Anwälte und ihre Geschichte

Zum 140. Gründungsjahr
des Deutschen Anwaltvereins

Herausgegeben vom
Deutschen Anwaltverein

Strafverteidigung im europäischen Wirtschaftsstrafrecht

Christian Schröder

Europäisierung und Internationalisierung waren die großen Themen des Wirtschaftsrechts vor und nach der Jahrtausendwende. Diese Entwicklung nimmt die Arbeit der Strafverteidiger nicht aus, die sich dem Wirtschaftsstrafrecht verschrieben haben. Indem dieses Rechtsgebiet das Wirtschaftsrecht in Bezug nimmt, muss der Verteidiger dessen Europäisierung und Internationalisierung beachten, um die darin für seinen Mandanten ruhenden Verteidigungsmöglichkeiten zu nutzen. Daraus ergeben sich aber nicht nur Chancen für eine moderne Verteidigung und interessante Fragen des Rechts. Aus der Perspektive des Verteidigers ergibt sich ein eigener, anderer Blick auf die Entwicklung des Rechts der Europäischen Union.

Im Folgenden soll es vornehmlich um die Europäisierung des Strafrechts im Zuge der Anwendung nationaler Strafnormen gehen. Die Verzahnung des nationalen Rechts mit dem europäischen Recht auf der Ebene der Rechtsanwendung birgt für den Verteidiger große Herausforderungen und ist dogmatisch und historisch reizvoll. Gleichwohl ist dieser Punkt bislang auf vergleichsweise geringes Interesse gestoßen. Das liegt daran, dass wir in der Union jenseits des Kartellbußgeldrechts keine eigentlichen Sanktionsnormen kennen. Die Beachtung internationalen Rechts fällt Rechtsprechung, Wissenschaft und Verteidigung gleichermaßen leichter, wenn auf ein kodifiziertes Regelwerk zurückgegriffen werden kann.

Das zeigt sich schon daran, dass die kodifizierten Bereiche internationalen Rechts, die auch straf- oder bußgeldrechtliche Bezüge aufweisen, ausführlich aufgearbeitet sind. Jenseits des Unionsrechts bildet die Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK) ein prägnantes Beispiel, wenngleich sie erst durch engagierte Verteidiger ihre heutige Bedeutung gewonnen hat.¹ Denn die EMRK zieht ihre Geltungskraft vor allem aus den Fällen, die bis zum Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) gebracht wurden.² Aus dem Unionsrecht kann neben dem europäischen Kartellbußgeldrecht³ insbesondere die dritte Säule nach ex-

¹ Lesenswerte Wiedergabe und wissenschaftliche Durchdringung dieser „Kämpfe der Verteidiger“ bei R. Esser, Auf dem Weg zu einem europäischen Strafverfahrensrecht, Berlin 2002, 51 ff., wo er im zweiten Teil seiner Untersuchung auf gut 750 Seiten die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte zwischen 1959 und 1999 analysiert.

² Die dadurch entstandene Rückwirkung auf das Verständnis von Verteidigung im Sinne eines Rechts auf Verfahrensteilhabe hat K. Gaede, Fairness als Teilhabe – Das Recht auf konkrete Teilhabe durch Verteidigung gemäß Art. 6 EMRK, Berlin 2007, umfassend untersucht.

³ Vgl. zum Kartellbußgeldrecht etwa H. Achenbach, in: Achenbach/Ransiek (Hg.), Hand-

Art. 29 ff. EUV als gut erschlossen gelten.⁴ Auf diesen Gebieten kann der Rechtsanwalt auf Kommentare, Aufsätze und Gesamtdarstellungen zurückgreifen. Bei der hier interessierenden Verzahnung des nationalen Rechts mit Vorschriften des Europäischen Unionsrechts ist das noch immer schwieriger. Bis in die Gegenwart stellen sich an dieser Stelle herausfordernde Aufgaben für eine fundierte Verteidigung in Wirtschaftsstrafsachen.⁵

I. Freiheitsrechte als Verteidigungsmittel: Das *ius non puniendi* der Union

Der Begriff des *ius non puniendi* wurde von *Cuerda Riezu* gewählt,⁶ um damit zum Ausdruck zu bringen, dass das Recht der Europäischen Union schon immer über die Macht verfügte, der Anwendung des Strafrechts in den Mitgliedstaaten Grenzen zu setzen. Man kann das auch als negative Strafrechtskompetenz bezeichnen. Diese Macht des Unionsrechts äußert sich darin, dass die Rechtsanwendung der Mitgliedstaaten gegen ein nach Unionsrecht statthaftes Verhalten keine strafrechtlichen Vorschriften ins Feld führen darf. Der nationale Strafrichter darf also dort keine Strafe verhängen, wo ein Verhalten nach Unionsrecht als „rechtmäßig“ einzuordnen ist.⁷

Diese scheinbar schlichte Feststellung hat es in sich. Denn sie birgt das, was wir im nationalen Recht unter die Überschrift der „Akzessorietät des Strafrechts“ stellen. Danach darf das Strafrecht jedenfalls grundsätzlich nicht das pönalisieren, was andere Rechtsgebiete erlauben. Eine solche Akzessorietät gibt es auch zu unmittelbar anwendbarem Unionsrecht. Dort, wo das Unionsrecht dem Einzelnen als anwendbare Rechtsvorschrift zur Seite steht, weicht nationales Strafrecht. Die Kunst einer Verteidigung in Strafsachen bestand und besteht darin, diese Fälle überhaupt zu erkennen und in eine erfolgreiche Verteidigungsstrategie zu überführen.

buch Wirtschaftsstrafrecht, 2. Aufl., Heidelberg 2008, III 6 Rn. 1 ff.; G. Dannecker, in: Wabnitz/Janovsky (Hg.), Handbuch des Wirtschafts- und Steuerstrafrechts, 2. Aufl., München 2007, 16. Kap. Rn. 132 ff.

⁴ Überblick zur „dritten Säule“ nach dem EUV bei Dannecker (wie Fn. 3), 2. Kap. Rn. 163 ff. mwN.

⁵ Zu den allgemeinen Regeln internationaler Strafrechtsanwendung und Fragen der räumlichen Geltung J. Vogel, in: Volk (Hg.), Münchener Anwaltshandbuch, Verteidigung in Wirtschafts- und Steuerstrafsachen, München 2006, § 14 Rn. 5 ff., 46 ff.

⁶ A. *Cuerda Riezu*, Besitzt die Europäische Union ein *ius puniendi*?, in: Schönemann/González (Hg.), Bausteine des europäischen Wirtschaftsstrafrechts, Madrid-Symposium für Klaus Tiedemann, Köln u.a. 1994, 367, 371.

⁷ *Cuerda Riezu* (wie Fn. 6), 367, 371.

1. Primärrecht und *ius non puniendi*

Diese Macht des Unionsrechts erschien manchem nicht als plausibel, weil die Europäische Union bzw. vormals die Europäische Gemeinschaft über Jahrzehnte jedenfalls keine direkte Rechtssetzungskompetenz auf dem Gebiet des Strafrechts hatte. Allerdings unterliegt das Strafrecht wie jedes andere Rechtsgebiet dem Einfluss und den Schranken des Unionsrechts.⁸ Der Europäische Gerichtshof (EuGH) hat das im Fall *Casati* so formuliert:

„Für die Strafgesetzgebung und die Strafverfahrensvorschriften bleiben grundsätzlich die Mitgliedstaaten zuständig. Nach ständiger Rechtsprechung des Gerichtshofs setzt das Gemeinschaftsrecht jedoch auch auf diesem Gebiet hinsichtlich [...] derjenigen Kontrollmaßnahmen Schranken, deren Aufrechterhaltung den Mitgliedstaaten nach dem Gemeinschaftsrecht im Rahmen des freien Waren- und Personenverkehrs gestattet ist: Die administrativen oder strafrechtlichen Maßnahmen dürfen nicht über den Rahmen des unbedingt Erforderlichen hinausgehen, die Kontrollmodalitäten dürfen nicht so beschaffen sein, daß sie die vom Vertrag gewollte Freiheit einschränken, und es darf daran keine Sanktion geknüpft sein, die so außer Verhältnis zur Schwere der Tat steht, daß sie sich als eine Behinderung der Freiheit erweist.“⁹

Leuchtet man den Fall *Casati* im Detail aus, so zeigt sich, dass an dieser Stelle die sogenannten Grundfreiheiten¹⁰ des Unionsrechts unmittelbar anwendbar sind. Entfaltet eine Vorschrift des Unionsrechts aber eben diese unmittelbare Anwendbarkeit, dann setzt sie sich innerhalb der Grenzen des Art. 23 Abs. 1 S. 3 GG gegenüber nationalem Recht im Wege des Anwendungsvorrangs durch.¹¹ Darin lag die große Kunst anwaltlicher Tätigkeit. Man musste unmittelbar anwendbares Europäisches Unions- bzw. Gemeinschaftsrecht im Auge behalten, wenn nationales Strafrecht auf einen unionsweiten Sachverhalt anzuwenden war.

Zahlreiche Urteile des EuGH kommen auf diesen Punkt zurück. Auch in der Entscheidung *Cowan* äußert sich der Gerichtshof nochmals zur unions- bzw. gemeinschaftsrechtlichen Begrenzung der Straf Gewalt in den Mitgliedstaaten. Dort führt der EuGH aus, dass

„für das Strafrecht und das Strafverfahrensrecht [...] zwar grundsätzlich die Mitgliedstaaten zuständig sind, daß das Gemeinschaftsrecht jedoch [...] dieser Zuständigkeit Schranken setzt: Derartige Rechtsvorschriften dürfen weder zu einer Diskriminierung von Perso-

⁸ G. Dannecker, Der Einfluss des Gemeinschaftsrechts auf das nationale Strafrecht, in: Gropp (Hg.), Wirtschaftskriminalität und Wirtschaftsstrafrecht in einem Europa auf dem Weg zu Demokratie und Privatisierung, Leipzig 1998, 161, 179; ders. (wie Fn. 3), 2. Kap. Rn. 114.

