

NOMOSKOMMENTAR

Meyer | Hölscheidt [Hrsg.]

Charta der Grundrechte der Europäischen Union

5. Auflage



Nomos



Stämpfli Verlag

facultas



Titel VI Justizielle Rechte

Vorbemerkungen

- 1 In diesem Titel finden sich so unterschiedliche Rechte geregelt wie das auf einen wirksamen Rechtsbehelf, das auf ein unparteiisches Gericht und das auf Prozesskostenhilfe (Art. 47), ferner die Garantie der Unschuldsvermutung und von Verteidigungsrechten (Art. 48), die Grundsätze der Gesetzmäßigkeit und Verhältnismäßigkeit im Zusammenhang mit Straftaten und Strafen (Art. 49) sowie das Verbot der Doppelbestrafung (Art. 50). Allen Verbürgungen ist gemeinsam, dass es sich nicht um bloße Grundsätze (Art. 51 Abs. 1 S. 2), sondern um **subjektive Rechte** handelt. Die justiziellen Grundrechte haben zwar auch eine dienende Funktion, weil die von der Europäischen Union gewährten subjektiven Rechte des Primär- und Sekundärrechts sowie die übrigen in der GRC verbürgten Grundrechte (namentlich jene der Titel I und II) notfalls in einem rechtsstaatlichen, fairen und justizförmigen Verfahren durchgesetzt werden müssen, wenn diese reale Wirkung entfalten sollen. Darüber hinaus haben die Art. 47–50 aber auch eigene Gewährleistungsgehalte, die um ihrer selbst willen zu respektieren sind. Die gemeinsame Bezeichnung der Gewährleistungen als „**justizielle Rechte**“ sollte nicht überbewertet werden, ist doch schon dieser Terminus selbst mehrdeutig, aber vielleicht gerade deshalb geeignet, als loses Band für recht unterschiedliche Garantien zu dienen. Immerhin dürfte seine Aussagekraft größer sein als bei dem mit „Justice“ überschriebenen Kapitel des englischen Pendant. Denn während sich die Doppeldeutigkeit von „Justice“ sowohl im Sinne materieller Gerechtigkeit als auch formeller Justiz verstehen lässt, findet sich in „justiziellen Rechten“ der formal-prozessuale Charakter stärker ausgeprägt. Dies macht es freilich zugleich auch schwerer, die in Art. 49 verkörperten Grundsätze von „*nullum crimen, nulla poena sine lege*“ zwanglos darunter zu fassen, werden doch die Garantien der Gesetzmäßigkeit staatlichen Strafens traditionell im materiellrechtlichen Sinne verstanden. Daher könnte eine dem englischen Vorbild folgende Überschreibung des Titels mit „Gerechtigkeit“ letztlich doch einiges für sich haben, und sei es auch nur deshalb, weil damit die Sequenz von „Würde des Menschen“ (Titel I), „Freiheiten“ (Titel II), „Gleichheit“ (Titel III), „Solidarität“ (Titel IV) mit einem – den jetzigen „Bürgerrechten“ (Titel V) vorangestellten – Titel über „Gerechtigkeit“ eine menschenrechtlich überzeugendere Folgerichtigkeit erhalte.
- 2 Selbst mit der englischen Titelüberschrift „Justice“ war jedoch – mangels entsprechender Hinweise in den Materialien und Protokollen – wohl nicht mehr gemeint als „judicial guarantees“, während mit „Rechten“ sogar noch mehr, nämlich über bloße Abwehrgarantien hinaus auch Ansprüche und Teilhaberechte gemeint sein können. So geht es bei den „justiziellen Rechten“ ebenso wie bei den synonym so bezeichneten „Justizrechten“¹ – entgegen dem scheinbaren Wortsinn – nicht um Rechte der Justiz, sondern gerade umgekehrt um **Rechte des Einzelnen im Verhältnis zur Justiz**, und zwar in dreifacher Hinsicht: zum ersten als Rechte *auf Tätigwerden der Justiz*, sowohl dem Grunde nach wie auch in näher bestimmter Weise (Art. 47 Abs. 1 und 2), zum zweiten durch Rechte *gegenüber der Justiz*, indem diese nur bei vorangegangener Strafbarerklärung die Verfolgung aufnehmen (Art. 49 Abs. 1 und 2) und dies auch nur einmal tun darf (Art. 50), sowie zum dritten durch Rechte *im Umgang mit der Justiz*, wie mittels Gewährung von Prozesskostenhilfe (Art. 47 Abs. 3), von Beratungs- und Verteidigungsrechten (Art. 47 Abs. 2 S. 2, Art. 48) und durch Wahrung der Verhältnismäßigkeit staatlichen Strafens (Art. 49 Abs. 3). Auch wenn diese Rechte

1 Wie beispielsweise im Bericht zur 20. Konventsitzung in: *Meyer/Engels*, Charta der Grundrechte, 2001, S. 244.

nicht ausdrücklich auf bestimmte Gerichtszweige eingeschränkt sind, kommen sie der Sache nach doch nur zum Teil für *alle Gerichtsbarkeiten* in Betracht, wie vor allem die Rechtswege- und Gerichtsgarantien (Art. 47 Abs. 1 und 2) und die Prozesshilfe (Art. 47 Abs. 3) sowie bis zu einem gewissen Grad die Unschuldsvermutung (Art. 48 Abs. 1). Demgegenüber sind die übrigen Rechte, wie die Verteidigungsrechte (Art. 48 Abs. 2), die Grundsätze der Gesetzmäßigkeit und Verhältnismäßigkeit (Art. 49) und des Doppelbestrafungsverbots (Art. 50), wesensgemäß an die *Strafjustiz* adressiert, weshalb sie vielleicht sogar in einem gemeinsamen Artikel hätten zusammengefasst werden können.

Hinsichtlich ihres grundrechtlichen Charakters handelt es sich bei den Garantien dieses Kapitels um *Menschenrechte*, die jeder Person zukommen, also nicht um bloße Bürgerrechte, wie sie insbesondere im Titel V den Unionsbürgerinnen und -bürgern vorbehalten werden.² Zu den zur Achtung dieser Grundrechte *Verpflichteten* gehört gemäß Art. 51 Abs. 1 GRC in erster Linie die *Europäische Union* mit ihren Organen, Einrichtungen und sonstigen Stellen (wie etwa Ämter und Agenturen).³ Ein besonders wichtiger Adressat wird künftig die *EuStA* sein, da diese bei ihrer strafverfolgenden Tätigkeit die Einhaltung der GRC zu beachten hat, die einschlägige Verordnung aber keine eigenen (justiziellen) Grundrechtsverbürgungen enthält, sondern richtigerweise auf die Charta verweist (s. Art. 41 Abs. 1 VO 2017/1939). Gleichmaßen verpflichtet sind aber auch die Mitgliedstaaten der EU, soweit es um die „Durchführung“ von Unionsrecht geht. Dies ist etwa schon dann der Fall, wenn *Mitgliedstaaten* verbindliche Vorschriften der Union unter Strafe stellen.⁴ Angesichts der inzwischen großzügigen Auslegung des Art. 51 GRC durch den EuGH⁵ und der fortschreitenden Europäisierung des Strafrechts dürfte der Anwendungsbereich der GRC und damit die Bedeutung der justiziellen Grundrechtsgewährleistungen der GRC auch in dieser Hinsicht weiter wachsen.⁶ Zugleich nimmt die Bedeutung des EuGH zu: Dessen Rechtsprechung wird zunehmend eigene Linien ausbilden, die das bislang vor allem von BVerfG und EGMR geprägte Bild des Schutzes justizieller Grundrechte – insbesondere des Strafverfassungsrechts – anreichern und an manchen Stellen auch übermalen werden.⁷ Insbesondere Art. 47 GRC scheint sich zu einer Art „prozessuales Supergrundrecht“ zu entwickeln, das einerseits das Gewährleistungsniveau durch eine Verknüpfung von Individualrechten mit Verfahrensgrundsätzen erhöht, andererseits aber für Friktionen in nationalen Rechtsschutzsystemen führen kann.⁸ Als Grundlage einer Systembildung kann es daher ebenso wenig dienen wie das Fairness-Gebot der EMRK.⁹ Die Ausarbeitung eines kohärenten und systematischen Rechtsschutzsystems bleibt damit der sekundären Unionsrechtssetzung vorbehalten.

Wie schon der Verzicht auf den bestimmten Artikel in der Titelüberschrift von „justiziellen Rechten“ erkennen lässt, ist dieser Katalog kein abschließender und daher einer *Ergänzung*

² Vgl. *Meyer/Engels*, Charta der Grundrechte, 2001, S. 31.

³ Wobei dies insbesondere für strafähnliche Maßnahmen relevant werden kann: *Jarass*, NSStZ 2012, 612.

⁴ EuGH im Fall *Garenfeld*, C-405/10 Z. 38 – Slg 2011, I-11035 = BeckRS 2011, 81610. Zu weiteren Einzelheiten vgl. *Borowsky*, Art. 51 Rn. 16 ff.

⁵ S. zur *Fransson*-Rechtsprechung Art. 51 Rn. 44 ff.

⁶ Überblick über die neueste (vornehmlich strafrechtsbezogene) Rspr. des EuGH zu Art. 51 GRC bei *Risse*, HRRS 2014, 93 ff.

⁷ Dazu *Franzius*, ZAÖRV 75 (2015), 383 ff.

⁸ So zutr. *Nehl*, in: Pechstein/Nowak/Häde, GRC, Art. 47 Rn. 45.

⁹ *Nehl*, in: Pechstein/Nowak/Häde, GRC, Art. 47 Rn. 45; *Kubiciel*, in: Althammer/Weller (Hrsg.), Mindeststandards im europäischen Zivilprozessrecht, 2015, S. 135 ff. Abweichend *Jahn*, ZStW 127 (2015), 549 ff.

sowohl fähig als auch bedürftig.¹⁰ Solange es an entsprechenden Gewährleistungen fehlt, ist gemäß Art. 52 Abs. 3 und Art. 53 auf die durch die EMRK gewährten Menschenrechte und Grundfreiheiten zurückzugreifen.¹¹

- 5 Im Übrigen gelten auch Menschenrechte nicht ohne Schranken. Soweit sich solche nicht unmittelbar aus den Art. 47–50 ergeben, kommen Einschränkungen aufgrund und im Rahmen der allgemeinen Schrankenvorbehalte in Art. 52 Abs. 1 und 2 in Betracht.¹²

Artikel 47 Recht auf einen wirksamen Rechtsbehelf und ein unparteiisches Gericht

Jede Person, deren durch das Recht der Union garantierte Rechte oder Freiheiten verletzt worden sind, hat das Recht, nach Maßgabe der in diesem Artikel vorgesehenen Bedingungen bei einem Gericht einen wirksamen Rechtsbehelf einzulegen.

Jede Person hat ein Recht darauf, dass ihre Sache von einem unabhängigen, unparteiischen und zuvor durch Gesetz errichteten Gericht in einem fairen Verfahren, öffentlich und innerhalb angemessener Frist verhandelt wird. Jede Person kann sich beraten, verteidigen und vertreten lassen.

Personen, die nicht über ausreichende Mittel verfügen, wird Prozesskostenhilfe bewilligt, soweit diese Hilfe erforderlich ist, um den Zugang zu den Gerichten wirksam zu gewährleisten.

