaaten ausschließt. Im Interesse der Vermeidung von Doppelzuständigkeit und parallelen Verfahren wäre insbesondere eine Präklusionswirkung anzustreben. Art. 11 Abs. 4 des Vorschlages der Kommission sieht diesbezüglich tatsächlich eine „ausschließliche Zuständigkeit“ der EStA für die Ermittlung und Verfolgung von Straftaten zu Lasten der finanziellen Interessen der EU vor.<sup>446</sup> Auch im Strafverfahrensrecht könnte das Mischmodell der EU sich damit in Zukunft auf ein partielles Trennmodell zubewegen.

## 2. Strafverfolgung und Gerichte

Dies führt zu einer weiteren Frage: Sollen nach Art des partiellen Trennmodells auch europäische Behörden und Gerichte zur Verfolgung eingesetzt werden?<sup>447</sup> Nahe liegt dies wiederum bei den Straftaten zu Lasten der genuin europäischen Rechtsgüter und direkten Interessen. Als weitere zentrale Behörde kommt neben

443 Vogel, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, 51. EL 2013, Art. 86 AEUV Rn. 56.

444 Hecker, Europ. Strafrecht, § 12 Rn. 68.

445 Hecker, Europ. Strafrecht, § 12 Rn. 68.

446 KOM (2013) 534 endg., S. 22.

447 Vgl. zu den Möglichkeiten eines solchen in der EU auch Klip, 12 MJ 2 (2005), 115, 119.

Europol, Eurojust und OLAF, deren Befugnisse ebenfalls anhand der hier entwickelten Kriterien zu überdenken wären, insbesondere die EStA in Betracht. Nicht nur sieht Art. 86 AEUV bereits jetzt die Möglichkeit ihrer Einrichtung vor, sondern schon das Corpus Juris hatte dies vorgeschlagen<sup>448</sup> und auch die Kommission hatte Entsprechendes schon in ihrem Grünbuch des Jahres 2001 gefordert<sup>449</sup> und hat diese Forderung im Jahr 2013 erneuert.<sup>450</sup> Sie führte dazu aus: „Der Vorschlag zur Europäischen Staatsanwaltschaft folgt einer einfachen Logik: Für einen „föderalen Haushalt“ auf der Grundlage von Mitteln aus allen EU-Mitgliedstaaten, der nach gemeinsamen Vorschriften verwaltet wird, werden auch „föderale Instrumente“ benötigt, die diesen Haushalt unionsweit wirksam schützen.“

Es erscheint nicht unwahrscheinlich, dass eine entsprechende Verordnung tatsächlich ergeht. Gerade dann würde aber wiederum die Einführung eigener Strafvorschriften sowie eines eigenständigen Strafverfahrensrechts der EU<sup>451</sup> interessant. Die Kompetenznormen stünden in Art. 325 Abs. 4 AEUV und Art. 86 AEUV bereit. Zwar sieht der Vorschlag der Kommission derzeit noch das Gegenteil vor, nämlich das Vorgehen einer EStA auf der Grundlage des jeweiligen nationalen Rechts.<sup>452</sup> Die Vorteile eines (partiellen) zentralen Strafrechtssystems sind aber bereits erläutert worden. Dabei geht es nicht nur um eine gesteigerte Effektivität,<sup>453</sup> sondern auch die vom Verfahren Betroffenen könnten von einem zentralen Verfahrensrecht profitieren, da (1) ein in sich kohärentes System<sup>454</sup> geschaffen werden könnte, (2) *Forum Shopping* unattraktiv würde und (3) auch die Verteidigung sich auf ein Verfahrensrecht einstellen könnte.

Nach derzeitiger Vertragslage kann die EStA nur zur Bekämpfung der Straftaten zu Lasten der finanziellen Mittel der EU eingesetzt werden, Art. 86 Abs. 1 AEUV.

448 Vgl. dazu auch *Perron*, ZStW 112 (2000), 202, 221 ff.

449 Kommission, Grünbuch zum strafrechtlichen Schutz der finanziellen Interessen der Europäischen Gemeinschaften und zur Schaffung einer Europäischen Staatsanwaltschaft vom 11.12.2001, KOM (2001) 715 endg., S. 15 ff. Zu Perspektiven einer EStA siehe auch schon *Böse*, RW 2012, 172; *Killmann/Hofmann*, in: *Sieber/Brüner/Satzger/v. Heintschel-Heinegg*, § 48; *Lingenthal*, ZEuS 2010, 79; *Mitsilegas*, S. 229 ff.

450 Kommission, Vorschlag für eine Verordnung des Rates über die Errichtung der Europäischen Staatsanwaltschaft, KOM (2013), 534 endg.; vgl. dazu *Brodowski*, ZIS 2013, 455, 460 ff.; *Esser*, *Europ. u. Intern. Strafrecht*, § 3 Rn. 88; *European Criminal Policy Initiative*, Manifest zum Europäischen Strafverfahrensrecht, ZIS 2013, 412, 421 f.; *Gómez-Jara*, EuCLR 2013, 170, 188 ff.; *Grünewald*, HRRS 2013, 508; *Satzger*, NStZ 2013, 206.

451 Vgl. auch den Vorschlag einer Modell-Strafverfahrensordnung für eine EStA, den eine Forschergruppe unter Koordination von *Katalin Ligeti* erarbeitet hat; abrufbar im Internet unter [www.eppo-project.eu/](http://www.eppo-project.eu/); zuletzt abgerufen am 5.2.2014; vgl. dazu *Brodowski*, ZIS 2012, 558, 560.

452 Vgl. Art. 27 des Vorschlages der Kommission für eine Verordnung des Rates über die Errichtung der Europäischen Staatsanwaltschaft, KOM (2013) 534 endg., S. 30.

453 Aus diesem Grunde spricht sich *Gómez-Jara*, EuCLR 2013, 170, für die Orientierung am US-amerikanischen Modell aus.

454 Zu Recht nimmt auch die *European Criminal Policy Initiative*, Manifest zum Europäischen Strafverfahrensrecht, ZIS 2013, 412, 414 f., ebendies als 4. Forderung auf, wenngleich es ihr nicht um ein zentrales Strafverfahrensrecht geht, sondern allgemein um die Wahrung von Kohärenz im Rahmen der europäischen Rechtssetzung; zur Kohärenz auch *Mylonopoulos*, ZStW 123 (2011), 633, 643 ff.

Nach Art. 86 Abs. 4 AEUV ist ferner die Erweiterung ihrer Befugnisse auf die Bekämpfung der schweren Kriminalität mit grenzüberschreitender Dimension möglich. Soll sie hingegen auch – in der Zukunft geschaffene – weitere Straftaten im Hinblick auf genuine europäische Rechtsgüter verfolgen dürfen, so müsste diese Kompetenznorm wiederum erweitert werden. Nach den hier gefundenen Ergebnissen erscheint eine solche Zuständigkeit für die Verfolgung von Straftaten zu Lasten der Rechtsgüter der EU durchaus nachvollziehbar.

Auch eine mögliche Kompetenzerweiterung im Hinblick auf Europol sollte nach den hier entwickelten Kriterien beurteilt werden. Im Spannungsfeld zwischen der Effektivität der Strafverfolgung und der Autonomie der Mitgliedstaaten kommt in der EU dabei auch hier dem Subsidiaritätsprinzip eine gewichtige Bedeutung zu.<sup>455</sup> Es erscheint diesbezüglich wiederum denkbar, den Zuständigkeitsbereich demjenigen der EStA anzugleichen, welche selbst sodann wiederum als „institutioneller Überbau“<sup>456</sup> für Europol fungieren könnte. Aus der Sicht der Betroffenen, müssen allerdings ein ausreichender Datenschutz und ein effektiver Rechtsschutz gegenüber den polizeilichen Maßnahmen gewährleistet sein.<sup>457</sup>

In diesem Zusammenhang könnte des Weiteren an eine „Europäische Vorverfahrenskammer“<sup>458</sup> gedacht werden, sofern die oben beschriebene Option des Beweiszulassungsverfahrens gewählt werden soll, oder an einen europäischen Ermittlungsrichter, der über Maßnahmen der EStA bzw. der Polizeibehörden vorab zu entscheiden hätte.<sup>459</sup> Zwar ist die ehemalige „Dritte Säule“ nun vollständig in den Anwendungsbereich der gerichtlichen Kontrolle gerückt, sodass Maßnahmen von Unionsorganen auch mit einer Nichtigkeitsklage nach Art. 263 Abs. 4 AEUV angefochten werden können.<sup>460</sup> Im Rahmen der Ermittlungsverfahren durch die EStA wäre bei einschneidenden Ermittlungsmaßnahmen aber auch an einen präventiven Rechtsschutz in Form von Richtervorbehalten zu denken.<sup>461</sup>

455 *Amelung/Mittag*, in: Wolter/Schenke/Hilger/Ruthig/Zöller, Alternativentwurf Europol, S. 245 ff.; *Ellermann*, Europol und FBI, S. 227 ff.

456 Vgl. *Amelung/Mittag*, in: Wolter/Schenke/Hilger/Ruthig/Zöller, Alternativentwurf Europol, S. 249.

457 Vgl. dazu insbesondere die Art. 26 ff. zum Datenschutz im Alternativentwurf Europol und europäischer Datenschutz, in: Wolter/Schenke/Hilger/Ruthig/Zöller, Alternativentwurf Europol, S. 13 ff.; speziell zum europäischen Datenschutz auf der Grundlage der EMRK *Gusy*, in: Wolter/Schenke/Hilger/Ruthig/Zöller, Alternativentwurf Europol, S. 265 ff., und *Esser*, in: Wolter/Schenke/Hilger/Ruthig/Zöller, Alternativentwurf Europol, S. 281 ff.; zur Frage der Übermittlung von Daten an Drittstaaten *Gleiß/Zerbes*, in: Wolter/Schenke/Hilger/Ruthig/Zöller, Alternativentwurf Europol, S. 346 ff.

458 *Böse*, RW 2012, 172, 181 ff.; *Satzger*, StV 2003, 137, 140; ablehnend aber etwa die Kommission, Grünbuch zum strafrechtlichen Schutz der finanziellen Interessen der Europäischen Gemeinschaften und zur Schaffung einer Europäischen Staatsanwaltschaft vom 11.12.2001, KOM (2001) 715 endg., S. 67.

459 Dazu *Böse*, RW 2012, 172, 181 ff.; *Gärditz*, in: Böse, EnzEuR Bd. 9, § 24 Rn. 63 ff. *Böse*, RW 2012, 172, 181.

460 Siehe bereits oben 6. Kapitel C. III. Zur Übergangsregelung nach Art. 276 AEUV siehe *Böse*, in: Sieber/Brüner/Satzger/v. Heintschel-Heinegg, § 54 Rn. 1, 35 ff.; *Gärditz*, in: Böse, EnzEuR Bd. 9, § 24 Rn. 68 ff.

461 *Böse*, RW 2012, 172, 173, 175 ff.

Dies würde wiederum den Beschuldigten nutzen, da dadurch gewisse Mindeststandards gesichert werden könnten und präventiver Rechtsschutz gegen Zwangsmaßnahmen gewährleistet wäre. Aber auch die Effektivität könnte gesteigert werden, indem die Anerkennung und Verwertbarkeit der Beweise ermöglicht würde und nicht in jedem betroffenen Einzelstaat das nationale Gericht angerufen werden müsste.<sup>462</sup>

Es ist allerdings fraglich, ob entsprechende Kompetenzen erst noch geschaffen werden müssten. Böse<sup>463</sup> hält es für möglich, einen europäischen Ermittlungsrichter entweder als Fachgericht auf der Grundlage der Art. 257, 261 AEUV (vorbeugende Überprüfung von Zwangsmaßnahmen) oder des Art. 86 Abs. 3 AEUV (gerichtliche Kontrolle der EStA) zu schaffen. Explizit sind entsprechende Kompetenzen nicht vorgesehen, sodass nur eine extensive Auslegung der genannten Vorschriften dieses Ergebnis zuließe. Dabei ist zwar zu beachten, dass nach dem bisherigen Konzept der Kompetenzverteilung primär die Mitgliedstaaten im Strafverfahren zuständig sein sollen und auch die EStA letztlich vor den nationalen Gerichten tätig werden soll, Art. 86 Abs. 2 S. 2 AEUV.<sup>464</sup> Die Einrichtung eines Ermittlungsrichters wäre aber, wie ausgeführt, durchaus zu befürworten, geht es doch um einen möglichst effektiven Schutz der vom Verfahren Betroffenen. Es erscheint auch nicht ausgeschlossen, die Vertragsbestimmungen entsprechend weit zu interpretieren. Die Alternative liegt in einem präventiven Rechtsschutz durch die nationalen Gerichte, welcher über Art. 267 AEUV an den EuGH gekoppelt wäre.<sup>465</sup> Auch die Kommission baut bislang insgesamt auf einen Rechtsschutz durch nationale Gerichte.<sup>466</sup> Art. 36 des Vorschlages der Kommission für eine Verordnung des Rates über die Errichtung der Europäischen Staatsanwaltschaft sieht vor, diese zum Zwecke der gerichtlichen Kontrolle als einzelstaatliche Behörde zu behandeln.<sup>467</sup>

Im Hauptverfahren vor den nationalen Strafgerichten stellt sich ferner die Frage, ob und inwieweit sie die Maßnahmen der EStA dann selbst verwerfen dürfen, wenn sie gegen Unionsrecht verstoßen, oder ob stets eine Vorlage nach Art. 267 AEUV erfolgen muss,<sup>468</sup> was zu erheblichen Verzögerungen führen könnte.

462 Böse, RW 2012, 172, 181.

463 Böse, RW 2012, 172, 183 ff. – kritisch Gärditz, in: Böse, *EnzEuR* Bd. 9, § 24 Rn. 64.

464 So auch Art. 27 des Vorschlages der Kommission für eine Verordnung des Rates über die Errichtung der Europäischen Staatsanwaltschaft, KOM (2013) 534 endg., S. 30.

465 Gärditz, in: Böse, *EnzEuR* Bd. 9, § 24 Rn. 64.

466 So schon im Grünbuch zum strafrechtlichen Schutz der finanziellen Interessen der Europäischen Gemeinschaften und zur Schaffung einer Europäischen Staatsanwaltschaft vom 11.12.2001, KOM (2001) 715 endg., S. 68, die sich dabei am Wettbewerbsrecht orientiert; kritisch dazu Böse, RW 2012, 172, 178 ff.

467 KOM (2013) 534 endg., S. 34.

468 Gärditz, in: Böse, *EnzEuR* Bd. 9, § 24 Rn. 66, billigt dem nationalen Gericht wegen der Verzögerungen durch das Vorlageverfahren eine eigenständige Bewertung der Rechtmäßigkeit der Ermittlungshandlungen der zentralen Behörden zu. Auch die Nichtigkeitsklage nach Art. 263 AEUV soll ausscheiden, da sonst das Strafverfahren ausgehebelt werden könnte (Rn. 65).

Daneben wurde aber teilweise auch die Errichtung europäischer Strafgerichte vorgeschlagen, insbesondere zur Verfolgung von Delikten europäischer Amtsträger.<sup>469</sup> Sie könnten aber auch für andere supranationale Delikte eingerichtet werden.<sup>470</sup> Der Vorteil läge darin, dass eine zentrale EStA sich nicht an die Gerichte der Mitgliedstaaten wenden müsste, welche sich in der Vergangenheit nicht unbedingt willens gezeigt haben, das europäische Recht durchzusetzen. Soweit es um die Anwendung zukünftiger zentral gesetzter Strafnormen geht, sollte zudem bedacht werden, dass ein Strafgericht mit eigenen Entscheidungskompetenzen das Verfahren vereinfachen und beschleunigen könnte, da es sich alleine auf die „europäischen Delikte“ konzentrieren und insbesondere ein Vorabentscheidungsverfahren durch ein Gericht einer anderen Ebene vermieden werden könnte. Da es *de lege ferenda* nach eigenem materiellen Strafrecht und eigenem Verfahrensrecht entscheiden könnte, ließen sich insofern auch Friktionen mit dem einzelstaatlichen Recht vermeiden, als nicht mitgliedstaatliche Strafgerichte diese Vorschriften anwenden müssten. Soweit die EStA vor nationalen Gerichten anklagen würde, bliebe ferner zumindest im Hauptverfahren das nationale Strafverfahrensrecht von Bedeutung,<sup>471</sup> im Hinblick auf zentrale Gerichte ließe sich hingegen auch die Übertragung der Kompetenz zum Erlass eines eigenständigen Prozessrechts erwägen.

Für die Errichtung eines echten europäischen Strafgerichts, das in entsprechenden Strafverfahren Angeklagte selbst aburteilen könnte, ist eine Kompetenz der EU derzeit nicht vorgesehen. Art. 86 Abs. 2 S. 2 AEUV geht vielmehr vom Gegenteil aus, nämlich von einer Anklage der EStA vor den nationalen Gerichten. Rechtspolitisch ist eine Vertragsänderung jedoch denkbar.

Zentrale Strafverfolgungsbehörden und Gerichte könnten insgesamt gewichtige Vorteile für die Effektivität mit sich bringen. Die Strafgerichte würden eine einheitliche Auslegung und Anwendung des zentralen Strafrechts und eine Konzentration des Verfahrens bewirken, ein europäischer Ermittlungsrichter würde die effektive Durchführung des Verfahrens erleichtern, zumal dann nicht aus jedem Einzelstaat richterliche Genehmigungen eingeholt werden müssten.<sup>472</sup> Sie würden zwar das Monopol der Mitgliedstaaten bei der Strafverfolgung weiter beschneiden und damit auch das derzeitige Gefüge der EU verändern, wären aber auch aus der Sicht der Beschuldigten insofern vorteilhaft, als die Verteidigung sich an einem bestimmten zentralen Gericht und Recht ausrichten könnte und nicht im Ausland unter wechselnden Voraussetzungen operieren müsste. Auch würde ein *Forum Shopping* jedenfalls dann weitestgehend ausgeschlossen, wenn nicht nationale Gerichte parallel zuständig sind. Europäische Strafgerichte wären damit auch im

469 Schönemann, ZStW 116 (2004), 376, 379; vgl. ferner den Vorschlag eines Art. III-264a zum VVE, in: Schönemann, Alternativentwurf, S. 22; zustimmend Vogel, ZStW 116 (2004), 400, 413.

470 So der Vorschlag der AGIS-Arbeitsgruppe, in: Schönemann, Gesamtkonzept, S. 60.

471 Gärditz, in: Böse, EnzEuR Bd. 9, § 24 Rn. 65.

472 So schon im Corpus Juris angeregt; vgl. dazu Perron, ZStW 112 (2000), 202, 222 f.

rechtsstaatlichen Sinne positiv zu bewerten,<sup>473</sup> jedenfalls sofern bei einem so entstehenden Trennsystem das Doppelbestrafungsverbot auch vertikale Geltung beanspruchen oder das zentrale Verfahren schlichtweg eine Präklusionswirkung für einzelstaatliche Verfahren bewirken würde. Je weiter sich jedoch auf diese Weise ein partielles Trennsystem etabliert, desto mehr wird gerade im Hinblick auf die Autonomie der Mitgliedstaaten eine klare Abgrenzung der Zuständigkeiten unumgänglich. Diesbezüglich bietet es sich an, sich an den hier vorgeschlagenen Kriterien zu orientieren, also insbesondere daran, welche Delikte dem Schutz der Rechtsgüter der EU dienen.

Bedenkenswert ist aus der Sicht der Beschuldigtenrechte ferner der Vorschlag des „Eurodefensors“,<sup>474</sup> einer Eurojust vergleichbaren Institution, jedenfalls soweit sie als Pendant zur zentralen Staatsanwaltschaft die transnationale Verteidigung koordinieren könnte.

Im Zusammenhang mit den soeben erwogenen Erweiterungen der Kompetenzen der Unionsebene wird schließlich die Frage eines effektiven Schutzes der Grund- und Menschenrechte zu beantworten sein. Dabei geht es nicht nur um ihre Verankerung in EUV, AEUV, GRC, EMRK und den nationalen Verfassungen, sondern auch um einen ausreichenden praktischen Rechtsschutz.<sup>475</sup> Dies ist zwar kein unmittelbarer Aspekt der hier behandelten Verteilung strafrechtlicher Kompetenzen, sodass er hier nicht ausführlich erörtert werden kann, er darf aber wegen seiner Bedeutung für die vom Strafverfahren Betroffenen und die Legitimität des europäischen Strafrechts nicht unerwähnt bleiben. In den hier untersuchten bundesstaatlichen Systemen können die in der Gesamtverfassung gesicherten Grundrechte jeweils vor einem zentralen Verfassungsgericht geltend gemacht werden. So hat etwa der U.S. Supreme Court selbst im Trennsystem der USA universell geltende Grundrechte sichern können. In der EU stehen mit dem EuGH und dem EGMR zwar ebenfalls zentrale Gerichte zur Verfügung, diesbezüglich sind aber noch wichtige Punkte zu klären, wie etwa das Verhältnis der Gerichte,<sup>476</sup> insbesondere nach einem Beitritt der EU zur EMRK. Eine Erörterung dieser Fragen würde den Rahmen dieser Arbeit sprengen. Sie soll aber nicht ohne die Ermahnung schließen, dass bei jeder Neugestaltung der strafrechtlichen Kompetenzordnung stets darauf geachtet werden muss, dass im Hinblick auf die Grund- und Menschenrechte ein ausreichendes Rechtsschutzsystem gewährleistet bleibt.

