

3M PH 1150 - 2010

Goldammer's Archiv für Strafrecht

ISSN 0017-1956

Begründet 1853

Herausgegeben von

Jürgen Wolter, Paul-Günter Pötz, Wilfried Küper, Michael Hettinger

2010

157. Jahrgang

Seiten 1-726



R. v. Decker

Das »Lissabon«-Urteil und seine Folgen für das Europäische Strafrecht

Von Wissenschaftl. Assistent Dr. Michael Kubiciel, Regensburg*

Die Entscheidung des BVerfG markiert einen Wendepunkt. Während die europäischen Institutionen das Strafrecht zuletzt als eine instrumentale Befugnis des Gemeinschaftsgesetzgebers zur Durchsetzung seiner Ziele behandelt haben, betont das BVerfG die Abhängigkeit des Strafrechts von der Kultur und Geschichte der Mitgliedstaaten. Für die Anwendung der europäischen Kompetenztitel stellt das Gericht daher detaillierte Vorgaben auf. Trägt die Kriminalpolitik Vorgaben und Geist des Urteils Rechnung, ist die Tendenz zur breitflächigen Angleichung des Strafrechts zwar gestoppt. Gleichwohl bieten sich dem Europäischen Strafrecht Perspektiven, die über den Kompetenzkatalog des Lissabon-Vertrags hinausweisen.

I. Einführung

Mit seinem Urteil vom 30.6.2009 hat das *BVerfG*¹ dem Wunsch nach einer »immer engeren Union der Völker Europas« (Art. 1 II EUV) ein deutliches »Bis hierher und nicht weiter«² entgegen gehalten. Unter Verweis auf das Demokratieprinzip und die Verfassungsidentität zieht es der europäischen Integration nicht nur allgemeine, verfassungsrechtliche Grenzen. Es tritt vor allem der Europäisierung eines Rechts entgegen, das in hohem Maße legitimationsbedürftig ist: das Recht des Staates, seine Bürger zu bestrafen. Das Urteil lediglich als Ausdruck eines längst überholten Souveränitätsdenkens³ oder als Resultat unangemessener demokratiethoretischer Ansprüche an die Europäische Union⁴ einzustufen, wird seiner vielschichtigen Begründung nicht gerecht. In seinen Ausführungen zur europäischen Kriminalpolitik argumentiert das *BVerfG* nämlich nicht staats-, sondern strafrechtstheoretisch. Blickt man hinter die modern anmutende demokratie- und diskurstheoretische Fassade, zeigt sich ein nachgerade klassisches Strafrechtsverständnis, das *Welzel* in die Worte kleidete, das Strafrecht sei Spiegelbild der Kultur einer Gesellschaft, das die »Nachtseite des Volkslebens« abbilde.⁵ Wer im Europäischen Strafrecht ein bloßes Instrument zur Durchsetzung von Gemeinschaftszielen oder zur Schaffung einer europäischen Identität gesehen hat, muss das Urteil als Rückschlag empfinden. Den Bürgern Europas aber erweist das *BVerfG* einen Dienst. Indem es die Kriminalpolitik zu einer exakteren Vermes-

* Unwesentlich veränderte Fassung eines Vortrags, den der Verf. am 24.9.2009 an der Renmin School of Law, Renmin Universität Peking, V. R. China, gehalten hat. Vgl. auch den vorstehenden Beitrag von Pastor Muñoz.

1 BVerfG Urteil v. 30.6.2009 – 2 BvE 2/08 u. a., NJW 2009, 2267 (im Folgenden zitiert nach den Rz. der Entscheidung).

2 So Lenz FAZ v. 7.8.2009, S. 7.

3 So Halberstam/Möllers German Law Journal 10 (2009), 1241, 1250; Heger ZIS 2009, 406, 417; krit. auch Suhr ZEuS 2009, 687 ff.; das BVerfG verteidigend Gärditz/Hillgruber JZ 2009, 872, 875 f.

4 So C. Schönberger German Law Journal 10 (2009), 1201, 1210 ff.; Fotz ZIS 2009, 427.

5 *Welzel*, Das Deutsche Strafrecht, 3. Aufl. 1954, S. 199. Zum »Spiegelcharakter der Rechtsordnung« Holz ARSP 39 (1950/51), 557 ff.

sung des Raums legitimer Strafrechtsangleichungen verpflichtet, schützt es die Bürger vor Freiheitseinbußen als Folge einer Erzwingung uniformer Verhaltensnormen, die über soziokulturelle Unterschiede zwischen den Mitgliedstaaten hinweg gehen. Insoweit setzt das Gericht der Europäisierung des Strafrechts zwar Grenzen. Zur Tatenlosigkeit werden die Brüsseler Kriminalpolitiker aber nicht verurteilt. Ein freiheitstheoretisch anspruchsvolles Europäisches Strafrecht hat, wie zu zeigen sein wird, komplexere Aufgaben, als der Wortlaut des Lissabon-Vertrags vermuten lässt.

II. Das Europäische Strafrecht vor der Entscheidung des BVerfG

1. Von der »*domaine réservé*« der Mitgliedstaaten zur instrumentalen Befugnis der Europäischen Gemeinschaft

Die Idee einheitlicher Straftatbestände in Europa skizzierte zwar schon *v. Liszt*.⁶ Als »*law in action*« ist das Europäische Strafrecht indes noch ein junges Geschöpf. Seine Geburt war von den Gründungsvätern der Europäischen Gemeinschaften nicht vorgesehen,⁷ in der Rechtswissenschaft galt die Schaffung eines Europäischen Strafrechts als unrealistisch⁸ und auch die europäischen Institutionen näherten sich dem Strafrecht lange Zeit nur mit spitzen Fingern.⁹ Substanziell änderte sich dies mit dem Vertrag von Maastricht, der mit den Vorschriften des EUV über die polizeiliche und justizielle Zusammenarbeit den Rahmen für strafrechtliche Harmonisierungsmaßnahmen schuf.¹⁰ Nicht nur von den Kompetenzen des EUV ist in den letzten Jahren reger Gebrauch gemacht worden.¹¹ Den wohl nachhaltigsten Wachstumsschub hat das Europäische Strafrecht durch eine extensive Interpretation des EGV erhalten: In seinem Urteil zum »Umweltschutz-Rahmenbeschluss« aus dem Jahr 2005 vertrat der *EuGH* die Auffassung, das Fehlen einer ausdrücklichen Ermächtigung zur Vereinheitlichung des Strafrechts im EGV hindere den Gemeinschaftsgesetzgeber nicht, Maßnahmen in Bezug auf das Strafrecht der Mitgliedstaaten zu ergreifen, um die volle Wirksamkeit europäischer Rechtsnormen zu gewährleisten.¹² Zwei Jahre später bekräftigte der *EuGH* diese Interpretation: Dass Art. 80 II EGV nur vom Erlass »geeigneter Vorschriften« spricht und Art. 5 II, III EGV mit dem Subsidiaritäts- und Verhältnismäßigkeitsprinzip ein kompetenzrechtliches Regulativ¹³ enthält, schließt nach Auffassung des *EuGH* die Harmonisierung des Strafrechts nicht aus. Der *Gerichtshof* erblickt in dem unbestimmten Wortlaut vielmehr ein Indiz für »eine weit reichende«, auch das Strafrecht umfassende Anweisungsbefugnis.¹⁴ Damit hat der *EuGH*

6 *v. Liszt* ZStW 38 (1917), 1.

7 *Sieber* ZStW 121 (2009), 1.

8 *Jeschek* ZStW 65 (1953), 496, 517 f.

9 Dazu *Perron*, in: *Dörr/Dreher* (Hrsg.), *Europa als Rechtsgemeinschaft*, 1997, S. 138 ff.

10 *Perron*, FS Küper, 2007, S. 429, 430 f.

11 *Ambos*, *Internationales Strafrecht*, 2. Aufl. 2008, § 12 Rn 9 ff.; *Hecker*, *Europäisches Strafrecht*, 2. Aufl. 2007, § 11 Rn 11 ff.; *Satzger*, *Internationales und Europäisches Strafrecht*, 3. Aufl. 2009, § 8 Rn 58.

12 *EuGH* Rs. C-176/03, Slg. 2005, I-7879. Zustimmung *Böse* GA 2006, 211 ff.; krit. *Hefendehl* ZStW 119 (2007), 832 ff.; *Heger* JZ 2006, 312 ff.; *Schünemann* StV 2006, 362, 364; ablehnend *Braum* JZ 2000, 493, 500; differenzierend *Frisch* GA 2007, 250, 272 f.; *Kubiciel* NStZ 2007, 137, 140 f.

