

§ 5 Strafgesetzgebung in der Europäischen Union

Wie vorstehend bereits mehrfach angesprochen und empirisch unterlegbar,¹ beruht nationale Strafgesetzgebung zwar nicht ausschließlich und quantitativ nicht einmal überwiegend, aber doch bedeutsam auf europäischen und internationalen Impulsen. Aufgrund seiner besonderen rechtlichen Bindungswirkung,² des komplexen Normsetzungsprozesses mit einer stark verselbstständigten supranationalen Ebene und der besonderen quantitativen wie qualitativen Bedeutung richtet sich der Fokus nachfolgend allein auf die Europäische Union und deren (Kriminal-)Strafgesetzgebung.³ In Anbetracht des formalen Verfahrens und seiner Einbettung in einen Handlungszyklus sowie in größere politische und rechtliche Kontexte⁴ steht die Einwirkung europäisierter Kriminalpolitik auf Strafgesetzgebung und die Verflechtung europäischer und nationaler Strafgesetzgebung im Zentrum der nachfolgenden Untersuchung, daneben die Frage, inwieweit aus dieser europäischen Perspektive dem Strafrecht bzw. der Strafgesetzgebung eine Sonderstellung zuzuschreiben ist.⁵

1 Siehe nachfolgend § 6 I. 1. e).

2 Völkerrechtliche Verträge – wie Strafrechtskonventionen des Europarats – entfalten rechtlich mit ihrer Zeichnung durch einen Vertreter der Bundesregierung nur ein Frustrationsverbot; eine Umsetzungsverpflichtung entfalten sie ab ihrer Ratifikation, die ein Zustimmungsgesetz nach Art. 59 Abs. 2 Satz 1 GG voraussetzt (siehe bereits oben § 1 II. 1. d) cc), § 2 IV. 3. b)), bis zu ihrer Kündigung. Zudem soll der nationale Strafgesetzgeber ohne Weiteres befugt sein, völkerrechtliche Verträge zu brechen (siehe erneut oben § 1 II. 1. d) cc); ferner § 1 III. 1. c) bb) (1) zu Ambiguitäten). All das ist zwar im Lichte der gewichtigen kriminalpolitischen Wirkungen völkervertraglicher Regelwerke zu sehen (siehe erneut oben § 1 II. 1. d) cc), § 1 III. 1. c) bb) (1), § 2 III. 2. b) cc) sowie § 2 III. 2. b) cc)), ist jedoch nicht mit der sanktionsbewehrten und auch verfassungsrechtlich verfestigten (Art. 23 GG) unionsrechtlichen Bindung gleichzusetzen. Zu Sonderfällen siehe oben § 1 III. 1. c) bb) (2).

3 Diese Untersuchung richtet sich dabei allein auf das materielle Strafrecht, hingegen nicht auf Fragen des Strafverfahrensrechts und der strafjustiziellen Zusammenarbeit einschließlich der Instrumente der gegenseitigen Anerkennung strafjustizieller Entscheidungen. Zu weiteren Abgrenzungsfragen siehe noch sogleich § 5 I.

4 Siehe unten § 5 II. 1. a).

5 Zu den Statiken des europäischen Strafverfassungsrechts siehe die inzidente Aufarbeitung oben § 1 (insbes. § 1 II. 1. a), § 1 II. 1. d) aa), § 1 II. 2. a) bb), § 1 III. 1., § 1 III. 3. a) bb) (2), § 1 III. 3. b) aa) und § 1 IV. 2. c) cc)); zu Auslösern europäischer Strafgesetzgebung unten § 5 II. 2. Zu Unterschieden in den Ursachen bzw. Motivationen europäischer im Vergleich zu nationaler Strafgesetzgebung siehe inzident unten § 5

I. Das Verfahren europäischer Strafgesetzgebung

Als europäische Strafgesetzgebung sei nachfolgend diejenige Rechtsetzung der Europäischen Union bezeichnet, die entweder ausdrücklich auf Art. 83 AEUV gestützt ist und daher auf Anweisungen an nationale (Kriminal-) Strafgesetzgeber in Gestalt von »Mindestvorschriften zur Festlegung von Straftaten und Strafen« gerichtet ist, oder aber die – gestützt auf weitere Kompetenzvorschriften, namentlich in Art. 33, 325 Abs. 4 AEUV – ebenfalls auf derartige Harmonisierungsmaßnahmen gerichtet ist.⁶ Ausgeklammert werden daher sowohl – bislang ohnehin nicht vorliegende – Verordnungen mit materiell-kriminalstrafrechtlichem Gehalt, als auch sonstige, nicht auf Kriminalstrafen gerichtete Sanktionierungsmechanismen, etwa diejenigen des unionisierten Datenschutzsanktionenrechts.⁷

Diese Strafgesetzgebung erfolgt grundsätzlich nach dem *ordentlichen Gesetzgebungsverfahren* (Art. 289 Abs. 1, 294 AEUV), auf das in Art. 83 Abs. 1, Abs. 2 Alt. 1 AEUV, aber auch in Art. 33, Art. 325 Abs. 4 AEUV verwiesen wird.⁸ Dabei sind jedoch bei Art. 83 AEUV manche Besonderheiten zu verzeichnen, die nach vorzugswürdiger Auffassung auch bei strafrechtlichen Harmonisierungsmaßnahmen anzuwenden sind, die auf andere, speziellere Kompetenzvorschriften gestützt werden.⁹ Zudem ist es zu einer faktischen Umkehrung der in Art. 293 Abs. 1, Art. 294 Abs. 3 ff. AEUV statuierten Maßgaben gekommen, was für das Verständnis und die Bewertung des unionalen Strafrechts von erheblicher Bedeutung ist.

II. 2. a) ee); § 5 II. 2. b) aa); § 5 II. 1. c) aa) sowie § 5 II. 3. b). Zum *polity-politics-policy*-Modell europäischer Strafgesetzgebung siehe grundlegend *J. Vogel*, in: FS Kühl, S. 635 ff.

6 Zu diesen, bislang nicht entscheidend operativ gewordenen Rechtsgrundlagen siehe bereits oben § 1 III. 1. b) aa). Näher zu einzelnen Rechtsakten siehe unten Anhang B.

7 Zu nicht-kriminalstrafrechtlichen Sanktionsmechanismen siehe zusammenführend *J. Vogel/Brodowski*, in: Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht/U. Sieber/Satzger/von Heintschel-Heinegg (Hrsg.), *Europäisches Strafrecht*², § 5; *J. Vogel/Brodowski*, in: Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht/U. Sieber/Satzger/von Heintschel-Heinegg (Hrsg.), *Europäisches Strafrecht*², § 6.

8 Zu – problematischen – Ausnahmen nach Art. 83 Abs. 2 Alt. 2 AEUV siehe insbes. *Hochmayr*, in: FK, Art. 83 AEUV Rn. 6, 49.

9 Vgl. *J. Vogel/Brodowski*, in: Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht/U. Sieber/Satzger/von Heintschel-Heinegg (Hrsg.), *Europäisches Strafrecht*², § 5 Rn. 6a m.w.N.; a.A. *Mansdörfer*, HRRS 2010, 11 (20).

1. Initiativen

a) *Berechtigte (Art. 76 AEUV)*

Für die Bereiche der Justiziellen Zusammenarbeit in Strafsachen (Titel V, Kapitel 4, Art. 82 ff. AEUV) und der Polizeilichen Zusammenarbeit (Titel V, Kapitel 5, Art. 87 ff. AEUV) besteht die Besonderheit, dass neben dem geborenen Initiativorgan (vgl. Art. 294 Abs. 2 AEUV) – der Europäischen Kommission (als Kollegium) – auch ein Viertel der Mitgliedstaaten (aktuell also sieben Mitgliedstaaten¹⁰) durch eine entsprechende Initiative ein Gesetzgebungsverfahren einleiten können (Art. 76 AEUV). In diesem Fall wird die Kommission regelmäßig eine Stellungnahme abgeben, wozu sie nach Art. 294 Abs. 15 UAbs. 2 AEUV befugt ist.¹¹

Von der Möglichkeit, eigenständig eine Gesetzesinitiative vorzubringen, haben die Mitgliedstaaten indes in den vergangenen Jahren in Bezug auf das materielle Strafrecht keinen Gebrauch gemacht. Funktional nahezu äquivalent ist für diese nämlich die Möglichkeit, über strategische Leitlinien u.ä. die Europäische Kommission zum Tätigwerden aufzufordern;¹² zudem sind die Mehrheitserfordernisse im Rat für die spätere Annahme einer solchen Initiative erhöht (Art. 238 Abs. 2, Abs. 3 lit. b AEUV).¹³ Gleichwohl erhöht die bloße Möglichkeit, eine Gesetzesinitiative zu ergreifen, die Hebelwirkung mitgliedstaatlicher Positionen gegenüber der Europäischen Kommission, weil dieser das faktische Vetorecht durch Rücknahme ihres Vorschlags (Art. 293 Abs. 2 AEUV) genommen ist.

b) *Anhörung des Rechnungshofs (Art. 325 Abs. 4 AEUV)*

Nur bei einem auf Art. 325 Abs. 4 AEUV gestützten Legislativvorhaben zum Schutz der finanziellen Interessen der Union ist zwingend der Rechnungshof

10 Dänemark, das durch europäische Gesetzgebung in diesem Gebiet nicht gebunden ist (Protokoll Nr. 22 über die Position Dänemarks, ABIEU Nr. C 326 v. 26.10.2012, S. 299) ist im Lichte des Art. 1 dieses Protokolls bei Bestimmung des Quorums nicht mitzuzählen; wohl a.A., weil auf 28 Mitgliedstaaten inkl. dem Vereinigten Königreich abstellend, *Breitenmoser/Weyeneth*, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje⁷, Art. 76 AEUV Rn. 13; *Weiß*, in: Streinz³, Art. 76 AEUV Rn. 3.

11 Vgl. *Röben*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Art. 76 AEUV Rn. 14.

12 Siehe hierzu noch unten § 5 II. 1. a).

13 Hierzu *Breitenmoser/Weyeneth*, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje⁷, Art. 76 AEUV Rn. 14 f.; *Röben*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Art. 76 AEUV Rn. 13; *Weiß*, in: Streinz³, Art. 76 AEUV Rn. 4.

anzuhören. Im Übrigen ist – soweit nicht ausnahmsweise aus Art. 83 Abs. 2 Alt. 2 AEUV aufgrund der speziellen Sachmaterie etwas anderes folgt – die Anhörung des Rechnungshofs, des Wirtschafts- und Sozialausschusses (Art. 304 AEUV) und des Ausschusses der Regionen (Art. 307 AEUV) fakultativ.¹⁴

c) *Subsidiaritäts-Frühwarnsystem mit förmlicher Einbindung nationaler Parlamente*

Das Protokoll (Nr. 2) über die Anwendung der Grundsätze der Subsidiarität und Verhältnismäßigkeit sucht auf prozeduralem Weg die Subsidiarität europäischen gegenüber mitgliedstaatlichen Handelns – und dort der nationalen Parlamente als Legislativorgane – sicherzustellen. Hierzu sind Vorschläge und Initiativen an die nationalen Parlamente zuzuleiten (Art. 4 Protokoll Nr. 2), in Deutschland an Bundestag und Bundesrat.¹⁵ Binnen (nur) acht Wochen kann jedes nationale Parlament (bzw. deren Kammern) eine Subsidiaritätsrüge erheben, die zu begründen ist (Art. 6 Protokoll Nr. 2; siehe hierzu auch § 11 IntVG);¹⁶ nicht selten finden sich darin jedoch nicht nur Ausführungen zur Subsidiarität und Verhältnismäßigkeit, sondern auch zu sonstigen Erwägungen, warum der Gesetzentwurf jedenfalls in dieser Gestalt abzulehnen sei.¹⁷ Derartige Stellungnahmen sind im weiteren Gesetzgebungsverfahren zu »berücksichtigen« (Art. 7 Abs. 1 UAbs. 1 Protokoll Nr. 2).

Gesteigerte prozedurale Anforderungen entstehen, wenn eine Mehrzahl an Parlamenten eine solche Subsidiaritätsrüge fristgerecht erhebt. Dabei entfallen auf jeden Mitgliedstaat zwei Stimmen, die in Mehrkammersystemen hälftig aufgeteilt werden (Art. 7 Abs. 1 UAbs. 2 Protokoll Nr. 2); in Deutschland haben somit Bundestag und Bundesrat je eine Stimme. Im hier relevanten Politikbereich reichen für eine sogenannte »gelbe Karte« Rügen von einem Viertel aller Parlamente aus, d.h. nach hier vertretener

14 Siehe hierzu nur *Gellermann*, in: Streinz³, Art. 294 AUEV Rn. 11 f.; *Krajewski/Rösslein*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Art. 294 AEUV Rn. 20; *Schoo*, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje⁷, Art. 294 AUEV Rn. 18 ff.

15 Instruktiv zur Praxis des Bundestages und auch des Bundesrates sowie anderer Parlamente BT-Drs. 18/12260. Siehe ferner *Boehl*, in: Kluth/Krings (Hrsg.), Gesetzgebung, § 23.

16 Zur Unterstützung durch die Bundesregierung siehe auch § 6 Abs. 2, Abs. 3 und Abs. 6 EUZBBG; zur Ausschussbefassung *Rohleder*, ZG 2011, 105 (106 ff., 111).

17 Exemplarisch BR-Drs. 43/10(B), S. 2 f. zur Europäischen Schutzanordnung.

Auffassung aktuell 13 Stimmen.¹⁸ Diese »gelbe Karte« löst eine den Initiator des Vorschlags treffende Verpflichtung aus, diesen zu überprüfen und ein Festhalten an diesem zu begründen (Art. 7 Abs. 2 Protokoll Nr. 2). Im strafrechtlichen Kontext war dies in Bezug auf den Vorschlag der Errichtung einer Europäischen Staatsanwaltschaft der Fall; die Europäische Kommission hielt an ihrem Vorschlag unverändert fest.¹⁹ Bei einer von der Hälfte aller Parlamente erhobenen Rüge (»orangene Karte«), d.h. nach hier vertretener Auffassung 26 Stimmen, ist (nur) bei einem Vorschlag der Europäischen Kommission eine erhöhte Begründungspflicht für das Festhalten am Entwurf vorgesehen; außerdem kann dann durch (qualifizierten) Mehrheitsbeschluss im Rat (55% der Mitglieder) oder im Parlament (relative Mehrheit genügt) das Gesetzgebungsverfahren rasch beendet werden (Art. 7 Abs. 3 Protokoll Nr. 2).²⁰ Ein im Kontext des Versuchs, einen EU-Austritt des Vereinigten Königreichs zu verhindern, unterbreiteter Vorschlag sah zudem eine politische Selbstbindung der im Rat vertretenen Regierungen dahingehend vor, bei Subsidiaritätsrügen von 55% aller nationalen Parlamente den Gesetzentwurf abzulehnen.²¹

2. Notbremsemechanismus (Art. 83 Abs. 3 AEUV)

Zu jeder Zeit des ordentlichen Gesetzgebungsverfahrens besteht im hier relevanten materiell-strafrechtlichen Bereich nach Art. 83 Abs. 3 AEUV die Möglichkeit zur sogenannte »Notbremse«: Voraussetzung hierfür ist, dass ein »Mitglied des Rates« – d.h. eine Regierung eines Mitgliedstaates – »der Auffassung [ist], dass der Entwurf einer Richtlinie [...] grundlegende Aspekte seiner Strafrechtsordnung berühren würde« (Art. 83 Abs. 3 Satz 1 AEUV). Diese subjektive Formulierung soll bewusst gewählt worden sein, um die Justiziabilität der Nutzung dieses Mechanismus auszuschließen oder jedenfalls auf Missbrauchsfälle zu begrenzen;²² zu gleichen Ergebnissen führt es, wenn

18 Zur Frage, ob Dänemark zu berücksichtigen ist, siehe oben Fn. 10; a.A. BT-Drs. 18/12260, S. 29.

19 Vgl. COM(2013) 851 final v. 27.11.2013; siehe ferner BT-Drs. 18/12260, S. 28 ff. Subsidiaritätsrügen wurden aus CY, CZ, FR, HU, IE, MT, RO, SI, SE, NL, UK erhoben.

20 Siehe zu alledem *Gellermann*, in: Streinz³, Art. 294 AEUV Rn. 13; *Krajewski/Rösslein*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Art. 294 AEUV Rn. 21; *Schoo*, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje⁷, Art. 294 AEUV Rn. 16.

21 ABIEU Nr. C 69I v. 23.02.2016, S. 1; hierzu *Brodowski*, ZIS 2017, 11 (14).

22 *F. Meyer*, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje⁷, Art. 82 AEUV Rn. 54; *J. Vogel/Eisele*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Art. 82 AEUV Rn. 117 f.; *Reinbacher*, Strafrecht

man den Mitgliedstaaten einen »nicht zu enge[n] Beurteilungsspielraum« zugesteht.²³ Damit ist der Sache nach ein erheblicher politischer Kontrollhebel eines jeden einzelnen Mitgliedstaats gegeben,²⁴ der über die wirklich »grundlegende[n] Aspekte« der Strafrechtsordnung hinaus in Anspruch genommen werden könnte. So wird diskutiert, Fragen der Rechtsgutslehre, des *Ultima Ratio*-Prinzips und des Unternehmensstrafrechts könnten hinreichend grundlegend sein, darüber hinausgehend sogar die Frage, inwieweit eine Bandenmitgliedschaft im Rahmen eines Organisationsdelikts strafbe gründend (und nicht nur strafscharfend) wirken könne.²⁵ In der Tat hatte BGHSt 54, 216 dies als »wesentlichen Grundgedanken« bezeichnet, »auf dem das deutsche materielle Strafrecht beruht«,²⁶ dies allerdings sogleich zur Disposition des deutschen Strafgesetzgebers gestellt.²⁷ Doch grundlegend i.S.d. Art. 83 Abs. 3 AEUV kann nur ein solcher Aspekt der Strafrechtsordnung sein, der zugleich zu nationalem Strafverfassungsrecht im Widerspruch steht; das kann auch bei struktureller Überforderung oder fehlender Geeignetheit im Lichte einer »besseren« nationalen Regelung und daher (evidenter) Unverhältnismäßigkeit der Fall sein.²⁸ Im Lichte des austarierten Gefüges zwischen Unions- und nationalem Verfassungsrecht wird sich der Verstoß zudem einer Identitätsverletzung (vgl. Art. 4 Abs. 2 Satz 1 EUV, Art. 79 Abs. 3 GG)²⁹ zumindest annähern müssen,³⁰ um dem Ausnahmecharakter des Art. 83 Abs. 3 AEUV hinreichend Rechnung zu tragen und einem europastrafrechtlichen »Rosinenpicken« eine Absage zu erteilen. Dass (strafrechtsrelevante) Notbremsemechanismen seit Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon nicht genutzt wurden, spricht indes ohnehin dafür, dass es sich um eine im Wesentlichen »theoretisch[e]«³¹ Konstruktion handelt,³² die aber

im Mehrebenensystem, S. 483; *Öberg*, *European Law Review* 46 (2021), 506 (516 ff.) jeweils m.w.N.

23 So *Satzger*, in: Streinz³, Art. 82 AEUV Rn. 74; sehr weitreichende Interpretation ebenfalls bei *Hochmayr*, in: FK, Art. 83 AEUV Rn. 51 und auch bei *Böse*, in: Schwarze⁴, Art. 83 AEUV Rn. 24.

24 Insoweit zutr. *Satzger*, in: Streinz³, Art. 83 AEUV Rn. 46.

25 *Satzger*, in: Streinz³, Art. 83 AEUV Rn. 45.

26 BGHSt 54, 216 (Rn. 29).

27 BGHSt 54, 216 (Rn. 30).

28 Zu diesen Fallgruppen der Berührung grundlegender Aspekte der Strafrechtsordnung *Mansdörfer*, HRRS 2010, 11 (20).

29 Vgl. nur BVerfGE 140, 317 (337 f.); siehe hierzu oben § 1 IV. 1. b) mit Fn. 1110.

30 In diese Richtung auch *F. Meyer*, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje⁷, Art. 82 AEUV Rn. 54: »Mechanismus [dient] dem Schutz nationaler Strafrechtsidentität«, *Hervorh.* durch den *Verf.*

31 *Satzger*, in: Streinz³, Art. 83 AEUV Rn. 43.

32 Proaktiver *Öberg*, *European Law Review* 46 (2021), 506 (519 ff.).

auch Vorwirkungen dahingehend entfalten könnte, dass die Europäische Kommission überschießende Vorschläge bereits nicht unterbreitet.

Ist jedoch die »Notbremse« gezogen – was in Deutschland durch die Bundesregierung,³³ den Bundestag und (in engerem, im Strafrecht zumeist nicht gegebenen Rahmen, vgl. § 5 Abs. 2 IntVG) den Bundesrat veranlasst werden kann (§ 9 IntVG)³⁴ –, so führt dies zunächst zu einer Aussetzung des ordentlichen Gesetzgebungsverfahrens und einer Befassung der Staats- und Regierungschefs im Europäischen Rat. Dieser hat sich binnen vier Monaten mit der Frage zu beschäftigen. Wird Einigkeit (etwa über Modifikationen des Entwurfs) erzielt, wird das Gesetzgebungsverfahren fortgesetzt (Art. 83 Abs. 3 UAbs. 1 AEUV), andernfalls – wenn also mindestens ein Mitgliedstaat Bedenken aufrechterhält – wird es abgebrochen. Zugleich wird aber die Möglichkeit eröffnet, vereinfacht eine Verstärkte Zusammenarbeit von mindestens neun Mitgliedstaaten zu dieser Gesetzgebungsmaterie zu begründen (Art. 83 Abs. 3 UAbs. 2 AEUV).

3. Erste Lesung

Liest man Art. 294 Abs. 3 bis Abs. 6 AEUV unbefangen, so ist man geneigt, einen Ablauf ähnlich der Gesetzgebung in Deutschland zu vermuten: Zunächst berate das Europäische Parlament und fasse einen Beschluss, der sodann vom Rat entweder gebilligt oder aber abgelehnt werden könne, wobei letzteres dann zu einem Fortgang des Verfahrens mit der Suche nach einem Kompromiss zwischen den Legislativorganen führe. In der Realität hat sich indes ein bei den allermeisten Legislativvorhaben verfolgter,³⁵ anderer Verfahrensablauf herausgebildet, der mit dem Wortlaut dieser primärrechtlichen Bestimmungen zwar nicht unvereinbar ist, aber doch das Machtgefüge zwischen den Institutionen zu verschieben geeignet ist.

a) »Allgemeine Ausrichtung« des Rates

Politisch dominiert nämlich – jedenfalls im hier untersuchten Politikbereich – zunächst der Rat und damit die in ihm vertretenen Regierungen der Mit-

33 Suhr, in: Calliess/Ruffert⁶, Art. 83 AEUV Rn. 36.

34 Vgl. BVerfGE 123, 267 (413 f.); F. Meyer, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje⁷, Art. 82 AEUV Rn. 50 f. (auch zu Fragen des institutionellen Gefüges in Deutschland); Mansdörfer, HRRS 2010, 11 (20).