⁹ EuGH, Urteil vom 11.11.1981 – Rs. 203/80, *Casati*, Slg. 1981, 2595 (Rn. 27).

¹⁰ Weiterführend W. Frenz, Handbuch Europarecht, Bd. 1: Europäische Grundfreiheiten, Berlin u.a. 2004, Rn. 42 ff.; C. Walter, in: Ehlers (Hg.), Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, 3. Aufl., Berlin 2009, § 1 Rn. 42 ff.

¹¹ Zum Anwendungsvorrang T. Oppermann, Europarecht, 3. Aufl., München 2005, § 7 Rn. 2 ff., 12 f.

nen führen, denen das Gemeinschaftsrecht einen Anspruch auf Gleichbehandlung verleiht, noch die vom Gemeinschaftsrecht garantierten Grundfreiheiten beschränken“.¹²

Dem lassen sich weitere Entscheidungen des Gerichtshofs hinzufügen.¹³

Bei genauem Hinsehen geht es in diesen Fällen darum, dass die Grundfreiheiten des Gemeinschaftsrechts durch nationales Strafrecht beeinträchtigt wurden. Für die Gerichte und die Strafverteidiger war es nicht immer leicht, diese Verzahnung zu erkennen, weil sie nicht aus einer Vorschrift ablesbar war. Nur wer das Gemeinschaftsrecht und die in den Grundfreiheiten verbürgte Freiheit des Einzelnen verinnerlicht hatte, war in der Lage, diesen Gesichtspunkt einem Gericht zu vermitteln und als starkes Argument für seinen Mandanten anzuführen.

2. Das *ius non puniendi* und das Sekundärrecht

Auch das nach Maßgabe der Verträge gesetzte Sekundärrecht war oftmals Schauplatz erfolgreicher Verteidigungsstrategien, in denen das Unionsrecht als Trumpf ausgespielt wurde. Von den sekundärrechtlichen Normenkategorien des Unionsrechts sind für das Strafrecht vor allem die EU-Verordnung und die EU-Richtlinie von Relevanz.

a) Die limitierende Wirkung von EU-Verordnungen

Bei der EU-Verordnung handelt es sich ausweislich des Art. 288 Abs. 2 AEUV (ex Art. 249 Abs. 2 EGV) um diejenige Normenkategorie des Europäischen Unionsrechts, deren Einzelregelungen, also die Artikel der jeweiligen Verordnung, grundsätzlich in jedem Mitgliedstaat unmittelbar anwendbar sind. Diese Regelungen schlagen auf das Strafrecht überall dort durch, wo eine EU-Verordnung relevante Angaben dafür enthält, was erlaubt ist und was nicht. Legt eine EU-Verordnung z.B. verbindliche Grenzwerte für eine toxische Belastung von Lebensmitteln fest, dann muss dieser Normzusammenhang bei der Prüfung einer fahrlässigen Körperverletzung eine Rolle spielen. Ebenso können EU-Verordnungen bestimmte Prüfpflichten enthalten und damit Garantenpflichten näher ausgestalten, aber auch begrenzen. Damit kann unmittelbar anwendbares Unionsrecht den Bereich beeinflussen, den die Lehre von der objektiven Zurechnung mit der Überschrift „erlaubtes Risiko“ umschreibt.

¹² EuGH, Urteil vom 2.2.1989 – Rs. 186/87, *Cowan*, Slg. 1989, 195 (Rn. 19); vgl. auch G. Dannecker, Strafrecht der Europäischen Gemeinschaft, in: Eser/Huber (Hg.), Strafrechtsentwicklung in Europa, 4.3., Freiburg im Breisgau 1995, 75 f.

¹³ Etwa EuGH, Urteil vom 16.6.1998 – Rs. C-226/97, *Lemmens*, Slg. 1998, I-3711 (Rn. 19).

b) Unmittelbar wirkende EU-Richtlinien

Auch unmittelbar wirkende Vorschriften einer EU-Richtlinie können ein nationales Strafgesetz unanwendbar werden lassen. Obwohl der Wortlaut des Art. 288 Abs. 3 AEUV (ex-Art. 249 Abs. 3 EGV) zunächst gegen eine unmittelbare Wirkung der EU-Richtlinie in der nationalen Rechtsordnung spricht, ist der Fall der unmittelbaren Wirksamkeit von Richtlinien seit Jahrzehnten anerkannt. Letztlich ruht darin eine Sanktion des Unionsrechts gegenüber Mitgliedstaaten, die EU-Richtlinien nicht oder nicht rechtzeitig umsetzen. Der EuGH entschied schon sehr früh, dass Richtlinien trotz fehlender Umsetzung unter gewissen Bedingungen unmittelbar wirken können.¹⁴ Voraussetzung hierfür ist, dass die Umsetzungsfrist der Richtlinie abgelaufen ist. Ferner muss die in Rede stehende Vorschrift der Richtlinie inhaltlich als unbedingt und so genau erscheinen, dass sie direkt angewendet werden kann.¹⁵ Diese Grundsätze gelten allerdings nur für Richtlinien, die den Einzelnen begünstigen. Eine belastende Wirkung scheidet insbesondere im Strafrecht aus, weil damit gegen das Gesetzlichkeitsprinzip verstoßen würde.¹⁶ Es gibt mithin keine strafbarkeitsbegründende unmittelbare Wirkung.

In Deutschland haben sich Verteidiger diesen schwierigen Fall der Verzahnung des Unionsrechts mit dem nationalen Strafrecht verschiedentlich zunutze gemacht. Den herausragenden Anwendungsfall bildet BGHSt 37, 168 (174 ff.). In der Sache ging es um eine nicht rechtzeitig umgesetzte Umsatzsteuerrichtlinie, die u.a. eine Umsatzsteuerbefreiung für Kreditvermittlungen vorsah.¹⁷ Der Angeklagte hatte nach Ablauf der Umsetzungsfrist entsprechende Kreditvermittlungen durchgeführt, aber keine Umsatzsteuer abgeführt. Jenseits der Einzelheiten des Falles ist es interessant, was der BGH zum Verteidigungsvorbringen des Angeklagten und der darauf bezogenen Würdigung durch die Große Strafkammer des Landgerichts sagt. Danach glaubte die Kammer dem Angeklagten nicht, dass er „bei seinen steuerlichen Fachkenntnissen auch nur im Entferntesten davon ausging, dass die deutsche Steuergesetzgebung durch europäische Richtlinien außer Kraft gesetzt wird“.¹⁸ Das ist bemerkenswert, weil der Fall der unmittelbaren Wirkung in die Nähe der bloßen Schutzbehauptung gerückt wurde.

Der BGH weist die Auffassung des Landgerichts als unzutreffend zurück und legt dar, dass die nationalen Gerichte das europäische Recht und insbesondere die

¹⁴ EuGH, Urteil vom 17.12.1970 – Rs. 33/70, *SACE*, Slg. 1970, 1213 (Rn. 14/16); EuGH, Urteil vom 4.12.1974 – Rs. 41/74, *van Duyn*, Slg. 1974, 1337 (Rn. 12).

¹⁵ EuGH, Urteil vom 19.1.1982 – Rs. 8/81, *Becker*, Slg. 1982, 53 (Rn. 25).

¹⁶ Grundlegend EuGH, Urteil vom 12.12.1996 – Rs. C-74/95 und C-129/95, X, Slg. 1996, I-6609 (Rn. 25); zuvor schon EuGH, Urteil vom 10.7.1984 – Rs. 63/83, *Regina*, Slg. 1984, 2689 (Rn. 21 f.).

¹⁷ Sechste Richtlinie 77/388/EWG des Rates vom 17.5.1977 zur Harmonisierung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Umsatzsteuern – Gemeinsames Mehrwertsteuersystem: einheitliche steuerpflichtige Bemessungsgrundlage, ABl. L 145 vom 13.6.1977, 1 ff., zuletzt geändert durch Richtlinie 2006/112/EG, ABl. L 347 vom 11.12.2006, 1 ff.

¹⁸ BGHSt 37, 168, 174.

Rechtsprechung des EuGH zur unmittelbaren Wirkung von Richtlinien zu beachten haben. Es handelt sich um ein Musterbeispiel für die komplexe Verzahnung des europäischen Rechts mit dem nationalen Strafrecht, weil deutlich wird, wie eine sorgfältige Analyse des europäischen Rechts im Einzelfall für eine erfolgreiche Strafverteidigung fruchtbar gemacht werden kann.

Die eigentliche Kunst strafrechtlicher Verteidigung in Verbindung mit unmittelbar wirkenden Richtlinien beginnt aber erst dort, wo die begünstigende unmittelbare Wirkung aus dem Richtlinien text ad hoc nicht ablesbar ist, sondern sich erst durch eine sorgfältige Synopse des Rechts ergibt. Im Fall *Ratti* haben die Prozessvertreter eines italienischen Unternehmers diesen Punkt sehr gut herausgearbeitet. Das Unternehmen des Herrn *Ratti* brachte Lösemittel und Lacke in den Verkehr. Die italienische Staatsanwaltschaft warf ihm vor, gegen strafrechtlich flankierte Kennzeichnungsvorschriften des italienischen Rechts für Benzol und andere Gifte verstoßen zu haben. Allerdings war zu dieser Zeit eine EWG-Richtlinie in ihrer Umsetzungsfrist abgelaufen, die andere Kennzeichnungsvorschriften vorsah, aber von Italien nicht rechtzeitig in nationales Recht umgesetzt worden war. Damit galt der Text der EWG-Richtlinie also nicht als italienisches Recht. Auf den ersten Blick schien das italienische Strafgesetz weiter anwendbar zu sein. Fraglich war auch, ob die einschlägige Richtlinie überhaupt unmittelbar wirken konnte, denn sie enthielt schließlich keine Befreiung von Kennzeichnungsvorschriften, sondern schrieb den Unternehmen sehr genau vor, wie Produkte zu kennzeichnen waren. Nimmt man nur den Richtlinien text zur Kenntnis, scheint keine begünstigende Richtlinie vorzuliegen. Die Begünstigung ergibt sich erst daraus, dass die Richtlinie das Kennzeichnungsrecht europaweit einheitlichen wollte und es Herrn *Ratti* schwerlich schaden kann, diesem Anliegen gefolgt zu sein. Dies nutzte die Verteidigung des Herrn *Ratti* für einen Schachzug, der, um im Bild zu bleiben, das italienische Strafrecht matt setzte. Der EuGH entschied nämlich, dass eine Berufung auf die Richtlinien vorschriften dann möglich sei, wenn im Übrigen den Regelungen der Richtlinie genügt und entsprechend etikettiert wurde.¹⁹