In dem Maße, in welchem auch dem EuGH immer weitergehende Kompetenzen zur Entscheidung von Grundrechtsfragen zukommen, wird es erforderlich, dass er

473 Vgl. auch schon *Perron*, ZStW 112 (2000), 202, 210.

474 Siehe dazu bereits oben 5. Kapitel B. II. 4.

475 Vgl. *Jarass*, Charta, Einleitung Rn. 57.

476 Vgl. etwa *Gaede*, in: Böse, EnzEuR Bd. 9, § 3 Rn. 8 ff., 32; *Schorkopf*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, 51. EL 2013, Art. 6 EUV Rn. 59.

diese auch ernst nimmt und für ein hohes Schutzniveau sorgt.<sup>477</sup> Je weiter sich ein zentrales Strafrecht etabliert und je eigenständiger es sich entwickelt, desto mehr müssen daher auch auf der europäischen Ebene ausreichende Schutzmechanismen greifen. Ein eigenständiges Grundrechtsschutzsystem im Hinblick auf die GRC existiert (noch) nicht.<sup>478</sup> Bei zukünftigen europäischen Strafgerichten stellt sich z.B. die Frage, ob neben der dann erforderlichen zweiten Instanz<sup>479</sup> ein weitergehender „verfassungsgerichtlicher“ Rechtsschutz als der bisherige etabliert werden müsste<sup>480</sup> und in welcher Form welchem Gericht solche Aufgaben zukommen sollten. Diese Überlegungen können hier allerdings im Hinblick auf die Themenstellung und den Umfang dieser Arbeit nicht vertieft werden und müssen anderen Untersuchungen vorbehalten bleiben.

---

477 *Borowsky*, in: J. Meyer, Charta, Vorbemerkungen zu den Art. 51 ff. GRC Rn. 1a; insofern noch kritisch hinsichtlich der Rolle des EuGH *Vogel*, StV 2013, Editorial.

478 Siehe oben 6. Kapitel B. IV.

479 Vgl. die derzeitige Regelung in Art. 256 AEUV i.V.m. Art. 56 EuGH-Satzung zur Zuständigkeit des EuGH für Rechtsmittel gegen Entscheidungen des EuG bzw. nach Art. 257 Abs. 3 AEUV gegen Entscheidungen der Fachgerichte.

480 *Borowsky*, in: J. Meyer, Charta, Vorbemerkungen zu den Art. 51 ff. GRC Rn. 19, hält etwa grundsätzlich eine Verfassungs- und Grundrechtsbeschwerde für sinnvoll.

## Schlussbemerkungen und Ergebnisse

Diese Arbeit hat die Möglichkeiten der Verteilung strafrechtsbezogener Kompetenzen in politischen Mehrebenensystemen näher betrachtet. Zu diesem Zweck hat sie verschiedene konkrete und real-existierende Systeme untersucht und im Anschluss daran abstrakte Verteilungsarten aufgezeigt. Dabei erhebt sie keineswegs den Anspruch auf absolute Vollständigkeit. Denn dies wäre im Rahmen einer einzigen Arbeit nicht zu leisten. Sie wagt ferner nicht einmal eine ganz konkrete Prognose für die EU. Vielmehr war es ihr Anliegen, verschiedene Arten der Zuständigkeitsverteilung aufzuzeigen, Auswahlkriterien zu entwickeln, nach denen die Kompetenzverteilung sich ausrichten sollte, und diese auf die einzelnen konkreten und abstrakten Modelle anzuwenden. Auf diese Weise wurde aufgezeigt, in welcher Weise das jeweilige System die einzelnen Parameter berücksichtigt und gewichtet. Die bestmögliche Auflösung derselben kann dann die Verteilung strafrechtsbezogener Kompetenzen bestimmen.

Da jedes konkrete System unter besonderen Bedingungen entsteht und sich entwickelt, ist eine allgemeingültige Antwort jedoch nicht zu geben. Es gibt kein Patentrezept, wie ein Mehrebenensystem im Hinblick auf die Allokation strafrechtlicher Kompetenzen gestaltet sein muss.

Dennoch lässt sich Folgendes abschließend festhalten:

1. Mehrebenensysteme können Problemlösungen durch die Verteilung von Kompetenzen auf verschiedene Ebenen erzielen.
2. Durch die Übertragung von Kompetenzen auf die zentrale Ebene kann ein bedeutender Effektivitätszuwachs erzielt werden, indem Handlungsspielräume eröffnet werden, die den dezentralen Einheiten bei grenzüberschreitenden Sachverhalten sonst nicht zur Verfügung stünden. Dies gilt auch für strafrechtsbezogene Kompetenzen.
3. Dabei muss allerdings dafür Sorge getragen werden, dass auch auf der zentralen Ebene der Zuwachs an Kompetenzen demokratisch abgesichert ist, so dass nicht nur eine Output-, sondern auch eine Input-Legitimation erreicht wird.
4. In jedem föderalen oder quasi-föderalen Mehrebenensystem wirken nicht nur zentripetale, sondern auch zentrifugale Kräfte. Es muss sich entscheiden, wie bedeutsam die dezentralen Einheiten verbleiben sollen. Dabei geht es um kulturelle Vielfalt, Pluralität der Anschauungen und kriminalpolitischen Wertungen sowie um „nationale Identität“, letztlich aber auch schlicht um Macht der Einzelstaaten und Nationen. Diese Frage hängt stark von der Identifikation der Einzelnen mit der dezentralen Einheit ab, aber auch von deren Bedeutung und Stärke.

5. Von Strafrecht und Strafverfahren betroffen sind Individuen. Deren Rechte zu wahren, muss das Ziel eines rechtsstaatlichen Strafrechtssystems sein, auch und gerade wenn es auf mehrere politische Ebenen verteilt ist. Es gilt, für Rechtssicherheit und ausreichenden Grundrechtsschutz zu sorgen. Sinnvollerweise beeinflusst diese Erwägung bereits die Kompetenzfrage. Zwar sind Kompetenz und materielle Legitimität bzw. Verfassungsmäßigkeit einer Straf- oder Strafverfahrensvorschrift grundsätzlich zu trennen. Es muss jedoch bedacht werden, dass die Einführung einheitlicher Standards auch zentrale Kompetenzen erfordert und dass bereits die Frage, wer von der Aufteilung der Zuständigkeit her eine bestimmte Regelung treffen oder ein Verfahren führen darf, bedeutsame Auswirkungen auf Rechtsstaatlichkeit und Beschuldigtenrechte haben kann.
6. Daher bieten sich als Parameter einer Kompetenzverteilung an: (1) Demokratie, (2) Effektivität, (3) lokale Vielfalt und Autonomie der Einzelstaaten sowie (4) Rechtsstaatlichkeit und Beschuldigtenrechte.
7. Je nach Gewichtung dieser Kriterien kann die Verteilung der Zuständigkeiten im Mehrebenensystem anders ausfallen. In Systemen, die an diesen Parametern ausgerichtet sind, insbesondere in solchen, die dem Subsidiaritätsprinzip verschrieben sind, wird regelmäßig eine geteilte Kompetenz gewählt werden. Dies bestätigte auch die hier vorgenommene Analyse: Kein untersuchtes System hat die Strafrechtskompetenzen im Ergebnis nur einer Ebene zugeordnet. Selbst wenn die ursprüngliche verfassungsmäßige Ordnung etwas anderes vorsah, hat das System sich später in Richtung einer Aufteilung der Strafgewalt entwickelt.
8. Dabei spielen verschiedene Erwägungen eine Rolle:
  - a) Jede Ebene verfügt über eigene Rechtsgüter, die einen ausreichenden Schutz erfahren müssen. Können insbesondere die dezentralen Einheiten die Verteidigung der Rechtsgüter der zentralen Ebene nicht gewährleisten, so muss Letztere über die Möglichkeit verfügen, diese selbst zu betreiben. Dies hat etwa in den USA zur Herausbildung des Bundesstrafrechts geführt. Dieses kommt u.a. bei direkten Interessen des Bundes zum Einsatz, etwa zum Schutz der Bediensteten, des Eigentums oder der Finanzen des Bundes.<sup>1</sup>
  - b) Bestimmte grenzüberschreitende Sachverhalte übersteigen ferner die Kapazitäten der Einzelstaaten, Provinzen und Nationen. Auch hier bieten sich zentrale Kompetenzen an, um dieser Probleme Herr zu werden. Andere Kriminalitätsbereiche wirken sich nur lokal aus. Hier kann es gerade opportun sein, den jeweiligen örtlichen Gegebenheiten in adäquater und daher u.U. abweichender Weise Rechnung zu tragen, was für dezentrale

1 Abrams/Beale/Klein, S. 18; siehe dazu oben 3. Kapitel B. II. 1. b).

- Kompetenzen spricht. Folgte man dieser Einschätzung, so ist die Frage zu beantworten, der sich auch der U.S. Supreme Court widmen musste: „*What is truly national and what is truly local?*“<sup>2</sup>
- c) Jede Ebene muss ihre Kompetenzen auch sinnvoll und effektiv nutzen können, um damit politische Entscheidungen zu verwirklichen und Ziele wirksam durchzuführen. Dies kann auch punitive Sanktionen zur Durchsetzung erfordern, zuweilen auch solche mit kriminalstrafrechtlichem Charakter. Diese Erwägung hat in den USA wiederum die Ausbreitung des Bundesstrafrechts begünstigt, in Kanada hingegen die Entwicklung eines „Quasi-Strafrechts“ der Provinzen. Sie kann also in beide Richtungen wirken.
  9. Durch die Trennung in Rechtssetzung einerseits und Strafverfolgung sowie Rechtsprechung andererseits lässt sich im Übrigen eine Vielzahl abstrakter Modelle entwickeln. Besonders zentrale Systeme können für höhere Effektivität im Hinblick auf grenzüberschreitende Sachverhalte, aber auch für eine größere Konsistenz der Rechtsordnung und verstärkten Schutz der vom Verfahren Betroffenen sorgen. Besonders dezentrale Systeme schützen hingegen „nationale Identität“, kulturelle Besonderheiten und Autonomie der Einzelstaaten und können für eine engere Bindung und einen gewichtigeren demokratischen Einfluss der Einzelnen sorgen.
  10. Die EU verwirklicht derzeit keines der hier entwickelten abstrakten Modelle, sondern sieht ein „Mischmodell“ vor. Dieses ist einerseits Folge der politischen Verhältnisse, andererseits aber dem Integrationsstand durchaus angemessen. Es kann sogar sehr flexibel zwischen den Parametern abwägen und differenzierte Entscheidungen treffen.
  11. Das System der EU ist wesentlich durch das Subsidiaritätsprinzip bestimmt. Dieses entspricht auch der Logik eines Mehrebenensystems, in welchem die zentrale Ebene dann eingreift, wenn die dezentralen Einheiten überfordert sind. Von dieser Erwägung wird sich die Aufteilung der strafrechtsbezogenen Kompetenzen auch in der Zukunft leiten lassen. Dies betrifft sowohl die Frage der Rechtssetzung als auch der Einrichtung zentraler Behörden und Gerichte. Im Idealfall können dadurch nationale Identität, demokratische Legitimität und Effektivität in Einklang gebracht werden. Dabei dürfen jedoch die Anforderungen des Rechtsstaatsprinzips und des Grundrechtsschutzes der Betroffenen nicht übersehen werden. Letztere können sogar für mehr Kompetenzen der EU streiten. Insbesondere wenn eine zentrale ESTa tätig werden soll, spricht viel für ein einheitliches zentrales Strafverfahrensrecht.
  12. Danach besteht noch bedeutendes Entwicklungspotenzial hinsichtlich der Einsatzgebiete eines zentral gesetzten „europäischen Strafrechts“. Bzgl. der

---

2 *United States v. Lopez*, 514 U.S. 549, 567 f.

- bestehenden und zukünftigen strafrechtsbezogenen Kompetenzen der EU ist dabei gemäß den getroffenen Feststellungen zwischen drei Bereichen zu differenzieren:
- a) a) Schutz der genuinen europäischen Rechtsgüter und der direkten Interessen der EU als Ausdruck der Strafgewalt der zentralen Ebene,
  - b) b) Effektuierung der Strafgewalt der Mitgliedstaaten bei grenzüberschreitender Kriminalität und
  - c) c) Wirksamkeit von Einzelpolitiken und Normen der EU.
  - d) Hier besteht in unterschiedlicher Intensität ein Bedürfnis nach dem Einsatz der zentralen Ebene.
13. Der Rechtsvergleich belegt insofern, dass einige strafrechtsbezogene Kompetenzen in allen untersuchten real-existierenden föderalen oder quasi-föderalen Systemen zentralisiert sind, so etwa die Zuständigkeit für die Staatsschutzdelikte. Hier finden sich nicht nur Rechtssetzungskompetenzen, sondern regelmäßig auch Bundesbehörden und Bundesgerichte. Dies ist zumindest perspektivisch für die Kompetenzordnung der EU von Interesse.
  14. Demgemäß sind Kompetenzerweiterungen v.a. im zuerst genannten Bereich zu erwarten und unterstützenswert. Die genuinen Rechtsgüter und direkten Interessen der EU sind, mit Ausnahme der Finanzmittel, der zentralen Ebene noch nicht zum eigenständigen strafrechtlichen Schutz zugewiesen. Insbesondere im Hinblick auf die „Staatsschutzdelikte“, den Schutz des Bestandes der Union, ihrer Organe und Institutionen und deren Funktionsfähigkeit sowie hinsichtlich der Straftaten von Amtsträgern der EU und solchen zu Lasten derselben sind weitere Kompetenzen der EU denkbar. Dies betrifft materielle Rechtssetzungskompetenzen ebenso wie die Rechtsprechung und Strafverfolgung inklusive eines entsprechenden Verfahrensrechts.
  15. Dadurch kann ein partielles Trennsystem entstehen, wie es aus dem Strafrechtssystem der USA bekannt ist. Es wäre effektiv im Hinblick auf den die Union betreffenden Rechtsgüterschutz, könnte ein in sich ausgewogenes System und ein kohärentes Verfahrensrecht schaffen, dabei aber die Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten bestehen bleiben lassen. Freilich kommt es dabei entscheidend auf eine klare Abgrenzung der Kompetenzbereiche an. Zudem müssten Regelungen eingeführt werden, welche das Verhältnis der Jurisdiktionen zueinander bestimmen. Dieses partielle Trennsystem würde letztlich auch nur einen Teil des weiterhin bestehenden „Mischsystems“ der EU ausmachen. Hier ist indes auch auf einen ausreichenden Schutz der Grund- und Menschenrechte zu achten.

## Literaturverzeichnis

- Abrams, Norman / Beale, Sara Sun*, Federal Criminal Law and Its Enforcement, 4. Aufl., St. Paul 2006 (teilweise zitierte Altauflage)
- Abrams, Norman / Beale, Sara Sun / Klein, Susan Riva*, Federal Criminal Law and Its Enforcement, 5. Aufl., St. Paul 2010
- Achenbach, Hans*, Alte und neue Fragen zur Pressebeschlagnahme, NStZ 2000, 123
- Albin, Silke*, Das Subsidiaritätsprinzip in der EU – Anspruch und Wirklichkeit, NVwZ 2006, 629
- Albrecht, Peter-Alexis*, Europäischer Strafrechtsraum: Ein Albtraum?, ZRP 2004, 1
- Alder, John*, Constitutional and Administrative Law, 8. Aufl., East Kilbride 2011
- Amar, Akhil Reed*, Of Sovereignty and Federalism, (1987) 96 Yale L.J. 1425
- Amar, Akhil Reed / Marcus, Jonathan L.*, Double Jeopardy Law After Rodney King, 95 Colum. L. Rev. 1 (1995)
- Ambos, Kai*, Internationales Strafrecht, 2. Aufl., München 2008 (zitiert: *Ambos*, Internationales Strafrecht, 2. Aufl. 2008); 3. Aufl., München 2011 (zitiert: *Ambos*, Internationales Strafrecht)
- Beweisverwertungsverbote, Berlin 2010 (zitiert: *Ambos*, Beweisverwertungsverbote)
  - Fälle zum internationalen Strafrecht, München 2010 (zitiert: *Ambos*, Fälle)
  - Internationalisierung des Strafrechts: das Beispiel „Geldwäsche“, ZStW 114 (2002), 236
- Ambos, Kai* (Hrsg.), Europäisches Strafrecht post-Lissabon, Göttingen 2011 (zitiert: *Verfasser*, in: *Ambos*, Europäisches Strafrecht)
- Ambos, Kai / Rackow, Peter*, Erste Überlegungen zu den Konsequenzen des Lissabon-Urteils des Bundesverfassungsgerichts für das Europäische Strafrecht, ZIS 2009, 397
- Institutionelle Ordnung der Europäischen Union und Europäischen Gemeinschaft, JURA 2006, 505
- Ambos, Kai / Steiner, Christian*, Vom Sinn des Strafens auf innerstaatlicher und supranationaler Ebene, JuS 2001, 9
- American Bar Association, Task Force on Federalization of Criminal Law, The Federalization of Criminal Law, Berichterstatter: James A. Strazzella, Washington 1998 (zitiert: ABA Report)
- Amelung, Knut / Mittag, Matthias*, Zwangsbefugnisse für Europol?, in: Wolter/Schenke/Hilger/Ruthig/Zöllner (s. dort), Alternativentwurf Europol, S. 233
- Anderson, George*, Föderalismus, Opladen 2008
- Anschütz, Gerhard*, Die Verfassung des Deutschen Reiches, 14. Aufl., Berlin 1933
- Anthony, Gordon / Morison, John*, Here, There, and (Maybe) Here Again, in: Hazell/Rawlings (s. dort), S. 155
- Ashworth, Andrew / Horder, Jeremy*, Principles of Criminal Law, 7. Aufl., Oxford 2013
- Asp, Petter*, Der Europäische Haftbefehl, in: Schönemann, Gesamtkonzept (s. dort), S. 132
- Bacigalupo Zapater, Enrique*, Die strafrechtlichen Strategien der EU, in: Schönemann, Gesamtkonzept (s. dort), S. 81
- Bemerkungen zu strafrechtlichen Fragen des Verfassungsentwurfs, ZStW 116 (2004), 326
  - Die Europäisierung der Strafrechtswissenschaft, Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag, hrsg. von Bernd Schönemann, Hans Achenbach u.a., 2001, S. 1361 (zitiert: *Bacigalupo*, FS Roxin, 2001)

- Möglichkeiten einer Rechtsangleichung im Strafrecht zum Schutz der Finanzinteressen der Europäischen Gemeinschaft, in: Dannecker, Subventionsbetrug (s. dort)
- Badura, Peter*, Staatsrecht, 5. Aufl., München 2012
- Baker, John S. Jr.*, Nationalizing Criminal Law: Does Organized Crime Make It Necessary or Proper?, 16 Rutgers L.J. 495 (1985)
- United States v. Morrison and Other Arguments Against Federal Hate Crime Legislation, 80 B.U.L. Rev. 1191 (2000)
- Balsom, Denis*, The Referendum Result, in: Jones/Balsom (s. dort)
- Bamforth, Nicholas / Leyland, Peter* (Hrsg.), Public Law in a Multi-Layered Constitution, Oxford 2003 (zitiert: *Verfasser*, in: Bamforth/Leyland)
- Barendt, Eric*, An Introduction to Constitutional Law, Oxford 1998
- Barkow, Rachel E.*, Federalism and Criminal Law: What the Feds Can Learn From the States, 109 Michigan L.J. 519 (2011)
- Baumann, Jürgen / Weber, Ulrich / Mitsch, Wolfgang*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 11. Aufl., Bielefeld 2003 (zitiert: *Verfasser*, in: Baumann/Weber/Mitsch)
- Beale, Sara Sun*, The Many Faces of Overcriminalization: From Morals and Mattress Tags to Overfederalization, 54 Am. U. L. Rev. 747 (2005)
- Federal Criminal Jurisdiction, 2 Encyclopedia of Crime & Justice 695 (2002)
- What’s Law Got To Do With It? The Political, Social, Psychological and Other Non-Legal Factors Influencing the Development of (Federal) Criminal Law, 1 Buff. Crim. L. Rev. 23 (1997)
- Federalizing Crime: Assessing the Impact on the Federal Courts, 545 Annals Am. Acad. Pol. & Soc. Sci. 39 (1996)
- Too Many and Yet Too Few: New Principles to Define the Proper Limits for Federal Criminal Jurisdiction, 46 Hastings L.J. 979 (1995)
- Beaucamp, Guy*, §§ 32, 34 StGB als Ermächtigungsgrundlage für polizeiliches Eingreifen, JA 2003, 402
- Beaud, Olivier*, Föderalismus und Souveränität, Der Staat 35 (1996), 45
- Beck, Susanne / Burchard, Christoph / Fateh-Moghadam, Bijan* (Hrsg.), Strafrechtsvergleichung als Problem und Lösung, Baden-Baden 2011 (zitiert: *Verfasser*, in: Beck/Burchard/Fateh-Moghadam)
- Beckemper, Katharina / Janz, Norbert*, Rien ne va plus – Zur Strafbarkeit wegen des Anbietens privater Sportwetten nach der Sportwettenentscheidung des BVerfG v. 28.3.2006, ZIS 2008, 31
- Bedan, Hugo Adam*, Capital Punishment: Morality, Politics, and Policy, 1 Encyclopedia of Crime & Justice 125 (2002)
- Beisel, Daniel*, Straf- und verfassungsrechtliche Problematiken des finalen Rettungsschusses, JA 1998, 721
- Benz, Arthur*, Multilevel Governance – Governance in Mehrebenensystemen, in: Benz/Dose (s. dort), S. 111
- Die EU als Föderation eigener Art, in: Tsatsos, Unionsgrundordnung (s. dort), S. 319
- Politik in Mehrebenensystemen, Wiesbaden 2009
- Ein gordischer Knoten der Politikwissenschaft? Zur Vereinbarkeit von Föderalismus und Demokratie, PVS 2009, 3
- Benz, Arthur / Dose, Nicolai*, Governance – Modebegriff oder nützliches sozialwissenschaftliches Konzept?, in: dies. (s. dort), S. 13