35 Zur Quantität J. von Achenbach, Der Staat 55 (2016), 1 (9).

gliedstaaten, in dem über den (Kommissions-)Vorschlag oder die von Mitgliedstaaten getragene Initiative zunächst beraten und dieser fortentwickelt wird. Akteur ist hier zwar formal der (Minister-)Rat, konkret in der viermal jährlich zu regulären Sitzungen zusammentretenden Formation »Justiz und Inneres«, unterstützt durch den Ausschuss der Ständigen Vertreter (AStV II bzw. COREPER II, Art. 240 AEUV)³⁶ und seiner *Antici*-Gruppe³⁷. Die maßgebliche inhaltliche Arbeit erfolgt hingegen in den Vorbereitungsgremien oder »Ratsarbeitsgruppen«³⁸, für das materielle Strafrecht ist das die Gruppe »Materielles Strafrecht« (DROIPEN, E.15).³⁹ In diesen wird Deutschland nicht nur von der Ständigen Vertretung in Brüssel, sondern auch durch Mitarbeiter*innen der Bundesministerien und auch aus den Bundesländern (vgl. §§ 4, 6 Abs. 1 EUZBLG)⁴⁰ vertreten. Ihren regulären Abschluss finden diese Beratungen mit einer »allgemeinen Ausrichtung«,⁴¹ eine (begründungslos) modifizierte Fassung des vorgeschlagenen Regelungstextes.

b) Beratung im Europäischen Parlament und seinen Ausschüssen

Teils parallel, teils im Anschluss an diese Positionierung des Rates befasst sich das Europäische Parlament in seinen zuständigen Ausschüssen – im hiesigen Kontext der LIBE-Ausschuss (Ausschuss für bürgerliche Freiheiten, Justiz und Inneres) – mit dem Vorschlag bzw. der Initiative. Dieser Ausschuss beschließt sodann regelmäßig die Aufnahme interinstitutioneller Verhandlungen, teils auch vor förmlicher Beschlussfassung über einen (ersten) Ausschussbericht.⁴²

36 Siehe ferner Art. 19 Beschl. des Rates 2006/683/EG, Euratom zur Festlegung seiner Geschäftsordnung, ABIEU Nr. L 1 v. 04.01.2007, S. 9, zuletzt geändert durch Beschl. v. 08.12.2008, ABIEU Nr. L 337 v. 16.12.2008, S. 92. Die Differenzierung in den binnenmarktorientierten »AStV I« und den (u.a.) strafrechtsorientierten »AStV II« ist binnenrechtlich nicht hinterlegt. Hierzu *Ruffert*, in: *Calliess/Ruffert*⁶, Art. 240 AEUV Rn. 2; *Ziegenhorn*, in: *Grabitz/Hilf/Nettesheim*, Art. 240 AEUV Rn. 11.

37 *Ziegenhorn*, in: *Grabitz/Hilf/Nettesheim*, Art. 240 AEUV Rn. 12, benannt nach *Paolo Massimo Antici*.

38 *De Maizièrre*, *Regieren*, S. 196.

39 Vollständige Übersicht in Ratsdok. 9199/20. Siehe ferner *F. Meyer*, *Strafrechtsgenese in Internationalen Organisationen*, S. 308.

40 Für die in § 6 Abs. 1 EUZBLG referenzierte Mitwirkung des Bundesrates reicht das Vorliegen eines Einspruchsgesetzes aus, *Melin*, *EuR* 2011, 655 (661 mit Fn. 23).

41 *M. Korte*, in: *Tiedemann u.a. (Hrsg.), Die Verfassung moderner Strafrechtspflege*, S. 495 (501); *J. Vogel*, in: *FS Kühl*, S. 635 (645).

42 Näher hierzu *J. von Achenbach*, *Der Staat* 55 (2016), 1 (7 f.) m.w.N.

c) *Trilog-System und Standpunkt des Europäischen Parlaments*

Sogenannte Dreiertreffen (»Trilog«), an denen Vertreter des Rates (zumeist die turnusmäßige Ratspräsidentschaft), des Europäischen Parlaments (Berichtersteller und Schattenberichtersteller anderer Fraktionen) und der Europäischen Kommission teilnehmen,⁴³ dienen sodann »in informellem Rahmen« (Nr. 8 Satz 1 GE-Mitentscheidungsverfahren⁴⁴) der Kompromissfindung über den Legislativvorschlag zwischen den *drei* Legislativorganen. Wird in dieser Phase eine Einigung erzielt (*early first reading agreement*⁴⁵), übermittelt der AStV-Vorsitzende dem Ausschussvorsitzenden des zuständigen EP-Ausschusses ein Schreiben »über den Inhalt der Einigung in Form von Abänderungen am Vorschlag der Kommission«, verbunden mit der Erklärung der »Bereitschaft des Rates [...], dieses Ergebnis [...] zu akzeptieren, falls es durch die Abstimmung im Plenum bestätigt wird« (Nr. 14 Satz 1 und 2 GE-Mitentscheidungsverfahren). Hierdurch kann die in Art. 294 Abs. 3, Abs. 4 AEUV vorgesehene Reihenfolge eingehalten werden: Das Parlament beschließt *de iure* seinen ersten Standpunkt, *de facto* aber regelmäßig bereits einen fertig ausgehandelten Kompromissvorschlag.

d) *Abstimmung im Rat*

Weil der Rat – gleich in welcher Formation⁴⁶ – sodann über den Standpunkt des Parlaments abstimmt und nicht über den Vorschlag der Europäischen Kommission, greift das Einstimmigkeitserfordernis⁴⁷ des Art. 293 Abs. 1 AEUV nach umstrittener Auffassung nicht,⁴⁸ und es reicht – soweit keine besonderen Quoren oder Einstimmigkeit angeordnet sind – eine doppelt

43 J. von Achenbach, Der Staat 55 (2016), 1 (6).

44 Gemeinsame Erklärung zu den praktischen Modalitäten des neuen Mitentscheidungsverfahrens, ABIEU Nr. C 145 v. 30.06.2007, S. 5.

45 J. von Achenbach, Der Staat 55 (2016), 1 (7).

46 Weil die politische Einigung bereits erzielt wurde, erfolgt die formale Abstimmung nicht selten im nächsten erreichbaren Rat, so zu manchen strafrechtsrelevanten Rechtsakten in der Ratsformation »Landwirtschaft und Fischerei«.

47 Zu Stimmenthaltungen siehe Art. 238 Abs. 4 AEUV.

48 Kluth, in: Calliess/Ruffert⁶, Art. 294 AEUV Rn. 18; wohl auch Schoo, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje⁷, Art. 294 AEUV Rn. 30; a.A. (Kommission muss ihren Vorschlag geändert haben, andernfalls sei Einstimmigkeit erforderlich) Gellermann, in: Streinz³, Art. 294 AEUV Rn. 20; Krajewski/Rösslein, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Art. 294 AEUV Rn. 36.

qualifizierte Mehrheit nach Maßgabe des Art. 238 Abs. 3 AEUV⁴⁹ aus; die Schwellenwerte liegen bei Vorschlägen der Kommission⁵⁰ niedriger als bei Initiativen der Mitgliedstaaten.⁵¹ Häufig sind die (vorherigen) Verhandlungen im Rat und seinen Gremien im Bereich »Justiz und Inneres« jedoch von dem Ziel getragen, möglichst breite Mehrheiten – bis hin zur Einstimmigkeit – zu erzielen.⁵²

4. Zweite und Dritte Lesung; Vermittlung

Konnte der Trilog nicht zum hier skizzierten frühen Zeitpunkt abgeschlossen werden, kann auch (erst) der Standpunkt des Rates in erster Lesung den Kompromiss abbilden (*early second reading agreement*⁵³) und sodann durch Zeitablauf oder ausdrückliches Votum des Europäischen Parlaments zum Beschluss des Rechtsakts führen (Art. 294 Abs. 7 lit. a AEUV). Sind die Inhalte weiter streitig, so kann das Parlament den Standpunkt des Rates auch ablehnen (Art. 294 Abs. 7 lit. b AEUV) oder durch (Gegen-)Änderungen den Ball an den Rat zurückspielen. Nimmt dieser die Änderungen des Parlaments vollständig an, ist der Rechtsakt erlassen (Art. 294 Abs. 8 lit. a AEUV), andernfalls wird ein Vermittlungsverfahren eingeleitet (Art. 294 Abs. 8 lit. b, Abs. 10 bis Abs. 12 AEUV), das auf eine Beschlussfassung in Dritter Lesung (Art. 294 Abs. 13 AEUV) abzielt.

5. Ausfertigung, Veröffentlichung, Inkrafttreten

Ist im ordentlichen Gesetzgebungsverfahren ein Gesetzgebungsakt erlassen, so wird dieser von den Präsident*innen des Europäischen Parlaments und des Rates förmlich unterzeichnet, insbesondere um die Authentizität des Rechtstextes zu dokumentieren (Art. 297 Abs. 1 UAbs. 1 AEUV; siehe auch

49 Zur fakultativen Beteiligung Irlands siehe Protokoll Nr. 21 über die Position des Vereinigten Königreichs und Irlands hinsichtlich des Raums der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts.

50 Dann mindestens 55 % der Mitgliedstaaten, d.h. bei Beteiligung Irlands 15, andernfalls 14 Mitgliedstaaten, »die zusammen mindestens 65 % der Bevölkerung der beteiligten Mitgliedstaaten ausmachen«, Art. 238 Abs. 3 lit. a AEUV.

51 Dann mindestens 72 % der Mitgliedstaaten, d.h. bei Beteiligung Irlands 19, andernfalls 18 Mitgliedstaaten, die »zusammen mindestens 65 % der Bevölkerung der beteiligten Mitgliedstaaten ausmachen«, Art. 238 Abs. 3 lit. b AEUV.

52 *De Maizièrre*, Regieren, S. 196.

53 *J. von Achenbach*, *Der Staat* 55 (2016), 1 (9).

Nr. 47 GE-Mitentscheidung).⁵⁴ Es folgt die zwingende Veröffentlichung im Amtsblatt der Europäischen Union, Serie L (Art. 297 Abs. 2 UAbs. 3 Satz 1 AEUV, siehe auch Nr. 48 GE-Mitentscheidung)⁵⁵ und hieran anknüpfend, i.d.R. 20 Tage später, das Inkrafttreten (Art. 297 Abs. 2 UAbs. 3 Satz 2 AEUV).⁵⁶

II. Der Umkreis europäischer Strafgesetzgebung

Wie bei nationaler Strafgesetzgebung wäre es indes zu kurz gegriffen, nur das formale Verfahren der Strafgesetzgebung zu betrachten, denn dieses ist nur ein Teil eines vierstufigen, in mehreren Ebenen zu beobachtenden Handlungszyklus im Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts (§ 5 II. 1.).⁵⁷ Außerdem lohnt eine Analyse der Auslöser europäischer Strafgesetzgebung (§ 5 II. 2.) und, das Mehrebenensystem⁵⁸ in seiner Gänze betrachtend, der Verflechtung zwischen nationaler und europäischer Strafgesetzgebung (§ 5 II. 3.).

1. Handlungszyklus im Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts

Dieser Handlungszyklus – der maßgeblich für den, Strafrechtsfragen einschließenden, Bereich der Inneren Sicherheit entwickelt und formuliert wurde⁵⁹ – beginnt mit einer *Antizipation* von Handlungsnotwendigkeiten. Daraus wird ein Handlungsprogramm entwickelt, das nachfolgend *umgesetzt* werden muss. Abschließend folgt eine *Evaluation*, die wiederum den Boden bereitet für einen erneuten Beginn des Handlungszyklus.⁶⁰

Zur *Antizipation* soll im Kontext der Inneren Sicherheit »zunächst durch Europol, aber auch durch andere EU-Einrichtungen eine Bewertung der Bedrohungslage und der daraus resultierenden Handlungsnotwendigkeiten

54 Gellermann, in: Streinz³, Art. 297 AEUV Rn. 4.

55 Gellermann, in: Streinz³, Art. 297 AEUV Rn. 6; Geismann, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje⁷, Art. 297 AEUV Rn. 6.

56 Zur Unterscheidung des Inkrafttretens und der Geltung von strafrechtlichen EU-Rechtsakten siehe M. Jahn/Brodowski, in: FS Neumann, S. 883 (891 ff.) m.w.N.

57 Hierzu Brodowski, JURA 2013, 492 (497 f.); siehe auch F. Meyer, Strafrechtsgenese in Internationalen Organisationen, S. 308 f.

58 Zum Begriff Reinbacher, Strafrecht im Mehrebenensystem, S. 54 ff. m.w.N.

59 Vgl. Ratsdok. 7120/10.

60 Vgl. erneut Brodowski, JURA 2013, 492 (497 f.).

erfolgen«.⁶¹ Damit sind zugleich als wesentliche Akteure benannt supra-national-exekutiv dominierte Einrichtungen (und nicht strafrechtskritische Akteure); durch die Suche nach einer »Bedrohungslage« resultiert zugleich eine Vorprägung dahingehend, dass tendenziell ein »Mehr« an Sicherheitsmaßnahmen inkl. Strafgesetzgebung erforderlich sein dürfte denn eine Entkriminalisierung. Dies und zum Teil politische Vorprägungen führen dazu, dass eine so verstandene »evidenzbasierte Kriminalpolitik« keineswegs mit empirisch-kriminologisch fundierten Evidenzen⁶² gleichzusetzen ist, sondern stark auf einer akteurssubjektiven, durch die jeweilige Rolle und auch Einzelfälle vorgeprägten Wahrnehmung solcher Handlungsnotwendigkeiten basiert.⁶³

Hierauf folgen *Programme*, mit denen in unterschiedlichem Detailgrad politische Zielsetzungen (i.S.v. »policies«) formuliert werden. Damit geht zugleich eine gewisse (politische) Selbstbindung desjenigen Akteurs einher, der dieses Programm beschließt. Derartige Programme finden sich auf verschiedenen Abstraktionsebenen, namentlich in Gestalt »strategischer Leitlinien« i.S.v. Art. 68 AEUV,⁶⁴ von »Fahrplänen« des Rates, in Gestalt von ein- oder mehrjährigen Arbeitsprogrammen der Europäischen Kommission und von Einzelaufträgen des Rates an diese.⁶⁵

Hiermit ist auch bereits der Rahmen vorgegeben für die *Umsetzung*, die insbesondere durch Legislativmaßnahmen, aber auch durch einen untergeordneten Handlungszyklus (mit neuer Antizipation, Programmatik, Umsetzung und Evaluation) erfolgen kann. »Das durch das exekutiv entstandene Arbeitsprogramm vorgegebene Grundkonzept bindet jedoch die Akteure in nicht zu unterschätzender argumentativer und auch politischer Weise. Ein an dieser Stelle beginnendes zivilgesellschaftliches Engagement und politische Diskurse über einzelne Vorhaben sind daher regelmäßig weitaus weniger effektiv, als sie bei einer rechtzeitigen Beteiligung auf den ersten beiden Stufen des Handlungszyklus sein könnten.«⁶⁶

Die den Handlungszyklus abschließende *Evaluation* lässt sich besser als eine teils politische, teils formal-rechtliche denn eine kriminologisch-empirische Analyse verstehen, die auf die Klärung der Frage gerichtet ist, ob durch die Umsetzung das programmatisch gesetzte Ziel erreicht wurde.⁶⁷

61 Brodowski, JURA 2013, 492 (498).

62 So aber Kaspar, KriPoZ 2020, 14 ff.

63 Siehe bereits Brodowski, JURA 2013, 492 (498).

64 Hierzu sogleich § 5 II. 1. a).

65 Siehe nachfolgend § 5 II. 1. b).

66 Brodowski, JURA 2013, 492 (498).

67 Brodowski, JURA 2013, 492 (498).

a) *Strategische Leitlinien (Art. 68 AEUV)*

Auf oberster Hierarchieebene dieser Handlungszyklen stehen, wie bereits angedeutet, die vom Europäischen Rat (einstimmig) festzulegenden, aber durch Positionspapiere der Europäischen Kommission, des Rats und weiterer Akteure vorbereiteten strategischen Leitlinien i.S.d. Art. 68 AEUV, welche »die gesetzgeberische und operative Programmplanung im Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts« – und daher auch für das materielle europäische Strafrecht – enthalten. Diese primärrechtliche Bestimmung konkretisiert die allgemeine Steuerungsfunktion des Europäischen Rats (Art. 15 Abs. 1 EUV) für diesen Politikbereich,⁶⁸ lässt sich als ein Relikt der intergouvernemental dominierten ehemaligen »Dritten Säule« interpretieren⁶⁹ und fußt auf dem vor dem Vertrag von Lissabon (und ohne entsprechende primärrechtliche Vorschrift) vereinbarten,⁷⁰ für die Genese des Europäischen Strafrechts fundamentalen Programm von Tampere (1999–2004)⁷¹ und dem Haager Programm (2004–2009).⁷² Rechtliche Verbindlichkeit für die anderen Organe der EU entfalten derartige Leitlinien jedoch nicht, allenfalls eine abgestufte politische Verbindlichkeit (stärker für den Rat, schwächer für die Kommission, kaum für das Europäische Parlament).⁷³ Daher ist es mehr als zweifelhaft, diese als im Rang zwischen Primär- und Sekundärrecht stehend zu bezeichnen.⁷⁴ Insbesondere führt eine Unvereinbarkeit eines Sekundär-

68 Breitenmoser/Weyeneth, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje⁷, Art. 68 AEUV Rn. 2 f. (Souveränitätsanker); Herrnfeld, in: Schwarze⁴, Art. 68 AEUV Rn. 1; Röben, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Art. 68 AEUV Rn. 1, 4 f.; Suhr, in: Calliess/Ruffert⁶, Art. 68 AEUV Rn. 1; J. Vogel, in: FS Kühl, S. 635 (643).

69 Suhr, in: Calliess/Ruffert⁶, Art. 68 AEUV Rn. 1.

70 Suhr, in: Calliess/Ruffert⁶, Art. 68 AEUV Rn. 2.

71 *Europäischer Rat*, Programm von Tampere; hierzu Weiß, in: Streinz³, Art. 68 AEUV Rn. 3 sowie ausführlich Carrera/Curtin/Geddes, 20 Years Anniversary of the Tampere Programme. Zum Wiener Aktionsplan (ABIEG Nr. C 19 v. 23.01.1999, S. 1) als Vorarbeit siehe Herrnfeld, in: Schwarze⁴, Art. 68 AEUV Rn. 3; Röben, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Art. 68 AEUV Rn. 31.

72 »Haager Programm zur Stärkung von Freiheit, Sicherheit und Recht in der Europäischen Union«, ABIEU Nr. C 53 v. 03.03.2005, S. 1; hierzu etwa Weiß, in: Streinz³, Art. 68 AEUV Rn. 5.

73 Zu weitgehend Breitenmoser/Weyeneth, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje⁷, Art. 68 AEUV Rn. 8 (s. aber auch Rn. 11, 14); nur mit Blick auf die damalige Wirklichkeit zutreffend J. Vogel, in: FS Kühl, S. 635 (643): Kommission führe »im Grundsatz nur aus, was ihr die Räte und Präsidentschaft politisch auftragen«. Wie hier Herrnfeld, in: Schwarze⁴, Art. 68 AEUV Rn. 2.

74 So aber Breitenmoser/Weyeneth, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje⁷, Art. 68 AEUV Rn. 12.

rechtsakts mit einer vorherigen politischen Zielbestimmung nicht zu dessen Unwirksamkeit; sie sind auch nicht justiziabel.⁷⁵

Mit dem Stockholmer Programm (2009–2014)⁷⁶ zeigte sich sodann, dass eine zu große Detailsteuerung durch den Europäischen Rat mit der gestärkten Rolle der Europäischen Kommission⁷⁷ und des Europäischen Parlaments⁷⁸ nicht vereinbar ist. Daher weisen das Post-Stockholm-Programm (2014–2019)⁷⁹ und vor allem die neueste Strategische Agenda (2019–2024)⁸⁰ einen deutlich höheren Abstraktions- und Ambiguitätsgrad auf, wenngleich als (u.U. mit materiellem Strafrecht zu begegnende) Bedrohungslage »böswillige[...] Cyberaktivitäten, hybride[...] Bedrohungen und Desinformation« akzentuiert werden.⁸¹

Dass mit diesen Strategischen Leitlinien innerhalb des kompetenzzielen Rahmens erfolgreiches sog. *Agendasetting* betrieben wird, zeigt sich konkretisiert auf den hiesigen Untersuchungsgegenstand bei einer Kontrastierung des Programmwortlauts mit der nachfolgenden Rechtsentwicklung. So entsprechen die 2000 bis 2004, teils noch verspätet 2005 erlassenen Rahmenbeschlüsse nahezu exakt den im Programm von Tampere vorgegebenen Maßgaben.⁸² Das nachfolgende Haager Programm verwies auf die »in den

75 Insoweit zutr. *Breitenmoser/Weyeneth*, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje⁷, Art. 68 AEUV Rn. 14.

76 »Das Stockholmer Programm – Ein offenes und sicheres Europa im Dienste und zum Schutz der Bürger«, ABIEU Nr. C 115 v. 04.05.2010, S. 1; hierzu *Röben*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Art. 68 AEUV Rn. 32 sowie *F. Meyer*, Strafrechtsgenese in Internationalen Organisationen, S. 447 ff.; *Brodowski*, ZIS 2010, 376 (377 f.).

77 *Weiß*, in: Streinz³, Art. 68 AEUV Rn. 1; auch *F. Meyer*, Strafrechtsgenese in Internationalen Organisationen, S. 310; unklar *Breitenmoser/Weyeneth*, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje⁷, Art. 68 AEUV Rn. 8 einerseits, Rn. 14 f. andererseits.

78 Vgl. *Breitenmoser/Weyeneth*, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje⁷, Art. 68 AEUV Rn. 9; *Weiß*, in: Streinz³, Art. 68 AEUV Rn. 7.

79 ABIEU Nr. C 240 v. 24.07.2014, S. 13, in Ypern und Brüssel verabschiedet; siehe hierzu *Suhr*, in: Calliess/Ruffert⁶, Art. 68 AEUV Rn. 4 sowie *Brodowski*, ZIS 2015, 79 (79 f.).

80 *Europäischer Rat*, Eine neue Strategische Agenda; hierzu *Brodowski*, ZIS 2019, 527 (527).