13 Näher *Kubiciel* NStZ 2007, 137, 138 f., 141.

14 *EuGH* Rs. C-440/05, JZ 2008, 248; dazu *Elsele* JZ 2008, 251 f.; *F. Zimmermann* NStZ 2008, 662 ff.

nicht nur den Inhalt des EGV in sein Gegenteil verkehrt,¹⁵ sondern vor allem einer grundsätzlich veränderten Haltung der europäischen Institutionen gegenüber dem Strafrecht Ausdruck verliehen. Das Strafrecht gilt nicht mehr als Kern nationaler Souveränität, sondern als »instrumentale Befugnis im Dienst der Wirksamkeit des Gemeinschaftsrechts«¹⁶.

2. Expansionspotenzial des Lissabon-Vertrags

Der in Lissabon beschlossene »Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV)« folgt der Tendenz zur Ausweitung der strafrechtlichen Kompetenzen der EU. Neben Art. 82 AEUV, der die Einführung von strafverfahrensrechtlichen Mindestvorschriften zur Erleichterung der justiziellen Zusammenarbeit ermöglicht, erlaubt Art. 325 IV AEUV den Erlass supranationaler Straftatbestände zur Bekämpfung von »Betrügereien« zum Schaden der Europäischen Union,¹⁷ während Art. 83 AEUV der Union das Recht zur Harmonisierung des nationalen Strafrechts verleiht. Per Harmonisierungsrichtlinien dürfen fortan Mindestvorschriften zu Straftaten und Strafen »in Bereichen besonders schwerer Kriminalität« festgesetzt werden, die »aufgrund der Art oder der Auswirkungen der Straftaten oder aufgrund einer besonderen Notwendigkeit, sie auf einer gemeinsamen Grundlage zu bekämpfen, eine grenzüberschreitende Dimension haben« (Art. 83 I AEUV). Zudem sieht Art. 83 II AEUV eine strafrechtliche Annexkompetenz für alle Gebiete vor, auf denen Harmonisierungsmaßnahmen erfolgt sind, sofern sich die Angleichung der strafrechtlichen Rechtsvorschriften als unerlässlich für die wirksame Durchführung der Politik der Union auf diesen Gebieten erweisen sollte.

Die Neufassung der Ermächtigungsgrundlagen beendet zwar alte Kompetenzstreitigkeiten, indem sie die Voraussetzungen für eine Strafrechtsharmonisierung präzisiert und vor allem die Rechtsprechung des *EuGH* zur Annexkompetenz legalisiert. Der Lissabon-Vertrag bringt jedoch auch neue Unklarheiten mit sich, die das Potenzial für eine starke Expansion des Europäischen Strafrechts in sich bergen. So ermöglichen die in Art. 83 I UAbs. 2 AEUV enthaltenen Beschreibungen von Formen besonders schwerer Kriminalität (Terrorismus, Korruption, Computerkriminalität, organisierte Kriminalität etc.) eine Angleichung von sämtlichen Straftatbeständen, die in irgendeinem Zusammenhang mit den genannten Phänomenen stehen.¹⁸ In welchem Ausmaß die vagen Kompetenztitel genutzt werden könnten, deuten beispielsweise die zahlreichen Strafvorschriften an, die der *United Nations Convention against Corruption* zufolge zur Bekämpfung der Korruption notwendig sind. Neben den klassischen Bestechungsdelikten finden sich dort Vorgaben zur Untreue, zum Amtsmissbrauch, zu Anschlussstaten und anderem

¹⁵ Satzger KritV 2008, 17, 22.

¹⁶ So Generalanwalt Ruiz-Jarabo Colomer, Schlussanträge in der Rechtssache C-176/03, Slg. 2005 I-7881, Rn 85. Krit. Kubiciel NStZ 2007, 136, 137 f.; Stubbs/Jäger KritV 2008, 57, 65 ff.; ebenso Ambos (Fn 11), § 11 Rn 30 a; Rackow ZIS 2008, 526, 536; Leblois-Happe/Pin/Walther Revue internationale de droit pénal, Bd. 78 (2007), 621, 626 ff.; Weigend, FS Sootak, 2008, S. 243, 245.

¹⁷ Hecker iurratio 2009, 81, 85; T. Walter ZStW 117 (2005), 913, 917 f.; Weigend ZStW 116 (2004), 276, 288; Zieschang, FS Tiedemann, 2008, S. 1303, 1309, 1313. Krit. aber Heger ZIS 2009, 406, 415.

¹⁸ Krit. Weigend ZStW 116 (2004), 275, 283.

mehr.¹⁹ Dass die europäischen Institutionen solche Interpretationsspielräume zurückhaltend nutzen werden, ist angesichts der Neigung des europäischen Gesetzgebers zur »Breitbandkriminalisierung«²⁰ und der Auffassung des *EuGH*, die Unklarheit von Kompetenztiteln belege die Weite der Rechtssetzungsbefugnis, nicht zu vermuten. Zusätzliches Expansionspotenzial enthalten die höchst interpretationsbedürftige Formulierung des Art. 83 I AEUV, Straftatbestände dürften harmonisiert werden, wenn dazu »eine besondere Notwendigkeit« bestünde, und die in Art. 83 I UAbs. 3 AEUV enthaltene Blankettermächtigung, den Katalog besonders schwerer Straftaten zu erweitern, wenn die Entwicklung der Kriminalität eine Harmonisierung erfordere. Die tiefsten Einbrüche europäischer Vorgaben in die nationalen Strafrechtsordnungen ermöglicht aber die Annexkompetenz des Art. 83 II AEUV. Nimmt man sie beim Wort, gestattet die Vorschrift Richtlinien zur strafrechtlichen Durchsetzung sämtlicher von der Europäischen Union in der Vergangenheit oder Zukunft erlassenen Verhaltensnormen, die der Erreichung von Gemeinschaftszielen oder diesen vorgelagerten Zwischenzielen dienen.²¹ Angesichts der kaum begrenzten Weite ist die Annexkompetenz mehr als ein wichtiger Baustein des Europäischen Strafrechts.²² Sie ist ein Einfallstor zur »Totalharmonisierung« des Strafrechts.²³

III. Das Europäische Strafrecht nach der Entscheidung des *BVerfG*

1. Ausgangspunkt der Entscheidung

Mit seiner Entscheidung drosselt das *BVerfG* das atemberaubende Tempo, das die Entwicklung des Europäischen Strafrechts in den letzten Jahren gewonnen hat. Das *BVerfG* betont die – von den europäischen Institutionen nivellierten – Besonderheiten des Strafrechts und rechnet diese Rechtsmaterie dem Kern nationaler Souveränität zu. Politischen Gestaltungsspielraum benötigten die Mitgliedstaaten nämlich insbesondere in den Sachbereichen, »die die Lebensumstände der Bürger, vor allem ihren von den Grundrechten geschützten privaten Raum der Eigenverantwortung und der persönlichen und sozialen Sicherheit prägen, sowie für solche politische Entscheidungen, die in besonderer Weise auf kulturelle, historische und sprachliche Vorverständnisse angewiesen sind, und die sich im parteipolitisch und parlamentarisch organisierten Raum einer politischen Öffentlichkeit diskursiv entfalten.« Zu diesen Bereichen gehöre auch die Strafrechtspflege.²⁴

Da der Souveränitätsbegriff nicht zum Vokabular des GG gehört,²⁵ fungiert das Demokratieprinzip als argumentativer Hebel. Als Teil der unabänderlichen Verfassungsidentität (vgl. Art. 79 III GG) soll das Demokratieprinzip nach Auffassung des *BVerfG* weitreichende europäische Zuständigkeiten für die Kriminalpo-

¹⁹ S. dazu Kubiciel *Int.Crim.L.Rev.* 9 (2009), 139, 141 ff. Bacarese/Doig/Jorge/Kubiciel, in: United Nations (Hrsg.), *Technical Guide to the United Nations Convention Against Corruption*, 2009, S. 80 ff.

²⁰ Treffend Eser, in: BKA (Hrsg.), *Verbrechensbekämpfung in europäischer Dimension*, 1992, S. 21, 25 f.

²¹ Vgl. Braum *ZIS* 2009, 418 f.; Tiedemann, *FS H. Jung*, 2007, S. 987, 1001; Weigend, *FS Sootak*, S. 243, 248; Zieschang, *FS Tiedemann*, S. 1303, 1312 f.

²² Sieber *ZStW* 121 (2009), I, 48.

²³ Hefendehl *ZIS* 2006, 161, 166.

²⁴ *BVerfG* (Fn 1), Rz. 249.