- Benz, Arthur / Dose, Nicolai (Hrsg.), Governance – Regieren in komplexen Regelsystemen, 2. Aufl., Wiesbaden 2010 (zitiert: *Verfasser*, in: Benz/Dose)
- Baulke, Werner, Strafprozessrecht, 12. Aufl., Heidelberg 2012
- Bieber, Roland / Epiney, Astrid / Haag, Marcel, Die Europäische Union, 10. Aufl., Baden-Baden 2013 (zitiert: *Verfasser*, in: Bieber/Epiney/Haag)
- Biehler, Anke / Kniebühler, Roland / Lelieur-Fischer, Juliette / Stein, Sybil, Freiburg Proposal on Concurrent Jurisdictions and the Prohibition of Multiple Prosecutions in the European Union, Freiburg 2003 (zitiert: *Biehler/Kniebühler/Lelieur-Fischer/Stein*, Freiburg Proposal)
- Binding, Karl Lorenz, Handbuch des Strafrechts, 1. Band, Leipzig 1885
- Bitter, Stephan, Die Sanktion im Recht der Europäischen Union, Heidelberg 2011
- Bitzilekis, Nikolaos / Kaiafa-Gbandi, Maria / Symeonidou-Kastanidou, Elisavet, Theorie der genuinen europäischen Rechtsgüter, in: Schünemann, Gesamtkonzept (s. dort), S. 222
- Blei, Hermann, Probleme des polizeilichen Waffengebrauchs, JZ 1955, 625
- Bloom, Robert M. / Massey, Hillary, Accounting for Federalism in State Courts: Exclusion of Evidence Obtained Lawfully by Federal Agents, 79 U. Colo. L. Rev. 381 (2008)
- Bodin, Jean, Über den Staat, 1576, Reclam-Ausgabe, Stuttgart 2005
- Böckenförde, Ernst-Wolfgang, Demokratie und Verfassungsprinzip, in: Isensee/Kirchhof (s. dort), HStR II, § 24
- Böhmer, Alexander, Die Europäische Union im Lichte der Reichsverfassung von 1871, Berlin 1999
- Böse, Martin, Kompetenzen der Union auf dem Gebiet des Straf- und Strafverfahrensrechts, in: ders., EnzEuR Bd. 9 (s. dort), § 4
- Ausblick, in: ders., EnzEuR Bd. 9 (s. dort), § 27
- Der Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung unter dem Vertrag von Lissabon, in: Ambos, Europäisches Strafrecht (s. dort), S. 57
- Ein europäischer Ermittlungsrichter – Perspektiven des präventiven Rechtsschutzes bei Errichtung einer Europäischen Staatsanwaltschaft, RW 2012, 172
- Garantien in der EU, in: Sieber/Brüner/Satzger/v. Heintschel-Heinegg (s. dort), § 53
- Rechtsschutz durch den EuGH, in: Sieber/Brüner/Satzger/v. Heintschel-Heinegg (s. dort), § 54
- Verweisungen auf das EU-Recht und das Bestimmtheitsgebot, Festschrift für Volker Krey zum 70. Geburtstag, hrsg. von Knut Amelung, Hans-Ludwig Günther und Hans-Heiner Kühne, Stuttgart 2010 (zitiert: *Böse*, FS Krey)
- Der Rechtsstaat am Abgrund? – Zur Skandalisierung des EU-Geldsanktionengesetzes, ZIS 2010, 607
- Die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zum Vertrag von Lissabon und ihre Bedeutung für die Europäisierung des Strafrechts, ZIS 2010, 76
- Der Grundsatz der Verfügbarkeit von Informationen in der strafrechtlichen Zusammenarbeit der Europäischen Union, Göttingen 2007 (zitiert: *Böse*, Der Grundsatz der Verfügbarkeit)
- Die Verwertung im Ausland gewonnener Beweismittel im deutschen Strafverfahren, ZStW 114 (2002), 148
- Strafen und Sanktionen im Europäischen Gemeinschaftsrecht, Köln 1996 (zitiert: *Böse*, Strafen und Sanktionen)

- Böse, Martin (Hrsg.), Enzyklopädie Europarecht, hrsg. von Armin Hatje und Peter-Christian Müller-Graff, Band 9: Europäisches Strafrecht, Baden-Baden 2013 (zitiert: *Verfasser*, in: Böse, EnzEuR Bd. 9)
- Böse, Martin / Meyer, Frank, Die Beschränkung nationaler Strafgewalten als Möglichkeit zur Vermeidung von Jurisdiktionskonflikten in der Europäischen Union, ZIS 2011, 336
- Böse, Martin / Meyer, Frank / Schneider, Anne, Comparative Analysis, in: dies. (s. dort), S. 411
- Böse, Martin / Meyer, Frank / Schneider, Anne (Hrsg.), Conflicts of Jurisdiction in Criminal Matters in the European Union, Volume I: National Reports and Comparative Analysis, Baden-Baden 2013
- v. Bogdandy, Armin, Prinzipien der Rechtsfortbildung im europäischen Rechtsraum. Überlegungen zum Lissabon-Urteil des BVerfG, NJW 2010, 1
- Grundprinzipien, in: v. Bogdandy/Bast (s. dort), S. 13
- v. Bogdandy, Armin / Bast, Jürgen, Die vertikale Kompetenzordnung der Europäischen Union, EuGRZ 2001, 441
- v. Bogdandy, Armin / Schill, Stephan, Die Achtung der nationalen Identität unter dem reformierten Unionsvertrag. Zur unionsrechtlichen Rolle nationalen Verfassungsrechts und zur Überwindung des absoluten Vorrangs, ZaöRV 70 (2010), 701
- v. Bogdandy, Armin / Bast, Jürgen (Hrsg.), Europäisches Verfassungsrecht, 2. Aufl., Berlin 2009 (zitiert: *Verfasser*, in: v. Bogdandy/Bast)
- Bogdanor, Vernon, The New British Constitution, Oxford 2009 (zitiert: *Bogdanor*, British Constitution)
- Devolution in the United Kingdom, Oxford 2001 (zitiert: *Bogdanor*, Devolution)
- Bohnert, Joachim, Kommentar zum Ordnungswidrigkeitengesetz, 3. Aufl., München 2010 (zitiert: *Bohnert*, OWiG)
- Boyce, Ronald M. / Dripps, Donald A. / Perkins, Rollin M., Criminal Law and Procedure, 11. Aufl., New York 2010
- Braams, Beate, Die Kompetenzordnung im Vertrag von Lissabon, in: Pernice, Der Vertrag von Lissabon (s. dort), S. 115
- Bradley, Anthony W., The Sovereignty of Parliament – Form or Substance?, in: Jowell/Oliver (s. dort), 7. Aufl., S. 35
- Bradley, Anthony W. / Ewing, Keith D., Constitutional and Administrative Law, 15. Aufl., Harlow 2010
- Bradley, Craig M., Federalism and the Federal Criminal Law, 55 Hastings L.J. 573 (2004)
- Brandl, Steven G., Federal Bureau of Investigation: History, 2 Encyclopedia of Crime & Justice 686 (2002)
- Braum, Stefan, Europäisches Strafrecht im Fokus konfligierender Verfassungsmodelle, ZIS 2009, 418
- Europäische Strafgesetzgebung: Demokratische Strafgesetzlichkeit oder administrative Opportunität?, wistra 2006, 121
- Das Prinzip der gegenseitigen Anerkennung. Historische Grundlagen und Perspektiven europäischer Strafrechtsentwicklung, GA 2005, 681
- Europäische Strafgesetzlichkeit, Frankfurt/Main 2003
- Das „Corpus Juris“ – Legitimität, Erforderlichkeit und Machbarkeit, JZ 2000, 493
- Brazier, Rodney, Constitutional Reform, 3. Aufl., Oxford 2008
- Brickey, Kathleen F., The Commerce Clause and Federalized Crime: A Tale of Two Thieves, 543 Annals Am. Acad. Pol. & Soc. Sci. 27 (1996)

- Criminal Mischief: The Federalization of American Criminal Law, 46 Hastings L.J. 1135 (1995)
- Brilmayer, Lea / Lee, Ronald D.*, State Sovereignty and the Two Faces of Federalism: A Comparative Study of Federal Jurisdiction and the Conflict of Laws, 60 Notre Dame L. Rev. 833 (1984/85)
- Brodowski, Dominik*, Strafrechtsrelevante Entwicklungen in der Europäischen Union – ein Überblick, ZIS 2013, 455
- Europäischer *ordre public* als Ablehnungsgrund für die Vollstreckung Europäischer Haftbefehle?, HRRS 2013, 54
- Ne bis in idem im europäisierten Auslieferungsrecht, StV 2013, 339
- Strafrechtsrelevante Entwicklungen in der Europäischen Union – ein Überblick, ZIS 2012, 558
- Strafrechtsrelevante Entwicklungen in der Europäischen Union – ein Überblick, ZIS 2011, 940
- Strafrechtsrelevante Entwicklungen in der Europäischen Union – ein Überblick, ZIS 2010, 749
- Strafrechtsrelevante Entwicklungen in der Europäischen Union – ein Überblick, ZIS 2010, 376
- Brüner, Franz Hermann / Spitzer, Harald*, OLAF, in: Sieber/Brüner/Satzger/v. Heintschel-Heinegg (s. dort), § 43
- Brunhöber, Beatrice*, Die Erfindung „demokratischer Repräsentation“ in den Federalist Papers, Tübingen 2010
- Brunhöber, Beatrice / Höffler, Katrin / Kaspar, Johannes / Reinbacher, Tobias / Vormbaum, Moritz* (Hrsg.), Strafrecht und Verfassung, Baden-Baden 2012 (zitiert: *Verfasser*, in: Brunhöber/Höffler/Kaspar/Reinbacher/Vormbaum)
- Bülte, Jens / Krell, Paul*, Grundrechtsschutz bei der Durchführung von Unionsrecht durch Strafrecht - zugleich Besprechung von BVerfG, Beschl. v. 24.4.2013 - 1 BvR 1215/07 (Antiterrordateigesetz), StV 2013, 713
- Buermeyer, Ulf*, Grundrechtsschutz in Deutschland und Europa: Das BVerfG hebt die Umsetzung des Rahmenbeschlusses über den Europäischen Haftbefehl auf, HRRS 2005, 273
- Bumgarner, Jeffrey B.*, Federal Agents. The Growth of Federal Criminal Law Enforcement in America, Westport 2006
- Burchard, Christoph*, Auslieferung (Europäischer Haftbefehl), in: Böse, EnzEuR Bd. 9 (s. dort), § 14
- Burchard, Christoph / Brodowski, Dominik*, Art. 50 Charta der Grundrechte der Europäischen Union und das europäische ne bis in idem nach dem Vertrag von Lissabon, StraFo 2010, 179
- The Post-Lisbon Principle of Transnational Ne Bis In Idem, NJECL 2010, 310
- Callies, Christian*, Mitverantwortung der Rechtswissenschaft für die Verwendung des Verfassungstopos – Die Europäische Verfassung als Opfer symbolischen Tragweite des Begriffes?, in: Pernice, Der Vertrag von Lissabon (s. dort), S. 54
- Das Ringen des zweiten Senats mit der Europäischen Union: Über das Ziel hinausgeschossen, ZEuS 2009, 559
- Auf dem Weg zu einem einheitlichen europäischen Strafrecht? Kompetenzgrundlagen und Kompetenzgrenzen einer dynamischen Entwicklung, ZEuS 2008, 3
- Auswärtige Gewalt, in: Isensee/Kirchhof (s. dort), HStR IV, § 83

- Europa als Wertegemeinschaft – Integration und Identität durch europäisches Verfassungsrecht?, JZ 2004, 1033
- Subsidiaritäts- und Solidaritätsprinzip in der Europäischen Union, 2. Aufl., Baden-Baden 1999 zitiert: *Calliess*, Subsidiaritäts- und Solidaritätsprinzip)
- Calliess, Christian / Ruffert, Matthias* (Hrsg.), EUV/AEUV, Das Verfassungsrecht der Europäischen Union mit Europäischer Grundrechtecharta, Kommentar, 3. Aufl., München 2007 (EUV/EGV); 4. Aufl., München 2011 (zitiert: *Verfasser*, in: *Calliess/Ruffert*)
- Capus, Nadja*, Strafrecht und Souveränität: Das Erfordernis der beiderseitigen Strafbarkeit in der internationalen Rechtshilfe in Strafsachen, Bern 2010
- Central Office of Information, Publishing Services, HMSO, Aspects of Britain. Criminal Justice, 2. Aufl., London 1995 (zitiert: Central Office of Information, HMSO, Criminal Justice)
- Chalmers, James*, Scottish Appeals and the Proposed Supreme Court, (2004) Edin. L. Rev. 4
- Chemersinsky, Erwin*, Constitutional Law: Principles and Policies, 4. Aufl., New York 2011
- Classen, Claus Dieter*, Demokratische Legitimation im offenen Rechtsstaat, Tübingen 2009 (zitiert: *Classen*, Demokratische Legitimation)
- Legitime Stärkung des Bundestages oder verfassungsrechtliches Prokrustesbett?, JZ 2009, 881
- Europäische Integration und demokratische Legitimation, AöR 119 (1994), 238
- Colvin, Eric / Anand, Sanjeev*, Principles of Criminal Law, 3. Aufl., Toronto 2007
- Conrad, Hermann*, Deutsche Rechtsgeschichte, Band II, Karlsruhe 1966 (zitiert: *Conrad*, Deutsche Rechtsgeschichte Bd. II)
- The Constitutional Law Group*, hrsg. von Macklem, Patrick/Rogerson, Carol u.a., 4. Aufl., Toronto 2010 (zitiert: *Constitutional Law Group*)
- Cornes, Richard*, Devolution and England: What is on Offer?, in: Bamforth/Leyland (s. dort), S. 103
- Corstens, Geert / Pradel, Jean*, European Criminal Law, Den Haag 2002
- Craig, Paul*, Britain in the European Union, in: Jowell/Oliver (s. dort), 7. Aufl., S. 102 ff.
- Cremer, Hans-Joachim*, Das Demokratieprinzip auf nationaler und europäischer Ebene im Lichte des Maastricht-Urteils des Bundesverfassungsgerichts, EuR 1995, 21
- Cubie, Andrew H.*, Scots Criminal Law, 3. Aufl., Haywards Heath 2010
- Curtis, Dennis E.*, Comment: Congressional Powers and Federal Judicial Burdens, 46 Hastings L.J. 1019 (1995)
- Dannecker, Gerhard*, Einführung von Tatbeständen mit supranationaler Schutzrichtung, in: Böse, EnzEuR Bd. 9 (s. dort), § 8
- Anmerkung zur Entscheidung des EuGH vom 26.2.2013 (Az: C-617/10; JZ 2013, 613), JZ 2013, 616
- Das materielle Strafrecht im Spannungsfeld des Rechts der Europäischen Union (Teil I), JURA 2006, 95
- Das materielle Strafrecht im Spannungsfeld des Rechts der Europäischen Union (Teil II), JURA 2006, 173
- Die Dynamik des materiellen Strafrechts unter dem Einfluss europäischer und internationaler Entwicklungen, ZStW 117 (2005), 697
- Die Entwicklung des Strafrechts unter dem Einfluß des Gemeinschaftsrechts, JURA 1998, 79
- Strafrecht in der Europäischen Gemeinschaft, JZ 1996, 869

- Strafrechtlicher Schutz der Finanzinteressen der Europäischen Gemeinschaft gegen Täuschung, ZStW 108 (1996), 577
- Erfahrungen im Bereich der Subventionskriminalität und rechtspolitische Bestrebungen zur Verbesserung des Schutzes der EG-Finanzinteressen, in: ders., Subventionsbetrug (s. dort)
- Dannecker, Gerhard (Hrsg.), Die Bekämpfung des Subventionsbetrugs im EG-Bereich, Köln 1993 (zitiert: *Verfasser*, in: Dannecker, Subventionsbetrug)
- Dausas, Manfred A. (Hrsg.), Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts, Band 1 und 2, Stand: 34. EL, München Oktober 2013 (zitiert: *Verfasser*, in: Dausas)
- Davies, Malcolm / Croall, Hazel / Tyrer, Jane, Criminal Justice, 4. Aufl., Essex 2010
- Deiters, Mark, Das Prinzip der stellvertretenden Strafrechtspflege als Strukturelement einer föderativen Strafrechtsordnung in Europa, ZIS 2006, 472
- Gegenseitige Anerkennung von Strafgesetzen in Europa – Erwiderung zu Schünemann, ZRP 2003, 185 –, ZRP 2003, 359
- Delmas-Marty, Mireille (Hrsg.), Corpus Juris der strafrechtlichen Regelungen zum Schutz der finanziellen Interessen der Europäischen Union, Köln u.a. 1998 (zitiert: *Verfasser*, in: Delmas-Marty, Corpus Juris)
- Delmas-Marty, Mireille / Pieth, Mark / Sieber, Ulrich (Hrsg.), Les chemins de l'harmonisation pénale, Paris 2008
- Dennis, Ian, Prosecution Appeals and Retrial for Serious Offences, (2004) Crim. L. Rev. 619
- Deutscher, Jörg, Die Kompetenzen der Europäischen Gemeinschaften zur originären Strafgesetzgebung, Frankfurt/Main 2000
- Dicey, Albert Venn, Introduction to the Study of the Law of the Constitution, 1915, Neuauf. Indianapolis 1982
- Dickson, Brice, The Legal System of Northern Ireland, 5. Aufl., Cornwall 2005
- Di Fabio, Udo, Das Recht offener Staaten, Tübingen 1998
- Der neue Art. 23 des Grundgesetzes, Der Staat 32 (1993), 191
- Dolzer, Rudolf / Graßhof, Karin / Kahl, Wolfgang / Waldhoff, Christian (Hrsg.), Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Loseblattsammlung, Stand: 162. EL, Heidelberg 2013 (zitiert: *Verfasser*, in: Bonner Kommentar)
- Dorra, Fabian, Strafrechtliche Legislativkompetenzen der Europäischen Union, Baden-Baden 2013
- Dreher, Horst, Was ist Strafrecht i.S. des Art. 74 Nr. 1?, NJW 1952, 1282
- Dreier, Horst (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, Band II, Artikel 20-82, 2. Aufl., Tübingen 2006 (zitiert: *Verfasser*, in: Dreier)
- (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, Band II, Artikel 20-82, Supplementum 2007, Tübingen 2007 (zitiert: *Verfasser*, in: Dreier, Suppl. 2007)
- Dressler, Joshua, Understanding Criminal Law, 4. Aufl., Newark 2006
- Dubber, Markus Dirk, Einführung in das US-amerikanische Strafrecht, München 2005 (zitiert: *Dubber*, Einführung)
- The Police Power, New York 2005 (zitiert: *Dubber*, Police Power)
- Policing Possession: The War on Crime and the End of Criminal Law, 91 J. Crim. L. & Criminology 829 (2001)
- Penal Panopticon: The Idea of a Modern Model Penal Code, 4 Buff. Crim. L. Rev. 53 (2000)

- Eckstein, Ken*, Im Netz des Unionsrechts – Anmerkungen zum Fransson-Urteil des EuGH, ZIS 2013, 220
- Grund und Grenzen transnationalen Schutzes vor mehrfacher Strafverfolgung in Europa, ZStW 124 (2012), 490
- Eder, Klaus*, Öffentlichkeit und Demokratie, in: Jachtenfuchs/Kohler-Koch (s. dort), S. 85
- Eisele, Jörg*, Jurisdiktionskonflikte in der Europäischen Union: Vom nationalen Strafanwendungsrecht zum Europäischen Kollisionsrecht?, ZStW 125 (2013), 1
- Datenverkehr im Rahmen der PJZS, in: Sieber/Brüner/v. Heintschel-Heinegg (s. dort), § 49
  - Anmerkung zum Urteil des Europäischen Gerichtshofs vom 23.10.2007, Az.: Rs. C-440/05, JZ 2008, 251
  - Einflußnahme auf nationales Strafrecht durch die Richtlinienggebung der Europäischen Gemeinschaft, JZ 2001, 1157
  - Einführung in das Europäische Strafrecht, JA 2000, 896
- Ellermann, Jan Ulrich*, Europol und FBI, Baden-Baden 2005
- Vom Sammler zum Jäger – Europol auf dem Weg zu einem „europäischen FBI“?, ZEuS 2002, 561
- Ellison, Graham / Mulcahy, Aogán*, Crime and Criminal Justice in Northern Ireland, in: Hucklesby/Wahidin (s. dort), S. 313
- Engl, Lorenz*, Governance – Umriss und Problematik eines staatstheoretischen Leitbildes, Der Staat 47 (2008), 573
- Epiney, Astrid*, Zur Abgrenzung der Kompetenzen zwischen EU und Mitgliedstaaten in der „Europäischen Verfassung“, JURA 2006, 755
- Epping, Volker*, Grundrechte, 5. Aufl., Berlin 2012
- Epping, Volker / Hillgruber, Christian* (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar, Grundgesetz, Edition 19, München, Stand: 1.11.2013 (zitiert: *Verfasser*, in: Beck OK GG)
- Erbs, Georg / Kohlhaas, Max* (Hrsg.), Strafrechtliche Nebengesetze, begründet von Georg Erbs, vormals herausgegeben von Max Kohlhaas, herausgegeben von Friedrich Ambs, Loseblattsammlung, Stand: 195. Ergänzungslieferung, München Juli 2013 (zitiert: *Verfasser*, in: Erbs/Kohlhaas)
- Eser, Albin*, Kritische Würdigung der Modellentwürfe eines Regelungsmechanismus zur Vermeidung von Jurisdiktionskonflikten, in: Sinn, Jurisdiktionskonflikte (s. dort), S. 557
- Konkurrierende nationale und transnationale Strafverfolgung – Zur Sicherung von „ne bis in idem“ und zur Vermeidung von positiven Kompetenzkonflikten, in: Sieber/Brüner/Satzger/v. Heintschel-Heinegg (s. dort), § 36
- Eser, Albin / Burchard, Christoph*, Interlokales „ne bis in idem“ in Europa?, in: Festschrift für Jürgen Meyer zum 70. Geburtstag, hrsg. von Hans-Jörg Derra, Baden-Baden 2006 (zitiert: *Eser/Burchard*, FS Meyer, 2006)
- Esser, Robert*, Europäisches und Internationales Strafrecht, München 2014 (zitiert: Esser, Europ. u. Intern. Strafrecht)
- Daten- und Informationsaustausch in Strafsachen in der Europäischen Union, in: Böse, EnzEuR Bd. 9 (s. dort), § 19
  - Garantien in der EU, in: Sieber/Brüner/Satzger/v. Heintschel-Heinegg (s. dort), § 53
  - Auswirkungen der Europäischen Beweisanordnung auf das deutsche Strafverfahren, Festschrift für Claus Roxin zum 80. Geburtstag, hrsg. von Manfred Heinrich, Christian Jäger, Hans Achenbach, Knut Amelung, Wilfried Bottke, Bernhard Haffke, Bernd Schünemann und Jürgen Wolter, S. 1497, Berlin 2011 (zitiert: *Esser*, FS Roxin, 2011)