81 EUCO 9/19, S. 3.

82 Im *Europäischen Rat*, Programm von Tampere hieß es in Nr. 48: »Unbeschadet der umfassenderen Bereiche, auf die der Vertrag von Amsterdam und der Wiener Aktionsplan abstellen, vertritt der Europäische Rat die Ansicht, daß sich in Bezug auf das nationale Strafrecht die Bemühungen zur Vereinbarung gemeinsamer Definitionen, Tatbestandsmerkmale und Sanktionen zunächst auf eine begrenzte Anzahl von besonders relevanten Bereichen, wie Finanzkriminalität (Geldwäsche, Bestechung, Fälschung des Euro), illegaler Drogenhandel, Menschenhandel, insbesondere die Ausbeutung von Frauen, sexuelle Ausbeutung von Kindern, High-Tech-Kriminalität

Verträgen explizit genannten Deliktbereiche« und somit Organisierte Kriminalität, Terrorismus und Betäubungsmittelkriminalität (Art. 31 Abs. 1 lit. e EUV a.F.),⁸³ was weitgehend mit den nachfolgend angenommenen Rahmenbeschlüssen korreliert.⁸⁴ Auch das Stockholmer Programm zeichnete in materiell-strafrechtlicher Hinsicht den Erlass der Richtlinien im Zeitraum 2011 bis 2014 weitgehend vor.⁸⁵ Das Post-Stockholm-Programm hingegen enthielt keine materiell-strafrechtlichen Maßgaben. Ob hiermit eine »Vor-

und Umweltkriminalität, konzentrieren sollten«; daneben verwies Nr. 50 auf die Vermögensabschöpfung und Nr. 23 auf »strenge Sanktionen zur Ahnung [des] schweren Verbrechens«, »Zuwanderer ein[zu]schleusen und wirtschaftlich aus[zu]beuten«. Zur »Finanzkriminalität« sei auf die RB 2000/383/JI mit RB 2001/888/JI, RB 2001/500/JI und RB 2003/568/JI verwiesen, zum »illegale[n] Drogenhandel« auf RB 2004/757/JI, zum Menschenhandel auf RB 2002/629/JI, zur »sexuelle[n] Ausbeutung von Kindern« auf RB 2004/68/JI, zur »High-Tech-Kriminalität« auf RB 2001/413/JI und (verspätet) RB 2005/222/JI, zur Umweltkriminalität auf RB 2003/80/JI und (verspätet) RB 2005/667/JI, zur Vermögensabschöpfung (verspätet) auf RB 2005/212/JI, und zur Schleuserkriminalität auf RB 2002/946/JI. Kein Zusammenhang mit dem Programm von Tampere ist allein zu verzeichnen bei RB 2002/946/JI (Terrorismus), der als Reaktion auf die Terroranschläge des 11.09.2001 zu sehen ist. Zu den Rahmenbeschlüssen siehe im Einzelnen unten Anhang B II.; Anhang B III.

- 83 »Die Annäherung des materiellen Strafrechts [...] betrifft besonders schwerwiegende Deliktbereiche mit grenzüberschreitender Dimension. Priorität sollten die in den Verträgen explizit genannten Deliktbereiche haben«, ABIEU Nr. C 53 v. 03.03.2005, S. 1 (III.3.3.2., S. 12).
- 84 RB 2008/841/JI (Organisierte Kriminalität) und RB 2008/919/JI (Terrorismus). RB 2008/675/JI lässt sich auch als Aspekt der Gegenseitigen Anerkennung strafjustizieller Entscheidungen verstehen, hierzu ABIEU Nr. C 53 v. 03.03.2005, S. 1 (III.3.3.1., S. 12). Der Auslöser für RL 2008/99/EG und RL 2009/123/EG war EuGH [GK], Urt. v. 12.09.2005 – C-176/03 (Kommission ./ Rat) bzw. EuGH [GK], Urt. v. 23.10.2007 – C-440/05 (Kommission ./ Rat); diese Entscheidungen erklärten die vorherigen RB 2003/80/JI und RB 2005/667/JI für nichtig. Zu RB 2005/212/JI und RB 2005/222/JI siehe bereits soeben in Fn. 82. Ohne klare strafrechtsspezifische ist somit RB 2008/913/JI (Rassismus und Fremdenfeindlichkeit; siehe aber ABIEU Nr. C 53 v. 03.03.2005, S. 1 [II.2., S. 2]) und RL 2005/52/EG (Beschäftigung von Drittstaatsangehörigen ohne rechtmäßigen Aufenthalt; siehe aber ABIEU Nr. C 53 v. 03.03.2005, S. 1 [III.1.4., S. 4]). Zu den Rahmenbeschlüssen siehe im Einzelnen unten Anhang B III.
- 85 »Vorrangig sollten hier Terrorismus, Menschenhandel, illegaler Drogenhandel, sexuelle Ausbeutung von Frauen und Kindern sowie Kinderpornografie und Computerkriminalität berücksichtigt werden«, ABIEU Nr. C 115 v. 04.05.2010, S. 1 (3.3.1, S. 15); zur Vermögensabschöpfung und Korruption ergänzend 4.4.5, S. 23. Ein klarer Zusammenhang ist daher zu verzeichnen bezüglich RL 2011/36/EU (Menschenhandel), RL 2011/93/EU (Sexueller Missbrauch von Kindern), RL 2013/40/EU (Angriffe auf Informationssysteme) und RL 2014/42/EU (Sicherstellung und Einziehung), nicht aber für Drogenhandel (ein langwieriges Legislativverfahren mündete erst in

verlagerung« des Agendasettings durchbrochen ist, bleibt – insbesondere im Lichte der neuesten Strategischen Agenda – noch abzuwarten.

b) *Arbeitsprogramme, »Fahrpläne« und Schlussfolgerungen*

Eine Konkretisierungsstufe tiefer zu verorten sind vom Rat verabschiedete »Fahrpläne« und sonstige »Schlussfolgerungen« des Rates sowie Arbeitsprogramme der Europäischen Kommission.⁸⁶ Dabei handelt es sich nicht um einen Rechtsakt der Union im engeren Sinne (vgl. den *numerus clausus* in Art. 288 AEUV), sondern in erster Linie um eine politische Erklärung, welche Maßnahmen aus Sicht des betreffenden Organs zukünftig (von ihm selbst, aber auch von anderen Akteuren) zu ergreifen sind. Soweit dabei Fragen erst zukünftiger Gesetzgebung gegenständlich sind, ist es schlicht irrelevant, ob derartigen Erklärungen über diese politische Selbstbindung hinausgehend auch Rechtsqualität zuzusprechen sei, da mit dieser keinesfalls eine Rechtsverbindlichkeit oder Justiziabilität einhergeht.⁸⁷ Paradigmatisch für derartige Dokumente ist die strafprozessual höchst bedeutsame »EntschlieÙung des Rates vom 30. November 2009 über einen Fahrplan zur Stärkung der Verfahrensrechte von Verdächtigen oder Beschuldigten in Strafverfahren«.⁸⁸ In materiell-strafrechtlicher Hinsicht liegt zwar kein derart klares Dokument vor, doch ist beispielsweise auf die im Wechselspiel von Europäischem Rat, Rat und Kommission entwickelte »Europäische Sicherheitsagenda« hin zu einer »Europäischen Sicherheitsunion«⁸⁹ zu verweisen, die die spä-

RL [EU] 2017/2103), für RL 2014/62/EU (Geldfälschung) und für RL 2014/57/EU (Marktmissbrauch). Zu den Richtlinien siehe im Einzelnen unten Anhang B IV.

86 Vgl. auch *Schwarze*, EuR 2011, 3 (4).

87 So *Nettesheim*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Art. 288 AEUV Rn. 211 zu EntschlieÙungen; ähnlich (»Rechtsakte«) *Gundel*, in: FK, Art. 288 AEUV Rn. 101; zurückhaltender indes *W. Schroeder*, in: Streinz³, Art. 288 AEUV Rn. 32 m.w.N. Zur rechtlichen Relevanz der in Art. 288 AEUV genannten Empfehlungen und Stellungnahmen instruktiv *Nettesheim*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Art. 288 AEUV Rn. 206 ff.

88 ABIEU Nr. C 295 v. 04.12.2009, S. 1.

89 Zunächst COM(2015) 185 final v. 28.04.2015, sodann Schlussfolgerungen zunächst des Rats zu einer »erneuerten Strategie der inneren Sicherheit der Europäischen Union (2015–2020)« v. 15./16.05.2015, kurz darauf auch Schlussfolgerungen des Europäischen Rates vom 26.06.2015 (EUCO 22/15) und sodann COM(2016) 230 final v. 20.04.2016: »Umsetzung der Europäischen Sicherheitsagenda im Hinblick auf die Bekämpfung des Terrorismus und die Weichenstellung für eine echte und wirksame Sicherheitsunion«. Hierzu *Brodowski*, ZIS 2016, 106 (109); *Brodowski*, ZIS 2017, 11 (11); zur vorhergehenden EU-Strategie der Inneren Sicherheit *Brodowski*, JURA 2013, 492 ff. m.w.N.

teren Legislativvorhaben zur Harmonisierung der Geldwäsche (RL [EU] 2018/1673) und zu Betrug und Fälschung mit unbaren Zahlungsmitteln (RL [EU] 2019/713) ankündigte⁹⁰ und in (bis zu) monatlichen Fortschrittsberichten begleitete,⁹¹ ja hierdurch die anderen Legislativorgane voranzutreiben suchte.

Derartige Erklärungen beschränken sich dabei regelmäßig nicht allein auf die Ankündigung von oder Forderung nach zukünftiger Gesetzgebung auf europäischer Ebene, sondern verweisen auch, vorrangig oder auch vollständig auf andere Maßnahmen. Exemplarisch sei verwiesen auf Forderungen nach vollständiger Umsetzung bereits erlassener EU-Rechtsakte in den Mitgliedstaaten, auf Ressourcensteuerung, auf Informationssammlungen und -auswertungen.⁹² Daher können sie etwa auch zunächst – anstelle bzw. vor Rechtsetzung – in sogenannten Grünbüchern erfolgen,⁹³ die in hervorgehobener Weise andere Akteure zu einem frühen Stadium eines Vorhabens zur Konsultation auffordern, oder auch in sogenannten Weißbüchern,⁹⁴ die als »Testballon« konkretere Vorschläge lancieren, ohne bereits die Verbindlichkeit eines Arbeitsprogramms aufzuweisen.⁹⁵

90 COM(2016) 230 final v. 20.04.2016, S. 15.

91 COM(2016) 670 final v. 12.10.2016; COM(2016) 732 final v. 16.11.2016; COM(2016) 831 final v. 21.12.2016; COM(2017) 41 final v. 25.01.2017; COM(2017) 203 final v. 02.03.2017; COM(2017) 213 final v. 12.04.2017; COM(2017) 261 final v. 16.05.2017; COM(2017) 354 final v. 29.06.2017; COM(2017) 407 final v. 26.07.2017; COM(2017) 466 final v. 07.09.2017; COM(2017) 608 final v. 18.10.2017; COM(2017) 779 final v. 12.12.2017; COM(2018) 46 final v. 24.01.2018; COM(2018) 211 final v. 17.04.2018; COM(2018) 470 final v. 13.06.2018; COM(2018) 690 final v. 11.10.2018; COM(2018) 845 final v. 11.12.2018 sowie COM(2019) 145 final v. 20.03.2019.

92 Beispiele aus COM(2016) 230 final v. 20.04.2016.

93 Mit materiell-strafrechtlichem Bezug bisher KOM(2001) 715 endg. v. 11.12.2001 (»Grünbuch zum strafrechtlichen Schutz der finanziellen Interessen der Europäischen Gemeinschaften und zur Schaffung einer Europäischen Staatsanwaltschaft«); KOM(2005) 696 endg. v. 22.12.2005 (»Grünbuch über Kompetenzkonflikte und den Grundsatz ne bis in idem in Strafverfahren«); die bemerkenswerterweise beide in materiell-rechtlicher Hinsicht langjährig folgenlos geblieben sind.

94 Mit materiell-strafrechtlichem Bezug bisher KOM(2005) 10 endg. v. 25.01.2005.

95 Zu weiteren formellen und informellen Konsultationen im Vorfeld von EU-Strafgesetzgebung siehe noch unten § 5 II. 1. c) bb).

c) Zur Genese von Kommissionsentwürfen

Die zunehmend zentrale Rolle der Europäischen Kommission in der initialen Ausarbeitung von Legislativvorschlägen⁹⁶ in der weiteren Begleitung des europäischen Gesetzgebungsverfahrens macht es aus kriminalpolitikwissenschaftlicher Sicht erforderlich, deren Binnenorganisation und weitere für die Genese von Legislativvorschlägen prägende Elemente herauszuarbeiten:

aa) Interne Organisation der Europäischen Kommission

Ein Legislativvorschlag obliegt zwar formal der Europäischen Kommission als Kollegialorgan nach Maßgabe der politischen Leitlinien des bzw. der Präsident*in (Art. 17 Abs. 6 lit. a EUV), ferner der politischen Steuerung durch die zuständigen Vizepräsident*innen.⁹⁷ Funktionell ist indes, wie auf nationaler Ebene, die starke Rolle der zuständigen Referate,⁹⁸ (General-) Direktionen⁹⁹ und sonstigen Dienststellen der Europäischen Kommission zu beachten, die jeweils einem oder einer Kommissar*in zugeordnet sind.¹⁰⁰ Die Zuständigkeit¹⁰¹ für Strafrechtsfragen verteilt sich dabei aktuell vor allem auf die dem »Justizkommissar« *Didier Reynders* unterstellte Generaldirektion Justiz und Verbraucher (DG JUST),¹⁰² und die *Ylva Johansson* unterstehende Generaldirektion Migration und Inneres (DG HOME),¹⁰³ daneben auf die

96 Siehe oben § 5 I. 1. a) sowie § 5 II. 1. a).

97 Zwar sieht die Geschäftsordnung der Europäischen Kommission keine starke Rolle für Vizepräsident*innen vor, vgl. deren Art. 3 Abs. 3; sie folgt aber aus der Organisationsgewalt des bzw. der Präsident*in, aktuell z.B. *Europäische Kommission*, Mission letter to Margaritis Schinas, S. 2.

98 Deren Personal speist sich – ganz vergleichbar den Bundesministerien in Deutschland – zum einen aus europäischen Beamten, zum anderen aus aus den Mitgliedstaaten abgeordneten Mitarbeiter*innen, wobei für Strafrechtsfragen wiederum abgeordnete Richter*innen und Staatsanwält*innen eine prominente Rolle einnehmen.

99 Vgl. *Kugelman*, in: Streinz³, Art. 249 AEUV Rn. 9 f.

100 Vgl. Art. 19 Abs. 2 GO Kommission. Hinzu treten die persönlichen »Kabinette« der Kommissar*innen; vgl. Art. 19 Abs. 1 GO Kommission.

101 Bei Neuantritt einer Kommission erfolgt im Wesentlichen eine Fortschreibung der bisherigen Organisation mit vereinzelten Modifikationen, vgl. zuletzt *Europäische Kommission*, European Commission 2019–2024.

102 Dort insbes. die Direktion B »Strafjustiz« mit den Referaten B.1 »Allgemeines Strafrecht, Justizielle Ausbildung« (einschl. materielles Strafrecht) sowie B.2 »Strafprozessrecht«; *Europäische Kommission*, DG JUST. Generaldirektion Justiz und Verbraucher.

103 Dort insbes. die Direktion D »Strafverfolgung und Sicherheit« mit den Referaten HOME.D.1 »Polizeiliche Zusammenarbeit und Informationsaustausch«, HOME.D.2

Valdis Dombrovskis unterstehende Generaldirektion für Finanzstabilität und Kapitalmärkte (DG FISMA)¹⁰⁴ und ferner das dem »Budgetkommissar« *Johannes Hahn* unterstehende Europäische Amt für Betrugsbekämpfung (OLAF), soweit es legislativ beratend tätig wird.¹⁰⁵ Für die interne Kontrolle von Legislativvorhaben ist der Juristische Dienst der Kommission zuständig, der wiederum der Kommissionspräsidentin *Ursula von der Leyen* direkt unterstellt ist;¹⁰⁶ im ihr ebenfalls unterstehenden »Generalsekretariat« sind zudem »Spiegelreferate«¹⁰⁷ zu verzeichnen.¹⁰⁸

Daran ist in Kontrastierung zur Strafgesetzgebung in Deutschland die Fragmentierung der Zuständigkeiten für Strafrechtsfragen augenscheinlich, die keineswegs mit der auch innerstaatlich bekannten Trennlinie »Justiz« und »Inneres« gleichzusetzen ist. Dies und die verbreitet nach Kriminalitätsbereichen zugeschnittenen Referate dürften zugleich eine instrumentelle Sicht auf den Einsatz des Strafrechts nahelegen,¹⁰⁹ die auch nicht einer informellen Kontrolle durch »Spiegelreferate« eines »Koalitionspartners« (die es aufgrund der anders gelagerten Zusammenstellung der Kommission so nicht gibt) unterliegen. Stattdessen dürfte die Rückkopplung an eine Vielzahl z.T. diverser Kriminaljustizsysteme, aus denen die einzelnen Mitarbeiter*innen, Referent*innen, (General-)Direktor*innen bis hin in die politische Ebene stammen, nicht ohne Einfluss auf Anlass und Ausprägung europäischer Strafgesetzgebung bleiben.

»Terrorismusbekämpfung«, HOME.D.4 »Cyberkriminalität« sowie HOME.D.5 »Organisierte Kriminalität und Drogenpolitik«; *Europäische Kommission*, HOME. Generaldirektion Migration und Inneres.

104 Dort das Referat FISMA.D2 »Finanzkriminalität«, das zuvor bei DG JUST angesiedelt war; vgl. *Europäische Kommission*, DG FISMA. Generaldirektion für Finanzstabilität, Finanzdienstleistungen und Kapitalmarktunion und *Europäische Kommission*, European Commission 2019–2024.

105 Art. 2 Abs. 3, Abs. 4 Beschluß der Kommission vom 28. April 1999 zur Errichtung des Europäischen Amtes für Betrugsbekämpfung (OLAF), ABIEG Nr. L 136 v. 31.05.1999, S. 20.

106 Für Strafrechtsfragen liegt die Zuständigkeit im Wesentlichen beim Referat SJ.G–JLS (aktuell *Clemens Ladenburger*); *Europäische Kommission*, Juristischer Dienst (Organigramm).

107 Zum Begriff siehe oben § 4 III. 1. b).

108 Für Strafrechtsfragen die Referate SG.E2 »Migration, Grenzen & Sicherheit« und SG.E1 »Bürger, Gleichberechtigung, Demokratie & Rechtsstaatlichkeit« der Direktion E »Bürger, Gesundheit, Migration & Sicherheitsunion«; *Europäische Kommission*, SG. Generalsekretariat.

109 Das Referat II A 4 (»Strafrechtliche Bekämpfung der Wirtschafts-, Computer-, Korruptions- und Umwelkriminalität«) wirkt im BMJ eher als eine Ausnahme zu II A 1 und II A 2; siehe hierzu oben § 4 III. 1. a) bb) mit Fn. 223.

bb) Vorbereitung, Folgenabschätzungen und die Begründung von Kommissionsvorschlägen

Zur Vorbereitung einer Legislativmaßnahme stützt sich die Europäische Kommission – bzw. dort die zuständigen Referate und (General-)Direktionen – auf mehrere Erkenntnisquellen:

Zunächst ist auf den ständigen, engen Kontakt mit der Gubernative der Mitgliedstaaten als originärer Ansprechpartner *in den* und *für die* Mitgliedstaaten zu verweisen, für Strafrechtsfragen somit in Deutschland zumeist das BMJ, teils auch das BMI.¹¹⁰ Dies kann zu einer fehlenden »inneren Distanz« zu nationalen Gubernativen – insbesondere solchen, die in keinem aktuellen Konflikt mit der Kommission stehen – führen und eventuell in Regierungen bestehenden Fehlvorstellungen z.B. über die praktische Anwendung des Strafrechts auf die europäische Ebene perpetuieren. Daher ist es umso bedeutsamer, dass die Kommission zudem den unmittelbaren Kontakt mit »Interessenträgern« (*Stakeholdern*) sucht,¹¹¹ wobei es sich in Strafrechtsfragen vor allem um Staatsanwält*innen, Richter*innen, Strafverteidiger*innen, Strafrechtswissenschaftler*innen und Opfervertreter*innen handelt.¹¹² Den Rahmen für einen solchen Austausch bieten insbesondere verfestigte Expertengruppen, so etwa die »Expert Group on EU Criminal Policy (E02760)«,¹¹³ sowie themenspezifische und *ad hoc* zusammengesetzte Konsultationstreffen.¹¹⁴

Des Weiteren stützt sich die Europäische Kommission auf von dieser, z.T. auch von anderen EU-Einrichtungen finanzierte Studien.¹¹⁵ Im strafrechtlichen Kontext handelt es sich dabei in erster Annäherung um legislativ-rechtsvergleichende¹¹⁶ Studien. Liegt dem – wie bisweilen nahegelegt wird – ein politisch bereits vorgegebenes Ziel zugrunde, lässt sich die dabei angewendete Methodik treffend als »instrumentell« bezeichnen.¹¹⁷ In jedem Falle dominiert in diesen Studien ein Fokus auf das geschriebene Recht

110 Siehe hierzu oben § 4 III. 1. a) sowie § 4 III. 1. b).

111 *Europäische Kommission*, »Better regulation« toolbox 2021, S. 442 ff.

112 Siehe hierzu die nachfolgende Fn.

113 ABIEU Nr. C 53 v. 23.02.2012, S. 9.

114 Exemplarisch KOM(2009) 136 endg. v. 25.03.2009, S. 5.

115 Zur als unzureichend wahrgenommenen Berücksichtigung bereits vorliegender rechtsvergleichender Studien *Hauck*, in: S. Beck/Burchard/Fateh-Moghadam (Hrsg.), Strafrechtsvergleichung als Problem und Lösung, S. 255 (270 f.).

116 Zum Begriff *Eser*, in: Eser/Perron (Hrsg.), Strukturvergleich strafrechtlicher Verantwortlichkeit und Sanktionierung in Europa, S. 929 (956, 1005 ff.) m.w.N.

117 *J. Vogel*, in: S. Beck/Burchard/Fateh-Moghadam (Hrsg.), Strafrechtsvergleichung als Problem und Lösung, S. 205 (207 ff.); hierzu auch *Eser*, in: Eser/Perron (Hrsg.),

(und nicht dessen Anwendung), was den Blick auf funktionale Äquivalente einzuengen vermag. Zudem wird in diesen Studien die Gleichrangigkeit der Mitgliedstaaten betont, was sich insbesondere in einem »Auszählen« der Ergebnisse nach Anzahl der Mitgliedstaaten manifestiert,¹¹⁸ anstelle qualitative oder fallzahlenbezogene quantitative Auswertungen vorzunehmen.¹¹⁹ Auch Studien, die eine Befragung von Justizpraktikern vorsehen, weisen unzureichende Stichprobengrößen auf,¹²⁰ um hieraus empirisch tragfähige, allgemeingültige Aussagen treffen zu können. Gleichwohl dienen derartige Studien¹²¹ sowie über verschiedene Kanäle an die Europäische Kommission herangetragene exemplarische Fallgestaltungen – letztlich Anekdoten – trotz der Gefahr eines »hard cases make bad law«¹²² der Begründung von Kommissionsvorschlägen.¹²³

Schließlich nimmt die Kommission bei »Initiativen [...], bei denen mit erheblichen wirtschaftlichen, sozialen oder ökologischen Auswirkungen zu rechnen ist«,¹²⁴ sogenannte Folgenabschätzungen vor. Basierend auf einer ersten Problemskizze und bereits darin definierten politischen Zielen (»Fahr-

Strukturvergleich strafrechtlicher Verantwortlichkeit und Sanktionierung in Europa, S. 929 (1037).