²⁵ *Classen JZ* 2009, 881, 885.

litik ausschließen – und zwar ganz unabhängig von der Ausgestaltung der europäischen Rechtssetzungsverfahren. Anders als viele Vertreter der Rechtswissenschaft, kritisiert das Gericht also nicht die *Form* der europäischen Gesetzgebung.²⁶ Diese dürfe durchaus den Besonderheiten supranationaler Organisationen Rechnung tragen.²⁷ Das *BVerfG* bezweifelt aber grundsätzlich, dass eine Strafgesetzgebung auf europäischer Ebene die *Funktion* demokratischer Gesetzgebungsverfahren wahrnehmen könne: den Willen des Volkes zu repräsentieren. Auch wenn für einzelne Bereiche bereits »eine europäische Öffentlichkeit in ihren jeweiligen staatlichen Resonanzräumen« entstanden sei, bleibe die öffentliche Wahrnehmung von Sachthemen doch in erheblichem Umfang an nationalstaatliche, sprachliche, historische und kulturelle Identifikationsmuster angeschlossen.²⁸ Dies gelte insbesondere für Entscheidungen über das Strafrecht. Da aus europaweit geteilten Werten und sittlichen Prämissen die Pönalisierung sozialen Verhaltens nur eingeschränkt normativ abgeleitet werden könne, sei die Strafgesetzgebung »von kulturellen, historisch gewachsenen, auch sprachlich geprägten Vorverständnissen und von den im deliberativen Prozess sich bildenden Alternativen abhängig, die die jeweilige öffentliche Meinung« in den Mitgliedstaaten bewegen. Dass die europäische Rechtssetzung nur dann demokratisch legitimiert sei, wenn sie sich im Rahmen der Einzelermächtigungen halte,²⁹ beruht folglich auf der (höchst voraussetzungsreichen) Annahme, grundsätzlich könne nur die staatliche Gesetzgebung den Willen des Volkes abbilden. Die Entscheidung über strafwürdiges Verhalten, über den Rang von Rechtsgütern und den Sinn und das Maß der Strafandrohung sei daher dem demokratischen – und zwar: mitgliedstaatlichen – Entscheidungsprozess zu überantworten³⁰ und die Kompetenztitel des AEUV seien »strikt – keinesfalls extensiv – auszulegen«.³¹

2. Strafrechtliche Konsequenzen

Aus diesem Grundsatz leitet das *BVerfG* vier wichtige Vorgaben ab. Zum einen wird die Reichweite von Mindestvorgaben i.S. des Art. 83 I AEUV begrenzt und damit die oben gezeigte Möglichkeit einer breitflächigen Harmonisierung von Straftaten im Zusammenhang mit der Bekämpfung der in Art. 83 I UAbs. 2 AEUV genannten Kriminalitätsformen reduziert. Das *BVerfG* wendet sich zwar nicht unmittelbar gegen die weiten Formulierungen »Korruption«, »Terrorismus«, »Computerkriminalität« etc. Doch müssten auch auf diesen Feldern grenzüberschreitender Kriminalität dem Mitgliedstaat »substantielle Ausgestaltungsspielräume« bleiben, wäre die demokratische Selbstbestimmung doch in besonders

26 So aber *Albrecht/Braun* KritV 1998, 460, 471; *Braun*, Europäische Strafgesetzlichkeit, 2003, S. 143 ff., 146; *Möschel* JZ 1992, 877; *Lüderssen* GA 2003, 77, 82; *Schünemann* GA 2004, 193, 200; *ders.* ZStW 116 (2004), 376, 396 f. Krit. dazu *Kreß* ZStW 116 (2004), 445, 449, 451.

27 *BVerfG* (Fn 1), Rz. 271 f.; krit. *Meyer* NSZ 2009, 657, 661; *BVerfGE* 89, 155, 182; s. ferner *Badura* VVDStRL 23 (1966), 34, 38 f.; *Böckenförde*, Recht, Staat, Freiheit, 1991, S. 53; *ders.*, Staat, Nation, Europa, 1999, S. 90; *Böse* GA 1996, 211, 216 ff.; *Haberle*, Europäische Rechtskultur, 1997, S. 270 f.; *Kubicel* NSZ 2007, 136, 139 f.; *Vogel* ZStW 116 (2004), 400 f.

28 *BVerfG* (Fn 1), Rz. 251.

29 *S. BVerfG* (Fn 1), Rz. 275; *Ambos/Rackow* ZIS 2009, 397, 399, 402; *Classen* JZ 2009, 881, 883.

30 *BVerfG* (Fn 1), Rz. 253.

31 *Ebd.*, Rz. 358.

empfindlicher Weise berührt, wenn eine Rechtsgemeinschaft gehindert würde, über die Pönalisierung nach Maßgabe eigener Wertvorstellungen zu entscheiden.³² Aus diesem Grund fordert das *BVerfG* den nationalen Gesetzgeber dazu auf, bei der Umsetzung der europäischen Vorgaben darauf zu achten, dass »nur die grenzüberschreitende Dimension eines konkreten Straftatbestands von den europäischen Rahmenvorschriften angesprochen wird«. Diese Vorgabe des Gerichts bringt nicht nur das technische Problem mit sich, wie zwischen national und transnational gültigen Tatbestandsbeschreibungen unterschieden werden soll. Sie birgt auch ein erhebliches institutionelles Konfliktpotenzial, wenn der europarechtlich umzusetzende Inhalt von Richtlinien über das vom *BVerfG* beschriebene verfassungsrechtlich zulässige Maß hinausgeht. Vermieden werden kann der Konflikt zwischen Mitgliedstaat und Union daher nur, wenn der europäische Gesetzgeber, wie das *BVerfG* formuliert, die »im Grundsatz integrationsfeste mitgliedstaatliche Strafkompetenz« dadurch schont, dass die Mindestvorschriften nicht einen vollständigen Deliktsbereich, sondern lediglich eine Tatbestandsvariante erfassen. Die bislang praktizierte und vom *EuGH* gebilligte »Schrotschusstaktik«,³³ durch möglichst breitflächige Vorgaben die (oft nur vermuteten³⁴) transnationalen Strafschutzlücken schließen zu wollen, muss der europäische Gesetzgeber folglich aufgeben. Wenn er sich fortan um präzise Bezeichnung der zu schließenden Strafbarkeitslücken bemüht, könnte eine Einsicht der größte Lohn sein: Die nationalen Strafrechtsordnungen lassen der grenzüberschreitenden Kriminalität weit weniger Raum, als die europäischen Institutionen bei ihrem nicht selten aktionistisch-symbolischen Vorgehen behaupten.³⁵

Zum Zweiten stellt das *BVerfG* die Ausfüllung der Blankettermächtigung des Art. 83 I UAbs. 3 AEUV unter einen Gesetzesvorbehalt und verlangt für den Fall einer nicht einstimmig, sondern mit qualifizierter Mehrheit des Europäischen Rates beschlossenen Kompetenzerweiterung ein von Bundestag und Bundesrat zu verabschiedendes Gesetz.³⁶

Zum Dritten schränkt das Gericht den Kreis von Argumenten ein, mit denen Harmonisierungsmaßnahmen überhaupt begründet werden können. Das Vorliegen der von Art. 83 I AEUV verlangten »besonderen Notwendigkeit« zur Harmonisierung des Strafrechts könne von den europäischen Institutionen nicht einfach behauptet werden. Nicht ein (irgendwie zustande gekommener) politischer Wille,

32 Dazu und zum Folgenden *BVerfG* (Fn 1), Rz. 363.

33 Dazu *Scheffler*, FS *Schwind*, 2006, S. 123, 132. Mit Recht weist *Fotz* ZIS 2009, 427, 428 darauf hin, der *EuGH* habe in der Vergangenheit systematisch das Rechtssetzungsinteresse der Europäischen Gemeinschaft bevorzugt.

34 S. die Behauptung in dem *Grünbuch über die Angleichung, die gegenseitige Anerkennung und die Vollstreckung strafrechtlicher Sanktionen in der Europäischen Union*, KOM(2004)334 endg., S. 10: »Da bestimmte Formen der Kriminalität nicht an Landesgrenzen halt machen und die Mitgliedstaaten ihnen allein nicht wirksam Einhalt gebieten können, ist eine gewisse Angleichung auch des materiellen Strafrechts erforderlich.« S. ferner *Rahmenbeschluss 2005/667/JI des Rates*, L 255/164 v. 30.9.2005, Erwägungsgrund 9.

35 Bezeichnend *Grünbuch* (Fn 34), S. 10: »Die Festlegung gemeinsamer Tatbestandsmerkmale und gemeinsamer Sanktionen für bestimmte Formen der Kriminalität auf EU-Ebene hätte zunächst symbolische Bedeutung.« Krit. dazu *Satzger KritV* 2008, 17, 34. S. auch *Fotz* ZIS 2009, 427, der zu Recht die Frage nach dem Mehrwen eines europäisierten Strafrechts stellt.