- Europäischer Datenschutz – Allgemeiner Teil – Mindeststandards der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK), in: Wolter/Schenke/Hilger/Ruthig/Zöllner, Alternativentwurf Europol (s. dort), S. 281
- Europäische Vorgaben für die amtliche Lebensmittelüberwachung – Auf dem Weg zu einem europäischen Beweisverwertungsverbot?, StV 2004, 221
- Rahmenbedingungen der Europäischen Union für das Strafverfahrensrecht in Europa, ZEuS 2004, 289
- Auf dem Weg zu einem europäischen Strafverfahrensrecht, 2002 (zitiert: *Esser*, Europ. Strafverfahrensrecht)
- European Criminal Policy Initiative, Mitglieder: Petter Asp, Nikolaos Bitzilekis, Sergiu Bogdan, Thomas Elholm, Luigi Foffani, Dan Frände, Helmut Fuchs, Dan Helenius, Maria Kaiafa-Gbandi, Jocelyne Leblois-Happe, Adán Nieto-Martín, Helmut Satzger, Annika Suominen, Elisavet Symeonidou-Kastanidou, Ingeborg Zerbes und Frank Zimmermann, Manifest zum Europäischen Strafverfahrensrecht, ZIS 2013, 412
- Mitglieder: Petter Asp, Nikolaos Bitzilekis, Sergiu Bogdan, Thomas Elholm, Luigi Foffani, Dan Frände, Helmut Fuchs, Maria Kaiafa-Gbandi, Jocelyne Leblois-Happe, Adán Nieto-Martín, Cornelius Prittowitz, Helmut Satzger, Elisavet Symeonidou-Kastanidou und Ingeborg Zerbes, Manifest zur Europäischen Kriminalpolitik, ZIS 2009, 697
- Farmer, Lindsay*, Criminal Law, Tradition and Legal Order, Cambridge 1997
- Ferguson, Pamela R.*, Jurisdiction and Criminal Law in England and Scotland, (1987) Jur. Rev. 179
- Ferguson, Pamela R. / McDiarmid, Claire*, Scots Criminal Law, Dundee 2009
- Filopoulos, Panagiotis*, Europarecht und nationales Strafrecht, Aachen 2004
- Fischer, Thomas*, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Kommentar, 61. Aufl., München 2014
- Fleiner, Thomas / Basta Fleiner, Lidija*, Allgemeine Staatslehre, 3. Aufl., Heidelberg 2004
- Fletcher, George P. / Sheppard, Steve*, American Law in a Global Context, New York 2005
- Fletcher, Maria / Lööf, Robin / Gilmore, Bill*, EU Criminal Law and Justice, Cheltenham 2008
- Folz, Hans-Peter*, Karlsruhe, Lissabon und das Strafrecht – ein Blick über den Zaun, ZIS 2009, 427
- Forbes, Laura Ann*, Comment: A More Convenient Crime: Why States Must Regulate Internet-Related Activity Under the Dormant Commerce Clause, 20 Pace L. Rev. 189 (1999)
- Forster, Susanne*, Rahmenbedingungen, Vorgaben, Grundlagen und Entwicklung des Strafrechts in England und Wales, in: Sieber/Cornils (s. dort), S. 127
- Frände, Dan*, Zu den Haftgründen eines Europäischen Haftbefehls, in: Schünemann, Gesamtkonzept (s. dort), S. 141
- Frase, Richard S. / Weidner, Robert R.*, Criminal Justice System, 1 Encyclopedia of Crime & Justice 371 (2002)
- Frenz, Walter*, Handbuch Europarecht, Band 5: Wirkungen und Rechtsschutz, Heidelberg 2010 (zitiert: *Frenz*, Handbuch Europarecht Bd. 5)
- Friedland, Martin L.*, The Provincial Court and the Criminal Law, in: Russell (s. dort), S. 25 (zitiert: *Friedland*, in: Russell)
- A Century of Criminal Justice, Toronto 1984
- Double Jeopardy and the Division of Legislative Authority in Canada, (1967) 17 U. T. L.J. 66
- Frotscher, Werner / Pieroth, Bodo*, Verfassungsgeschichte, 12. Aufl., München 2013

- Fromm, Ingo Erasmus*, EG-Rechtssetzungsbefugnis im Kriminalstrafrecht, Baden-Baden 2009 (zitiert: *Fromm*, EG-Rechtssetzungsbefugnis)
- Neue supranationale Strafrechtsordnung zum Schutz der finanziellen Interessen der EG?, *StraFo* 2008, 358
  - Urteilsanmerkung zu EuGH Rs. C-440, *ZIS* 2008, 168
  - Die Frage der Einführung einer partiellen strafrechtlichen Anweisungskompetenz des Rates der EG zum Schutz der Finanzinteressen der Europäischen Gemeinschaft unter besonderer Berücksichtigung der Unberührtheitsklausel in Art. 280 Abs. 4 S. 2 EG-Vertrag, *ZIS* 2007, 26
  - Der strafrechtliche Schutz der Finanzinteressen der EG, Berlin 2004
- Frowein, Jochen A.*, Die Verfassung der Europäischen Union aus der Sicht der Mitgliedstaaten, *EuR* 1995, 315
- Fuchs, Helmut*, Zuständigkeitsordnung und materielles Strafrecht, in: Schünemann, Gesamtkonzept (s. dort), S. 112
- Bemerkungen zur gegenseitigen Anerkennung justizieller Entscheidungen, *ZStW* 116 (2004), 368
- Gaede, Karsten*, Grund- und Verfahrensrechte in einem europäisierten Strafverfahren, in: Böse, *EnzEuR* Bd. 9 (s. dort), § 3
- Minimalistischer EU-Grundrechtsschutz bei der Kooperation im Strafverfahren, *NJW* 2013, 1279
  - Zeitgesetze im Wirtschaftsstrafrecht und rückwirkend geschlossene Ahndungslücken – Auslaufmodelle infolge des Meistbegünstigungsprinzips der EU-Grundrechtecharta?, *wistra* 2011, 365
- Gärditz, Klaus Ferdinand*, Europäisierung des Strafrechts und nationales Verfassungsrecht, in: Böse, *EnzEuR* Bd. 9 (s. dort), § 6
- Rechtsschutz, in: Böse, *EnzEuR* Bd. 9 (s. dort), § 24
  - Antiterrordateigesetz und nachrichtendienstrechtliches Trennungsgebot – Anmerkung zu BVerfG, *Urt. v. 24.4.2013 – 1 BvR 1215/07*, *JZ* 2013, 633 – Strafprozeß und Prävention, Tübingen 2003
- Gee, Graham*, Devolution and the Courts, in: Hazell/Rawlings (s. dort), S. 252
- Gerston, Larry N.*, American Federalism, Armonk 2007
- Giegerich, Thomas (Hrsg.), Herausforderungen und Perspektiven der EU, Berlin 2012 (zitiert: *Verfasser*, in: Giegerich)
- Gleß, Sabine*, Grenzüberschreitende Beweissammlung, *ZStW* 125 (2013), 573
- Beweisrechtshilfe, in: Böse, *EnzEuR* Bd. 9 (s. dort), § 16
  - Europäische Beweisanordnung, in: Sieber/Brüner/Satzger/v. Heintschel-Heinegg (s. dort), § 38
  - Sicherstellung von Vermögensgegenständen oder Beweismitteln in der EU, in: Sieber/Brüner/Satzger/v. Heintschel-Heinegg (s. dort), § 39
  - Gegenseitige Anerkennung von Geldstrafen und Geldbußen, in: Sieber/Brüner/Satzger/v. Heintschel-Heinegg (s. dort), § 39a
  - Anerkennung von Einziehungsentscheidungen, in: Sieber/Brüner/Satzger/v. Heintschel-Heinegg (s. dort), § 40
  - Internationales Strafrecht, Basel 2011 (zitiert: *Gleß*, Intern. Strafrecht)
  - Beweisverbote in Fällen mit Auslandsbezug, *JR* 2008, 317
  - Beweisrechtsgrundsätze einer grenzüberschreitenden Strafverfolgung, Baden-Baden 2006 (zitiert: *Gleß*, Beweisrechtsgrundsätze)

- Zum Prinzip der gegenseitigen Anerkennung, ZStW 116 (2004), 353
- Kommentar zum Vorschlag für einen Rahmenbeschluß über eine „Europäische Beweis-anordnung“, StV 2004, 679
- Die „Verkehrsfähigkeit von Beweisen“ im Strafverfahren, ZStW 115 (2003), 131
- Europol, NStZ 2001, 623
- Gleß, Sabine / Zerbes, Ingeborg*, Zusammenarbeit von Europol mit Drittstaaten und Drittstellen, in: Wolter/Schenke/Hilger/Ruthig/Zöller, Alternativentwurf Europol (s. dort), S. 346
- Globke, Christina*, Der Strafbegriff im europäischen Kontext, in: Brunhöber/Höffler/Kaspar/Reinbacher/Vormbaum (s. dort), S. 57
- Götz, Volkmar*, Die Entwicklung des allgemeinen Polizei- und Ordnungsrechts (1990-1993), NVwZ 1994, 652
- Goldstein, Abraham S.*, Prosecution: History of the Public Prosecutor, 2 Encyclopedia of Crime & Justice 1242 (2002)
- Gómez-Jara, Carlos*, European federal criminal law: What can Europe learn from the US system of federal criminal law to solve its sovereign debt crisis?, EuCLR 2013, 170
- Graf Kielmansegg, Peter*, Integration und Demokratie, in: Jachtenfuchs/Kohler-Koch (s. dort), S. 49
- Grabenwarter, Christoph*, Staatliches Unionsverfassungsrecht, in: v. Bogdandy/Bast (s. dort), S. 121
- Grabitz, Eberhard / Hilf, Meinhard / Nettesheim, Martin* (Hrsg.), Das Recht der Europäischen Union, Kommentar, Band I-III, München, Stand: 51. Ergänzungslieferung September 2013 (zitiert: *Verfasser*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, 51. EL 2013); ferner 40. Ergänzungslieferung Oktober 2009 (zitiert: *Verfasser*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, 40. EL 2009)
- Graf, Jürgen Peter* (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar, Strafprozessordnung, Edition 17, München, Stand: 30.9.2013 (teilweise Zitierung eines älteren Standes) (zitiert: *Verfasser*, in: Beck OK StPO)
- Grawert, Rolf*, Staatsvolk und Staatsangehörigkeit, in: Isensee/Kirchhof (s. dort), HStR II, § 16
- Griese, Antonia*, Die Finanzierung der Europäischen Union, EuR 1998, 462
- Grimm, Dieter*, Die Zukunft der Verfassung, Band II, Berlin 2012 (zitiert: *Grimm*, Zukunft der Verfassung II)
- Souveränität, Berlin 2009 (zitiert: *Grimm*, Souveränität)
- Braucht Europa eine Verfassung?, JZ 1995, 581
- von der Groeben, Hans / Schwarze, Jürgen (Hrsg.), Kommentar zum Vertrag über die Europäische Union und zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, 6. Aufl., Baden-Baden 2003 (zitiert: *Verfasser*, in: von der Groeben/Schwarze)
- Gröbblinghoff, Stefan*, Die Verpflichtung des deutschen Strafgesetzgebers zum Schutz der Interessen der Europäischen Gemeinschaften, Heidelberg 1996
- Gropp, Walter*, Kollision nationaler Strafgesetze – nulla prosectio transnationalis sine lege, in: Sinn, Jurisdiktionskonflikte (s. dort), S. 41
- Groß, Rolf*, Sicherstellung von Druckwerken, NStZ 1999, 334
- Zum Pressestrafrecht, NStZ 1994, 312
- Grotz, Michael*, Eurojust, in: Sieber/Brüner/Satzger/v. Heintschel-Heinegg (s. dort), § 45
- Grünewald, Anette*, Eine Europäische Staatsanwaltschaft nach den Vorstellungen der Europäischen Kommission, HRRS 2013, 508

- Zur Frage eines europäischen Allgemeinen Teils des Strafrechts, JZ 2011, 972
- Grünwald, Gerald*, Bedeutung und Begründung des Satzes „nulla poena sine lege“, ZStW 76 (1964), 1
- Grützner, Heinrich* (Begr.) / *Pötz, Paul-Günter* / *Kreß, Claus* (Hrsg.), Internationaler Rechtshilfeverkehr in Strafsachen, Loseblattsammlung in 6 Ordnern, 3. Aufl., Stand: 34. EL Oktober 2013 (zitiert: *Verfasser*, in: *Grützner/Pötz/Kreß*, Ordner)
- Grzeszick, Bernd*, Der Gedanke des Föderalismus in der Staats- und Verfassungslehre vom Westfälischen Frieden bis zur Weimarer Republik, in: *Härtel* (s. dort), § 2
- Guerra, Sandra*, The Myth of Dual Sovereignty: Multijurisdictional Drug Law Enforcement and Double Jeopardy, 73 N.C.L. Rev. 1160 (1995)
- Gusy, Christoph*, Europäischer Datenschutz, in: *Wolter/Schenke/Hilger/Ruthig/Zöller*, Alternativentwurf Europol (s. dort), S. 265
- Habermas, Jürgen*, Zur Verfassung Europas, Berlin 2011
- Die postnationale Konstellation, Frankfurt/Main 1998
- Faktizität und Geltung, 5. Aufl., Frankfurt/Main 1997
- Hackner, Thomas*, Das teileuropäische Doppelverfolgungsverbot insbesondere in der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union, NSTz 2011, 425
- Hackner, Thomas* / *Schomburg, Wolfgang* / *Lagodny, Otto* / *Gleiß, Sabine*, Das 2. Europäische Haftbefehlsgesetz, NSTz 2006, 663
- Hadfield, Brigid*, Devolution: A National Conversation?, in: *Jowell/Oliver* (s. dort), 7. Aufl., S. 213
- Devolution and the Changing Constitution: Evolution in Wales and the Unanswered English Question, in: *Jowell/Oliver* (s. dort), 6. Aufl., S. 271
- Does the Devolved Northern Ireland Need an Independent Judicial Arbitrator?, in: *Bamforth/Leyland* (s. dort), S. 133
- Häberle, Peter*, Europäische Verfassungslehre, 7. Aufl., Baden-Baden 2011 (zitiert: *Häberle*, Europ. Verfassungslehre)
- Die europäische Verfassung: Wandel von der Markt- zur Werteordnung?, in: *Tsatsos*, Unionsgrundordnung (s. dort), S. 221
- Europäische Rechtskultur, Frankfurt/Main 1994
- Das Prinzip der Subsidiarität aus der Sicht der vergleichenden Verfassungslehre, AöR 119 (1994), 169
- Haenel, Albert*, Deutsches Staatsrecht, Erster Band, Leipzig 1892 (zitiert: *Haenel*, Deutsches Staatsrecht I)
- Härtel, Ines* (Hrsg.), Handbuch Föderalismus, Band I: Grundlagen des Föderalismus und der deutsche Bundesstaat, Berlin 2012 (zitiert: *Verfasser*, in: *Härtel*, Hdb. Föderalismus I)
- Hahn, Michael*, Mehr Demokratie wagen: „Lissabon“-Entscheidung und Volkssouveränität, ZEuS 2009, 583
- Hailbronner, Michaela*, Die Justiziabilität des Subsidiaritätsprinzips im Lichte der Subsidiaritätskontrolle, in: *Pernice*, Der Vertrag von Lissabon (s. dort), S. 135
- Halberstam, Daniel* / *Möllers, Christoph*, The German Constitutional Court says „Ja zu Deutschland“, GLJ 10 (2009), 1241
- Hallstein, Walter*, Der unvollendete Bundesstaat, Düsseldorf 1969
- Haltern, Ulrich*, Was bedeutet Souveränität?, Tübingen 2007 (zitiert: *Haltern*, Souveränität)
- Europarecht. Dogmatik im Kontext, Tübingen 2005 (zitiert: *Haltern*, Europarecht)

- Hamilton, Alexander / Madison, James / Jay, John*, The Federalist 1787-88, gesammelte Ausgabe, New York 1945 (zitiert: *Verfasser*, The Federalist No.)
- Hampton, Celia*, Criminal Procedure, 3. Aufl., London 1982
- Hannich, Rolf (Hrsg.), Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung, 6. Aufl., München 2008 (zitiert: *Verfasser*, in: KK StPO, 6. Aufl. 2008); 7. Aufl., München 2013 (zitiert: *Verfasser*, in: KK StPO)
- Hassemer, Winfried*, Strafrecht in einem europäischen Verfassungsvertrag, ZStW 116 (2004), 304
- „Corpus Juris“ – Auf dem Weg zu einem europäischen Strafrecht?, KritV 1999, 133
- Die „Funktionstüchtigkeit der Strafrechtspflege“ – ein neuer Rechtsbegriff?, StV 1982, 275
- Hattenhauer, Hans*, Europäische Rechtsgeschichte, 4. Aufl., Heidelberg 2004
- Hauck, Pierre*, Europarechtliche Vorgaben für das nationale Strafverfahren, in: Böse, EnzEuR Bd. 9 (s. dort), § 11
- Hay, Peter*, US-amerikanisches Recht, 5. Aufl., München 2011
- Hazell, Robert*, Westminster as a “Three-In-One“ Legislature for the United Kingdom and its Devolved Territories, in: Hazell/Rawlings (s. dort), S. 226
- Devolution as a Legislative Partnership, in: Hazell/Rawlings (s. dort), S. 295
- Hazell, Robert / Rawlings, Richard* (Hrsg.), Devolution, Law Making and the Constitution, Exeter 2005 (zitiert: *Verfasser*, in: Hazell/Rawlings)
- Hecker, Bernd*, Europäisches Strafrecht, 2. Aufl., Heidelberg 2007 (zitiert: *Hecker*, Europ. Strafrecht, 2. Aufl. 2007); 4. Aufl., Heidelberg 2012 (zitiert: *Hecker*, Europ. Strafrecht)
- Die rechtlichen Möglichkeiten der Europäischen Union zur Lösung von Kompetenzkonflikten, in: Sinn, Jurisdiktionskonflikte (s. dort), S. 85
- Harmonisierung, in: Sieber/Brüner/Satzger/v. Heintschel-Heinegg (s. dort), § 10
- Wettbewerbsstrafrecht, in: Sieber/Brüner/Satzger/v. Heintschel-Heinegg (s. dort), § 27
- Umweltstrafrecht, in: Sieber/Brüner/Satzger/v. Heintschel-Heinegg (s. dort), § 28
- Statement: Jurisdiktionskonflikte in der EU, ZIS 2011, 60
- Europäisches Strafrecht post-Lissabon, in: Ambos, Europäisches Strafrecht (s. dort), S. 13
- Sind die nationalen Grenzen des Strafrechts überwindbar? – Die Harmonisierung des materiellen Strafrechts in der Europäischen Union, JA 2007, 561
- Die Strafbarkeit grenzüberschreitender Luftverunreinigungen im deutschen und europäischen Umweltstrafrecht, ZStW 115 (2003), 880
- Europäisches Strafrecht als Antwort auf transnationale Kriminalität?, JA 2002, 723
- Strafbare Produktwerbung im Lichte des Gemeinschaftsrechts – Europäisierung des deutschen Täuschungsschutzstrafrechts am Beispiel des Lebensmittel-, Wettbewerbs- und Betrugsstrafrechts, Tübingen 2001 (zitiert: *Hecker*, Produktwerbung)
- Hecker, Bernd / Zöller, Mark A.*, Fallsammlung zum Europäischen und Internationalen Strafrecht, Berlin 2012
- Hecker, Jan*, Europäisches Verwaltungskooperationsrecht am Beispiel der grenzüberschreitenden polizeilichen Zusammenarbeit, EuR 2001, 826
- Hefendehl, Roland*, Europäisches Strafrecht: bis wohin und nicht weiter?, ZIS 2006, 229
- Europäischer Umweltschutz: Demokratiespritze für Europa oder Brüsseler Putsch?, ZIS 2006, 161
- Europäisches Strafrecht: bis wohin und nicht weiter?, in: Schünemann, Gesamtkonzept (s. dort), S. 204