Dieses Urteil ist von großer Bedeutung für das Verhältnis des europäischen Richtlinienrechts zum nationalen Strafrecht. Denn auch dem EuGH gelang an dieser Stelle ein Schachzug. Er ließ die unmittelbare Wirkung einer Richtlinie nur insoweit zu, wie derjenige, der die Einhaltung der Richtlinie für sich ins Feld führt, den Vorgaben der Richtlinie auch genügt hat. Dieser Punkt war deshalb wichtig, weil damit die unmittelbare Wirkung der Richtlinien vorschrift und der damit auflebende Anwendungsvorrang nur für denjenigen gilt, der sich rechtstreu verhalten hat. Derjenige, der im Sinne der EWG-Richtlinie ordnungsgemäß etikettiert und die Verbraucher in diesem Sinne ausreichend vor Giften gewarnt hat, konnte sich auf diese Richtlinie berufen. Die Bedeutung dessen wird bei einer gedanklichen Gegenprobe deutlich: Wie ist das Verhalten desjenigen zu beurteilen,

¹⁹ EuGH, Urteil vom 5.4.1979 – Rs.148/78, *Ratti*, Slg. 1979, 1629 (Rn. 18).

der jedwede Etikettierung unterlässt? Unter Beachtung der Rechtsprechung des EuGH fällt die Antwort leicht. Für diesen Fall entfaltet die EU-Richtlinie keine unmittelbare Wirkung, der Anwendungsvorrang greift nicht, und der Täter ist nach dem weiterhin anwendbaren nationalen Recht zu bestrafen. Es kommt also nicht zu einer umfassenden, sondern nur zu einer fakultativen Verdrängung des nationalen Rechts.²⁰

c) Verinnerlichte Freiheitsrechte als Verteidigungsstrategie

Unterwirft man die Entscheidungen zum *ius non puniendi* einer Gesamtschau, so kommt ein wunderbarer Vorgang zum Vorschein. Prozessvertreter waren für ihre Mandanten erfolgreich tätig, weil sie die vom europäischen Recht verbürgten Freiheitsrechte, einerlei ob als Primär- oder Sekundärrecht, aufgenommen und in ihre Verteidigungsstrategie implementiert haben. Damit haben sie international verbürgter Freiheit in ihrer eigenen Rechtsordnung Geltung verschafft und dem Einzelnen zugänglich gemacht. Nicht nur ihre gut vertretenen Mandanten, sondern auch das nationale Strafrecht in seiner Verzahnung mit dem europäischen Recht haben davon profitiert.

In der Praxis sind allerdings Vorsicht und Sorgfalt gefragt. Man muss insbesondere das europäische Sekundärrecht sehr genau daraufhin untersuchen, ob es eine Mindest- oder Vollharmonisierung herbeiführen will. Geht es nur um eine Mindestharmonisierung, können die Mitgliedstaaten schärferes Recht formulieren und jedenfalls grundsätzlich bis zu den Grenzen der Grundfreiheiten auch Sanktionen vorsehen.²¹

II. Verzahnung des Sekundärrechts mit dem nationalen Strafrecht

Die Verzahnung des nationalen Strafrechts mit EU-Verordnungen und EU-Richtlinien eröffnet dem Strafverteidiger aber nicht nur dann Chancen, wenn sie für den Mandanten günstige Regelungen enthalten. Die Strafverteidigung kann auch von der Komplexität des Zusammenspiels zweier Rechtsordnungen profitieren. Dabei stößt man auf Einzelfälle, in denen die erfolgreiche Strafverteidigung ein gewisses Unbehagen hervorruft, weil man in der Sache durchaus ein Sanktionsbedürfnis sieht. Diese Fälle zeichnet aus, dass sich der Strafverteidiger, um es bildhaft auszudrücken, bei der Verzahnung des nationalen Strafrechts mit europäischem Recht den Sand im Getriebe zunutze macht.

²⁰ Ch. Schröder, Europäische Richtlinien und deutsches Strafrecht, Berlin/New York 2002, 275 ff., 309; anders aber H. Satzger, Europäisierung des Strafrechts, Köln u.a. 2001, 491 f.; wie hier B. Hecker, Europäisches Strafrecht, 2. Aufl., Berlin u.a. 2007, § 9 Rn. 30.

²¹ Siehe z.B. zur Produktsicherheitsrichtlinie Satzger (wie Fn. 20), 624 f.

1. Die EU-Verordnung und das nationale Strafrecht

Die Verzahnung nationalen Strafrechts mit der EU-Verordnung kann seit Jahrzehnten als ein klassisches Betätigungsfeld erfolgreicher Strafverteidigung gelten. Im Wirtschaftsstrafrecht herrscht die Blankettstrafgesetzgebung vor. Der Gesetzgeber formuliert keine aus sich heraus lesbare Norm, sondern die Sanktionsnorm verweist hinsichtlich des pönalisierten Verhaltens ganz oder teilweise auf andere Vorschriften. Wenn dieses Verhalten aber nicht mehr im nationalen Recht geregelt, sondern in einer abschließenden EU-Verordnung kodifiziert wird, dann gilt der Verweis des nationalen Blankettstrafgesetzes einem in Bezug genommenen Artikel einer EU-Verordnung.

Allerdings kommt es vor, dass die Union diese Verhaltensnormen ändert. Dabei kann es sich um inhaltliche oder auch nur redaktionelle Änderungen handeln. Diese Änderungen bergen für den nationalen Gesetzgeber ein gewisses Risiko, weil er das Strafgesetz rechtzeitig anpassen muss, damit die Sanktionsnorm nicht auf eine falsche Vorschrift verweist. Gelingt die rechtzeitige Anpassung nicht, kann die strafrechtliche Regelung ihre gesetzliche Bestimmtheit verlieren. Dann sind entsprechende Verstöße bis zur Anpassung straflos und es liegt zugleich ein Fall von § 2 Abs. 3 StGB bzw. § 4 Abs. 3 OWiG vor.²² Nach diesen Vorschriften ist im Straf- und Bußgeldverfahren immer das mildeste Gesetz anzuwenden, wenn das Gesetz, das bei Beendigung der Tat gilt, vor der Entscheidung geändert wird. Als Gesetzesänderung gilt dabei grundsätzlich auch die Modifikation blankett-ausfüllender Vorschriften.²³ Die mildeste aller Rechtslagen kann die infolge einer falschen Verweisung eingetretene Straflosigkeit sein, die dann auch dem Täter zugute kommt, bei dessen Tat die Verweisung noch intakt war. Dazu ist es in der Vergangenheit verschiedentlich gekommen. An dieser Stelle kann auf eine wahre Flut von Entscheidungen zu diesem Problem verwiesen werden.²⁴ Wenn man sich mit diesen Verfahren im Detail beschäftigt, so stößt man immer wieder auf fundierte Verteidigungsstrategien, die auf einer sorgfältigen Analyse der Verzahnung des nationalen Rechts mit dem europäischen Recht beruhen.

²² G. Dannecker, in: Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann (Hg.), Leipziger Kommentar, Bd. 1: Einleitung; §§ 1 bis 31, 12. Aufl., Berlin 2007, § 2 Rn. 59 f.; R. Schmitz in: Joecks/Miebach (Hg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 1: §§ 1–151 StGB, München 2003, § 2 Rn. 18; Ch. Schröder, Die strafrechtliche Verantwortung zwischen Grundgesetz, BasisVO und neuem Lebensmittelgesetz, ZLR 2004, 265, 268 ff.

²³ BGHSt 20, 177, 181; Ch. Schröder, Zur Fortgeltung und Anwendbarkeit des Tatzeitrechts trotz Rechtsänderung, ZStW 112 (2000), 44, 57 ff.; eine Ausnahme bilden Zeitgesetze nach § 2 Abs. 4 StGB, dazu H. Rüping, Blankettnormen als Zeitgesetze, NSTz 1984, 450, 451.

²⁴ Einen repräsentativen Überblick vermitteln die Entscheidungen BayObLGSt 1992, 121 ff.; OLG Köln NJW 1988, 657 ff.; OLG Stuttgart NJW 1990, 657 f.; OLG Koblenz NSTz 1989, 188 f.; OLG Düsseldorf NJW 2008, 930 ff. mwN; vor Einfügung des § 8 Abs. 3 FPersG allerdings auch OLG Koblenz NJW 2007, 2344.

a) Zur Entscheidung BVerfG, NJW 2008, 3769

Ein Beispiel dafür bildet eine jüngere Entscheidung des BVerfG.²⁵ Allerdings nahm das Verfahren einen anderen Verlauf als von den Verteidigern gedacht. In der Sache ging es um die Überschreitung von Lenkzeiten durch einen LKW-Fahrer. Der Gesetzgeber hatte es versäumt, die innerstaatliche Blankettnorm nach § 8 Abs. 1 Fahrpersonalgesetz (FPersG) rechtzeitig anzupassen, was zur Folge hatte, dass diese Vorschrift auf die nicht mehr geltende Verordnung (EWG) Nr. 3820/85²⁶ verwies. Erst drei Monate nachdem die Verweisungskette abgerissen war, wurde in § 8 Abs. 3 FPersG eine bemerkenswerte Regelung eingefügt:

„Ordnungswidrigkeiten gemäß § 8 des Fahrpersonalgesetzes, die bis zum 10. April 2007 unter Geltung der Verordnung (EWG) Nr. 3820/85 begangen wurden, werden abweichend von § 4 Abs. 3 des Gesetzes über Ordnungswidrigkeiten nach dem zur Zeitpunkt der Tat geltenden Bestimmungen geahndet.“

Nach § 4 Abs. 3 OWiG wären alle bis dahin noch nicht abgeurteilten Lenkzeitverstöße für LKW-Fahrer nicht mehr zu beußen gewesen. Das war dem Gesetzgeber offenbar ein Dorn im Auge und er versuchte, das Milderungsgebot kurzerhand auszuschalten. Dagegen wandte sich die Verteidigung und das Verfahren endete im Wege der Verfassungsbeschwerde beim BVerfG. Gerügt wurde ein Verstoß gegen das Rückwirkungsverbot nach Art. 103 Abs. 2 GG. Dem folgte das BVerfG nicht. Nach der Rechtsprechung des BVerfG soll das Rückwirkungsverbot verhindern, dass jemand aufgrund eines Gesetzes bestraft werden kann, das zur Zeit der Tat noch nicht in Kraft war. In den hier interessierenden Fällen war die Sanktionsnorm aber in Kraft, fraglich war nur, ob der Verstoß rückwirkend über § 4 Abs. 3 OWiG sanktionslos zu stellen ist.