I. Art. 47 Abs. 1: Recht auf einen wirksamen Rechtsbehelf	2	2. Diskussion im Grundrechtekonvent	27
1. Vorgaben	2	3. Kommentierung	28
a) Art. 13 EMRK	2	a) Allgemeines	28
b) Nationalstaatliche Gewährleistungen	7	b) Rechtswege- und Gerichtsgarantien	31
2. Diskussion im Grundrechtekonvent	8	c) Verfahrensgarantien	37
3. Kommentierung	11	III. Art. 47 Abs. 3: Anspruch auf Prozesskostenhilfe	41
a) (Bedingte) Garantie gerichtlichen Rechtsschutzes	11	1. Vorgaben	41
b) Verletzung von garantierten Rechten oder Freiheiten	18	a) Rechtsprechung des EGMR	41
c) Wirksamkeit des Rechtsbehelfs	21	b) Nationalstaatliche Gewährleistungen	42
II. Art. 47 Abs. 2: Recht auf ein unparteiisches Gericht	22	2. Diskussion im Grundrechtekonvent	43
1. Vorgaben	22	3. Kommentierung	44
a) Art. 6 Abs. 1 EMRK	22	IV. Würdigung	46
b) Nationalstaatliche Gewährleistungen	26	V. Literaturübersicht	

- 1 Art. 47 gewährt in seinen drei Absätzen verschiedene Rechte, auch wenn allen die Gewährleistung eines wirksamen Rechtsschutzes als Ziel gemeinsam sein mag¹ und dabei insbe-

10 Vgl. Meyer, in: Meyer/Engels, Charta der Grundrechte, 2001, S. 16 sowie unten Art. 47 Rn. 41.
 11 Vgl. zB Eser/Kubiciel, unten Art. 48 Rn. 24. Zur neueren Entwicklung des Verhältnisses der GRC zur EMRK vgl. Weiß, EuZW 2013, 287 ff.
 12 Erläuterung des Konventspräsidiums Charta 4473/00 zu Art. 52 (Bernsdorff/Borowsky, Protokolle, S. 43). Vgl. beispielsweise zur Einschränkung der Verfahrensöffentlichkeit Eser, unten Art. 47 Rn. 38.
 1 Wie von Jarass, NJW 2011, 1393 f. zu Recht betont, ohne dass sich aber damit schon seine weitergehende Annahme eines „gemeinsamen Grundrechts“ aller drei Absätze begründen ließe.

sondere die in den Abs. 1 und Abs. 2 garantierten Rechte inhaltlich zusammenhängen.² Gleichwohl erscheint eine getrennte Behandlung angebracht.

I. Art. 47 Abs. 1: Recht auf einen wirksamen Rechtsbehelf

1. Vorgaben

a) Art. 13 EMRK

Gemäß den Erläuterungen des Präsidiums des Konvents stützt sich Art. 47 Abs. 1 GRC auf Art. 13 EMRK:³

„Jede Person, die in ihren in dieser Konvention anerkannten Rechten oder Freiheiten verletzt worden ist, hat das Recht, bei einer innerstaatlichen Instanz eine wirksame Beschwerde zu erheben, auch wenn die Verletzung von Personen begangen worden ist, die in amtlicher Eigenschaft gehandelt haben.“

Art. 13 EMRK, der seinerseits auf Art. 8 AEMR der Vereinten Nationen von 1948 zurückgeht, garantiert jedermann zur Durchsetzung seiner Rechte aus der EMRK eine wirksame Beschwerde bei einer nationalen Instanz. Mit dieser als Grundrecht ausgestalteten Verfahrensgarantie soll bereits für den innerstaatlichen Bereich ein effektiver Schutz der Konventionsrechte gewährleistet werden.⁴ Der darin zum Ausdruck kommende Vorrang innerstaatlichen Grundrechtsschutzes vor dem internationalen Grundrechtsschutz, wie dies insbesondere auch dem Erfordernis der Rechtswegerschöpfung im (seinerzeitigen) Art. 26 (und dem heutigen Art. 35) EMRK zugrunde liegt, dürfte sich aus der zu seiner Entstehungszeit verbreiteten Vorstellung erklären, dass weder ein wirksamer internationaler Grundrechtsschutz noch ein entsprechender weltweiter Konsens realisierbar sei.⁵ Jenseits dieser auf den Schutz durch nationale Instanzen vertrauenden Zielsetzung sind Bedeutung und Tragweite dieses Grundrechts auf einen wirksamen Rechtsbehelf noch immer wenig geklärt, so dass sich Art. 13 EMRK im Schrifttum als eines der unklarsten Grundrechte der Konvention bezeichnet findet.⁶ Ohne Anspruch auf Vollständigkeit seien einige der wesentlichen – teils mit Art. 47 Abs. 1 übereinstimmenden, teils davon abweichenden – Grundzüge hervorgehoben:

aa) Weniger weitgehend als Art. 47 Abs. 1 (→ Rn. 11) soll Art. 13 EMRK lediglich eine Beschwerdemöglichkeit vor einer nationalen Behörde sicherstellen, wobei es sich um eine unparteiische Instanz handeln muss, die in einem förmlichen Verfahren untersucht und entscheidet, ob ein dem Beschwerdeführer zustehendes Konventionsrecht verletzt wurde. Im Übrigen besteht zwischen der EMRK und der GRC insofern weitgehende Übereinstimmung, als *Wirksamkeit* des Rechtsbehelfs nicht mit dessen Erfolg gleichzusetzen ist,⁷ wohl aber dazu gehört, dass im Erfolgsfalle auf die Aufhebung oder Änderung des angefochtenen Aktes, auf entsprechende Entschädigungen oder auf die Verhängung von Sanktionen hinzuwirken ist.⁸ Denn der von EMRK und GRC geforderte Rechtsbehelf muss auch in

² So vor allem hinsichtlich der Abhängigkeit des in Abs. 1 gewährten Rechtsbehelfs von dem nach Abs. 2 zuvor zu errichtenden Gericht: vgl. unten Rn. 12.

³ *Charte 4473/00* (Bernsdorff/Borowsky, Protokolle, S. 38).

⁴ *Holoubek*, JBl 1992, 140, *Mertens*, *Recours*, 1973, S. 47 ff.

⁵ *Bernegger*, in: *Machacek/Pahr/Stadler*, 1992, S. 736, *Matscher*, in: FS für Seidl-Hohenveldern, S. 317.

⁶ Vgl. *Holoubek*, JBl 1992, 137, *Matscher*, in: FS für Seidl-Hohenveldern, 1988, S. 315.

⁷ Vgl. EGMR im Fall *Pine Vallen/IRL*, GH 222, Z. 66 = ÖJZ 1992, 459, ferner unten Rn. 19.

⁸ *Frowein*, in: *Frowein/Peukert*, EMRK, Art. 13 Rn. 8, *Grabewarter*, EMRK, § 24 Rn. 197, *Holoubek*, JBl 1992, 143 f., jeweils mwN Die tatsächliche Implementierung der gerichtlichen Entscheidung fordernd der EGMR im Fall *Hornsby*, 19.3.1997 = ÖJZ 1998, 236 f.

praktischer Hinsicht wirksam sein.⁹ Dafür muss das Verfahren so ausgestaltet sein, dass es vollen Rechtsschutz gewährleisten kann. Sofern anderweitig ein gerichtlicher Rechtsschutz garantiert wird, wie etwa nach Art. 6 Abs. 1 und Art. 5 Abs. 4 EMRK, wird Art. 13 EMRK als *lex generalis* verdrängt.¹⁰

- 4 bb) Ähnlich wie dies in Art. 47 Abs. 1 festzustellen ist (→ Rn. 18 f.), hat auch Art. 13 EMRK insofern akzessorischen Charakter, als seine Anwendbarkeit die Verletzung einer anderen materiellen Bestimmung der EMRK oder eines Zusatzprotokolls voraussetzt (sog. *materielle Rüge*). Obgleich der Wortlaut dafür, wie zunächst von einer Minderheitsmeinung der EKMR vertreten,¹¹ eine bereits festgestellte Rechtsverletzung zu erfordern scheint, lässt der EGMR schon die bloße *Behauptung* des Beschwerdeführers, in Konventionsrechten *verletzt zu sein*, genügen.¹² Diese Behauptung der Rechtsverletzung muss jedoch, um missbräuchliche Berufungen auf Art. 13 EMRK auszuschließen, in *vertretbarer Weise* („arguable claim“) erhoben sein.¹³
- 5 cc) Ähnlich wie dies auch noch bei Art. 47 Abs. 1 der Fall ist (→ Rn. 20), war auch schon bei Art. 13 EMRK unklar, ob das Beschwerderecht nur gegen exekutive Akte, was unbestritten möglich sein soll, oder auch gegen Konventionsverletzungen durch *Gesetze* oder durch *Gerichte* erhoben werden kann. Da zur Entstehungszeit der Konvention nur die wenigsten Staaten eine Verfassungsbeschwerde gegen Gesetzgebungsakte kannten, verneint der EGMR die Anwendbarkeit von Art. 13 EMRK bei Rechtsverletzungen durch Gesetze,¹⁴ ungeachtet einzelner, tastender Absetzbewegungen.¹⁵ Im Schrifttum ist eine solche Erweiterung sehr umstritten, wobei zumeist auf den historischen Umstand hingewiesen wird, dass sich Konventionsstaaten nicht zur Einführung eines Rechtsbehelfs hätten verpflichten wollen, der vielen Staaten traditionell unbekannt gewesen sei.¹⁶ Dieses historische Argument trifft zwar zu, öffnet Art. 13 EMRK jedoch zugleich für Veränderungen: In dem Maße, in dem Staaten die Möglichkeit der Normenkontrolle vorsehen, verliert die bisherige Interpretation des Art. 13 EMRK seine Überzeugungskraft. Auch Gerichtsentscheidungen scheiden als Beschwerdegegenstand nach Art. 13 EMRK aus, da Art. 6 EMRK als rechtsstaatlichen Grundsatz die volle Unabhängigkeit der Gerichte garantiert und Gerichtsent-

⁹ Breuer, in: Karpenstein/Mayer, EMRK, Art. 13 Rn. 42.

¹⁰ Vgl. EGMR im Fall *Sporrong und Lönnroth*, GH 51/A, Z. 88 = EuGRZ 1983, 528, *Silver*, GH 61/A, Z. 110 = EuGRZ 1984, 153, *Hentrich*, GH 296/A, Z. 64 = EuGRZ 1996, 593 ff., ferner *Frowein*, in: Frowein/Peukert, EMRK, Art. 13 Rn. 10, *Holoubek*, JBl 1992, 142 f.

¹¹ So EKMR im Bericht *Klass* E 3798/68, Yb 12, 306, 324; kritisch dazu mwN *Frowein*, in: Frowein/Peukert, EMRK, Art. 13 Rn. 2 ff.

¹² EGMR im Fall *Klass*, GH 28, 29 Z. 64 = EuGRZ 1979, 278. Vgl. auch *Grabenwarter*, EMRK, § 24 Rn. 193.

¹³ Grundlegend dazu EGMR im Fall *Silver*, GH 61/A, Z. 113 = EuGRZ 1984, 153. Zur Weiterentwicklung und Einzelheiten vgl. in den Fällen *Boyle and Rice*, GH 131/A, 23 f., Z. 54, *Powell and Rayner*, GH 172/A = ÖJZ 1990, 419 wie auch *Vilvarajah*, GH 215/A = ÖJZ 1992, 310. Zu der freilich nicht immer konsequenten Argumentationsweise des EGMR in dieser Frage vgl. auch die zusammenfassende Darstellung bei *Bernegger*, in: Machacek/Pahr/Stadler, 1992, S. 739 ff. sowie *Matscher*, in: FS für Seidl-Hohenveldern, 1988, S. 319 f.