- Zur Frage der Legitimität europarechtlicher Straftatbestände, in: Schönemann, Alternativentwurf (s. dort), S. 82
- Hegel, Georg Wilhelm Friedrich*, Grundlinien der Philosophie des Rechts, 1820, Reclam-Ausgabe, Stuttgart 1986
- Heger, Martin*, Einwirkungen des Europarechts auf das nationale Strafrecht, in: Böse, *EnzEuR* Bd. 9 (s. dort), § 5
- Das europäische Doppelbestrafungsverbot aus Art. 50 GRC, Festschrift für Hans-Heiner Kühne zum 70. Geburtstag, hrsg. von Robert Esser, Hans-Ludwig Günther, Christian Jäger, Christos Mylonopoulos und Bahri Öztürk, Heidelberg 2013, S. 565 (zitiert: *Heger*, FS Kühne, 2013)
- Die Beeinflussung des deutschen Strafrechts durch EU-Recht und der Gedanke des Rechtsmissbrauchs, *ZIS* 2013, 289
- Europäisches Straf- und Strafverfahrensrecht, in: Giegerich (s. dort), S. 157
- Das 45. Strafrechtsänderungsgesetz – Ein erstes europäisiertes Gesetz zur Bekämpfung der Umweltkriminalität, *HRRS* 2012, 211
- Rechtsraum Europa – Zur Anpassung der Rechtssysteme im Strafrecht, *Recht und Politik* 2012, 88
- Gleichheit und materielles Strafrecht, *ZIS* 2011, 402
- Recht im „Alten Reich“ – Der Usus modernus, *ZJS* 2010, 29
- Die Europäisierung des deutschen Umweltstrafrechts, Tübingen 2009 (zitiert: *Heger*, Europäisierung des Umweltstrafrechts)
- Perspektiven des Europäischen Strafrechts nach dem Vertrag von Lissabon, *ZIS* 2009, 406
- Die Auswirkungen des europäischen Doppelbestrafungsverbots auf die deutsche Strafrechtsprechung. Anmerkungen zum Beschluss des BGH vom 9. Juni 2008 – 5 StR 342/04 = BGH *HRRS* 2008 Nr. 623, *HRRS* 2008, 413
- Europäische Beweissicherung – Perspektiven der strafrechtlichen Zusammenarbeit in Europa, *ZIS* 2007, 547
- Der europäische Haftbefehl: Zur Umsetzung europäischer Vorgaben in Deutschland, *ZIS* 2007, 221
- Anmerkung zu EuGH, Urt. vom 13.9.2005 – Rs. C-176/03, *JZ* 2006, 310
- Heinrich, Bernd*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 3. Aufl., Stuttgart 2012 (zitiert: *Heinrich*, AT)
- Medienstrafrecht, in: Wandtke, *Medienrecht*, Bd. 5 (s. dort), S. 287
- Die Grenzen des Strafrechts bei der Gefahrprävention – Brauchen oder haben wir ein „Feindstrafrecht“?, *ZStW* 121 (2009), 91
- Handlung und Erfolg bei Distanzdelikten, in: FS für Ulrich Weber, Bielefeld 2004, S. 91 (zitiert: *Heinrich*, FS Weber)
- Die Nacheile im Rahmen von Strafverfolgungsmaßnahmen, *NSStZ* 1996, 361
- v. Heintschel-Heinegg, Bernd*, Europäischer Haftbefehl, in: Sieber/Brüner/Satzger/v. Heintschel-Heinegg (s. dort), § 37
- v. Heintschel-Heinegg, Bernd* (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar, StGB, Edition: 23, München, Stand: 22.7.2013 (teilweise Zitierung eines älteren Standes) (zitiert: *Verfasser*, in: Beck OK StGB)
- v. Heintschel-Heinegg, Bernd / Rohlf, Daniel*, Der Europäische Haftbefehl, *GA* 2003, 44
- Heintzen, Markus*, Gemeineuropäisches Verfassungsrecht in der Europäischen Union, *EuR* 1997, 1

- Heinz, Karl Eckhart*, Das Bismarck-Reich als Staatengemeinschaft – ein Beitrag zu den Lehren von Bundesstaat und Staatengemeinschaft, Staatswissenschaften und Staatspraxis 5 (1994), 77
- Heise, Friedrich Nicolaus*, Europäisches Gemeinschaftsrecht und nationales Strafrecht, 2. Aufl., Bielefeld 1999
- Heitzer, Anne*, Punitive Sanktionen im europäischen Gemeinschaftsrecht, Heidelberg 1997
- Herdegen, Matthias*, Europarecht, 15. Aufl., München 2013 (zitiert: *Herdegen*, Europarecht)
- Völkerrecht, 13. Aufl., München 2014 (zitiert: *Herdegen*, Völkerrecht)
- Herlin-Karnell, Ester*, In the wake of Pupino: Advocaten voor de Wereld and Dell’Orto, GLJ 8 (2007), 1147
- Herrfeld, Hans-Holger*, Die Rolle von Eurojust bei der Beilegung von Jurisdiktionskonflikten, in: Sinn, Jurisdiktionskonflikte (s. dort), S. 141
- Hetzer, Wolfgang*, Zusammenarbeit der Polizeibehörden, in: Sieber/Brüner/Satzger/v. Heintschel-Heinegg (s. dort), § 41
- Hilf, Meinhard / Pache, Eckhard*, Der Vertrag von Amsterdam, NJW 1998, 705
- Hillenkamp, Thomas*, 32 Probleme aus dem Strafrecht, Allgemeiner Teil, 14. Aufl., München 2012
- Hillgruber, Christian*, Der Nationalstaat in der überstaatlichen Verflechtung, in: Isensee/Kirchhof (s. dort), HStR II, § 32
- Himsworth, C.M.G. / Munro, C.R.*, The Scotland Act 1998, 2. Aufl., Edinburgh 2000
- Hirsch, Günter*, EG: Kein Staat, aber eine Verfassung?, NJW 2000, 46
- Der EuGH im Spannungsverhältnis zwischen Gemeinschaftsrecht und nationalem Recht, NJW 2000, 1817
- Hirst, Michael*, County Report „England and Wales“, in: Böse/Meyer/Schneider (s. dort), S. 27
- Hobe, Stephan*, Bedingungen, Verfahren und Chancen europäischer Verfassungsgebung: Zur Arbeit des Brüsseler Verfassungskonvents, EuR 2003, 1
- Der kooperationsoffene Verfassungsstaat, Der Staat 37 (1998), 521
- Hörnle, Tatjana*, Unterschiede zwischen Strafverfahrensordnungen innerhalb der EU und ihre kulturellen Hintergründe, ZStW 117 (2005), 801
- Anmerkung zu BGH, Urteil vom 12. 12. 2000 – 1 StR 184/00, NStZ 2001, 309
- Hoffmann-Holland, Klaus*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl., Stuttgart 2011
- Hofmann, Hasso*, Zur Verfassungsentwicklung in der Bundesrepublik Deutschland, StWStP 6 (1995), 155
- Hofstadter, Richard* (Hrsg.), Great Issues in American History, Vol. II, From the Revolution to the Civil War, 1765-1865, New York 1958 (zitiert: *Verfasser* oder Dokument, in: Hofstadter)
- Hogg, Peter W.*, Constitutional Law of Canada, Volume 1, 5. Aufl., Scarborough 2007
- v. Holtzendorff, Franz / Bezold, Emil (Hrsg.), Materialien der Deutschen Reichs-Verfassung, Band I, Glashütten 1976, Neudruck der Ausgabe, Berlin 1867 (zitiert *Redner*, in: v. Holtzendorff/Bezold)
- Hood, Kirsty Jane*, The effect of the constitutional relations between Scotland and England on their conflict of laws relations: a Scottish perspective, Glasgow 2004
- Huber, Barbara*, Länderbericht England und Wales, in: Sinn, Jurisdiktionskonflikte (s. dort), S. 263

- Huber, Barbara (Hrsg.), Das Corpus Juris als Grundlage eines Europäischen Strafrechts, Freiburg 2000 (zitiert: *Verfasser*, in: B. Huber, Corpus Juris)
- Huber, Ernst Rudolf, Deutsche Verfassungsgeschichte seit 1789, Band I, 2. Aufl., Stuttgart 1990; Band II, 3. Aufl. 1988 (zitiert: *E.R. Huber*, Verfassungsgeschichte Band)
- Verfassung, Hamburg 1937 (zitiert: *E.R. Huber*, Verfassung)
- Huber, Peter M., Europäisches und nationales Verfassungsrecht, VVDStRL 60 (2001), 194
- Hucklesby, Anthea / Wahidin, Azrini (Hrsg.), Criminal Justice, Oxford 2009 (zitiert: *Verfasser*, in: Hucklesby/Wahidin)
- Hübner, Emil / Münch, Ursula, Das politische System Großbritanniens, 2. Aufl., München 1999
- Hugger, Heiner, Strafrechtliche Anweisungen der Europäischen Gemeinschaft, Baden-Baden 2000
- Zur strafbarkeitserweiternden richtlinienkonformen Auslegung deutscher Strafvorschriften NStZ 1993, 421
- Husak, Douglas, Drugs and Crime: Legal Aspects, 2 Encyclopedia of Crime & Justice 566 (2002)
- Ignor, Alexander, Geschichte des Strafprozesses in Deutschland 1532-1846, Paderborn 2002
- Immenga, Ulrich / Mestmäcker, Ernst-Joachim (Hrsg.), Wettbewerbsrecht, Band 1: EU, 5. Aufl., München 2012 (zitiert: *Verfasser*, in: Immenga/Mestmäcker)
- Ipsen, Knut, Staatsrecht I, Staatsorganisationsrecht, 25. Aufl., München 2013 (zitiert: *Ipsen*, Staatsrecht I)
- Völkerrecht, 5. Aufl., München 2008 (zitiert: *Ipsen*, Völkerrecht)
- Die Kompetenzverteilung zwischen Bund und Ländern nach der Föderalismusnovelle, NJW 2006, 2801
- Die Bundesrepublik Deutschland in den Europäischen Gemeinschaften, in: Isensee/Kirchhof (s. dort), HStR VII, § 181
- Europäisches Gemeinschaftsrecht, Tübingen 1972 (zitiert: *Ipsen*, Europ. Gemeinschaftsrecht)
- Isensee, Josef (Hrsg.), Europa als politische Idee und als rechtliche Form, 2. Aufl., Berlin 1993 (zitiert: *Verfasser*, in: Isensee, Europa als politische Idee)
- Isensee, Josef / Kirchhof, Paul (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Band II: Verfassungsstaat, 3. Aufl., Heidelberg 2004; Band IV: Aufgaben des Staates, 3. Aufl., Heidelberg 2006; Band VI: Bundesstaat, 3. Aufl., Heidelberg 2009; Band VII: Normativität und Schutz der Verfassung – Internationale Beziehungen, Heidelberg 1992 (zitiert: *Verfasser*, in: HStR Band)
- Jachtenfuchs, Markus / Kohler-Koch, Beate (Hrsg.), Europäische Integration, 2. Aufl., Wiesbaden 2006 (zitiert: *Verfasser*, in: Jachtenfuchs/Kohler-Koch)
- Jachtenfuchs, Markus / Kohler-Koch, Beate, Governance in der Europäischen Union, in: Benz/Dose (s. dort), S. 69
- Regieren und Institutionenbildung, in: dies. (s. dort), S. 11
- Jackson, Vicki C. / Tushnet, Mark, Comparative Constitutional Law, 2 Aufl., New York 2006
- Jahn, Matthias, Verhandlungen des 67. Deutschen Juristentages Erfurt 2008 Band I: Gutachten / C: Beweiserhebung und Beweisverwertungsverbote im Spannungsfeld zwischen den Garantien des Rechtsstaates und der effektiven Bekämpfung von Kriminalität und Terrorismus, München 2008 (zitiert: *Jahn*, Gutachten 67. DJT)
- Jakobs, Günther, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl., Berlin 1993 (zitiert: *Jakobs*, AT)

- Jarass, Hans D., Charta der Grundrechte der Europäischen Union, Kommentar, 2. Aufl., München 2013 (zitiert: Jarass, Charta)
- Die Kompetenzverteilung zwischen der Europäischen Gemeinschaft und den Mitgliedstaaten, AöR 121 (1996), 173
  - Rechtsfragen der Öffentlichkeitsarbeit – zugleich ein Beitrag zum Thema „Werbung und Recht“, NJW 1981, 193
- Jarass, Hans / Pieroth, Bodo (Hrsg.), Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Kommentar, 13. Aufl., München 2014 (zitiert: Verfasser, in: Jarass/Pieroth)
- Jeffries, John C. Jr. / Gleeson, (Honorable) John, The Federalization of Organized Crime: The Advantages of Federal Prosecution, 46 Hastings L.J. 1095 (1995)
- Jellinek, Georg, Die Lehre von den Staatenverbindungen, Wien 1882, Neuaufl. Goldbach 1996 (zitiert: Jellinek, Staatenverbindungen)
- Allgemeine Staatslehre, 3. Aufl. 1928, Neuaufl. Darmstadt 1960 (zitiert: Jellinek, Allg. Staatslehre)
- Jeschek, Hans-Heinrich / Weigend, Thomas, Lehrbuch des Strafrechts, 5. Aufl., Berlin 1996
- Jeßberger, Florian, Der transnationale Geltungsbereich des deutschen Strafrechts, Tübingen 2011
- Wenn Du nicht redest, füge ich Dir große Schmerzen zu, JURA 2003, 711
  - Anmerkung zu BGH, Urteil vom 12. 12. 2000 – 1 StR 184/00, JR 2001, 429
- Joecks, Wolfgang / Miebach, Klaus (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band 1, §§ 1-37 StGB, 2. Aufl., München 2011; Band 2, §§ 38-79b StGB, 2. Aufl., München 2012, Band 6, Nebenstrafrecht I, 2. Aufl. 2013 (zitiert: Verfasser, in: MüKo StGB)
- Jones, Jackie, The Next Stage of Devolution? A (D)evolving Criminal Justice System for Wales, Crimes and Misdemeanors 2/1 (2008)
- Jones, J. Barry / Balsom, Denis (Hrsg.), The Road to the National Assembly for Wales, Cardiff 2000 (zitiert: Verfasser, in: Jones/Balsom)
- Jones, Timothy H., Splendid Isolation: Scottish Criminal Law, the Privy Council and the Supreme Court, (2004) Crim. L. Rev. 96
- Jones, Timothy H. / Williams, Jane M., Wales as a Jurisdiction, (2004) P.L. 78
- Jowell, Jeffrey / Oliver, Dawn (Hrsg.), The Changing Constitution, 6. Aufl. Oxford 2007, 7. Aufl. Oxford 2011 (zitiert: Verfasser, in: Jowell/Oliver)
- Jüngel, Marc, Shame Sanctions – Wiedergeburt der Schandstrafe, Langenfeld 2011
- Jürgens, Fabian, Die Kompetenzabgrenzung zwischen der Europäischen Union und den Mitgliedstaaten, München 2010
- Jung, Heike / Schroth, Hans-Jürgen, Das Strafrecht als Gegenstand der Rechtsangleichung in Europa, GA 1983, 241
- Kadish, Sanford H., Comment: The Folly of Overfederalization, 46 Hastings L.J. 1247 (1995)
- The Model Penal Code’s Historical Antecedents, 19 Rutgers L.J. 521 (1988)
- Kadish, Sanford H. / Schulhofer, Stephen J. / Steiker, Carol S., Criminal Law and Its Processes, 8. Aufl., Austin 2007
- Kaiafa-Gbandi, Maria, Aktuelle Strafrechtentwicklungen in der EU und rechtsstaatliche Defizite, in: Schünemann (s. dort), Gesamtkonzept, S. 65
- Katz, Ellis, United States of America, Länderbericht, in: Majeed/Watts/Brown (s. dort), S. 296

- Kelsen, Hans*, Das Problem der Souveränität, 2. Aufl., Tübingen 1928, Neuaufl. Aalen 1981 (zitiert: *Kelsen*, Souveränität)
- Allgemeine Staatslehre, Berlin 1925, Neuaufl. Wien 1993 (zitiert: *Kelsen*, Allg. Staatslehre)
- Ketcham, Ralph* (Hrsg.), The Anti-Federalist Papers and the Constitutional Convention Debates, New York 2003 (zitiert: *Verfasser*, in: Ketcham)
- Kielmansegg, Peter Graf*, Integration und Demokratie, in: Jachtenfuchs/Kohler-Koch (s. dort), S. 49
- Killmann, Bernd-Roland / Hofmann, Margarete*, Perspektiven für eine Europäische Staatsanwaltschaft, in: Sieber/Brüner/Satzger/v. Heintschel-Heinegg (s. dort), § 48
- Killmann, Bernd-Roland / Schröder, Jens*, Betrugs- und Finanzdelikte (inkl. Steuerstraftaten), in: Sieber/Brüner/Satzger/v. Heintschel-Heinegg (s. dort), § 12
- Kindhäuser, Urs / Neumann, Ulfrid / Paeffgen, Hans-Ullrich* (Hrsg.), Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band 1, 3. Aufl., Baden-Baden 2010; 4. Aufl., Baden-Baden 2013 (zitiert: *Verfasser*, in: NK)
- Kirchhof, Paul*, Der deutsche Staat im Prozeß der europäischen Integration, in: Isensee/Kirchhof (s. dort), HStR VII, § 183
- Europäische Einigung und der Verfassungsstaat der Bundesrepublik Deutschland, in: Isensee, Europa als politische Idee (s. dort), S. 63
- Redebeitrag zur Diskussion im Rahmen des Kolloquiums „Deutsches Verfassungsrecht und Europäisches Gemeinschaftsrecht“, EuR-Beiheft 1991, 59
- Deutsches Verfassungsrecht und Europäisches Gemeinschaftsrecht, EuR-Beih 1991, 11
- Klein, Susan R.*, A Colloquium on Community Policing: Independent-Norm Federalism in Criminal Law, 90 Calif. L. Rev. 1541 (2002)
- Klip, André*, European Criminal Law, 2. Aufl. 2012 (zitiert: *Klip*, Europ. C.L.)
- Strafrecht in der Europäischen Union, ZStW 117 (2005), 889
- Editorial: The Constitution for Europe and Criminal Law: A Step Not Far Enough, 12 MJ 2 (2005), 115
- Kniebühler, Roland Michael*, Transnationales „ne bis in idem“. Zum Verbot der Mehrfachverfolgung in horizontaler und vertikaler Dimension, Berlin 2005
- Köbler, Gerhard*, Deutsche Rechtsgeschichte, 6. Aufl., München 2005
- Koenig, Christian*, Anmerkungen zur Grundordnung der Europäischen Union und ihrem fehlenden „Verfassungsbedarf“, NVwZ 1996, 549
- König, Thomas / Rieger, Elmar / Schmitt, Hermann* (Hrsg.), Das europäische Mehrebenensystem, Frankfurt/Main 1996 (zitiert: *Verfasser*, in: König/Rieger/Schmitt)
- Kohler-Koch, Beate / Conzelmann, Thomas / Knodt, Michèle*, Europäische Integration – Europäisches Regieren, Wiesbaden 2004
- Kokott, Juliane*, Souveräne Gleichheit und Demokratie im Völkerrecht, ZaöRV 64 (2004), 517
- Deutschland im Rahmen der Europäischen Union, AöR 119 (1994), 207
- v. Komorowski, Alexis*, Demokratieprinzip und Europäische Union, Berlin 2010
- Kotulla, Michael*, Deutsche Verfassungsgeschichte, Berlin 2008
- Kreit, Alex*, Beyond the Prohibition Debate: Thoughts on Federal Drug Laws in an Age of State Reforms, 13 Chap. L. Rev. 555 (2010)
- Kreß, Claus*, Das Strafrecht auf der Schwelle zum europäischen Verfassungsvertrag, ZStW 116 (2004), 445

- Kretschmer, Joachim*, Europol, Eurojust, OLAF – was ist das und was dürfen die?, JURA 2007, 169
- Das Urteil des BVerfG zum Europäischen Haftbefehlsgesetz, JURA 2005, 780
- Kreuzer, Karl F. / Scheuing, Dieter H. / Sieber, Ulrich* (Hrsg.), Die Europäisierung der mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen der Europäischen Union, Baden-Baden 1997 (zitiert: *Verfasser*, in: *Kreuzer/Scheuing/Sieber*)
- Krey, Volker / Meyer, Wolfgang*, Zum Verhalten von Staatsanwaltschaft und Polizei bei Delikten mit Geiselnahme, ZRP 1973, 1
- Kriele, Martin*, Einführung in die Staatslehre, 6. Aufl., Stuttgart 2003
- Kristoferitsch, Hans*, Vom Staatenbund zum Bundesstaat: Die EU im Vergleich mit den USA, Deutschland und der Schweiz, Wien 2007
- Kroeschell, Karl*, Deutsche Rechtsgeschichte, Band 3: Seit 1650, 5. Aufl. 2008 (zitiert: *Kroeschell*, Deutsche Rechtsgeschichte Bd. 3)
- Krüger, Matthias*, Unmittelbare EU-Strafrechtskompetenzen aus der Sicht des deutschen Strafrechts, HRRS 2012, 311
- Krüßmann, Thomas M.*, Besondere Formen der grenzüberschreitenden Zusammenarbeit, in: Böse, EnzEuR Bd. 9 (s. dort), § 18
- Transnationales Strafprozessrecht, Baden-Baden 2009
- Kubicel, Michael*, Strafrechtswissenschaft und europäische Kriminalpolitik, ZIS 2010, 742
- Das „Lissabon“-Urteil und seine Folgen für das Europäische Strafrecht, GA 2010, 36
- Grund und Grenzen strafrechtlicher Anweisungskompetenz der Europäischen Gemeinschaft, NStZ 2007, 136
- Shame Sanctions – Ehrenstrafen im Lichte der Straftheorie, ZStW 118 (2006), 44
- Kühl, Kristian*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 7. Aufl., München 2012 (zitiert: *Kühl*, AT)
- Europäisierung der Strafrechtswissenschaft, ZStW 109 (1997), 777
- Kugelmann, Dieter*, Europäische Polizeiliche Kooperation, in: Böse, EnzEuR Bd. 9, § 17
- Kunig, Philip*, Völkerrecht und staatliches Recht, in: Graf Vitzthum (s. dort), S. 73
- Kunz, Karl-Ludwig*, Die organisierte Nothilfe, ZStW 95 (1983), 973
- Laband, Paul*, Das Staatsrecht des deutschen Reiches, Band I, 5. Aufl., Tübingen 1911
- Lackner, Karl / Kühl, Kristian*, Strafgesetzbuch, Kommentar, seit der 25. Aufl. bearbeitet von Kristian Kühl, 27. Aufl., München 2011 (zitiert: *Lackner/Kühl*)
- Ladenburger, Clemens*, Anmerkungen zu Kompetenzordnung und Subsidiarität nach dem Vertrag von Lissabon, ZEuS 2011, 389
- Läufer, Thomas* (Hrsg.), Verfassung der Europäischen Union, Schriftenreihe der Bundeszentrale für politische Bildung, Band 474, Bonn 2005
- LaFave, Wayne R.*, Substantive Criminal Law, Volume I und II, 2. Aufl., Eagan 2003 (zitiert: *LaFave*, Substantive Criminal Law Band)
- LaFave, Wayne R. / Israel, Jerold H. / King, Nancy J. / Kerr, Orin*, Criminal Procedure, Band 1 und Band 4, 3. Aufl., St. Paul 2007
- Lagodny, Otto*, Traditionelles Auslieferungs- und Rechtshilferecht (horizontale Rechts-hilfe), in: Sieber/Brüner/Satzger/v. Heintschel-Heinegg (s. dort), § 31
- Viele Strafgewalten und nur ein transnationales ne-bis-in-idem?, Festschrift für Stefan Trechsel zum 70. Geburtstag, hrsg. von Andreas Donatsch, Marc Foster und Christian Schwarzenegger, Zürich 2002 (zitiert: *Lagodny*, FS Trechsel, 2002)
- Lambers, Hans-Jürgen*, Subsidiarität in Europa – Allheilmittel oder juristische Leerformel, EuR 1993, 229