118 Exemplarisch *Spronken/Vermeulen/de Vocht/van Puyenbroeck*, EU Procedural Rights in Criminal Proceedings, S. 32 ff.

119 Siehe aber *Maffei/Markopoulou*, New European Crimes and Trust-based Policy, *De Bondt*, EurJCrPolicyRes 20 (2014), 23 ff. sowie nachfolgend noch § 5 II. 1. d) aa).

120 Exemplarisch *European Monitoring Centre for Drugs and Drug Addiction*, Drug trafficking penalties across the European Union, S. 5 »The network's national experts were asked to select at least five respondents (judges, prosecutors, defence lawyers).«

121 Eindrücklich *J. Vogel*, in: S. Beck/Burchard/Fateh-Moghadam (Hrsg.), Strafrechtsvergleichung als Problem und Lösung, S. 205 (210 f.). Zur parallelen Problematik bei der Evaluierung der Umsetzung siehe nachfolgend § 5 II. 1. d).

122 Wenngleich für das *Common Law* formuliert und von *Oliver Wendell Holmes Jr.* aufgegriffen (193 U.S. 197 [400], *Northern Securities Co. v. United States*, *dissenting*: »Great cases, like hard cases, make bad law. For great cases are called great not by reason of their real importance in shaping the law of the future, but because of some accident of immediate overwhelming interest which appeals to the feelings and distorts the judgment.«), liegt ein Transfer der Problematik auf legislative Strafrechtsetzung nahe.

123 Exemplarisch SEC(2006) 1079 v. 29.08.2006, S. 8 f. mit drei »[r]eal life examples of differential treatment« von Untersuchungsgefangenen mit ausländischer Staatsangehörigkeit; ferner – mit materiell-strafrechtlichem Bezug – SWD(2013) 19 final v. 05.02.2013 zur späteren RL 2014/62/EU.

124 *Europäische Kommission*, Folgenabschätzungen; zur Methodik *Europäische Kommission*, »Better regulation« toolbox 2021, S. 42 ff.; ferner *F. Meyer*, Strafrechts-genese in Internationalen Organisationen, S. 312.

plan« bzw. »Roadmap«¹²⁵ oder einer ausführlicheren »Folgenabschätzung in der Anfangsphase« bzw. »Inception Impact Assessment«) kann jeder (v.a. aber Interessengruppen) eine Stellungnahme einreichen; gleiches gilt für die ggf. hierauf aufbauende, eigentliche Folgenabschätzung (»Impact Assessment«),¹²⁶ die sodann in einem dem Legislativvorschlag beigefügten Bericht mündet.¹²⁷ Dies und die auch im Übrigen vergleichsweise transparenten Prozesse¹²⁸ tragen zwar zur Diskursivität bereits im Vorfeld eines Legislativvorhabens bei, sind aber dennoch geprägt von einem hohen Selektionsgrad – wer hat Kenntnis von diesem Forum? Damit verbunden ist eine starke Rolle von Institutionen (v.a. Regierungen) und organisierten Interessenvertretungen (Richter*innen und Staatsanwält*innen, aber auch Rechtsanwält*innen und Strafverteidigung, z.B. mittels CCBE¹²⁹ und ECBA¹³⁰). Zudem ist mit der Ausschreibung des Vorhabens eine politische Vorprägung der Kommission bereits eingetreten, was zu sogenannten Ankereffekten führen könnte.

d) *Berichtspflichten: Umsetzungskontrolle und ex post-Evaluierung*

Grundsätzlicher¹³¹ Bestandteil eines jeden,¹³² insbesondere auf Art. 83 AEUV bzw. entsprechende Vorläufervorschriften gestützten Rechtsaktes sind Bestimmungen über Berichts- und Mitteilungspflichten.¹³³ Dabei sind –

125 Exemplarisch *Europäische Kommission*, Proposal for a Directive on criminalisation of money laundering zur späteren RL (EU) 2018/1673.

126 *Europäische Kommission*, Folgenabschätzungen.

127 Exemplarisch SWD(2017)298 final v. 13.09.2019 zu COM(2017) 489 final v. 13.09.2019 zur späteren RL (EU) 2019/713.

128 Vgl. exemplarisch die im Vorfeld publizierten Planungen für Tagesordnungen der Kommissionssitzungen, z.B. SEC(2020) 2346 final v. 15.07.2020.

129 *Commission de Conseil des Barreaux européens*; für Deutschland sind sowohl BRAK als auch DAV Mitglied.

130 *European Criminal Bar Association*.

131 Weitgehende Ausnahme: RL (EU) 2017/2103.

132 Vgl. I.3. der Interinstitutionellen Vereinbarung zwischen dem Europäischen Parlament, dem Rat der Europäischen Union und der Europäischen Kommission über bessere Rechtsetzung, ABIEU Nr. L 123 v. 12.05.2016, S. 1 (2): »Die drei Organe stimmen darin überein, dass die Rechtsvorschriften der Union [...] angemessene Berichterstattungs-, Überwachungs- und Evaluierungsvorschriften enthalten [...] sollten«; vgl. ferner III.20 ff. dieser Vereinbarung.

133 Diese sind von anderen Evaluierungsmechanismen, insbes. gestützt auf Art. 70 AEUV zu unterscheiden; hierzu der Überblick bei *J. Vogel/Böse*, in: *EnzEuR XI*², § 27 Rn. 1 ff. sowie *Nilsson*, in: *Weyembergh/de Biolley* (Hrsg.), *Comment évaluer le droit pénal européen?*, S. 115 ff.; *R. Roth*, in: *Weyembergh/Santamaria* (Hrsg.), *The evaluation of European criminal law*, S. 41 ff.

trotz allgemein häufig unklarer Terminologie¹³⁴ – verschiedene Grundtypen solcher Verpflichtungen zu unterscheiden:

aa) Berichtspflichten der Mitgliedstaaten

Zunächst trifft die Mitgliedstaaten regelmäßig die Verpflichtung zur Mitteilung des »Wortlaut[s] der innerstaatlichen Rechtsvorschriften zur Umsetzung ihrer Verpflichtungen«, ¹³⁵ bzw. neuerdings der »wichtigsten« ¹³⁶ oder sogar aller »nationalen Vorschriften [...], die sie auf dem unter diese Richtlinie fallenden Gebiet erlassen«. ¹³⁷ Soweit ersichtlich, sind diese Mitteilungen nur teilweise öffentlich in der EUR-Lex-Datenbank hinterlegt und mit MNE-Nummern (*National Measures of Execution*) versehen.

Zusätzlich werden den Mitgliedstaaten vermehrt Pflichten auferlegt, laufend quantitative Daten zu Straftaten und zur Strafverfolgung im jeweiligen Bereich zu erheben und an die Kommission zu übermitteln, die diese kompiliert und (jedenfalls) EU-intern zur Verfügung stellt. ¹³⁸ Schließlich trifft die Mitgliedstaaten eine unselbständige Verpflichtung zur Übermittlung der zur Umsetzungskontrolle notwendige Angaben. ¹³⁹

134 Vgl. *Martin Weber/Edwards/S. Huber*, *European Journal of Risk Regulation* 8 (2017), 121 (128); *Burchard*, in: Herrfeld/Brodowski/Burchard, Art. 119 EUStA-VO Rn. 1.

135 So – unter dem Vertrag von Lissabon – Art. 22 Abs. 2 RL 2011/36/EU, Art. 27 Abs. 2 RL 2011/93/EU; Art. 16 Abs. 3 RL 2013/40/EU.

136 So Art. 12 Abs. 3 RL 2014/42/EU; Art. 13 Abs. 2 RL 2014/57/EU; Art. 14 Abs. 2 RL 2014/62/EU; Art. 18 Abs. 2 RL (EU) 2017/541; Art. 17 Abs. 2 RL (EU) 2017/1371; Art. 13 Abs. 2 RL (EU) 2018/1673.

137 Art. 20 Abs. 2 RL (EU) 2019/713.

138 Normenklare derartige Maßgaben zur jährlichen Erhebung und Übermittlung der Anzahl an Strafverfahren sowie der strafverfolgten und verurteilten Personen enthalten insbes. Art. 14 RL 2013/40/EU; Art. 18 RL (EU) 2019/713 und (indes nur zweijährlich) Art. 11 RL 2014/62/EU. Zusätzlich eine Aufschlüsselung nach Einstellungen, Freisprüchen und Verurteilungen sowie noch laufenden Verfahren sowie des geschätzten Schadens und der Wiedererlangung von Vermögenswerten verlangt Art. 18 Abs. 2 RL (EU) 2017/1371, Angaben zur Anzahl Sicherstellungs- und Einziehungsentscheidungen und zum geschätzten Wert der sichergestellten bzw. eingezogenen Vermögensgegenstände Art. 11 RL 2014/42/EU.

139 So ausdrücklich Art. 21 Abs. 1 Satz 2 RL (EU) 2019/713.

bb) Berichtspflichten der Europäischen Kommission über die Umsetzung des Unionsrechtsakts in den Mitgliedstaaten

Der Europäische Kommission wird als »Hüterin der Verträge« grundsätzlich die Verpflichtung auferlegt, i.d.R. zwei Jahre nach Ablauf der Umsetzungsfrist dem Europäischen Parlament und dem Rat förmlich – d.h. in Gestalt einer Kommissionsmitteilung – zu berichten, »inwieweit die Mitgliedstaaten die erforderlichen Maßnahmen getroffen haben.«¹⁴⁰ Soweit zugleich auf die mögliche Vorlage eines neuen Gesetzgebungsvorschlags verwiesen wird,¹⁴¹ so ist dies gänzlich unbeachtlich, weil Sekundärrecht die nach Art. 76 AEUV bestehende Initiativbefugnis der Kommission ohnehin weder eingrenzen noch erweitern kann.¹⁴²

Die Umsetzungskontrolle der Kommission differenziert dabei zunächst zwischen einer formalen Nichtumsetzung, die quasi-automatisch zu einem Vertragsverletzungsverfahren¹⁴³ nach Art. 258, 260 Abs. 3 AEUV führt¹⁴⁴ und sodann zwischen einer Umsetzungs- bzw. Vollständigkeits- (»transposition« bzw. »completeness assessment«)¹⁴⁵ und einer Konformitätsprüfung (»conformity assessment«).¹⁴⁶ Die Vollständigkeit der Umsetzung bemisst sich dabei relativ formal danach, ob sich die Regelungsinhalte der unionsrechtlichen Vorgabe auch im nationalen Recht widerspiegeln;¹⁴⁷ die

140 Art. 21 Abs. 1 Satz 1 RL (EU) 2019/713; gleichbedeutend Art. 23 Abs. 1 RL 2011/36/EU; Art. 18 Abs. 1 RL 2011/93/EU; Art. 17 RL 2013/40/EU; Art. 12 RL 2014/57/EU; Art. 12 RL 2014/62/EU (mit dreijähriger Frist); Art. 29 Abs. 1 RL (EU) 2017/541 (mit anderthalbjähriger Frist); Art. 18 Abs. 1 RL (EU) 2017/1371; Art. 14 UAbs. 1 RL (EU) 2018/1673 (die engl. Fassung spricht von 2022, die dt. Fassung irrtümlicherweise von 2020). Quer über alle Rechtsgebiete soll eine dreijährige Frist üblicher sein, *Martin Weber/Edwards/S. Huber*, *European Journal of Risk Regulation* 8 (2017), 121 (128, 130).

141 So z.B. Art. 12 Satz 3 RL 2014/62/EU.

142 Zutr. *Burchard*, in: *Herrnfeld/Brodowski/Burchard*, Art. 119 EUSTA-VO Rn. 12, 15.

143 Allgemein hierzu bereits oben § 1 III. 1. b) cc).

144 Vgl. SWD(2019) 285 v. 04.07.2019, S. 25 ff. Erfolgt vor einem Urteil des EuGH die vollständige Umsetzung, nimmt die Kommission die Klage zurück, SWD(2019) 285 v. 04.07.2019, S. 27, obwohl das Rechtsschutzbedürfnis fortbestehen kann, *Stotz/Škvařilová-Pelzl*, in: *Kluth/Krings* (Hrsg.), *Gesetzgebung*, § 37 Rn. 90.

145 Zur Terminologie siehe COM(2020) 217 final v. 02.06.2020, S. 5; allgemein *Europäische Kommission*, »Better regulation« toolbox 2021, S. 336 f.; siehe zudem *Weyembergh/Santamaria*, in: *Weyembergh/Santamaria* (Hrsg.), *The evaluation of European criminal law*, S. 9 (19).

146 *Europäische Kommission*, »Better regulation« toolbox 2021, S. 339 f.

147 Vgl. *Sánchez Lázaro*, GA 2015, 604 (604, 606 f.) (»terminologische[...] Vollständigkeit«).

Konformität danach, ob auch – etwa unter Berücksichtigung des Zusammenspiels verschiedener Normen – eine materielle Übereinstimmung der unionsrechtlich intendierten mit der im mitgliedstaatlichen Recht existenten Rechtslage gegeben ist.¹⁴⁸ Dies ist indes nicht mit einer rechtstatsächlichen Erhebung gleichzusetzen, sondern speist sich – größtenteils vermittelt über externe Dienstleister¹⁴⁹ – aus von den Mitgliedstaaten (und dort den Regierungen bzw. Ministerien) gelieferten Informationen,¹⁵⁰ aus den bei den Studienautor*innen vorhandenen oder diesen verfügbaren Erkenntnisquellen, gelegentlich wissenschaftlichen Studien¹⁵¹ sowie Konsultationen mit Interessenträgern,¹⁵² d.h. vorrangig Vertreter*innen von Interessenverbänden, im strafrechtlichen Kontext somit Berufsverbänden der Richter- und Anwaltschaft. Diese Methodik ist zwar aus europäischer Perspektive passgenau auf deren Handlungsmöglichkeiten – hier: das materielle Strafrecht betreffende Harmonisierungsvorgaben – zugeschnitten, kann aber den Blick zu sehr einengen, etwa wenn ein Mitgliedstaat funktionale Äquivalente zur Umsetzung nutzt, oder wenn die praktische Anwendung des Strafrechts von den der Evaluation zugrundeliegenden Rechtstexten divergiert.

cc) Berichtspflichten der Europäischen Kommission zur Evaluierung des Unionsrechtsakts

Von dieser formellen wie (teil-)materiellen Umsetzungskontrolle zu unterscheiden ist die Kontrolle der Sinnhaftigkeit der unionsrechtlichen Regelung selbst.¹⁵³ In jüngerer Zeit erlegt eine Mehrzahl materiell-strafrechtlicher Unionsrechtsakte der Europäischen Kommission eine entsprechende Eva-

148 *Europäische Kommission*, »Better regulation« toolbox 2021, S. 339.

149 Zur Letztverantwortlichkeit der Kommission siehe *Europäische Kommission*, »Better regulation« toolbox 2021, S. 340.

150 Vgl. Zarza, in: Weyembergh/de Biolley (Hrsg.), *Comment évaluer le droit pénal européen?*, S. 99 (102 f.).

151 Exemplarisch *Weyembergh/Santamaria*, *The evaluation of European criminal law*.

152 Für eine typische Methodik vgl. *Canetta u.a.* *Evaluation on the implementation and functioning of the obligation of carriers to communicate passenger data set up by Directive 2004/82*, S. 2 sowie *EPRS, The Victims' Rights Directive 2012/29/EU*, S. 4; zum Quellenproblem auch die Darstellung bei Zarza, in: Weyembergh/de Biolley (Hrsg.), *Comment évaluer le droit pénal européen?*, S. 99 (102 ff.).

153 Für eine Verknüpfung beider Fragen indes *Weyembergh/Santamaria*, in: Weyembergh/Santamaria (Hrsg.), *The evaluation of European criminal law*, S. 9 ff.; zu Schwierigkeiten bei überlappenden internationalen, europäischen und nationalen Regelungen einleuchtend *Weyembergh/Santamaria*, in: Weyembergh/Santamaria (Hrsg.), *The evaluation of European criminal law*, S. 379 (395).

luierungspflicht – im zeitlichen Abstand zur Umsetzungskontrolle – auf.¹⁵⁴ Bislang nicht dezidiert vorgesehen, aber in anderen Regelungsbereichen üblich (geworden) ist eine turnusmäßige Wiederholung solcher Berichte.¹⁵⁵ Teils wird diese Anordnung einer *ex post*-Evaluation des Unionsrechtsakts selbst mit dem (unbeachtlichen) Hinweis auf mögliche neue Legislativvorschläge verbunden,¹⁵⁶ teils mit der Pflicht zur Erörterung einer inhaltlich konturierten Nachjustierung, auf die sich die Legislativorgane ersichtlich zunächst nicht oder in nicht hinreichend konsentierter Gestalt haben einigen können.¹⁵⁷ Das eröffnet eine bemerkenswerte Hebelwirkung und, bildlich gesprochen, das Ziehen eines Wechsels auf die Zukunft und dann möglicherweise opportunere Rahmenbedingungen für die Verfolgung dieses politischen Inhalts.¹⁵⁸

2. Auslöser für EU-Strafgesetzgebung

Grundsätzlich ist somit spätestens in den vorgenannten Arbeitsprogrammen, »Fahrplänen« und Schlussfolgerungen,¹⁵⁹ wenn nicht bereits zuvor in Strategischen Leitlinien i.S.d. Art. 68 AEUV¹⁶⁰ thematisch und auch zeitlich umrissen, wann die Europäische Kommission einen themenspezifischen Legislativvorschlag unterbreitet. In diesen Erklärungen ist daher – bildlich gesprochen – der eigentliche formale »Startschuss« für Strafgesetzgebung auf europäischer Ebene zu sehen. Dies macht es aus der kriminalpolitik-

154 Art. 29 Abs. 2 RL (EU) 2017/541; Art. 18 Abs. 3, Abs. 4 RL (EU) 2017/1371; Art. 14 UAbs. 2 RL (EU) 2018/1673; Art. 21 Abs. 2 RL (EU) 2019/713. Keine derartige klare Differenzierung zwischen Umsetzungskontrolle und Evaluation des Unionsrechtsakts selbst sahen indes vor: Art. 17 RL 2014/40/EU; Art. 13 RL 2014/42/EU; Art. 12 RL 2014/57/EU; Art. 12 RL 2014/62/EU.

155 So für die Europäische Staatsanwaltschaft in Art. 119 VO (EU) 2017/1939 mit einem fünfjährigen Turnus.

156 Art. 18 Abs. 5 RL (EU) 2017/1371; zur Irrelevanz vgl. soeben bei und mit Fn. 142.

157 Exemplarisch Art. 23 Abs. 2 RL 2011/36/EU (bzgl. Inkriminierung der »Inanspruchnahme von Diensten, die Gegenstand einer Ausbeutung durch Menschenhandel sind«); Art. 18 Abs. 4 und Abs. 5 RL (EU) 2017/1371 (bzgl. Schwellenwert für Umsatzsteuerbetrügereien, Länge der Verjährungsfristen und »Betrug im Zusammenhang mit der Vergabe öffentlicher Aufträge«); Art. 21 Abs. 3 RL (EU) 2019/713 (bzgl. sog. »Whistleblowing«).

158 Vgl. bereits oben § 4 II. 3. b).

159 Hierzu oben § 5 II. 1. b) bei und mit Fn. 90.

160 Hierzu oben § 5 II. 1. a) bei und mit Fn. 82 ff.

wissenschaftlichen Perspektive¹⁶¹ notwendig, nach dem Auslöser dieser Erklärungen zu suchen, um zugleich den Auslöser für EU-Strafgesetzgebung zu erkennen. Hierzu sei zunächst analysiert, inwieweit sich die zu nationaler Strafgesetzgebung herausgearbeiteten Auslöser¹⁶² transferieren lassen, und sodann nach spezifisch auf europäischer Ebene anzutreffenden Auslösern gesucht:

a) *Parallelitäten zu Dynamiken nationaler Strafgesetzgebung*

aa) *Leitentscheidungen der Rechtsprechung*

Die Rechtsprechung des EuGH fungiert jedenfalls dann als Auslöser, wenn diese die (insbesondere kompetenzielle) Statik des Europäischen Primärrechts neu konturiert oder zumindest klarstellt. Paradigmatisch hierfür waren die Leitentscheidungen zur Kompetenzabgrenzung zwischen der vormaligen »ersten« und »dritten« Säule;¹⁶³ die Nichtigkeit der RB 2003/80/JI und RB 2005/667/JI war Anlass, zeitnah mit Legislativverfahren zum Erlass von Richtlinien zu reagieren (RL 2008/99/EG, RL 2009/123/EG). In anderen Bereichen des Strafrechts werden auch – zumindest implizite – Aufforderungen des EuGH an die Legislative diskutiert;¹⁶⁴ im materiell-strafrechtlichen Bereich hatte sie zumindest entscheidende Auswirkungen auf die Erstreckung der PIF-Richtlinie auch auf Umsatzsteuerbetrugereien.¹⁶⁵ Doch anders als nationale Ober- und Höchstgerichte entscheidet der EuGH grundsätzlich nicht über konkrete, öffentlichkeitswirksame Kriminalfälle, sondern zumeist nur über – in der Regel »technisch« anmutende – Vorlagefragen. Im Bereich des materiellen Strafrechts führen zudem systemische Aspekte dazu, dass Auslegungsfragen durch den EuGH – jedenfalls bislang – seltenst zu klären waren, weil es ihnen an Entscheidungserheblichkeit fehlte.¹⁶⁶ Daher ist die

161 Grundlegend zur kriminalpolitikwissenschaftlichen Analyse von EU-Strafrecht J. Vogel, in: FS Kühl, S. 635 ff.

162 Oben § 2 IV.

163 EuGH [GK], Urt. v. 12.09.2005 – C-176/03 (Kommission ./ Rat) sowie EuGH [GK], Urt. v. 23.10.2007 – C-440/05 (Kommission ./ Rat).

164 Ratsdok. 15255/19, S. 5; Ratsdok. 14103/19, S. 5 zu EuGH [GK], Urt. v. 15.10.2019 – C-128/18 (Dorobantu); hierzu Brodowski, ZIS 2020, 285 (296).

165 EuGH [GK], Urt. v. 08.09.2015 – C-105/14 (Taricco u.a.).

166 Brodowski, in: Herrnfeld/Brodowski/Burchard, Art. 22 EUSTa-VO Rn. 7: Entscheidend ist die nationale Strafnorm. Schießt sie über den durch Unionsrecht vorgegebenen Mindeststandard hinaus, kann dies eine autonome nationale Kriminalisierung darstellen; ist sie nicht hinreichend, verhindert die auch vor dem Hintergrund des

Rechtsprechung des EuGH zu fragmentarisch und zu distanziert und konnte sich daher nicht über den skizzierten Rahmen hinausgehend zu einem entscheidenden Auslöser für konkrete Vorhaben¹⁶⁷ der EU-Strafgesetzgebung entwickeln. Nationale Gerichte – einschließlich Verfassungsgerichte – wiederum können Unionsorgane rechtlich nicht binden; auch eine politische Prägung dürfte deren Rechtsprechung allenfalls für Vertreter der jeweiligen Mitgliedstaaten haben. Rechtsprechung des EGMR wiederum ist aufgrund des unverändert diffizilen Verhältnisses der EMRK zu Unionsrecht¹⁶⁸ nur indirekt geeignet, als Auslöser für EU-Strafgesetzgebung zu fungieren.¹⁶⁹

bb) Kriminalität von europäischer Dimension

Kriminalitätseignisse können nur dann als Auslöser für EU-Strafgesetzgebung wirken, wenn ihnen eine hinreichende europäische Dimension zukommt. Das ist insbesondere bei Anschlägen prominent geworden, die sich als Fälle internationalen Terrorismus erwiesen,¹⁷⁰ aber auch bei eine grenzüberschreitende (Medien-)Öffentlichkeit hervorrufenden Einzeltaten, etwa

Unionsrechts zu respektierende Wortlautgrenze (EuGH [GK], Urt. v. 03.05.2005 – C-387/02, C-391/02 und C-403/02 [Berlusconi u.a.], Rn. 74 ff.; EuGH, Urt. v. 12.12.1996 – C-74/95 und C-129/95 [X], Rn. 23) einen Schuldspruch, sodass es an der Entscheidungserheblichkeit fehlt.