Gewiss will niemand übermüdete LKW-Fahrer auf unseren Straßen wissen und insoweit erscheint die Entscheidung des BVerfG, das die Verfassungsbeschwerde zurückwies, ad hoc als gut nachvollziehbar. Verfassungs- und strafverfahrensrechtlich ist die Entscheidung aber problematisch. Zwar steht nicht ein Verstoß gegen das strafrechtliche Rückwirkungsverbot in Rede, weil dieses Verbot nur verhindern will, dass strafrechtliche Reaktionen nachträglich auf eine Tat Anwendung finden.²⁷ Jenseits dessen wird man aber nicht bestreiten können, dass auf die Regelungen nach § 2 Abs. 3 StGB und § 4 Abs. 3 OWiG vertraut werden durfte. Warum diese Vertrauenstatbestände kurzerhand derogiert werden können, leuchtet

²⁵ BVerfG NJW 2008, 3769 f.; dazu schon kritisch *Ch. Schröder*, Neue Verteidigungsstrategien im europäischen Wirtschaftsstrafrecht, zugleich eine Kritik an BVerfG, Beschluss vom 18. September 2008 – 2 BvR 1817/08, in: Hiebl/Kassebohm/Lilie (Hg.), FS für Volkmar Mehle zum 65. Geburtstag am 11.11.2009, Baden-Baden 2009, 597, 601 ff.

²⁶ Verordnung (EWG) Nr. 3820/85 des Rates vom 20. Dezember 1985 über die Harmonisierung bestimmter Sozialvorschriften im Straßenverkehr, ABl. L 370 vom 31.12.1985, 1 ff., aufgehoben und ersetzt durch Verordnung (EG) Nr. 561/2006, ABl. L 102 vom 11.4.2006, 1 ff.

²⁷ *H. Rüping*, in: Dolzer/Kahl/Waldhoff u.a. (Hg.), Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Heidelberg, (Loseblatt, Stand: 146. Lieferung 2010), Art. 103 Abs. 2 Rn. 56.

nicht ein. Hier wäre neben Art. 103 Abs. 2 GG auch das Rechtsstaatsprinzip unter dem Gesichtspunkt der Rechtssicherheit zu prüfen gewesen. Freilich ordnet § 8 Abs. 3 FPersG nicht rückwirkend die Ahndbarkeit einer Handlung, aber eben doch ihre „Bebußbarkeit“ an. Man ist geneigt, an dieser Stelle für das BVerfG Partei zu ergreifen und auf die rückwirkende Verlängerung von Verjährungsvorschriften zu verweisen.²⁸ Dieser Vergleich hinkt jedoch, denn es wurde nur die rückwirkende Verlängerung noch laufender Verjährungen diskutiert und nicht die Frage der rückwirkenden Aufhebung bereits eingetretener Verjährung.

Genau daran erinnert aber die hier angesprochene Problematik. Das wird deutlich, wenn man sich in die konkrete Situation des Verteidigers versetzt, der in entsprechenden Fällen um Rat gefragt wird. Der Verteidiger wird bis zur Entscheidung des BVerfG die Auskunft gegeben haben, dass der Verstoß auf keinen Fall mehr verfolgt werden könne, wenn das Verhalten zwar ursprünglich tatbestandsmäßig, aber zwischenzeitlich nicht strafbar oder ordnungswidrig war. Mit dieser Auskunft lag der Verteidiger auch richtig, weil die mildeste aller Rechtslagen nach § 2 Abs. 3 StGB oder § 4 Abs. 3 OWiG anzuwenden war.²⁹ Nun könnte man sagen, dass diese Wirkung des Milderungsgebots aber nur für den Fall gilt, dass der Gesetzgeber nichts anderes anordnet. Dem liegt dann die Erwägung zugrunde, dass der Gesetzgeber bis zur Grenze des „harten“ Rückwirkungsverbots über die Verfolgbarkeit einer Tat disponieren kann. Vertrauen könne nicht derjenige, der eine zur Tatzeit pönalisierte Handlung verübt hat. Weiterhin könnte man anführen, dass Vertrauensstatbestände auch dann betroffen sind, wenn sich eine ständige Rechtsprechung wandelt, was aber gerade nicht dem Schutzbereich des Rückwirkungsverbots unterfällt.³⁰ Das klingt plausibel, verliert aber bei einer prozessrechtlichen Gegenprobe an Überzeugungskraft. Nach § 206b StPO muss ein Gericht ein bereits eröffnetes Hauptverfahren einstellen, wenn die Strafbarkeit aufgrund eines mildereren Gesetzes entfällt. Die Entscheidung erwächst in Rechtskraft und ihr wird der Strafklageverbrauch zuteil. Daran zeigt sich, wie stark das im verfassungsrechtlich abgesicherten Grundsatz der Rechtssicherheit verankerte Vertrauenselement an dieser Stelle angesprochen ist. Unser gesamtes Recht vertraut in den einmal eingetretenen Zustand der Strafflosigkeit. Der Gesetzgeber ist bei der Formulierung des § 206b StPO gar nicht auf die Idee gekommen, dass im Fall des § 2 Abs. 3 StGB anderes als die Nichtverfolgbarkeit in Betracht kommt. Auch in der Hauptverhandlung wäre in diesem Fall nach § 267 Abs. 5 StPO freizusprechen.

Nun hat allerdings das BVerfG diesen Fall entschieden, und die Praxis wird damit leben müssen. Man kann nur hoffen, dass diese nachträgliche Reparatur einer Ahndungslücke ein Einzelfall bleibt. Andernfalls könnte es zu kaum erträg-

²⁸ BVerfGE 25, 269, 290 ff.

²⁹ K. Rogall, in: Senge (Hg.), *Karlsruher Kommentar zum Gesetz über Ordnungswidrigkeiten*, 3. Aufl., München 2006, § 4 Rn. 20.

³⁰ So jedenfalls die hM, siehe *Rüping* (wie Fn. 27), Art. 103 Abs. 2 Rn. 63 f. mwN.

lichen Ungleichbehandlungen kommen. Bei genauem Hinsehen hängt nämlich die Frage, ob man nun verurteilt wird oder nicht, vom Arbeitseifer der jeweiligen Strafverfolgungs- oder Bußgeldbehörden ab. Wird ein Verfahren zügig ermittelt und bei Gericht anhängig gemacht, kommt der Angeschuldigte oder Betroffene in den Genuss des § 206b StPO. Pech hat allerdings derjenige, dessen Fall bei überlasteten oder schläfrigen Ermittlern landet, denn man läuft Gefahr, dass die Lücke rechtzeitig geschlossen wird. Vielleicht hat man es aber auch mit hellwachen Ermittlern zu tun, die die Akten erst einmal liegen lassen, bis die Lücke geschlossen wurde. Mit einem Schuss Sarkasmus könnte man dafür plädieren, auf diese Fälle § 205 StPO analog wegen „vorübergehender Abwesenheit des Strafgesetzes“ anzuwenden. Man kann vor dieser Entwicklung nur warnen, denn allein die Vorstellung, dass ein Richter § 206b StPO nicht anwenden könnte, um später verurteilen zu können, ruft Unbehagen hervor. Es scheint so, dass der Zufall darüber entscheidet, ob man bestraft wird oder nicht. Das wiederum berührt den Bereich, den man ansonsten dem Willkürverbot zuweist. Diese „Willkürlichkeit“ mag bei einer Lektüre des § 8 Abs. 3 FPersG auf den ersten Blick nicht erkennbar sein. Sie ergibt sich aber im Zusammenspiel mit Vorschriften wie § 206b StPO.³¹

b) Rechtsstaatliche Einbuße infolge der Europäisierung

Man darf gespannt sein, wie sich die beschriebenen Probleme entwickeln. Indes fällt das Zwischenresümee dazu nüchterner aus als das zum *ius non puniendi*. Dort konnten wir mit Blick auf im europäischen Recht verbürgte Freiheitsrechte fast schon euphorisch feststellen, dass gute Strafverteidigung international verbürgter Freiheit zum innerstaatlichen Durchbruch verhelfen konnte. Nunmehr bleibt ein Unbehagen, das sich nicht auf die konkrete Verteidigungsstrategie bezieht, sondern darauf, dass die komplizierte Verzahnung der EU-Verordnung mit dem nationalen Strafrecht zu einem Verlust an Rechtssicherheit geführt hat. Man muss es deutlich sagen: Die Möglichkeit der rückwirkenden Anordnung von Verfolgbarkeit und „Bestrafbarkeit“ bedeutet einen rechtsstaatlichen Rückschritt. Nun gibt es zwar Wege, mit denen sich eine moderne Strafverteidigung auch auf diese Fälle einstellen kann. Aber das ist nur ein schwacher Trost, weil uns klar vor Augen tritt, wie die Europäisierung und Internationalisierung des Straf- und Strafverfahrensrechts in unserer Rechtsordnung zu rechtsstaatlichen Einbußen führen kann. Die Literatur mahnt zwar zu Recht, im Zuge der Europäisierung rechtsstaatliche Grundsätze zu wahren.³² Der wahre Befund ist jedoch sehr viel ernster, weil wir diese Grundsätze infolge der Europäisierung und Internationalisierung des Rechts bereits schleichend preisgeben.