- Landau, Herbert*, Strafrecht in seinen europäischen Bezügen – Gemeinsamkeiten, Diskrepanzen, Entscheidungen und Impulse, NStZ 2013, 194  
 – Strafrecht nach Lissabon, NStZ 2011, 537  
 – Die Pflicht des Staates zum Erhalt einer funktionstüchtigen Strafrechtspflege, NStZ 2007, 121
- Laskin, Bora*, Tests for the Validity of Legislation: What's the Matter?, (1955) 11 U. T. L.J. 114
- Laskin, Bora / Finkelstein, Neil*, Laskin's Canadian Constitutional Law, Volume 2, 5. Aufl., Toronto 1986 (zitiert: *Laskin/Finkelstein*)
- Laufer, Heinz / Münch, Ursula*, Das föderative System der Bundesrepublik Deutschland, Opladen 1998
- Laufhütte, Heinrich Wilhelm / Rissing-van Saan, Ruth / Tiedemann, Klaus*, Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band 1, Einleitung, §§ 1-31, 12. Aufl., Berlin 2007 (zitiert: *Verfasser*, in: LK)
- Leach, Robert / Percy-Smith, Janie*, Local Governance in Britain, Hampshire 2001
- Le Dain, Gerald*, Sir Lyman Duff and the Constitution, (1974) 12 Osgoode Hall L.J. 261
- Lederman, William R.*, Continuing Canadian Constitutional Dilemmas, Toronto 1981 (zitiert: *Lederman*, Constitutional Dilemmas)
- The Concurrent Operations of Federal and Provincial Laws in Canada, (1963) 9 McGill L.J. 185
- Leigh, Ian*, The New Local Government, in: Jowell/Oliver (s. dort), 6. Aufl., S. 293
- Leigh, Leonard H.*, Subvention frauds: The British experience, in: Dannecker, Subventionsbetrug (s. dort), S. 70
- Lenzen, Karl*, Zuständigkeit für das Strafrecht kraft Sachzusammenhangs, JR 1980, S. 133
- Lerche, Peter*, Die Gesetzgebungskompetenz von Bund und Ländern auf dem Gebiet des Presserechts, JZ 1972, 468
- Le Sueur, Andrew / Sunkin, Maurice / Murkens, Jo Eric Khushal*, Public Law, Oxford 2010
- Leyland, Peter*, The Constitution of the United Kingdom, Oxford 2007
- Ligeti, Katalin*, Strafrecht und strafrechtliche Zusammenarbeit in der Europäischen Union, Berlin 2005
- Ligeti, Katalin (Hrsg.), Toward a Prosecutor for the European Union, Volume 1: A Comparative Analysis, Oxford 2013 (zitiert: *Verfasser*, in: Ligeti, Prosecutor)
- Lindner, Josef Franz*, Grundrechtsschutz im europäischen Mehrebenensystem – eine systematische Einführung, JURA 2008, 421
- Lingenthal, Lukas*, Eine Europäische Staatsanwaltschaft „ausgehend von Eurojust“, ZEuS 2010, 79
- v. Liszt, Franz*, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 22. Aufl., Berlin 1919
- Litman, Harry / Greenberg, Mark D.*, Dual Prosecutions: A Model For Concurrent Federal Jurisdiction, 543 Annals Am. Acad. Pol. & Soc. Sci. 72 (1996)
- Little, Rory K.*, Myths and Principles of Federalization, 46 Hastings L.J. 1029 (1995)
- Livingston, Debra*, Prosecution: United States Attorney, 2 Encyclopedia of Crime & Justice 1253 (2002)
- Löffler, Martin* (Hrsg.), Presserecht, Kommentar zu den deutschen Landespressegesetzen mit systematischen Darstellungen zum pressebezogenen Standesrecht, Anzeigenrecht, Werbe- und Wettbewerbsrecht, Vertriebsrecht, Urheber- und Verlagsrecht, Arbeitsrecht, Titelschutz, Jugendmedienschutz und Steuerrecht, 5. Aufl., München 2006 (zitiert: *Verfasser*, in: Löffler)

- Löwe, Ewald / Rosenberg, Werner (Begr.), hrsg. von Volker Erb, Robert Esser, Ulrich Franke, Kirsten Graalmann-Scheerer, Hans Hilger und Alexander Ignor, Die Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, StPO Band 3: §§ 94-111p, 26. Aufl., Berlin 2013 (zitiert: *Verfasser*, in: Löwe/Rosenberg)
- Logan, Wayne A., The Shadow Criminal Law of Municipal Governance, 62 Ohio St. L.J. 1409 (2001)
- Lorz, Ralph Alexander, Das Problem des demokratischen Defizits, in: Tsatsos, Unionsgrundordnung (s. dort), S. 331
- Low, Peter W., The Model Penal Code, the Common Law, And Mistakes of Fact: Recklessness, Negligence, or Strict Liability?, 19 Rutgers L.J. 539 (1988)
- Lübbe-Wolff, Gertrud, Europäisches und nationales Verfassungsrecht, VVDStrL 60 (2001), 246
- Lüderssen, Klaus, Wer will das bessere Europa?, in: Schünemann, Alternativentwurf (s. dort), S. 45
- Europäisierung des Strafrechts und gubernative Rechtssetzung, GA 2003, 71
- Lutter, Marcus, Die Auslegung angeglichenen Rechts, JZ 1992, 593
- Lynch, Gerard E., Prosecution: Prosecutorial Discretion, 2 Encyclopedia of Crime & Justice 1246 (2002)
- Lysyk, Kenneth, The Constitutional Reform and the Introductory Clause of Section 91: Residual and Emergergency Law-Making Authority, (1979) 57 Can. Bar Rev. 531
- Maiwald, Christian, Die Gesetzgebungszuständigkeit im Strafrecht, ZRP 2006, 18
- Majeed, Akhtar / Watts, Ronald L. / Brown, Douglas M. (Hrsg.), Distribution of Powers and Responsibilities in Federal Countries (zitiert: *Verfasser*, in: Majeed/Watts/Brown)
- Malanczuk, Peter, Region und unitarische Struktur in Großbritannien, Berlin 1984
- v. Mangoldt, Hermann / Klein, Friedrich / Starck, Christian (Hrsg.), Kommentar zum Grundgesetz, Band 2, 6. Aufl., München 2010 (zitiert: *Verfasser*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck)
- Mansdörfer, Marco, Das Europäische Strafrecht nach dem Vertrag von Lissabon, HRRS 2010, 11
- Das Prinzip des ne bis in idem im europäischen Strafrecht, Berlin 2004 (zitiert: *Mansdörfer*, Ne bis in idem)
- Markel, Dan, Connectedness and Its Discontents: The Difficulties of Federalism and Criminal Law, 4 Ohio St. J. Crim. L. 573 (2007)
- Martín, Adán Nieto / Wade, Marianne / Muñoz de Morales, Marta, Federal Criminal Law and the European Prosecutor's Office, in: Ligeti, Prosecutor (s. dort), S. 781
- v. Martitz, Ferdinand, Rezension von Paul Laband, Das Staatsrecht des deutschen Reiches, ZgesStW 32 (1876), 555
- Internationale Rechtshilfe in Strafsachen, Abtheilung I, Leipzig 1888
- Marxen, Klaus, Das Volk und sein Gerichtshof, Frankfurt/Main 1994
- Der Kampf gegen das liberale Strafrecht, Berlin 1975
- Maunz, Theodor / Dürig, Günter, Grundgesetz, Kommentar, begründet von Theodor Maunz und Günter Dürig, herausgegeben von Roman Herzog, Rupert Scholz, Matthias Herdegen, Hans H. Klein, Loseblattsammlung, Stand: 69. EL, München 2013 (teilweise Zitierung älterer Lieferungen) (zitiert: *Verfasser*, in: Maunz/Dürig, EL)
- Maurach, Reinhart / Zipf, Heinz, Strafrecht Allgemeiner Teil, Teilband 1: Grundlehren des Strafrechts und Aufbau der Straftat, 8. Aufl., Heidelberg 1992 (zitiert: *Maurach/Zipf*, AT 1)

- Maus, Ingeborg*, Die Rekonstruktion demokratischer Souveränität, Blätter für deutsche und internationale Politik 2005, S. 829
- Mavany, Markus*, Die Europäische Beweisordnung und das Prinzip der gegenseitigen Anerkennung, Heidelberg 2012
- Mayer, Franz C.*, Rashomon in Karlsruhe, NJW 2010, 714
- Die Rückkehr der Europäischen Verfassung? Ein Leitfaden zum Vertrag von Lissabon, ZaöRV 67 (2007), 1141
- Macht und Gegenmacht in der Europäischen Verfassung, ZaöRV 63 (2003), 59
- Kompetenzüberschreitung und Letztentscheidung, München 2000
- Mayntz, Renate*, Governance im modernen Staat, in: Benz/Dose (s. dort), S. 37
- McGimsey, Diane*, The Commerce Clause and Federalism After Lopez and Morrison: The Case for Closing the Jurisdictional-Element Loophole, 90 Calif. L. Rev. 1675 (2002)
- McClain, Charles / Kahan, Dan M.*, Criminal Law Reform: Historical Development in the United States, 1 Encyclopedia of Crime & Justice 412 (2002)
- McCrudden, Christopher*, Northern Ireland and the British Constitution Since the Belfast Agreement, in: Jowell/Oliver (s. dort), 6. Aufl., S. 227
- v. Mehren, Arthur T. / Murray, Peter L.*, Law in the United States, 2. Aufl., Cambridge 2007
- Melander, Sakari*, Ultima Ratio in European Criminal Law, EuCLR 2013, 45
- Merkel, Taryn A.*, The Federalization of Criminal Law and Double Jeopardy, 31 Colum. Hum. Rts. L. Rev. 175 (1999)
- Mestmäcker, Ernst-Joachim*, Im Schatten des Leviathan – Anmerkungen zum Urteil des BVerfG vom 30.6.2009, EuR-Beiheft 2010, 35
- Meyer, Frank*, Demokratische Kontrolle, in: Böse, EnzEuR Bd. 9 (s. dort), § 25
- Country Report „Germany“, in: Böse/Meyer/Schneider (s. dort), S. 141
- Strafrechtsgenese in Internationalen Organisationen, Baden-Baden 2012 (zitiert: *F. Meyer*, Strafrechtsgenese)
- Eine Geologie des Strafrechts, ZStW 123 (2011), 1
- Das Strafrecht im Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts, EuR 2011, 169
- Internationalisierung und Europäisierung des Rechts als methodische Herausforderung der Rechtsvergleichung, in: Beck/Burchard/Fateh-Moghadam (s. dort), S. 87
- Demokratieprinzip und Europäisches Strafrecht, Baden-Baden 2009 (zitiert: *F. Meyer*, Demokratieprinzip)
- Die Lissabon-Entscheidung des BVerfG und das Strafrecht, NStZ 2009, 657
- Der Grundsatz der Verfügbarkeit, NStZ 2008, 188
- Meyer, Georg / Anschütz, Gerhard*, Lehrbuch des deutschen Staatsrechts, 7. Aufl., München 1919; unveränderter Nachdruck (8. Aufl.), Berlin 2005
- Meyer, Jürgen* (Hrsg.), Charta der Grundrechte der Europäischen Union, Kommentar, 4. Aufl., Baden-Baden 2014 (zitiert: *Verfasser*, in: J. Meyer, Charta)
- Meyer-Göfner, Lutz*, Strafprozessordnung, Kommentar, 56. Aufl., München 2013
- Meyer-Ladewig, Jens*, Europäische Menschenrechtskonvention, Handkommentar, 3. Aufl., Baden-Baden 2011 (zitiert: *Meyer-Ladewig*, EMRK)
- Middlekauff, Robert*, The Glorious Cause, Oxford 2005
- Miettinen, Samuli*, Implied ancillary criminal law competence after Lisbon, EuCLR 2013, 194
- Mikos, Robert A.*, On the Limits of Supremacy: Medical Marijuana and the States' Overlooked Power to Legalize Federal Crime, Vand. L. Rev. 1421 (2009)

- Miner, Roger J.*, Crime and Punishment in the Federal Courts, 43 Syracuse L. Rev. 681 (1992)
- Mitchell, Jonathan*, Stellungnahme zum Konzept eines „Eurodefensors“ als Mittel zur Stärkung der Verteidigung in transnationalen Strafverfahren (Koreferrat), in: Schüemann, Gesamtkonzept (s. dort), S 191
- Mitsch, Wolfgang*, Medienstrafrecht, Berlin 2012
- Der Europäische Haftbefehl, JA 2006, 448
- Mitsilegas, Valsamis*, EU Criminal Law, Oxford 2009
- Mittwoch, Anne-Christin*, Vollharmonisierung und Europäisches Privatrecht, Berlin 2013
- Möhrenschlager, Manfred*, Einbeziehung ausländischer Rechtsgüter in den Schutzbereich nationaler Straftatbestände, in: Dannecker, Subventionsbetrug (s. dort), S. 162
- Möllers, Christoph*, Staat als Argument, 2., unveränderte Aufl., Tübingen 2011 (zitiert: Möllers, Staat als Argument)
- Die drei Gewalten. Legitimation der Gewaltengliederung in Verfassungsstaat, Europäischer Integration und Internationalisierung, Weilerswist-Metternich 2008 (zitiert: Möllers, Die drei Gewalten)
- Gewaltengliederung, Tübingen 2005 (zitiert: Möllers, Gewaltengliederung)
- Moll, Dietmar*, Europäisches Strafrecht durch nationale Blankettstrafgesetzgebung?, Göttingen 1998
- Momsen, Carsten / Grützner, Thomas* (Hrsg.), Wirtschaftsstrafrecht, München 2013 (zitiert: *Verfasser*, in: Momsen/Grützner)
- Monahan, Patrick J.*, Constitutional Law, 3. Aufl., Toronto 2006
- de Montesquieu, Charles*, Vom Geist der Gesetze, 1748, Reclam Ausgabe, Stuttgart 1986
- Morgenstern, Christine*, Vollstreckungshilfe, in: Böse, EnzEuR Bd. 9, § 15
- v. Münch, Ingo / Mager, Ute*, Staatsrecht I, 7. Aufl., Stuttgart 2009 (zitiert: *v. Münch/Mager*)
- v. Münch, Ingo / Kunig, Philip* (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, Band 1: Präambel bis Art. 69, 6. Aufl., München 2012 (zitiert: *Verfasser*, in: *v. Münch/Kunig*)
- Murswiek, Dietrich*, Maastricht und der Pouvoir Constituant, Der Staat 32 (1993), 161
- Musil, Andreas*, Umfang und Grenzen europäischer Rechtssetzungsbefugnis im Bereich des Strafrechts nach dem Vertrag von Amsterdam, NStZ 2000, 68
- Mylonopoloulos, Christos*, Strafrechtsdogmatik in Europa nach dem Vertrag von Lissabon – Zur materiellen Legitimation des Europäischen Strafrechts, ZStW 123 (2011), 117
- Nawiasky, Hans*, Der Bundesstaat als Rechtsbegriff, Tübingen 1920
- Nelles, Ursula*, Europäisierung des Strafverfahrens – Strafprozeßrecht für Europa?, ZStW 109 (1997), 725
- Nelles, Ursula / Tinkl, Cristina / Lauchstädt, Kathrin*, Strafrecht, in: Schulze/Zuleeg/Kadelbach (s. dort), § 42
- Nestler, Cornelius*, Europäische Verteidigung bei transnationalen Sachverhalten, in: Schüemann, Gesamtkonzept (s. dort), S. 166
- Europäisches Strafprozessrecht, ZStW 116 (2004), 332
- Nestler, Nina*, Das Ende des Vollstreckungselements im (teil-)europäischen Doppelbestrafungsverbot, HRRS 2013, 337
- Nettesheim, Martin*, Kompetenzen, in: *v. Bogdandy/Bast*, Europäisches Verfassungsrecht (s. dort), S. 389 (zitiert: *Nettesheim*, in: *v. Bogdandy/Bast*)
- Ein Individualrecht auf Staatlichkeit? Die Lissabon-Entscheidung des BVerfG, NJW 2009, 2867

- Die Kompetenzordnung im Vertrag über eine Verfassung für Europa, EuR 2004, 511
- Die konsoziative Föderation von EU und Mitgliedstaaten, ZEuS 2002, 507
- Horizontale Kompetenzkonflikte in der EG, EuR 1993, 243
- Neumann, Dietrich*, Gemeinsame Ermittlungsteams, in: Sieber/Brüner/Satzger/v. Heintschel-Heinegg (s. dort), § 34
- Europol, in: Sieber/Brüner/Satzger/v. Heintschel-Heinegg (s. dort), § 44
- Nicolaysen, Gert*, Das Lissabon-Urteil des Bundesverfassungsgerichts im Kontext der Europarechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, EuR-Beiheft 2010, 9
- Zur Theorie von den Implied Powers in den Europäischen Gemeinschaften, EuR 1966, 129
- Nida-Rümelin, Julian*, Philosophische Grundlagen des Föderalismus, in: Härtel (s. dort), § 5
- Noltenius, Bettina*, Strafverfahrensrecht als Seismograph der Europäischen Integration – Verfassung, Strafverfahrensrecht und der Vertrag von Lissabon, ZStW 122 (2010), 604
- Oakland, John*, British Civilization, 7. Aufl., London 2010
- Obwexer, Walter*, Der Beitritt der EU zur EMRK: Rechtsgrundlagen, Rechtsfragen und Rechtsfolgen, EuR 2012, 115
- Oehler, Dietrich*, Fragen zum Strafrecht der Europäischen Gemeinschaft, Festschrift für Hans-Heinrich Jescheck zum 70. Geburtstag, hrsg. von Theodor Vogler, Berlin 1985, S. 1399 (zitiert: *Oehler*, FS Jescheck, 1985)
- Internationales Strafrecht, 2. Aufl., Köln u.a. 1983
- Oeter, Stefan*, Föderalismus und Demokratie, in: v. Bogdandy/Bast, Europäisches Verfassungsrecht (s. dort), S. 73 (zitiert: *Oeter*, in: v. Bogdandy/Bast)
- Europäische Integration als Konstitutionalisierungsprozeß, ZaöRV 59 (1999), 901
- Integration und Subsidiarität im deutschen Bundesstaatsrecht, Tübingen 1998 (zitiert: *Oeter*, Integration und Subsidiarität)
- Souveränität und Demokratie als Probleme in der „Verfassungsentwicklung“ der Europäischen Union, ZaöRV 55 (1995), 659
- O’Neill, Michael Edmund*, When Prosecutors Don’t: Trends in Federal Prosecutorial Declinations, 79 Notre Dame L. Rev. 221 (2003)
- Oppermann, Thomas*, Den Musterknaben ins Bremserhäuschen! – Bundesverfassungsgericht und Lissabon-Vertrag, EuZW 2009, 473
- Oppermann, Thomas / Classen, Claus Dieter*, Die EG vor der Europäischen Union, NJW 1993, 5
- Oppermann, Thomas / Classen, Claus Dieter / Nettesheim, Martin* (Hrsg.), Europarecht, 5. Aufl., München 2011 (zitiert: *Verfasser*, in: Oppermann/Classen/Nettesheim)
- Ormerod, David*, Smith & Hogan’s Criminal Law, 13. Aufl., Oxford 2011
- Ostendorf, Heribert*, Dokumentation des NS-Strafrechts, Baden-Baden 2000
- Otto, Harro*, Das Corpus Juris der strafrechtlichen Regelungen zum Schutz der finanziellen Interessen der Europäischen Union – Anmerkungen zum materiell-rechtlichen Teil, JURA 2000, 98
- Pabsch, Wiegand*, Auswirkungen der europäischen Integrationsverträge auf das deutsche Strafrecht, NJW 1959, 2002
- Paeffgen, Hans-Ulrich*, Haus ohne Hüter? Die Justizgrundrechte im Mehr-Ebenen-System von EG-/EU-Vertrag, EMRK und Europäischem Verfassungsvertrags-Entwurf, ZStW 118 (2006), 275

- Page, Alan*, A Parliament That is Different? Law Making in the Scottish Parliament, in: Hazell/Rawlings (s. dort), S. 57
- Papayannis, Donatos*, Die Polizeiliche Zusammenarbeit und der Vertrag von Prüm, ZEuS 2008, 219
- Parpworth, Neil*, Constitutional and Administrative Law, 6. Aufl., Oxford 2010
- Patchett, Keith*, Principle or Pragmatism, in: Hazell/Rawlings (s. dort), S. 112
- The New Welsh Constitution: The Government of Wales Act 1998, in: Jones/Balsom (s. dort), S. 229
- Pernice, Ingolf*, Der Schutz nationaler Identität in der Europäischen Union, AöR 136 (2011), 185
- Die Zukunft der Unionsgerichtsbarkeit, EuR 2011, 151
- La Rete Europea di Costituzionalità – Der Europäische Verfassungsverbund und die Netzwerktheorie, ZaöRV 70 (2010), 51
- Der Vertrag von Lissabon – Ende des Verfassungsprozesses der EU?, EuZW 2008, 65
- Das Verhältnis europäischer zu nationalen Gerichten im europäischen Verfassungsverbund, Berlin 2006 (zitiert: *Pernice*, Verhältnis)
- Europäisches und nationales Verfassungsrecht, VVDStrL 60 (2001), 148
- Kompetenzabgrenzung im Europäischen Verfassungsverbund, JZ 2000, 866
- Die Dritte Gewalt im europäischen Verfassungsverbund, EuR 1996, 27
- Carl Schmitt, Rudolf Smend und die europäische Integration, AöR 120 (1995), 100
- Maastricht, Staat und Demokratie, Die Verwaltung 29 (1993), 449
- Gemeinschaftsverfassung und Grundrechtsschutz – Grundlagen, Bestand und Perspektiven, NJW 1990, 2409
- Pernice, Ingolf* (Hrsg.), Der Vertrag von Lissabon: Reform der EU ohne Verfassung?, Kolloquium zum 10. Geburtstag des WHI, Baden-Baden 2008 (zitiert: *Verfasser*, in: *Pernice*, Der Vertrag von Lissabon)
- Perron, Walter*, Auf dem Weg zu einem europäischen Ermittlungsverfahren?, ZStW 112 (2000), 202
- Peters, Anne*, Elemente einer Theorie der Verfassung Europas, Berlin 2001
- Pfeiffer, Gerd*, Strafprozessordnung, Kommentar, 5. Aufl., München 2005 (zitiert: *Pfeiffer*, StPO)
- Pieroth, Bodo / Schlink, Bernhard / Kingreen, Thorsten / Poscher, Ralf*, Grundrechte Staatsrecht II, 29. Aufl., Heidelberg 2013
- Pohl, Tobias*, Verfassungsvertrag durch Richterspruch, ZIS 2006, 213
- Pohlreich, Erol*, Die Gesetzgebungskompetenz für den Vollzug von Straf- und Untersuchungshaft nach der Föderalismusreform I, in: Brunhöber/Höffler/Kaspar/Reinbacher/Vormbaum (s. dort), S. 117
- Polakiewicz, Jörg*, Verfahrensgarantien im Strafverfahren: Fortschritte und Fehlertitte in der Europäischen Rechtssetzung, ZEuS 2010, 1
- Prittowitz, Cornelius*, Lissabon als Chance zur kriminalpolitischen Neubestimmung. Das Manifest zur Europäischen Kriminalpolitik, in: Ambos, Europäisches Strafrecht (s. dort), S. 29
- Pufendorf, Samuel (alias Severinus von Monzambano)*, Die Verfassung des deutschen Reiches, 1667, Reclam-Ausgabe, Stuttgart 1994
- Puttler, Adelheid*, Sind die Mitgliedstaaten noch „Herren der EU“? – Stellung und Einfluss der Mitgliedstaaten nach dem Entwurf des Verfassungsvertrages der Regierungskonferenz, EuR 2004, 669