167 Dies verkennt daher nicht die tragende Rolle, die EuGH, Urt. v. 21.09.1989 – C-68/88 (Kommission ./ Griechenland [»Griechischer Mais«]) – hierzu zeitgenössisch *Tiedemann*, NJW 1990, 2226 ff. – für die Herausbildung des EU-Strafrechts hatte.

168 Der Verfassungsauftrag aus Art. 6 Abs. 2 Satz 1 EUV wurde seit EuGH, Gutachten 2/13 v. 18.12.2014 (EMRK-Beitrittsabkommen) m. Anm. und Bspr. (u.a.) *Wendel*, NJW 2015, 921 ff.; *Schorkopf*, JZ 2015, 781 ff.; *M. Breuer*, EuR 2015, 330 ff.; *Castán*, DÖV 2016, 12 ff.; *Franzius*, ZaöRV 75 (2015), 383 ff. langjährig ignoriert; siehe aber die Initiative Finnlands, Ratsdok. 12349/19 RESTREINT; hierzu *Brodowski*, ZIS 2020, 285 (286).

169 Sollte die EU nunmehr Mindeststandards für Haftbedingungen erlassen, ließe sich dies unmittelbar auf EuGH, Urt. v. 15.10.2019 – C-128/18 (Dorobantu) zurückführen (siehe soeben in Fn. 164), mittelbar indes auf die langjährige Rechtsprechung des EGMR zu Mindeststandards bei Haftbedingungen, die erst zur aktuellen Konfliktlage im Auslieferungsrecht geführt hat.

170 Exemplarisch der entsprechende Verweis auf den Terroranschlag vom 22.03.2016 in Brüssel in COM(2016) 230 final v. 20.04.2016, S. 2 oben. Allerdings verbleibt im Dunkeln, inwieweit manche der darin skizzierten Maßnahmen tatsächlich erst nach dem 22.03.2016 in den Blick genommen wurden, da sich diese Mitteilung der Kommission nicht singular auf diesen Terroranschlag zurückführen lässt, sondern maßgeblich auf die vorherigen Strategischen Leitlinien (siehe oben in Fn. 89).

sexualisierter Gewalt gegenüber Kindern.¹⁷¹ Auch parallel in mehreren Mitgliedstaaten auftretende Summations- und Kumulationseffekte gleicher oder verwandter Erscheinungsformen von Kriminalität können, soweit dies Akteure auf europäischer Ebene erreicht, als Auslöser für EU-Strafgesetzgebung fungieren.¹⁷²

cc) Völkerrecht

Trotz der weitreichenden Außenkompetenz der EU (Art. 216 AEUV), die mit einem grundsätzlichen Gleichlauf der Innen- und Außenkompetenz umschrieben wird (*in foro interno, in foro externo*¹⁷³) und somit den Abschluss völkerrechtlicher Strafrechtskonventionen kompetenziell deckt, soweit der Kriminalitätsbereich auch eine Strafrechtsharmonisierung der Union zulässt, ist auf europäischer Ebene die Auslösefunktion von Völkerrecht noch geringer einzuschätzen als auf nationaler Ebene: Zum einen ist die EU bislang nur zurückhaltend in diesem Kontext tätig geworden; auch ist sie häufig als supranationale Organisation im Text multinationaler Verträge nicht als potentieller Vertragspartner in den Blick genommen.¹⁷⁴ Hinzu tritt ein diffiziles Machtgefüge: Im Verhältnis zu den Mitgliedstaaten ist festzustellen, dass diese zumeist auf sogenannte gemischte Abkommen drängen.¹⁷⁵ Zudem besteht die Notwendigkeit, bereits für die Unterzeichnung einen mit qualifizierter Mehrheit zu erlassenden Beschluss des Rates (Art. 216 Abs. 5, Abs. 8 UAbs. 1 AEUV) zu bewirken. Für den Abschluss ist schließlich neben einem erneuten Beschluss des Rates auch die Zustimmung des Europäischen Parlaments einzuholen (Art. 216 Abs. 6 lit. a sublit. v i. V. m. Art. 83 Abs. 1, Abs. 2 Alt. 1 AEUV). Dies begrenzt weiter die Bedeutung völkerrechtlicher Strafrechtskonventionen für die Entwicklung des EU-Strafrechts.

171 Zur anekdotischen Begründung von Gesetzgebung, die nicht mit deren Auslöser gleichzusetzen ist, siehe noch unten § 5 II. 1. c) bb).

172 Dies liegt etwa nahe bei der RL (EU) 2017/2103 zum Umgang mit sog. neuen psychoaktiven Substanzen.

173 So z.B. *Meng*, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje⁷, Art. 47 AEUV Rn. 6; auf den sogar noch darüber hinausgehenden Wortlaut des Art. 216 AEUV weist *Schmalenbach*, in: Calliess/Ruffert⁶, Art. 216 AEUV Rn. 12 hin. Zurückhaltender, gestützt auf das Merkmal der Erforderlichkeit, indes *Vöneky/Beilage-Haarmann*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Art. 216 AEUV Rn. 11.

174 Instrukтив Ratsdok. 8594/18; siehe ferner den Überblick bei *Brodowski*, ZIS 2018, 493 (510 f.).

175 Siehe hierzu, statt vieler, *Mögele*, in: Streinz³, Art. 216 AEUV Rn. 42 ff.; *Schmalenbach*, in: Calliess/Ruffert⁶, Art. 216 AEUV Rn. 5.

dd) Zeitgesetzgebung und Evaluationen

Zwar erfolgte der Erlass von strafrechtsrelevanten Richtlinien – und auch ihrer Vorgänger in Gestalt von Rahmenbeschlüssen und Gemeinsamen Maßnahmen – bislang stets auf unbestimmte Zeit, sodass hieraus keine Dynamik europäischer Strafgesetzgebung resultiert. Deutlich prominentere Funktion – auch als Auslöser für erneute Legislativmaßnahmen – kommt auf europäischer Ebene allerdings der *ex post*-Evaluation¹⁷⁶ zu, wie dies bereits der Handlungszyklus nahelegt.¹⁷⁷

ee) Machtwechsel und Machtdemonstrationen

Aufgrund des deutlich komplexeren Machtgefüges in der EU im Wechselspiel zwischen Europäischer Kommission, Rat und Europäischem Parlament eignet sich die europäische Ebene – selbst nach Neuwahlen des Europäischen Parlament – deutlich weniger zu Machtdemonstrationen, zur Veränderung der Rechtslage und damit kaum als Auslöser für Strafgesetzgebung. Deutlich prominenter dürften Machtdemonstrationen – dann aber zur Verhinderung, Verzögerung und Abschwächung von Gesetzgebung – durch Einzelakteure im Rat zu verzeichnen sein, insbesondere wenn dieser als Bühne für nationale Politik verwendet wird.

ff) Außerstrafrechtliche Rechtsetzung

Da europäische Strafgesetzgebung – jedenfalls bislang – nicht auf eine Gesamtkodifikation angelegt ist, sondern auf thematisch orientierte Einzelrechtsakte und ggf. deren Veränderung oder Ersetzung, entsteht deutlich seltener die Notwendigkeit zur fortlaufenden Adaption eines Normtextes. Hinzu tritt, dass bei Modifikationen anderer EU-Rechtsakte häufig Regelungen dahingehend getroffen werden, dass Verweisungen auf einen Vorgänger-Rechtsakt nunmehr als Verweisungen auf den neu erlassenen Rechtsakt zu lesen sind.¹⁷⁸ Auch dies reduziert die Notwendigkeit, zugleich mitbetroffene

176 Näher zu diesen unten § 5 II. 1. d).

177 Zu diesem siehe oben § 5 II. 1.

178 Exemplarisch Art. 16 RL (EU) 2017/1371: »Für die Mitgliedstaaten, die durch diese Richtlinie gebunden sind, gelten Verweise auf das Übereinkommen als Verweise auf diese Richtlinie.« Siehe ferner exemplarisch Art. 81 Abs. 2 VO (EU) 2018/1727 und für den außerstrafrechtlichen, aber strafrechtsnahen Bereich Art. 39 Abs. 4 VO (EU) Nr. 596/2014 (Marktmissbrauchsverordnung).

Rechtsakte zu ändern, und hebt daher einen an sich bestehenden Anlass für Strafgesetzgebung wieder auf.

b) *Besondere Auslöser für europäische Strafgesetzgebung*

aa) Verfolgung nationalstaatlicher Interessen?

Den Vereinigten Staaten von Amerika wird bisweilen vorgeworfen, mit Korruptionsstrafgesetzgebung (sei es dem Foreign Corrupt Practices Act [FCPA], sei es durch Voranbringen völkerrechtlicher Initiativen zur Korruptionsbekämpfung) sowie einer fragmentarischen Rechtsdurchsetzung (z.B. auf Strafvollstreckungsebene¹⁷⁹) Wirtschaftspolitik zu betreiben und ihre eigenen Wirtschaftsunternehmen auf internationalen Märkten hierdurch zu stärken.¹⁸⁰ Auf die europäische Ebene übertragen hieße dies, dass einzelne Mitgliedstaaten versuchen könnten, europäische Strafgesetzgebung auszulösen und einzusetzen, um eigene nationalstaatliche Interessen auf Kosten der Interessen anderer National- bzw. Mitgliedstaaten voranzutreiben. Doch ein solcher Vorwurf ginge zu weit: Bis zum Vertrag von Lissabon war im Rat Einstimmigkeit für Strafgesetzgebung erforderlich, was (trotz Notwendigkeiten politischer Kompromissfindungen) einem zu deutlichen Agieren zum Vorteil eines und zum Nachteil anderer Mitgliedstaaten entgegensteht. Europäische Strafgesetzgebung unterliegt zwar seit dem Vertrag von Lissabon nicht mehr einem solchen Einstimmigkeitserfordernis, erfolgte aber größtenteils dennoch getragen von großen Mehrheiten;¹⁸¹ die Ausnahme (PIF-Richtlinie) bezog sich im Wesentlichen auf den Streit um das »Wie« der Verfolgung von Umsatzsteuerbetrügereien, nicht aber auf die Frage des »Ob« ihrer strafrechtlichen Inkriminierung und damit verbundenen nationalstaatlichen Interessen. Vor allem dürften die erstarkte Rolle der weiteren Legislativorgane (Europäische Kommission und Europäisches Parlaments) derartige Entwicklungen bremsen. Zwar verstehen sich nicht wenige Abgeordnete als Vertreter »nationale[r] Interessen auf europäischer Ebene«,¹⁸² in ihrer Summe aber sind Mehrheiten nur für Positionen zu gewinnen, die einer Mehr- bis Vielzahl an Mitgliedstaaten bzw. Europa als Ganzem förderlich sind. Zudem eignet sich auch die bloße Strafrechtsharmonisierung, die von einer legislativen

179 Vgl. *United States Government Accountability Office (GAO)*, Criminal Debt.

180 Instruktive Analyse – von der gegenteiligen Prämisse ausgehend – durch *Perlman/Sykes*, *Journal of Legal Analysis* 9 (2017), 153 ff.

181 Siehe unten Anhang B V. 4.

182 So das ausdrückliche Selbstverständnis der mitgliedstärksten EVP-Fraktion, *EVP-Fraktion im Europäischen Parlament*, Über uns.

Umsetzung in den anderen Mitgliedstaaten und von einer dortigen effektiven Rechtsdurchsetzung abhängig ist,¹⁸³ weit weniger zur Verfolgung nationalstaatlicher Interessen auf Kosten anderer als eine unmittelbare, ggf. auch extraterritoriale Strafrechtsanwendung. EU-Strafgesetzgebung eignet sich somit schlecht zur Verfolgung isolierter nationalstaatlicher Interessen.

bb) »Spiel über die Bande« (*policy laundering*)?

Im europäischen Mehrebenensystem liegt als weiterer Auslöser für Strafgesetzgebung nahe, dass Akteure, die einen bestimmten kriminalpolitischen Inhalt (»policy«) zu verwirklichen suchen, denjenigen Prozess (»politics«) zur Verwirklichung dieses Inhalts wählen, der die weitreichendsten Erfolgsaussichten verspricht. Soweit Maßnahmen, die auf nationaler Ebene wegen zu großer politischer Widerstände nicht durchsetzbar wären, daher auf die europäische Ebene verlagert werden, spricht man bildlich von einem »Spiel über die europäische Bande« bzw. von einem *policy laundering*.¹⁸⁴ Ein solcher Vorwurf wurde gegenüber europäischer Straf- und Sicherheitsgesetzgebung häufiger erhoben.¹⁸⁵ Doch die Tragfähigkeit dieses Vorwurfs bedarf – insbesondere unter dem Vertrag von Lissabon – kritischer Reflexion, auch angesichts der gegenläufigen Hypothese, wegen einer größeren Diversität der beteiligten Akteure sei das Spiel über die Bande möglicherweise sogar schwerer.¹⁸⁶

Zunächst ist zu beachten, dass das Primärrecht der Europäischen Union eine begrenzte Strafrechtsetzungskompetenz zuweist. Wird diese innerhalb des kompetenziellen Rahmens und unter Einhaltung der formalen Vorgaben ausgefüllt, liegt zunächst eine rechtmäßige Nutzung des neu eröffneten politischen Spielfelds nahe; von einem Missbrauch im Sinne eines illegitimen Spiels über die Bande ließe sich nur dann sprechen, wenn ein geeigneter objektiver Maßstab existierte, um legitimen von illegitimen Gebrauch eu-

183 Ob die EUSTa gegen nationalstaatliche Resistenzen hinreichend wirkmächtig Strafverfolgung betreiben können wird, bleibt angesichts des gewählten hybriden Modells und der starken Interaktion mit nationalen Strafverfolgungsbehörden und Gerichten sowie des anwendbaren materiellen wie formellen Rechts abzuwarten.

184 Brodowski, JURA 2013, 492 (498); Burchard, Die Konstitutionalisierung der gegenseitigen Anerkennung, S. 65; J. Vogel, in: FS Kühl, S. 635 (643 f.).

185 Vgl. Lüderssen, GA 2003, 71 (71); Mitsilegas, CMLRev 2006, 1277 (1287 f.); Schünemann, GA 2004, 193 (200 f.); Westphal, EuR 2006, 706 (717 f.).

186 Vgl. oben § 1 III. 1.

europäischer Strafgesetzgebungskompetenzen zu unterscheiden.¹⁸⁷ Sodann ist festzuhalten, dass lediglich die Regierungen der Mitgliedstaaten an Gesetzgebungsvorhaben auf nationaler wie europäischer Ebene in hinreichend prominenter Weise involviert sind, dass sie originär ein Spiel über die Bande betreiben können, zumindest wenn sie – wie in Deutschland – Gesetzgebung auf nationaler und (im Konzert mit weiteren Regierungen, Art. 76 AEUV) auch auf europäischer Ebene initiieren können. Sämtliche anderen kriminalpolitischen Akteure (von Parlamenten über Interessenverbände hin zu Einzelpersonen) können zwar auf Legislativorgane auf beiden Ebenen einwirken, sind aber nicht gleichzeitig Legislativorgan oder Teil desselben auf beiden Ebenen. Daher konzentriert sich der Vorwurf eines *policy laundering* auf »[i]n den Mitgliedstaaten unangenehme oder nicht durchsetzbare Regierungsvorhaben«.¹⁸⁸ Ferner ist zu beachten, dass die Regierung eines einzelnen Mitgliedstaats – anders als noch in der Vor-Lissabon-Zeit¹⁸⁹ – selbst dann, wenn sie die Ratspräsidentschaft innehat, nicht mehr eine so dominante Rolle einnehmen kann, dass sie die kriminalpolitische Agenda alleine prägen könnte. Denn bereits für eine Initiative nach Art. 76 AEUV sind gleichgerichtete Interessen von sieben Regierungen¹⁹⁰ erforderlich; diese Regierungen sind zudem in den Mitgliedstaaten zwischenzeitlich in ihrem europapolitischen Handeln stärker an die Parlamente rückgekoppelt worden.¹⁹¹ Hinzu tritt, dass für solche Initiativen erhöhte Mehrheitsanforderungen als für Kommissionsvorschläge greifen,¹⁹² was (trotz grundsätzlichem Streben nach Einstimmigkeit im Ji-Rat¹⁹³) den Anreiz für die Ergreifung einer solchen Initiative zu senken vermag. Auch angesichts der eng gesteckten Zeitfenster einer sechsmonatigen Ratspräsidentschaft, in der sich ein komplettes Legislativvorhaben in aller Regel nicht durchführen lassen wird, vermag daher allenfalls ein Agieren mehrerer bis etlicher mitgliedstaatlicher Regierungen im Verbund ein *policy laundering* zu bewirken. Schließlich entscheiden die Regierungen – anders als in der Vor-Lissabon-Zeit – nicht mehr alleine, sondern es ist für Strafrechtsharmonisierung das ordentliche Gesetzgebungsverfahren mit Mitentscheidung des Europäischen Parlaments zu bestreiten. Dieses ist zwar nicht immer strafrechtskritisch, sondern teils auch besonders

187 Zu primärrechtlichen Grenzen europäischer Strafgesetzgebung, wie sie etwa auch aus europäischen Grund- und Menschenrechten folgen, siehe u.a. oben § 1 II. 1. a), § 1 II. 1. d) aa), § 1 II. 2. a) bb), § 1 IV. 2. c) cc).

188 Brodowski, JURA 2013, 492 (498).

189 Hierauf ersichtlich noch abstellend J. Vogel, in: FS Kühl, S. 635 (643).

190 Siehe oben § 5 I. 1. a).

191 Vgl. nur § 8 EuZBBG; § 4 Abs. 1 EUZBLG.

192 Siehe oben § 5 I. 3. d).

193 Vgl. de Maizièrre, Regieren, S. 196.

punitiv orientiert,¹⁹⁴ aber zum einen in die Mitgliedstaaten (und dortigen Parteien) rückgekoppelt. Zum anderen aber ist es zur Mehrheitsfindung im Parlament erforderlich, fraktions- und staatenübergreifende Interessen zu bündeln.¹⁹⁵ Auch dies dürfte dazu führen, dass ein ersichtliches »Spiel über die europäische Bande« erschwert wird.

cc) Wechselspiel der Akteure

Angesichts dieses Befundes und auch der Stärkung der Rolle der Europäischen Kommission¹⁹⁶ erscheint ein plumpes »Spiel über die europäische Bande« nicht länger erfolgversprechend. Stattdessen dürften derartige Strategien nunmehr deutlich subtiler und indirekter erfolgen, namentlich über das oben bereits skizzierte Wechselspiel der Akteure.¹⁹⁷ So lassen sich Schlussfolgerungen des Rates¹⁹⁸ mitunter während der Dauer einer Ratspräsidentschaft verhandeln und verabschieden. Sie haben sich daher auch zu einer politischen Symbolik entwickelt, die zum einen auf nationaler Bühne den Akteuren (insbesondere der jeweiligen Ratspräsidentschaft) dienlich sein kann. Zum anderen aber können solche »Schlussfolgerungen« den Spielball europäischer Kriminalpolitik in eine bestimmte Richtung lenken und zugleich Aktionen anderer Akteure auslösen – sei es, dass die Kommission explizit zum Handeln aufgefordert wird; sei es, dass diese im Rahmen einer autonom veranlassten (Legislativ-)Maßnahme hierauf Bezug nimmt.¹⁹⁹ Vergleichbares gilt für sogenannte Initiativberichte des Europäischen Parlaments,²⁰⁰ und für (förmliche) Mitteilungen der Kommission. In diesem sich überlappenden Wechselspiel der Legislativorgane und weiterer Akteure, in dem Aktion und Reaktion teils schwerlich differenzierbar sind, verdichten

194 Exemplarisch *Brodowski*, ZIS 2018, 493 (499) zur RL (EU) 2018/1673.

195 Siehe oben § 5 II. 2. b) aa).

196 Siehe oben § 5 II. 1. a).

197 Siehe erneut oben § 5 II. 1. a) sowie § 5 II. 1. b).

198 Allgemein zu diesen oben § 5 II. 1. b) bei und mit Fn. 87. In letzter Zeit sei exemplarisch verwiesen auf »Schlussfolgerungen zur Bekämpfung des sexuellen Missbrauchs von Kindern« i.d.F. Ratsdok. 12862/19 und »Schlussfolgerungen zu den Rechten der Opfer«, ABIEU Nr. C 422 v. 16.12.2019, S. 5 während der finnischen Ratspräsidentschaft in der 2. Jahreshälfte 2019.

199 In Anknüpfung (auch) an die in Fn. 198 exemplarisch genannten Schlussfolgerungen folgten bereits wenige Monate später eine »EU-Strategie für eine wirksamere Bekämpfung des sexuellen Missbrauchs von Kindern«, COM(2020) 607 vom 24.07.2020, sowie eine »EU-Strategie für die Rechte von Opfern (2020–2025)«, COM(2020) 258 vom 24.06.2020.

200 Vgl. Art. 54 Geschäftsordnung des Europäischen Parlaments.

und konkretisieren sich die kriminalpolitischen Inhalte, bis sie ggf. in ein förmliches Legislativverfahren münden – das dann, wegen der durch diese Berichte, Schlussfolgerungen und ähnliche Stellungnahmen bewirkten politischen (Vor-)Bindung deutlich geradliniger verlaufen kann, als wenn in den anderen Legislativorganen erst nach einem förmlichen Legislativvorschlag eine Erstbefassung mit der Sachmaterie erfolgen würde.

