

Das Strafrecht in der Unionsgrundordnung:

Status quo und Herausforderungen nach dem Vertrag von Lissabon*

I. Grundordnung überstaatlicher Organisationen, ihr Eingreifen in den Bereich der Strafverfolgung und Hauptmerkmale des Strafrechts

Das Strafrecht stellt bekanntlich den schärfsten Mechanismus sozialer Kontrolle in den modernen Staaten dar. Durch die Strafe reagiert es auf erhebliche Eingriffe in fundamentale Güter der organisierten Gesellschaften, die durch mildere Mittel nicht geschützt werden können. Diese Reaktion erfolgt durch Beeinträchtigung wichtiger Güter des Täters selbst. Gleichzeitig begleitet die Strafe mit ihrem sozialetischen Vorwurf und ihrer stigmatisierenden Wirkung den Verurteilten in seinem Leben weit über ihre Vollstreckung hinaus.

Der oben dargestellte Charakter des Strafrechts macht klar, dass mit ihm nicht nur ein Schutzmechanismus für wichtige Güter einer Gesellschaft verbunden ist. Es ergibt sich vielmehr gleichzeitig ein Mechanismus der Einschränkung oder der Verletzung von Grundfreiheiten des Bürgers, der unter seinen Folgen leidet.¹ Wie treffend bemerkt wird,² übernimmt der Gesetzgeber mit seiner Entscheidung über strafwürdiges Verhalten die demokratisch legitimierte Verantwortung für eine Form hoheitlichen Handelns, die zu den intensivsten Eingriffen in die individuelle Freiheit im modernen Verfassungsstaat zählt. Aus diesem Grund bedarf das Strafrecht in besonders großem Maße einer Bestimmung von *Prinzipien* und *Grenzen*, durch die die repressive Aktivität des Staates gegen das Verbrechen kontrolliert werden kann.³ In diesem Sinne ist das Strafrecht mit *dem Schutz von Grundrechten* und *dem Rechtsstaat* eng verbunden.⁴ Damit wird auch deutlich, warum die Prinzipien und die Grenzen der Ausübung der Strafverfolgung in den modernen Staaten meistens *verfassungsrechtlich* garantiert werden.

Noch komplexer wird die Sachlage im Rahmen überstaatlicher, internationaler Strafverfolgung. Grund hierfür ist, dass in diesem Fall gleichzeitig die Beziehung zwischen der überstaatlichen Organisation und jedem Mitgliedstaat und die besonderen Zuständigkeiten der überstaatlichen gegenüber der nationalen Ebene definiert werden müssen. Ferner sollen komplexere – sich auf mehrere Ebenen abspielende – Prozesse etabliert

* Der Text stellt die erweiterte Form eines Referats dar, welches beim Gedenksymposium für Dimitris Tsatsos gehalten wurde („Verfassung-Parteien-Unionsgrundordnung“, Dimitris Tsatsos Institut für Europäische Verfassungswissenschaften und Rechtswissenschaftliche Fakultät der Fernuniversität in Hagen, 6.-7. Mai 2011).

1 Siehe etwa I. Manoledakis, Strafrecht, Allgemeine Theorie, 2004, 26ff. (auf gr.).

2 So die Entscheidung des deutschen Bundesverfassungsgerichts bezüglich des Vertrags von Lissabon vom 30.6.2009 – 2 BvE 2/08, 2 BvE 5/08, 2 BvR 1010/08, 2 BvR 1022/08, BvR 1259/08, 2 BvR 182/09,- Rn. 356.

3 Siehe dazu die charakteristische These von F. v. Listz (Strafrechtliche Aufsätze, Bd. 2, 1905, 75ff., 80), der das Strafrecht «als unübersteigbare Schranke der Kriminalpolitik» betrachtet.

4 Vgl. dazu auch die Darlegungen von P.-A. Albrecht, Die vergessene Freiheit, Strafrechtsprinzipien in der europäischen Sicherheitsdebatte, 2003, 47ff.

werden, mit deren Hilfe die Strafrechtsregeln erlassen und bei Einbeziehung mehrerer Rechtsordnungen angewandt werden sollen.⁵ Diese Komplexität, die mit der Struktur und der Funktion der überstaatlichen Organisation zusammenhängt, erklärt, warum Fragen im Gründungstext der überstaatlichen Organisation geregelt werden, die für jede staatliche Gewalt von fundamentaler Bedeutung sind, wie etwa die der Strafverfolgung. Diese Strafrechtspflege betrifft indes nicht nur den Kern staatlicher Souveränität⁶ sondern auch den für den Bürger besonders bedeutsamen Schutz von Grundrechten. Somit wird es verständlich, warum die Aktivität der EU im Bereich des Strafrechts in den Gründungsverträgen der Union verankert worden ist,⁷ seitdem es für sie eine besondere Rolle spielt.

Es ist nicht mein Ziel hier die verschiedenen Phasen der Organisation des EU-Eingriffs in den Bereich der Strafverfolgung darzustellen.⁸ Es genügt darauf hinzuweisen, dass die jeweils relevanten Regelungen von mehreren Parametern abhängig sind. Sie beziehen sich primär auf die Zuständigkeiten, die die Mitgliedstaaten der überstaatlichen Organisation anerkennen, und sie sind verbunden mit den allgemeinen Grundprinzipien

-
- 5 Vgl. die theoretische Darstellung unterschiedlicher möglicher Modelle und Systeme des europäischen Strafrechts in *U. Sieber*, Die Zukunft des Europäischen Strafrechts, ZStW 2009, 17ff., wie auch die relevanten Vorschläge, anfänglich bezüglich eines eingeschränkten Bereichs des Schutzes von finanziellen Interessen der EU, *M. Delmas-Marty/J.A.E. Vervaele (eds.)*, The implementation of the Corpus Juris in the Member States, Vol. I-IV, 2000, und später – insbesondere nach dem Vertragsentwurf einer Verfassung für Europa – auf einer weiteren Basis *B. Schünemann* (Hrsg.), Alternativentwurf Europäische Strafverfolgung, 2004, *B. Schünemann* (Hrsg.), Ein Gesamtkonzept für die europäische Strafrechtspflege, 2006, auch in Verbindung mit *P. Asp/A. von Hirsch/D. Frände*, Grundsätzliche Überlegungen zum Prinzip der beiderseitigen Strafbarkeit, in *B. Schünemann* (Hrsg.), Ein Gesamtkonzept für die europäische Strafrechtspflege, 2006, 240ff., *N. Bitzilekis/M. Kaiafa-Gbandi/E. Symeonidou-Kastanidou*, Alternativüberlegungen zur Regelung transnationaler Strafverfahren in der EU, in *B. Schünemann* (Hrsg.), Ein Gesamtkonzept für die europäische Strafrechtspflege, 2006, 250ff., *A. Klip*, Strafrecht in der Europäischen Union, ZStW 2005, 900ff. Vgl. weiterhin die Ausführungen von *P. Asp*, Basic Models of a European Penal Law- Mutual Recognition, Cooperation, Harmonisation, in 4. Europäischer Juristentag, Wien 2008, 259ff. und *A. Nieto Martin*, An approach to current problems in European Criminal Law, in *L. Arroyo Zapatero/A. Nieto Martin* (Dir.), European Criminal Law: An overview, 46ff.
- 6 Siehe dazu, und insbesondere bezüglich der E.U., *I. Manoledakis*, Gedanken zur Errichtung eines gemeinsamen europäischen strafrechtlichen Gerichtsraumes, in *Manoledakis*, Gedanken zur Zukunft des Strafrechts, 2000, 42, 45ff. (auf gr.).
- 7 Siehe den Ausgangspunkt durch den Maastricht-Vertrag, Art. K 1 EUV.
- 8 Siehe etwa *H. Fuchs*, Auf dem Weg zu einem Europäischen Strafrecht: Generalbericht, in 4. Europäischer Juristentag-Sammelband, Wien, 2008, 317ff., *M. Kaiafa-Gbandi*, Aktuelle Strafrechtsentwicklung in der EU und rechtsstaatliche Defizite, ZIS 2006, 521, *N. Pastor Munoz*, Europäisierung des Strafrechts und mitgliedstaatliche nationale Besonderheiten in der Europäischen Union. Zugleich: Einige Überlegungen zu den Grenzen und Grundlagen einer legitimen europäischen Kriminalpolitik, GA 2010, 93ff., *H. Satzger*, Trends und Perspektiven einer europäischen Strafrechtspolitik, in 4. Europäischer Juristentag-Sammelband, Wien, 2008, 207ff., *B. Schünemann*, Ein Kampf ums europäische Strafrecht-Rückblick und Ausblick, in *Frankfurter FS für A. Swarc*, 109ff. Vgl. weiterhin *Chr. Mylonopoulos*, Strafrecht der EG und allgemeine Prinzipien des Gemeinschaftsrechts, PChR 2010, 161ff. (aus dem gr.).

der Einrichtung ihrer Mächte, mit ihrer Stellung gegenüber den Grundrechten usw.⁹ Man sollte jedoch nicht aus dem Auge verlieren, dass jedes Modell des Eingriffs einer überstaatlichen Organisation in den Bereich der Strafverfolgung immer hinsichtlich der Erhaltung des oben dargestellten doppelten Charakters des Strafrechts bewertet werden soll, d.h. sowohl als Maßstab für den Rechtsgüterschutz als auch für die Bürgerfreiheiten.¹⁰ Da allerdings diese bestimmte Identität ein liberales Strafrecht demokratischer Gesellschaften kennzeichnet,¹¹ erhebt sie den Anspruch es zu begleiten, insbesondere wenn eine überstaatliche Organisation, wie die EU, die Einführung von Strafrecht durch ihre Mitgliedstaaten verbindlich mitbestimmt (Art. 82, 83 AEUV) und gleichzeitig verkündet, dass sie sich auf die Werte der Achtung der Menschenwürde, der Freiheit, der Demokratie, der Gleichheit, der Rechtsstaatlichkeit und der Wahrung der Menschenrechte stützt (Art. 2 EUV).

Bevor man die Stellung des Vertrags von Lissabon¹² – der die Union nach einem 54jährigen Leben¹³ und nach mehreren institutionellen Veränderungen¹⁴ neu organisiert hat – hinsichtlich des EU-Eingriffs in den Strafrechtsbereich untersucht, sollte ebenfalls auf Folgendes hingewiesen werden: In einer überstaatlichen Umgebung sind mehrere mögliche Modelle der Strafverfolgung denkbar.¹⁵ Es handelt sich dabei um Modelle, die sich von einer kooperativen Einführung oder sogar Anwendung von Strafrechtsre-

-
- 9 Siehe eine entsprechende Darlegung der Vorgaben des Vertragsentwurfs einer Verfassung für Europa, der erfolglos geblieben ist, in *M. Kaijafa-Gbandi*, Die Entwicklung in Strafsachen, in D. Tsatsos (Hrsg.) Die Unionsgrundordnung – Handbuch zur Europäischen Verfassung, 2010, 511ff. m.w.N.
 - 10 Siehe Fußn. 1, S. 29. Siehe ebenfalls für eine kritische Prüfung der internationalen Strafrechtsregeln aufgrund dieser doppelten Identität *M. Kaijafa-Gbandi*, Die allgemeinen Grundsätze des Strafrechts im Statut des Internationalen Strafgerichtshofs: Auf dem Weg zu einem rechtsstaatlichen Strafrecht der Nationen?, in FS für H.-L. Schreiber, 2003, 199ff.
 - 11 Siehe insb. *I. Manoledakis*, Das Rechtsgut als Grundbegriff des Strafrechts, 1998, 34ff. (auf gr.).
 - 12 Siehe ABl. C 115 vom 9.5.2008, S. 1ff. «Konsolidierte Fassungen des Vertrags über die Europäische Union und des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union» (EUV/AEUV). Siehe dazu ebenfalls *CVRIA*, Press release No 104/09, The Treaty of Lisbon and The Court of Justice of the European Union, *General Secretariat of the Council of the EU*, The Lisbon Treaty's impact on the justice and Home Affairs Council: More Co-decision and new working structure.
 - 13 Mit Ausgangspunkt ist die Gründung der Europäischen Gemeinschaften im Jahr 1957.
 - 14 Zum Verlauf von den Europäischen Gemeinschaften zur Europäischen Union und zu ihrer Entwicklung bis heute siehe etwa E. Sachpekidou, *Europäisches Recht*, 2011, 1 ff. (auf gr.).
 - 15 Siehe *Sieber*, *ZStW* 2009, 17ff.

geln,¹⁶ ¹⁷ bis auf Formen einer absolut zentralen-überstaatlichen Strafrechtsrepression¹⁸ erstrecken. Es ist selbstverständlich, dass die Wahl eines bestimmten Modells der Strafverfolgung von der Identität der überstaatlichen Organisation nicht unabhängig ist – mit Allem, was sie in der bestimmten Phase ihrer geschichtlichen Entwicklung ausdrückt.¹⁹ Es ist aber auch wichtig, dass der Erfolg des jeweils gewählten Strafverfolgungsmodells nicht nur anhand seiner Wirksamkeit für die überstaatliche Organisation, sondern auch anhand der Garantien, die es den Bürgern bietet, bewertet werden soll.

Hieran kann nun die Prüfung der betreffenden Bestimmungen des Vertrags von Lissabon anschließen. Sie sollen in drei wichtige Themeneinheiten systematisiert werden: (I) die Prinzipien, unter denen Eingriffe der EU ins Strafrecht im Vertrag geregelt werden, (II) das Modell, das die EU für die Organisation der Strafverfolgung im Rahmen ihrer Beziehung mit den Mitgliedstaaten gewählt hat, und (III) die grundlegenden Achsen der Funktion dieses Modells mit seinen positiven Elementen und seinen möglichen Defiziten.

II. Prinzipien für die EU-Eingriffe im Bereich der Strafverfolgung

Das Strafrecht erscheint im Vertrag von Lissabon²⁰ in dem Part über den Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts. Diesen Raum hat die EU für ihre Bürger aufgrund der Vorschriften des Titels V des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) und insbesondere aufgrund der Vorschriften der Art. 67ff. einzurichten versucht. Die Errichtung dieses Raumes bezieht sich auf die Gesamtheit der europä-

16 Vgl. dazu das Organisationsschema der Eurojust (Art. 85 AEUV).

17 D.h. durch eine Mitarbeit zwischen der überstaatlichen Organisation und den Mitgliedstaaten, siehe dazu *M. Kaiafa-Gbandi*, in I. Manoledakis/M. Kaiafa-Gbandi/E. Symeonidou-Kastanidou, Strafrecht, Zusammenfassung des AT, 7. Aufl., 2005, 139-140 (auf gr.).

18 Das würde bedeuten, dass die überstaatliche Organisation –wenn auch nur für bestimmte Bereiche – die Strafverfolgung allein regeln und mit ihren eigenen Beurteilungs- und Vollstreckungsorganen anwenden würde. Siehe den relevanten Vorschlag bei *Schünemann* (Hrsg.), Ein Gesamtkonzept für die europäische Strafrechtspflege, 2006, 59 und ausführlicher *R. Hefendehl*, Europäisches Strafrecht: bis wohin und nicht weiter, in B. Schünemann (Hrsg.), Ein Gesamtkonzept für die europäische Strafrechtspflege, 2006, 218, vgl. aber auch die abweichende Ansicht von *N. Bitzilekis/M. Kaiafa-Gbandi/E. Symeonidou-Kastanidou*, Theorie der genuinen Europäischen Rechtsgüter, in B. Schünemann (Hrsg.), Ein Gesamtkonzept für die europäische Strafrechtspflege, 2006, 230ff.

19 Vgl. dazu die Ausführungen von *Sieber*, ZStW 2009, 53ff., die sich ebenfalls auf den Vertrag von Lissabon beziehen.

20 Zum Vertrag von Lissabon in Bezug auf das Strafrecht siehe etwa *W. Frenz/H. Wübberhorst*, Die Europäisierung des Strafrechts nach der Lissabon-Entscheidung des BVerfG, wistra 2009, 449ff., *M. Heger*, Perspektiven des Europäischen Strafrechts nach dem Vertrag von Lissabon, ZIS 2009, 406ff., *A. Hinarejos*, The Lisbon Treaty versus standing still: A view from the third pillar, European Constitutional Law Review 2009, 99ff., *M. Mansdörfer*, Das Europäische Strafrecht nach dem Vertrag von Lissabon- oder: Europäisierung des Strafrechts unter nationalstaatlicher Mitverantwortung, HRRS 2010, 11ff., *Nieto Martin*, in L. Arrozo Zapatero/A. Nieto Martin (Dir.), European Criminal Law: An overview, 43ff.

ischen Sektoren der Justiz und der Innenpolitik²¹ und stellt – nach dem inneren Markt und der finanziellen und Währungs- Union – den drittgrößten europäischen Plan zur Vollendung der Union dar.²² Der Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts hat durch den Vertrag von Lissabon eine überstaatliche Identität bekommen, ist durch mehrere wichtige Änderungen zur Vereinfachung der EU-Tätigkeit²³ gefördert worden und zählt sogar zu den wichtigen Zielen der EU, die im grundlegenden Art. 3 Abs. 2 des Vertrags zur Gründung der Europäischen Union (EUV) beschrieben werden. Die EU strebt danach, diesen Raum durch die Verbrechensprävention und -repression zu sichern.