- Quaritsch, Helmut*, Souveränität im Ausnahmezustand, *Der Staat* 35 (1996), 1  
– Souveränität, Berlin 1986 (zitiert: *Quaritsch*, Souveränität)
- Rackow, Peter*, Institutionalisation der Verteidigung, in: Böse, *EnzEuR* Bd. 9 (s. dort), § 23  
– Das Anerkennungsprinzip auf dem Prüfstein der Beweisrechtshilfe, in: Ambos, *Europäisches Strafrecht* (s. dort), S. 117  
– Verfasst der EuGH die Union?, *ZIS* 2008, 526
- Radtke, Henning*, Der Grundsatz „ne bis in idem“ und Jurisdiktionskonflikte, in: Böse, *EnzEuR* Bd. 9 (s. dort), § 12  
– Der Europäische Staatsanwalt, *GA* 2004, 1
- Randelzhofer, Albrecht*, Staatsgewalt und Souveränität, in: Isensee/Kirchhof (s. dort), *HStR* II, § 17
- Rauscher, Thomas / Wax, Peter / Wenzel, Joachim (Hrsg.), *Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen*, Band 3, 4. Aufl., München 2013 (zitiert: *Verfasser*, in: *MüKo ZPO*)
- Rawlings, Richard*, Law Making in a Virtual Parliament: The Welsh Experience, in: Hazell/Rawlings (s. dort), S. 71
- Re, Edward D.*, Federal-State Relations: The Allocation and Distribution of Powers of Government in the United States, 15 *St. Thomas L. Rev.* 265
- Rehn, Thane*, Note: RICO and the Commerce Clause: A Reconsideration of the Scope of Federal Criminal Law, 108 *Colum. L. Rev.* 1991 (2008)
- Reinbacher, Tobias*, Realignment im kalifornischen Strafvollzug – Liberalisierung durch die Hintertür?, *NK* 2012, 45  
– (Could California) Legalize It?, *DAJV-NL* 2011, 50  
– Das Strafrechtssystem der USA. Eine Untersuchung zur Strafgewalt im föderativen Staat, Berlin 2010 (zitiert: *Reinbacher*, *Das Strafrechtssystem der USA*)  
– Die Strafbarkeit der Vervielfältigung urheberrechtlich geschützter Werke zum privaten Gebrauch nach dem UrhG, Berlin 2007 (zitiert: *Reinbacher*, *Strafbarkeit der Vervielfältigung*)
- Reinbacher, Tobias / Wincierz, Andrej*, Kritische Würdigung des Gesetzesentwurfs zur Bekämpfung von Kinder- und Jugendpornographie, *ZRP* 2007, 195
- Rengier, Rudolf*, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 5. Aufl., München 2013 (zitiert: *Rengier*, *AT*)
- Richman, Daniel C.*, Federal Criminal Law Enforcement, 2 *Encyclopedia of Crime & Justice* 698 (2002)
- Ricker, Reinhart / Weberling, Johannes (Hrsg.), *Handbuch des Pressrechts*, 6. Aufl., München 2012 (zitiert: *Verfasser*, in: *Ricker/Weberling*)
- Rieger, Gerhard*, Erfahrungsbericht aus der Bundesrepublik Deutschland unter Berücksichtigung der organisierten Kriminalität, in: Dannecker, *Subventionsbetrug* (s. dort), S. 52
- Riker, William H.*, *Federalism*, Boston 1964
- Ritzer, Christoph*, *Europäische Kompetenzordnung*, Baden-Baden 2006
- Roach, Kent / Healy, Patrick / Trotter, Gary*, *Criminal Law and Procedure: Cases and Materials*, 9. Aufl., Toronto 2004
- Robinson, Paul H. / Cabill, Michael T. / Mohammad, Usman*, The Five Worst (and Five Best) American Criminal Codes, 95 *Nw. U. L. Rev.* 1 (2000)

- Rönau, Thomas / Wegner, Kilian, Grund und Grenzen der Einwirkung des europäischen Rechts auf das nationale Strafrecht, GA 2013, 561
- Rogall, Klaus, Das Notwehrrecht des Polizeibeamten – BayObLGSt 1991, 141, JuS 1992, 551
- Roggan, Fredrik, Das neue BKA-Gesetz – Zur weiteren Zentralisierung der deutschen Sicherheitsarchitektur, NJW 2009, 257
- Rohlf, Daniel, Der Europäische Haftbefehl, Frankfurt/Main 2003
- Rosenau, Henning, Zur Europäisierung im Strafrecht, ZIS 2008, 9
- Rosenthal, Peter, The New Emergencies Act: Four Times the War Measures Act, (1991) 20 Manitoba L.J. 563
- Rousseau, Jean-Jacques, Gesellschaftsvertrag, 1762, Reclam-Ausgabe, Stuttgart 1977
- Roxin, Claus, Strafrecht, Allgemeiner Teil I, 4. Aufl., München 2006 (zitiert: *Roxin*, AT I)
- Rüping, Hinrich, Streng, aber gerecht. Schutz der Staatssicherheit durch den Volksgerichtshof, JZ 1984, 815
- Geldstrafe und Buße, ZStW 85 (1973), 672
- Rüping, Hinrich / Jerouschek, Günter, Grundriss der Strafrechtsgeschichte, 6. Aufl., München 2011
- Rüter, Frederik, Harmonie trotz Dissonanz, ZStW 105 (1993), 30
- Russell, Peter H. (Hrsg.), Canada's Trial Courts: Two Tiers or One?, Toronto 2007 (zitiert: *Verfasser*, in: Russell)
- Ruthig, Josef, Europol, in: Böse, EnzEuR Bd. 9 (s. dort), § 20
- Ryder, Bruce, The Demise and Rise of the Classical Paradigm in Canadian Federalism: Promoting Autonomy for the Provinces and First Nations, (1991) 36 McGill L.J. 308
- Sachs, Michael (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, 6. Aufl., München 2011 (zitiert: *Verfasser*, in: Sachs)
- Sack, Jörn, Die EU als Demokratie – Plädoyer für eine europäische Streitkultur, ZEuS 2007, 457
- Der „Staatenverbund“ – Das Europa der Vaterländer des Bundesverfassungsgerichts, ZEuS 2009, 623
- Safferling, Christoph, Internationales Strafrecht, Berlin 2011
- Saliger, Frank, Umweltstrafrecht, München 2012
- Sanders, Andrew / Young, Richard / Burton, Mandy, Criminal Justice, 4. Aufl., Oxford 2010
- Satzger, Helmut, Internationales und Europäisches Strafrecht, 6. Aufl., Baden-Baden 2013 (zitiert: *Satzger*, Intern. und Europ. Strafrecht); 3. Aufl., Baden-Baden 2009 (zitiert: *Satzger*, Intern. und Europ. Strafrecht, 3. Aufl. 2009)
- Grundsätze eines europäischen Strafrechts, in: Böse, EnzEuR Bd. 9 (s. dort), § 2
- Die potenzielle Errichtung einer Europäischen Staatsanwaltschaft – Plädoyer für ein Komplementaritätsmodell, NStZ 2013, 206
- Institutionelle Grundlagen, in: Sieber/Brüner/Satzger/v. Heintschel-Heinegg (s. dort), § 1
- Europäisierung, in: Sieber/Brüner/Satzger/v. Heintschel-Heinegg (s. dort), § 9
- Auf dem Weg zu einer „europäischen Rechtskraft“?, Festschrift für Claus Roxin zum 80. Geburtstag, hrsg. von Manfred Heinrich, Christian Jäger, Hans Achenbach, Knut Amelung, Wilfried Bortke, Bernhard Haffke, Bernd Schünemann und Jürgen Wolter, Berlin 2011, S. 1516 (zitiert: *Satzger*, FS Roxin, 2011)

- Das „Manifest zur Europäischen Kriminalpolitik“ – Eine Antwort auf die (selten gestellte) Frage nach einer vernünftigen Kriminalpolitik der Europäischen Union, ZRP 2010, 137
- Der Mangel an Europäischer Kriminalpolitik, ZIS 2009, 691
- Das Strafrecht als Gegenstand europäischer Gesetzgebungstätigkeit, KritV 2008, 17
- Die Internationalisierung des Strafrechts als Herausforderung für den strafrechtlichen Bestimmtheitsgrundsatz, JuS 2004, 943
- Gefahren für eine effektive Verteidigung im geplanten europäischen Verfahrensrecht, StV 2003, 137
- Rechtspolitische Möglichkeiten zur Realisierung der Tatbestandsvorschläge der „Europa-Delikte“, in: Schünemann, Freiburg-Symposium (s. dort), S. 71
- Auf dem Weg zu einem Europäischen Strafrecht – Kritische Anmerkungen zu dem Kommissionsvorschlag für eine Richtlinie über den strafrechtlichen Schutz der finanziellen Interessen der Gemeinschaft, ZRP 2001, 549
- Die Europäisierung des Strafrechts, München 2001 (zitiert: *Satzger*, Europäisierung)
- Satzger, Helmut / Zimmermann, Frank*, Europäische Kriminalpolitik „reloaded“: Das Manifest zum Europäischen Strafverfahrensrecht, ZIS 2013, 406
- Satzger, Helmut / Zimmermann, Frank / Langheld, Georg*, The Directive on Preventing and Combatting Trafficking in Human Beings and the Principles Governing European Criminal Policy – A Critical Evaluation, EuCLR 2013, 107
- Satzger, Helmut / Schluckebier, Wilhelm / Widmaier, Gunter* (Hrsg.), StGB, Kommentar, 2. Aufl., Köln 2014 (zitiert: *Verfasser*, in: *Satzger/Schluckebier/Widmaier*)
- Schaefer, Hans Christoph*, Die Staatsanwaltschaft im Rechtsschutzsystem, NJW 2001, 1396
- Scharpf, Fritz W. / Reissert, Bernd / Schnabel, Fritz*, Politikverflechtung. Theorie und Empirie des kooperativen Föderalismus in der Bundesrepublik, Kronberg i. Ts. 1976
- Schaut, Andreas B.*, Europäische Strafrechtsprinzipien, Baden-Baden 2012
- Schliesky, Utz*, Souveränität und Legitimität von Herrschaftsgewalt, Tübingen 2004
- Schmid, Niklaus*, Strafverfahren und Strafrecht in den Vereinigten Staaten, 2. Aufl., Heidelberg 1993
- Schmidhuber, Peter M.*, Rechtspolitische Bestrebungen zur Verbesserung des Schutzes der EG-Finanzinteressen, in: Dannecker, Subventionsbetrug (s. dort), S. 106
- Deutsche Vereinigung für Europäisches Strafrecht – ein Beitrag zur Bekämpfung des Betrugs zu Lasten der EG, in: Sieber, Europäische Einigung (s. dort), S. 17
- Schmidt, Eberhard*, Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege, 3. Aufl., Göttingen 1965
- Schmidt-Bleibtreu, Bruno / Hofmann, Hans / Hopfauf, Axel*, Grundgesetz, Kommentar, 12. Aufl., Köln 2011 (zitiert: *Verfasser*, in: *Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Hopfauf*)
- Schmidt-Kessel, Martin*, Das internationale Privatrecht als Vorbild eines transnationalen Strafanwendungsrechts?, in: Sinn, Jurisdiktionskonflikte (s. dort), S. 65
- Schmitt, Carl*, Politische Theologie, 2. Aufl., Berlin 1934
- Verfassungslehre, Berlin 1928, 9. Neuauf, Berlin 2003
- Schöler, Claudia*, Deutsche Rechtseinheit, Köln 2004
- Schönberger, Christoph*, Lisbon in Karlsruhe: Maastricht's Epigones At Sea, GLJ 10 (2009), 1201
- Schönke, Adolf / Schröder, Horst*, Strafgesetzbuch, Kommentar, 29. Aufl., München 2014 (zitiert: *Verfasser*, in: *Schönke/Schröder*)

- Schomburg, Wolfgang*, Überblick über die Aktivitäten des Europarates auf strafrechtlichem Gebiet, in: Sieber/Brüner/Satzger/v. Heintschel-Heinegg (s. dort), § 3
- Überblick über die strafrechtlichen Konventionen des Europarates, in: Sieber/Brüner/Satzger/v. Heintschel-Heinegg (s. dort), § 4
  - Internationales „ne bis in idem“ nach Art. 54 SDÜ, StV 1997, 383
- Schomburg, Wolfgang / Lagodny, Otto / Schallmoser, Nina Marlene*, Grundlagen der Zusammenarbeit, in: Böse, EnzEuR Bd. 9 (s. dort), § 13
- Schomburg, Wolfgang / Lagodny, Otto / Gleß, Sabine / Hackner, Thomas* (Hrsg.), Internationale Rechtshilfe in Strafsachen, 5. Aufl., München 2012
- Schramm, Edward*, Internationales Strafrecht, München 2011 (zitiert: *Schramm*, Intern. Strafrecht)
- Acht Fragen zum Europäischen Strafrecht, ZJS 2010, 615
- Schröder, Christian*, Europäische Richtlinien und deutsches Strafrecht, Berlin 2002
- Schubert, Werner*, Der Ausbau der Rechtseinheit unter dem Norddeutschen Bund, FS für Rudolf Gmür, Bielefeld 1983, S. 149
- Die Quellen zum Strafgesetzbuch von 1870/71, GA 1982, S. 191
- Schubert, Werner* (Hrsg.), Vormbaum, Thomas, Verhandlungen des Bundestags und des Reichstags des Norddeutschen Bundes über den Entwurf eines Strafgesetzbuches, Frankfurt/Main 1992
- Schünemann, Bernd*, Noch einmal: Zur Kritik der rechtsstaatlichen Brechsthaftigkeit des EU-Geldsanktionengesetzes, des europatümelnden strafrechtlichen Neopositivismus und seiner Apologie von Böse, ZIS 2010, 735
- Spät kommt ihr, doch ihr kommt: Glosse eines Strafrechtlers zur Lissabon-Entscheidung des BVerfG, ZIS 2009, 393
  - Europas verschmutzte Usurpierung einer furchtbaren Gewalt, ZIS 2007, 535
  - Europäischer Sicherheitsstaat = europäischer Polizeistaat?, ZIS 2007, 528
  - Ein Gesamtkonzept für die europäische Strafrechtspflege, in: ders., Gesamtkonzept (s. dort), S. 61
  - Die Grundlagen eines transnationalen Strafverfahrens, in: ders., Gesamtkonzept (s. dort), S. 93
  - Die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zum europäischen Haftbefehl: markiges Ergebnis, enttäuschende Begründung, StV 2005, 681
  - Mindestnormen oder sektorales Europastrafrecht?, in: ders., Alternativentwurf (s. dort), S. 75
  - Grundzüge eines Alternativ-Entwurfs zur europäischen Strafverfolgung, ZStW 116 (2004), 376
  - Fortschritte und Fehlritte in der Strafrechtspflege der EU, GA 2004, 193
  - Europäischer Haftbefehl und gegenseitige Anerkennung in Strafsachen, ZRP 2003, 472
  - Europäischer Haftbefehl und EU-Verfassungsentwurf auf schiefer Ebene – Die Schranken des Grundgesetzes, ZRP 2003, 185
  - Zwischenruf: Die parlamentarische Gesetzgebung als Lakai von Brüssel? Zum Entwurf des Europäischen Haftbefehlsgesetzes, StV 2003, 531
  - Bürgerrechte ernst nehmen bei der Europäisierung des Strafverfahrens, StV 2003, 116
- Schünemann, Bernd* (Hrsg.), Ein Gesamtkonzept für die europäische Strafrechtspflege, Köln 2006 (zitiert: *Verfasser*, in: Schünemann, Gesamtkonzept)
- Alternativentwurf Europäische Strafverfolgung, Köln 2004 (zitiert: *Verfasser*, in: Schünemann, Alternativentwurf)

- Schünemann, Bernd / Roger, Benjamin*, Die Karawane zur Europäisierung des Strafrechts zieht weiter, ZIS 2010, 515
- Schütze, Robert*, From Dual to Cooperative Federalism. The Changing Structure of European Law, Oxford 2009
- Schulze, Reiner / Zuleeg, Manfred / Kadelbach, Stefan* (Hrsg.), Europarecht, 2. Aufl., Baden-Baden 2010 (zitiert: *Verfasser*, in: Schulze/Zuleeg/Kadelbach)
- Schuster, Frank Peter*, Anmerkung zu BGH, Beschl. v. 15.3.2007 – 5 StR 53/07 (LG Stuttgart), StV 2008, 396
- Verwertbarkeit im Ausland gewonnener Beweise im deutschen Strafprozess, Berlin 2006
- Telekommunikationsüberwachung in grenzüberschreitenden Strafverfahren nach Inkrafttreten des EU-Rechtshilfeübereinkommens, NStZ 2006, 657
- Schwabe, Jürgen*, Die Notrechtsvorbehalte des Polizeirechts, JZ 1974, 634
- Schwartz, L. B.*, Federal Criminal Jurisdiction and Prosecutors' Discretion, 13 Law & Contemp. Probs. 64 (1948)
- Schwarzburg, Peter / Hamdorf, Kai*, Brauchen wir ein EU-Finanz-Strafgesetzbuch? – Materiell-rechtliche Folgerungen aus dem Vorschlag der EU-Kommission zur Schaffung einer Europäischen Staatsanwaltschaft, NStZ 2002, 617
- Schwarze, Jürgen* (Hrsg.), EU-Kommentar, mitherausgegeben von Ulrich Becker, Armin Hatje und Johann Schoo, 3. Aufl., Baden-Baden 2012 (zitiert: *Verfasser*, in: Schwarze)
- Scupin, Hans-Ulrich*, Der Begriff der Souveränität bei Johannes Althusius und bei Jean Bodin, Der Staat 4 (1965), 1
- Seebode, Manfred*, Polizeiliche Notwehr und Einheit der Rechtsordnung, FS für Ulrich Klug, Köln 1983, S. 359
- Selmayr, Martin*, Endstation Lissabon? – Zehn Thesen zum „Niemals“-Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 30. Juni 2009, ZEuS 2009, 637
- Senge, Lothar* (Hrsg.), Karlsruher Kommentar zum Gesetz für Ordnungswidrigkeiten, 3. Aufl., München 2006 (zitiert: *Verfasser*, in: KK OWiG)
- v. Seydel, Max*, Kommentar zur Verfassings-Urkunde für das Deutsche Reich, 2. Aufl., Freiburg 1897
- Sieber, Ulrich*, Einführung: Entwicklung, Ziele und Probleme des Europäischen Strafrechts, in: Sieber/Brüner/Satzger/v. Heintschel-Heinegg (s. dort), S. 27 ff.
- Die Zukunft des Europäischen Strafrechts, ZStW 121 (2009), 1
- The Forces Behind the Harmonization of Criminal Law, in: Delmas-Marty/Pieth/Sieber (s. dort), S. 385
- Grenzen des Strafrechts, ZStW 119 (2007), 1
- Einheitliches europäisches Strafgesetzbuch als Ziel der Strafrechtsvergleichung?, Gedenschrift für Ellen Schlüchter, hrsg. von Gunnar Duttge, Gerd Geilen, Lutz Meyer-Goßner und Günter Warda, Köln 2002 (zitiert: *Sieber*, GS Schlüchter)
- Bekämpfung des EG-Betrugs und Perspektiven der europäischen Amts- und Rechtshilfe. Ergebnisse und rechtspolitische Vorschläge anlässlich einer Tagung zur Bekämpfung von Wirtschaftsstraftaten gegen die Europäische Gemeinschaft, ZRP 2000, 186
- Memorandum für ein Europäisches Modellstrafgesetzbuch, JZ 1997, 369
- Entwicklung und Ziele der Vereinigung für Europäisches Strafrecht e.V., in: ders., Europäische Einigung (s. dort), S. 11
- Europäische Einigung und Europäisches Strafrecht, ZStW 103 (1991), 957
- Sieber, Ulrich / Engelhart, Marc*, Strafrechtskodifikation, RW 2012, 364