36 *BVerfG* (Fn 1), Rz. 363, 366.

sondern allein Sachgründe können nach Auffassung des *BVerfG* weitere Harmonisierungsschritte veranlassen. Indes sei »unerfindlich, woraus, wenn nicht aus der Art und Auswirkungen der betreffenden Straftaten sich die Notwendigkeit ihrer Bekämpfung auf gemeinsamer Grundlage ergeben sollte«. ³⁷ Im Ergebnis lässt das *BVerfG* damit nur Rechtsangleichungen aus den genannten kriminologischen Gründen zu, so dass die Berufung auf allgemeinpolitische Notwendigkeiten Harmonisierungsmaßnahmen nicht zu rechtfertigen vermag. ³⁸ Ausgeschlossen sind damit etwa Bestrebungen, das Strafrecht als »Kulturhebel« zu funktionalisieren, ³⁹ also mittels der Schaffung eines einheitlichen Strafrechts eine gemeinsame europäische Identität ⁴⁰ bzw. ein »gemeinsames Rechtsgefühl« ⁴¹ stiften, besser: erzwingen, zu wollen. Auch die Möglichkeit einer effektiveren Strafverfolgung ⁴² oder die Steigerung des Vertrauens zwischen den Mitgliedstaaten zur Verbesserung der Rechtshilfe ⁴³ allein legitimieren Harmonisierungsprojekte nicht. Das Strafrecht ist, wie das *BVerfG* bündig formuliert, kein »rechtstechnisches Instrument zur Effektivierung einer internationalen Zusammenarbeit«. ⁴⁴ Initiativen zur Vereinheitlichung nationalen Strafrechts müssen mithin den Nachweis erbringen, dass die Straftat selbst (und nicht deren Verfolgung) typischerweise eine grenzüberschreitende Dimension aufweist.

Schließlich begrenzt das *BVerfG* die sog. Annexkompetenz. Wegen der »drohenden Uferlosigkeit« sei diese »mit dem Prinzip einer sachlich bestimmten und nur begrenzten Übertragung von Hoheitsrechten an sich ebenso wenig zu vereinbaren wie mit dem gebotenen Schutz des demokratisch an die Mehrheitsentscheidung des Volkes besonders rückgebundenen nationalen Gesetzgebers«. Die Vorschrift werde nur dann verfassungskonform angewendet, wenn nachweisbar feststehe, dass ein gravierendes Vollzugsdefizit tatsächlich besteht und nur durch Strafandrohung beseitigt werden könne. ⁴⁵ Muss der Gemeinschaftsgesetzgeber aber gravierende europaweite Vollzugsdefizite konkret nachweisen, ⁴⁶ können Strafrechtssetzungsanweisungen künftig nicht mehr mit unsubstantiierten Behauptungen des Stils gerechtfertigt werden, der Verzicht auf den Einsatz des Strafrechts zöge »schwerwiegende Folgen« nach sich. ⁴⁷ Andererseits kann dem Gemeinschaftsgesetzgeber nicht abverlangt werden, was auch auf nationaler Ebene kaum empirisch überprüfbar ist: ob und wie stark Strafandrohungen von der Begehung abschrecken bzw. ob und wie stark die rechtstreue Haltung der Bürger durch Strafen stabilisiert wird. ⁴⁸ Durchaus möglich ist es dem Gemeinschaftsge-

37 *BVerfG* (Fn 1), Rz. 359.

38 *Ambos/Rackow* ZIS 2009, 397, 402.

39 So schon v. *Liszt* ZStW 38 (1917), 1, 3.

40 *Sieber* ZStW 103 (1991), 957, 976; *Zuleeg* JZ 1992, 761, 763; *Meyer* NStZ 2009, 657, 662. Krit. dazu *Buruma* ZStW 116 (2004), 424, 425; *Eser*, in: *BMJ* (Hrsg.), *Rechtsraum Europa*, 2002, S. 53, 72 f.; *Frisch* GA 2007, 250, 265; *Kubiciel* NStZ 2007, 136, 141; *Vogel* GA 2003, 314, 317; *Weigend*, FS Sootak, S. 243, 251 f.

41 *So Grünbuch* (Fn 34), S. 10.

42 *Dannecker* ZStW 117 (2005), 697, 724; *Jung/Schroth* GA 1983, 241, 251; *Schröder*, *Europäische Richtlinien und deutsches Strafrecht*, 2002, S. 181 f.; s. auch *Sieber* ZStW 121 (2009), 1, 4, 66 f.

43 S. aber *Leutheusser-Schnarrenberger* StraFo 2007, 267, 269; dagegen *Weigend*, FS Sootak, S. 243, 253 f.

44 *BVerfG* (Fn 1), Rz. 358.

45 *BVerfG* (Fn 1), Rz. 361 f.

46 Vgl. *Weigend*, FS Sootak, S. 243, 254.

47 Typisch *Rahmenbeschluss* (Fn 34), sowie *EuGH* (Fn 12), Rz. 74. Krit. *Rosenau* ZIS 2008, 9, 17.

48 Vgl. *T. Walter* ZStW 117 (2005), 912, 920.

gesetzgeber aber, die nationalen Regelungen miteinander zu vergleichen und empirische Daten über die entsprechenden sozialen Probleme in den Mitgliedstaaten beizubringen. Nur wenn ausgerechnet in jenen Staaten Defizite nachweisbar sind, die keinen oder nur einen eingeschränkten strafrechtlichen Schutz für das in Rede stehende Rechtsgut vorsehen, kann der Nachweis als erbracht gelten, dass die Angleichung der Strafrechtsstandards notwendig ist. Ergibt sich kein einheitliches Bild, sollte der europäische Gesetzgeber lediglich »wirksame, verhältnismäßige und abschreckende Sanktionen«⁴⁹ anmahnen und es damit den Mitgliedstaaten überlassen, die für ihre Gesellschaft am besten geeignete Strategie zu finden.

3. Wirkung der Urteilsbegründung

Das *BVerfG* begegnet dem Ausweitungspotenzial des Lissabon-Vertrags nicht nur mit detaillierten Auslegungsregeln.⁵⁰ Es sorgt auch dafür, dass seine Vorgaben reale Wirkungsmacht entfalten, indem es das Zustimmungsgesetz zum Lissabon-Vertrag »nur nach Maßgabe der Gründe« für verfassungskonform erklärt.⁵¹ Das *BVerfG* wählt damit ein vergleichbares Vorgehen wie im Urteil zum Deutsch-Deutschen Grundlagenvertrag, den das Gericht nur »in der sich aus den Gründen ergebenden Auslegung« für verfassungskonform erklärt hat.⁵² Die Wirkung solcher Formulierungen besteht darin, dass sie Rechtsakte für verfassungswidrig erklären, die von den in der Urteilsbegründung enthaltenen Vorgaben des *BVerfG* abweichen.⁵³ Unmittelbare Bindungswirkung entfaltet das Urteil freilich nur für die deutschen Institutionen.⁵⁴ So müssen sich die deutschen Regierungsvertreter im Europäischen Rat drohenden Kompetenzüberschreitungen widersetzen, und der Deutsche Bundestag hat im Rahmen der Subsidiaritätsprüfung bzw. bei der Richtlinienumsetzung die Vorgaben des *BVerfG* zu berücksichtigen. Soll schon vorab vermieden werden, dass die Bundesrepublik europarechtliche Verpflichtungen eingeht, die sie aus verfassungsrechtlichen Gründen nicht umsetzen darf, empfiehlt es sich, die Ratifikation des Lissabon-Vertrages unter einen völkerrechtlichen Vorbehalt nach Art. 2 I lit. d WVK zu stellen.⁵⁵ Aber auch ohne einen solchen Vorbehalt wird das Urteil auf die Tätigkeit der Europäischen Union ausstrahlen. Zum einen behält sich das *BVerfG* das Recht zur Prüfung vor, ob deren Rechtsakte den unantastbaren Kerngehalt der Verfassungsidentität des Grundgesetzes wahren.⁵⁶ Zum anderen dürfte den europäischen Institutionen nach dem Ringen um den Lissabon-Vertrag an einer Konsolidierung des Integrationsprozesses gelegen sein, so dass sie in näherer Zukunft nicht den Konflikt mit

49 Dazu *Ambos* (Fn 11), § 11 Rn 35; *Hecker* (Fn 11), § 8 Rz. 266; *Satzger* (Fn 11), § 8 Rn 27.

50 *Zöller* ZIS 2009, 340, 344, 348 meint hingegen, das Gericht habe die Gefahr einer fortschreitenden Europäisierung des Strafrechts bagatellisiert und sei ihr nicht entschieden entgegen getreten.