Aus der analytischen Beschreibung der Elemente, die den Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts gemäß Art. 67 AEUV zusammenstellen, lässt sich feststellen, dass der Bereich des Strafrechts ausschließlich mit dem Sicherheitselement verbunden wird. Absatz 3 des Art. 67 AEUV sieht nämlich vor, dass „Die Union darauf hinwirkt, durch Maßnahmen zur Verhütung und Bekämpfung von Kriminalität sowie von Rassismus und Fremdenfeindlichkeit, zur Koordinierung und Zusammenarbeit von Polizeibehörden und Organen der Strafrechtspflege und den anderen zuständigen Behörden sowie durch die gegenseitige Anerkennung strafrechtlicher Entscheidungen und erforderlichenfalls durch die Angleichung der strafrechtlichen Rechtsvorschriften ein hohes Maß an Sicherheit zu gewährleisten“. Zum Inhalt des Art. 67 AEUV könnte man natürlich eine allgemeinere Kritik üben. Die Schwächung der Begriffe der Freiheit und des Rechts ist darin offenbar.²⁴ Der erste Begriff wird im 2. Absatz ausschließlich mit dem freien Personenverkehr und der zweite im 4. Absatz ausschließlich mit der Erleichterung des freien Zugangs zum Recht durch das Prinzip der gegenseitigen Anerkennung gerichtlicher Entscheidungen verbunden. Die europäische Rechtszivilisation hat aber bekannterweise diesen Begriffen einen viel breiteren Inhalt zugeschrieben. Bezüglich des 3. Absatzes vom Art. 67 AEUV spielen im Spezifischen für das Strafrecht noch zwei zusätzliche Elemente eine besondere Rolle: Einerseits erlaubt die Identität des Strafrechts in liberalen demokratischen Gesellschaften nicht, dass die Kriminalitätsverhütung und -bekämpfung ausschließlich mit einer Sicherheitsgröße, und zwar „eines hohen Niveaus“, verbunden wird. Denn dadurch wird die nötige Funktion des Strafrechts als die eines Freiheitsmaßstabs für die Bürger verkannt und die erforderliche

21 Es handelt sich dabei um vier besondere Bereiche: die Politik im Bereich Grenzkontrollen, Asyl und Einwanderung (Art. 77-80 AEUV), die justizielle Zusammenarbeit in Zivilsachen (Art. 81 AEUV), die justizielle Zusammenarbeit in Strafsachen (Art. 82-86 AEUV) und die polizeiliche Zusammenarbeit (Art. 87-89 AEUV).

22 Siehe dazu *W. Weiß/H. Satzger*, Art. 67, Rn 7-11, in Streinz, EUV/AEUV, Vertrag über die Europäische Union und über die Arbeitsweise der Europäischen Union, Kommentar 2. Auflage 2011.

23 Die Änderungen im Titel V des AEUV werden für die wichtigsten im Bezug auf die Änderungen in allen Feldern der EU-Politik gehalten. Für ihre Bewertung, die die Komplexität einschränkt, die Transparenz und die Wirksamkeit der EU fördert und gleichzeitig die Bedeutung des Raumes der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts, eines nun wichtigen Bausteins der EU, bekräftigt, siehe *J. Monar*, Die Vertragsreformen von Lissabon in den Bereichen Inneres und Justiz: verstärkte Handlungsfähigkeit, Kontrolle und Differenzierung, *integration* 2008, 380ff, *Weiß/ Satzger*, o.a., Rn. 6-7.

24 Siehe insbesondere *Weiß/Satzger*, o.a., Rn. 23ff. und im Bezug auf den älteren Status *M. Kaijafa-Gbandi*, ZIS 2006, 521ff.

gleichmäßige Bedienung seiner Ziele behindert.²⁵ Andererseits ist der Gebrauch des Sicherheitsbegriffs als der eines schützenswerten Rechts,²⁶ das die EU sicherzustellen versucht, besonders fragwürdig. Die Sicherheit wird nämlich durch den Schutz von bestimmten Rechtsgütern gewährleistet und stellt selbst kein Rechtsgut dar. Mit anderen Worten kann die Sicherheit aufgrund des Erbes der Aufklärung nichts anderes sein als eine institutionell geregelte, ausbalancierte Freiheit Aller, die durch den Schutz ihrer Güter gewährleistet wird.²⁷ Es ist daher begrüßenswert, dass die Charta der Grundrechte der Europäischen Union nicht ein allgemeines Recht auf Sicherheit anerkennt.²⁸ Ihr Gebrauch, als Grundlage für die Aktivierung des Strafrechtsmechanismus, wird daher mit Recht kritisiert, da ihr vager und unbestimmter Inhalt und ihre Erscheinung als eine Art „Superrechtsgut“ zum übermäßigen Gebrauch der Strafverfolgung und zur Verkenning der Bürgerfreiheiten führen können.²⁹

Diese Feststellungen erlauben uns eine erste Schlussfolgerung zu ziehen: die Art der Verbindung des Strafrechts mit dem Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts, wie sie durch Art. 67 Abs. 3 AEUV unternommen worden ist, ist ungenau und defizitär. Sie verbindet das Strafrecht ausschließlich mit der Bedienung eines hohen Sicherheitsniveaus für die Bürger – statt mit dem Schutz ihrer Rechtsgüter – und fördert dadurch eine unkontrollierte Verbreitung der Strafbarkeit zulasten der Grundrechte. Eine solche Konzeption genügt allerdings nicht den Prinzipien und den Werten des europäischen Rechts selbst. Sie soll daher durch eine Auslegung des Vertrags und der Möglichkeiten, die es anbietet, bereichert werden, da, die EU-Eingriffe in den Strafrechtsbereich – wie

-
- 25 Siehe bezüglich derselben Vorschrift im Vertrag von Amsterdam und im Vertragsentwurf einer Verfassung für Europa etwa *M. Kaiafa-Gbandi*, Gemeinsame Grundsätze des Strafprozessrechts als Basis einer grenzüberschreitenden Strafverfolgung, in 4. Europäischer Juristentag-Sammelband, 278-288, *K. Lüderssen*, Wer will das bessere Europa?, in B. Schünemann (Hrsg.) Alternativentwurf Europäische Strafverfolgung, 2004, 46, *Th. Weigend*, Der Entwurf einer europäischen Verfassung und das Strafrecht, ZStW 2004, 275-277, 302 m.w.N.
- 26 Zur Argumentation und zur Kritik über die Annahme eines Grundrechtes auf Sicherheit insbesondere im Rahmen des Strafrechts siehe *M. Kaiafa-Gbandi*, Die Eingrenzung der Strafbarkeit des Terrorismus und die Herausforderungen für ein rechtsstaatskonformes Strafrecht, in FS für Ioannis Manoledakis II, 271ff. (auf gr.), m.w.N.
- 27 Siehe dazu *P.-A. Albrecht*, Schutz der Freiheit: eine Pflicht der europäischen Entwicklung des Strafrechts, in I. Manoledakis/C. Prittitz, Internationalisierung des Strafrechts, 2003, 203 (auf gr.).
- 28 Siehe *B. Kretschmer*, in Vedder/Heintschel von Heinegg (Hrsg.), Europäischer Verfassungsvertrag, 2007, Art. III-257, Rn. 11, und die Erläuterungen zur Charta der Grundrechte, ABl. C 303 vom 14.12.2007, 19-20, wo das Recht auf Freiheit und Sicherheit erläutert wird und woraus hervorgeht, dass die Sicherheit als Sicherheit vor der willkürlichen Festnahme mit dem gleichen Inhalt wie im Art. 5 EMRK begriffen wird.
- 29 Vgl. *I. Kamtsidou*, Das Grundrecht auf Sicherheit: ein überflüssiger oder gefährlicher Begriff? DtA 2006, 1231 (auf gr.), die von der Gefahr spricht, dass die Sicherheit sich in ein Super-Grundrecht wandelt.

die bisherige Praxis gezeigt hat³⁰ – einseitig die Sicherheit gefördert und nicht zur ausgeglichenen Sicherung der Grundrechte beigetragen haben.³¹

Die Art, auf die die Bereicherung der Prinzipien, die die EU-Eingriffe im Feld des Strafrechts bestimmen müssen, erreicht werden kann und soll, ist die kombinierte Lektüre und Auslegung der Absätze 1 und 3 des Art. 67 AEUV, aber auch der Anschluss dieser Vorschrift an die allgemeinen Werte und Ziele, die die EU aufgrund der Art. 2 und 3 EUV verfolgt.³² Durch die Lektüre des 1. Absatzes von Art. 67 AEUV, der den allgemeinen Hinweis auf das Triptychon des Raumes der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts enthält, stellt man fest, dass die Union die Errichtung dieses Raumes *mit Achtung vor den Grundrechten und den verschiedenen Rechtsordnungen und -traditionen der Mitgliedstaaten* verkündet. Sowohl der Hinweis auf die Grundrechte als auch die Erwähnung der Rechtstraditionen der Mitgliedstaaten schließen offenbar eine einseitige Verbindung des Strafrechts mit der Sicherheitsgröße aus. Weiterhin führt die Prüfung der Art. 2 und 3 EUV, die die grundlegenden Werte und Ziele der Union enthalten, in dieselbe Richtung. Unter den Werten, auf die sich die Union stützt, spielen eine primäre Rolle jene der Menschenwürde, der Freiheit, der Rechtsstaatlichkeit und der Wahrung der Grundrechte, mit denen die Identität des Strafrechts als Maßstab der Bürgerfreiheiten entscheidend verbunden ist. Andererseits *folgt* gemäß Art. 3 Abs. 2 EUV, dass für den Bürger ein Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts gewährt wird. Damit wird das Ziel verfolgt den Frieden zu fördern sowie die *Werte der Union* und das Wohlergehen ihrer Völker zu sichern. Dieses Ziel wird vorrangig im ersten Absatz vom Artikel 3 EUV genannt. Schließlich soll nicht verkannt werden, dass durch den Vertrag von Lissabon die Sicherung der Grundrechte durch die verbindliche Anerkennung der Charta der Grundrechte der EU (Art. 6 Abs. 1 EUV) einen institutionellen

30 Siehe die entsprechende Formulierung des Art. 29 EUV.

31 Selbst wenn man ausschließlich die Programme der EU betrachtet, wird ersichtlich, dass der Schutz und der Respekt vor den Grundrechten und dem Rechtsstaat erst durch das Programm von Stockholm, das am 1. Dezember 2009 entschieden worden ist (ABl. C 115 vom 4.5.2010, S.1-38), in den Vordergrund geschoben sind. Für den Europäischen Rat und für den Zeitraum von 2010 bis 2014, worauf sich das Stockholmer Programm bezieht, liegt die Herausforderung darin „für die Wahrung der Grundrechte und Grundfreiheiten und der Unversehrtheit des Einzelnen und zugleich für Sicherheit in Europa Sorge zu tragen“. Es wird weiterhin für besonders wichtig gehalten, „dass Strafverfolgungsmaßnahmen und Maßnahmen zur Sicherung individueller Rechte, Rechtsstaatlichkeit und internationale Schutzregelungen miteinander der gleichen Richtung folgen und einander gegenseitig verstärken“ (Rat der EU Dok. 17024/09, vom 2.12.2009, S. 3). Diese These scheint, mit einer zehnjährigen Verspätung, das Bedürfnis nach einer Änderung der Tendenz, die während dieser Jahre im Rahmen der EU herrschend war, wiederzugeben (siehe den Ausgang mit den Schlussfolgerungen von Tampere in Oktober 1996 (15./16. Oktober 1999, Pressemitteilung 18.10.1999, PE 168.495) und anschließend das Haager Programm (ABl. C 53 vom 3.3.2005) und das Stockholmer Programm (ABl. C 115 vom 4.5.2010, S. 1-38)). Gerade dieses Bedürfnis hat zur Gründung einer Gruppe von Europäischen Strafrechtsprofessoren geführt, der European Criminal Policy Initiative (ECPI, www.crimpol.eu). Siehe auch *H. Satzger*, Der Mangel an Europäischer Kriminalpolitik? Anlass für das Manifest der internationalen Wissenschaftlergruppe „European Criminal Policy Initiative“, ZIS 2009, 59ff.), aber auch zum „Manifest zur europäischen Kriminalpolitik“, das diese Gruppe am Ende des Jahres 2009 präsentierte und das in sieben Sprachen veröffentlicht worden ist (siehe ZIS 2009, 697ff.).

32 Vgl. dazu auch *Weiß/Satzger*, o.a., Rn. 24ff.

Charakter bekommen hat. Auch ist daran zu erinnern, dass die EU der EMRK in Kürze beitrifft.

Folglich sollen die Elemente der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts, die den gemeinsamen Raum des Art. 67 AEUV bilden, in jedem Bereich, in den die EU eingreift, nur in Verbindung miteinander wahrgenommen werden.³³ Nur dadurch können der Respekt vor den Werten, auf die sich die Union stützt, und die harmonische Bedienung ihrer Ziele gewährleistet werden. Besonders soll weiterhin auf die Begriffe der Freiheit und des Rechts geachtet werden, die breiter als der Inhalt von Art. 67 AEUV sind und aus dem Vertrag selbst hervorgehen. Daher sollen auch die Eingriffe der Union im Bereich des Strafrechts zur Gewährleistung der Sicherheit – oder besser ausgedrückt, zum Schutz der Rechtsgüter ihrer Bürger – gleichzeitig die Freiheit und die Gerechtigkeit respektieren. Dies stellt nämlich das Ziel jeder ausgeglichenen und rechtsstaatlichen europäischen Kriminalpolitik dar, die den Prinzipien und Werten der europäischen rechtlichen Zivilisation gehorcht.³⁴

III. Die Identität des durch den Vertrag von Lissabon vorgezogenen Modells zur Organisation der Strafverfolgung zwischen der EU und den Mitgliedstaaten

Damit das durch den Vertrag von Lissabon vorgezogene Modell der Organisation und der Verteilung der Strafverfolgung zwischen der EU und den Mitgliedstaaten verständlich gemacht wird, soll anfänglich auf die wichtigen Innovationen hingewiesen werden, die dieser Vertrag hinsichtlich der Aktivität der Union im Bereich des Strafrechts geschaffen hat.

Die EU wird durch den Vertrag von Lissabon als eine überstaatliche Organisation mit Rechtspersönlichkeit aufgebaut (Art. 47 EUV), die aber weiterhin übertragene, spezielle und eingeschränkte Zuständigkeiten hat (Art. 4 und 5 EUV). Der Bereich der Strafverfolgung, der dem Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts eingegliedert wird (Art. 82ff. AEUV), stellt ein Feld der geteilten Zuständigkeit der Mitgliedstaaten und der EU (Art. 4 Abs. 2 i AEUV) dar. Die Union bekommt bezüglich dieses Raumes eine erweiterte Zuständigkeit, wie z.B. insbesondere zur Harmonisierung des Strafrechts der Mitgliedstaaten in jedem Bereich der europäischen Politik, wenn eine solche Harmonisierung zur wirksamen Durchführung dieser Politik unerlässlich ist (Art. 83 Abs. 2 AEUV). Durch das Abschaffen der Säulen in der Unionsstruktur werden ihre Eingriffe im strafrechtlichen Bereich der früher bekannten „gemeinschaftlichen“ Art des EU-Handelns eingeordnet, die durch das Mehrheitsprinzip gekennzeichnet ist. So wird gleichzeitig das demokratische Defizit bei der legislativen Funktion der Union in diesem Feld eingeschränkt, da schon – zumindest in der Regel – das Mitentscheidungsverfahren mit der Teilnahme des Europäischen Parlaments vorgesehen wird (Art. 82 ff. AEUV in

33 Siehe *Chr. Calliess*, Vom freiheitlichen Binnenmarkt zum europäischen Leviathan?, in FS Isensee, 2007, 765, der die Schaffung eines Gleichgewichts zwischen Sicherheit und Freiheit durch die Anwendung des Rechtsstaatsprinzips vorschlägt.