¹⁴ So zuletzt EGMR im Fall *A u.a.*, 19.2.2009 (GK) – 3455/05, Rn. 135. S. ferner *Lithgow*, GH/A 102, Z. 206 = EuGRZ 1988, 364; ebenso in *The Holy Monasteries*, GH 301/A, Z. 101 = EuGRZ 1993, 611; hingegen ausdrücklich offengelassen in *Young, James, Webster*, GH 39/B, Z. 177 = EuGRZ 1980, 454. Umfangreiche Nachweise auch bei *Breuer*, in: Karpenstein/Mayer, EMRK, Art. 13 Rn. 16.

¹⁵ Vgl. dazu *Mathews* (Gibraltar-Urteil), EuZW 1999, 308.

¹⁶ Vgl. *Velu/Ergec*, La Convention, S. 98 f., Nr. 121 f., *Frowein*, in: Frowein/Peukert, EMRK, Art. 13 Rn. 11, *Grabenwarter/Pabel*, EMRK, § 24 Rn. 192; kritisch auch *Hangartner*, AJP 1994, 6, *Matscher*, in: FS für Seidl-Hohenveldern, 1988, S. 330 ff.

scheidungen im Rechtsmittelverfahren nur durch andere Gerichte, nicht aber durch nicht-gerichtliche Behörden, wie nach Art. 13 EMRK (→ Rn. 3), überprüft werden können.¹⁷

dd) Nicht mehr zu finden ist in Art. 47 Abs. 1 die Klarstellung des Art. 13 EMRK, derzufolge das Beschwerderecht auch gegenüber Konventionsverletzungen bei Handlungen in *amtlicher Eigenschaft* gilt. Eine solche **immunitätsaufhebende** Klausel, wie sie offenbar gegenüber der traditionellen Immunität der englischen Krone gegen Beschwerdeverfahren erforderlich schien,¹⁸ ist für die GRC sicherlich insoweit obsolet, als es um Rechtsbehelfe gegenüber Gemeinschaftsorganen geht, nicht aber ohne weiteres insoweit, als EU-Mitgliedstaaten Unionsrecht anwenden (→ Rn. 13 bzw. 14).

b) Nationalstaatliche Gewährleistungen

Auf **nationalstaatlicher** Ebene ist das Recht auf einen wirksamen Rechtsbehelf – im Vergleich zu der in Art. 47 ebenfalls garantierten Unabhängigkeit des Gerichts (vgl. unten Rn. 23aa) – lediglich in einem Drittel der EU-Staaten verfassungsrechtlich abgesichert: so in Deutschland (Art. 19 Abs. 4), Esland (§ 15), Finnland (§ 21), Litauen (Art. 30), Portugal (Art. 20 Abs. 5), Rumänien (Art. 21 Abs. 1), Slowakei (Art. 46 Abs. 1), Slowenien (Art. 23), Spanien (Art. 24 Abs. 1) und der Tschechischen Republik (Art. 36 Abs. 1 GR-Deklaration).^{19, 20}

2. Diskussion im Grundrechtekonvent

Die ersten Entwürfe zu Art. 47 Abs. 1 hatten die Formulierung von Art. 13 EMRK nahezu wörtlich übernommen. Um jedoch den Besonderheiten der Union Rechnung zu tragen, wurde der EMRK-Bezug auf eine *nationale Instanz* gestrichen,²¹ da die GRC grundsätzlich nur für die Organe und Einrichtungen der Union gelte und Rechtsbehelfe in der Regel nur bei einem europäischen Gericht eingelegt werden könnten. Dabei bestand freilich Unsicherheit hinsichtlich der Frage, ob über den EuGH hinaus auch die nationalen Gerichte angerufen werden können, soweit geschützte Rechte bei Anwendung von materiellem Gemeinschaftsrecht durch einen EU-Mitgliedstaat verletzt werden.²²

Weitgehende Einigkeit bestand darüber, dass der behördliche Schutz im Sinne eines *gerichtlichen Schutzes* zu verstärken sei,²³ so dass konsequenterweise die bisherige „wirksame Beschwerde“ durch „wirksamer Rechtsbehelf“ zu ersetzen war. Soweit gelegentliche Forderungen, auch Verwaltungsstellen als Beschwerdeinstanz anzuerkennen, erhoben wurden, vermochten sie sich nicht durchzusetzen.²⁴

Kontroversen gab es hinsichtlich der Frage, ob der Rechtsschutz auf Rechte und Freiheiten im Sinne der GRC zu begrenzen sei, oder nicht vielmehr im Lichte der Rechtsprechung des

17 So auch *Frowein*, in: *Frowein/Peukert*, EMRK, Art. 13 Rn. 13.

18 Vgl. *Frowein*, in: *Frowein/Peukert*, EMRK, Art. 13 Rn. 7 mwN.

19 Nach Art. 3 und 112 der Tschechischen Verfassung vom 16.12.1992 bildet die Deklaration der grundlegenden Rechte und Freiheiten vom 9.1.1991 (GR-Deklaration) einen Bestandteil der Verfassung.

20 Über ausdrückliche Verfassungsgarantien eines Rechts auf effektiven Rechtsschutz hinaus sind aber auch gewisse *verfassungsgerichtliche* Anerkennungen von Rechtsschutz vorzufinden; vgl. die Nachweise bei *Heselhaus/Nowak*, Handbuch § 51 vor Rn. 1.

21 Vgl. *Charte* 4123/1/00 Art. 4, aber auch *Charte* 4141/00 Art. 1.

22 Vgl. *Bernsdorff/Boroswky*, Protokolle, S. 176, 276 f. sowie unten Rn. 15.

23 Vgl. die Erläuterung des Konventspräsidiums zu Art. 7 *Charte* 4149/00 und 4284/00, ferner *Charte* 4422/00 und 4423/00 Art. 45, *Bernsdorff/Boroswky*, Protokolle, S. 177, 277, sowie unten Rn. 11.

24 Vgl. *Meyer/Engels*, Charta der Grundrechte, 2001, S. 243.

EuGH für *alle auf EU-Ebene gewährten Rechte* ein Rechtsbehelf zur Verfügung stehen müsse.²⁵ Auch wenn diese weitergehende Einräumung von Rechtsschutz schließlich Eingang in Art. 47 Abs. 1 fand (→ Rn. 16), lässt dieser noch manche Fragen offen.

3. Kommentierung

a) (Bedingte) Garantie gerichtlichen Rechtsschutzes

- 11 aa) Durch Art. 47 Abs. 1 soll der sich schon aus Art. 6 Abs. 1 EMRK ergebende und auch unionsrechtlich bereits allgemein anerkannte Grundsatz effektiven gerichtlichen Rechtsschutzes gewährleistet werden.²⁶ Dazu wird jeder Person das Recht auf einen wirksamen Rechtsbehelf eingeräumt. Auch wenn dies nur Verletzungen von Rechten oder Freiheiten betrifft, die durch das (primäre und sekundäre) Recht der Union garantiert sind,²⁷ handelt es sich seinem Grundcharakter nach um ein *Menschenrecht*, das allenfalls insoweit auf ein bloßes EU-Bürgerrecht eingeengt sein kann, als das im konkreten Fall verletzte Recht seinerseits nur einem EU-Bürger zusteht.²⁸ Durch Einräumung eines bloßen Rechtsbehelfs wird anders als nach Art. 19 Abs. 4 GG kein bestimmter *Rechtsweg* eröffnet – und noch weniger ein mehrstufiges Rechtsmittelverfahren. Gleichwohl lässt sich vertreten, dass die Gewährleistung eines wirksamen Rechtsbehelfs einerseits und das Recht auf einen unparteiischen Richter andererseits in ihrer Zusammenschau nur dann optimal verwirklicht sind, wenn über den Rechtsbehelf nicht diejenige Instanz abschließend entscheidet, die den angegriffenen Akt selbst erlassen hat. Zumindest bei der Kontrolle von Akten, die besonders tiefgreifend in Grundrechte eingreifen, wird daher eine Überprüfung durch einen Richter zu fordern sein, der nicht den angefochtenen Akt erlassen hat. Anerkannt ist dies freilich noch nicht, jedoch hat der EuGH bereits einen ersten prozeduralen Schritt in diese Richtung getan: Ein Gericht, das mit der angefochtenen Entscheidung ein zweites Mal (hier: nach Zurückverweisung durch die Rechtsmittelinstanz) befasst sei, habe zu überprüfen, ob es in Anbetracht seiner Zusammensetzung die Anforderungen an ein unabhängiges und unparteiliches Gericht erfülle.²⁹ Dessen ungeachtet ist die erforderliche *Wirksamkeit* des Rechtsbehelfs nicht mit Erfolgsgarantie gleichzusetzen.³⁰ Gleichwohl darf der Rechtsbehelf keine geringere Kraft haben, als sie der Beschwerde nach Art. 13 EMRK zugestanden wird. Das heißt, dass mit dem Rechtsbehelf zumindest eine Überprüfung und Entscheidung durch die angerufene Instanz eröffnet wird,³¹ dem Beschwerdeführer wenigstens

25 Vgl. *Charte* 4470/00 Art. 46 sowie *Bernsdorff/Borowsky*, Protokolle, S. 176, 277.

26 EuGH im Fall *DEB*, C-279/09, Z. 33, Slg 2010, I-13849 = NJW 2011, 2496, EuGH im Fall *Chartry*, C-457/09, Z. 25 = BeckRS 2011,80315, EuGH im Fall *Samba Diouf*, C-69/10, Z. 49 = NVwZ 2011, 1382, EuGH im Fall *KME*, C-272/09 P, Z. 83 ff., 92 = BeckRS 2011, 81924, EuGH im Fall *Otis*, C-199/11, Z. 45 ff. = EuZW 2013, 24; vgl. auch EuGH im Fall *Chalkor*, C-386/10 P, Z. 51 f.a = EuZW 2012,190, EuGH im Fall *Melloni*, C-399/11, Z. 47 ff. = NJW 2013,1215 sowie *Borraccetti*, in: Di Federico, EU Charter, S. 98 ff.

27 Vgl. *Calliess/Ruffert/Blanke*, EUV/EGV, Art. 47 GRCh Rn. 6, *Frenz*, Handbuch Europarecht 4, Rn. 4998, *Jarass*, Charta, Art. 47 Rn. 6, *Schwarzelvan Vormizeele*, Art. 47 GRCh Rn. 5, *Tettinger/Stern/Alber*, Grundrechte-Charta, Art. 47 Rn. 12, *Vedder/Heintschel-von Heinegg/Foltz*, Unionsrecht. Art. 47 GRC Rn. 3.

28 *Calliess/Ruffert/Blanke*, EUV/EGV, Art. 47 GRCh Rn. 5.

29 EuGH im Fall *Chronopost und La Poste/UFEX u.a.*, Rechtssache C-341/06 P und C-342/06 P, ECLI:EU:C:2008:375 Rn. 46. Dazu *Nehl*, in: Pechstein/Nowak/Häde, GRC, Art. 47 Rn. 57.