- Sieber, Ulrich (Hrsg.), Europäische Einigung und Europäisches Strafrecht, Köln 1993 (zitiert: *Verfasser/*, in: Sieber, Europäische Einigung)
- Sieber, Ulrich / Brüner, Hermann / Satzger, Helmut / v. Heintschel-Heinegg (Hrsg.), Europäisches Strafrecht, Baden-Baden 2011 (zitiert: *Verfasser*, in: Sieber/Brüner/Satzger/ v. Heintschel-Heinegg)
- Sieber, Ulrich / Cornils, Karin (Hrsg.), Nationales Strafrecht in rechtsvergleichender Darstellung, Allgemeiner Teil, Teilband 1: Grundlagen, Berlin 2009 (zitiert: *Verfasser*, in: Sieber/Cornils)
- Simeon, Richard E., Criteria for Choice in Federal Systems, (1982/83) 8 Queen's L.J. 131
- Simeon, Richard E. / Papillon, Martin, Canada, Länderbericht, in: Majeed/Watts/Brown (s. dort), S. 92
- Sinn, Arndt, Die Vermeidung von strafrechtlichen Jurisdiktionskonflikten in der Europäischen Union – Gegenwart und Zukunft, ZIS 2013, 1
- Das Strafanwendungsrecht als Schlüssel zur Lösung von Jurisdiktionskonflikten? Rechtsvergleichende Betrachtungen, in: ders., Jurisdiktionskonflikte (s. dort), S. 501
- Die Einbeziehung der internationalen Rechtspflege in den Anwendungsbereich der Ausagedelikte, NJW 2008, 3526
- Sinn, Arndt (Hrsg.), Jurisdiktionskonflikte bei grenzüberschreitender Kriminalität, Osnabrück 2012 (zitiert: *Verfasser*, in: Sinn, Jurisdiktionskonflikte)
- Sinn, Arndt / Wörner, Liane, The European Arrest Warrant and Its Implementation in Germany – Its Constitutionality, Laws and Current Developments, ZIS 2007, 204
- Slapper, Gary / Kelly, David, The English Legal System, 13. Aufl., Albingdon 2012
- Spencer, John R., The Green Paper on obtaining evidence from one Member State to another and securing its admissibility: the Reaction of one British Lawyer, ZIS 2010, 602
- Spinellis, Dionysos, „Europäische“ Rechtsgüter und ihr Schutz durch das Europastrafrecht (Korreferat), in: Schönemann, Gesamtkonzept (s. dort), S. 233
- Starck, Christian, Idee und Struktur des Föderalismus im Lichte der Allgemeinen Staatslehre, in: Härtel (s. dort), § 1
- Steiker, Carol S., Capital Punishment: Legal Aspects, 1 Encyclopedia of Crime & Justice 119 (2002)
- Stein, Ekkehart / Frank, Götz, Staatsrecht, 21. Aufl., Tübingen 2010
- Sterling, D. B., The Criminal Law Power and Confederation, (1957) 15 U.T. Fac. of Law Rev. 1
- Stern, Klaus, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Band I: München 1984, Band V: München 2000 (zitiert: *Stern*, Staatsrecht Band)
- Stiegel, Ute, EJN und Verbindungsrichter/-staatsanwälte, in: Sieber/Brüner/Satzger/ v. Heintschel-Heinegg (s. dort), § 46
- Stolleis, Michael, Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland, Band I: Reichspublizistik und Policywissenschaft, München 1988; Band II: Staatsrechtslehre und Verwaltungswissenschaft, München 1992 (zitiert: *Stolleis*, Geschichte des öff. Rechts, Band)
- Stone, Geoffrey R. / Seidman, Louis Michael / Sunstein, Cass R. / Tushnet, Mark V. / Karlan, Pamela S., Constitutional Law, 5. Aufl., New York 2005
- Streinz, Rudolf, Europarecht, 9. Aufl., Heidelberg 2012
- Streinz, Rudolf (Hrsg.), EUV/AEUV, Kommentar, 2. Aufl., München 2012 (zitiert: *Verfasser*, in: Streinz, EUV/AEUV)

- Streinz, Rudolf / Ohler, Christoph / Herrmann, Christoph*, Der Vertrag von Lissabon zur Reform der EU, 3. Aufl., München 2010
- Streng, Franz*, Probleme der Strafrechtsgeltung und –anwendung in einem Europa ohne Grenzen, in: Zieschang/Hilgendorf/Laubenthal (s. dort), S. 143
- Stuckenberg, Carl-Friedrich*, Allgemeiner Teil eines Europäischen Strafrechts, in: Böse, EnzEuR Bd. 9 (s. dort), § 10
- Double Jeopardy. Das Verbot doppelter Bestrafung und Strafverfolgung im US-amerikanischen Recht, Heidelberg 2001
- Sturies, Jonas*, Ermächtigt der Vertrag von Lissabon wirklich zum Erlass supranationaler Wirtschaftsstrafgesetze?, HRRS 2012, 273
- Subr, Oliver*, Die polizeiliche und justizielle Zusammenarbeit in Strafsachen nach dem „Lissabon“-Urteil des Bundesverfassungsgerichts, ZEuS 2009, 687
- Strafrechtsharmonisierung in der Europäischen Union. Neue Grenzziehungen und zusätzliche Kontrollaufträge, ZEuS 2008, 45
- Summers, Sarah*, Rahmenbedingungen, Vorgaben, Grundlagen und Entwicklung des Strafrechts in Schottland, in: Sieber/Cornils (s. dort), S. 551
- Sutton, Robert P.*, Federalism, Westport 2002
- Swinton, Katherine*, The Supreme Court and Canadian Federalism, Scarborough 1990
- Swoboda, Sabine*, Die Lehre vom Rechtsgut und ihre Alternativen, ZStW 122 (2010), 24
- Das Recht der Wiederaufnahme in Europa, HRRS 2009, 188
- Sydow, Gernot*, Der geplante *Supreme Court* für das Vereinigte Königreich im Spiegel der britischen Verfassungsreformen, ZaöRV 2004, 65
- Taylor, Richard / Wasik, Martin / Leng, Roger*, Blackstone's Guide to the Criminal Justice Act 2003, Oxford 2004
- Terhechte, Jörg Philipp*, Europäischer Bundesstaat, supranationale Gemeinschaft oder Vertragsunion souveräner Staaten? – Zum Verhältnis von Staat und Union nach dem Lissabon-Urteil des BVerfG, EuR-Beiheft 2010, 135
- Der Vertrag von Lissabon: Grundlegende Verfassungsurkunde der europäischen Rechts-gemeinschaft oder technischer Änderungsvertrag, EuR 2008, 143
- Thaman, Stephen C.*, Länderbericht Vereinigte Staaten von Amerika, in: Sinn, Jurisdiktionskonflikte (s. dort), S. 475
- Tiedemann, Klaus*, Gegenwart und Zukunft des Europäischen Strafrechts, ZStW 116 (2004), 945
- Grunderfordernisse einer Regelung des Allgemeinen Teils, in: ders., Freiburg-Symposium (s. dort), S. 3
  - EG und EU als Rechtsquellen des Strafrechts, Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag, hrsg. von Bernd Schünemann, Hans Achenbach u.a., Berlin 2001 (zitiert: *Tiedemann*, FS Roxin, 2001)
  - Einleitung: Re-Europäisierung des Strafrechts versus Nationalismus der (deutschen) Strafrechtslehre, GA 1998, 107
  - Der Allgemeine Teil des Strafrechts im Lichte der europäischen Rechtsvergleichung, Festschrift für Theodor Lenckner zum 70. Geburtstag, hrsg. von Albin Eser, Ulrike Schittenhelm und Heribert Schumann, München 1998, S. 411 (zitiert: *Tiedemann*, FS Lenckner, 1998)
  - Die Europäisierung des Strafrechts, in: Kreuzer/Scheuing/Sieber (s. dort), S. 133
  - Anmerkung zu EuGH, Urteil vom 27.10.1992 – Rs. C-240/90, NJW 1993, 49
  - Europäisches Gemeinschaftsrecht und Strafrecht, NJW 1993, 23

- Der Strafschutz der Finanzinteressen der Europäischen Gemeinschaft, NJW 1990, 2226
- Die Gesetzgebungskompetenz für Ordnungswidrigkeiten, AÖR 89 (1964), 56
- Tiedemann, Klaus (Hrsg.), Wirtschaftsstrafrecht in der Europäischen Union, Freiburg-Symposium, Köln 2002 (zitiert: *Verfasser*, in: Tiedemann, Freiburg-Symposium)
- Tinkl, Cristina, Die Ungleichbehandlung eigener und fremder Staatsbürger im deutschen Auslieferungsrecht, ZIS 2010, 320
- de Tocqueville, Alexis*, Über die Demokratie in Amerika, 1. Band: 1835, 2. Band: 1840, Reclam-Ausgabe, Stuttgart 1985
- Trench, Alan, Legislative Comment: The Government of Wales Act 2006: The Next Steps on Devolution for Wales, (2006) P.L. 687
- Whitehall and the Process of Legislation After Devolution, in: Hazell/Rawlings (s. dort), S. 193
- Tsatsos, Dimitris Th., Europäische politische Parteien?, EuGRZ 1994, 48
- Tsatsos, Dimitris Th. (Hrsg.), Die Unionsgrundordnung. Handbuch zur Europäischen Verfassung, Berlin 2010 (zitiert: *Verfasser*, in: Tsatsos, Unionsgrundordnung)
- Ukrow, Jörg, Deutschland auf dem Weg vom Motor zum Bremsen der europäischen Integration?, ZEuS 2009, 717
- Ullenbruch, Thomas, Nachträgliche „Sicherungsverwahrung“ durch die „Polizei“: StrUBG BW – (k)ein Modell für Deutschland?, NStZ 2001, 292
- Valerius, Brian, Kultur und Strafrecht, Berlin 2011
- Van Alstyne, William W., Dual Sovereignty, Federalism and National Criminal Law: Modernist Constitutional Doctrine and the Nonrole of the Supreme Court, 26 Am. Crim. L. Rev. 1740 (1989)
- Vander Beken, Tom / Vermeulen, Gert / Lagodny, Otto, Kriterien für die jeweils „beste“ Strafgewalt in Europa – Zur Lösung von Strafgewaltskonflikten jenseits eines transnationalen Ne-bis-in-idem, NStZ 2002, 624
- Vedder, Christoph / Heintschel v. Heinegg, Wolff (Hrsg.), Europäisches Unionsrecht, Handkommentar, Baden-Baden 2012 (zitiert: *Verfasser*, in: Vedder/Heintschel v. Heinegg)
- Verdross, Alfred / Simma, Bruno, Universelles Völkerrecht, 3. Aufl., Berlin 1984
- Vervaele, John A. E., The European Community and Harmonization of the Criminal Law Enforcement of Community Policy: Ignoti nulla cupido?, in: Festschrift für Klaus Tiedemann zum 70. Geburtstag, hrsg. von Ulrich Sieber, Gerhard Dannecker, Urs Kindhäuser, Joachim Vogel und Tonio Walter, Köln 2008, S. 337 (zitiert: *Vervaele*, FS Tiedemann, 2008)
- Graf Vitzthum, Wolfgang, Begriff, Geschichte und Quellen des Völkerrechts, in: ders. (s. dort), S. 1
- Graf Vitzthum, Wolfgang (Hrsg.), Völkerrecht, 5. Aufl., Berlin 2010 (zitiert: *Verfasser*, in: Vitzthum)
- Vogel, Joachim, Begriff und Ziele der Harmonisierung, in: Böse, EnzEuR Bd. 9 (s. dort), § 7
- Radu – Melloni – Åkerberg Fransson: „Staatsstreich“ in Luxemburg? StV 2013, Editorial
- Die Strafgesetzgebungskompetenzen der Europäischen Union nach Art. 83, 86 und 325 AEUV, in: Ambos, Europäisches Strafrecht (s. dort), S. 41
- Allgemeiner Teil des supranationalen Sanktionenrechts, in: Sieber/Brüner/Satzger/v. Heintschel-Heinegg (s. dort), § 5
- Besonderer Teil des supranationalen Sanktionenrechts (Überblick), in: Sieber/Brüner/Satzger/v. Heintschel-Heinegg (s. dort), § 6

- Die Zukunft der europäischen Integration auf dem Gebiet der Strafrechtspflege, in: Schünemann, Gesamtkonzept (s. dort), S. 122
  - Europäischer Haftbefehl und deutsches Verfassungsrecht, JZ 2005, 801
  - The European Integrated Criminal Justice System and Its Constitutional Framework, 12 MJ 2 (2005), 125
  - Licht und Schatten im Alternativ-Entwurf Europäische Strafverfolgung, ZStW 116 (2004), 400
  - Einflüsse des Nationalsozialismus auf das Strafrecht, ZStW 115 (2003), 638
  - Harmonisierung des Strafrechts in der Europäischen Union, GA 2003, 314
  - Stand und Tendenzen der Harmonisierung des materiellen Strafrechts in der Europäischen Union, in: Zieschang/Hilgendorf/Laubenthal (s. dort), S. 29
  - Europäische Kriminalpolitik – europäische Strafrechtsdogmatik, GA 2002, 517
  - Gesetzlichkeitsprinzip, territoriale Geltung und Gerichtsbarkeit, in: Tiedemann, Freiburg-Symposium (s. dort), S. 91
  - Thema IV: Internationale Zusammenarbeit in Strafsachen, ZStW 110 (1998), 974
  - Geldwäsche – ein europaweit harmonisierter Straftatbestand?, ZStW 109 (1997), 335
  - Wege zu europäisch-einheitlichen Regelungen im Allgemeinen Teil des Strafrechts, JZ 1995, 331
  - Die Kompetenz der EG zur Einführung supranationaler Sanktionen, in: Dannecker, Subventionsbetrug (s. dort), S. 170
- Vormbaum, Moritz*, Schutz der Rechtsgüter von EU-Staaten durch das deutsche Strafrecht, Münster 2005
- Vormbaum, Thomas*, Einführung in die moderne Strafrechtsgeschichte, Berlin 2009
- Wahl, Rainer*, Der offene Staat und seine Rechtsgrundlagen, JuS 2003, 1145
- Waitz, Georg*, Grundzüge der Politik, Kiel 1862
- Walker, Clive*, Terrorism and the Law, Oxford 2011
- Walter, Tonio*, Inwieweit erlaubt die Europäische Verfassung ein europäisches Strafgesetz?, ZStW 117 (2005), 912
- Wandtke, Artur-Axel* (Hrsg.), Medienrecht, Praxishandbuch, Bd. 5, IT-Recht und Medienstrafrecht, 2. Aufl., Berlin 2011 (zitiert: *Verfasser*, in: Wandtke, Medienrecht, Bd. 5)
- Wandtke, Artur-Axel / Bullinger, Winfried* (Hrsg.), Praxiskommentar zum Urheberrecht, 4. Aufl., München 2014 (zitiert: *Verfasser*, in: Wandtke/Bullinger)
- Wasmeier, Martin*, Entwicklung des Rechtshilferechts in der EU, in: Sieber/Brüner/Satzger/v. Heintschel-Heinegg (s. dort), § 32
- Der Europäische Haftbefehl vor dem Bundesverfassungsgericht – Zur Verzahnung des nationalen und europäischen Strafrechts, ZEuS 2006, 23
  - Stand und Perspektiven des EU-Strafrechts, ZStW 116 (2004), 320
- Watts, Ronald L.*, Comparing Federal Systems, 3. Aufl., Montreal 2008
- v. Weber, Helmuth*, Die peinliche Gerichtsordnung Kaiser Karls V., ZRG GA 77 (1960), 288
- Weber, Ulrich*, Zum Verhältnis von Bundes- und Landesrecht auf dem Gebiet des straf- und bußgeldrechtlichen Denkmalschutzes, Festschrift für Herbert Tröndle zum 70. Geburtstag, hrsg. von Hans-Heinrich Jescheck und Theodor Vogler, Berlin 1989, S. 337 (zitiert: *Weber*, FS Tröndle, 1989)
- Wechsler, Herbert*, The Challenge of a Model Penal Code, 65 Harvard L. Rev. 1097 (1952)

- Wehr, Matthias, Nomos Kommentar zum Bundespolizeigesetz, Baden-Baden 2013 (zitiert: Wehr, BPolG)
- Weigend, Thomas, Der Entwurf einer Europäischen Verfassung und das Strafrecht, ZStW 116 (2004), 275
- Mindestanforderungen an ein europaweit geltendes harmonisiertes Strafrecht, in: Zieschang/Hilgendorf/Laubenthal (s. dort), S. 57
  - Strafrecht durch internationale Vereinbarungen – Verlust an nationaler Strafrechtskultur?, ZStW 105 (1993), 774
- Weißer, Bettina, Die Wirkungen von EU-Rahmenbeschlüssen auf das mitgliedstaatliche Recht, ZIS 2006, 562
- Welling, Sarah / Beale, Sara Sun / Bucy, Pamela H., Federal Criminal Law and Related Actions, Band 1, St. Paul 1998
- Welzel, Hans, Das Deutsche Strafrecht, 11. Aufl., Berlin 1969
- Wendel, Matthias, Permeabilität im europäischen Verfassungsrecht, Tübingen 2011 (zitiert: Wendel, Permeabilität)
- Lisbon Before the Courts: Comparative Perspectives, EuConst 7 (2011), 96
- Wesel, Uwe, Geschichte des Rechts in Europa, München 2010
- Wessels, Johannes / Beulke, Werner / Satzger, Helmut, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 43. Aufl., Heidelberg 2013
- Wheare, K.C., Federal Government, 4. Aufl., Oxford 1963
- Wicks, Elizabeth, The Evolution of a Constitution, Oxford 2006
- Willoweit, Dietmar, Deutsche Verfassungsgeschichte, 7. Aufl., München 2013
- Willoweit, Dietmar / Seif, Ulrike, Europäische Verfassungsgeschichte, München 2003
- Wilson, Anne, The Criminal Justice System in Scotland, in: Hucklesby/Wahidin (s. dort)
- Winetrobe, Barry K., Scottish Devolution: Developing Practice in Multi-Layer-Governance, in: Jowell/Oliver (s. dort), 6. Aufl., S. 207
- A Partnership of the Parliaments?, in: Hazell/Rawlings (s. dort), S. 39
- Wise, Edward M., Abortion, 1 Encyclopedia of Crime & Justice 1 (2002)
- Wörner, Liane / Wörner, Matthias, Länderbericht Deutschland, in: Sinn, Jurisdiktionskonflikte (s. dort), S. 203
- Woblers, Wolfgang, Strafverfolgungskompetenzen im Bundesstaat, in: Schünemann, Alternativentwurf (s. dort), S. 51
- Wolfe, Nancy Travis, Interstate Rendition: Discretionary or Mandatory?, 5 Am. J. of Crim. Justice 25 (1980)
- Wolfrum, Rüdiger, Indemnität im Kompetenzkonflikt zwischen Bund und Ländern, DÖV 1982, 674
- Wolter, Jürgen (Hrsg.), Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Loseblattsammlung, Band I, §§ 1-45b StGB, 8. Aufl., Stand: 140. EL, Köln Oktober 2013 (zitiert: Verfasser, in: SK)
- Wolter, Jürgen / Schenke, Wolf-Rüdiger / Hilger, Hans / Ruthig, Josef / Zöllner, Mark A. (Hrsg.), Alternativentwurf Europol und europäischer Datenschutz, Heidelberg 2008 (zitiert: Verfasser, in: Wolter/Schenke/Hilger/Ruthig/Zöllner, Alternativentwurf Europol)
- Wolter, Katleen Maja, Vorabentscheidungsverfahren und Beschleunigungsgebot in Strafsachen, Berlin 2011
- Wood, Gordon S., The Creation of the American Republic, Chapel Hill 1998

- Wuermeling, Joachim*, Der Reformvertrag – Das Ende der Verfassungsvision?, in: Pernice, Der Vertrag von Lissabon (s. dort), S. 25
- Zachert, Hans-Ludwig*, Organisierte Kriminalität in einem Europa offener Grenzen, in: Sieber, Europäische Einigung (s. dort), S. 61
- Die Entwicklung der grenzüberschreitenden Kriminalität in Europa, in: Sieber, Europäische Einigung (s. dort), S. 81
- Zieschang, Frank*, Chancen und Risiken der Europäisierung des Strafrechts, ZStW 113 (2001), 255
- Zieschang, Frank / Hilgendorf, Eric / Laubenthal, Klaus* (Hrsg.), Strafrecht und Kriminalität in Europa, Baden-Baden 2003 (zitiert: *Verfasser*, in: Zieschang/Hilgendorf/Laubenthal)
- Zimmermann, Frank*, Wann ist der Einsatz von Strafrecht auf europäischer Ebene sinnvoll?, ZRP 2009, 74
- Tendenzen der Strafrechtsangleichung in der EU – dargestellt anhand der Bestrebungen zur Bekämpfung von Terrorismus, Rassismus und illegaler Beschäftigung, ZIS 2009, 1
- Die Auslegung künftiger EU-Strafrechtskompetenzen nach dem Lissabon-Urteil des BVerfG, JURA 2009, 340
- Mehr Fragen als Antworten: Die zweite EuGH-Entscheidung zur Strafrechtsharmonisierung mittels EG-Richtlinien (Rs. C-440/05), NStZ 2008, 662
- Zippelius, Reinhold*, Allgemeine Staatslehre, 16. Aufl., München 2010 (zitiert: *Zippelius*, Allg. Staatslehre)
- Kleine deutsche Verfassungsgeschichte, 7. Aufl., München 2006 (zitiert: *Zippelius*, Verfassungsgeschichte)
- Zippelius, Reinhold / Würtenberger, Thomas*, Deutsches Staatsrecht, 32. Aufl., München 2008
- Zöller, Mark A.*, Eurojust, EJN und Europäische Staatsanwaltschaft, in: Böse, EnzEuR (s. dort), § 21
- OLAF, in: Böse, EnzEuR Bd. 9 (s. dort), § 22
- Der Austausch von Strafverfolgungsdaten zwischen den Mitgliedstaaten der Europäischen Union, ZIS 2011, 64
- Europäische Strafgesetzgebung, ZIS 2009, 340
- Zürn, Michael*, Regieren jenseits des Nationalstaates, Frankfurt/Main 1998
- Zuleeg, Manfred*, Die föderativen Grundsätze der Europäischen Union, NJW 2000, 2846
- Der Beitrag des Strafrechts zur europäischen Integration, in: Sieber, Europäische Einigung (s. dort), S. 41