³¹ Auf § 354a StPO sei an dieser Stelle nur hingewiesen.

³² Etwa B. Schünemann, Verteidigung in Europa, StV 2006, 361 ff.

2. Mutation des Strafrechts und gemeinschaftsrechtskonforme Auslegung

Einen weiteren Beleg für diese These liefern stumm verlaufende Mutationen strafrechtlicher Regelungen, wenn die Union über EU-Richtlinien blankettausfüllende Verhaltensnormen modifiziert. Im Nebenstrafrecht kennen wir die eigentliche Strafnorm oft nur als leere Hülse, die durch Blankette ausgefüllt wird. Gerade im Wirtschaftsrecht werden diese Verhaltensnormen immer wieder durch EU-Richtlinien vorgegeben, denn die Europäische Union ist zu weiten Teilen auch heute noch das, was sie früher im Namen trug: eine Europäische Wirtschaftsgemeinschaft.

a) Richtlinienbedingte Extension des Strafbareren

Mit jeder richtlinienbedingten Änderung einer Verhaltensnorm ändert sich auch das Strafrecht. Der Gesetzgeber darf im Zuge einer Umsetzung von EU-Richtlinien vorhandene Verzahnungen mit dem Strafrecht nicht vernachlässigen. Nur so wird der nationale Gesetzgeber der grundsätzlich bei ihm verbliebenen Gesetzgebungskompetenz auf strafrechtlichem Gebiet auch gerecht. Er muss prüfen, ob es mit öffentlich- oder zivilrechtlichen Rechtsfolgen sein Bewenden haben kann. Wenn die Union in einer EU-Richtlinie Vorgaben für ein bestimmtes Rechtsgebiet formuliert, dann fragt sie nicht nach der Verzahnung mit dem Strafrecht. Das muss der Mitgliedstaat leisten. Diese Aufgabe wird aber oft nur unzureichend erfüllt, weil entsprechende Richtlinieninhalte „im ersten Takt“ keine strafrechtlichen Regelungen vorsehen und so den Eindruck vermitteln, sie seien strafrechtlich bedeutungslos. Sobald jedoch eine strafrechtliche Bezugsnorm umformuliert wird, ist der Richtlinieninhalt auch strafrechtlich relevant. Es droht dann eine kriminalpolitisch nicht unterlegte Extension der Strafnorm. Das ist ein bedenklicher Vorgang, den man durchaus als Mutation des Strafrechts bezeichnen und anhand von Einzelfällen belegen kann.³³

b) Richtlinienbedingte Extension des Strafbareren und moderne Strafverteidigung

Für Strafverteidiger ist es sehr schwer, in diesen Fällen der gedankenlosen Strafabwehr erfolgreich zu verteidigen. Das liegt daran, dass das BVerfG dem Gesetzgeber grundsätzlich einen breiten legislatorischen Spielraum einräumt, wenn es um die Frage geht, was bestraft werden soll und was nicht.³⁴ Das ist im Lichte der Gewaltenteilung und eines gesunden Demokratieverständnisses auch richtig. Das Problem besteht jedoch darin, dass bei der Umsetzung von EU-Richtlinien für den Fall einer Verbindung zu Blankettstrafgesetzen der an sich geforderte kriminalpo-

³³ Beispiel bei *H. Franzheim*, Überkriminalisierung durch Urheberrechtsnovelle, CR 1993, 101 f., zur fragwürdigen Ausweitung des Urheberstrafrechts; siehe dazu auch *Schröder* (wie Fn. 20), 445 ff.

³⁴ BVerfGE 27, 18, 30; 37, 104, 118; 43, 291, 347.

litische Willensbildungsprozess gerade ausbleibt. Man wird als Verteidiger an dieser Stelle bisweilen teleologisch herzuleitende Argumente finden, aber dieser Vorgang bleibt eher unwägbar.

Indes gibt es auch hier Fälle, die Verteidigungschancen bergen. Für das Strafrecht gilt, dass die Umschreibung des Strafbaren auch im Fall der Blankettstrafgesetzgebung dem Grundsatz gesetzlicher Bestimmtheit genügen muss.³⁵ Wenn man sich die Rechtswirklichkeit ansieht, geht es im Nebenstrafrecht freilich oft nur noch um eine Bestimmbarkeit im Sinne der Möglichkeit, sich über das Verbotene zu informieren.³⁶ Für die Auslegung eines unbestimmten Tatbestandsmerkmals, welches sich ein Strafgesetz zu eigen macht, kann man aber (noch) resümieren, dass es nach strafrechtlichen Auslegungsregeln zu bestimmen³⁷ und damit auch für diesen Fall das strafrechtliche Analogieverbot zu beachten ist.³⁸ Angesprochen ist das im Teerfarben-Beschluss des BGH thematisierte Problem der Normspaltung,³⁹ das aus der Möglichkeit entsteht, eine Norm im zivil- oder verwaltungsrechtlichen Zusammenhang weiter auszulegen, als dies bei strafrechtlicher Anwendung zulässig ist.

Das europäische Recht verschärft dieses Problem nochmals, weil der EuGH bei der richtlinienkonformen Auslegung verlangt, das nationale Recht „soweit wie möglich“ an den Richtlinienvorgaben auszurichten. Zugleich betont der EuGH, dass im Strafverfahren zwar auch europarechtskonform ausgelegt werden muss, dabei jedoch die Auslegungsgrenzen des nationalen Rechts zu beachten sind.⁴⁰ Daraus folgt die Möglichkeit eines richtlinienbedingten Auseinanderfallens der Auslegungsergebnisse.⁴¹

Exakt an dieser Stelle ergeben sich Chancen für eine moderne Verteidigungsstrategie. Es gilt, die zivil- oder verwaltungsrechtlichen Auslegungsergebnisse daraufhin zu überprüfen, ob sie die Auslegungsmöglichkeiten des Strafrechts verlassen. Das ist allerdings mühsam. Der bloße Blick in den Kommentar führt zu meist nicht weiter, da blankettausfüllende Normen regelmäßig nicht aus der Sicht des Strafrechts kommentiert werden. In der Praxis haben Rechtsanwälte beispielsweise versucht, in verwaltungsrechtlichen Verfahren auf den blankettausfüllenden Charakter einer Norm hinzuweisen, um so die engen Auslegungsregeln des Straf-

³⁵ BVerfGE 41, 314, 319; A. Ransiek, *Gesetz und Lebenswirklichkeit*, Heidelberg 1989, 106.

³⁶ So schon Rüping (wie Fn. 27), Art. 103 Abs. 2 Rn. 32; siehe auch BVerfGE 48, 48, 57; 75, 329, 340.

³⁷ BVerfGE 48, 48, 60 f.

³⁸ Ransiek (wie Fn. 35), 106.

³⁹ BGHSt 24, 54, 61; str., siehe H. Achenbach, in: Jaeger/Pohlmann/Rieger (Hg.), *Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht*, Bd. 6: §§ 81–131 GWB, Sachregister, Auslandsrechte, Köln (Loseblatt, Stand: 70. Lieferung 2010), Vorbem. § 81 GWB 2005 Rn. 44; G. Dannecker/J. Biermann in: Immenga/Mestmäcker (Hg.), *Wettbewerbsrecht*, Bd. 2: GWB, 4. Aufl., München 2007, Vor § 81 Rn. 53 ff.

⁴⁰ EuGH, Urteil vom 8.10.1987 – Rs. 80/86, *Kolpinghuis Nijmegen*, Slg. 1987, 3969 (Rn. 12 f.).

⁴¹ Schröder (wie Fn. 20), 389 ff.

rechts zu aktivieren.⁴² Das BVerfG folgt dem allerdings nicht, sondern wählt eine verfahrensbezogene Lösung. Eine Vorschrift wird nur dann den strengeren Grenzen des Art. 103 Abs. 2 GG unterworfen, wenn sie in einem strafrechtlichen Verfahren zur Anwendung kommen soll.⁴³

Strafverteidiger sollten im Zivil- oder Verwaltungsrecht gefundene Auslegungsergebnisse, die unter dem Einfluss von EU-Richtlinien stehen, also jeweils darauf überprüfen, ob sie die Auslegungsgrenzen des Strafrechts verlassen. Sie müssen wachsam sein, dass sich im Wege vermeintlich europarechtskonformer Auslegung das Strafrecht nicht immer weiter ausdehnt.⁴⁴ Freilich führt das nur in wenigen Fällen zu eindeutigen Ergebnissen, weil die äußerste Auslegungsgrenze des „noch möglichen Wortsinns“ einiges zulässt. Es geht aber auch darum, die im Wege der Richtlinienumsetzung nur zu oft außer Acht gelassene Ultima-ratio-Funktion⁴⁵ des Strafrechts anzumahnen. Denn wenn wir uns darin einig sind, dass es der Stellung des Strafrechts in unserem Rechtssystem zuwiderläuft, jeden außerstrafrechtlichen Normverstoß sogleich als strafatbestandsmäßig anzusehen, müssen sich Strafrechtswissenschaft und Praxis gleichermaßen dagegen wehren, dass in unserem Rechtssystem eine diffuse Auslegungsregel vermeintlicher Europarechtskonformität Einzug hält, die gleichsam zur gedankenlosen Pönalisierung von Handlungen führt.⁴⁶ Anderenfalls droht eine Wucherung des Strafbaren.⁴⁷

Diese Mahnung ist aktueller denn je. Auf der Grundlage des Vertrages von Lissabon werden wir in der Zukunft strafrechtsspezifische EU-Richtlinien sehen, bei denen sich die Frage der richtlinienkonformen Auslegung naturgemäß anders stellt. Diese Richtlinien, bei denen eine kriminalpolitische Willensbildung stattgefunden hat, vermitteln der richtlinienkonformen Auslegung einen ungleich stärkeren Impuls. Die Einzelheiten dazu können und müssen hier nicht mehr vertieft werden. Wichtig ist aber die Erkenntnis, dass es weiterhin die nur scheinbar „nichtstrafrechtlichen“ EU-Richtlinien auf dem Gebiet des Wirtschaftsrechts geben wird, die sich innerstaatlich das Kleid der blankettausfüllenden Norm überstreifen. Die Gefahr, dass dieser Bereich immer weiter unkontrolliert wächst, besteht auch nach Lissabon.