30 Vgl. oben Rn. 3 sowie unten Rn. 21.

31 Wobei diese allerdings über die Befugnis verfügen muss, alle für die bei ihr anhängige Streitigkeit relevanten Tatsachen- und Rechtsfragen zu prüfen (EuGH im Fall *Otis*, C-199/11, Z. 45 ff. = EuZW 2013, 26) und der zuständige Richter von solchen Prüfungs- und Würdigungsbefugnissen auch Gebrauch zu machen hat (EuGH im Fall *Chalkor*, C-386/10 P, Z. 62 ff. = EuZW 2012,190, EuGH im Fall *KME*, C-272/09 P, Z. 101 = BeckRS 2011, 81924).

schriftlich rechtliches Gehör zu gewähren ist³² und im Falle einer festgestellten Rechtsverletzung eine adäquate Abhilfemöglichkeit bestehen muss.³³ Um dies in realisierbarer Weise überhaupt anstreben zu können, bedarf die anzufechtende Entscheidung grundsätzlich einer Begründung.³⁴

bb) Diese Gewährleistungen werden nicht zuletzt dadurch unterstrichen, dass der Rechtsbehelf bei einem Gericht muss eingelegt werden können. Damit ist die GRC über die sich mit einer bloß behördlichen Überprüfung begnügenden EMRK (→ Rn. 3) bewusst hinausgegangen.³⁵ Diese Verstärkung des Beschwerderechts zu einem *gerichtlichen Rechtsschutz* schließt natürlich nicht aus, dass diesem Schritt eine außergerichtliche Schlichtung³⁶ oder auch ein behördliches Beschwerde- oder ein dienstaufsichtsrechtliches Verfahren vorausgehen kann, sofern dadurch der Rechtsbehelf bei einem Gericht nicht wesentlich erschwert und letztlich nicht ausgeschlossen wird.³⁷

cc) Die danach recht großzügig erscheinende gerichtliche Rechtsschutzgarantie, zumal gegen einen ebenfalls weit interpretierbaren Begriff angreifbarer Rechtsverletzungen eröffnet (→ Rn. 14 ff.), erfährt jedoch eine wesentliche Einschränkung dadurch, dass der Rechtsbehelf nur „nach Maßgabe der in diesem Artikel vorgesehenen Bedingungen“ eingelegt werden kann; und dazu gehört nach Art. 47 Abs. 2 – neben anderem – ein *zuvor durch Gesetz errichtetes Gericht*. Auch wenn sich zu den Entstehungs- und Hintergründen dieser Klausel den Materialien praktisch nichts entnehmen lässt und man aus deutscher Sicht geneigt sein könnte, darin nicht mehr als das Prinzip des „gesetzlichen Richters“ ausgedrückt zu sehen (→ Rn. 34), scheint damit doch mehr, nämlich in erster Linie gemeint zu sein, dass die Einlegung eines gerichtlichen Rechtsbehelfs nach Abs. 1 zuvor die Errichtung eines entsprechenden Gerichts nach Abs. 2 voraussetzt und, solange dies nicht geschehen ist, nichts anderes als die derzeit vorhandenen Gerichtsinstanzen und verfügbaren Verfahrenswege sollen angerufen bzw. beschritten werden können. Denn kaum anders wäre zu verstehen, dass nach den Erläuterungen des Konventspräsidiums die GRC „nicht darauf ab(ziele), das in den Verträgen vorgesehene System von Rechtsbehelfen, vor allem nicht die Bestimmungen über die Zulässigkeit, zu ändern“,³⁸ und dass dieser bestehende Rechtszustand für den Einzelnen sogar als ein „ausreichender prozessualer Rechtsschutz“ befunden wird.³⁹ Selbst wer diese optimistische Einschätzung nicht teilt und weiterhin die Forderung nach einer europäischen Grundrechtsbeschwerde erhebt,⁴⁰ räumt damit indirekt ein, dass die Geltendmachung des in Abs. 1 garantierten gerichtlichen Rechtsbehelfs von der zusätzlichen Schaffung eines entsprechenden Gerichts abhängt und, solange es daran fehlt, gerichtlicher

32 Zu dem sich bereits aus Art. 6 EMRK ergebenden Anspruch auf rechtliches Gehör (vgl. Meyer-Ladewig, EMRK, Art. 6 Rn. 101 ff. mwN), den der EuGH in den Art. 47 und 48 GRC verankert sieht, vgl. im Fall *Otis*, *Otis*, C- 199/11, Z. 47 f. = EuZW 2013, 26, im Fall *Radu*, C-93/11, Z. 32 = NJW 2013, 1146.

33 Vgl. EuGH im Fall *Steffensen*, C-276/01 Z: 77, Slg, 2003, I-3735, m Anm Schaller, EuZW 2003, 671 f., *Frowein*, in: *Frowein/Peukert*, EMRK, Art. 13 Rn. 6, *Grabemwarter/Pabel*, EMRK, § 24 Rn. 196, *Holoubek*, JBl 1992, 143 f., *Villiger*, EMRK, § 29 Rn. 649 f.

34 Vgl. EuGH im Fall *KME*, C-272/09 P, Z. 101 = BeckRS 2011, 81924, Vgl. auch unten Rn. 37.

35 Vgl. *Bernsdorff/Borowsky*, Protokolle, S. 176, 276 f., *Tettinger/Stern/Alber*, Europäische Grundrechte-Charta, Art. 47 Rn. 3, *Vedder/Heintschel-von Heinegg/Foltz*, Unionsrecht. Art. 47 GRC Rn. 2.

36 In diesem Sinne EU-Kommissar *Vitorino*, in: *Bernsdorff/Borowsky*, Protokolle, S. 278.

37 Vgl. dazu auch die schon in Art. 13 EMRK nicht für ausreichend erachtete Aufsichtsbeschwerde: so *Frowein*, in: *Frowein/Peukert*, EMRK, Art. 13 Rn. 2, entgegen dem EGMR in *Silver*, GH 61, 43, Z. 114 ff. = EuGRZ 1984, 154 sowie *Campbell und Fell*, GH 80, Z. 127 ff. = EuGRZ 1985, 545.

38 *Charte* 4473/00 zu Art. 47 Abs. 1 (*Bernsdorff/Borowsky*, Protokolle, S. 39).

39 So *Hilf*, Sonderbeilage zu NJW, EuZW, NVwZ und JuS 2000, 6*.

40 So namentlich u.a. die in Fn. 64 Genannten.

Rechtsschutz nur im Rahmen der bereits bestehenden Verfahren möglich ist.⁴¹ Das hat derzeit zweierlei zur Folge:

- 14 Soweit es um Rechtsschutz gegen *Rechtsverletzungen durch EU-Organe* geht, bleibt für Unionsbürger lediglich der vom EuGH auf der Basis von Art. 6 Abs. 2 EUV aus den gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten und der EMRK entwickelte Weg einer Nichtigkeitsklage nach Art. 230 Abs. 4 EGV⁴² (*europäische Rechtsschutzebene*). Bei diesem inzwischen recht ausdifferenzierten und effektiven Grundrechtsschutz⁴³ blieb jedoch bis zum Inkrafttreten des Lissabon-Vertrags zu beachten, dass dafür eine individuell-konkrete Entscheidung in Verbindung mit Art. 230 Abs. 4 EGV oder eine unmittelbare und individuelle Betroffenheit durch einen generell-abstrakten Rechtsakt der Gemeinschaft vorausgesetzt wurde, wobei der EuGH insbesondere individuelle Betroffenheit⁴⁴ restriktiv versteht.⁴⁵ Um diese Härte zu korrigieren, ist nun durch Art. 263 Abs. 4 AEUV die Klagebefugnis dahingehend erleichtert, dass Rechtsakte mit Verordnungscharakter den Kläger lediglich unmittelbar (und nicht bedingt auch individuell) betreffen müssen und keine Durchführungsmaßnahmen nach sich zu ziehen brauchen.⁴⁶
- 15 Soweit Rechtsschutz gegen *Rechtsverletzungen durch Mitgliedstaaten der EU bei Anwendung von Gemeinschaftsrecht* gesucht wird, ist dafür – wie bei jeder innerstaatlichen Rechtsverletzung – grundsätzlich der Rechtsweg zu den nationalen Gerichten eröffnet (*nationale Rechtsschutzebene*).⁴⁷ Weil jedoch dabei Gemeinschaftsrecht betroffen ist, können die Gerichte eines Mitgliedstaates ein Vorlageverfahren nach Art. 267 AEUV an den EuGH einleiten, so dass jedenfalls bei fehlerhafter Anwendung von grundrechtskonformem Ge-

41 Übersehen von *Mahlmann*, *Cardozo Journal of International and Comparative Law* 11 (2004), 933.

42 Vgl. *Calliess/Ruffert/Kingreen*, EUV/EGV, Art. 6 EUV Rn. 19 ff., 34 ff.; *Grabitz/Hilf/Nettesheim/Pernice/Mayer*, EU, nach Art. 6 EU Rn. 362 *Heselhaus/Nowak*, Handbuch, § 51 Rn. 10 a, *Jarass*, NJW 2011, 1395, *Lenz/Borchardt/Wolfgang*, EGV, Anh. zu Art. 6 EU Rn. 1 ff.

43 Zum Rechtsschutz beim EuGH vgl. jetzt auch Art. 19 Abs. 1 S. 2 EUV in Verbindung mit Art. 251 ff. AEUV.

44 Nach EuGH war individuelle Betroffenheit nach der sogenannten *Plaumann-Formel* zu prüfen: „Wer nicht Adressat einer Entscheidung ist, kann nur dann geltend machen, von ihr individuell betroffen zu sein, wenn die Entscheidung ihn wegen bestimmter persönlicher Eigenschaften oder besonderer, ihn aus dem Kreis aller übrigen Personen heraushebender Umstände berührt und ihn daher in ähnlicher Weise individualisiert wie den Adressaten“ (EuGH, 15.7.1992, Rs. 25–62, Z. 4).

45 *Calliess/Ruffert/Cremer*, EUV/EGV, Art. 263 AEUV Rn. 39 ff., *Danwitz*, NJW 1993, 1114 f., *Grabitz/Hilf/Nettesheim/Booß*, EU, Art. 263 AEUV Rn. 47 ff., *Lenz/Borchardt*, EGV, Art. 263 AEUV Rn. 26 ff. – Zwar zog der EuG in der Rechtssache *Jégo-Quéré* unter Berufung auf Art. 47 GRC ein rechtsschutzfreundlicheres Verständnis in Betracht (EuG 3.5.2002, Rs. T-177/01, *Jégo-Quéré & Cie SA*); dies hat der EuGH in seiner Berufungsentscheidung allerdings zurückgewiesen und damit gleichsam hingenommen, dass europäische Rechtsschutzdefizite bei Verordnungen ohne europäische Vollzugsakte entstehen, wenn der unmittelbar durch die Verordnung Betroffene keine individuelle Betroffenheit darlegen und folglich die Verordnung nicht europäisch anfechten kann, weil es in solchen Fällen den Mitgliedsstaaten der Union obliege, europäische Rechtsschutzdefizite durch nationale Rechtsschutzmöglichkeiten auszugleichen (EuGH 1.4.2004, Rs. C-263/02 P, *Jégo-Quéré & Cie SA* = NJW 2004, 2006, Z. 31 f.; dazu u.a. *Lenz/Staeglich*, NVwZ 2004, 1425 ff.). Selbst wenn national kein vorbeugender Rechtsschutz gewährt wird, dh der Betroffene sich unter Umständen rechtsuntreu zu verhalten und eine weitere Sanktion in Kauf zu nehmen hätte, um eine Verordnung gerichtlich angreifen zu können, wäre damit europäischer Rechtsschutz verwehrt (EuGH, a.a.O., Z. 34).

46 Näher dazu *Everling*, *Europarecht Beiheft* 1/2009, 73 f. Zur Vorgeschichte vgl. auch *Meyer*, in: FS für Eser, S. 805.