51 *BVerfG* (Fn 1), Rz. 207.

52 *BVerfGE* 36, 1, 3, 20 ff. – Dass sich der Verweis auf die einschränkende Urteilsgründe nicht im Tenor der Lissabon-Entscheidung findet (*Classen* JZ 2009, 881, 889), ändert an der Verbindlichkeit der verfassungskonformen Auslegung nichts.

53 So *Hillgruber/Goos*, Verfassungsprozessrecht, 2. Aufl. 2006, Rn 536; *Benda/Klein*, Verfassungsprozessrecht, 2. Aufl. 2001, Rn 675.

54 *S. Bethge*, in: *Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge*, *BVerfGG*, Stand: Oktober 2008, Art. 31 Rn 104 ff.

55 Dafür *Gardtitz/Hillgruber* JZ 2009, 872, 878; dagegen *Classen* JZ 2009, 881, 888.

56 *BVerfG* (Fn 1), Leitsatz 4.

den Verfassungsgerichten der Mitgliedstaaten suchen werden. Zu einer dauerhaften Schonung des nationalen Strafrechts wird das Urteil indes nur führen, wenn die Entscheidungsbegründung inhaltlich tragfähig ist. Dies soll im Folgenden erörtert werden. Es wird sich zeigen, dass das *BVerfG* seine Erwägungen zwar in ein wenig überzeugendes demokratie-, genauer: diskurstheoretisches, Gewand kleidet, sich aber im Kern auf tragfähige strafrechtstheoretische Annahmen stützt.

IV. Würdigung der Urteilsbegründung: Strafrechtstheoretischer Kern in diskurstheoretischer Einkleidung

1. Diskurstheorie

Den Zusammenhang zwischen Demokratieprinzip einerseits und der primär nationalen Strafrechtssatzungskompetenz andererseits knüpft das *BVerfG* mit der Erwägung, die für die Kriminalpolitik wichtigen gesellschaftlichen Diskurse könnten ihre Erkenntnisse nur in nationale Gesetzgebungsverfahren einspeisen. Nicht nur terminologisch, sondern auch konzeptionell erinnert dies an den von *Habermas* unternommenen Versuch, die »Denkfigur der Selbstgesetzgebung, wonach die Adressaten zugleich die Urheber ihrer Rechte sind, diskurstheoretisch zu entschlüsseln«. ⁵⁷ Indes teilt das *BVerfG* mit der diskurstheoretischen Grundkonzeption auch deren Schwächen. Erst wenn diese erkannt sind und der Blick hinter die Fassade der demokratie- und diskurstheoretischen Argumente frei wird, zeigen sich die strafrechtstheoretischen Grundannahmen des *BVerfG*, auf denen die Entscheidung ruht.

Habermas zufolge sind nur solche Handlungsnormen gültig, denen alle möglicherweise Betroffenen als Teilnehmer an einem rationalen Diskurs zustimmen könnten. ⁵⁸ Das Recht erhalte »seinen vollen normativen Sinn ... nicht per se durch die *Form*, auch nicht durch einen a priori gegebenen moralischen *Inhalt*, sondern durch ein *Verfahren* der Rechtssetzung, das Legitimität erzeugt«. ⁵⁹ Legitimität erzeugt das parlamentarische Gesetzgebungsverfahren aber nicht allein, sondern erst die »Zirkulation« einer rechtspolitischen Frage in mehreren »vernünftig strukturierten Beratungen und Entscheidungen«. ⁶⁰ Dass Rechtsnormen »ein authentisches Selbstverständnis der Rechtsgemeinschaft, die faire Berücksichtigung der in ihr verteilten Werte und Interessen sowie eine zweckrationale Wahl von Strategien und Mitteln zum Ausdruck bringen« und »in diesem Sinne« legitim seien, könne das parlamentarische Gesetzgebungsverfahren nur gewährleisten, wenn es sich für Informationen öffne, die in gesellschaftlichen Diskursen generiert würden. ⁶¹ Ganz wie das *BVerfG* meint auch *Habermas*, deliberative Politiken gründe auf dem Zusammenspiel von außerparlamentarischer und parlamentarischer Willensbildung insofern, als der außerparlamentarische Diskurs dem parla-

⁵⁷ *Habermas*, Faktizität und Geltung, 1998, S. 135.

⁵⁸ Ebd., S. 138.

⁵⁹ Ebd., S. 169 (Hervorhebungen im Text).

⁶⁰ Ebd., S. 170.

⁶¹ Ebd., S. 225.

mentarischen die benötigten Entscheidungskriterien zuführe.⁶² Nur weil und soweit dieses Zusammenspiel funktioniere, soll für ein Gesetz die »Vermutung der Vernünftigkeit«⁶³ sprechen.

Gesetzgebung als eine Verzahnung außer- und innerparlamentarischer Diskurse zu konzeptualisieren, ist aber weder theoretisch überzeugend noch realitätsnah. Kennzeichnend für die Gesetzgebung ist nicht der Diskurs, sondern die Dezision, fortan solle *dieses* Gesetz mit *diesem* Inhalt gelten.⁶⁴ Diese Entscheidung können die außerparlamentarischen Diskurse aber nur begrenzt anleiten. Denn während weite Bevölkerungskreise an kriminalpolitischen Diskursen gar nicht teilnehmen,⁶⁵ artikulieren sich die Partikularinteressen von Lobbyisten im vorparlamentarischen Raum besonders deutlich.⁶⁶ Aus diesen Gründen ist das von der Diskurstheorie ausgesprochene »Lob der Zivilgesellschaft«⁶⁷ überzogen. Eine demokratische Gesetzgebung muss folglich mehr leisten, als außerparlamentarische Diskurse bzw. den demoskopisch ermittelten Mehrheitswillen umzusetzen.⁶⁸ Demokratische Repräsentation setzt einen eigenständigen Erkenntnisakt der Volksvertreter voraus,⁶⁹ der sich an der Frage orientiert, was »zu dieser Zeit und an diesem Ort das beste Vorgehen gemäß den Gerechtigkeitsgrundsätzen« darstellt.⁷⁰ Volksvertreter haben, anders gewendet, »in dem Scheine des Zeitlichen und Vorübergehenden die Substanz«, den »inneren Puls« des Gegenwärtigen und Wirklichen zu suchen.⁷¹ Begründet ist die von *Habermas* aufgestellte Vermutung der Vernünftigkeit also nicht, wenn außer- und innerparlamentarische Beratschlagungsverfahren miteinander verzahnt werden. Begründet ist sie, wenn sich eine hinreichende Anzahl von Diskursteilnehmern um eine für die Gesellschaft angemessene Entscheidung bemüht statt um die Durchsetzung von Einzelinteressen.⁷² Der Zusammenhang zwischen freiheitssichernder Funktion und demokratischer Legitimation der Strafgesetze existiert daher nicht aus sich selbst heraus.⁷³ Er lebt vielmehr von der demokratischen Sittlichkeit der Bürger und ihrer Repräsentanten.⁷⁴ Zur Sittlichkeit können Bürger und Volksvertreter freilich nicht überredet

62 Ebd., S. 374. Dazu *Engländer*, Diskurs als Rechtsquelle?, 2002, S. 117 f., 133 ff.; *Pawlik*, in: Joerden/Wittmann (Hrsg.), Recht und Politik, 2004, S. 115, 122 f.

63 *Habermas* (Fn 57), S. 368 f.

64 Auf das »volitive« Element der Gesetzgebung weist auch (freilich zurückhaltend) *Habermas* (Fn 57), S. 195 hin. Deutlicher *Vogel*, FS Roxin, 2001, S. 106, 116.

65 Vgl. *Lege* JZ 2009, 756, 760.

66 Grundlegend *Jhering*, Der Kampf um's Recht, hrsg. v. Ermacora, 1992, S. 67 ff.; s. ferner *Engländer* (Fn 62), S. 135; *Hofmann*, Einführung in die Rechts- und Staatsphilosophie, 3. Aufl. 2006, S. 59.

67 *Vesting*, Rechtstheorie, 2007, S. 15.

68 Dass selbst ein faktischer Konsens keine Richtigkeit garantiert, betont jüngst *Lege* JZ 2009, 756, 758. Zu den Gefahren eines solchen Demokratieverständnisses *Zakaria*, Das Ende der Freiheit?, 2003, S. 22 ff., 85 ff.

69 *Braun*, Einführung in die Rechtsphilosophie, 2006, S. 373.

70 *Rawls*, Eine Theorie der Gerechtigkeit, 1975, S. 394; näher zu dem inhaltlich-normativen Element der Repräsentation *Böckenförde*, in: Insensee/Kirchhoff (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. 3, 3. Aufl. 2005, § 34 Rn 29 ff.