34 Siehe dazu insbesondere *ECPI*, Manifest zur europäischen Kriminalpolitik, ZIS 2009, 697ff.

Verbindung mit Art. 289 und 294 AEUV).³⁵ Zusätzlich wird die gerichtliche Kontrolle der betroffenen Rechtsakte der EU durch ihr Gericht erweitert (Art. 267 AEUV).³⁶ Eine Verbesserung von zentraler Bedeutung stellen außerdem die schon erwähnte institutionelle Sicherung der Grundrechte durch die Anerkennung der verbindlichen Geltung der Europäischen Charta der Grundrechte (Art. 6 Abs. 1 EUV) und der Beitritt der Union zur EMRK (Art. 6 Abs. 2 EUV). Von zentraler Bedeutung ist auch die Erweiterung der Rolle der nationalen Parlamente. Diese erstreckt sich zum einen auf die Kontrolle der Erhaltung des Subsidiaritätsprinzips und des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes (Art. 12 EUV und 69 AEUV); zum anderen aber auch auf den Prozess der Bewertung inwieweit die Rechtsakte der Union in die nationalen Rechtsordnungen ihrer Mitgliedstaaten übertragen werden (Art. 70 AEUV). Gleichzeitig bedeuten aber die oben erwähnten Änderungen, neben der Abschaffung des Einstimmigkeitsprinzips bei den Eingriffen der EU in den Bereich der Strafverfolgung, die Möglichkeit den Mitgliedstaaten Sanktionen aufzuerlegen, wenn sie – entgegen ihre Verpflichtung – die strafrechtlichen Rechtsakte der Union in ihre nationale Rechtsordnung nicht übertragen (Art. 258, 260 AEUV). Von besonderer Bedeutung ist schließlich die Tatsache, dass die Ausübung der geteilten Zuständigkeit der EU im Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts die Ausübung der gleichen Zuständigkeit von den Mitgliedstaaten ausschließt (Art. 2 Abs. 2 AEUV) und weiterhin die Tatsache, dass das Gesetzgebungsinitiativrecht der Mitgliedstaaten eingeschränkt wird, da dazu ein Vorschlag von einem Viertel der Mitgliedsstaaten notwendig ist (Art. 76 b AEUV).

35 Das demokratische Defizit wird durch den Vertrag von Lissabon eingeschränkt, aber nicht abgeschaffen. Selbst beim ordentlichen Gesetzgebungsverfahren gibt es die Möglichkeit, dass ein Rechtsakt ohne die ausgesprochene Mehrheit des Europäischen Parlaments erlassen wird. Siehe dazu, insbesondere in Bezug auf das Strafrecht, *M. Kaiyafa-Gbandi*, The Treaty establishing a Constitution for Europe and challenges for criminal law at the commencement of 21st century, *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice* 2005, 500 und Fn. 79, vgl. ebenfalls *B. Schünemman*, Ewigkeitsgarantien im europäischen Strafrecht – Ein Appell an die deutsche Volksvertretung, *KritV* 2008, 12-13, *Sieber*, *ZStW* 2009, 54, *S. Weber*, Justizielle Zusammenarbeit in Strafsachen und parlamentarische Demokratie, *EuR* 2008, 101-102. Siehe außerdem die ziemlich jüngste Entscheidung des BVerfG vom 30.6.2009 – 2BvE 2/08, BvR5/08, BvR1010/08, BvR1022/08, BvR1259/08, BvR182/09 – Rn. 276ff. Vgl. aber ohne wesentlichen Vorbehalt *H. Satzger*, Das Strafrecht als Gegenstand europäischer Gesetzgebungstätigkeit, *KritV* 2008, 25, mit einem gewissen Vorbehalt allerdings auf Seite 36. Siehe ebenfalls die Kritik von *Böse* (ZIS 2010, 82ff.) an der Entscheidung des BVerfG bezüglich des Defizits an demokratischer Legitimation auf der Ebene der EU, und ausführlicher zum Problem unter der Geltung der früheren Verträge *H. Satzger*, Die Europäisierung des Strafrechts, 2001, 128ff.

36 Diese werden der Kontrolle des Gerichts untergeordnet, selbst wenn sie sich auf das Strafrecht beziehen, ohne das es nötig ist, dass die entsprechende Zuständigkeit des Gerichts durch die Mitgliedstaaten vorher anerkannt wird. Anders aber Art. 35 EUV unter Geltung des Vertrags von Amsterdam.

Dieses Bild erlaubt eine wichtige Feststellung:³⁷ Nach dem Vertrag von Lissabon wird die Rolle der EU im Bereich des Strafrechts *gestärkt*. Diese Stärkung wird natürlich von wichtigen Schritten in Richtung einer Förderung der demokratischen Funktion der Union und des Schutzes der Grundrechte begleitet. Besonders wichtige Verbesserungen sind die stärkere Rolle, die sowohl das Europäische Parlament als auch die nationalen Parlamente erlangt haben,³⁸ die Möglichkeit, dass die Mitgliedsstaaten ihre strafrechtlichen Grundprinzipien durch die sog. Notbremsen-Klausel (Art. 82 Abs. 3 und 83 Abs. 3 AEUV) wahren können, aber auch die institutionelle Sicherung der Grundrechte (Art. 6 Abs. 1, 2 EUV). All diese Änderungen können in der Praxis den dringend notwendigen Schutz der Bürgerrechte im Bereich des Strafrechts stützen. Die Wahrnehmung dieses Bedürfnisses, das mehrfach von der Wissenschaft analysiert worden ist,³⁹ aber auch der Einsatz zu dessen Befriedigung in der Praxis scheinen jetzt durch das Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon viel dringender zu sein; man denke insbesondere an das Mehrheitsprinzip, die Verbindlichkeit der Richtlinien für die Mitgliedstaaten, die erweiterten Zuständigkeiten der EU für die Harmonisierung des Strafrechts, und schließlich an die Überlegenheit des Unionrechts.⁴⁰ Jedoch bleibt für das Strafrecht als Hauptproblem die ausgeglichene Pflege der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts, die aber durch den Vertrag nicht geleistet wird und deshalb durch seine Auslegung wiederhergestellt werden soll.

Wenn man in diesem allgemeinen Rahmen die Art. 82ff. AEUV betrachtet, stellt man fest, dass der Unionsgesetzgeber grundsätzlich ein *kooperatives* Modell zwischen der

-
- 37 Vgl. die ähnlichen Merkmale des Vertragsentwurfs einer Verfassung für Europa, die nie in Kraft getreten ist, mehrere ihrer Regelungen aber durch den Vertrag von Lissabon adoptiert worden sind, *Kaiafa-Gbandi*, in D. Tsatsos (Hrsg.), *Die Unionsgrundordnung*, 514-515. Siehe zu den Regelungen dieses Entwurfs und ihre Bedeutung für den Strafrechtsbereich ebenfalls *J. Monar*, *Der Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts im Verfassungsentwurf des Konvents*, integration 2003, 536ff.
- 38 Vgl. bezüglich ihrer Teilnahme schon im Stadium der Bearbeitung der Entwürfe von Rechtsakten der EU, Protokoll Nr. 1, ABl. C 115 vom 9.5.2008, 203ff.
- 39 Siehe dazu das spezielle 2. Heft von ZStW 2004 gewidmet zum Thema: *Die Europäisierung der Strafverfolgung – Rechtsstaatliche Voraussetzungen, Grenzen und Alternativen*, und insbesondere die Beiträge von *Th. Weigend*, *W. Hassemer*, *C. Nestler*, *H. Fuchs*, *B. Schünemann*, das vorgeschlagene europäische Program in Band *B. Schünemann* (Hrsg.), *Ein Gesamtkonzept für die europäische Strafrechtspflege*, München 2006, 1-61, 240-254, sowie das Protokoll des Kongresses 4. Europäischer Juristentag- Sammelband, *Auf dem Weg zu einem europäischen Strafrecht?*, 2008, 205ff., mit Beiträgen von *H. Satzger*, *M. Bonn*, *P. Asp*, *M. Kaiafa-Gbandi*, *H. Fuchs*.
- 40 Siehe dazu die interessanten Darlegungen von *L. Papadopoulou*, *Nationale Verfassung und Gemeinschaftsrecht: Die Frage der „Überlegenheit“*, 2009, 260-261, 568ff., 687ff. (auf gr.), die allerdings als Grenzen der „Überlegenheit“, des Gemeinschaftsrechts den Aufbau der europäischen Rechtsordnung mit Respekt vor den Grundlagen der Demokratie und den Menschenrechten nennt (570-571).

EU und den Mitgliedstaaten zum Erlass von Strafrechtsregeln gewählt hat.⁴¹ Diese Regeln werden in der Form von *Richtlinien* erlassen, die – im Bereich sowohl des materiellen Strafrechts als auch des Strafprozessrechts – in die Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten übertragen werden müssen. Daher bleibt auch den Mitgliedstaaten ein Feld zur Mitwirkung. Außerdem überlässt die EU die Anwendung dieser bestimmten Regeln den Strafjustiz-Systemen der Mitgliedstaaten, die natürlich in Fällen von grenzüberschreitender Dimension mit Unterstützung europäischer Organe (Eurojust – Art. 85 AEUV) zusammenarbeiten. Ausnahme zu diesem bestimmten Schema stellt die durch Art. 325 Abs. 4 AEUV vorgesehene Möglichkeit des Schutzes der finanziellen Interessen der EU dar. Hier kann die EU selbst Strafrechtsregeln qua Verordnung erlassen, d.h. ohne jegliche Mitwirkung der Mitgliedstaaten.⁴² Eine zweite Ausnahme ist die durch Art. 86 AEUV ausdrücklich vorgesehene Möglichkeit der Gründung einer Europäischen Staatsanwaltschaft zum Schutz – ebenfalls – der finanziellen Interessen der EU. Die Europäische Staatsanwaltschaft soll als zentraler (überstaatlicher) Apparat der Strafverfolgung allein zuständig sein für die Untersuchung, die Verfolgung der Täter

41 Siehe dazu schon *M. Kaiafa-Gbandi*, in I. Manoledakis/M. Kaiafa-Gbandi/E. Symeonidou-Kastanidou, *Strafrecht*, AT, 7. Aufl. (2005), 139-140. Der Begriff *kooperativ* betrifft hier die Beziehung, die im institutionellen Rahmen *zwischen der EU und den Mitgliedstaaten* entsteht, weil diese Beziehung für die Organisation der strafrechtlichen Repression im Rahmen der EU von Interesse ist. Ein kooperatives Modell kann sich sowohl auf der Ebene des *Erlassens* von Strafrechtsregeln als auch auf der Ebene ihrer *Anwendung* entwickeln. Man sollte das kooperative Modell im Gegensatz zum überstaatlichen Modell betrachten, d.h. das Modell, das zentral und ausschließlich durch die EU geregelt wird. Dagegen verwendet *Sieber*, ZStW 2009, 17ff., den Begriff „kooperative Modelle“, um eine Organisation des Strafrechts in der Union zu beschreiben, die sich auf die transnationale Zusammenarbeit der Mitgliedstaaten stützt. Es wäre richtig diese Modelle als *transnational* zu bezeichnen, weil diese auch durch internationale Verträge außerhalb des Rahmens von überstaatlichen Organisationen entwickelt werden können. In Bezug auch auf das Konzept, das an dieser Stelle vorgeschlagen wird, kann es natürlich auch Mischformen geben, solange, selbst wenn das kooperative oder das überstaatliche (zentrale) Modell gewählt wird, gleichzeitig teilweise abweichende Regelungen eingeführt werden können. Vgl. für die Modelle der Organisation der strafrechtlichen Repression in der EU auch Fn. 5 und für die Perspektiven, die insbesondere der Vertrag von Lissabon eröffnet, siehe *Nieto Martin*, in L. Arroyo Zapatero/A. Nieto Martin (Dir.), *European Criminology Law: An overview*, 48-49.

42 Siehe so *H. Satzger*, *Internationales und Europäisches Strafrecht*, 4. Aufl., 100-101, für den dies auch im Feld der Zusammenarbeit im Zollwesen der Fall ist (Art. 33 AEUV), während er nicht ausschließt, dass Strafrechtsregeln durch Verordnungen erlassen werden auch in den Fällen des Art. 79 Abs. 2 c und d AEUV, die die Gesetzgebungszuständigkeiten der Union in den Feldern der illegalen Einwanderung, des illegalen Aufenthalts und der Bekämpfung des Menschenhandels betreffen. Keine Rede von dieser letzten Gesetzgebungsgrundlage macht allerdings die jüngste Richtlinie zur Bekämpfung des Menschenhandels durch das Strafrecht. Siehe dazu auch die diesbezügliche ausdrückliche Ablehnung im Bericht des Europäischen Parlaments A7-0348/2010, 49.

und die Anklageerhebung. Das Gerichtsverfahren soll allerdings in den Mitgliedstaaten stattfinden, die auch die entsprechenden Gerichtsurteile vollstrecken werden.⁴³

Dieses Bild des Vorrangs eines *kooperativen* Modells zur Strafverfolgungsregelung zwischen der EU und den Mitgliedstaaten lässt sich grundsätzlich harmonisch mit der Identität der Union als einer „europäischen Sympolitieia von Staaten und in Völkern organisierten Bürger (von Europa)“, nach dem sehr treffenden Konzept von *Dimitrios Tsatsos*,⁴⁴ kombinieren. Denn die Identität einer „europäischen Sympolitieia“, die sich auch im Vertrag von Lissabon als ein spannender Dualismus der Einheit und der – mehrstaatlich ausgedrückten – Verschiedenheit findet, setzt die aktive Rolle *auch der Mitgliedstaaten* voraus; insbesondere dann, wenn es sich um Fragen der Strafverfolgung handelt. Diese Fragen befinden sich, wie schon oben dargestellt, im Kern der Staatsherrschaft⁴⁵ und setzen sowohl den Respekt vor den Verfassungstraditionen der Mitgliedstaaten als auch die weitest mögliche demokratische Legitimation, voraus, die

-
- 43 An dieser Stelle könnte natürlich von einem halb-überstaatlichen (halb-zentralen) Modell die Rede sein, weil die Mitgliedstaaten für die Hauptverhandlung und die Vollstreckung der Gerichtsurteile zuständig bleiben. Man könnte natürlich behaupten, dass auch bei der Institution der Europäischen Staatsanwaltschaft (EStA) die Merkmale eines kooperativen Modells zwischen der EU und den Mitgliedstaaten sichtbar sind, da auch die Mitgliedstaaten die EStA bei ihrer Tätigkeit unterstützen. Dies trifft allerdings nicht zu, weil der Funktionsrahmen der EStA und ihre Zuständigkeiten nicht durch die Mitgliedstaaten institutionell beeinflusst werden können. Siehe zur Institution etwa *H. Satzger/F. Zimmermann*, The protection of financial interests by means of penal law, in *M. Cherif Bassiouni/V. Militello/H. Satzger* (Ed.), *European Cooperation in penal matters: Issues and perspectives*, 182ff.
- 44 *Dimitris Tsatsos* (Der Begriff der Demokratie in der europäischen Sympolitieia, 2007) hat versucht die grundlegende Besonderheit des europäischen historischen Raumes gegenüber dem klassischen Feld des Begriffs des demokratischen Prinzips, d.h. dem Staat, in den Vordergrund zu bringen (a.a.O., 55). Er hat die Besonderheit des Unionraumes im spannenden Dualismus der Einheit und der mehrstaatlich ausgedrückten Vielfalt lokalisiert (a.a.O., 56ff., 59) und hat behauptet, dass Europa institutionell nur als eine Union von Staaten und als eine Union von Bürgern, die in Völkern organisiert sind, eingerichtet werden kann (a.a.O., 60-61). Er hat dazu bemerkt, dass die Erfindung des Begriffs „Mitverwaltung der Herrschaft“, die in einem Bundesmodell undenkbar ist, nicht zufällig ist (a.a.O., 77) und er hat gezeigt, dass die „Europäische Sympolitieia“, als eine Union von Staaten und Völkern, nicht als demokratisch betrachtet werden könnte, wenn z.B. ihr Teilcharakter als „eine Union von Bürgern, die in Völkern organisiert sind“ ihren Teilcharakter als „eine Union *auch* von Staaten“ ersetzen würde, d.h. wenn das Europäische Parlament z.B. der einzige Gesetzgeber der „europäischen Sympolitieia“ wäre (a.a.O., 103). In anderen Worten legitimiert, nach *D. Tsatsos*, die, durch die Mehrheit getroffene, Entscheidung des Europäischen Parlaments zusammen mit den Mitgliedstaaten die Gesetzgebungsentscheidung (a.a.O., 104). Für ihn stellt außerdem der Verlauf zu einer gleichwertigen mit dem Rat Teilnahme des Parlaments am Gesetzgebungsverfahren, einen Teil der Geschichte der Demokratisierung der europäischen Sympolitieia dar. (a.a.O., 110).
- 45 Siehe dazu *S. Gless*, Strafe ohne souverän?, *ZStrR* 2007, 25-32.

durch die Teilnahme der Völker dieser Staaten an den relevanten Entscheidungen realisiert werden kann.⁴⁶