47 Nach Art. 4 Abs. 3 (II) EUV sind nationale Gerichte verpflichtet, möglichst umfassende nationale Rechtsschutzmöglichkeiten zur Verfügung zu stellen. Vgl. *Calliess/Ruffert/Kahl*, EUV/EGV², Art. 10 EGV Rn. 31 ff., *Schwarze/Hatje*, Art. 4 EUV Rn. 55, 62 ff.

meinschaftsrecht durch mitgliedstaatliche Behörden ein Anwendungsbereich für eine gemeinschaftsrechtliche Grundrechtsbeschwerde gegeben ist.⁴⁸ Wegen der Verfahrensautonomie der Mitgliedstaaten bestehen insoweit erhebliche Spielräume, den Rechtsschutz zu konditionieren und einzuschränken. Doch selbst wenn nach der Rechtsprechung des BVerfG bei europarechtsrelevanten Sachverhalten unter bestimmten Voraussetzungen eine Pflicht der nationalen Gerichte zur Vorlage an den EuGH bestehen soll,⁴⁹ dürfte damit, nicht zuletzt angesichts der recht vagen Bedingungen, an welche die Vorlagepflicht geknüpft ist, kaum ein lückenloser Rechtsschutz gewährleistet sein. Die Vorlagepflicht ist jetzt in Art. 267 Abs. 3 AEUV für Verfahren der letzten nationalen Instanz vorgesehen, wie dies schon bisher in Art. 234 EGV der Fall war.

Diese Lücken wurden vom EuGH im Fall *Köbler* dahingehend korrigiert, dass die massive 16 Verletzung der Vorlagepflicht Schadensersatzansprüche auf der Grundlage des europäischen Staatshaftungsrechts auslösen kann.⁵⁰ Ohnehin impliziert das *europäische Staatshaftungsrecht sekundäre Rechtsschutzmöglichkeiten* gegen rechtsverletzende Exekutiv-, Legislativ- und nunmehr auch Judikativakte der Mitgliedsstaaten, die Gemeinschaftsrecht (nicht) anwenden oder (nicht) umsetzen.⁵¹

Die damit eröffneten Sekundär-Rechtsschutzwege verdeutlichen die Lückenhaftigkeit des 17 direkten Rechtsschutzes, so dass auch die Forderung nach einer – über Art. 47 hinausgehenden – „europäischen Grundrechtsbeschwerde“ erklärlich wird.⁵² Eine dahingehende Erweiterung wurde freilich vom Verfassungskonvent verworfen⁵³ und wird nicht zu erreichen sein, ohne zugleich auch die Festschreibung auf die derzeitigen Zuständigkeiten der EU-Organen in Art. 51 Abs. 2 aufzubrechen.⁵⁴

b) Verletzung von garantierten Rechten oder Freiheiten

aa) Indem die verletzten Rechte oder Freiheiten durch Recht der Union garantiert sein 18 müssen, vermochte sich die weitergehende Forderung nach der Rechtsbehelfsfähigkeit jeder Rechtsverletzung, gleich ob das verletzte Recht durch die GRC, ein nationales Gesetz oder ein internationales Übereinkommen gewährleistet wird, nicht durchzusetzen.⁵⁵ Andererseits ist jedoch durch den uneingeschränkten Verweis auf das Unionsrecht sichergestellt,

48 Vgl. *Calliess*, EuZW 2001, 267 f., *Krüger/Polakiewicz*, EuGRZ 2001, 95 ff., *Magiera*, DÖV 2000, 1018, 1024.

49 Siehe bereits BVerfGE 73, 339, 366 ff.; 82, 159, 194 ff., ferner BVerfG NJW 2001, 1267 f.

50 EuGH im Fall *Köbler*, 30.9.2003, Rs. C-224/01. Der EuGH verwirft dabei ausdrücklich die für ein richterliches Haftungsprivileg vorgetragene Argumente.

51 Vgl. *Schwarze/Hatje*, Art. 4 EUV Rn. 53.

52 So – entgegen *Hilf*, Sonderbeilage zu NJW, EuZW, NVwZ und JuS 2000, 6* – u.a. *Calliess*, EuZW 2001, 267 f., *Hobmann*, Parl 2000, Beil. 52–53, S. 11, *Reich*, ZRP 2000, 375 ff., mit dem Vorschlag, eine Grundrechtsbeschwerde in einem Art. 230 Abs. 6 EGV zu konstituieren, ferner *Lindner*, ZRP 2007, 54 ff., *Tappert*, DRiZ 2000, 207; *Weber*, NJW 2000, 544; vgl. auch die entsprechenden Gesetzesvorschläge für die Einführung einer Grundrechtsbeschwerde von *Everling*, in: Verhandlungen des 60. Deutschen Juristentages Münster, 1994, S. N 19; zusammenfassend und mwN *Böcker*, Rechtsbehelfe, S. 159 Fn. 615.

53 Vgl. *Böcker*, Rechtsbehelfe, S. 225 ff.

54 Vgl. – mit teils unterschiedlicher Tendenz – *Koenig*, EuZW 2000, 417; zu diesem Problemkreis auch *Lindner*, DÖV 2000, 543 ff.

55 Vgl. oben Rn. 9 sowie *Bernsdorff/Borowsky*, Protokolle, S. 176 f., 277 f., *Calliess/Ruffert/Blanke*, EUV/EGV, Art. 47 GRCh Rn. 6, *Schwarze/van Vormizeele*, Art. 47 GRC Rn. 5 f., *Tettinger/Stern/Alber*, Europäische Grundrechte-Charta, Art. 47 Rn. 12 ff. Immerhin werden aber durch die Garantie für die Union verbindliche völkerrechtliche Verträge erfasst; vgl. *Frenz*, Handbuch Europarecht 4, Rn. 5001, *Jarass*, Charta, Finl. Rn. 21 ff.

dass nicht nur die durch die GRC ausdrücklich garantierten Grundrechte, sondern jedwede durch Unionsrecht anerkannten Rechte und Freiheiten rechtsbehelfsfähig sind und dazu nicht zuletzt auch die vom EuGH gemäß Art. 6 Abs. 2 EUV im Wege der Rechtsfortbildung auf der Basis der gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten und der EMRK sowie von anderen völkerrechtlichen Verträgen entwickelten Rechte und Freiheiten gehören.⁵⁶

- 19 bb) Wie schon derjenige nach Art. 13 EMRK, so setzt auch der Rechtsbehelf nach Art. 47 Abs. 1 die Geltendmachung einer bestimmten Rechtsverletzung voraus.⁵⁷ Für diese materielle Rüge braucht jedoch die Rechtsverletzung selbst nicht schon erwiesen zu sein; denn da sie gerade Gegenstand des Rechtsbehelfs sein soll, muss es genügen, dass die Verletzung „in vertretbarer Weise behauptet“ wird. Dazu können auch die vom EGMR entwickelten Maßstäbe⁵⁸ in analoger Anwendung hilfreich sein.
- 20 Hinsichtlich der für die Rechtsverletzung verantwortlichen Staatsgewalt lassen Art. 1 EMRK und Art. 47 Abs. 1 offen, ob der Rechtsbehelf nur gegen Rechtsverletzungen durch die Exekutive⁵⁹ oder auch solche der *Judikative* oder der *Legislative* gegeben sein sollen. Aus den gleichen Gründen wie bei der EMRK werden jedoch auch hier nur rechtsverletzende Akte der Verwaltung direkt⁶⁰ rechtsbehelfsfähig sein können,⁶¹ zumal nach den Erläuterungen des Konventspräsidiums die GRC nicht auf eine Erweiterung der bestehenden Rechtsbehelfe und deren Zulässigkeit abziele.⁶²

c) Wirksamkeit des Rechtsbehelfs

- 21 Wie schon bei Art. 13 EMRK (→ Rn. 3) ist auch hier die *Wirksamkeit* des Rechtsbehelfs nicht mit Erfolgsgarantie gleichzusetzen;⁶³ denn erforderlich ist nicht mehr, aber auch nicht weniger als eine ernsthafte und unparteiliche Prüfung der Rüge durch ein Gericht, das von dem für die behauptete Rechtsverletzung zuständigen Organ unabhängig ist. Dazu gehört aber auch, dass im Falle einer begründeten Rüge der angefochtene Akt gemäß den allgemeinen dafür vorgesehenen Verfahren rechtlich wie tatsächlich aufgehoben oder geändert, dh die gerichtliche Entscheidung implementiert wird, und auf entsprechende Entschädigungen oder auf die Verhängung von Sanktionen hinzuwirken ist.⁶⁴ Eine wirksame Kontrolle eines (von einer Unionsbehörde erlassenen) Aktes umfasst nicht nur eine Rechtmäßigkeitsprüfung im Sinne einer Rechtsprüfung, sondern auch eine Tatsachenprüfung. So

56 Zu dieser mit dem Fall *Stauder* (EuGH, 29/69 – Slg 1969, 419) einsetzenden Rechtsprechung zu Gemeinschaftsgrundrechten vgl. über die vom Konventspräsidium in *Charte* 4473/00 zu Art. 47 Abs. 2 aufgeführten Fälle *Johnston* (222/84 – Slg 1986, 1651), *Heylens* (222/86 – Slg 1987, 4097) und *Borelli* (C-97/91 – Slg 1992, I-6313) hinaus – näher *Calliess/Ruffert/Kingreen*, EUV/EGV, Art. 6 EUV Rn. 21 f., ferner *Grabitz/Hilff/Nettesheim/Pernice/Mayer*, EU, nach Art. 6 EU Rn. 52 ff., *Jarass*, NJW 2011, 1394, *Lenz/Borchardt/Wolfgang*, EGV, Anh. zu Art. 6 EU Rn. 20–75, *Ritgen*, ZRP 2000, 371 f.

57 Dazu wie auch zu deren sog akzessorischen Charakter vgl. oben Rn. 4.

58 Vgl. die Nachweise oben Fn. 24.

59 Dazu u.a. EuG im Fall *max.mobil*, 30.1.2002, Rs. T-54/99 = EuZW 2002, S. 186 ff.

60 Insofern bleiben sekundäre Schadensersatzansprüche auf Grundlage des europäischen Staatshaftungsrechts unberührt.

61 Vgl. oben Rn. 5 mwN – AA von der *Groeben/Schwarze/Hatje/Lemke*, Art. 47 GRC Rn. 7; *Lenz/Staeglich*, NVwZ 2004, 1424, wonach sich das in Art. 47 verankerte Gebot effektiven Rechtsschutzes auch auf europäische Normativakte beziehe.

62 *Charte* 4473/00 zu Art. 47 Abs. 1 (*Bernsdorff/Borowsky*, Protokolle, S. 38 f.).

63 *Schwarze/van Vormizeele*, Art. 47 GRC Rn. 10, *Tettinger/Stern/Alber*, Europäische Grundrechte-Charta, Art. 47 Rn. 37. Vgl. auch *Shelton*, in: Peers/Ward, Fundamental Rights, S. 360 ff.