71 *Hegel*, Grundlinien der Philosophie des Rechts, in: ders. (Hrsg.), Werke Bd. 7, S. 24 f.; s. dazu nur *Pawlik* Der Staat 41 (2002), 183 ff.; *Schlichter*, Grundlegung der Soziologie, Bd. 1, 2006, S. 24 ff.

72 Dass die Diskurse auf eine inhaltliche Orientierung angewiesen sind, betonen etwa *Braun*, Rechtsphilosophie im 20. Jahrhundert, 2001, S. 262; *Kaufmann*, in: Kaufmann/Hassemer/Neumann (Hrsg.), Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart, 7. Aufl. 2007, S. 141; *Seelmann*, Rechtsphilosophie, 4. Aufl. 2007, § 9 Rn 29 ff.

73 Zu diesem Zusammenhang *Roxin*, AT I, 4. Aufl. 2006, § 5 Rn 21; *Sieber* ZStW 121 (2009), 1, 14.

74 *Habermas* (Fn 57), S. 678; so schon *Böckenförde*, Der Staat als sittlicher Staat, 1978, S. 36 ff.

werden.⁷⁵ Erworben wird sie durch die Sozialisierung in einer Gesellschaft, deren demokratischer Grundkonsens die Bürger umfängt⁷⁶ und die jene Volksvertreter abzuwählen pflegt, die sie sich zu weit von der Wirklichkeit der Gesellschaft entfernt haben.

Die Bedeutung der parlamentarischen und außerparlamentarischen Verfahren derart relativieren zu müssen, lässt zwar die diskurs- und demokratietheoretische Einkleidung des Urteils bröckeln. Gleichwohl fällt die Argumentation des Gerichts nicht in sich zusammen. Getragen wird diese nämlich, wie nun zu zeigen sein wird, von der strafrechtstheoretischen Grundannahme, dass eine angemessene Kriminalpolitik grundsätzlich nur auf nationaler und nicht auf supranationaler Ebene betrieben werden kann.

2. Strafrechtstheorie

Was eine verfassungsrechtlich angemessene Kriminalpolitik berücksichtigen muss, deutet das *BVerfG* mit der Eingriffsintensität⁷⁷ und Schuldabhängigkeit der Strafe⁷⁸ sowie mit der Betonung der Rückbindung des Strafrechts an gesellschaftliche Vorverständnisse an.⁷⁹ Diese Topoi weisen in die richtige Richtung. Sie sollen aber im Folgenden zueinander in Beziehung gesetzt und weiter entfaltet werden, um sichtbar zu machen, weshalb der europäische Gesetzgeber nur eingeschränkt auf das nationale Strafrecht einwirken darf.

Das Strafrecht gilt als das schärfste Schwert im Rechtsarsenal des Staates.⁸⁰ Es ist aber nicht die Übelszufügung allein, die der Strafe ihre Schärfe verleiht,⁸¹ sondern ihr gesamtes, weit komplexeres Wesen, das sichtbar wird, wenn man sich der Institution Strafe in Ansehung ihrer rechtlichen Ausgestaltung nähert. Kennzeichnend für die Strafe ist nicht der prospektive Schutz von Rechtsgütern,⁸² den vor allem das Besondere Verwaltungsrecht und die Maßnahmen der Besserung und Sicherung gewährleisten. Charakteristisch für die Strafe ist ihre retrospektive Blickrichtung, die das *BVerfG* in der Lissabon-Entscheidung mit der bekannten Formel umschreibt, die Strafe enthalte ein »mit staatlicher Autorität versehenes sozialetisches Unwerturteil«.⁸³ Was sich hinter dieser Chiffre verbirgt, hat das Gericht in jüngeren Entscheidungen zu präzisieren versucht: Strafe sei »Ausdruck

75 Böckenförde, *Der säkularisierte Staat*, 2007, S. 71; Forst, in: Honneth (Hrsg.), *Kommunitarismus*, 1993, S. 181, 191.

76 Dahrendorf, *Homo Sociologicus*, 16. Aufl. 2006, S. 61 ff.; Rawls, *Political Liberalism*, 1993, S. 142 f.; Rühers *JZ* 2009, 969, 974 f.; Walzer, in: Honneth (Fn 75), S. 157, 170 ff.

77 *BVerfG* (Fn 1), Rz. 249. S. ferner *Appel*, *Verfassung und Strafe*, 1998, S. 488 ff.; *Lagodny*, *Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte*, 1996, S. 128, 368 ff.

78 *BVerfG* (Fn 1), Rz. 364; *BVerfGE* 105, 135, 153; 95, 96, 140; *BVerfG NJW* 2005, 2140, 2141. Ferner *Frisch GA* 2009, 385, 390.

79 S. *BVerfG* (Fn 1), Rz. 253. Ferner *Dannecker JöR* 52 (2004), 127, 128, 136 f.; *Perron ZStW* 109 (1997), 283, 284, 287 ff.; *Rosenau ZIS* 2008, 9, 19; *Weigend ZStW* 105 (1993), 774, 785 ff. Relativierend aber *Schünemann ZIS* 2007, 535; *ders. KritV* 2008, 6, 16.

80 Statt vieler *Seebode*, *Recht und Kriminalität*, 1990, S. 375, 382 f.; *Vogler ZStW* 90 (1978), 132, 141.

81 *Zutr. Appel* (Fn 77), S. 27; *Lagodny* (Fn 77), S. 365 unter Verweis auf die Höhe von Schadensersatzansprüchen, Bußgeldern und die Eingriffsintensität des Verwaltungsrechts.

82 Ebenso *Appel* (Fn 77), S. 480.

83 *BVerfG* (Fn 1), Rz. 355. Ferner *BVerfGE* 92, 277, 329, 333; 90, 145, 172; 88, 203, 258. An diesem sozialetischen Unwerturteil soll es dem Bußgeld fehlen, statt vieler *Göhler-Gürtler, OWiG*, 15. Aufl. 2009, Vor § 1 Rn 9, 30.

vergeltender Gerechtigkeit«,⁸⁴ »eine repressive Übelzufügung als Reaktion auf schuldhaftes Verhalten«. ⁸⁵ Ausgeglichen wird freilich nicht der Schaden des Tatopfers an seinen Rechtsgütern, für den das Zivilrecht zuständig ist. Strafe reagiert vielmehr auf eine Verletzung des Rechts als Recht.⁸⁶ Der Eingriffsmehrwert des Strafrechts liegt mithin in der Koppelung der Übelzufügung als sekundärer Sanktion an die Primärsanktion: den demonstrativen Vorhalt einer defizitären Einstellung gegenüber einer Norm.⁸⁷

So verstanden, setzt das Wesen der Strafe der europäischen Kriminalpolitik Grenzen. Ist Strafe ihrem Begriff, ihrer rechtlichen Ausgestaltung und den verfassungsrechtlichen Anforderungen nach eine Antwort auf die Verletzung des Rechts, schließt dies zunächst aus, das Strafrecht zur Durchsetzung beliebiger politischer Ziele zu verwenden. Strafe ist nur dann eine Reaktion auf eine Rechtsverletzung, wenn für sie die Schuld des Täters⁸⁸ und nicht die Nützlichkeit der Bestrafung für die Gesellschaft maßgebend ist.⁸⁹ Dulden muss der Delinquent die Strafe also nicht, weil dies für die Gesellschaft zweckmäßig ist, sondern weil er das Recht als eine Daseinsbedingung von Freiheit verletzt hat.⁹⁰ Das Recht aber ist keine Summe zeitloser Normbefehle, die gleichsam von außen die Gesellschaft adressieren. Das Recht nimmt vielmehr die gesellschaftliche Praxis der Menschen in sich auf,⁹¹ so dass der Rechtsstoff nicht »zufällig dieser oder ein anderer seyn« kann, sondern »aus dem inneren Wesen der Nation selbst und ihrer Geschichte« hervorgeht.⁹² Auch Straftatbestände und deren Anwendung können deshalb nicht »in kühler theoretischer Distanz zu den Menschen und ihrem praktischen Leben«⁹³ stehen. Sie sind rückgebunden an ihren Wirkungsraum, in dem sie einen Beitrag zur Aufrechterhaltung von Freiheit leisten sollen. Gemeint ist damit indes keine fiktive Freiheit in einem normativen »Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts« (Art. 67 I AEUV), sondern reale Freiheit in einer wirklichen Gesellschaft, in der die Bürger handeln und deren soziale Wirklichkeit sie prägt.⁹⁴ Das Strafrecht und seine Anwendung sind daher als Teil der geschichtlich entstande-

⁸⁴ BVerfGE 109, 133, 168. S. aber auch die stark präventionstheoretisch gefärbten Ausführungen in BVerfGE 45, 187, 253 ff. Das BVerfG hat den Vergeltungsgedanken indes stets als verfassungsgemäß anerkannt. s. BVerfGE 64, 261, 271; 95, 96, 140.