Wie bereits erwähnt, fehlen auch im Vertrag von Lissabon nicht die Ausnahmen vom oben dargestellten Modell. Sowohl die Möglichkeit, Strafrechtsregeln ausschließlich durch die EU zu erlassen, als auch die Möglichkeit der Gründung einer überstaatlichen Strafverfolgungsbehörde stellen zumindest voreilige Schritte dar, solange die EU nicht die Merkmale eines Bundesstaates aufweist (oder aufweisen kann)⁴⁷ und insbesondere solange „die Identität eines Europäischen Bürgers“ fehlt, mit der sich die Bürger der Mitgliedstaaten bezüglich eines parlamentarischen Prozesses von Entscheidungen, die auf europäischer Ebene getroffen werden, identifizieren können.⁴⁸ Mit anderen Worten respektieren solche Ausnahmen nicht die moderne Identität der EU als einer „europäischen Sympolitieia von Staaten und Völkern Europas“. Aus diesem Grund wäre es hinsichtlich der Möglichkeit, strafrechtliche Vorschriften zum Schutz der finanziellen Interessen der EU zu erlassen, wünschenswert, dass die Union dies nicht im Wege einer Verordnung, sondern durch eine Richtlinie vollzieht.⁴⁹ Diese Option bleibt natürlich gemäß Art. 325 Abs. 4 AEUV offen.⁵⁰ Es scheint ebenfalls erforderlich, dass die Mitgliedstaaten die Gründung einer Europäischen Staatsanwaltschaft zeitlich verschieben, bis der Vertrag erneut modifiziert wird und diese Regelung auch mit der Idee einer „europäischen Sympolitieia, und den Prinzipien des Rechtsstaates harmonisiert werden könnte. Sie haben schließlich durch Art. 86 AEUV, der eine *einstimmige* Entscheidung des Rates fordert⁵¹ die Möglichkeit hierzu. Mit anderen Worten: Bis die relevante unmittelbar demokratisch legitimierte Mitentscheidung der Mitgliedstaaten und des Europäischen Parlaments wiederhergestellt wird und das riesige Demokratiedefizit im Falle einer Gründung der Europäischen Staatsanwaltschaft über Art. 86 AEUV im Verordnungswege ohne Beteiligung des Europäischen Parlaments eingeschränkt wird, wäre es nicht nur voreilig sondern auch rechtsstaatlich inakzeptabel, dass die EU die Gründung dieser Institution vorantreibt. Wenn man weiter berücksichtigt, dass die Verordnung nach Art. 86 AEUV (indem sie die strafprozessrechtlichen Regeln bestimmt, die

46 Angesichts der nicht vollständigen Abschaffung des demokratischen Defizits in der EU, selbst nach dem Vertrag von Lissabon (siehe dazu Fn. 35), kann diese Legitimation nur durch die Teilnahme der Mitgliedstaaten (und daher ihrer Völker) an der gesetzgeberischen Erzeugung von Strafrechtsregeln erreicht werden. An der Forderung nach der größt möglichen demokratischen Legitimation liegt außerdem die Besonderheit des Strafrechts, die erklärt, warum irgendwelches Schema der Gesetzgebungsfunktion der „Europäischen Sympolitieia“, mit einer beliebigen Teilnahme des Rates und des Europäischen Parlaments daran, nicht befriedigen kann.

47 *D. Tsatsos* (Fn. 44) 70 meint, dass die EU, selbst wenn sie die Ebene eines kohärenteren Bundesmodells erreicht, nie die innere Homogenität eines Staates bekommen wird.

48 Siehe etwa *R.-A. Lorz*, Das Problem des demokratischen Defizits, in *D. Tsatsos*, Die Unionsgrundordnung, 343.

49 Siehe in diese Richtung vor dem Lissabon Vertrag *Bitzilekis/Kaiafa/Symeonidou*, in *B. Schünemann* (Hrsg.), Ein Gesamtkonzept für die europäische Strafrechtspflege, 2006, 230ff.

50 In dem die Rede von Maßnahmen ist, die mit dem ordentlichen Gesetzgebungsverfahren getroffen werden, das keineswegs die Anwendung des Rechtsinstruments der Richtlinien ausschließt.

51 Siehe *D. Tsatsos* (Fn. 44), 117, der betont, dass existentielle Fragen zur Staatlichkeit der Mitgliedstaaten der Einstimmigkeitsregel unterordnet bleiben.

die Tätigkeit der Europäischen Staatsanwaltschaft regeln) sich ebenfalls auf das besonders empfindliche Feld der Beschuldigtenrechte erstreckt, die mit ihren Zuständigkeiten zur Untersuchung und zur Verfolgung von strafbaren Handlungen verbunden sind, dann versteht man sowohl den wahren Umfang des Problems als auch die Erforderlichkeit von Vorbehalten bezüglich der Verwertung dieser Option.⁵²

Anhand der vorangenen Darstellung wird deutlich, dass ebenfalls auf der Ebene des sich durch den Vertrag von Lissabon abzeichnenden Modells der Strafverfolgungsorganisation im Rahmen der EU nur folgende Schlussfolgerung zu ziehen ist: Von einer positiven Bewertung kann nicht ohne weiteres die Rede sein. Man soll dagegen die rechtsstaatlichen Prinzipien aber auch den durch den Vertrag angebotenen Spielraum nutzen, um eine Identität dieses Modells zu gewährleisten, die sowohl den besonderen Charakter der EU als einer „europäischen Sympoliteia von Staaten und Völkern Europas“ als auch den doppelten Charakter des Strafrechts respektiert. Die Kombination dieser Elemente macht es nötig, dass man weder die Mitgliedstaaten der Teilnahmemöglichkeit an zentralen Fragen der strafrechtlichen Repression beraubt, noch Institutionen unterschätzt, die auf die möglichst direkte Legitimation des Strafrechts und auf die Sicherung der Bürgerfreiheiten abzielen, insbesondere wenn zentrale europäischen Apparate der Strafverfolgung geschaffen werden. Mit den Optionen, die der Vertrag anbietet, schließt er die Erreichung dieses Zieles nicht aus. Es wird aber vorausgesetzt, dass man den Wert dieses Zieles anerkennt und den Willen hat, ihn zu erreichen.

VI. Grundachsen der Strafverfolgung in der EU- Hauptmerkmale und Defizite

Die Grundachsen, in deren Verbindung man die Intervention der EU im Bereich der strafrechtlichen Repression nach dem Vertrag von Lissabon betrachten soll, um ein übersichtliches Bild davon zu bekommen, sind drei: die erste bezieht sich auf die *Hauptrichtung* der europäischen Intervention im Bereich der Strafverfolgung, die zweite auf die *Zuständigkeitsgebiete* und den *besonderen Inhalt* dieses Eingriffs und die dritte auf die *Organe*, die die EU zur strafrechtlichen Repression nutzt, und deren Beziehung zu den rechtsstaatlichen Prinzipien und zum Schutz der Grundrechte.

1. Die Hauptrichtung der europäischen Intervention im Bereich der Strafverfolgung

Aus der Vorschrift des Art. 67 Abs. 3 AEUV, die das Strafrecht mit dem Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts verbindet, wird schon deutlich, dass die EU nicht das Ziel verfolgt, im Allgemeinen ein eigenes Strafrecht⁵³ und dementsprechend ein

52 Siehe dazu schon *Kaiafa-Gbandi*, in D. Tsatsos (Hrsg.), Die Unionsgrundordnung, 524, bezüglich der ähnlichen, in dieser Hinsicht, Vorschrift des Vertragsentwurfs einer Verfassung für Europa.

53 Vgl. dazu auch *Weiß/Satzger*, Art. 67, Rn. 31, in Streinz, EUV/AEUV Kommentar, 2. Aufl., die Art. 67 § 3 AEUV in Kombination mit Art. 82ff. AEUV analysieren, worin sich die EU-Zuständigkeiten in Feldern (besonders) schwerer Kriminalität mit grenzüberschreitendem Charakter einschränken.

europäisches System der Strafverfolgung zu schaffen. Man könnte dagegen – zumindest aufgrund des Vertrages – behaupten, dass die EU ihre Intervention so minimal wie möglich zu gestalten versucht, selbst in Bezug auf die Harmonisierung der Strafgesetzgebung der einzelnen Mitgliedstaaten. Dies geht aus der Tatsache hervor, dass sie zur Sicherung des angestrebten hohen Sicherheitsniveaus der Bürger die Koordinierung und die Zusammenarbeit zwischen den polizeilichen und den gerichtlichen Behörden der Mitgliedstaaten, und insbesondere die gegenseitige Anerkennung der Gerichtsurteile in Strafsachen, der Harmonisierung voranstellt. Die Annäherung der Strafgesetzgebungen der Mitgliedstaaten erscheint sogar im Vertrag als nur äußerstes Mittel, das die Union *nur dann* wählen wird, *wenn es erforderlich ist*. Man könnte behaupten, dass diese These nicht nur die Besonderheit des Strafrechts respektiert – schon wegen seiner engen Verbundenheit mit der Kultur und den Traditionen jedes Volkes –, sondern auch das Subsidiaritätsprinzip zum Ausdruck bringt, dem die Union in den Bereichen ihrer geteilten Zuständigkeit mit den Mitgliedstaaten folgen soll (Art. 5 Abs. 3 EUV).⁵⁴

Trotz der Tatsache, dass man diese Grundrichtung des Vertrags für eine „vorsichtig-zurückhaltende“ Aktivierung der EU im Bereich des Strafrechts nur gutheißen kann, sollte klargestellt werden, dass ihr besonderer Ausdruck durch Art. 67 Abs. 3 AEUV eine Gefahr verbirgt, die nicht außer Acht gelassen werden sollte. Die Harmonisierung des Strafrechts in den einzelnen Mitgliedstaaten ist nach dieser Vorschrift erforderlich, wenn Maßnahmen zur Verhütung und zur Bekämpfung der Kriminalität, zur Koordinierung und Zusammenarbeit von Polizei- und Gerichtsbehörden sowie die gegenseitige Anerkennung der Gerichtsurteile nicht von allein das Ziel erreichen. So erhält aber die europäische Harmonisierung der Strafgesetzgebungen der Mitgliedstaaten eine Rolle, die zu einer *übermäßigen Erweiterung der Strafbarkeit* und zur *Verkenning von Grundprinzipien des Strafrechts* führt. Und dies, weil bekanntlich insbesondere das Ziel der *Verbrechensverhütung* ein sich ständig verbreitendes Strafrecht fordert, während andererseits auch *die gegenseitige Anerkennung der Gerichtsurteile* von klassischen Prinzipien des Strafrechts zu entbinden versucht, solange sie als *Grundlage* der justiziellen Zusammenarbeit der Mitgliedstaaten gehalten wird (Art. 82 Abs. 1 AEUV). Diese Entwicklung ist leicht am Beispiel des europäischen Haftbefehls zu erkennen, der – zumindest partiell – das Erfordernis der doppelten Strafbarkeit abgeschafft hat.⁵⁵

Solange die EU weiter so interveniert, dass Strafrechtsregeln sich in diesem Sinne fortentwickeln, kann es tatsächlich nicht vermieden werden, dass das Strafrecht zu Gunsten der Sicherheit und der Erweiterung der justiziellen Zusammenarbeit instrumentalisiert wird. Dies führt dazu, dass es nicht seinen rechtsstaatlich gesicherten Zielen dienen kann. Das ist deswegen der Fall, weil der Inhalt einer europäisch verfolgten

54 Nach diesem Prinzip interveniert die Union nur dann und soweit die Ziele ihrer vorgesehenen Tätigkeit nicht in befriedigendem Umfang durch die Mitgliedstaaten erreicht werden können, während sie aber, wegen des Umfangs oder der Ergebnisse der vorgesehenen Tätigkeit, besser auf der Ebene der Union erreicht werden können. Siehe zum Subsidiaritätsprinzip, insbesondere in Bezug auf das Strafrecht, etwa *P. Asp*, The importance of subsidiarity and coherence in the development of EU criminal law, *EuCLR* 2011/1, 44ff., *A. Giannakoula*, Das Subsidiaritätsprinzip und seine Rolle bezüglich der Regelungen im Bereich des Strafrechts, *EEEvRD* 2006, 211ff. (auf gr.).

55 Für eine Kritik gegen die Anschaffung dieses Prinzips siehe etwa *Kaiafa-Gbandi*, *ZIS* 2006, 527ff., und insbesondere 529-532 m.w.N.

Verbrechensharmonisierung anders sein wird, wenn sie auf die gegenseitige Anerkennung von Gerichtsurteilen zielt, als wenn sie das Ziel des Rechtsgüterschutzes verfolgt, ohne die Freiheitsrechte des zu bestrafenden Bürgers aus dem Blick zu verlieren.⁵⁶ Es genügt dabei daran zu denken, dass die gegenseitige Anerkennung von Gerichtsurteilen viel besser durch eine Harmonisierung von Strafrechtsregeln verwirklicht werden könnte, die nicht mit Genauigkeit die Verbrechenselemente wiedergibt, weil die Elastizität der Definitionen die gegenseitige Anerkennung fördert. Wenn man z.B. unter den Begriffen „Korruption“ oder „Sabotage“ mehrere Handlungen als strafbar verstehen kann, die nicht unbedingt in jedem Mitgliedstaat dieselben sind, dann wird die Tätigkeit der Gerichtsbehörden erleichtert. Solche unscharfen Begriffe würden aber selbst auf der Ebene einer überstaatlichen Organisation, die ihre Mitgliedstaaten in die Richtung einer harmonisierten Strafbarkeit solcher Verhalten führen will, nicht die Mindestanforderungen an die „Bestimmtheit“ einer Beschreibung der strafbaren Handlung erfüllen. Gerade dies ist jedoch um eine Strafbarkeit vorhersehen zu können und um vor Willkür zu schützen, erforderlich. Andererseits wäre auch den Prinzipien der Verhältnismäßigkeit⁵⁷ zwischen Verbrechen und Strafe sowie des Respekts vor der Kohärenz der Strafrechtssysteme der Mitgliedstaaten⁵⁸ besser gedient, wenn der europäische Gesetzgeber nicht Mindesthöchststrafen definiert, die der nationale Gesetzgeber in seine Rechtsordnung übernehmen muss.⁵⁹ Auch in diesem Fall widerstreitet aber die Förderung der gegenseitigen Anerkennung den oben genannten Prinzipien. Dies ist deswegen der Fall, weil der Europäische Gesetzgeber bei seinem Versuch, das Anwendungsfeld einiger prozessrechtlichen Zwangsmaßnahmen (wie z.B. des europäischen Haftbefehls) im Fall von Delikten, die Strafen bestimmter Höhe mit sich ziehen,⁶⁰ zu definieren, diese Höhe der Strafe allen Mitgliedstaaten aufzuerlegen versucht, wobei natürlich hier die Förderung der gerichtlichen Zusammenarbeit und nicht der Unwert der jeweiligen strafbaren Handlung sein Hauptkriterium darstellt. Ähnliches gilt auch im Bereich des Prozessrechts. Der Inhalt einer prozessrechtlichen Regelung, die hauptsächlich auf die Förderung der Anerkennung eines Beweismittels durch die anderen Mitgliedstaaten zielt, ist ein anderer als bei einer Regelung, deren Hauptziel die Gewährleistung eines fairen Verfahrens durch die Sicherung der Beschuldigtenrechte, der Erzielung von Waffengleichheit usw. ist.

56 Siehe dazu *Kaiafa-Gbandi*, Die Bedeutung der Grundprinzipien des materiellen Strafrechts für eine europäische Kriminalpolitik, die die Grundrechte und den Rechtsstaat respektiert, NoB 2010, 2181-2182 (auf gr.) (The importance of core principles of substantive criminal law for a European criminal policy respecting fundamental rights and the rule of law, EuCLR 2011/1, 11-12.

57 Siehe dazu Art. 4 Abs. 5 EUV, Art. 49 Abs. 3 der Charta der Grundrechte und die betreffende Rechtsprechung des EUGH, *Klip*, European Criminal Law, 70, 298-299, *Mylonopoulos*, PChr 2010, 161 (auf gr.), vgl. auch Art. 5 Abs. 4 EUV und das Protokoll Nr. 2 für die Anwendung der Prinzipien der Subsidiarität und der Verhältnismäßigkeit. Für eine kritische Betrachtung dieses Prinzips der Verhältnismäßigkeit, wie es durch den EUGH und den EGMR begriffen wird, siehe in *P.-A. Albrecht*, Die vergessene Freiheit, 83ff. Siehe ebenfalls *M. Böse*, The principle of proportionality and the protection of legal interests, EuCLR 2011/1 (im Erscheinen).