64 Vgl. oben Rn. 3, 10, ferner *Frenz*, Handbuch Europarecht 4, Rn. 5013 f.

betont der EuGH, der (Unions-)Richter habe sich zu vergewissern, dass der Exekutivakt, gegen den sich die Beschwerde richtet, auf einer hinreichend gesicherten Tatsachengrundlage beruht.⁶⁵ Zu diesem Zweck müssten die Unionsrichter gegebenenfalls von der zuständigen Unionsbehörde Informationen oder Beweise anfordern. Auch bei komplexen wirtschaftlichen Fragen verlangt der EuGH eine grds. unbeschränkte Nachprüfung. Zu diesem Zweck müssten die Unionsrichter die Rechtmäßigkeitskontrolle auf der Grundlage der vom Kläger zur Stützung seiner Klagegründe vorgelegten Beweise vornehmen; die Richter könnten sich hinsichtlich ihrer Bewertung nicht auf den Ermessensspielraum der Kommission berufen und damit auf eine gründliche rechtliche wie tatsächliche Kontrolle zu verzichten.⁶⁶ Dieses Verständnis eines effektiven Rechtsbehelfs lässt sich vom speziellen Fall ablösen und verallgemeinern, zumal der EuGH die Nachweispflicht an das tatsächliche Bestehen einer Gefahr, mit der Mitgliedsstaaten die Einschränkung einer Grundfreiheit des AEUV begründen, schrittweise erheblich verschärft hat und nunmehr Studien, Daten oder andere empirische Nachweise für die Existenz einer solchen Gefahr verlangt.⁶⁷

II. Art. 47 Abs. 2: Recht auf ein unparteiisches Gericht

1. Vorgaben

a) Art. 6 Abs. 1 EMRK

Gemäß den Erläuterungen des Präsidiums des Konvents entspricht Art. 47 Abs. 2 dem 22 Art. 6 Abs. 1 EMRK:⁶⁸

„Jede Person hat ein Recht darauf, dass über Streitigkeiten in Bezug auf ihre zivilrechtlichen Ansprüche und Verpflichtungen oder über eine gegen sie erhobene strafrechtliche Anklage von einem unabhängigen und unparteiischen, auf Gesetz beruhenden Gericht in einem fairen Verfahren, öffentlich und innerhalb angemessener Frist verhandelt wird. Das Urteil muss öffentlich verkündet werden; Presse und Öffentlichkeit können jedoch während des ganzen oder eines Teiles des Verfahrens ausgeschlossen werden, wenn dies im Interesse der Moral, der öffentlichen Ordnung oder der nationalen Sicherheit in einer demokratischen Gesellschaft liegt, wenn die Interessen von Jugendlichen oder der Schutz des Privatlebens der Prozessparteien es verlangen oder – soweit das Gericht es für unbedingt erforderlich hält – wenn unter besonderen Umständen eine öffentliche Verhandlung die Interessen der Rechtspflege beeinträchtigen würde.“

Art. 6 Abs. 1 EMRK, dem Art. 10 der AEMR von 1948 und dann Art. 13 Abs. 1 UN-Entwurf von 1949 als Vorlage dienten, proklamiert Verfahrensgarantien, die eigentlich selbstverständlich sein sollten, aber selbst auf europäischer Ebene immer wieder der menschenrechtlichen Durchsetzung bedürfen: nämlich das Recht auf ein faires, zügiges und öffentliches Verfahren, wie es nur von einem unabhängigen und unparteiischen Gericht erwartet werden kann. Ohne hier auf die vielfältigen Ausprägungen dieser inzwischen durch eine reiche Kasuistik fortentwickelten Garantien eingehen zu können,⁶⁹ erscheinen im Hinblick

65 Dazu und zum Folgenden EuGH im Fall *Bank Mellat*, ECLI:EU:C:2016:96, Rn. 109 f. mit weiteren Nachweisen.

66 EuGH im Fall *Telefónica*, ECLI:EU:C:2014:2062, Rn. 50 ff., insbes. 54. Dazu *Nehl*, in: Pechstein/Nowak/Häde, GRC, Art. 47 Rn. 41; *Seitz*, EuZW 2014, 774, 776. Ferner *Jarass*, Charta, Art. 47 Rn. 30.

67 Näher dazu *Kubiciel*, EuZW 2017, 494.

68 *Charte* 4473/00 zu Art. 47 Abs. 2 (*Bernsdorff/Borowsky*, Protokolle, S. 39).

69 Zu Einzelheiten vgl. insbes. die Kommentierungen von *Peukert*, in: Frowein/Peukert, EMRK, Art. 6 Rn. 1 ff.; *Grabenwarter*, EMRK, § 24 Rn. 27–96, *Villiger*, § 18.

auf den – teils übereinstimmenden, teils davon abweichenden – Art. 47 Abs. 2 folgende Punkte erwähnenswert:

- 23 aa) Über die vorerwähnten Garantien der *Unabhängigkeit* und *Unparteilichkeit*⁷⁰ eines gesetzlich zu errichtenden *Gerichts* sowie der *Öffentlichkeit*, *Zügigkeit* und *Fairness* des Verfahrens hinaus wird durch Art. 47 Abs. 2 auch das Recht des Beschwerdeführers, sich *beraten*, *verteidigen* und *vertreten* zu lassen, deklariert (→ Rn. 37), wobei Ansätze dieses teilweise auch durch Art. 48 Abs. 2 garantierten Verteidigungsrechts schon in Art. 6 Abs. 3 (c) EMRK zu finden sind, sofern in diesen Beratungs- und Vertretungsgarantien ohnehin nicht schon Ausprägungen des Fairness-Grundsatzes im Sinne von Waffengleichheit zu sehen sind.⁷¹ Hinsichtlich der Öffentlichkeit des Verfahrens, die in Art. 6 Abs. 1 EMRK eine ungenau detaillierte und gleichzeitig auch schon Ausnahmen spezifizierende Beschreibung erfährt, begnügt sich Art. 47 Abs. 2 mit der lapidaren Forderung von Öffentlichkeit.
- 24 bb) Während hinsichtlich des Charakters der verhandlungsfähigen Sachen in Art. 47 Abs. 2 weder eine Einschränkung noch eine Differenzierung zu finden ist, beschränkt sich Art. 6 Abs. 1 EMRK seinem Wortlaut nach auf Entscheidungen über *zivilrechtliche* Ansprüche und über die Stichhaltigkeit einer *strafrechtlichen* Anklage. Darüber hinaus haben jedoch durch ein nicht am nationalen Recht, sondern am Sinn der EMRK orientierten Verständnis dieser Materien inzwischen auch Streitgegenstände Zugang zum EGMR gefunden, die hierzulande als sozial- oder gar als verwaltungsrechtlich eingeordnet würden.⁷²
- 25 cc) Ähnlich wie dies auch noch bei Art. 47 Abs. 2 den Anschein hat (→ Rn. 31), schienen auch schon die in Art. 6 Abs. 1 EMRK eingeräumten Garantien nur auf bereits *anhängige* Verfahren anwendbar zu sein, nicht aber ein Recht auf ein Gericht und auf den Zugang zum Gericht zu gewährleisten. Gegenüber einer solchen Fehldeutung wurde jedoch vom EGMR schon mehrfach klargestellt, dass Art. 6 Abs. 1 EMRK nicht nur den *Zugang zu den Gerichten* garantieren will,⁷³ sondern die Vertragsstaaten auch als verpflichtet ansieht, positiv dafür Sorge zu tragen, dass der Einzelne von seinem Recht auf Zugang zum Gericht in wirksamer Weise Gebrauch machen kann.⁷⁴

b) Nationalstaatliche Gewährleistungen

- 26 Auf nationalstaatlicher Ebene kann sich die *Unabhängigkeit des Richters*, wenn auch mit unterschiedlichen Nuancen, in den EU-Staaten einer nahezu allgemeinen verfassungsrechtlichen Absicherung erfreuen: so in Belgien (Art. 151 § 1), Bulgarien (Art. 117 Abs. 2), Deutschland (Art. 97 Abs. 1, 101), Estland (§ 146), Finnland (§ 3), Frankreich (Art. 64), Griechenland (Art. 87 Abs. 1), Irland (Art. 35 Abs. 2), Italien (Art. 104), Litauen (Art. 31, 109), Malta (Art. 39 Abs. 1), Österreich (Art. 87), Polen (Art. 45 Abs. 1, 173, 178 Abs. 1), Portugal (Art. 203), Rumänien (Art. 123 Abs. 2), Slowakei (Art. 46 Abs. 1), Slowenien

70 Deren Fehlen vom EGMR im Fall *Öcalan*, 12.3.2003 = EuGRZ 2003, S. 472 ff. und im Fall *Karkin*, 23.9.2003, im Hinblick auf das türkische Staatssicherheitsgericht als nicht unabhängiges und unparteiliches Gericht konstatiert wurde. Dazu u.a. auch *Kühne*, JZ 2003, 672 f. Der zweistufige Prüfungsmaßstab wird rekapituliert vom EGMR im Fall *Thaler*, 3.2.2005, Z. 30 ff.

71 Vgl. *IntKomm/Miehsler/Vogler*, EMRK, Art. 6 Rn. 372; ähnlich auch *Weigend*, SrV 2000, 385.

72 Vgl. im Einzelnen den Überblick über den sachlichen Geltungsbereich von Art. 6 EMRK bei *Peukert*, in: Frowein/Peukert, EMRK, Art. 6 Rn. 5 ff.; ferner *Villiger*, EMRK, § 18 Rn. 375, 387 ff., 391.

73 In diesem Sinne vgl. insbes. EGMR im Fall *Golder*, GH 18/A, Z. 25 ff. = EuGRZ 1975, 91 ff.; ebenso im Fall *Silver*, GH 61/A, Z. 80 ff. = EuGRZ 1984, 149.

74 Vgl. insbes. Fall *Airey*, GH 32, Z. 20 ff. = EuGRZ 1979, 627 hinsichtlich der Einräumung von Verfahrenshilfen, sowie *Peukert*, in: Frowein/Peukert, EMRK, Art. 6 Rn. 54, *Grabenwerter*, EMRK, § 24 Rn. 46.

(Art. 23, 125), Spanien (Art. 117 Abs. 1), der Tschechischen Republik (Art. 81, 82 Abs. 1) sowie Art. 36 Abs. 1 GR-Deklaration⁷⁵ und Ungarn (Art. 50 Abs. 3, 57 Abs. 1). Gleiches gilt weitgehend auch noch für die verfassungsrechtliche Garantie des *Öffentlichkeitsgrundsatzes*: so in Belgien (Art. 148, 149), Bulgarien (Art. 121 Abs. 3), Dänemark (§ 65), Estland (§ 24), Finnland (§ 21), Griechenland (Art. 93 Abs. 2), Irland (Art. 34 Abs. 1), Litauen (Art. 31, 117), Luxemburg (Art. 88, 89), Malta (Art. 39 Abs. 3), Niederlande (Art. 121), Österreich (Art. 90), Polen (Art. 45 Abs. 1), Portugal (Art. 206), Rumänien (Art. 126), Schweden (Kap. 2 § 11), Slowakei (Art. 48 Abs. 2), Slowenien (Art. 24), Spanien (Art. 24 Abs. 2, 120 Abs. 1 u. 3), der Tschechischen Republik (Art. 96 Abs. 2 der Verfassung sowie Art. 38 Abs. 2 GR-Deklaration),⁷⁶ Ungarn (Art. 57 Abs. 1) und Zypern (Art. 154).⁷⁷ Demgegenüber wurde eine verfassungsrechtliche Absicherung des *Fairnessgrundsatzes* offenbar nur in Bulgarien (im Sinne von „Waffengleichheit“: Art. 121 Abs. 1), Italien (Art. 111) und Malta (Art. 39 Abs. 1) für erforderlich gehalten. Auch die verfassungsrechtliche Zusage einer Verhandlung innerhalb einer *angemessenen Frist* findet sich in vergleichsweise wenigen EU-Ländern: so in Bulgarien (Art. 31 Abs. 1), Malta (Art. 39 Abs. 1), Portugal (Art. 20 Abs. 4), Schweden (Kap. 2 § 9), Slowakei (Art. 48 Abs. 2) und Spanien (Art. 24 Abs. 2). Wiederum häufiger findet sich das Recht auf *Verteidigung* garantiert (wie zu dem ebenfalls zu den Verteidigungsrechten zu rechnenden Art. 48 GRC aufgelistet).⁷⁸

2. Diskussion im Grundrechtekonvent

Soweit sich die in Art. 47 Abs. 2 enthaltenen Verfahrensgarantien überhaupt diskutiert finden, geht es weniger um deren grundsätzliche Berechtigung als um ihre formale Fassung und systematische Stellung.⁷⁹ Dabei wurde allgemein eine engere Anlehnung an Art. 6 EMRK moniert⁸⁰ sowie auf Vorschlag des Konventspräsidiums noch der den nationalen Verfassungstraditionen entsprechende Beratungs- und Verteidigungspassus angefügt.⁸¹

3. Kommentierung

a) Allgemeines

Der den Abs. 2 betreffende Teil der Artikelüberschrift gibt mit „Recht auf ein unparteiisches Gericht“ den Inhalt dieser Gewährleistung nur unvollständig wieder; denn bei differenzierter Betrachtung lassen sich dem Art. 47 Abs. 2 verschiedenartige Rechtswege- und Verfahrensgarantien entnehmen. Da diese **jeder Person** zuerkannt werden, haben sie *menschenrechtlichen* Charakter, der allenfalls insoweit auf bloße EU-Bürgerrechte eingeeengt sein kann, als ein Durchsetzungsanspruch nur gegen die Gerichtsbarkeit der EU und deren Mitgliedstaaten besteht.