⁸⁵ So BVerfGE 109, 133, 173 ff.; 105, 135, 153; BVerfG StV 2006, 574, 575; NJW 2005, 2140, 2141. Dass das Wesen der Strafe in der »Vergeltung durch Zufügung eines Strafübels« liege, wird betont in BVerfGE 22, 125, 132; 27, 36, 42.

⁸⁶ Näher zum Strafbegriff Freund, AT, 2. Aufl. 2008, § 1 Rn 10; Jakobs, Staatliche Strafe: Bedeutung und Zweck, 2004, S. 26 ff.; Neumann, FS Jakobs, 2007, S. 435, 438 ff.; Pawlik, Person, Subjekt, Bürger, 2004, S. 75 ff.; Köhler, AT, 1997, S. 48 ff.; Kubiciel ZStW 118 (2006), 44, 60 ff.; Zaczyk, FS Eser, 2005, S. 209, 215 ff.

⁸⁷ Dazu Appel (Fn 77), S. 492 ff.; s. auch Volk ZStW 83 (1971), 405, 431.

⁸⁸ Ein Grundsatz, der nach Auffassung des BVerfG »zu der wegen Art. 79 Abs. 3 GG unverfügbaren Verfassungsidentität« gehört, s. BVerfG (Fn 1), Rz. 364; zur Bedeutung der Schuld jüngst Frisch GA 2009, 385, 390 f.

⁸⁹ So auch Albrecht/Braun KritV 2001, 312, 347; Hefendehl ZStW 119 (2007), 817, 831 f.; Köhler, FS Mangakis, 1999, S. 751 f., 755, Neumann, FS Jakobs, S. 435, 441; s. andererseits das Bekenntnis zur »Rechtsidee der Zweckmäßigkeit« bei Sieber JZ 1997, 369, 373.

⁹⁰ Pawlik (Fn 86), S. 83 f.

⁹¹ Zaczyk, FS Dahs, 2005, S. 33, 40 f.

⁹² V. Savigny Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft I (1815), 1, 6. Dazu R. Zimmermann The Law Quarterly Review 112 (1996), 576, 583 ff.

⁹³ Vgl. zu dieser Wendung Zaczyk, FS Küper, S. 723, 728.

⁹⁴ Vgl. Böckenförde, Recht, Staat, Freiheit, 1991, S. 48.

nen und von der Gesellschaft getragenen Ordnung des Soziallebens zu begreifen.⁹⁵ Da sich der Einzelne zuallererst in solchen Ordnungen entfaltet, ist die Schonung der nationalen Strafrechtsordnungen weder Selbstzweck noch Kulturschutz,⁹⁶ sondern Freiheitsschutz.

Welche Folgen sich aus der Missachtung des Strafbegriffs und seines Freiheitsbezugs ergeben, wird besonders deutlich, wenn das Strafrecht nicht existierende, *grosso modo* anerkannte Verhaltensstandards stabilisieren, sondern die Durchsetzung neuer Normen ermöglichen soll, die für die herrschenden gesellschaftlichen Wertüberzeugungen nicht anschlussfähig sind.⁹⁷ Wollte der europäische Gesetzgeber beispielsweise die bislang wenig erfolgreiche Antidiskriminierungspolitik im Privatrechtsverkehr mit Hilfe des Strafrechts durchsetzen,⁹⁸ könnte er nicht auf das »Identifikationsangebot«⁹⁹ einer überzeugungskräftigen Norm setzen, sondern müsste sich auf die Wirkung von Kontrolle und Zwang verlassen. Den Bruch einer Antidiskriminierungsvorschrift zu bestrafen, hieße nicht, das in der Gesellschaft lebendige Recht wiederherzustellen, sondern eine Normbefehlsverweigerung zu tadeln. Hält man demgegenüber an einem anspruchsvolleren Strafrechtsmodell fest, können nur solche Verhaltensnormen strafrechtlich geschützt werden, die den gemeinsamen Wertüberzeugungen der Bürger entsprechen,¹⁰⁰ die sich m.a.W. auf »ein in der Gesellschaft verankertes Unrechtsbewusstsein«¹⁰¹ stützen. Da sich die Wertüberzeugungen der Bürger europäischer Staaten zum Teil gravierend unterscheiden, steht einem harmonisierten Recht, das dem vom *BVerfG* skizzierten und oben näher gekennzeichneten Strafbegriff genügt, nur ein begrenzter Raum zur Verfügung. Dessen Umfang bringen die Vorschriften des Lissabon-Vertrages nur unvollkommen zum Ausdruck. Ihn auszumessen, ist daher die vordringliche Aufgabe der europäischen Strafrechtswissenschaft und Kriminalpolitik.

V. Aufgaben und Perspektiven der europäischen Kriminalpolitik

Eine europäische Kriminalpolitik, die sich der Freiheit, der Sicherheit und dem Recht verpflichtet fühlt, muss mehr leisten, als ein Gemeinschaftsziel zu definieren, einen Kompetenztitel zu nennen und eine zweckmäßige Tatbestandsbeschreibung zu entwerfen. Sie bedarf zuallererst einer Vorstellung vom Objekt der Harmonisierung. Der Vergleich und die Bewertung von Strafrechtsordnungen sind dazu zwar unerlässlich,¹⁰² leisten aber nur eine erste Annäherung. Harmonisiert

⁹⁵ Vgl. *Lampe*, FS Welzel, 1974, S. 151, 153 ff.; *Welzel* (Fn 5), S. 52.

⁹⁶ Sich auf die kulturelle Dimension konzentrierend *Heger* ZIS 2009, 406, 410; *Satzger*, Die Europäisierung des Strafrechts, 2001, S. 166 ff.; *Sieber* ZStW 119 (2007), 1, 14; zur Freiheitsdimension der Rechtskultur aber *Lege* ARSP 93 (2007), 31, 34 ff.

⁹⁷ Näher *Kubicziel* ZStW 120 (2008), 429, 436 ff.

⁹⁸ S. nur *Raasch*, Die Anwendung des AGG in der betrieblichen Praxis, 2009, S. 36.

⁹⁹ Treffend *Hoffmann* ZRph 2002, 16, 19.

¹⁰⁰ Vgl. dazu *Bacigalupo*, FS Jakobs, S. 1, 14; *Hassemer*, Theorie und Soziologie des Verbrechens, 1973, S. 151 ff., 221 ff.; *Jakobs*, FS Amelung, 2009, S. 37, 47 f.; *LK-T. Walter*, StGB, Bd. 1, 12. Aufl. 2006, Vor §§ 13 ff. Rn 4, 17; *Welzel* (Fn 95).

¹⁰¹ *BVerfGE* 120, 224, 248.

¹⁰² *Sieber* ZStW 119 (2007), 1, 14, 16; weitergehend *Eser*, in: *Albrecht/Sieber* (Hrsg.), Perspektiven der strafrechtlichen Forschung, 2006, S. 21, 30 ff.