58 Siehe *Asp*, EuCLR 2011/1 (im Erscheinen).

59 Siehe dazu *ECPI*, Manifest zur europäischen Kriminalpolitik, ZIS 2009, 705.

60 Siehe Art. 2 Abs. 1 des Rahmenbeschlusses zum europäischen Haftbefehl 2002/584/JI.

Grundprinzipien des Strafrechts, wie die oben erwähnten, sind natürlich nicht nur in den jeweiligen Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten, sondern auch auf der Ebene des Europarechts gesichert, wie dies sowohl durch die Charta der Grundrechte der EU und die EMRK als auch durch Art. 6 Abs. 3 EUV hervorgeht. Aus diesem Grund würde man erwarten, dass der Vertrag von Lissabon in Art. 67 Abs. 3 AEUV, auf der Grundlage des Rechtsstaates die Haupttrichtung zum Ausdruck bringt, der die Eingriffe der EU im Bereich der strafrechtlichen Repression folgen sollten. Denn das Recht, das durch die Tätigkeit der EU erlassen wird, stellt den Ausgangspunkt einer sich europäisch bildenden Strafverfolgung dar, die die Prinzipien und die Werte der europäischen Zivilisation wiedergeben soll. Diesbezüglich sollte das, was der Vertrag von Lissabon nicht ausdrücklich vorgesehen hat, durch die Auslegung wiederhergestellt werden. Weiterhin sollte die Richtung der Eingriffe der EU im Bereich des Strafrechts im Allgemeinen mit dem Respekt vor den Grundrechten und den Traditionen der Mitgliedstaaten verbunden werden.⁶¹ Erforderlich wird dies sowohl durch den Hinweis auf die Errichtung des Raumes der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts in Art. 67 Abs. 1 AEUV als auch durch Art. 2 und 6 EUV, die die Werte und die Ziele der Union und weiterhin den Schutz der Grundrechte betreffen.

2. Die Zuständigkeitsbereiche und der Inhalt der europäischen Intervention in der Strafverfolgung

Von besonderem Interesse sind sowohl die Regelungen des Vertrags, die die Zuständigkeitsbereiche der EU bezüglich ihrer Eingriffe im Rahmen der Strafverfolgung regeln als auch die Regelungen, die den Inhalt dieser Eingriffe bestimmen, was auf der Hand liegt.

Man muss an dieser Stelle zwischen dem materiellen und dem prozessualen Strafrecht unterscheiden. Es ist kein Zufall, dass mit dem ersten Artikel des vierten Kapitels des Titels V AEUV („Justizielle Zusammenarbeit in Strafsachen“) zuallererst der Eingriff der EU im Bereich des Prozessrechts der Mitgliedstaaten, und hiernach erst ihre Intervention in den Bereich des materiellen Strafrechts geregelt wird. Man könnte natürlich behaupten, dass im Rahmen einer Union, die die Wahl getroffen hat, kein zentrales (überstaatliches) System der Strafverfolgung zu errichten, und die Repression von Straftaten von der Zusammenarbeit der Mitgliedstaaten abhängig macht, die justizielle Zusammenarbeit in Strafsachen die zentrale Frage darstellt. Dies ist natürlich wahr. Das gilt jedoch unter der Voraussetzung, dass diese Priorität nicht die traditionelle Beziehung dieser beiden Rechtszweige durchkreuzen würde, was zu dem Ergebnis führen könnte, dass die Typisierung der Straftaten von Faktoren wie z.B. eine bessere Sicherstellung von Beweisen oder eine leichtere Auferlegung von Zwangsmaßnahmen abhängig gemacht würde.⁶² Eine solche Wahl würde nicht nur die traditionellen Rollen

61 Siehe bezüglich dieses Versuchs insbesondere *ECPI*, Manifest zur europäischen Kriminalpolitik, ZIS 2009, 697ff.

62 Siehe zur Instrumentalisierung des Strafrechts zur Bedienung der Anerkennung von Gerichtsurteilen etwa *Kaiafa-Gbandi*, ZIS 2006, 527-529 u. insbesondere 528 und *M. Kaiafa-Gbandi/Ath. Giannakoula*, Memorandum, in House of Lords-European Union Committee, 22nd Report of Session 2007-08, Initiation of EU Legislation, HL Paper 150, 151-152.

der obengenannten Rechtszweige, sondern auch die Grundprinzipien über „Was“ und „Wie“ bestraft werden soll, umwerfen.

Aus diesem Grund werden wir uns erst auf die Zuständigkeitsbereiche und auf die Bedingungen, die den Inhalt der EU-Eingriffe im Bezug auf das materielle Strafrecht bestimmen, und anschließend auf die entsprechenden Themen der Strafprozessordnung konzentrieren.

a) Harmonisierung der Regeln des materiellen Strafrechts

Wenn man die Bestimmung der EU-Zuständigkeitsbereiche zur Angleichung der Strafrechtsregeln der Mitgliedstaaten betrachtet, stellt man zuallererst fest, dass die Union keine selbständige Zuständigkeit zur Entkriminalisierung von Straftaten erlangt hat. Dies bedeutet, dass ihre Tätigkeit im Bereich des Strafrechts einen einseitigen Charakter in Richtung *Strafbarkeitsunterstützung (-begründung oder -erweiterung)* aufweist.⁶³

Andererseits ist es sichtbar, dass Art. 83 AEUV bezüglich der Bestimmung der entsprechenden Zuständigkeit der EU nicht das Ziel erreicht hat, dem ein Gründungstext der Union genügen sollte. Charakteristisch ist die *Breite und die Unbestimmtheit* dieser Vorschrift, wenn sie zuallererst die Gebiete „besonders schwerer Kriminalität mit grenzüberschreitender Dimension“ bestimmt (Abs. 1), die die betreffende Eingriffszuständigkeit der Union rechtfertigen kann.⁶⁴ Andererseits wird das Strafrecht in den Gebieten von Politikfeldern der Union, in denen Harmonisierungsmaßnahmen erfolgt sind, ausschließlich an das Ziel der Sicherstellung *der Wirksamkeit* dieser bestimmten Politikfelder angeschlossen (Abs. 2). Mit solchen Vorschriften kann der Lissabon-Vertrag weder dem Respekt vor den Prinzipien der übertragenen Zuständigkeit und der Subsidiarität (Art. 4 und 5 EUV) noch dem Grundprinzip der Anwendung des Strafrechts als *ultima ratio* beitragen.

Es ist z.B. unklar, auf welche bestimmte strafbaren Handlungen sich der Bereich der *Korruption* bezieht,⁶⁵ über das die EU eine Eingriffszuständigkeit erworben hat. Es ist weiterhin fraglich, welche Bedeutung der Begriff der Kriminalität mit grenzüberschreitender Dimension hat, wenn diese nicht nur aus der Natur oder aus den Folgen der betreffenden Verbrechen, sondern auch aus einem *speziellen- nicht weiter definierten-Bedürfnis* danach, *dass die entsprechenden Straftaten auf einer gemeinsamen Basis be-*

63 Siehe *Satzger*, Art. 83, Rn. 2, in Streinz, EUV/AEUV Kommentar, 2. Aufl., und zur Kritik der Tendenz des Europarechts zur Verstärkung der Strafbarkeit *K. Ambos*, Internationales Strafrecht, 2. Aufl. 2008, § 12 Rn. 7, *Hefendehl*, in Schönemann (Hrsg.), Ein Gesamtkonzept für die europäische Strafrechtspflege, 212ff., *Satzger*, Der Mangel an Europäischer Kriminalpolitik Anlass für das Manifest der internationalen Wissenschaftsgruppe „European Criminal Policz Initiative“, ZIS 2009, 692.

64 Siehe *K. Ambos/P. Rackow*, Erste Überlegungen zu den Konsequenzen des Lissabon-Urteils des Bundesverfassungsgerichts für das Europäische Strafrecht, ZIS 2009, 402, *Satzger*, Art. 83, Rn. 6, 9, 11, 21, in Streinz, EUV/AEUV Kommentar, 2. Aufl.

65 Über den unklaren Inhalt dieses Begriffs siehe etwa *I. Androulakis*, Die Globalisierung der Korruptionsbekämpfung, 2006, 32ff.

kämpft werden,⁶⁶ hervorgehen kann. Solange diese Begriffe nicht genügend geklärt sind, besteht die Möglichkeit, dass die Union ihre übertragene Zuständigkeit missbraucht. Gleichzeitig wird es für die nationalen Parlamente besonders schwierig, nicht nur das Bestehen einer solchen Zuständigkeit, sondern vielmehr auch die Achtung des Subsidiaritätsprinzips zu kontrollieren (Art. 69 AEUV). Wenn man neben dieser Tatsache die bekannte Praktik in Betracht zieht, dass die Unionsvorschriften sich nicht *ausschließlich* auf die Regelung von *grenzüberschreitenden* Formen von Straftaten beschränken, dann wird ersichtlich, warum das Problem besonders ernst wird. Die EU beansprucht nämlich in der Praxis die Strafvorschriften der Mitgliedstaaten hinsichtlich der im Vertrag erwähnten Kriminalitätsbereiche selbst dann anzugleichen, *wenn sie keine grenzüberschreitende Dimension aufweisen*.

Viel beunruhigender ist allerdings die Situation bezüglich der Zuständigkeit, die die EU zur Angleichung von strafrechtlichen Rechtsvorschriften erwirbt, wenn diese Harmonisierung für die Sicherung der wirksamen Durchführung einer Politik der Union auf irgendwelchem Gebiet, auf dem Harmonisierungsmaßnahmen erfolgt sind, unerlässlich erscheint (Art. 83 Abs. 2 AEUV). Und dies, nicht nur weil ihre strafrechtliche Zuständigkeit dadurch in hohem Maße erweitert wird, sondern hauptsächlich weil die Anerkennung dieser bestimmten Zuständigkeit mit dem Prinzip der Anwendung des Strafrechts als ultima ratio konkurriert.⁶⁷ Die Verfolgung der Wirksamkeit – und zwar auf der Ebene der Politikfeldern der Union – wird tatsächlich gewöhnlich nicht durch Selbstbeherrschung begleitet, bis andere Maßnahmen wirksam werden. Das Strafrecht kann aber in den demokratischen Gesellschaften, hinsichtlich seines Charakters, nicht einfach das Instrument der wirksamen Anwendung irgendwelcher Politik darstellen. Diese soll ausschließlich den Schutz von Rechtsgütern betreffen und die Probleme, die sich bei ihrer Anwendung ergeben, müssen gravierende Rechtsgutsverletzungen darstellen, denen tatsächlich nicht anders gegenübergetreten werden kann. Dieser Zustand muss allerdings empirisch nachgewiesen werden. Nur bei einer solchen Ausnahmesituation kann die Angleichung der strafrechtlichen Rechtsvorschriften gemäß Art. 83

66 Siehe *Satzger*, Art. 83, Rn. 9, in Streinz, EUV/AEUV, Kommentar, 2. Aufl. Vgl. auch *M. Heger*, Perspektiven des Europäischen Strafrechts nach dem Vertrag von Lissabon-Eine Durchsicht des (wohl) kommenden EU-Primärrechts vor dem Hintergrund des Lissabon-Urteils des BVerfG vom 30.6.2009, ZIS 2009, 412, *F. Zimmermann*, Die Auslegung künftiger EU-Strafrechtskompetenzen nach dem Lissabon-Urteil des Bundesverfassungsgerichts, Jura 2009, 849ff.

67 Siehe *M. Kaijafa-Gbandi*, NoB 2010, 2187 ff. (auf gr.) (2189) (EuCLR 2011/1, 19), mit einer Analyse der Funktion des Prinzips in Zusammenhang mit den Zuständigkeiten der EU im Bereich des Strafrechts, unter der Geltung des Vertrags von Lissabon. Siehe auch *Satzger*, Art. 83, Rn. 23ff., in Streinz, EUV/AEUV Kommentar, 2. Aufl.

Abs. 2 AEUV – nach den richtigen Kriterien des Bundesverfassungsgerichts⁶⁸ – als unerlässlich betrachtet werden.

Wenn man neben den oben erwähnten Tatsachen die spezielle Identität des Inhalts der EU-Eingriffe betrachtet, d.h. ihre Intervention durch Richtlinien zum Erlass von *Mindestvorschriften* zur Festlegung von Straftaten und Strafen, mit denen *die Grenzen der Strafbarkeit* – oder anders ausgedrückt *das straflose Tätigkeitsfeld der Bürger von der Union bestimmt werden*,⁶⁹ erklärt sich, welche Bedeutung es hat, dass auf europäischer Ebene die Grundprinzipien des Strafrechts ausgesucht werden, die die Ausübung der Kriminalpolitik durch die jeweilige Staatsmacht begrenzen.⁷⁰ Zu diesen Prinzipien gehören mindestens das Rechtsgutskonzept, das Prinzip der Anwendung des Strafrechts als ultima ratio, das Gesetzlichkeitsprinzip, das Schuldprinzip und das Verhältnismäßigkeitsgebot. All diese Prinzipien und Gebote stellen Errungenschaften der Aufklärung dar und können problemlos im Rahmen einer überstaatlichen Organisation der Strafverfolgung (wie die der EU) angewandt werden.⁷¹ Die bisherige Aktivierung der

68 Siehe BVerfG vom 30.6.2009 -2 BvE 2/08, BvR5/08, BvR1010/08, BvR1022/08, BvR1259/08, BvR182/09 – Rn. 361-362. Die enge Auslegung ist dem deutschen Bundesverfassungsgericht zufolge erforderlich, weil das Strafrecht nicht ein rechtstechnisches Instrument zur Effektuierung einer internationalen Zusammenarbeit in Strafsachen, sondern – wie oben erwähnt – ein Instrument der sozialen Kontrolle darstellt. Die Anwendung dieses Instruments hängt mit einer besonders sensiblen demokratischen Entscheidung über das rechtsethische Minimum zusammen. Dies wird ebenfalls auf indirekte Weise durch die Anerkennung der Notbremseklausel (Art. 82 Abs. 3 und 83 Abs. 3 AEUV) bestätigt. Siehe dazu BVerfG v. 30.6.2009 – 2 BvE 2/08, BvR5/08, BvR1010/08, BvR1022/08, BvR1259/08, BvR182/09 – Rn. 358. Für eine positive Bewertung der Entscheidung, selbst wenn ihr wesentlicher Beitrag als verspätet betrachtet wird, siehe *K. Ambos*, Erste Überlegungen zu den Konsequenzen des Lissabon-Urteils des Bundesverfassungsgerichts für das europäische Strafrecht, ZIS 2009, 397ff., *St. Braum*, Europäisches Strafrecht im Fokus konfligierender Verfassungsmodelle, ZIS 2009, 418ff., *H.-P. Folz*, Karlsruhe, Lissabon und das Strafrecht – ein Blick über den Zaun, ZIS 2009, 427ff., *M. Kubiciel*, Das „Lissabon“-Urteil und seine Folgen für das Europäische Strafrecht, GA 2010, 99ff., *B. Schünemann*, Spät kommt ihr, doch ihr kommt: Glosse eines Strafrechtlers zur Lissabon-Entscheidung des BVerfG, ZIS 2009, 393ff. Vgl. aber kritisch aus der Sicht des Europarechts *M. Böse*, Die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zum Vertrag von Lissabon und ihre Bedeutung für die Europäisierung des Strafrechts, ZIS 2010, 79ff., *F. Meyer*, Die Lissabon-Entscheidung des BVerfG und das Strafrecht, NSZ 2009, 657ff., *K. Reiling/D. Reschke*, Die Auswirkungen der Lissabon-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts auf die Europäisierung des Umweltstrafrechts, wistra 2010, 47ff., *J.-Ph. Terhechte*, Souveränität, Dynamik und Integration-making up the rules as we go along?, EuZW 2009, 7245ff.

69 Zur erweiterten Verantwortung der EU in Bezug auf die Achtung des Prinzips ultima ratio, hinsichtlich ihrer Zuständigkeit zur Bestimmung des notwendigen Minimums der strafrechtlichen Repression in den Mitgliedstaaten siehe *Kaiafa-Gbandi*, NoB 2010, 2190 (auf gr.) (EuCLR 2011/1, 20). Es ist außerdem bemerkenswert, dass die Logik der Mindestregeln den Mitgliedstaaten eine größere Erweiterung der Strafbarkeit als das europäische Mindestmaß erlaubt, was im Allgemeinen die Erweiterung der Repression fördert.

70 Auf dieses Bedürfnis wird in *ECPI*, Manifest zur europäischen Kriminalpolitik, ZIS 2009, 697ff., hingewiesen.

71 Siehe zu diesen Prinzipien *M. Kaiafa-Gbandi*, NoB 2010, 2182ff. (auf gr.) (EuCLR 2011/1, 12ff.) und insbesondere zur Gründung jedes einzelnen Prinzips im Europarecht (Art. 4 Abs. 5, 6 Abs. 3 EUV, Art. 48, 49 Abs. 1 und 3 Charta, Art. 7 Abs. 1 EMRK), *ibid*, 2184, 2187, 2191-2192, 2194, 2196, 2199-2201.