3. Verflechtung nationaler und europäischer Strafgesetzgebung

Auf dieser Grundlage sei nun aus den Perspektiven des Strafverfassungsrechts und der Kriminalpolitik analysiert, welche Verflechtungen zwischen nationaler und europäischer Strafgesetzgebung zu verzeichnen sind.

a) *Strafverfassungsrechtliche Verflechtung*

Als strafverfassungsrechtliche Verflechtung lassen sich diejenigen Überschneidungen und Wechselwirkungen bezeichnen, die sich aus europäischem Recht oder nationalem Verfassungsrecht ergeben und daher die Akteure des Gesetzgebungsverfahrens rechtlich zu binden vermögen.

aa) Institutionelle Verflechtung bei europäischer Strafgesetzgebung

Eine unmittelbare institutionelle Verflechtung besteht über den Rat der Europäischen Union als Legislativorgan auf europäischer Ebene und die dortige Vertretung der Mitgliedstaaten durch ein demokratisch legitimiertes und verantwortliches Mitglied der (nationalen) Regierung,²⁰¹ die ihrerseits in die nationale Strafgesetzgebung eingebunden ist.²⁰² Gleiches gilt für die Staats- und Regierungschef*innen im Europäischen Rat im Hinblick auf seine – auch strafrechtsrelevante – Lenkungsfunktion.²⁰³ Bereits dies entkräftet jeglichen Vorwurf, die Mitgliedstaaten seien zu bloßen »Lakaien« von »Brüssel« geworden.²⁰⁴ In den Gremien des Rates sind zudem auch unmittelbar Vertreter der Landesregierungen hinzuzuziehen (§ 6 Abs. 1 Satz 1 EUZBLG),²⁰⁵

201 Vgl. statt aller *F. Meyer*, Strafrechtsgenese in Internationalen Organisationen, S. 307; *J. Vogel*, in: FS Kühl, S. 635 (643) sowie bereits oben § 5 I. 3. a).

202 Siehe bereits § 5 II. 2. b) bb).

203 Siehe *J. Vogel*, in: FS Kühl, S. 635 (643) sowie oben § 5 II. 1. a).

204 *Schünemann*, StV 2003, 531 (533).

205 Siehe oben § 5 I. 3. a).

was zumindest auf Arbeitsebene eine institutionelle Verflechtung mit diesen bewirkt.

Hinzu treten mittelbare Verflechtungen durch den starken Einfluss der nationalen Regierungen auf die Besetzung der Europäischen Kommission²⁰⁶ und auch auf den Gerichtshof der Europäischen Union.²⁰⁷ Zwar sind Kommissar*innen und mehr noch Richter*innen auch gegenüber den Mitgliedstaaten, die sie berufen haben, unabhängig (vgl. nur Art. 17 Abs. 3 UAbs. 2, UAbs. 3 EUV, Art. 245 UAbs. 1 Satz 2 AEUV), doch können (kriminal-)politische Überzeugungen, die für die Auswahlentscheidung relevant waren, auch auf die spätere Tätigkeit, z.B. als Kommissar*in, ohne Weiteres fortwirken.

bb) Prozedurale Verflechtung bei europäischer Strafgesetzgebung

Wesentliches Element einer prozeduralen Verflechtung bei europäischer Strafgesetzgebung ist zunächst das bereits skizzierte Subsidiaritäts-Frühwarnsystem mit der förmlichen Einbindung der nationalen Parlamente, in Deutschland von Bundestag und Bundesrat. Zwar sind die Hürden, um eine »gelbe« oder sogar eine »orangene« Karte zu erreichen, hoch, und solche Rügen lassen sich aus Sicht des europäischen Primärrechts durch ein Festhalten an einem Legislativvorschlag mit entsprechender Begründung ohnehin überwinden.²⁰⁸ Dennoch bewirkt bereits die Information der nationalen Parlamente als notwendige Voraussetzung für das Frühwarnsystem, dass diese früh proaktiv über europäische Legislativvorhaben in Kenntnis gesetzt werden. Das bedeutet, dass nationale Parlamente sodann – insbesondere über Einwirkung auf die i.d.R. ihnen gegenüber verantwortliche nationale Regierung und mittelbar auf den Rat und seine Gremien, aber auch über interparlamentarische Kontakte zum Europäischen Parlament – zumindest politisch²⁰⁹ Einfluss nehmen können auf das weitere europäische Legislativverfahren. Eine Verstärkung erfährt diese prozedurale Verflechtung durch das Klagerecht, das den Parlamenten – in Deutschland also Bundestag und Bundesrat – im Hinblick auf Verstöße gegen das Subsidiaritätsprinzip nach

206 Der Europäische Rat hat nach Art. 17 Abs. 7 EUV das alleinige Vorschlagsrecht; sowohl der bzw. die Präsident*in der Kommission als auch das Kollegium des Ganzen bedarf aber der Wahl bzw. Zustimmung durch das Europäische Parlament. Hierauf bereits hinweisend *J. Vogel*, in: FS Kühl, S. 635 (643).

207 Die Ernennung der Richter*innen und Generalanwälte*innen erfolgt durch die »Regierungen der Mitgliedstaaten im gegenseitigen Einvernehmen«, Art. 19 Abs. 2 UAbs. 3 EUV, ohne Beteiligung des Europäischen Parlaments.

208 Siehe zu alledem oben § 5 I. 1. c) m.w.N.

209 Zu Art. 23 Abs. 3 GG siehe noch sogleich bei und mit Fn. 222.

Art. 8 UAbs. 1 Protokoll (Nr. 2) eingeräumt ist,²¹⁰ und das in Deutschland in Bezug auf den Bundestag als Minderheitsrecht²¹¹ ausgestaltet ist (Art. 23 Abs. 1a GG, § 12 Abs. 1 IntVG; siehe auch § 93d GO BT).²¹²

Als weiteres – teil-prozedurales – Element ist der »Notbremsemechanismus« zu sehen. Dieser bewirkt nämlich zunächst nur eine Verzögerung des Verfahrens durch Verlagerung der Diskussion in den Europäischen Rat. Er kann aber auch materiellen Gehalt gewinnen, soweit dort keine Einigkeit erzielt wird und sodann allenfalls andere Mitgliedstaaten eine Verstärkte Zusammenarbeit begründen,²¹³ der sich auf die »Notbremse« berufende Mitgliedstaat hingegen nicht durch den neuen Unionsrechtsakt gebunden wird. Im hier untersuchten Kontext ist entscheidend, dass die »Notbremse«, bildlich gesprochen, in Strafrechtsfragen von Bundesregierung und Bundestag (mit Mehrheit, § 9 Abs. 1 IntVG) und damit von zwei zentralen Akteuren nationaler Strafgesetzgebung »gezogen« werden kann.²¹⁴ Zwar dürfte der bzw. die Bundeskanzler*in im Europäischen Rat rechtlich nicht an die Bedenken des Bundestages gebunden sein und daher – im Rahmen einer politischen Kompromissfindung – dem Fortgang eines europäischen Strafgesetzgebungsverfahrens auch gegen den Willen des Parlaments zustimmen können;²¹⁵ politisch erscheint dies aber – jedenfalls im politischen System Deutschlands – kaum vorstellbar.²¹⁶

Ist für eine Maßnahme der europäischen Strafgesetzgebung der kompetenzielle Rahmen durch Nutzung der Kompetenzerweiterungsklausel in Art. 83 Abs. 1 UAbs. 3 AEUV zunächst zu erweitern,²¹⁷ unterliegt dies dem BVerfG zufolge als (vereinfachte) Vertragsänderung einem parlamentarischen Zu-

210 Hierzu *Schoo*, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje⁷, Art. 294 AEUV Rn. 17.

211 Krit. *Schoo*, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje⁷, Art. 294 AEUV Rn. 17.

212 Soweit ersichtlich, gab es bislang lediglich einen solchen Antrag (BT-Drs. 19/16857), bezogen auf die Richtlinie (EU) 2019/1937 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. Oktober 2019 zum Schutz von Personen, die Verstöße gegen das Unionsrecht melden, ABIEU Nr. L 305 v. 26.11.2019, S. 17. Dieser erreichte nicht das erforderliche Quorum, BT-Prot. 19/17959 (D).

213 Siehe zu alledem oben § 5 I. 2. m.w.N.

214 Zum überholten Streit, ob auch ein Negativvotum erforderlich ist, *J. Vogel/Eisele*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Art. 83 AEUV Rn. 25 m.w.N.

215 *Suhr*, in: Calliess/Ruffert⁶, Art. 83 AEUV Rn. 38; *F. Meyer*, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje⁷, Art. 82 AEUV Rn. 50 ebenso BT-Drs. 16/13923, S. 10 (bloße Einflussnahme nach Art. 23 Abs. 3 GG).

216 Ebenso *F. Meyer*, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje⁷, Art. 82 AEUV Rn. 51.

217 Zum anzuwendenden besonderen Gesetzgebungsverfahren auf europäischer Ebene *J. Vogel/Eisele*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Art. 83 AEUV Rn. 67; zu Beschluss (EU) 2022/2332 und zu weitergehenden Überlegungen der Kommission siehe oben § 1 III. 1. b) aa) in Fn. 702.

stimmungsvorbehalt.²¹⁸ Daher muss der oder die deutsche Vertreter*in im Rat einen entsprechenden Beschlussvorschlag ablehnen²¹⁹ (§ 7 Abs. 1 Satz 2 IntVG), es sei denn, ein entsprechendes Gesetz wurde nach Art. 23 Abs. 1 Satz 2 GG durch Bundestag und Bundesrat beschlossen,²²⁰ wobei – auch wegen der begrenzten Reichweite dieser Kompetenzerweiterungsklausel – eine einfache Mehrheit genügt.²²¹

Schließlich ist die Verhandlungsführung seitens der Bundesregierung im Rat und in seinen Gremien²²² nicht nur politisch, sondern auch rechtlich mit einer Positionierung des Bundestages und auch des Bundesrates zu einem konkreten Legislativvorhaben verbunden. Zwar sprechen Art. 23 Abs. 3 GG (Bundestag) bzw. Art. 24 Abs. 4 GG i.V.m. § 5 Abs. 1 EUZBLG (Bundesrat) nur von einer Berücksichtigungspflicht, was der Bundesregierung als Verhandlungsführerin weitreichende Abweichungsmöglichkeiten beließe.²²³ Umgekehrt wäre es zu weitreichend, aus der Formulierung des § 8 Abs. 2 Satz 1 EUZBBG, dass die Bundesregierung eine Stellungnahme des Bundestages »ihren Verhandlungen zugrunde« zu legen habe, das Kompetenzgefüge zwischen den Verfassungsorganen Deutschlands umzukehren.²²⁴ Ohne eine spezifische Demokratiesensibilität des Strafrechts bemühen zu wollen,²²⁵ ist aus dem Gefüge auch der weiteren Bestimmungen des EUZBBG – § 8 Abs. 4 Satz 6 (Abweichung aus »wichtigen außen- oder integrationspolitischen Gründen«), § 8 Abs. 5 Satz 2 (Begründungspflicht bei Nichtberücksichti-

218 BVerfGE 123, 267 (412 f.).

219 Eine Enthaltung reichte nicht, weil diese dem Einstimmigkeitserfordernis nicht entgegensteht, Art. 235 Abs. 1 UAbs. 3 AEUV; zum Zustimmungsvorbehalt bei Aufgabe des Einstimmigkeitserfordernisses nach Art. 48 Abs. 7 EUV siehe § 4 IntVG; hierzu *F. Meyer*, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje⁷, Art. 83 AEUV Rn. 12.

220 *F. Meyer*, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje⁷, Art. 83 AEUV Rn. 12; *Satzger*, in: Streinz³, Art. 83 AEUV Rn. 26; *Suhr*, in: Calliess/Ruffert⁶, Art. 83 AEUV Rn. 18 f.; *J. Vogel/Eisele*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Art. 83 AEUV Rn. 68; zum bisher einzigen Anwendungsfall siehe das Gesetz zum Entwurf eines Beschlusses des Rates über die Feststellung des Verstoßes gegen restriktive Maßnahmen der Union als einen die Kriterien nach Artikel 83 Absatz 1 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union erfüllenden Kriminalitätsbereich und zur Änderung des Infektionsschutzgesetzes, BGBl. 2022 I, S. 539.

221 Überzeugend *Suhr*, in: Calliess/Ruffert⁶, Art. 83 AEUV Rn. 20 ff.

222 Siehe soeben § 5 II. 3. a) aa).

223 In diese Richtung *Heintschel von Heinegg/Frau*, in: BeckOK-GG⁵³, Art. 23 GG Rn. 39.

224 Für eine Herabstufung zu einer bloßen Berücksichtigungspflicht daher *Hillgruber*, in: Schmidt-Bleibtreu¹⁵, Art. 23 GG Rn. 77.

225 Auch BVerfGE 123, 267 (407 ff., insbes. 412 f.) enthält zu Fragen der Verhandlungsführung im Rat keine Maßgaben.

gung) – ein rechtlich bindendes Regel-Ausnahme-Verhältnis dahingehend festzustellen, dass grundsätzlich die Auffassung des Bundestages die Verhandlungsführung der Bundesregierung, jedenfalls in ihren Grundzügen, bindet und Abweichungen nicht nur einer Begründung bedürfen, sondern sich materiell auf »außen- oder integrationspolitische« Sachgründe zurückführen lassen müssen.²²⁶

cc) Materielle Verflechtung durch europäische und nationale Strafgesetzgebung

Die primärrechtlichen Grundlagen, Typologie und Reichweite der Anweisungen, die das europäische (sekundäre) Strafrecht als Statik an den nationalen Strafgesetzgeber vorgibt, wurden bereits aufgezeigt,²²⁷ ebenso die Mechanismen der Kontrolle der vollständigen Umsetzung²²⁸ einschließlich des Vertragsverletzungsverfahrens.²²⁹ Das ist aber zunächst nur ein – scheinbar²³⁰ einseitiges – Eingreifen der europäischen in die nationale Ebene der Strafgesetzgebung. Für eine wechselseitige Verflechtung bedeutsam ist es aber, dass die Gesetzgeber in den Mitgliedstaaten die verbleibenden Umsetzungsspielräume, einschließlich der Möglichkeit der Nutzung funktionaler Äquivalente,²³¹ nutzen und hierbei mitunter – auch durch Nichthandeln – die Grenzen der unionsrechtlichen Vorgaben austesten, sprich es auf ein Vertragsverletzungsverfahren oder eine glaubhafte Drohung mit einem solchen ankommen lassen ko. Strafverfassungsrechtlich lässt sich das darauf herunterbrechen, dass Reibungsverluste zwischen europäischem und nationalem Recht primärrechtlich bewusst in Kauf genommen werden, weil Strafgesetzgebung *qua* Richtlinie – anders als dies bei einer unmittelbar geltenden Verordnung der Fall wäre – spezifisch auf die Mitwirkung der nationalen Parlamente angewiesen ist und die Europäische Kommission bei Umsetzungsverstößen keine Verfolgungspflicht trifft, sondern sie Ermessen hat, ob sie ein Vertragsverletzungsverfahren einleitet.²³²

Hält ein nationales Parlament aber eine Richtlinie, die es umzusetzen hat, für primärrechtswidrig, so sollte es sich nicht auf die schlichte Nichtumset-

226 Vgl. Scholz, in: Dürig/Herzog/Scholz, Art. 23 GG Rn. 159 f., auch zur Möglichkeit des Erlasses eines förmlichen »Mandatsgesetzes«.

227 Siehe oben § 1 II. 1. d) bb) sowie § 1 III. 1. b).

228 Siehe oben § 5 II. 1. d).

229 Siehe hierzu bereits oben § 1 III. 1. b) cc).

230 Siehe soeben § 5 II. 3. a) aa) und § 5 II. 3. a) bb).

231 Hierzu oben § 1 II. 1. d) bb) sowie § 1 III. 1. b) cc).

232 Siehe hierzu bereits oben § 1 III. 1. b) cc).

zung verlassen: Eine Einrede, die Richtlinie sei unionsrechtswidrig, hält der EuGH abseits von »besonders schweren und offensichtlichen Fehlern« unbeschadet des Art. 277 AEUV²³³ für unzulässig.²³⁴ Zwar sprechen gute Gründe dafür, dies bei einem substantiiert vorgetragenen Grundrechts(charta)verstoß anders zu sehen, da andernfalls der nationale Gesetzgeber sehenden Auges rechtswidrige Grundrechtseingriffe vornehmen müsste.²³⁵ Doch vorrangige Klageart ist die Nichtigkeitsklage nach Art. 263 AEUV.²³⁶ Allerdings ist für diese ein nationales Parlament nicht klagebefugt,²³⁷ sondern (neben Kommission, Rat und Europäischem Parlament) nur ein Mitgliedstaat, der von seiner Regierung vertreten wird. Zudem ist die Nichtigkeitsklage nach Art. 263 UAbs. 6 AEUV an eine zweimonatige Frist gebunden. Unbeschadet der Frage, ob ein nationales Parlament seine Regierung zur Erhebung einer Nichtigkeitsklage anweisen kann – in Deutschland ist dies nur nach § 7 EUZBLG bei Fehlen einer Bundesgesetzgebungskompetenz vorgesehen –, kommt daher die Umsetzungsgesetzgebung für eine Inzidentkontrolle der Primärrechtmäßigkeit einer Richtlinie in aller Regel zu spät.

dd) Justizielle Verflechtung

(1) Nichtigkeitsklage (Art. 263 AEUV)

Damit ist aber zugleich die Verflechtung angesprochen, die darin besteht, dass Mitgliedstaaten, vertreten durch ihre Regierungen, Richtlinien vor dem EuGH – d.h. auf europäischer Ebene – im Verfahren des Art. 263 AEUV *ex post* auf ihre Primärrechtskonformität kontrollieren lassen können. Angesichts der zweimonatigen Klagefrist und des Versuchs, möglichst breite Mehrheiten im Rat zu erzielen,²³⁸ überrascht es nicht, dass diese Möglichkeit

233 Stotz/Škvařilová-Pelzl, in: Kluth/Krings (Hrsg.), Gesetzgebung, § 37 Rn. 49 m.w.N.

234 EuGH [GK], Urt. v. 11.10.2016 – C-601/14 (Kommission ./ Italien), Rn. 33 (zu RL 2004/80/EG zur Entschädigung der Opfer von Straftaten); EuGH, Urt. v. 29.07.2010 – C-189/09 (Kommission ./ Österreich), Rn. 15 (zur später wegen Grundrechtswidrigkeit für nichtig erklärten RL 2006/24/EG über die Vorratsdatenspeicherung von Telekommunikations-Verbindungsdaten).

235 Wunderlich, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje⁷, Art. 258 AEUV Rn. 45; Wunderlich/Hickl, EuR 2013, 107 (112 ff.).

236 Zu dieser siehe sogleich § 5 II. 3. a) dd) (1).

237 Die Subsidiaritätsklage – siehe oben § 5 II. 3. a) bb) – hat nur einen auf Subsidiaritätsfragen begrenzten Prüfungsumfang; statt aller Stotz/Škvařilová-Pelzl, in: Kluth/Krings (Hrsg.), Gesetzgebung, § 37 Rn. 43 ff.

238 De Maizière, Regieren, S. 196.

bislang in Bezug auf materiell-strafrechtliches Sekundärrecht nicht genutzt worden ist – zumal es für eine hinreichende Erfolgsaussicht eines tatsächlichen Primärrechtsverstoßes bedurft hätte, dies aber bei den bislang streitig erlassenen Richtlinien²³⁹ jedenfalls nicht naheliegt.

(2) Vorabentscheidungsverfahren (Art. 267 AEUV)

Auch im Rahmen eines an den EuGH gerichteten Vorabentscheidungsersuchens lässt sich die Gültigkeit – sprich: Primärrechtskonformität²⁴⁰ – einer Richtlinie²⁴¹ klären (Art. 267 Abs. 1 lit. b Alt. 1 AEUV). Um das Fristerfordernis der Nichtigkeitsklage nicht auszuhebeln, ist der Rechtsprechung des EuGH zufolge ein hierauf gerichtetes Vorabentscheidungsersuchen unzulässig, wenn die betreffende Partei des Ausgangsrechtsstreits innerhalb der Frist offensichtlich zulässig eine Nichtigkeitsklage hätte erheben können.²⁴² Diese Begrenzung ist für natürliche und juristische Personen indes im hiesigen Kontext leicht überwindbar, denn es ist für diese unzulässig, gegen eine Richtlinie – als umsetzungsbedürftigen Rechtsakt – eine Nichtigkeitsklage zu erheben (vgl. Art. 263 UAbs. 4 AEUV);²⁴³ es gibt bei Richtlinien²⁴⁴ kein funktionales Äquivalent zu einer Rechtssatzverfassungsbeschwerde.²⁴⁵

Dann aber ist es nur folgerichtig, wenn im Rahmen von Rechtsstreitigkeiten über die nationale Umsetzungsgesetzgebung – einschließlich einer Rechtssatzverfassungsbeschwerde – inzident die Gültigkeit der europarechtlichen Fundierung im Wege der Vorabentscheidung geklärt werden

239 Vgl. hierzu die Übersicht unten Anhang B V. 4.

240 *Ehricke*, in: Streinz³, Art. 267 AEUV Rn. 23; *Gaitanides*, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje⁷, Art. 267 AEUV Rn. 34; *Wegener*, in: Calliess/Ruffert⁶, Art. 267 AEUV Rn. 14.

241 Vgl. *Gaitanides*, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje⁷, Art. 267 AEUV Rn. 32.

242 EuGH, Urt. v. 09.03.1994 – C-188/92 (Textilwerke Deggendorf ./ Deutschland), Rn. 17; st. Rspr.; siehe hierzu *Pechstein/Kubicki*, NJW 2005, 1825 ff. sowie *Ehricke*, in: Streinz³, Art. 267 AEUV Rn. 26 f.; *Karpenstein*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Art. 267 AEUV Rn. 47 ff.; jew. m.w.N.

243 *Gaitanides*, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje⁷, Art. 263 AEUV Rn. 76; *Pechstein/Kubicki*, NJW 2005, 1825 (1826 in Fn. 13).

244 Inwieweit bei einer strafrechtlichen *Verordnung* die nach Art. 263 UAbs. 4 AEUV erforderliche unmittelbare und individuelle Betroffenheit im Lichte der restriktiven Rechtsprechung des EuGH (*Plaumann*-Formel; siehe nur *Dörr*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Art. 263 AEUV Rn. 68 ff.; *Gaitanides*, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje⁷, Art. 263 AEUV Rn. 63 ff.) gegeben wäre, bedarf an dieser Stelle keiner Klärung.

245 Zu dieser siehe oben § 4 III. 2. e).

kann.²⁴⁶ Prototyp hierfür ist die strafrechtsnahe Vorratsdatenspeicherungs-RL 2006/24/EG; hier hatten der irische High Court und der österreichische Verfassungsgerichtshof Vorabentscheidungsersuchen eingereicht.²⁴⁷

Eine – in jener Entscheidung nicht näher aufgeworfene²⁴⁸ – Vorfrage ist die der für ein zulässiges Vorabentscheidungsersuchen erforderlichen²⁴⁹ Entscheidungserheblichkeit, die voraussetzt, dass die (im Ausgangsverfahren erörterte) Rechtmäßigkeit der nationalen Umsetzung mit der (im Vorlageverfahren zu klärenden) Primärrechtskonformität der unionsrechtlichen Anweisung verknüpft ist. Soweit man annimmt, der Wegfall der unionsrechtlichen Fundierung habe schematisch die Nichtigkeit des nationalen Umsetzungsakts²⁵⁰ oder zumindest dessen Rechtswidrigkeit²⁵¹ zur Folge, liegt diese Verknüpfung und damit die Entscheidungserheblichkeit auf der Hand. Andererseits wird postuliert, ein Umsetzungsgesetz – im Bereich des Strafrechts immerhin ein Parlamentsgesetz²⁵² – habe unbeschadet der Nichtigkeit der unionsrechtlichen Fundierung »als Ausdruck eigenverantwortlicher Normgebungstätigkeit« Bestand,²⁵³ was gegen eine Entscheidungserheblichkeit spricht.