⁴² Siehe etwa BVerfG NJW 2006, 3340, 3341.

⁴³ BVerfG NJW 2006, 3340, 3341.

⁴⁴ Näher Schröder (wie Fn. 25), 597, 598 ff.

⁴⁵ W. Frisch, in: Küper/Welp (Hg.), Beiträge zur Rechtswissenschaft, FS für Walter Stree und Johannes Wessels zum 70. Geburtstag, Heidelberg 1993, 69, 85 ff., 95 ff.

⁴⁶ Schröder (wie Fn. 20), 450.

⁴⁷ Schröder (wie Fn. 20), 449; zustimmend K. Gaede/T. Mühlbauer, Wirtschaftsstrafrecht zwischen europäischem Primärrecht, Verfassungsrecht und der richtlinienkonformen Auslegung am Beispiel des Scalpings – Zugleich Besprechung von BGH wistra 2004, 109 –, wistra 2005, 9, 16.

3. Von der Freiheit zum Verbot

Nach diesem keineswegs vollständigen Blick auf die Verzahnung des nationalen Rechts mit dem Unionsrecht stellt sich Ernüchterung ein. An zu vielen Stellen sind rechtsstaatliche Verluste zu resümieren. Europäisierung und Internationalisierung des Strafrechts verlieren Attraktivität und Charme. Dieser Prozess hat auch damit zu tun, dass das europäische Recht anfangs vor allem danach strebte, durch supranationale Regelungen Freiheitsrechte im Wirtschaftsleben und für den Einzelnen durchzusetzen. Wie die EMRK bot das Gemeinschafts- bzw. Unionsrecht über Jahrzehnte die Chance, die Position des Bürgers in Europa zu verbessern. Nationales Straf- und Strafverfahrensrecht musste sich gleichsam „vor Gericht verantworten“, wenn EGMR und EuGH prüften, ob international verbürgte Rechte hinreichend gewahrt wurden.

Heute weht ein anderer Wind. Man spricht zwar noch von den Rechten des Beschuldigten, aber zusehends auch von Regulierung, Grenzen und Verboten. Das in den Mitgliedstaaten vorhandene Straf- und Strafverfahrensrecht wird als nicht ausreichend empfunden. Man sieht Verbesserungsbedarf und meint auch auf dem Gebiet des materiellen Rechts allen Ernstes, das international bewerkstelligen zu müssen. Nationales Strafrecht wird sich in der Zukunft immer öfter des Vorwurfs erwehren müssen, international vorgesehenen Restriktionen nicht ausreichend gerecht zu werden. Der einst spannende und reizvolle Prozess der Europäisierung und Internationalisierung des Straf- und Strafverfahrensrechts hat längst begonnen, sich umzukehren. Mit dieser Stoßrichtung bahnt sich das Unionsrecht auch auf dem Gebiet des Straf- und Strafverfahrensrechts seinen Weg. Jedenfalls wurde mit dem Vertrag von Lissabon eine entsprechende Grundlage verabschiedet, mit der ein erster Pflock eingeschlagen wurde. Freilich hat dieses Vorhaben einen gewissen Reiz, weil immer wieder übersehen wird, dass ein funktionierendes Strafrecht eine Gesellschaft gerechter gestalten und auch die Freiheit sozial Schwacher schützen kann. Allerdings lässt eine Analyse europäischer Normgebung in Bereichen, die auch strafrechtliche Bezüge haben, Böses ahnen. Aus der Perspektive moderner Strafverteidigung soll nachfolgend ein erster Ausblick gewagt werden.

III. Unionsrechtliche Strafnormsetzung: Ein Ausblick

1. Überblick

Mit dem Vertrag von Lissabon⁴⁸ wurde die sogenannte dritte Säule der polizeilichen und justiziellen Zusammenarbeit in Strafsachen (ex-Art. 29 ff. EUV) in den neuen AEU-Vertrag überführt, der mit dem EU-Vertrag die zentralen Regelungen des Primärrechts enthält. Dabei sieht der Vertrag auf begrenzten Gebieten eine mittelbare Strafgesetzgebung vor, die über EU-Richtlinien stattfinden soll. Erfreulich ist daran, dass der Versuch, unmittelbar anwendbares EU-Kriminalstrafrecht in Gestalt von EU-Verordnungen schaffen zu können, gar nicht erst unternommen wurde. Das wäre ohne eine maßgebliche Beteiligung der nationalen Parlamente auch nicht möglich gewesen. Ansonsten würden in diesen Fällen jedenfalls in Deutschland keine Urteile mehr im Namen des Volkes verkündet, weil es einerseits kein europäisches Staatsvolk gibt und andererseits die unmittelbare demokratische Legitimation zur Wahrung des strengen Gesetzesvorbehalts fehlen würde.⁴⁹ Mithin verleiht auch Art. 325 Abs. 4 AEUV der Union nicht die Befugnis, bei der Betrugsbekämpfung zum Nachteil der finanziellen Interessen der Union unmittelbar anwendbares Kriminalstrafrecht zu setzen.⁵⁰

Die eigentlichen Ermächtigungsgrundlagen enthalten Art. 82 und 83 AEUV. Deren Wortlaut ist wichtig, weil nach dem Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung (Art. 5 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 EUV) die Union nur innerhalb der Grenzen tätig werden darf, die die Mitgliedstaaten ihr in den Verträgen gesetzt haben. Die Strafrechtsangleichung ist ferner in die Grundsätze der Subsidiarität und der Verhältnismäßigkeit (Art. 5 Abs. 1 S. 2, Abs. 3 und 4 EUV) eingebettet. Die Mitgliedstaaten sind nach Art. 12 lit. b EUV und Art. 69 AEUV aufgerufen, auf die Einhaltung des Subsidiaritätsgrundsatzes zu achten.⁵¹ Der Vertrag von Lissabon begleitet die neue Harmonisierungskompetenz mit einem umfassenden Grundrechtsschutz. Nach Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 EUV erkennt die Union die Rechte, Freiheiten und Grundsätze an, die in der Charta der Grundrechte der Europäischen Union (GRCh) vom 7. Dezember 2000 niedergelegt sind.⁵² Nach Art. 6 Abs. 2 S. 1 EUV tritt die Union der EMRK bei. Art. 6 Abs. 3 EUV stellt nochmals klar, dass die Grundrechte nach der EMRK und den gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen

⁴⁸ Vertrag von Lissabon zur Änderung des Vertrags über die Europäische Union und des Vertrags über die Gründung der Europäischen Gemeinschaft, ABl. C 306 vom 17.12.2007, 1 ff.; konsolidierte Fassungen des Vertrags über die Europäische Union und des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union, ABl. C 115 vom 9.5.2008, 1 ff.

⁴⁹ Vgl. Schröder (wie Fn. 20), 116, 125 ff., 130.

⁵⁰ Str., siehe Ch. Schröder, Lissabon – Eine Chance für eine kriminalpolitisch unterlegte Harmonisierung des Strafrechts in Europa, in: Rill (Hg.), Von Nizza nach Lissabon – neuer Aufschwung für die EU, München 2010, 103, 110 f.

⁵¹ Zu Recht betont von BVerfG NJW 2009, 2267, 2280 Rn. 305.

⁵² In der Fassung vom 12.12.2007, ABl. C 303 vom 14.12.2007, 1 ff., ersetzt die GRCh in der Fassung vom 7.12.2000, ABl. C 364 vom 18.12.2000, 1 ff.

rungen der Mitgliedstaaten als allgemeine (Rechts-)Grundsätze Teil des Unionsrechts sind. Die Rezeption der EMRK ist im Unionsrecht zwar nicht neu,⁵³ allein ihre explizite Erwähnung stellt für Strafverteidiger aber einen Lichtblick dar.

2. Gegenstand der Harmonisierungsvorhaben

Die einzelnen Kompetenznormen zur Schaffung eines zukünftigen europäischen Strafrechts sind so komplex, dass sie an dieser Stelle nicht umfassend wiedergegeben werden können. Man kann aber die Harmonisierungsschritte doch bereits skizzieren.

a) Strafverfahrensrecht

Art. 82 AEUV zielt auf verfahrensrechtliche Regelungen ab. Das grundsätzliche Bedürfnis einer weiteren Vereinfachung der Zusammenarbeit von Strafverfolgungsbehörden in Europa kann man schwerlich bestreiten. Regeln für eine gute Zusammenarbeit von Behörden und Gerichten können nicht nur Verfahren beschleunigen, sondern zugleich deren Rechtsstaatlichkeit fördern.⁵⁴ Es ist daher zu begrüßen, dass der Vertrag von Lissabon die Möglichkeit eröffnet, justizielle Abläufe zu verbessern.

Nach Art. 82 Abs. 1 UAbs. 1 AEUV beruht die justizielle Zusammenarbeit auf dem Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung⁵⁵ gerichtlicher Urteile und Entscheidungen und umfasst die Angleichung der Rechtsvorschriften in den Bereichen, die Art. 82 Abs. 2 AEUV und Art. 83 Abs. 1 und Abs. 2 AEUV nennen. Der Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung wird von Art. 67 Abs. 3 AEUV mit Blick auf die Verhütung und Bekämpfung von Kriminalität nochmals gesondert angesprochen. Diesem Grundsatz soll also große Bedeutung zukommen, und man wird darin den Versuch erblicken können, das Subsidiaritätsprinzip zu wahren. Ob das gelingt, ist angesichts der Erfahrungen mit europäischer Normgebung, die sich viel zu oft in Einzelheiten verzettelt hat, allerdings zweifelhaft. Art. 82 Abs. 1 UAbs. 2 lit. a AEUV verleiht dem Europäischen Parlament und dem Rat die Möglichkeit, Regeln und Verfahren festzulegen, mittels derer die Anerkennung aller Arten von Urteilen und gerichtlichen Entscheidungen in der gesamten Union sichergestellt wird. Gemäß Art. 82 Abs. 2 UAbs. 1 S. 1 AEUV können zur Erleichterung der gegenseitigen Anerkennung durch EU-Richtlinien Mindestvorschrif-

⁵³ Siehe nur EuGH, Urteil vom 12.12.1996 – Rs. C-74/95 und C-129/95, X, Slg. 1996, I-6609 (Rn. 25).