EU im Bereich der Strafverfolgung hat außerdem bewiesen, dass die oben erwähnten Grundprinzipien oft nicht respektiert werden, selbst wenn diese im Europarecht durch Art. 2 und 6 EUV anerkannt sind.⁷² Dies bedeutet natürlich nicht, dass es nicht erforderlich wäre, dass diese Prinzipien ausdrücklich durch einen Gründungstext der EU gesichert werden, insbesondere in Bezug auf die Zuständigkeit, die die Union auf dem empfindlichen Gebiet des Strafrechts erworben hat. Durch die Erfüllung dieser Prinzipien soll die EU außerdem die Anwendung der Notbremseklausel vermeiden, die gemäß Art. 83 Abs. 3 AEUV, als Ausweg für die Mitgliedstaaten vorgesehen wird, wenn sie der Auffassung sind, dass ein Richtlinienentwurf zur Angleichung der strafrechtlichen Rechtsvorschriften grundlegende Aspekte ihrer Strafrechtsordnung berühren würde.⁷³ Es ist klar, dass dieselben Prinzipien die Tätigkeit der EU für den Fall bestimmen sollen, dass sie ihre durch den Vertrag sichtbar gewordene Zuständigkeit ausübt in Bezug auf die ausschließlich selbst zu bestimmende Kriminalisierung von Handlungen, die ihre finanziellen Interessen verletzen (Art. 325 Abs. 4 AEUV). Es ist zuletzt selbstverständlich, dass der Respekt vor allen diesen Prinzipien mit der Erfüllung der Gebote ergänzt werden sollte, die die Beziehungen der EU zu ihren Mitgliedstaaten kennzeichnen müssen, wie das Subsidiaritätsprinzip, das good governance-Gebot und das Prinzip des Respekts vor der Kohärenz der Rechtsordnungen ihrer Mitgliedstaaten.

Als Zwischenergebnis bezüglich der Bestimmung der Eingriffszuständigkeit der EU zur Angleichung der Festlegung von Straftaten und Sanktionen kann an dieser Stelle erwähnt werden, dass der Vertrag von Lissabon der EU ein *breites aber nicht ausreichend bestimmtes Feld* der entsprechenden Zuständigkeit eröffnet. Die Union trifft nunmehr die Entscheidung *über den Ansatzpunkt der Strafverfolgung in den verschiedenen Mitgliedstaaten*. Weiterhin verfügt sie leider über *einseitige Zuständigkeiten zur Unterstützung und zur Erweiterung der Strafbarkeit* aber nicht zur Entkriminalisierung von strafbaren Verhalten. Berechtigt scheinen daher die kritischen Stimmen der Wissenschaft zu sein, die für das Bedürfnis nach einer engen Auslegung dieser Zuständigkeit und für die Anerkennung von Grundprinzipien plädieren, die die Unionstätigkeit auf dem Gebiet der Angleichung von Vorschriften des materiellen Strafrechts bestimmen; ebenso berechtigt erscheint die entsprechende Argumentation des deutschen Bundesverfassungsgerichts hierzu.⁷⁴

b) Eingriffe im Bereich des Strafprozessrechtes

Intensiver sind die Probleme, die aus den Vorschriften des Vertrages von Lissabon im Bereich des Strafprozessrechtes entstehen. Dies ist deswegen der Fall, weil die EU

72 Siehe *ECPI*, Manifest zur europäischen Kriminalpolitik, ZIS 2009, 699ff.

73 Siehe dazu auch *Satzger*, Art. 82, Rn. 66 ff., Art. 83, Rn. 35ff., in Streinz, EUV/AEUV Kommentar, 2. Aufl., für den die Notbremseklausel durch einen Mitgliedstaat auch bei anderen Prinzipien eines Strafrechtssystems angewandt werden kann, wie etwa beim Grundsatz der Unterscheidung zwischen der Täterschaft und der Teilnahme.

74 Siehe dazu *Kaiafa-Gbandi*, NoB 2010, 2182ff. (auf gr.), (EuCLR 2011/1, 12ff.), m.w.N., wie auch *Satzger*, Art. 83, Rn. 5ff., 23ff., in Streinz, EUV/AEUV Kommentar, 2. Aufl., ebenfalls m.w.N.

während der letzten Jahre in diesem Feld drastischer tätig wird und ein quantitativ reiches Werk aufweist.

Die Eingriffe der EU im Bereich des Prozessrechtes zielen auf die Förderung der *justiziellen Zusammenarbeit* in Strafsachen, die sich jetzt auf *den Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung von Gerichtsurteilen und Entscheidungen* stützt (Art. 82 AEUV). Dazu kann außerdem die EU *Mindestvorschriften* erlassen bezüglich: I) der Zulässigkeit von Beweismitteln auf gegenseitiger Basis zwischen den Mitgliedstaaten, II) der Rechte des Einzelnen im Strafverfahren, III) der Opferrechte und IV) sonstiger spezifischen Aspekte des Strafverfahrens, die zuvor vom Rat durch einstimmigen Beschluss bestimmt worden sind (Abs. 2). Auch bezüglich der europäischen Mindestvorschriften im Bereich des Prozessrechtes behalten die Mitgliedstaaten das Recht, sich des Notbremseverfahrens zu bedienen, wenn sie der Auffassung sind, dass ein Entwurf der europäischen Gesetzgebung grundlegende Aspekte ihrer Strafrechtsordnung berühren würde (Abs. 3).

Dieses Bild wirft Licht auf die Überwindung des traditionellen Rechts der justiziellen Zusammenarbeit im Rahmen der EU.⁷⁵ Grundvoraussetzungen dieses Rechts wie z.B. die doppelte Strafbarkeit und das Verbot der Auslieferung von eigenen Bürgern sind schon abgeschafft worden, sodass die Verwirklichung des gemeinsamen Raums der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts erreicht werden kann.

Die wichtigen Bemerkungen, die man bezüglich der Maßnahmen der justiziellen Zusammenarbeit in Strafsachen gemäß Art. 82 Abs. 1 AEUV machen sollte, sind drei. Die erste betrifft die Tatsache, dass das Prinzip der gegenseitigen Anerkennung durch den Vertrag von Lissabon ausdrücklich zum *Grundsatz* der justiziellen Zusammenarbeit erhoben wird, mit dem Ergebnis, dass er die Hauptmerkmale des sich unter seinem Einfluss entwickelnden europäischen Prozessrechtes bestimmt. Die zweite Bemerkung betrifft die Tatsache, dass die EU die Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten ebenfalls im Bereich des Prozessrechtes unternimmt, wenn es für die justizielle Zusammenarbeit in Strafsachen erforderlich erscheint. Mit anderen Worten dient die Angleichung der Rechtsvorschriften auch hier direkt und hauptsächlich der gegenseitigen Anerkennung von Gerichtsurteilen. Die dritte Bemerkung bezieht sich zuletzt auf die Tatsache, dass die Gesetzgebungsmaßnahmen, die die EU gemäß Art. 82 Abs. 1 (a) AEUV zur Bestimmung der Regeln und der Prozesse für die gegenseitige Anerkennung trifft, *alle* Formen von Gerichtsurteilen betreffen. Die Angleichung der Gesetzgebung der Mitgliedstaaten durch Mindestvorschriften gemäß Art. 82 Abs. 2 AEUV betrifft hingegen *nur einige* Gebiete. Dies bedeutet, dass die gegenseitige Anerkennung nach dem Vertrag auch *unabhängig von der Existenz harmonisierter prozessrechtlicher Regeln* in den Mitgliedstaaten funktionieren kann.⁷⁶

75 Siehe dazu *Satzger*, Art. 82, Rn. 6-9, in Streinz, EUV/AEUV Kommentar, 2. Aufl., und *F. Zimmermann/S. Glaser/A. Motz*, Mutual recognition and its implications for the Gathering of Evidence in Criminal Proceedings-A critical analysis of the initiative for a European Investigation Order, EuCLR 2011/1, 57ff.

76 *H. Satzger*, Art. 82, Rn. 2, in Streinz, EUV/AEUV Kommentar, 2. Aufl.

Diese Feststellungen rufen eine berechtigte Beunruhigung hervor, die auch vor dem Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon geäußert worden ist.⁷⁷ Es soll nämlich begriffen werden, dass das Prinzip der gegenseitigen Anerkennung im Strafrecht eine völlig unterschiedliche Identität aufweist als im Gebiet des europäischen Wirtschaftsrechts, woraus es stammt.⁷⁸ Im europäischen Wirtschaftsrecht funktioniert dieses Prinzip in die Richtung *der Erweiterung der wirtschaftlichen Freiheit der Personen*, weil es den freien Verkehr von Gütern unterstützt. Im Strafrecht erlaubt seine Funktion *Einschränkungen in die Bürgerfreiheiten*, die durch die anerkannten Gerichtsurteile im ganzen Unionsgebiet auferlegt werden. Es wird daher mit Recht darauf hingewiesen, dass derjenige diese Eingriffe als einen einfachen Schluss aus der Etablierung des europäischen gemeinsamen Marktes versteht, der die komplexen Voraussetzungen der Legitimierung des Strafrechts völlig verkennt.⁷⁹

Das Prinzip der gegenseitigen Anerkennung ist allerdings sowohl für die Mitgliedstaaten als auch für die EU besonders angenehm. Für die Mitgliedstaaten, weil es den Verlust an ihrer Herrschaft begrenzt, da sie nicht ihre prozessrechtlichen Regeln den Vorschriften der Union anpassen müssen. Für die Union, weil sie durch dieses Prinzip die Verspätungen überwinden kann, die die Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten bedeutet. Dieses Prinzip vereinfacht daher die Situation und verleiht der strafrechtlichen Repression eine besondere Wirksamkeit.

Es ist weiterhin behauptet worden,⁸⁰ dass das Prinzip der gegenseitigen Anerkennung ein neutrales Verfahrensmodell darstellt, das sich in einem europäischen Strafrechtssystem als logisch erweisen kann. Ein Modell, das auch positive Seiten aufweist, wie das Prinzip *ne bis in idem* zeigt, das sich auf die gegenseitige Anerkennung von Gerichtsurteilen stützt und durch Art. 54 des Schengener Durchführungsübereinkommens (SDÜ) – und durch Art. 50 der Grundrechte Charta der EU – geregelt wird.⁸¹

Dass das Prinzip der gegenseitigen Anerkennung positive Seiten aufweist, ist natürlich selbstverständlich. Ob dieses Prinzip positive oder negative Folgen hat, hängt von seinem Bezugsfeld ab, d.h. von dem was anerkannt wird. Das Prinzip funktioniert positiv, wenn z.B. ein Urteil anerkannt wird, welches Respekt vor den Grundrechten zeigt und der Bürger daher nicht für dieselbe Tat zweimal bestraft wird. Wenn dagegen z.B. eine Gerichtsentscheidung – im Rahmen einer Rechtsordnung, die nicht die Strafbarkeit

77 Es wird hier darauf hingewiesen, dass das Prinzip der gegenseitigen Anerkennung richtungsweisend für die Tätigkeit der EU in der Praxis ist, und schon vor dem Rahmenbeschluss zum Europäischen Haftbefehl, wo es zum ersten Mal rechtlich anerkannt worden ist, gewirkt hat. Siehe zur Besorgnis, die die Anerkennung dieses Prinzips hervorruft, insbesondere *St. Braum*, Das Prinzip der gegenseitigen Anerkennung. Historische Grundlagen und Perspektiven europäischer Strafrechtsentwicklung, GA 2005, 688, *Kaiafa-Gbandi*, ZIS 2006, 527ff., *M. Kaiafa-Gbandi*, 4. Europäischer Juristentag-Sammelband, 280ff., *F. Zimmermann/S. Glaser/A. Motz*, Mutual recognition and its implications for the Gathering of Evidence in Criminal Proceedings-A critical analysis of the initiative for a European Investigation Order, EuCLR 2011/1, 59ff. Vgl. auch *V. Mitsilegas*, The constitutional implications of mutual recognition in criminal matters in the EU, CML Rev. 2006, 1278 f.

78 Siehe die Ausführungen von *S. Gleß*, Zum Prinzip der gegenseitigen Anerkennung, ZStW 2004, 353.

79 Siehe so *Braum*, GA 2005, 688.

80 Siehe dazu *Gleß*, ZStW 2004, 356, 366-367.

81 *Gleß*, ZStW 2004, 364.

von juristischen Personen kennt – anerkannt wird, mit der eine juristische Person verurteilt wurde, was bei der Anwendung des Rahmenbeschlusses über die Vollstreckung von Geldstrafen der Fall sein kann,⁸² dann wirkt das Prinzip negativ, weil es direkt zur Überwindung des ganzen Systems führt, auf das sich das Konzept der bestimmten Rechtsordnung über das Verbrechen stützt. Wenn man außerdem den Einfluss, den das Prinzip der gegenseitigen Anerkennung, im Fall des Europäischen Haftbefehls auf grundlegende prozessrechtliche Prinzipien entwickelt, einer genaueren Betrachtung unterzieht, dann stellt man fest, dass sowohl das Prinzip der Unschuldsvermutung als auch das Prinzip des fairen Verfahrens durch seine Funktion dynamisch angefochten werden. Schließlich stellt man fest, dass die Position des Angeklagten geschwächt wird. Und dies, weil, im Rahmen der Funktion des Europäischen Haftbefehls die Justizbehörde, die ihn erlässt, wenn die betroffene Person sich in einem anderen Mitgliedstaat aufhält oder dort gar ihren ständigen Wohnsitz hat, den Sicherungswert seiner Vollstreckung gegen bestimmte Schäden oder Gefahren für diese Person (aufgrund des Verhältnismäßigkeitsprinzips) nicht abwägen kann. Denn diese Justizbehörde hat keinen Bezug zu den tatsächlichen Lebensverhältnissen des Betroffenen.⁸³ Die Entscheidung bekommt somit einen willkürlichen Charakter, sogar bezüglich Personen, die für unschuldig gehalten werden. Man kann zuletzt nicht darüber hinwegsehen, dass die europäischen Vorschriften, die aufgrund des Prinzips der gegenseitigen Anerkennung in die Richtung der Förderung der Bürgerrechte wirken, wenige sind.⁸⁴ Die Praxis bestätigt die Vermutung, dass die Anwendung dieses Prinzips die Repression fördert.⁸⁵

Die Gefahr, die daher der Vertrag von Lissabon durch die weite Annahme des Prinzips der gegenseitigen Anerkennung *aller* Gerichtsurteile und Entscheidungen gemäß Art. 82 Abs. 1 (a) AEUV hervorruft, ist die Option „offener“ strafprozessrechtlicher Systemen, in die jeder Zeit schwer vorhersehbare Elemente anderer Rechtsordnungen

82 Siehe Art. 9 § 3 des Rahmenbeschlusses 2005/214/JI.

83 Siehe etwa *M. Kaiafa-Gbandi*, 4. Europäischer Juristentag-Sammelband, 282, und weiterhin *B. Schünemann*, Verteidigung in Europa, StV 2006, 367. Vgl. zur Aufhebung dieser negativen Funktion des Prinzips der gegenseitigen Anerkennung u.a. den Vorschlag für eine unterschiedliche Regelung des Europäischen Haftbefehls, die die Sicherung der Rechte des Verletzten auf eine wirksamere Weise gewährleisten könnte, *B. Schünemann* (Hrsg.), Ein Gesamtkonzept für die europäische Strafrechtspflege, 2006, 18ff. und darin enthaltenen Beiträgen von *P. Asp*, *D. Frände*, *H. Satzger*, *H. Seitz*, 132-165.

84 Siehe etwa die Rahmensbeschlüsse 2008/909/JI vom 27.11.2008, über die Anwendung des Prinzips der gegenseitigen Anerkennung bei Strafgerichtsurteilen, die Freiheitsstrafen oder Freiheitsentzugsmaßnahmen verhängen, sodass diese Urteile auf dem Gebiet der EU vollstreckt werden (Europäische Vollstreckungsanordnung) und 2008/947/JI vom 27.11.2008, über die Anwendung des Grundsatzes der gegenseitigen Anerkennung auf Urteile und Bewährungsentscheidungen im Hinblick auf die Überwachung von Bewährungsmaßnahmen und alternativen Sanktionen, und schließlich den Rahmenbeschluss 2009/829/JI vom 3.10.2009 über die Anwendung des Grundsatzes der gegenseitigen Anerkennung auf Entscheidungen über Überwachungsmaßnahmen als Ersatz für Untersuchungshaft. Siehe weiterhin für eine positive Bewertung dieser Rahmenbeschlüsse *Nieto Martin*, An approach to current problems in European Criminal Law, in *L. Arroyo Zapatero/A. Nieto Martin* (Dir.), *European Criminla Law: An overview*, 64.

85 Siehe etwa *F. Zimmermann/S. Glaser/A. Motz*, Mutual recognition and its implications for the Gathering of Evidence in Criminal Proceedings-A critical analysis of the initiative for a European Investigation Order, *EuCLR* 2011/1, 76ff.

einfließen können und die deswegen kaum die Eigenschaft innerer Kohärenz aufweisen können. Dies kann sowohl zur Verdrehung des jeweiligen nationalen Strafprozesssystems als auch zur Verletzung der Rechte von verfolgten Personen führen, wobei die strafrechtliche Repression natürlich durch die gegenseitige Anerkennung der Gerichtsurteile gefördert wird.⁸⁶

Aus diesem Grund ist es besonders wichtig, dass die EU in der Praxis die Anwendung des Prinzips der gegenseitigen Anerkennung von Gerichtsurteilen und Entscheidungen sowohl mit einer vorsichtigen Annäherung der Prozessregeln der Mitgliedstaaten als auch insbesondere unter Achtung der Grundprinzipien des Strafprozessrechts, die Verdienste der europäischen juristischen Zivilisation darstellen,⁸⁷ verbindet.