Richtigerweise ist zunächst danach zu differenzieren, ob auch das Umsetzungsgesetz »mit dem die Nichtigerklärung der inkriminierten Richtlinie begründenden Primärrechtssatz unvereinbar« ist.²⁵⁴ Das ist bei einer – insbe-

246 Vgl. *Nettesheim*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Art. 288 AEUV Rn. 171.

247 EuGH [GK], Urt. v. 08.04.2014 – C-293/12 und C-594/12 (Digital Rights Ireland u.a.) m. Anm. *Spiecker gen. Döhmman*, JZ 2014, 1109 ff.

248 Zu Zulässigkeitsfragen siehe nur EuGH, Schlussanträge v. 12.12.2013 – C-293/12 und C-594/12 (Digital Rights Ireland u.a.), Rn. 23.

249 Zur primären Zuständigkeit des Vorlagegerichts für die Klärung der Entscheidungserheblichkeit *Karpenstein*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Art. 267 AEUV Rn. 25 ff.; ähnlich *Gaitanides*, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje⁷, Art. 267 AEUV Rn. 56 ff. (»Beurteilungsspielraum des nationalen Gerichts«); siehe ferner *Wegener*, in: Calliess/Ruffert⁶, Art. 267 AEUV Rn. 24.

250 So *Payandeh*, DVBl 2007, 741 (743 ff.) (Demokratieprinzip); vgl. auch *Nettesheim*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Art. 288 AEUV Rn. 171 (»verfassungsrelevante[r] Begründungsfehler«).

251 So *Ehrlicke*, in: Streinz³, Art. 264 AEUV Rn. 4; *Gaitanides*, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje⁷, Art. 264 AEUV Rn. 5.

252 Siehe oben § 1 I. 2.

253 So *Nettesheim*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Art. 288 AEUV Rn. 171; *Röttinger*, EuZW 1993, 117 (120); *Wissenschaftliche Dienste des Deutschen Bundestages*, Folgen der Nichtigkeit eines europäischen Rechtsaktes für den mitgliedstaatlichen Umsetzungsakt, S. 6; ähnlich auch *Cremer*, in: Calliess/Ruffert⁶, Art. 264 AEUV Rn. 2.

254 *Dervisopoulos*, in: Rengeling/Middeke/Gellermann (Hrsg.), Handbuch des Rechtsschutzes in der Europäischen Union³, § 7 Rn. 124.

sondere am Maßstab der GRCh zu bemessenden – Grundrechtswidrigkeit der Fall, zumal das Umsetzungsgesetz infolge der unionsrechtlichen Fundierung als »Durchführung« in den Anwendungsbereich der Charta (Art. 51 Abs. 1 Satz 1 GRCh) fällt.²⁵⁵

Folgt die Nichtigkeit der Richtlinie hingegen aus fehlender Unionskompetenz oder aus Fehlern im unionalen Gesetzgebungsverfahren,²⁵⁶ so beeinträchtigt dies die Rechtmäßigkeit des nationalen Strafgesetzes grundsätzlich nicht, da dieses (auch) Ausdruck nationaler Kriminalisierungsentscheidungen gewesen sein kann und andernfalls umfängliche Motivforschung zu betreiben wäre.²⁵⁷ Dies wird dadurch unterstrichen, dass europäischen Vorgaben zum Teil vorgegriffen wird oder aus Anlass einer Umsetzung europäischer Vorgaben auch weitergehende Strafrechtsänderungen vorgenommen werden. Somit steht und fällt die Rechtmäßigkeit des Umsetzungsgesetzes in diesen Fällen nicht mit der Rechtmäßigkeit des Unionsrechtsakts. Allerdings kann die Entscheidungserheblichkeit dennoch gegeben sein, soweit der Anwendungsvorrang des Unionsrechts zur Unanwendbarkeit entscheidungserheblicher Normen des nationalen Rechts führt²⁵⁸ oder aber ein *ultra vires*-²⁵⁹ oder Identitätsverstoß²⁶⁰ im Raum steht.

Jedenfalls in Grundrechtsfragen, in begrenzterem Umfang auch darüber hinausgehend, bietet das Vorabentscheidungsverfahren die Möglichkeit, nationale Rechtsstreitigkeiten über europäisch überformte Strafgesetze auf eine europäische Ebene zu heben und dort deren unionsrechtswidrigen Erlass zu rügen. Hinzu tritt die Möglichkeit nationaler Gerichte, Fragen der Auslegung der Richtlinie (Art. 267 Abs. 1 lit. b Alt. 2 AEUV) dem EuGH zur Vorabentscheidung vorzulegen. Allerdings wirft der Aspekt, dass in einem

255 Hierzu oben § 1 III. 1. b) cc) mit Fn. 765.

256 Etwa eine falsch gewählte Rechtsgrundlage, wie bei RB 2003/80/JI (EuGH [GK], Urt. v. 12.09.2005 – C-176/03 [Kommission ./ Rat]) und RB 2005/667/JI (EuGH [GK], Urt. v. 23.10.2007 – C-440/05 [Kommission ./ Rat]); soweit ersichtlich, wurde nachfolgend allseits vom Fortbestand nationaler Umsetzungsgesetze ausgegangen, vgl. KOM(2007) 51 endg. v. 09.02.2007, S. 9; KOM(2008) 134 endg. v. 11.03.2008, S. 7.

257 Vgl. *Wissenschaftliche Dienste des Deutschen Bundestages*, Folgen der Nichtigkeit eines europäischen Rechtsaktes für den mitgliedstaatlichen Umsetzungsakt, S. 6.

258 Auch soweit das BVerfG, bei Bestehen von Umsetzungsspielräumen, nationales Recht primär am Maßstab des Grundgesetzes prüft, sind Ausnahmen anzuerkennen und kann die Reichweite und Auslegung des Unionsrechts Auswirkungen auf dessen Einwirken in die Auslegung nationalen Verfassungsrechts haben, vgl. BVerfGE 152, 152 (Rn. 63 ff.) (»Recht auf Vergessen I«); hierzu, u.a. R. Hofmann/A. Heger/Gharibyan, KritV 102 (2019), 102 (285 f.).

259 Siehe hierzu sogleich § 5 II. 3. a) dd) (3).

260 Siehe hierzu nachfolgend § 5 II. 3. a) dd) (4).

Strafverfahren die nationale Strafvorschrift zulasten des Täters nur in den Grenzen ihres Wortlauts angewendet werden kann, erneut die Frage auf, ob die Auslegung des Unionsrechts überhaupt entscheidungsrelevant sein kann.²⁶¹

(3) Ultra vires-Kontrolle durch nationale Verfassungsgerichte

Gestützt auf die völkervertragliche Gründung der Europäischen Union und das in den Primärrechtsakten festgehaltene Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung halten sich nationale Verfassungsgerichte²⁶² und insbesondere das BVerfG für zuständig,²⁶³ Handeln der Union auf hinreichend qualifizierte Kompetenzverstöße (Handeln *ultra vires*) zu kontrollieren.²⁶⁴ Seinen Prüfungsmaßstab fasste das BVerfG dabei im EZB-Urteil wie folgt zusammen:

»Ersichtlich ist ein Verstoß gegen das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung nur dann, wenn die Organe, Einrichtungen und sonstigen Stellen der Europäischen Union die Grenzen ihrer Kompetenzen in einer das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung spezifisch verletzenden Art überschritten haben (Art. 23 Abs. 1 GG), der Kompetenzverstoß mit anderen Worten hinreichend qualifiziert ist. Das setzt voraus, dass das kompetenzwidrige Handeln der Unionsgewalt offensichtlich ist und innerhalb des Kompetenzgefüges zu einer strukturell bedeutsamen Verschiebung zulasten mitgliedstaatlicher Kompetenzen führt. Eine strukturell bedeutsame Verschiebung zulasten mitgliedstaatlicher Kompetenzen liegt vor, wenn die Kompetenzüberschreitung im Hinblick auf das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung und die rechtsstaatliche Gesetzesbindung erheblich ins Gewicht fällt [...]. Davon ist auszugehen, wenn die Inanspruchnahme der Kompetenz durch das Organ, die

261 Siehe hierzu bereits oben § 5 II. 2. a) aa) bei und mit Fn. 166.

262 Siehe hierzu den Überblick bei F. C. Mayer, in: von Bogdandy/Bast (Hrsg.), *Europäisches Verfassungsrecht*², S. 559 (578 ff.).

263 Deutlich *Nettesheim*, NJW 2020, 1631 (1631, 1634): »Erinnerung an die Verbindlichkeit der Vertragsgrundlagen«; ferner aus neuester Zeit *Gärditz*, EuZW 2020, 505 (505); *Haltern*, NVwZ 2020, 817 ff.; *Kahl*, NVwZ 2020, 824 (824 f.); mit guten Gründen krit. *Kainer*, EuZW 2020, 533 ff.

264 BVerfGE 89, 155 (188, 210); BVerfGE 126, 286 (Ls. 1, 302 ff.); BVerfGE 151, 202 (Rn. 141 ff.); BVerfGE 154, 17. Siehe allgemein *Moench/Rutloff*, in: Rengeling/Middeke/Gellermann (Hrsg.), *Handbuch des Rechtsschutzes in der Europäischen Union*³, § 36 Rn. 65 ff.; *Huber*, in: Streinz³, Art. 19 EUV Rn. 79 ff.; *Kadelbach*, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje⁷, Art. 5 EUV Rn. 7; F. C. Mayer, in: von Bogdandy/Bast (Hrsg.), *Europäisches Verfassungsrecht*², S. 559 (574 ff.); *Streinz*, in: Streinz³, Art. 5 EUV; zusammenfassend zur Perspektive des BVerfG R. Hofmann/A. Heger, EuGRZ 2020, 176; krit. etwa *Calliess*, NVwZ 2020, 897 (902 f.) (nur Identitätsverstöße).

Einrichtung oder sonstige Stelle der Europäischen Union eine Vertragsänderung nach Art. 48 EUV oder die Inanspruchnahme einer Evolutivklausel erforderte [...], für Deutschland also ein Tätigwerden des Gesetzgebers, sei es nach Art. 23 Abs. 1 Satz 2 GG, sei es nach Maßgabe des Integrationsverantwortungsgesetzes [...].«²⁶⁵

Damit unterliegt mit materiell-strafrechtlichem Bezug einer solchen *ultra vires*-Kontrolle²⁶⁶ jedenfalls der Erlass einer Richtlinie nach Art. 83 Abs. 1 AEUV außerhalb eines dort genannten Kriminalitätsbereichs, ohne dass ein Beschluss nach Art. 83 Abs. 1 UAbs. 3 AEUV vorliegt;²⁶⁷ etwa, wenn der Unionsgesetzgeber aktuell den RB 2008/913/JI (Rassismus und Fremdenfeindlichkeit) reformierte. Bezogen auf Art. 83 Abs. 2 AEUV wäre eine *ultra vires*-Kontrolle vorstellbar, soweit sich die Strafbewehrung offensichtlich außerhalb von harmonisierten und harmonisierbaren Politikbereichen bewegen würde.²⁶⁸ Nur in Ausnahmefällen dürfte aber eine Verletzung der weiteren Kompetenzausübungsvoraussetzungen (insbesondere bezüglich hinreichender Schwere und »grenzüberschreitende[r] Dimension« bei Abs. 1²⁶⁹ und Unerlässlichkeit bei Abs. 2²⁷⁰) offensichtlich sein und – angesichts der primärrechtlich bereits vorgezeichneten Unionskompetenz – eine strukturell bedeutsame Verschiebung zulasten der Mitgliedstaaten bedeuten. Zudem ist nach der Rechtsprechung des BVerfG zunächst dem EuGH im Wege der Vorabentscheidung²⁷¹ die Frage der Primärrechtskonformität des Unionsrechtsakts, hier also der materiell-strafrechtlichen Richtlinie, vorzulegen.²⁷²

Schwieriger greifbar ist indes die prozessuale Situation: Im Rahmen einer Urteilsverfassungsbeschwerde gegen eine strafrechtliche Verurteilung und auch im Rahmen einer Rechtssatzverfassungsbeschwerde gegen ein Strafgesetz ist die Verfassungskonformität eines formell ordnungsgemäß erlassenen und auch materiell grundrechtskonformen Strafgesetzes grundsätzlich unabhängig davon zu beurteilen, ob eine etwaige unionsrechtliche Fundierung²⁷³

265 BVerfGE 154, 17 (Rn. 110).

266 Allgemein Gärditz, in: EnzEuR XI², § 25 Rn. 43 ff.

267 Siehe hierzu oben § 5 II. 3. a) bb).

268 Zum Maßstab *J. Vogel/Eisele*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Art. 83 AEUV Rn. 80.

269 Zum – noch nicht hinreichend geklärten – Maßstab siehe BVerfGE 123, 267 (410 f.); *Satzger*, in: Streinz³, Art. 263 AEUV Rn. 11 f.; *J. Vogel/Eisele*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Art. 83 AEUV Rn. 42 f. m.w.N.

270 Zum – ebenfalls noch nicht hinreichend geklärten – Maßstab siehe BVerfGE 123, 267 (411 f.) sowie *F. Meyer*, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje⁷, Art. 83 AEUV Rn. 55 ff.; *Satzger*, in: Streinz³, Art. 263 AEUV Rn. 31; *Suhr*, in: Calliess/Ruffert⁶, Art. 83 AEUV Rn. 24; *J. Vogel/Eisele*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Art. 83 AEUV Rn. 92 ff. m.w.N.

271 Zum Konnex siehe soeben § 5 II. 3. a) dd) (2) mit Fn. 259.

272 BVerfGE 126, 286 (Ls. 1, 302 ff.); vgl. auch BVerfGE 154, 17.

273 Zur Schwierigkeit dieser Beurteilung siehe soeben bei und mit Fn. 257.

kompetenzwidrig erlassen worden ist.²⁷⁴ Einem umsetzungsunwilligen Bundestag stünde keine passende Klageart vor dem BVerfG zur Verfügung. Trotz der nur mittelbaren Wirkungen verbleibt aber die vom BVerfG weit ausgedehnte Rügefähigkeit einer Verletzung des Demokratieprinzips mit der Verfassungsbeschwerde;²⁷⁵ Klagegegenstand wäre das Unterlassen von Bundesregierung und Bundestag, geeignete Maßnahmen²⁷⁶ gegen den *ultra vires*-Akt zu unternehmen.²⁷⁷ Folge eines Verstoßes ist aber nicht nur die Verletzung des Beschwerdeführers in diesem grundrechtsgleichen Recht, sondern auch, dass die Richtlinie aus Sicht des BVerfG in Deutschland nicht umsetzungspflichtig wäre.²⁷⁸ Dieses Vehikel ermöglichte auch eine Verfassungsbeschwerde, *bevor* das Umsetzungsgesetz erlassen ist und könnte daher auch den Auslöser und die Ursache für ein Tätigwerden des nationalen Strafgesetzgebers aufheben. Auf einem anderen Blatt steht allerdings, dass der EuGH – etwa auf Klage der Kommission hin – das Bestehen einer Umsetzungspflicht anders beurteilen und Deutschland daher u.U. zu Strafzahlungen wegen Nichtumsetzung verurteilen könnte.²⁷⁹ Angesichts der aufgezeigten materiellen wie prozessualen Hürden ist es aber ohnehin unwahrscheinlich, dass eine *ultra vires*-Kontrolle materiell-strafrechtlicher Richtlinien durch nationale Verfassungsgerichte wie dem BVerfG operativ werden wird.

(4) Identitätskontrolle durch nationale Verfassungsgerichte

Strukturell vergleichbar ist auch die – die Grundrechtskontrolle unverändert²⁸⁰ teilweise überlagernde²⁸¹ – Identitätskontrolle,²⁸² die auf Art. 4 Abs. 2

274 Siehe bereits oben § 5 II. 3. a) dd) (2).

275 Die Kritik hieran aktuell zusammenfassend *Pernice*, EuZW 2020, 508 (509 f.).

276 Wozu – aus Sicht des BVerfG – auch die »Notbremse« nach Art. 83 Abs. 3 AEUV zählen könnte, obschon sie nicht der Kompetenz- sondern der Identitätskontrolle dient.

277 Vgl. BVerfGE 154, 17 (Rn. 116).

278 Vgl. BVerfGE 154, 17 (Rn. 234).

279 Vgl. *Stotz/Škvařilová-Pelzl*, in: Kluth/Krings (Hrsg.), Gesetzgebung, § 37 Rn. 93.

280 Seit BVerfGE 152, 216 und BVerfGE 156, 182 prüft das BVerfG zwar Akte deutscher Hoheitsgewalt am Maßstab der GrCh (hierzu *Brodowski*, StV 2021, 682 ff.; *Swoboda*, ZIS 2021, 66 ff.); Unionsrechtsakte unterliegen aber weiterhin (allenfalls) der Identitäts- und Ultra-Vires-Kontrolle.

281 Anders noch *Bäcker*, EuR 2011, 103 (118).

282 Zusammenfassend *Moench/Ruttloff*, in: Rengeling/Middeke/Gellermann (Hrsg.), Handbuch des Rechtsschutzes in der Europäischen Union³, § 36 Rn. 57 ff.; in: Streinz³, Art. 19 EUV Rn. 72 ff.; *Calliess*, in: Dürig/Herzog/Scholz, Art. 24 Abs. 1 GG Rn. 208 ff.; siehe ferner *Gärditz*, in: EnzEuR XI², § 25 Rn. 43 ff.

Satz 1 EUV (»nationale Identität«) gestützt wird und mit strafrechtlichem Bezug, konkret in einem Auslieferungsverfahren, bereits aktuell wurde.²⁸³ Im materiell-strafrechtlichen Kontext operativ werden könnte die Identitätskontrolle, wenn Unionsrecht den deutschen Strafgesetzgeber zu einem Tätigwerden verpflichten würde, das im Widerspruch stünde nicht nur zu beliebigem Verfassungsrecht, sondern zu unabänderbaren Verfassungsrechtsgrundsätzen. Denn ein Identitätsverstoß liegt dem BVerfG zufolge vor, »[s]oweit Maßnahmen von Organen, Einrichtungen oder sonstigen Stellen der Europäischen Union Auswirkungen zeitigen, die mit den Grundsätzen der Art. 1 und Art. 20 GG die Verfassungsidentität des Grundgesetzes berühren [...]». Das betrifft die Wahrung des Menschenwürdekerns der Grundrechte gemäß Art. 1 GG [...] ebenso wie die Grundsätze, die das Demokratie-, Rechts-, Sozial- und Bundesstaatsprinzip im Sinne des Art. 20 GG prägen«;²⁸⁴ konkret herausgearbeitet wurde auch die Identitätsrelevanz des »in der Menschenwürdegarantie des Art. 1 Abs. 1 GG verankerte[n] Grundsatz[es], dass jede Strafe Schuld voraussetzt«.²⁸⁵ Die Fehlerfolgen – einschließlich des Konfliktpotentials mit dem EuGH – stimmen bei der Identitäts- mit der *ultra vires*-Kontrolle überein. Im Lichte des weiten Spielraums bereits des nationalen Strafgesetzgebers,²⁸⁶ des hier auf den Menschenwürdekern begrenzten Prüfungsmaßstabs und der zugleich auch vom europäischen Strafgesetzgeber zu beachtenden (Grundrechts-)Schranken erscheint es im materiell-strafrechtlichen Kontext allerdings unwahrscheinlich, dass ein Konflikt zu Tage tritt, zumal dann bereits im Strafgesetzgebungsverfahren die »Notbremse« nach Art. 83 Abs. 3 AEUV gezogen werden könnte, ja müsste.

Prozessual ist die Identitätskontrolle hingegen – zumindest teilweise – besser greifbar: Soweit ein Unionsrechtsakt identitätsverletzend ist (und dies nicht z.B. durch Umsetzungsspielräume umgangen werden kann), wird dies auch das Umsetzungsgesetz sein. Wird dieses in einer Urteils- oder Rechtssatzverfassungsbeschwerde angegriffen, ist grundsätzlich zunächst im Wege der Vorabentscheidung durch den EuGH die Gültigkeit und Auslegung des Unionsrechtsakts zu klären,²⁸⁷ um beispielsweise verbindliche Klarheit über hinreichende Umsetzungsspielräume zu erhalten; dies wiederum bietet dann die Entscheidungsgrundlage für die Verfassungskonformität des nationalen Gesetzes und mögliche Heilungschancen. Einen mit der Verfas-

283 Grundlegend BVerfGE 140, 317; siehe hierzu oben § 1 IV. 1. b) mit Fn. 1110.

284 Vgl. BVerfGE 154, 17 (Rn. 234).

285 BVerfGE 140, 317 (Rn. 48).

286 Siehe oben § 1.

287 Vgl. BVerfGE 154, 17 (Ls. 1, Rn. 118); zweifelnd Burchardt, ZaöRV 76 (2016), 527 (535 ff.). Bei BVerfGE 140, 317 stand indes nicht die Gültigkeit des Unionsrechtsakts, sondern der Anerkennung eines italienischen Strafurteils im Raum.

sungsbeschwerde rügefähigen Verstoß gegen das Demokratieprinzip wird man hingegen nicht bereits darin sehen können, wenn der deutsche Vertreter im Rat die »Notbremse« nicht nutzt oder sogar einem (ggf. nur vermeintlich) identitätswidrigen Unionsrechtsakt zustimmt.

ee) Zusammenführung

Bereits aus strafverfassungsrechtlicher Perspektive zeigen sich somit vielgestaltige Verflechtungen im europäischen Mehrebenensystem der Strafgesetzgebung. Neben der – im Vergleich zu früherem Primärrecht fortbestehenden – institutionellen Verflechtung treten vor allem im Zuge der Weiterentwicklung des nationalen (materiellen, nicht nur formellen) Verfassungsrechts prozedurale Verflechtungen und eine normative Stärkung des Einflusspotentials nationaler Parlamente, in Deutschland mehr des Bundestages denn des Bundesrates, zu Tage. Auch die justizielle Verflechtung – sei es durch Anrufung des EuGH, sei es durch Residualkontrolle durch nationale Verfassungsgerichte – trägt zur zunehmenden Einhegung des europäischen Strafrechts bei, ohne es aber grundlegend zu renationalisieren.

b) *Kriminalpolitische Verflechtung*

Von der vorgenannten strafverfassungsrechtlichen Perspektive zu trennen ist zum einen die Frage, inwieweit die Akteure – insbesondere der Bundestag – ihr Einflusspotential auch nutzen, insbesondere gegenüber einer von ihnen getragenen Bundesregierung,²⁸⁸ zum anderen die einer über den strafverfassungsrechtlichen Rahmen hinausgehenden kriminalpolitischen Verflechtung, die hier anhand des polity-politics-policy-Modells²⁸⁹ skizziert werden soll:

aa) Verflechtung der »politics«

Über die zuvor untersuchte strafverfassungsrechtliche Verflechtung der Strafgesetzgebung und der daran formell beteiligten Institutionen ist zu beachten, dass auch weitere Akteure beide Ebenen zugleich bedienen: Dies beginnt etwa bei der parteipolitischen Vernetzung der Mitglieder des Europäischen Parlaments, setzt sich über die Vorprägung europäischer Akteure in nationa-

288 Zum vergleichbaren Aspekt auf nationaler Ebene vgl. oben § 4 III. 2. b) dd).

289 Zu diesem siehe Einführung I. 2. a) bb).

len Kriminaljustizsystemen fort²⁹⁰ und reicht hin zu Interessenvertretungen, die u.a. durch Stellungnahmen auf beiden Ebenen auf Strafgesetzgebung Einfluss zu nehmen suchen. Hierbei ist nicht nur die Anwaltschaft,²⁹¹ sondern auch die politisch interessierte Öffentlichkeit²⁹² sowie die Strafrechtswissenschaft²⁹³ – nicht nur die ECPI²⁹⁴ – in den letzten Jahren aufmerksamer geworden auf die (Straf-)Rechtsentwicklung in der Europäischen Union.²⁹⁵ Das mag sich zwar noch nicht unbedingt zu einer gemeineuropäischen politischen Öffentlichkeit verdichtet haben,²⁹⁶ lässt europäische Strafgesetzgebung aber weit weniger überraschend werden, als dies noch vor einem Jahrzehnt der Fall gewesen sein mag.