⁵⁴ Beispielhaft *H. Radtke/F. Mahler*, Regelungsmodelle zur Vermeidung von Mehrfachverfolgung derselben Tat innerhalb der Europäischen Union, in: Steinberg (Hg.), FS für Hinrich Rüping, München 2008, 49 ff.

⁵⁵ Überblick zum Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung bei *H. Satzger*, Internationales und Europäisches Strafrecht, 4. Aufl., Baden-Baden 2010, § 10 Rn. 24 ff.; vertiefend *S. Gleß*, Zum Prinzip der gegenseitigen Anerkennung, ZStW 116 (2004), 353 ff.

ten festgelegt werden, weshalb über Art. 82 Abs. 2 AEUV mitgliedstaatliches Recht harmonisiert werden kann, um seine „Anerkennungsfähigkeit“ herzustellen. Die Nennung einzelner Bereiche in Art. 82 Abs. 2 UAbs. 2 AEUV zeigt bereits jetzt, dass die Tätigkeit des Strafverteidigers vor einer Europäisierung steht. Es wird um Beweismittel gehen,⁵⁶ aber auch um Beschuldigten- und Opferrechte. Etwas luftig kommt Art. 82 Abs. 2 UAbs. 2 lit. d AEUV daher, wonach „sonstige spezifische Aspekte des Strafverfahrens“, die vom Rat durch einstimmigen Beschluss mit Zustimmung des Parlaments bestimmt worden sind, harmonisiert werden können.

Auch wenn der Begriff nicht ganz passt, kann man von einer sektoralen Mindestharmonisierung sprechen, bei der nach Art. 82 Abs. 2 UAbs. 1 S. 2 AEUV die Unterschiede zwischen den Rechtsordnungen und Rechtstraditionen der Mitgliedstaaten berücksichtigt werden. Aus der Sicht des Strafverteidigers verdient Art. 82 Abs. 2 UAbs. 3 AEUV Beifall. Diese Vorschrift besagt, dass die Mitgliedstaaten nicht daran gehindert sind, die Mindeststandards nach Art. 82 Abs. 2 AEUV zu überschreiten und ein höheres Schutzniveau zu gewähren. Allerdings sollte Art. 82 Abs. 2 UAbs. 3 AEUV nicht dazu herhalten, um einer Harmonisierung aus dem Weg zu gehen, die in den rechtsstaatlichen Traditionen der Mitgliedstaaten wurzelt.⁵⁷ In alledem ruht durchaus die Chance, EU-Richtlinien zu erlassen, die sich neben der Verfahrensvereinfachung eben auch die Rechtsstaatlichkeit des Verfahrens zum Ziel setzen. Sollte es dazu nicht kommen, verspielt das Unionsrecht jedoch weiteren Kredit.

b) Materielles Strafrecht

Der Rat und das Europäische Parlament können ausweislich des Art. 83 Abs. 1 UAbs. 1 AEUV gemäß dem ordentlichen Gesetzgebungsverfahren durch Richtlinien Mindestvorschriften zur Festlegung von Straftaten und Strafen in Bereichen besonders schwerer Kriminalität festlegen. Dabei muss die Kriminalität grenzüberschreitende Bezüge haben und Anlass geben, sie auf einer gemeinsamen Grundlage zu bekämpfen. Art. 83 Abs. 1 UAbs. 2 AEUV konkretisiert diese Kriminalitätsbereiche und zählt Terrorismus, Menschenhandel und sexuelle Ausbeutung von Frauen und Kindern, illegalen Drogen- und Waffenhandel, Geldwäsche, Korruption, Fälschung von Zahlungsmitteln, Computerkriminalität und organisierte Kriminalität auf.

Mit der Nennung der „organisierten Kriminalität“, aber auch mit Schlagworten wie „Terrorismus“ oder „Korruption“, haben bedenklich weite Formulierungen in Art. 83 Abs. 1 UAbs. 2 AEUV Eingang gefunden. Diese Extension hat das BVerfG

⁵⁶ Näher dazu die Stellungnahme zum Grünbuch der EU-Kommission von B. Schünemann/B. Roger, Stellungnahme zum Grünbuch der EU-Kommission „Erlangung verwertbarer Beweise in Strafsachen aus einem anderen Mitgliedstaat“ (KOM [2009] 624 endg.), ZIS 2010, 92 ff., abrufbar im Internet unter <http://www.juris-online.com> (Stand: 3.8.2010).

⁵⁷ W. Hassemer, Gemeinsame Standards für Strafverfahren in Europa?, in: Jung/Luxemburger/Wahle (Hg.), FS für Egon Müller, Baden-Baden 2008, 251, 254.

im Lissabon-Urteil erkannt, eine restriktive Auslegung angemahnt und das deutsche Mitglied im Rat der Weisung des deutschen Gesetzgebers unterstellt.⁵⁸

Nachdenklich stimmt auch, dass der Rat nach Art. 83 Abs. 1 UAbs. 3 AEUV je nach Entwicklung der Kriminalität einen Beschluss erlassen kann, in dem andere Kriminalitätsbereiche bestimmt werden. Der Beschluss muss zwar einstimmig und nach Zustimmung des Europäischen Parlaments ergehen. Indes besteht hier die Gefahr einer verkappten Kompetenzerweiterung. Das BVerfG hat dazu im Lissabon-Urteil klare Sätze formuliert.⁵⁹ Richtigerweise verlangt das Gericht im Fall des Art. 83 Abs. 1 UAbs. 3 AEUV, dass der deutsche Gesetzgeber nach Art. 23 Abs. 1 S. 2 GG tätig wird. Man kann das nur begrüßen, weil die Entäußerung von Gesetzgebungskompetenzen im Lichte des Prinzips der begrenzten Einzelermächtigung und aus Gründen der innerstaatlichen Legitimation und Akzeptanz ein Zustimmungsgesetz erforderlich macht. Alles andere wäre ein Schritt zur Kompetenz-Kompetenz der Europäischen Union auf dem Gebiet des Strafrechts gewesen.⁶⁰

Art. 83 Abs. 2 AEUV spricht schließlich bereits harmonisierte Bereiche der EU-Politik an. Wenn auf einem solchen Gebiet eine Angleichung von strafrechtlichen Rechtsvorschriften als unerlässlich für die wirksame Durchführung der EU-Politik erscheint, gibt Art. 83 Abs. 2 S. 1 AEUV der Union die Möglichkeit, Mindestvorschriften für Straftaten und Strafen festzulegen. Art. 83 Abs. 2 AEUV bildet letztlich das ab, was man unter dem Eindruck der Rechtsprechung des EuGH schon vor Lissabon unter die Überschrift der „Annexkompetenz“ stellte.⁶¹ Es ist gut, dass diese bedenkliche Rechtsprechung des EuGH mit Art. 83 Abs. 2 AEUV eine primärrechtliche Grundlage erhält. Noch besser ist jedoch, dass nach der Ermächtigungsnorm eine entsprechende Harmonisierung „unerlässlich für die wirksame Durchführung der Politik der Union“ sein muss. An dieser Stelle hat das BVerfG nochmals nachgehakt: Für die Unerlässlichkeit muss „nachweisbar feststehen, dass ein gravierendes Vollzugsdefizit tatsächlich besteht“.⁶²

⁵⁸ BVerfG NJW 2009, 2267, 2288 Rn. 363, 2289 Rn. 365; vgl. aber auch *M. Mansdörfer*, Das europäische Strafrecht nach dem Vertrag von Lissabon – oder: Europäisierung des Strafrechts unter nationalstaatlicher Mitverantwortung, HRRS 2010, 11, 16, abrufbar im Internet unter <http://www.hrr-strafrecht.de> (Stand: 3.8.2010).

⁵⁹ BVerfG NJW 2009, 2267, 2289 Rn. 363.

⁶⁰ Zum Ganzen sehr lesenswert BVerfG NJW 2009, 2267, 2274 Rn. 252 f., 2287 Rn. 355 f.; siehe aber wiederum auch *Mansdörfer* (wie Fn. 58), 11, 17.

⁶¹ EuGH, Urteil vom 13.9.2005 – Rs. C-176/03, *Kommission/Rat*, Slg. 2005, I-7879 (Rn. 47 f.); ähnlich EuGH, Urteil vom 23.10.2007 – Rs. C-440/05, *Kommission/Rat*, Slg. 2007, I-9097 (Rn. 66, 70 f.); aber auch BVerfG NJW 2009, 2267, 2288 Rn. 361.

⁶² BVerfG NJW 2009, 2267, 2288 Rn. 362.

c) Das Vetorecht nach Art. 82 Abs. 3 und 83 Abs. 3 AEUV

Ein sehr interessanter Punkt wird in Art. 82 Abs. 3 und Art. 83 Abs. 3 AEUV geregelt. Für Richtlinienentwürfe auf den Gebieten des Straf- und Strafverfahrensrechts (nach Art. 82 Abs. 2 AEUV, Art. 83 Abs. 1 und Abs. 2 AEUV)⁶³ erhalten die Mitgliedstaaten die Möglichkeit, die „Notbremse“ zu ziehen und aus Gesetzesvorhaben auszusteigen.⁶⁴ Ist ein Mitglied des Rates der Auffassung, dass ein Entwurf einer Richtlinie grundlegende Aspekte seiner Strafrechtsordnung berührt, kann er beantragen, den Europäischen Rat damit zu befassen. Das ordentliche Gesetzgebungsverfahren ist dann auszusetzen und steht gleichsam auf freier Strecke. Soweit man sich einigen kann, wird der Entwurf innerhalb von vier Monaten an den Rat zurückverwiesen und das Gesetzgebungsverfahren fortgesetzt.