Es ist außerdem bemerkenswert, dass die Förderung der justiziellen Zusammenarbeit nicht der beste Ratgeber im Bereich des Strafprozessrechts sein kann, in dem die Einschränkungen der Bürgerfreiheiten vorherrschend sind. Dies ist schlicht auf der Ebene der Maßnahmen ersichtlich, die im Rahmen des Vertrags von Lissabon zur Beilegung der Kompetenzkonflikte getroffen werden (Art. 82 Abs. 1 b AEUV). Diese Beilegung könnte natürlich auch durch Modelle mit lockeren Kriterien und der Verständigung der betroffenen Mitgliedstaatsbehörden gefördert werden.⁸⁸ Es ist allerdings deutlich, dass solche Modelle den zu verfolgenden Bürger benachteiligen.⁸⁹

Ähnliche Feststellungen sind auch auf der Ebene der Maßnahmen möglich, die der Vertrag zur Erleichterung der Zusammenarbeit zwischen den Justizbehörden oder entsprechenden Behörden der Mitgliedstaaten im Rahmen der Strafverfolgung sowie des Vollzugs und der Vollstreckung von Entscheidungen vorsieht (Art. 82 Abs. 1 (d) AEUV). Es ist bekannt, dass in diesem Bereich das Ziel des Austausches von Informationen nach dem Grundsatz der Verfügbarkeit verfolgt wird.⁹⁰ Mit dem älteren Vorschlag der Kommission,⁹¹ der – angesichts der Veränderungen des institutionellen Rah-

86 Siehe dazu *Kaiafa-Gbandi*, ZIS 2006, 527ff., *Kaiafa-Gbandi*, in 4. Europäischer Juristentag-Sammelband, 280ff.

87 Siehe dazu auch *Nieto Martin*, in L. Arroyo Zapatero/A. Nieto Martin (Dir.), *European Criminal Law: An overview*, 60.

88 Siehe dazu Art. 10-12 des Rahmenbeschlusses 2009/948/JI vom 30.9.2009 zur Verhinderung und Beilegung von Kompetenzkonflikten in Strafsachen mit der Unterstützung von Eurojust.

89 Siehe die Gegenvorschläge in *B. Schünemann* (Hrsg.), *Ein Gesamtkonzept für die europäische Strafrechtspflege*, 4ff., und die Beiträge von *B. Schünemann, H. Fuchs, A. Farkas, J. Vogel*, 93-132, aber auch *N. Bitzilekis/M. Kaiafa-Gbandi/E. Symeonidou-Kastanidou*, *Alternativüberlegungen zur Regelung transnationaler Strafverfahren in der EU*, in *B. Schünemann, o.a.*, 250ff.

90 Siehe dazu *M. Böse*, *Der Grundsatz der Verfügbarkeit von Informationen in der strafrechtlichen Zusammenarbeit der Europäischen Union*, Bonn, 2007, aber auch *Nieto Martin*, in L. Arroyo Zapatero/A. Nieto Martin (Dir.), *European Criminal Law: An overview*, 66-68, auch bezüglich des Rahmenbeschlusses 2008/977/JI vom 27.11.2008 zum Schutz von personenbezogenen Daten, die im Rahmen der polizeilichen und justiziellen Zusammenarbeit in Strafsachen verarbeitet werden.

91 KOM (2005) 490 endgültig, vom 12.10.2005. Siehe insb. Art. 1 und 2 über das Objekt und das Anwendungsziel, wie auch *Kaiafa-Gbandi*, in 4. Europäischer Juristentag-Sammelband, 283ff.

mens durch den Vertrag von Lissabon – voraussichtlich ersetzt werden wird,⁹² hat man versucht, ein Austauschmodell von bestimmten *vorhandenen* Informationen (Art. 3 a), wie z.B. von DNS-Profilen, Fingerabdrücken, Telefonnummern und anderen Kommunikationsdaten⁹³ aufgrund eines Prinzips *der Gleichwertigkeit von zuständigen Behörden*⁹⁴ anzunehmen. Dieses Modell ermöglicht den Informationsaustausch zwischen Behörden selbst in den Fällen, in denen nach dem Recht des Mitgliedstaates, das um Informationen ersucht, die Voraussetzungen für ihre Sammlung oder Bearbeitung eventuell nicht erfüllt sind. Somit ersetzt die *Gleichwertigkeit der Behörden jede Kontrolle der Voraussetzungen für den Informationszugang*. Auf diese Weise wird aber das *Verhältnismäßigkeitsgebot*, das gewöhnlich bei der Gesetzgebung eines Staates die Voraussetzungen für die Einschränkungen der Grundrechte beherrscht,⁹⁵ total marginalisiert. Das Ergebnis ist ein solcher Machtzuwachs der Verfolgungsbehörden, der dem Bürger keinen Raum für Waffengleichheit lässt.⁹⁶

Es ist daher erforderlich, dass das Prinzip der gegenseitigen Anerkennung in der Praxis mit dem Schutz der Grundrechte und der Grundprinzipien des Strafprozessrechtes in Verbindung gesetzt wird. Solche Prinzipien wie insbesondere das Prinzip der Unschuldsvermutung, das Gebot der Verhältnismäßigkeit und die Prinzipien der Waffengleichheit und des fairen Verfahrens finden ebenfalls im Europarecht Ausdruck.⁹⁷ Dabei handelt es sich wohl um eine Verbindung, die – obwohl nicht direkt durch Art. 82 Abs. 1 AEUV unternommen – durch den Lissabon Vertrag doch als erforderlich gehalten wird, wie aus Art. 67 Abs. 1 AEUV hervorgeht.

Wie schon oben erwähnt sieht andererseits der Vertrag von Lissabon zur Erleichterung der gegenseitigen Anerkennung von Gerichtsurteilen und zur Förderung der polizeilichen und justiziellen Zusammenarbeit in Strafsachen mit grenzüberschreitender Dimension, den Erlass von *Mindestvorschriften* zur Zulässigkeit von Beweismitteln, zu den Rechten des Einzelnen im Strafverfahren, und zu sonstigen vom Rat zu bestimmenden spezifischen Aspekten vor (Art. 82 Abs. 2 AEUV). Nach dem Vertrag hindert außerdem der Erlass von Mindestvorschriften die Mitgliedstaaten nicht daran, ein hö-

92 Siehe dazu KOM (2009) 665 endgültig, vom 2.12.2009, Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament und den Rat – Auswirkungen des Inkrafttretens des Vertrags von Lissabon auf die laufenden interinstitutionellen Beschlussfassungsverfahren, S. 3 und Anhang II, S. 2. Es ist an dieser Stelle bemerkenswert, dass der Inhalt des Vorschlags nicht durch den Beschluss 2008/615/JI (vom 23.6.2008, L 210, 1ff.) bezüglich der Förderung der grenzüberschreitenden Zusammenarbeit bei der Verbrechensbekämpfung angenommen worden ist.

93 Diesen Daten sind ebenfalls ballistische Erkenntnisse, Verkehrsdaten, sowie Mindestauskünfte zur Identifizierung von Personen aus Personenstandregistern enthalten. Siehe Anhang II des Vorschlags.

94 Siehe Begründung des Beschlusses, 8.

95 Es scheint, dass für den Vorschlag der Kommission das Kennzeichen eines Kraftfahrzeuges als Information die gleiche Qualität wie ein DNS-Profil oder die Daten des Kommunikationsgeheimnisses aufweist. Diese Gleichsetzung ist selbstverständlich falsch.

96 Siehe kritisch ebenfalls *J. Vogel*, Die Zukunft der europäischen Integration auf dem Gebiet der Strafrechtspflege, in B. Schünemann (Hrsg.), Ein Gesamtkonzept für die europäische Strafrechtspflege, 2006, 127ff. Vgl. insbesondere im Allgemeinen bezüglich der Erschaffung und Bewahrung von Archiven mit genetischen Abdrücken oder DNA-Profilen *E. Symeonidou-Kastanidou*, DNA-Analyse und Strafverfahren: der europäische institutionelle Rahmen, PChR 2011, 7ff. (auf gr.).

97 Siehe dazu Art. 6 EUV und 47-50 der Charta der Grundrechte der EU.

heres Schutzniveau für den Einzelnen beizubehalten oder einzuführen (Art. 82 § 2 letzter Absatz AEUV). Positiv ist dabei zu bewerten, dass dadurch eine Grundlage von harmonisierten Vorschriften der Mitgliedstaaten in den relevanten Bereichen geschaffen wird, die die Funktion der gegenseitigen Anerkennung mit Einschränkung der oben erwähnten Nachteile ermöglichen. Jedoch kann man diesbezüglich auch nicht die Gefahren verkennen, die diese bestimmte Vorschrift hervorruft. Diese Gefahren beziehen sich hauptsächlich auf die Verbindung der Mindestvorschriften mit dem Ziel, die gegenseitige Anerkennung zu erleichtern. Für die Bestimmung der Mindestvorschriften der Union ist außerdem die Übernahme der Logik des kleinsten gemeinsamen Nenners der relevanten Regelungen der Mitgliedstaaten klar. Dieser Aspekt wird auch dadurch sichtbar, dass der Erlass von den Mindestvorschriften der Union die Mitgliedstaaten nicht darin hindert, ein höheres Schutzniveau im nationalen Recht zu bewahren oder einzuführen.

Aus der praktischen Anwendung des Prinzips der gegenseitigen Anerkennung ist tatsächlich bekannt, dass es leider auch die Logik der prozessrechtlichen Mindestregeln der EU vorbestimmt,⁹⁸ die der Unterstützung von gemeinsamen europäischen Prozessprinzipien beitragen könnten, wenn sie von dieser Vorbestimmung entbunden wären. Dies wird auf bemerkenswerte Weise ebenfalls beim Vorschlag der Richtlinie zum europäischen Untersuchungsbefehl in Strafsachen klar.⁹⁹ Der Vorschlag sieht keine Möglichkeit einer Vollstreckungsablehnung vor, falls das Verhältnismäßigkeitsgebot oder die Grundrechte verletzt werden. Ein deutscher und englischer Vorschlag in diese Richtung ist nicht angenommen worden, trotz der Tatsache, dass es Fälle solcher Verletzungen gibt, die durch andere Gründe einer Möglichkeit zur Anerkennungs- oder Vollstreckungsablehnung nicht gedeckt werden.¹⁰⁰

Andererseits führt die Befugnis der Mitgliedstaaten, in Abweichung von europäischen Mindestregeln, ein höheres Schutzniveau für den Einzelnen zu bewahren oder einzuführen, zu einem eher wirklichkeitsfremden Modell. Und dies, weil ein Mitgliedstaat auf diese Weise über Prozessregeln von zwei Ebenen verfügen soll: einer Mindestebene für die gegenseitige Anerkennung von Gerichtsurteilen in der EU und einer höheren Ebene für den inneren Gebrauch. Es ist offensichtlich, dass sich diese Situation neben ihrer Komplexität schließlich auf Kosten des höheren Schutzniveaus entwickelt, da jede Macht zwecks ihrer Wirksamkeit eher zur Einschränkung und nicht zur Erweiterung der Bürgerrechte und -freiheiten tendiert.¹⁰¹ Daher ist selbst für den Fall, dass einige Mitgliedstaaten ein solches Modell von zwei Ebenen des Personenschutzes adoptieren, sicher, dass früher oder später die europäischen Mindestregeln des niedrigeren Schutzniveaus Oberhand annehmen werden.

Es sollte zuletzt darauf hingewiesen werden, dass der Vertrag von Lissabon durch die Annahme der oben erwähnten Regelung die Chance vertan hat, die europäischen Strafprozessregeln in Richtung des Mindestschutzes von Grundrechten und der Anwendung der Grundprinzipien des Strafprozessrechtes zu leiten. Der Schutz dieser Rechte und

98 Siehe dazu *M. Kaijafa-Gbandi*, in 4. Europäischer Juristentag –Sammelband, 287-288.

99 Siehe EE C 165 nr̄ 24.6.2010, 22.

100 Siehe dazu *Zimmermann/Glaser/Motz*, Mutual recognition and its implications for the Gathering of Evidence in Criminal Proceedings-A critical analysis of the initiative for a European Investigation Order, EuCLR 2011/1, 79-80.

101 Siehe *M. Kaijafa-Gbandi*, in D. Tsatsos, Die Unionsgrundordnung, 518-519.

Prinzipien hat im Rahmen der intensiven transnationalen Strafverfolgung, die sich in der Union in letzter Zeit entwickelt, absolute Priorität erlangt. Man würde in anderen Worten von der EU erwarten, dass sie durch Art. 82 Abs. 2 AEUV die europäischen Prozessregelungen hauptsächlich als eine „Charta der freien Menschen“ in den Vordergrund führt. Mit einem solchen Inhalt würden diese Regelungen zur Angleichung der prozessrechtlichen Vorschriften der Mitgliedstaaten führen und dadurch der gegenseitigen Anerkennung der Gerichtsurteile dienen. Der europäische Gesetzgeber hat dies durch Art. 82 AEUV nicht geschaffen. Der Anwender des Vertrags hat trotzdem die Pflicht, durch die kombinierte Auslegung der Vorschriften des Vertrags, auf die schon oben hingewiesen worden ist, dieses Ziel zu erreichen. Denn das Strafprozessrecht stellt schlechterdings den Rechtszweig dar, der vornehmlich mit den Grundrechten und den Bürgerfreiheiten in Verbindung steht.

Bezüglich der Eingriffe der EU im Bereich des Prozessrechts sollte daher betont werden, dass das Prinzip der gegenseitigen Anerkennung als Grundsatz der justiziellen Zusammenarbeit in Strafsachen bei seiner Anwendung durch den strengen Respekt vor den Prinzipien des Strafprozessrechts und den Grundrechten, die der Vertrag selbst garantiert, begrenzt werden muss. Dies bedeutet, dass die europäischen Vorschriften als Minimum eines nicht zu verhandelnden Schutzes der Grundrechte und der Prozessprinzipien die Merkmale der gegenseitigen Anerkennung der Gerichtsurteile bestimmen sollen – und nicht das Gegenteil. Sonst würde Europa, das das Strafprozessrecht als „Seismograph des Schutzes von Grundrechten“¹⁰² in den Vordergrund gebracht hat, diese seine Identität abschaffen.

3. Die Regelungen über die europäischen Organe im Bereich der Strafverfolgung und ihr Verhältnis zu den Prinzipien des Rechtsstaates und zum Schutz der Grundrechte

Der Vertrag von Lissabon verändert weiterhin die Landschaft bezüglich der Europäischen Organe, die an der Verhütung und an der Bekämpfung der Kriminalität teilnehmen.¹⁰³ Und dies, nicht nur weil Entscheidungs- und Operationszuständigkeiten den schon existierenden Organen der Eurojust und der Europol anerkannt werden, sondern weil auch, wie schon oben erwähnt, die Schaffung eines neuen Organs, der Europäischen Staatsanwaltschaft, vorgesehen wird. Ihre Gründung wird die Landschaft der Strafverfolgung zumindest im Bereich der Delikte gegen die finanziellen Interessen der EU und des europäischen Strafprozessrechtes radikal ändern.

Mit Blick auf Eurojust bemerkt man zunächst, dass die Vorschrift des Art. 85 Abs. 1 (c) AEUV dieser Institution direkt eine Entscheidungszuständigkeit anerkennt, die den Vorschlag zur Einleitung von strafrechtlichen Verfolgungsmaßnahmen (gemäß Art. 85 Abs. 1(a) AEUV) überschreitet,¹⁰⁴ und ihr im Speziellen die Zuständigkeit für die Bei-

102 Siehe C. Roxin/B. Schünemann, Strafverfahrensrecht, 26. Aufl. 2009, § 2 Rn. 1.

103 Vgl. zu den relevanten Regelungen des Entwurfs eines Vertrages über eine Verfassung für Europa M. Kaiafa-Gbandi, in D. Tsatsos (Hrsg.), Die Unionsgrundordnung, 523-524.