Hinsichtlich des sachlichen Anwendungsbereichs gibt es die noch in Art. 6 Abs. 1 EMRK vorzufindende Beschränkung auf zivil- und strafrechtliche Sachen (→ Rn. 22) in Art. 47

⁷⁵ Vgl. oben Fn. 31.

⁷⁶ Vgl. oben Fn. 31.

⁷⁷ Für Deutschland vgl. Art. 6 EMRK in Verbindung mit §§ 169 ff. VVG.

⁷⁸ Vgl. im Einzelnen *Eser/Kubiciel*, unten Art. 48 Rn. 23.

⁷⁹ Vgl. im Einzelnen *Charte* 4123/1/00 REV 1, Art. 5; 4141/00 Art. 2 Abs. 1 und Art. 3, 4284/00 Art. 8 Abs. 1; 4333/00 Art. 8; 4422/00 Art. 45 Abs. 2; 4423/00 Art. 45 Abs. 2; 4470/00 Art. 46 Abs. 2 sowie *Bernsdorff/Borowsky*, Protokolle, S. 177, 278 f.

⁸⁰ Vgl. *Bernsdorff/Borowsky*, Protokolle, S. 278.

⁸¹ Vgl. *Charte* 4333/00 Art. 8 Abs. 1 S. 2; 4420/00 Art. 45 Abs. 2 S. 2; 4470/00 Art. 46 Abs. 2 S. 2, wobei dieser Vorschlag seinerseits auf eine Initiative von *J. Meyer* zurückgeht; vgl. *Meyer/Engels*, *Charta der Grundrechte*, 2001, S. 31 f., 299 sowie unten Rn. 37.

Abs. 2 nicht mehr, so dass ein Recht auf gerichtliche Behandlung für *jede Art von Rechtsstreitigkeit* garantiert wird, was aus dem Charakter der Europäischen Gemeinschaft als einer „Rechtsgemeinschaft“ gefolgert wird.⁸² Mit einer solchen allgemeinen **Rechtsweggarantie**, die der des Art. 19 Abs. 4 GG nahe kommt,⁸³ gehen die Gewährleistungen der GRC nicht nur über den Schutzbereich der EMRK, sondern auch über die Verfassungsstraditionen mancher Mitgliedstaaten hinaus, da viele nationale Verfassungen nicht derart umfassende Rechtswege einräumen.⁸⁴ Daher werden Konflikte mit einzelnen nationalen Verfahrenssystemen nicht ausbleiben, zumal über den durch Art. 47 Abs. 2 garantierten Zugang zu einem Gericht hinaus aufgrund der Kohärenzklausel des Art. 52 Abs. 3 auch jene Garantien einzuhalten sind, die vom EGMR zu Art. 6 EMRK vor allem hinsichtlich der Verwaltungsgerichtsbarkeit entwickelt wurden.⁸⁵ Demzufolge werden insbesondere hinsichtlich des Gebots einer öffentlichen mündlichen Verhandlung und der erforderlichen Kontrollbefugnis der Verwaltungsgerichtsbarkeit gewisse Schwierigkeiten erwartet.⁸⁶

- 30 Im Übrigen sind für das Verständnis der durch Art. 47 Abs. 2 eingeräumten Einzelgarantien auch die entsprechenden Präzisierungen des EGMR zu Art. 6 Abs. 1 EMRK analog heranzuziehen.⁸⁷

b) Rechtswege- und Gerichtsgarantien

- 31 aa) Als Rechtsweggarantie muss als allererstes der **Zugang** zu einem Gericht gewährleistet sein. Das setzt voraus, dass nicht nur eine zuständige Gerichtsinstanz vorhanden oder erforderlichenfalls einzurichten ist, sondern dass diese gemäß den vom EGMR zu Art. 6 Abs. 1 EMRK entwickelten Grundsätzen auch *tatsächlich* zugänglich sein muss.⁸⁸ Dazu gehört auch, dass die Anrufung des Gerichts nicht durch exzessive (Gerichts-)Kosten⁸⁹ oder nur schwer zu überwindende Verfahrenshindernisse unverhältnismäßig behindert oder gar ausgeschlossen sein darf. In gleicher Weise muss auch die *Durchführung des Verfahrens* praktisch möglich wie auch die *Durchsetzung der Entscheidung* gewährleistet sein.⁹⁰ Dagegen lässt sich aus dieser Rechtsweggarantie weder der Zugang zu einem bestimmten Gerichtstyp, wie etwa dessen Besetzung mit Geschworenen,⁹¹ noch die Gewährleistung eines über die erstinstanzliche Entscheidung hinausgehenden Rechtsmittelzuges ableiten.⁹² Dessen ungeachtet sind die Rechte auf einen wirksamen Rechtsbehelf und einen unparteilichen Richter in ihrer Zusammenschau nur dann optimal verwirklicht, wenn eine richterliche Entscheidung nicht abschließend von jenem Richter überprüft wird, der diese Entschei-

82 So im Anschluss an das Urteil des EuGH im Fall *Les Verts*, 194/83 – Slg 1986, 1339, 1365 die Erläuterung des Konventspräsidiums in *Charte* 4473/00 zu Art. 47 Abs. 2 (*Bernsdorff/Borowsky*, Protokolle, S. 39).

83 *Calliess*, EuZW 2001, 263 f.

84 Vgl. die Einzelangaben oben Rn. 23 a sowie *Heselhaus/Nowak*, Handbuch, § 51 Rn. 23 ff. Näher zu den unterschiedlichen europäischen Zugangsrechten zur Justiz vgl. *Ward*, in: *Peers/Ward*, *Fundamental Rights*, S. 123 ff.

85 Vgl. dazu *Grabenwarter*, *Verfahrensgarantien*, S. 414 ff., 465 ff., 595 ff.

86 So namentlich von *Grabenwarter*, DVBl. 2001, 8.

87 So auch nach den Erläuterungen des Konventspräsidiums *Charte* 4473/00 zu Art. 47 Abs. 2 (*Bernsdorff/Borowsky*, Protokolle, S. 39). Vgl. auch *Heselhaus/Nowak*, Handbuch, § 51 Rn. 16, 31.

88 Vgl. oben Rn. 25, ferner *Jarass*, NJW 2011, 1395 f.

89 EGMR im Fall *Kreuz*, 19.6.2001, Z. 66.

90 Vgl. *Calliess/Ruffert/Blanke*, EUV/EGV, Art. 47 GRCh Rn. 1, *Jarass*, *Charta*, Art. 47 Rn. 47 ff.

91 Vgl. *Peukert*, in: *Frowein/Peukert*, EMRK, Art. 6 Rn. 203.

92 Vgl. *Grabenwarter/Pabel*, EMRK, § 24 Rn. 63. Entsprechendes gilt auch für etwaige Begrenzungen des vorläufigen Rechtsschutzes; vgl. *Jarass*, *Charta*, Art. 47 Rn. 14; *Villiger*, EMRK, § 19 Rn. 430 mwN.

dung getroffen hat. Jedenfalls bei richterlichen Entscheidungen, die tiefgreifend in Grundrechte eingreifen, wird daher ein zweistufiger Rechtsmittelzug zu fordern sein.

Als Gericht sind nicht nur die ordentlichen Gerichte der Mitgliedstaaten qualifiziert. Vielmehr kommen dafür auch andere Einrichtungen in Betracht, die justizförmig organisiert, von der Exekutive und Legislative unabhängig und bei der Ausübung ihrer Funktionen weder weisungsgebunden sind noch – abgesehen von etwaiger Überprüfung durch eine Rechtsmittelinstanz – Rechenschaft abzulegen haben und aufgrund eines geregelten und mit entsprechenden Garantien ausgestellten Verfahrens nach Recht und Gerechtigkeit über bestimmte rechtliche Ansprüche und Verpflichtungen oder über strafrechtliche oder vergleichbare Vorwürfe und Verantwortlichkeiten zu entscheiden haben.⁹³

bb) Dabei muss es sich um ein „zuvor durch Gesetz errichtetes Gericht“ handeln, weil darin in einer demokratischen Gesellschaft eine der Grundvoraussetzungen seiner Unabhängigkeit zu sehen ist.⁹⁴ Damit sind Sonder- oder Ausnahmegerichte jedenfalls insoweit ausgeschlossen, als sie ad hoc von der Regierung oder einem sonstigen Exekutivorgan für bestimmte Fälle eingesetzt werden.⁹⁵ Auch wird man von einer Errichtung des Gerichts durch Gesetz nur dann sprechen können, wenn nicht nur der Errichtungsakt als solcher auf Gesetz beruht, sondern auch der organisatorische Aufbau sowie die sachlichen und örtlichen Zuständigkeiten der jeweiligen Gerichtsbarkeiten zumindest durch gesetzliche Rahmenvorschriften geregelt sind, wobei dann freilich innerhalb dieses Rahmens der Justizminister beispielsweise ermächtigt sein kann, aufgrund von exekutiven Ausführungsvorschriften weitere Gerichte oder Spruchkörper der betreffenden Art einzurichten.⁹⁶

Obgleich nicht explizit ausgesprochen, könnte es nahe liegen, aus dem Erfordernis der gesetzlichen Errichtung des Gerichts auch das Prinzip des „gesetzlichen Richters“ abzuleiten, wonach nicht nur die Zuständigkeit des Gerichts und dessen etwaiger Spruchkörper (unmittelbar oder mittelbar) auf der Grundlage eines Gesetzes bestimmt sein muss, sondern auch der zur Entscheidung berufene Richter im voraus durch generelle, jeden möglichen Einzelfall erfassende Regelungen möglichst eindeutig festgelegt sein soll.⁹⁷ Gleichwohl scheint dieses rechtsstaatlich bedeutsame, weil insbesondere auf die Abwehr sachwidriger Eingriffe in die Rechtsprechung von außen gerichtete Prinzip bei der Deutung von Art. 6 EMRK in der einschlägigen Literatur – soweit ersichtlich – bisher keinen Niederschlag gefunden zu haben. In der Tat wird man es auch dem hier in Frage stehenden Art. 47 Abs. 2 nicht zwingend entnehmen können.⁹⁸ Denn nicht nur, dass das heute in Deutschland be-

93 Vgl. *Peukert*, in: *Frowein/Peukert*, EMRK, Art. 6 Rn. 200 mwN.

94 Vgl. Bericht der EKMR 7360/76, *Zand*, DR 15, 70. Vgl. auch *Frenz*, Handbuch Europarecht 4, Rn. 5029, *Luchtman*, in: *Luchtman*, Choice of Forum, S. 28 f.