Sofern kein Einvernehmen erzielt wird, kann der Richtlinienentwurf mindestens neun Mitgliedstaaten für eine „Verstärkte Zusammenarbeit“ dienen. Ein einzelner Mitgliedstaat kann das Vorhaben mithin nicht dauerhaft blockieren oder zu Fall bringen, sich aber doch der Harmonisierung entziehen, wenn er – wie Art. 83 Abs. 3 UAbs. 1 S. 1 AEUV verlangt – grundlegende Aspekte seiner Strafrechtsordnung als berührt ansieht.

Das BVerfG sieht für das Vetorecht nach Art. 82 Abs. 3 und Art. 83 Abs. 3 AEUV eine Rückbindung an den deutschen Gesetzgeber vor. Der deutsche Vertreter im Rat soll das Vetorecht nur nach Weisung des Deutschen Bundestags ausüben.⁶⁵ Diese Rückbindung an das Parlament ist zu begrüßen, weil das Strafrecht im Sinne des strengen Gesetzesvorbehalts einer starken Legitimation bedarf.⁶⁶ Allerdings weht mit diesem Regelungsmechanismus auch ein morbider Hauch durch das Unionsrecht, denn dieses Recht verliert einen Teil von dem, was seine rechtliche Faszination ausmachte.

Faszinierend war, dass die Mitgliedstaaten der Gemeinschaft Gesetzgebungskompetenzen übertragen hatten und die Gemeinschaft kraft dieser Ermächtigung über ex-Art. 249 EGV (jetzt Art. 288 AEUV) Vorschriften schaffen konnte, die in den Mitgliedstaaten unmittelbar anwendbar waren (EG-Verordnungen) oder die Gesetzgebungsorgane der Mitgliedstaaten zur Normgebung verpflichteten (EG-Richtlinien). Besonders spannend war die darin ruhende Anerkennung zukünftigen Rechts neben dem eigenen Recht.⁶⁷ Es gab etwas, was man als vorausseilende

⁶³ Art. 82 Abs. 1 AEUV ist ausgenommen.

⁶⁴ Näher *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, 406, 413 f., abrufbar im Internet unter <http://www.zis-online.com> (Stand: 3.8.2010).

⁶⁵ BVerfG NJW 2009, 2267, 2289 Rn. 365; siehe das Gesetz über die Wahrnehmung der Integrationsverantwortung des Bundestages und des Bundesrates in Angelegenheiten der Europäischen Union (IntVG) vom 22.9.2009, BGBl I S. 3022.

⁶⁶ *Schröder* (wie Fn. 20), 115, 125 ff.

⁶⁷ *H.P. Ipsen*, Das Verhältnis des Rechts der europäischen Gemeinschaften zum nationalen Recht, in: Aktuelle Fragen des europäischen Gemeinschaftsrechts, Europarechtliches Kolloquium 1964, Stuttgart 1965, 1, 26.

Akzeptanz bezeichnen kann. Schließlich verpflichteten sich die Mitgliedstaaten, Normen zu akzeptieren und anzuwenden, die im Zeitpunkt der mitgliedstaatlichen Ratifikation des Primärrechts noch nicht existierten. Man entäußerte sich der eigenen Kompetenz und unterwarf sich der zukünftigen Regelung, ohne zu wissen, was da kommt.

Genau dieser Vorgang birgt auch eine logische Begründung des Vorrangs des Gemeinschaftsrechts. *Ipsen* hat ihn teleologisch aus dem Prinzip der Sicherung der Funktionsfähigkeit der Gemeinschaft hergeleitet.⁶⁸ Das überzeugt, weil man bei Abschluss der Verträge übereinkam, den Organen der Gemeinschaft auf bestimmten Gebieten ein Instrumentarium an die Hand zu geben, mit dem Vorschriften in der Gemeinschaft einheitlich gelten konnten. Das bedingt einen Vorrang des gemeinschaftlichen Rechts. Ließe sich nämlich die Wirksamkeit dieser Normen durch eine abweichende Regelung in einem der Mitgliedstaaten wieder nivellieren, wäre das gesamte System gesprengt. Deshalb wird z.B. in Deutschland entgegenstehendes Recht bis zu den Grenzen des Art. 23 Abs. 1 S. 3 GG verdrängt.

Diesen Vorrang wird es zwar weiterhin geben, jedoch kann ein Mitgliedstaat kraft des innerstaatlich gebundenen Vetorechts nunmehr selbst bestimmen, ob er Adressat einer EU-Richtlinie wird. Es gibt eine viel stärkere Rückbindung als zuvor. Es würde vielleicht zu weit gehen, diese Neuerung als völkerrechtlichen Rückfall zu bezeichnen. Das Unionsrecht verliert über das Vetorecht nach Art. 82 Abs. 3 und 83 Abs. 3 AEUV aber einen Teil seiner Faszination und Kraft. Dass es dazu gekommen ist, liegt an den Organen der Gemeinschaft selbst und auch an der schillernden Rechtsprechung des EuGH zur Annexkompetenz. Freilich ist es die Aufgabe des EuGH, das Unionsrecht auszulegen, und damit war diese „Selbstzuweisung“ von Kompetenzen hinzunehmen. Jedoch wurde auf strafrechtlichem Gebiet der Bogen eben doch überspannt. Insoweit ist zu begrüßen, dass dieser schleichen den Kompetenzausweitung ein Vetorecht nebst innerstaatlicher Rückbindung entgegengesetzt wurde. Gleichwohl bleibt ein Moment der Wehmut, weil die eigenständige, innovative und mitunter auch im guten Sinne provozierende Kraft des Unionsrechts nachlassen wird.

d) Eine große Chance für europäische Kriminalpolitik

In dem neuen Regelwerk liegt – nicht zuletzt aufgrund des Vetorechts – aber auch eine Chance zum Aufbruch. Eine europäische Kriminalpolitik, die ihre Ergebnisse im Diskurs findet, ist greifbar nah. Auf der Ebene der Union, aber eben auch in den Mitgliedstaaten, können kriminalpolitische Willensbildungsprozesse entstehen.⁶⁹ Infolge der parlamentarischen Rückbindung gilt das für Deutschland in

⁶⁸ *H.P. Ipsen*, Europäisches Gemeinschaftsrecht, Tübingen 1972, 10/36, 10/40 ff.; *ders.* (wie Fn. 67), 1, 17.

⁶⁹ Vgl. *H. Satzger*, Der Mangel an Europäischer Kriminalpolitik. Anlass für das Manifest der internationalen Wissenschaftlergruppe „European Criminal Policy Initiative“, ZIS 2009,

besonderem Maße. Darin ruht etwas, von dem eine neue Faszination ausgehen könnte. Die Teilhabe am Willensbildungsprozess kann dazu führen, dass unsere Parlamente auf strafrechtlichem Gebiet fortan keine EU-Richtlinien durchwinken, weil man sich an „Richtlinien aus Brüssel“ gebunden sieht und es nicht anders geht. Das war aus anderen Rechtsgebieten viel zu oft zu hören. Die Möglichkeit zur Teilhabe kann mithin dazu führen, entsprechende Richtlinien als „unser Recht“ und nicht als „Recht aus Brüssel“ zu begreifen. Das wäre ein Durchbruch.

Zudem kann europäische Kriminalpolitik dadurch begeistern, dass sie sich nicht in kleinteiliger Gesetzgebung verliert. Sie muss gerade bei den Rechten des Einzelnen auch Freiheit verbürgen und begreifen, dass es immer ein gewisses Maß an Kriminalität geben wird. Der Ultima-ratio-Gedanke muss auf europäischer Ebene jenseits des Subsidiaritätsprinzips auch in jedem Gesetzgebungsvorhaben beachtet werden.

3. *Wie wird europäisiertes Strafrecht aussehen?*

Die Europäisierung des Strafrechts wird nur dann gelingen, wenn die so geschaffenen Normen in den Mitgliedstaaten akzeptiert werden. Jeder erfahrene Strafverteidiger kann heute im Nebenstrafrecht europäisierte Vorschriften nennen, die in geradezu aberwitzige Verweisungsketten münden oder verquere Formulierungen aufweisen. Wir kennen auch genügend Beispiele aus dem Bereich des Kapitalmarktstrafrechts oder des Außenwirtschaftsrechts, die belegen, wie mehrfache Gesetzesänderungen zerrupft wirkende Straftatbestände hinterlassen haben. Das liegt mitunter auch am nationalen Gesetzgeber, aber die Vorgaben des Unionsrechts werden zusehends schlechter und konzeptionsloser. Sogar dort, wo der Verteidiger europäisierte und ausnahmsweise aus sich heraus lesbare Straftatbestände zur Hand nimmt, stößt er auf schwer verständliche und im Anwendungsbereich zu weite Vorschriften. Die Geldwäsche nach § 261 StGB bildet insoweit ein mahnendes Beispiel. Man kann nur hoffen, dass diese Art der Gesetzgebung nach Lissabon der Vergangenheit angehört. Strafrecht muss verständlich und darf nicht Gegenstand ständiger Gesetzesänderungen sein. Nur dann kann es Rechtssicherheit stiften und präventiv wirken.

IV. Zusammenfassung

Nicht erst seit Lissabon ist das Strafrecht mit dem europäischen Recht verwoben. In der Anwendung nationalen Strafrechts bot und bietet das europäische Recht dem informierten Strafverteidiger hervorragende Verteidigungsmöglichkeiten. Allerdings wird sich das Unionsrecht in der Zukunft verstärkt der Vereinheitlichung des Straf-

691 ff., abrufbar im Internet unter <http://www.zis-online.com> (Stand: 3.8.2010); siehe auch Schröder (wie Fn. 20), 185 ff., 445 f.

und Strafverfahrensrechts zuwenden. Die Union muss darauf achten, sich dabei nicht in kleinteiliger Reglementierung zu verzetteln. Sie hat Europa Frieden und Freiheit gestiftet und in diesen Werten ruht auch ihre eigentliche Aufgabe.