werden Straftatbestände nämlich weder als »meaningless form of words«¹⁰³ noch als Instrumente des Rechtsstabs, sondern als gelebte, in einer Gesellschaft wirksame Regeln,¹⁰⁴ die in Wechselwirkung mit der sozialen Realität ausgeformt werden.¹⁰⁵ »Das Recht nämlich hat kein Dasein an sich«, stellte v. Savigny schon im Jahre 1814 klar. »sein Wesen vielmehr ist das Leben der Menschen selbst, von einer besondern Seite angesehen«.¹⁰⁶ Das Leben der Menschen vollzieht sich indes im Alltag und nicht vor Gericht. Dass Richter in Europa ein vergleichbares Berufsethos aufweisen,¹⁰⁷ ist daher eine günstige Voraussetzung für Rechtsangleichungen, aber bei weitem nicht ausreichend. Unerlässlich ist darüber hinaus, dass die sozialen Voraussetzungen, namentlich die Wertüberzeugungen und Interessen der Bürger, deren Verhalten das Recht mit Leben füllt, in den Mitgliedstaaten vergleichbar sind. Daher hat der Gemeinschaftsgesetzgeber zu prüfen, ob und inwieweit Straftatbestände und ihre Auslegung von nationalen Besonderheiten geprägt werden, die eine Harmonisierung ausschließen. Solche Besonderheiten existieren nicht nur in den offensichtlichen Bereichen des Schwangerschaftsabbruchs- und Sterbehilferechts.¹⁰⁸ Auch auf den von Art. 83 I UAbs. 2, II AEUV erfassten Tätigkeitsfeldern können sich Straftatbestände als »incorporative cultural form«¹⁰⁹ erweisen. So sähe sich beispielsweise ein einheitliches Vorgehen gegen im Internet verbreitete Beleidigungen und Hassreden mit einer unterschiedlich starken Wertschätzung für die freie Rede konfrontiert,¹¹⁰ während Straftatbestände gegen die Umweltverschmutzung berücksichtigen müssten, dass europäische Gesellschaften kein homogenes Umweltbewusstsein aufweisen. Schließlich kann die Harmonisierung von Antiterrorstrafatbeständen nicht über den Umstand hinweggehen, dass besonders gefährdete Mitgliedstaaten stärkerer Schutzvorkehrungen bedürfen als Staaten, die kein wahrscheinliches Ziel von Terrorangriffen sind und deren Gesellschaften demzufolge intensiveren staatlichen Eingriffsbefugnissen skeptisch gegenüberstehen. Den Schutz der Umwelt und andere Gemeinschaftsziele als legitime Rechtsgüter auszuweisen,¹¹¹ ist daher nur eine – und zwar die leichtere – Aufgabe der europäischen Kriminalpolitik. Straftatbestände entstehen nicht allein durch die Erhebung eines Guts zu einem Rechtsgut, sondern durch einen Ausgleich von mehreren, teils miteinander konfligierenden Werten.¹¹² Dass die europäischen Staaten keine einheitliche Kriminalpolitik betreiben,¹¹³ ist daher weniger die Folge unvereinbarer Auffassungen über den Kreis überhaupt schutzwürdiger Rechtsgüter, sondern resultiert aus einer unterschiedlichen Gewichtung

103 Treffend Legrand, in: Nelken/Feest (Hrsg.), *Adapting Legal Cultures*, 2001, S. 55, 63.

104 Zum Recht als Einheit (informeller, sozialer) Primär- und (formeller, staatlicher) Sekundärsysteme Krawietz, in: Brügger/Neumann/Kirste (Hrsg.), *Rechtsphilosophie im 21. Jahrhundert*, 2008, S. 181, 195 ff., 199 f.

105 Dazu Böckenförde, *Staat Nation Europa*, 1999, S. 214 ff.; Lippold, *Recht und Ordnung*, 2000, S. 119 ff.; Ollero, *Rechtswissenschaft und Philosophie*, 1978, S. 52 ff.

106 V. Savigny, *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, 1814, S. 30.

107 Auf die Einstellung und Arbeitsweise der Rechtsanwender abhebend aber Perron *ZStW* 109 (1997), 283, 298; ders., FS Küper, S. 428, 439 f.

108 Sieber *JZ* 1997, 369, 375; s. aber auch den umfangreichen Topoikatalog von Heger *ZIS* 2009, 406, 414 f.

109 Legrand (Fn 103), S. 59.

110 Dazu Kubiciel/Winter *ZStW* 113 (2001), 305, 325 ff.

111 Hefendehl *ZIS* 2006, 226, 232 ff.; Rackow *ZIS* 2008, 526, 536, Schünemann *KritV* 2008, 6, 7.

112 Amelung *ZStW* 87 (1975), 132, 141.

113 S. nur Eser, in: Daubler-Gmelin (Hrsg.), *Recht schafft Zukunft*, 2003, S. 136, 140 ff.

der von einer Kriminalisierung betroffenen Werte und Interessen, etwa des Schutzes der Umwelt oder der Notwendigkeit zur Terrorbekämpfung einerseits sowie der Wertschätzung ökonomischer und individueller Freiheiten andererseits. An die Festlegung europaweit schutzwürdiger Rechtsgüter schließt sich mithin die weitaus komplexere Frage an, welcher Verhaltensstandard zum Schutz von gemeinsamen Rechtsgütern durchgesetzt werden soll. Antworten darauf können nicht ohne Blick auf die gesellschaftliche Situation in den einzelnen Mitgliedstaaten gegeben werden.

Die wichtigste und zugleich schwierigste Aufgabe der europäischen Kriminalpolitik liegt demnach in der Analyse, ob und inwieweit die Mitgliedstaaten vergleichbare soziale Voraussetzungen für einheitliche Strafrechtsstandards aufweisen. Will die Strafrechtswissenschaft bei dieser Arbeit mitwirken, muss sie ihr Aufgabenspektrum erweitern und in stärkerem Maße den sozialen, kulturellen und ethischen Hintergrund nationaler Strafrechtsordnungen ausleuchten.¹¹⁴ Tut sie dies, kann sie dem Europäischen Strafrecht eine Perspektive bieten, die weitaus differenzierter ist als das Regelwerk des AUEV. Sichtbar wird dann nicht nur, dass die Harmonisierung von Straftatbeständen zur Bekämpfung der »besonders schweren Kriminalität« an die oben gezeigten soziokulturellen Grenzen stößt. Deutlicher hervor treten werden ferner die Bereiche, in denen Rechtsvereinheitlichungen möglich sind, auch wenn diese nicht in dem Katalog des Art. 83 I UAbs. 2 AEUV enthalten sind. Kandidaten für eine stärkere Vereinheitlichung sind zum einen Straftatbestände, die weniger stark mit gesellschaftlichen Wertüberzeugungen verflochten sind,¹¹⁵ weil sie beispielweise besondere Pflichten nur für einen bestimmten Personenkreis aufstellen, der bereits in einem europaweit homogenen sozialen Umfeld agiert.¹¹⁶ So könnten Publizitäts- oder Bilanzierungspflichten für die Finanzwirtschaft, einheitliche Regeln für die grenzüberschreitend tätige Lebensmittelindustrie und andere Verbraucherschutzstandards aufgestellt und strafrechtlich abgesichert werden. Möglich ist zum anderen aber auch die Harmonisierung der strafrechtlichen Pflichten dort, wo sich der Gehalt der nationalen Straftatbestände nicht mehr mit den in den Staaten Europas gefestigten Überzeugungen deckt. So ist nicht nur ein einheitliches Vorgehen gegen Doping in Sportwettkämpfen denkbar, sondern etwa auch eine Angleichung der Betrugsvorschriften, wenn sich herausstellen sollte, dass die Bürger in Europa ähnliche Vorstellungen davon haben, welche Eigenschaften von Waren oder Dienstleistungen ein Anbieter in seinem Angebot verbindlich zusagt. Sollte ein einheitliches Schutzbedürfnis auf unterschiedliche strafrechtliche Standards treffen, wäre eine Harmonisierung legitim: Sie leistete nicht mehr und nicht weniger, als für »eine der jeweiligen Stunde der Welt angemessene Ausformung des Rechtsgebäudes«¹¹⁷ zu sorgen.

Wie das europäische Strafrechtsgebäude aussehen könnte, vermag die Strafrechtswissenschaft also zu skizzieren. Ob diese Skizzen von der Kriminalpolitik

114 S. Samuel Cambridge Law Journal 2008, 288, 291 f.; ferner Cotterrell, in: Reimann/R. Zimmermann (Hrsg.), The Oxford Handbook of Comparative Law, 2006, S. 709, 731.

115 Dazu Teubner, FS Blankenburg, 1998, S. 233, 240 ff.

116 Cotterrell, in: Nelken/Feest (Fn 103), S. 71, 82 ff. will den Grad möglicher Rechtsharmonisierungen nach dem Typus der betroffenen Personengemeinschaften bestimmen.

117 Braun (Fn 70), S. 392.

berücksichtigt werden, hängt indes auch vom politischen Kalkül der europäischen Institutionen ab. Doch sollte auch die institutionelle Klugheit zu einem zurückhaltenden Umgang mit dem nationalen Strafrecht mahnen. Dass es strategisch nachteilig sein kann, jede sich bietende Chance der Kompetenzerweiterung zu ergreifen, ist die vielleicht wichtigste Lehre, die die europäischen Institutionen aus dem Lissabon-Urteil ziehen werden. Hätten sie den Wortlaut des EGV nicht bis an seine Grenzen (und darüber hinaus) ausgereizt, wäre das Urteil des *BVerfG* mit Sicherheit integrationsfreundlicher ausgefallen. Es sollte der Europäischen Kommission jedenfalls zu denken geben, weshalb das Römische Reich auf seinem Boden verschiedene Strafrechtsordnungen duldete: nicht als Ausdruck kulturellen Respekts, sondern aus strategischen Erwägungen.¹¹⁸

¹¹⁸ Dazu Häffe, *Gibt es ein interkulturelles Strafrecht?*, 1999, S. 28; *Mommsen, Römisches Strafrecht*, 1899 (ND 1955), S. 116 f. – Vgl. auch Vogel GA 2010, I ff.