Hinsichtlich der Prozesse der Verwirklichung kriminalpolitischer Inhalte sei an die bereits untersuchte Problematik des »Spiels über die Bande« erinnert.²⁹⁷ Wenngleich sich diese im Vergleich zu früheren Vorwürfen abgeschwächt haben dürfte, ist auch bei einem aus nationalen Gründen initiierten Wechselspiel der Akteure²⁹⁸ zu konstatieren, dass auf Art. 83 Abs. 1, Abs. 2 AEUV gestützte Maßnahmen grundsätzlich²⁹⁹ nur strafrechtsexpandierend (durch neue Pönalisierungsverpflichtungen), -schärfend (insbesondere durch neue oder verschärfte Mindesthöchststrafen) und -intensivierend (insbeson-

290 Siehe oben § 5 II. 1. c) aa).

291 Sowohl DAV als auch BRAK unterhalten Vertretungen in Brüssel und sind zudem Mitglied im CCBE; personelle Überschneidungen bestehen zudem zur ECBA.

292 Aufsehererregende Fälle – wie der Europäische Haftbefehl gegen *Carles Puigdemont*, OLG Schleswig NJW 2018, 1699 m. Anm. *Gazeas*, NJW 2018, 1703 ff.; *H.-H. Kühne*, StV 2018, 571 ff. – mögen hierzu ebenso beitragen wie (zukünftig) das Agieren der Europäischen Staatsanwaltschaft vor nationalen Strafgerichten und die infolge ihrer Sanktionsdrohungen strafrechtsnahen sowie wegen der Einwilligungsvorbehalte im Internet omnipräsenten DSGVO. Zudem ist zu beachten, dass auch der nationalen politischen Öffentlichkeit Details der Strafrechtsentwicklung größtenteils verborgen bleiben; vgl. hierzu oben § 1 VI. 3. b) (»Schleier des Nichtwissens«).

293 Beispielsweise sei auf die zahlreicher werdenden Strafrechtswissenschaftler*innen verwiesen, die an EU-finanzierten rechtsvergleichenden Studien und Forschungsprojekten im Umkreis von Strafgesetzbuchvorhaben (siehe oben § 5 II. 1. c) bb)) teilnehmen.

294 *European Criminal Policy Initiative*. Zu deren Manifesten siehe noch sogleich § 5 II. 3. b) bb).

295 Anders noch *J. Vogel*, in: FS Kühl, S. 635 (645 f.); siehe auch die Mahnung bei *M. Korte*, in: Tiedemann u.a. (Hrsg.), *Die Verfassung moderner Strafrechtspflege*, S. 495 (500).

296 Krit. *J. Vogel*, in: FS Kühl, S. 635 (642).

297 Hierzu oben § 5 II. 2. b) bb).

298 Hierzu oben § 5 II. 2. b) cc).

299 Eine Ausnahme wäre eine Reduktion, Milderung oder Relativierung bereits bestehender europäischer Pönalisierungspflichten.

dere durch neue Vorgaben an Mindestverjährungsfristen) wirken können. Das darf allerdings den Blick darauf nicht verdecken, dass die europäische Rechtsentwicklung auch strafrechtsreduzierend (etwa *qua* Grundfreiheiten), -mildernd (etwa *qua* europäisierter Verhältnismäßigkeitskontrolle) und -relativierend (etwa *qua* europäisch-transnationalem *ne bis in idem*) wirken kann, wenngleich hierzu andere Prozesse und Rechtsgrundlagen zu nutzen sind. Dies erfordert eine über Art. 83 AEUV hinausreichende Ausweitung des Blickfelds für kriminalpolitische Veränderungen und mögliche Prozesse zu deren Verwirklichung, zu der dezidiert auch die Inanspruchnahme der erstarkenden nationalen Verfassungsgerichtsbarkeit zählt: So liegt nahe, dass die restriktive Linie in BVerfGE 123, 267 (410 ff.) zum Zustimmungsgesetz zum Vertrag von Lissabon – unbeschadet der Frage, inwieweit die dortigen Erwägungen zur Auslegung des Art. 83 AEUV rechtlich bindend sind – dazu beigetragen hat, die kriminalpolitischen Spielräume expansiver europäischer Strafgesetzgebung einzuengen.

bb) Verflechtung der »polity«

Im Hinblick auf eine Verflechtung derjenigen formellen und informellen Regelsysteme, die eine empirisch beobachtbare, stabile »Prägestkraft« für das politische Verhalten der Akteure aufweisen,³⁰⁰ ist insbesondere auf die sich überschneidenden und (größtenteils) respektierten strafverfassungsrechtlichen Begrenzungen hinzuweisen. Wesentliche Prägestkraft entfaltet dabei die jeweilige Bindung an die EMRK – auf Ebene der EU noch unvollkommen vermittelt über die sich an der EMRK orientierenden GRCh –, zunehmend auch die GRCh selbst, soweit ihr Anwendungsbereich auch in Bezug auf mitgliedstaatliches Recht eröffnet ist, daneben die Berücksichtigung der »gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten« (Art. 6 Abs. 3 EUV) und die »Europafreundlichkeit« nationaler Verfassungen einerseits, die Schonung »nationale[r] Identität« (Art. 4 Abs. 2 Satz 1 EUV) seitens der Union andererseits. Unbeschadet der Frage, ob es sich dabei schon um eine gemeineuropäische »Strafrechtskultur« handelt,³⁰¹ hat sich die Positionierung der Legislativorgane zu Fragen etwa des Schuldprinzips³⁰² oder des Strafrechts als *Ultima Ratio*³⁰³ zumindest angenähert und weist nicht geringe Überschneidungen zu entsprechenden Prägungen auf nationaler Ebene

300 Lauth/C. Wagner, in: Lauth (Hrsg.), Vergleichende Regierungslehre³, S. 17 (25 f.).

301 Krit. J. Vogel, in: FS Kühl, S. 635 (642), anders noch J. Vogel, GA 2002, 517 (522).

302 Siehe oben § 1 II. 2. a) cc).

303 Siehe oben § 1 IV. 2. b) aa).

auf; gleiches gilt für die materiell-strafrechtlichen Forderungen der strafrechtswissenschaftlichen ECPI.³⁰⁴ Bei aller Kritik einer Instrumentalisierung der Strafrechtsvergleichung und an die seitens der Kommission und ihrer Auftragnehmer angewendeten Methodik³⁰⁵ bewirkt diese immerhin eine, die europäische Kriminalpolitik prägende Rückkopplung an die nationalen Strafrechtsordnungen und somit eine weitere Verflechtung.

cc) Verflechtung der »policy«

Hinsichtlich der verfolgten materiell-strafrechtlichen kriminalpolitischen Inhalte stehen zwar zunächst die unterschiedliche Zielrichtung und die zur Verfügung stehenden Mittel ins Auge: Auf europäischer Ebene richtet sich Kriminalpolitik auf isoliert nebeneinander stehende Rechtsakten pro wahrgenommenem Kriminalitätsproblem statt auf eine Gesamtkodifikation; sie kann zudem (im Kontext des Art. 83 AEUV) nur indirekt auf die konkrete materielle Strafrechtslage einwirken, während nationale Strafgesetzgebung unmittelbar Verhaltens- und Sanktionsnormen setzt.

Dennoch bewirkt der konstitutionelle Rahmen eines begrenzten Kanons der Gegenstände europäischer Strafgesetzgebung einerseits, die Verpflichtung der Mitgliedstaaten zur Umsetzung andererseits eine wechselseitige Verflechtung. Auch ist nicht nur europäisches Strafrecht, sondern auch auf rein nationaler Strafgesetzgebung beruhendes nationales Strafrecht »instrumentell-bürokratisch«³⁰⁶ und ein Mittel der Verhaltensregulierung (einschließlich latenter Funktionen über »Symbolik«).³⁰⁷

Zudem ist in konkreten Strafgesetzgebungsverfahren vor allem im Rat häufig eine Verhandlungsposition anzutreffen, die in diametraler Gegenposition zum Vorwurf eines »Spiels über die Bande«³⁰⁸ steht: Diese Position richtet sich auf eine Minimierung des Umsetzungsbedarfs und größtmögliche Orientierung am *status quo* und lässt allenfalls eine Verfolgung paralleler

304 *European Criminal Policy Initiative*, ZIS 2009, 697; hierzu Prittwitz, in: Ambos (Hrsg.), *Europäisches Strafrecht post-Lissabon*, S. 29.

305 Vgl. *J. Vogel*, in: S. Beck/Burchard/Fateh-Moghadam (Hrsg.), *Strafrechtsvergleichung als Problem und Lösung*, S. 205 (207 ff.); *Eser*, in: Eser/Perron (Hrsg.), *Strukturvergleich strafrechtlicher Verantwortlichkeit und Sanktionierung in Europa*, S. 929 (1037).

306 Vgl. *J. Vogel*, in: FS Kühl, S. 635 (639).

307 Siehe oben § 2 III. 3.

308 Hierzu oben § 5 II. 2. b) bb).

nationaler kriminalpolitischer Inhalte zu.³⁰⁹ Dies und die Suche nach (über-) qualifizierten Mehrheiten³¹⁰ trug in der Vergangenheit maßgeblich dazu bei, dass »typischerweise [...] nur der ›kleinste gemeinsame Nenner‹ aus (nahezu) allen Mitgliedstaaten durchgesetzt werden« konnte.³¹¹

III. Zusammenführung

1. Normalisierung der Strafgesetzgebung auf europäischer Ebene

Mit dem Vertrag von Lissabon hat sich die Europäisierung des Strafrechts in vielerlei Hinsicht normalisiert, da seitdem die Befugnisse der Europäischen Kommission und vor allem des Europäischen Gerichtshofs an sonstige Politikbereiche angeglichen wurden und grundsätzlich das ordentliche Gesetzgebungsverfahren – mit notwendiger Zustimmung des Europäischen Parlaments – zu beschreiten ist; die breitflächige Nutzung des Trilog-Verfahrens ist keine strafrechtsspezifische Besonderheit.³¹² Etliche Residuen des früheren intergouvernementalen Charakters, so das geteilte Initiativrecht von Rat und Kommission sowie die strategischen Leitlinien des Europäischen Rates (Art. 68 AEUV), haben an praktischer Bedeutung verloren.³¹³ Gleiches könnte auch für die Suche nach Einstimmigkeit oder zumindest sehr breiten Mehrheiten im Rat gelten, da vier der letzten fünf materiell-strafrechtlichen Richtlinien streitig beschlossen wurden.³¹⁴ Die mit alledem einhergehende Stärkung der Rolle der Kommission bedeutet auch, dass ihre Praxis der Einbindung rechtswissenschaftlicher Expertise – bei aller Gefahr einer Instrumentalisierung – auch in Strafrechtsfragen größere Bedeutung erlangt. Nationalverfassungsrechtliche *ultra vires*- und Identitätsvorbehalte sind nicht strafrechtsspezifisch, ebenso wenig die Verflechtung nationaler und europäischer Akteure, Prozesse und Institutionen. All diese »Normalisierung« der Rechtsetzung im Europäischen Strafrecht bzw., allgemein gesprochen, im »Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts«, trägt indessen – unbeschadet der Frage, inwieweit es sich beim Europäischen Par-

309 So ist durchaus bezeichnend, dass $\frac{1}{3}$ der bisher umzusetzenden materiell-strafrechtlichen Richtlinien (3 von 9) und 38,1% der Rahmenbeschlüsse (8 von 21) zu keinem Umsetzungsgesetz in Deutschland führten; siehe unten Anhang B V. 5.

310 *De Maizière*, Regieren, S. 196.

311 *J. Vogel*, in: FS Kühl, S. 635 (644).

312 Vgl. *J. von Achenbach*, Der Staat 55 (2016), 1 (9).

313 Das Initiativrecht des Rats blieb im strafrechtlichen Bereich seit 2009 ungenutzt; zum Bedeutungsverlust der strategischen Leitlinien siehe oben § 5 II. 1. a).

314 Siehe hierzu unten Anhang B V. 4.

lament um ein »vollwertiges« Parlament handelt – zur Demokratisierung der Strafgesetzgebung bei³¹⁵ und entspricht zudem demselben Muster, das sich auch auf nationaler Ebene zeigte.³¹⁶ Strafgesetzgebung, gleich ob national oder europäisch, ist in vielerlei Hinsicht nicht so besonders.

2. Partiiell fortbestehende Sonderrolle des Europäischen Strafrechts

a) ... aus europäischer Perspektive

Dennoch sind auf europäischer Ebene einige Aspekte einer strafverfassungsrechtlichen Sonderstellung der Strafgesetzgebung zu verzeichnen. Hervorzuheben ist neben dem gänzlichen *opt-out* Dänemarks und dem fakultativen *opt-in* Irlands³¹⁷ zunächst der – bislang aber nicht operativ gewordene – Notbremsemechanismus (für das materielle Strafrecht Art. 83 Abs. 3 AEUV), welcher den Mitgliedstaaten eine Verhinderungsmacht einräumt, soweit sie »grundlegende Aspekte [ihrer] Strafrechtsordnung« bedroht sehen,³¹⁸ sowie das leicht niedrigere Quorum im Subsidiaritäts-Frühwarnsystem ($\frac{1}{4}$ statt $\frac{1}{3}$). Als Integrationsmechanismus schließt Art. 83 AEUV Verordnungen und damit eine Vollharmonisierung durch unmittelbar anwendbares europäisches Strafrecht aus; damit verbundene Reibungsverluste nimmt das europäische Primärrecht an dieser Stelle bewusst in Kauf. Im Kontext der Strafrechtsspflge insgesamt spricht ferner für eine Sonderstellung der Strafgesetzgebung aus Perspektive der europäischen Kriminalpolitik,³¹⁹ dass – obschon nach Art. 16 EUV an sich möglich – Datenschutzfragen im Bereich »Polizei und Strafjustiz« nicht der DSGVO unterworfen wurden, sondern eine bereichsspezifische RL (EU) 2016/680 erlassen wurde.

315 Krit. etwa *Reinbacher*, Strafrecht im Mehrebenensystem, S. 171 f.

316 Siehe oben § 4 II.

317 Siehe zudem Protokoll (Nr. 35) über Artikel 40.3.3 der Verfassung Irlands, ABIEU Nr. C 202 v. 26.10.2012, S. 47 (320).

318 Näher hierzu oben § 5 I. 2., auch zu seinen Vorwirkungen.

319 Strafverfassungsrechtlich ließe sich allenfalls auf die »Erklärung Nr. 21 [zur Schlussakte der Regierungskonferenz, die den am 13. Dezember 2007 unterzeichneten Vertrag von Lissabon angenommen hat] zum Schutz personenbezogener Daten im Bereich der justiziellen Zusammenarbeit in Strafsachen und der polizeilichen Zusammenarbeit«, ABIEU Nr. C 202 v. 26.10.2012, S. 47 (345) verweisen, siehe auch Erwägungsgrund Nr. 10 f. RL (EU) 2016/680.

b) ... aus nationaler Perspektive

Der nationale Blick auf europäische Strafgesetzgebung ist indes – vor allem im Lichte der Rechtsprechung des BVerfG – von deutlich vernehmbarer Skepsis getragen. Dies beginnt bei der restriktiven Auslegung des Art. 83 AEUV, die das BVerfG im Lissabon-Urteil nahelegt³²⁰ und die, wenn man sie beim Wort nähme, dem unionalen Strafgesetzgeber unverhältnismäßig engere, durch empirische Nachweise zu untermauernde Beurteilungsgrenzen auferlegte als dem nationalen Strafgesetzgeber. Es setzt sich fort in der am Schuldprinzip herausgebildeten Identitätskontrolle³²¹ und mündet in der prominent in Erscheinung getretenen *ultra vires*-Kontrolle,³²² die jedenfalls wegen der Kompetenzerweiterungsklausel des Art. 83 Abs. 1 UAbs. 3 AEUV, potentiell auch der weiteren tatbestandlichen Voraussetzungen des Art. 83 AEUV in strafrechtlichem Kontext Bedeutung erlangen könnte.³²³

Diese verfassungsgerichtliche Rechtsprechung ist indes zu kontextualisieren³²⁴ und empirisch dahingehend zu relativieren, dass ein Abflachen europäischer materiell-strafrechtlicher Gesetzgebung in den vergangenen Jahren nicht zu verzeichnen ist.³²⁵ Dies spricht auch im Übrigen gegen eine These, Widerstände gegen eine (weitere) Europäisierung des Strafrechts seien in den letzten Jahren in durchschlagender Art und Weise erstarkt. Allerdings ist zu konstatieren, dass sich die bisherigen, auf europäischer Ebene zutage tretenden Streitpunkte über die Inhalte materiell-strafrechtlicher europäischer Kriminalpolitik schwerlich für primärrechtliche oder sonst strafverfassungsrechtliche Angriffe eignen, da z.B. bislang weder Verletzungen des Schuldprinzips noch unverhältnismäßige Kriminalisierungen drohten, sondern in aller Regel europäische Pönalisierungstendenzen Hand in Hand gingen und gehen mit entsprechenden kriminalpolitischen Forderungen bzw. Entwicklungen auch auf (rein) nationaler Ebene.

320 BVerfGE 123, 267 (410 ff.); *Reinbacher*, Strafrecht im Mehrebenensystem, S. 163.

321 BVerfGE 140, 317; hierzu oben § 5 II. 3. a) dd) (4).

322 BVerfGE 154, 17.

323 Hierzu oben § 5 II. 3. a) dd) (3).

324 Die erstgenannten Entscheidungen insbes. im Hinblick auf die damalige starke Position *Landaus* am BVerfG, das EZB-Urteil ebenfalls auf die Zusammensetzung des *Zweiten Senats* und den Entscheidungsgegenstand.

325 Blickt man auf den Vertrag von Lissabon, so wurden in beiden bisher abgeschlossenen Wahlperioden des Europäischen Parlaments mit sechs (2009–2014) bzw. fünf (2014–2019) Richtlinien annähernd gleich viele erlassen. Dass in vorangegangenen Fünfjahresperioden höhere Strafrechtsetzungsaktivitäten zu verzeichnen waren (2000–2004: elf Rahmenbeschlüsse, 2005–2009: zehn Rahmenbeschlüsse bzw. EG-Richtlinien), lässt sich hingegen damit erklären, dass zunächst der *aquis* von Null auf anwachsen musste.

3. Kontrastierung europäischer und nationaler Strafgesetzgebungsverfahren

Kontrastiert man die strafverfassungsrechtliche und kriminalpolitische Konstituierung des Strafgesetzgebungsverfahrens auf europäischer Ebene mit derjenigen in Deutschland,³²⁶ so stechen zunächst die Gemeinsamkeiten ins Auge: Im Grundsatz³²⁷ verläuft Strafgesetzgebung aus verfassungs- bzw. primärrechtlicher Sicht in denselben Verfahren durch dieselben Institutionen wie andere formelle bzw. ordentliche Gesetzgebung. Die Praxis der Strafgesetzgebung hat sich in beiden Ebenen auch vorverlagert und dadurch informalisiert. Auf nationaler Ebene ist eine scheinbar prominente nachgelagerte Kontrolle durch eine Rechtssatzverfassungsbeschwerde gegeben, die aber nur bei neu geschaffenen Verhaltensnormen zulässig ist;³²⁸ auf europäischer Ebene kann ein im Rahmen der Kontrolle von Umsetzungsgesetzgebung initiiertes Vorabentscheidungsverfahren scheinbar sinnvoll sein, ist aber ebenfalls prozessualen Zulässigkeitshürden unterworfen.³²⁹ Der Zähmung in Wissenschaft und Praxis bei nationaler Strafgesetzgebung³³⁰ lässt sich schließlich die Nutzung von Umsetzungsspielräumen bis hin zur Inkaufnahme von Vertragsverletzungsverfahren gegenüberstellen.

Während Strafgesetzgebung in Deutschland zumeist auf eine Anpassung des StGB oder nebenstrafgesetzzlicher Regelungen gerichtet ist und damit im Kontext von Gesamtkodifikationen erfolgt, erfolgt europäische Strafgesetzgebung in aller Regel durch Erlass eines spezifischen Rechtsakts oder aber durch dessen Gesamtrevision.³³¹ Auf europäischer Ebene steht das Europäische Parlament formal dem Rat als Co-Gesetzgeber gegenüber, während auf nationaler Ebene die Regierung i.d.R. von der Bundestagsmehrheit getragen wird und der Bundesrat vergleichsweise geringen Einfluss auf Strafgesetzgebung hat. Markant sind zudem die auf europäischer Ebene ausgeprägt vorhandenen Evaluations- bzw. Revisionsklauseln, die eine (ggf. wiederholte) Überprüfung des Rechtsakts – nicht nur im Hinblick auf seine Umsetzung, sondern dezidiert auch im Hinblick auf seine Sinnhaftigkeit³³² – verlangen und allenfalls begrenzt Entsprechung im materiellen Strafrecht in Deutsch-

326 Zu dieser siehe oben § 4.

327 Wesentliche Aufnahme auf europäischer Ebene sind der »Notbremsemechanismus« und das abgesenkte Quorum im Subsidiaritäts-Frühwarnsystem.

328 Siehe hierzu oben § 4 III. 2. e).

329 Siehe hierzu oben § 5 II. 3. a) dd) (2).

330 Siehe hierzu oben § 4 III. 2. f).

331 Ausnahmen: RB 2001/888/JI, RB 2008/919/JI und RL (EU) 2017/2103.

332 Siehe oben § 5 II. 1. d) cc).

land haben.³³³ Zudem ist nicht nur im Rahmen dieser *ex post*-Evaluierung, sondern auch im Vorfeld von Strafgesetzgebung nur auf europäischer Ebene eine strukturelle Einbindung der Strafrechtswissenschaft zu verzeichnen, indes stets mit der Gefahr deren Instrumentalisierung – bzw. der Gefahr für die Strafrechtswissenschaft, sich zur Verwirklichung kriminalpolitischer Inhalte instrumentalisieren zu lassen.

333 Ausf. oben § 4 II. 3.