104 Es ist bemerkenswert, dass gemäß Art. 8 der konsolidierten Fassung des Beschlusses des Rates über die Errichtung von Eurojust (siehe Dokument 5347/3/09REV 3 des Rates vom 15.7.2009) die zuständigen Behörden der Mitgliedstaaten die mögliche Ablehnung eines solchen Ersuchens begründen müssen.

legung von Kompetenzkonflikten verleiht. An dieser Stelle wird allerdings ein erster wichtiger rechtsstaatlicher Mangel klar: Der unterschiedliche Status der Eurojust-Mitglieder in den einzigen Mitgliedstaaten¹⁰⁵ erlaubt nicht, dass ihr der Charakter einer Gerichtsbehörde verliehen wird.¹⁰⁶ Gleichzeitig findet man im Vertrag keine Vorschrift zur gerichtlichen Kontrolle der Urteile über die Beilegung von Kompetenzkonflikten,¹⁰⁷ die selbstverständlich mit den vitalen Interessen der Personen, die verfolgt werden, verbunden sind.¹⁰⁸

Ähnliche Bemerkungen sind auch in Bezug auf die Vorschriften zu machen, die Europol betreffen. In Art. 88 Abs. 2 (b) und Abs. 3 AEUV wird Europol direkt die Zuständigkeit zur Organisation und Durchführung von Ermittlungen und von operativen Maßnahmen, die gemeinsam mit den zuständigen Behörden der Mitgliedstaaten und in Absprache mit ihnen durchgeführt werden, anerkannt. Auch an dieser Stelle ist aber der Mangel an Vorschriften zur gerichtlicher Kontrolle von Europol auf europäischer Ebene sichtbar.¹⁰⁹ Dies führt dazu, dass die durch die Tätigkeit von Europol verletzten Bürger nicht genügend geschützt werden können. Insbesondere die Immunität, die die Mitglieder von Europol genießen,¹¹⁰ erschwert den Mitgliedstaaten die Aufklärung eventueller strafbarer Handlungen oder anderer Verletzungen durch Angehörige von Europol ebenso wie ihre gerichtliche Kontrolle.

Diese wichtigen Mängel an gerichtlicher Kontrolle von europäischen Organen, die durch ihre Tätigkeit Grundrechte der Bürger direkt verletzen können, machen klar, dass es nicht ausreicht, wenn diese Rechte auf abstrakter Ebene durch eine Charta, die verbindliche Geltung erworben hat,¹¹¹ gesichert werden. Sie sollen vielmehr *in der Praxis durch die Etablierung von Mechanismen, die sie sichern können, verwirklicht werden*. Aus diesem Grund erweist der Rahmen, den der Vertrag in diesem Bereich schafft, einen

105 Siehe Art. 2 der konsolidierten Fassung des Beschlusses des Rates über die Errichtung von Eurojust im Dokument 5347/3/09REV 3 des Rates vom 15.7.2009.

106 Siehe die Kritik von *M. Kaijafa-Gbandi*, Das Strafrecht in der EU, 2003, 203ff. (auf gr.) Vgl. weiterhin im Allgemeinen über den Begriff des Gerichtsorgans im Protokoll der Rechtshilfe des Europarates *N. Paraskevopoulos*, Der Einfluss der modernen Kriminalpolitik auf das Strafprozessrecht, PChr 2002, 587.

107 Siehe dazu auch die Kritik von *Nieto Martin*, in L. Arroyo Zapatero/A. Nieto Martin (Dir.), *European Criminla Law: An overview*, 70.

108 Siehe Vorschläge zum Schutz dieser Interessen in *Schünemann* (Hrsg.), Ein Gesamtkonzept für die europäische Strafrechtspflege, 4-17, wie auch die Beiträge von *Schünemann* (93ff.), *Fuchs* (112ff.), *Farkas* (117ff.) *Vogel* (122ff.), und *Bitzilekis/Kaijafa-Gbandi/Symeonidou-Kastanidou* (250ff.).

109 Siehe Art. 52-54 der Entscheidung des Rates über Europol 2009/371/JI vom 6.4.2009.

110 Siehe Art. 51 der Entscheidung 2009/371/JI, vom 6.4.2009 und weiterhin Art. 18 des Protokolls (Nr. 36) über die Vorrechte und die Befreiungen der Europäischen Gemeinschaften (1965), ABl. C 321 E vom 29.12.2006, 318 – 324, das die Aufhebung der Immunität ausschließlich von den Interessen der Europäischen Gemeinschaften abhängig macht.

111 Siehe in der Charta der Grundrechte der EU insbesondere Art. 2 Abs. 2 (Verbot der Todesstrafe), 4 (Verbot der Folter und unmenschlicher oder erniedrigender Strafe oder Behandlung), 8 (Schutz personenbezogener Daten), 19 (Schutz bei Abschiebung, Ausweisung und Auslieferung), 47 (Recht auf einen wirksamen Rechtsbehelf und ein unparteiisches Gericht), 48 (Unschuldvermutung und Verteidigungsrechte), 49 (Grundsätze der Gesetzmäßigkeit und der Verhältnismäßigkeit im Zusammenhang mit Straftaten und Strafen), 50 (ne bis in idem).

wichtigen Mangel, weil er die Zuständigkeiten der europäischen Organe, die an der Strafverfolgung entscheidend teilnehmen, ständig erweitert ohne gleichzeitig relevante Kontrollmechanismen einzuführen. Allerdings hat die Wissenschaft schon vor dem Lissabon Vertrag mögliche Modelle der, an dieser Stelle, notwendigen gerichtlichen Kontrolle vorgeschlagen.¹¹² Außerdem lässt der Vertrag selbst mit der Vorschrift vom Art. 257 AEUV die Möglichkeit der Schaffung eines europäischen (speziellen) Strafgerichts, das dem EuGH untergeordnet wird, offen.¹¹³ Man würde doch erwarten, dass der Vertrag diesen wichtigen Schritt zur Sicherung der gerichtlichen Kontrolle von europäischen Strafverfolgungsorganen schon gewagt hätte, sodass die einseitige Unterstützung der Strafverfolgung auf praktischer Ebene nicht weiterhin unkontrolliert bleibt. Aus diesem Grund ist die im Vertrag vorgesehene Möglichkeit der Bewertung der Eurojust-Tätigkeit und der Kontrolle von Europol durch das Europaparlament und die nationalen Parlamente (Art. 85 Abs. 1 letzter Satz und 88 Abs. 1 letzter Satz AEUV) nicht in der Lage, die oben erwähnten Mängel und die Gefahren, die damit verbunden sind, aufzuheben; gleichwohl stellen sie eine wichtige Verbesserung dar.

Noch beunruhigender ist außerdem die Perspektive, die auf der Ebene des neu zu errichtenden Organs der Europäischen Staatsanwaltschaft eröffnet wird. Nach dem Vertrag kann die Europäische Staatsanwaltschaft für strafbare Handlungen jenseits derer, die die finanziellen Interessen der EU verletzen, eine Zuständigkeit erwerben. Artikel 86 AEUV erweitert außerdem, wie schon oben erwähnt, das demokratische Defizit beim Erlassen der Verordnung, die die Bedingungen der Ausübung der Pflichten der Europäischen Staatsanwaltschaft und alle prozessrechtlichen Regeln, die ihre Tätigkeit betreffen, bestimmen wird. Diese prozessrechtlichen Regeln werden sich ebenfalls auf die Rechte der Verdächtigen und der Beschuldigten während der ganzen Ermittlungsphase, für die diese Behörde zuständig sein wird,¹¹⁴ beziehen. Die gewählte Einschränkung des Demokratieprinzips und des Rechtsstaates, insbesondere beim Erlass so wichtiger Regeln für die Freiheit der Bürger ist sicherlich mit einem Europa, das sogar in der Präambel ihrer Charta deklariert,¹¹⁵ dass es *den Menschen in den Mittelpunkt seines Handelns stellt*, nicht vereinbar. Diese negative Perspektive kann allerdings in der Zukunft nur durch eine Änderung des Vertrags aufgelöst werden. Bis dahin liegt ihre mögliche Abwendung, wie schon oben erwähnt, in den Händen der Mitgliedstaaten.¹¹⁶

Schließlich kann man auch einen wichtigen Mangel nicht außer Acht lassen, der im Vertrag von Lissabon bezüglich eines Apparates registriert wird, der die Verteidigung von Personen im gemeinsamen Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts stützen würde. Die besonderen Schwierigkeiten für die verfolgten Bürger, insbesondere in Verfahren mit transnationalen Bezügen, die mehrere Rechtsordnungen betreffen, sind schon

112 Siehe dazu *Nieto Martin*, in L. Arroyo Zapatero/A. Nieto Martin (Dir.), *European Criminal Law: An overview*, 70.

113 Siehe zu diesem Vorschlag insbesondere *St. Braum*, *Europäisches Strafrecht im Fokus konfligierender Verfassungsmodelle*, ZIS 2009, 425-426.

114 Vgl. kritisch *M. Kotzur*, Art. 86, in R. Geiger/D.-E. Khan/M. Kotzur, *EUV/AEUV, Verträge über die EU und Vertrag über die Arbeitsweise der EU-Kommentar*, 2010, Rn. 7.

115 ABl. C 83 vom 30.3.2010, 391.

116 Siehe zum Bedürfnis nach einer einstimmigen Entscheidung des Rates in Art. 86 Abs. 1 AEUV.

bekannt.¹¹⁷ Solche Verfahren fordern den Betroffenen zu ihrer Verteidigung beträchtliche Summen ab. Hinzu kommt die stetige Verbesserung der polizeilichen und justiziellen Zusammenarbeit der Strafverfolgungsbehörden. In einem solchen Rahmen verliert das Prinzip der Waffengleichheit jeden wesentlichen Inhalt.¹¹⁸ Wenn man sogar diese Feststellung mit den oben erwähnten Mängeln an gerichtlicher Kontrolle der Unionsorgane in Verbindung setzt, dann wird der Umfang des Problems klar, der durch die Tatsache verursacht wird, dass der Vertrag, trotz der schon vorhandenen Vorschläge, nichts zur Sicherung einer wirksamen Verteidigung der Personen im Rahmen der Union vorsieht.¹¹⁹

Aufgrund des oben Erwähnten wird klar, dass der Fortschritt, der im Vertrag von Lissabon die Regelungen über die Europäischen Strafverfolgungsorgane kennzeichnet, leider nur die Förderung der strafrechtlichen Repression betrifft. Die Vorschriften zur Sicherung der Grundrechte und Freiheiten der Bürger weisen dagegen besondere Mängel auf. Diese Situation könnte und sollte durch die Einführung einer wirksamen gerichtlichen Kontrolle der europäischen Strafverfolgungsorgane, die Schaffung eines Mechanismus zur Förderung der Verteidigung von Beschuldigten im Rahmen der EU und durch die Nichtrealisierung – bis einer Modifizierung des AEUV – der Gründung einer Europäischen Staatsanwaltschaft überwunden werden. Zur Verbesserung der Lage gehört auch eine solche Regelung der Beziehungen zwischen dem EuGH und dem EGMR,¹²⁰ durch die die EU nach ihrem Beitritt zur EMRK gegenüber dem Gerichtshof in Straßburg (d.h. gegenüber einem Gericht, das *außerhalb* des zu kontrollierenden Macht systems steht),¹²¹ wie jeder andere Mitgliedstaat für mögliche Verletzungen der Grundrechte seiner gerichtlichen Kontrolle unterworfen wird.

V. Herausforderungen

Die bisherigen Darlegungen haben die Haupt Herausforderungen in den Vordergrund gebracht, auf die sich die Bemühungen der EU im Bereich des Strafrechts in Zukunft

-
- 117 P.-A. Albrecht, Europäischer Strafrechtsraum: Ein Albtraum?, ZRP 2004, 3-4, St. Braum, Aufbruch oder Abbruch europäischer Strafverteidigung?, StV 2003, 576 ff., 579-580, M. Kaijafa-Gbandi, in 4. Europäischer Juristentag-Sammelband, 305ff., B. Schönemann, Die Rechte des Beschuldigten im internationalisierten Ermittlungsverfahren, StraFo 2003, 348ff., T. Spronken, A place of greater safety, 2003, 9ff.
- 118 Siehe dazu auch Nieto Martin, in L. Arroyo Zapatero/A. Nieto Martin (Dir.), European Criminal Law: An overview, 72.
- 119 Siehe zum Vorschlag für einen Europäischen Verteidiger («Eurodefensor») in Schönemann (Hrsg.), Ein Gesamtkonzept für die europäische Strafrechtspflege, 49-56, und insbesondere die Beiträge von C. Nestler (166ff.), A. Szwarc (181ff.), aber auch den Vorschlag der European Criminal Bar Association für einen European Criminal Law Ombudsman in J. Mitchell, Stellungnahme zum Konzept eines „Eurodefensor“ als Mittel zur Stärkung der Verteidigung in transnationaler Strafverfahren, in Schönemann, o.a., 199ff.
- 120 Siehe zu diesen laufenden Entwicklungen D. Brodowski, Strafrechtsrelevante Entwicklungen in der EU – ein Überblick, ZIS 2010, 750-751.
- 121 Siehe zur Bedeutung dieser Identität des EGMR M. Kaijafa-Gbandi, Die jüngste Rechtsprechung des EGMR zu V-Leuten und das Recht auf ein faires Verfahren, PoinDik 2011, 59ff. (auf gr.).

konzentrieren sollten, sodass die Anwendung des Vertrags von Lissabon seinen eigenen Prinzipien und Zielen genügen kann.

Primär unter diesen Herausforderungen ist heute das durch die Organe der EU verkündete Bedürfnis nach einer ausgeglichenen Entwicklung des Raumes der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts, sodass die den Bürgern durch den Schutz ihrer Güter angebotene Sicherheit nicht die Grundrechte, die Prinzipien des Rechtsstaates und den Begriff der Gerechtigkeit im Allgemeinen verletzt.

Genauso wichtig ist allerdings, das kooperative Handlungsmodell zu fördern und eine Marginalisierung der Mitgliedstaaten bei Strafverfolgungsentscheidungen zu vermeiden. Denn dieses Modell ist angesichts der einzigartigen Identität der EU als einer „Sympoliteia von Staaten und Bürgern Europas“ ideal, um das demokratische Prinzip und den Respekt der Rechtstraditionen der Mitgliedstaaten zu bewahren.

Eine zentrale Herausforderung für die EU liegt heute auch darin, auf Basis der ihr durch den Vertrag übertragenen Zuständigkeiten eine ausgeglichene und rechtsstaatskonforme europäische Kriminalpolitik zu betreiben, die den Prinzipien und den Werten der europäischen Rechtskultur untergeordnet ist. Die Bindung der Unionstätigkeit an diese Prinzipien und Werte bedeutet, dass der Förderung der justiziellen Zusammenarbeit und der gegenseitigen Anerkennung von Gerichtsurteilen in Strafsachen Grenzen gesetzt werden sollen und dass der absolute Vorrang, den ihnen bis heute die Praxis verleiht, abgeschaffen werden soll. Im Europa des 21. Jahrhunderts kann die Mindestschwelle der Strafbarkeit durch die EU nicht so bestimmt werden, dass die justizielle Zusammenarbeit unabhängig davon gefördert wird, ob durch die typisierten Handlungen ein Rechtsgut verletzt wird, oder ob die Anwendung des Strafrechts im konkreten Fall eine ultima ratio darstellt und ob das Legalitäts-, das Schuld- oder das Verhältnismäßigkeitsprinzip erfüllt werden. Noch können strafprozessrechtliche Regeln erlassen werden, die Europa als eine „Charta der freien Menschen“ in den Vordergrund stellt, ohne dass durch ihren Inhalt ein unionaler Mindestschutz von Grund- und Verfahrensrechten sichergestellt wird, der aus dem Prinzip der Unschuldvermutung, dem Gebot des fairen Verfahrens und dem Prinzip der Waffengleichheit usw. abgeleitet würde.

Die EU soll schließlich durch ihre Regelungen unter der organisatorischen Grundlage des Vertrags von Lissabon zeigen, dass sie, wie jede rechtsstaatliche demokratische Gesellschaft nichts vor der Festlegung einer gerichtlichen Kontrolle ihrer Strafverfolgungsorganen zu fürchten hat. Ferner soll sie zeigen, dass ihr das besonders dringende Bedürfnis nach Förderung der Verteidigung von Personen, die den stets wirksamer werdenden europäischen Apparat einer transnationalen Strafverfolgung begegnen, nicht gleichgültig ist.

Der Vertrag von Lissabon trägt durch die positiven Aspekte seiner Innovationen in großem Umfang bei, diesen Herausforderungen gerecht zu werden. Die Nutzung seiner positiven Neuerungen stellt eine Chance dar, die nicht verloren gehen sollte. Hierbei haben die Mitgliedstaaten eine wichtige Rolle zu spielen. Dieser können sie durch ihre eigenen Initiativen ebenso nachkommen wie durch Institutionen, die die demokratische

Legitimation¹²² der strafrechtlichen Maßnahmen fördern, und die Grundprinzipien des Strafrechts in den Vordergrund bringen.

122 Siehe zum Erlass von Vorschriften auf nationaler Ebene, die den Vertreter des Mitgliedsstaates beim Rat verpflichten, aufgrund einer vorigen verbindlichen Entscheidung seines nationalen Parlaments für oder gegen eine Richtlinie der Art. 83 Abs. 2, 83 Abs. 1 und 2 AEUV zu stimmen, am Beispiel von Deutschland, BVerfG v. 30.6.2009 – 2vR 2/08, BvR 5/08, BvR 1010/08, BvR 1022/08, BvR 1259/08, BvR 18209 Rn. 365.