95 Vgl. *Tettinger/Stern/Alber*, Europäische Grundrechte-Charta, Art. 47 Rn. 56. – Zur ausnahmsweisen Zulässigkeit von Sondergerichtsbarkeiten, etwa im Zusammenhang mit Nationalisierungsmaßnahmen, vgl. EGMR im Fall *Lithgow*, GH 102, Z. 204 ff. = EuGRZ 1988, 364 sowie *Peukert*, in: *Frowein/Peukert*, EMRK, Art. 6 Rn. 201.

96 Siehe auch *Villiger*, EMRK, § 19 Rn. 413 f.

97 Näher zu dieser, in Deutschland sogar verfassungsrechtlich abgesicherten Garantie, dass „niemand seinem gesetzlichen Richter entzogen werden (darf)“ (Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG), vgl. *KK/Pfeiffer/Hannich*, StPO, Einleitung Rn. 25 mwN, wobei insbesondere der Plenarbeschluss in BVerfGE 95, 322, 322, 333 Beachtung verdient. Rechtsvergleichend zum Ganzen vgl. *Eser*, in: FS für Salger, S. 247 ff., sowie insbesondere im Hinblick auf die EU-Ebene *Panzavolta*, in: *Luchtman*, Choice of Forum, S. 145 ff., 155 f.

98 AA *Satzger*, StV 2003, 140, sowie ohne nähere Begründung *Frenz*, Handbuch Europarecht 4, Rn. 5029, während *Heselhaus/Nowak*, Handbuch, § 51 Rn. 49 f. weniger die (als grundsätzlich anerkannt erachtete) Existenz als offenbar nur noch die Reichweite der Garantie des „gesetzlichen Richters“ für diskussionsbedürftig halten.

sonders hochgehaltene Prinzip des „gesetzlichen Richters“ in anderen Ländern – wegen anderer historischer Erfahrungen – nicht in gleicher Weise gehandhabt, wenn überhaupt bekannt ist.⁹⁹ Vielmehr ist auch die besondere Absicherung dieses Grundsatzes in Art. 101 GG¹⁰⁰ ein Indiz dafür, dass es nicht ohne weiteres im Erfordernis der gesetzlichen Errichtung des Gerichts mitenthalten ist. Art. 47 Abs. 2 hält demnach keine Antwort auf die Frage parat, ob eine europäische Staatsanwaltschaft eine Anklage willkürlich vor das ihr günstigste Forum soll bringen dürfen (sog forum- oder jurisdiction-shopping) oder dabei an klare, im Voraus formulierte Regeln zu binden ist.¹⁰¹ Art. 36 Abs. 3 VO 2017/1939 zur Errichtung einer EuStA enthält nunmehr solche Regeln, die jedoch die Entscheidung nicht vollständig determinieren, sondern Raum für Ermessensentscheidungen lassen. Ob die Anwendung dieser Vorschrift den Vorgaben des Art. 47 gerecht werden wird, bleibt daher abzuwarten.

- 35 cc) Die geforderte **Unabhängigkeit** des Gerichts ist nicht nur Ausdruck des in allen Mitgliedstaaten geltenden Gewaltenteilungsprinzips, sondern auch ein Gebot der Rechtsstaatlichkeit, da ein effektiver Rechtsschutz nur durch Richter, die als nicht beteiligte Dritte in persönlicher und sachlicher Hinsicht unabhängig sind, zu gewährleisten ist.¹⁰² An dieser Unabhängigkeit braucht es nicht schon deshalb zu fehlen, weil die Mitglieder des Gerichts von einem Exekutivorgan ernannt werden bzw. die Amtsperiode oder das Sachgebiet von vornherein beschränkt ist, vorausgesetzt jedoch, dass innerhalb dieser Grenzen zumindest fachlich Unabsetzbarkeit bzw. Weisungsfreiheit gewährleistet ist.¹⁰³ Ebenso wenig wie das Gericht schon dadurch zu einem seine Unabhängigkeit aufhebenden „*judex in sua causa*“ wird, wenn es über eine Maßnahme des Organs (wie der EU-Kommission) zu entscheiden hat, von dem es bestellt wurde.¹⁰⁴
- 36 Bei der zudem erforderlichen **Unparteilichkeit** des Gerichts geht es im Wesentlichen um die subjektive Einstellung des einzelnen Richters: Von ihm wird prinzipielle Neutralität gegenüber den Verfahrensbeteiligten sowie ein sachgemäßes Urteilen ohne Ansehen der Person erwartet, wobei eine solche Unparteilichkeit bis zum Beweis des Gegenteils vermutet wird.¹⁰⁵

99 So das Ergebnis der rechtsvergleichenden Untersuchung von *Eser*, in: FS für Salger, S. 247 ff. AA – freilich ohne entsprechende Verweise – *Guglielmetti et. al.*, Stellungnahme zum Grünbuch „Europäische Staatsanwaltschaft“, S. 9 („[L]e principe de sécurité juridique [...] serait aussi respectueuse du principe du juge naturel, lequel a valeur constitutionnelle dans de nombreux ordres juridiques.“) http://europa.eu.int/comm/anti_fraud/green_paper/contributions/pdf/gp_college_eu3_fr.pdf.

100 Vgl. oben Fn. 109.

101 Zusammenfassend zu dieser kontrovers diskutierten Frage „Follow-Up Report“ der Kommission, Com(2003) 128, S. 17, http://europa.eu.int/comm/anti_fraud/green_paper/suivi/suivi_en.pdf; vgl. auch *Panzavolta*, in: Luchtman, Choice of Forum, S. 155 ff.

102 KK/Pfeiffer/Hannich, StPO, Einleitung Rn. 24.

103 Zu weiteren Einzelheiten vgl. die Erläuterungen zu dem insoweit inhaltsgleichen Art. 6 Abs. 1 EMRK von *Peukert*, in: Frowein/Peukert, EMRK, Art. 6 Rn. 204 ff., ferner *Calliess/Ruffert/Blanke*, EUV/EGV, Art. 47 GRCh Rn. 11, *Frenz*, Handbuch Europarecht 4, Rn. 5020 f., *Jarass*, Charta, Art. 47 Rn. 19 ff.

104 Vgl. EuGH im Fall *Otis*, C-199/11, Z. 39, 64 ff. = EuZW 2013, 24 m Anm *Landbrecht*.

105 Auch insoweit vgl. zu weiteren Einzelheiten *Peukert*, in: Frowein/Peukert, EMRK, Art. 6 Rn. 213 ff., *Grabenwarter/Pabel*, EMRK, § 24 Rn. 51 ff., ferner *Callewaert*, EuGRZ 1996, 368, *Frenz*, Handbuch Europarecht 4, Rn. 5024 ff., *Jarass*, Charta, Art. 47, Rn. 28, *Tettinger/Stern/Alber*, Europäische Grundrechte-Charta, Art. 47 Rn. 57.

c) Verfahrensgarantien¹⁰⁶

aa) Bei der aus dem anglo-amerikanischen Rechtskreis entlehnten Gewährleistung eines fairen Verfahrens, dessen Erfordernisse allerdings weder definiert noch konkretisiert sind,¹⁰⁷ handelt es sich um eine Ausprägung des Rechtsstaatsprinzips, wie es sich inzwischen in verschiedenen Verfahrensgarantien niedergeschlagen hat.¹⁰⁸ Für diese ist charakteristisch, dass sie den Verfahrensbeteiligten sowohl ausreichende Mitwirkungsrechte sichern als sie auch vor einseitigen Benachteiligungen schützen sollen, wobei der EGMR das Verfahren in seiner Gesamtheit auf seine Fairness hin untersucht.¹⁰⁹ Dazu gehört im Sinne eines *kontradiktorischen* Verfahrens¹¹⁰ vor allem das Prinzip der „*Waffengleichheit*“, wobei den Verfahrensbeteiligten bei der Vertretung ihrer möglicherweise gegenläufigen Interessen und Prozessrollen gleichwertige wie gleichermaßen effektive Befugnisse gewährleistet sein sollen.¹¹¹ Dazu bedarf es grundsätzlich eines Akteneinsichtsrechts¹¹² wie auch des Rechts zu Stellungnahmen zu allen entscheidungserheblichen Tatsachen, insbesondere zu vorgelegten Beweismitteln¹¹³ und Rechtsfragen.¹¹⁴ Damit geht die Pflicht des Gerichtes einher, sich mit dem diesbezüglichen Vortrag der Parteien auseinanderzusetzen; das Gericht muss jedoch nicht explizit auf jedes Argument eingehen und dieses in seiner Entscheidungsbegründung würdigen.¹¹⁵ Je bedeutsamer aber ein tatsächlicher Umstand oder ein rechtliches Argument ist, umso wichtiger ist es, dass das Gericht (in seiner Entscheidungsbegründung) zum Ausdruck bringt, dass es sich mit dem Parteivortrag auseinandergesetzt hat. Aus dem ebenfalls wesentlichen Anspruch auf *rechtliches Gehör*¹¹⁶ soll sich jedoch nicht unbedingt eine Pflicht zur Anhörung vor Ausstellung eines Haftbefehls ergeben.¹¹⁷ Eine weitere Ausprägung erfährt das Fairnessprinzip durch die gerichtliche *Fürsorgepflicht*, die zu vielfälti-

106 Zur diesbezüglichen Besorgnis des Europäischen Parlaments im Hinblick auf den Status verschiedenster Verfahrensgarantien in Mitgliedsstaaten vgl. Resolution vom 15.1.2003, Z. 148 oder Resolution vom 4.9.2003, Z. 146.

107 Die Maxime des fairen Verfahrens erfährt in den einzelnen, im Rahmen von Art. 48 Abs. 2 zu diskutierenden Verteidigungsrechten spezifische Ausprägungen. Insofern verhält sich Art. 47 Abs. 2 zu Art. 48 Abs. 2 wie Art. 6 Abs. 1 EMRK zu Art. 6 Abs. 3 EMRK; vgl. zu letzterem den EGMR im Fall *Artico*, 13.5.1980, Z. 32.

108 Grundlegend u.a. *Spaniol*, Recht auf Verteidigerbeistand, S. 199 ff.; zur Garantie eines fairen Verfahrens vgl. *Grabenuarter/Pabel*, EMRK, § 24 Rn. 66 ff., *Villiger*, EMRK, § 21 Rn. 470 ff. Vgl. zum Ganzen auch *Eser*, Ritsumeikan L.R. 2009, 179 f. sowie *Borraccetti*, in: Di Federico, EU Charter, S. 100 ff.

109 Vgl. dazu noch *Eser/Kubiciel*, unten Art. 48 Rn. 23.

110 Vgl. – unter Berufung auf die ständige Rechtsprechung des EGMR – EuGH im Fall *Varec*, C-450/06 Z. 46, Slg I-581 = EuZW 2008, 209.

111 Vgl. EuGH im Fall *Otis*, C-199/11, Z. 72 ff. = EuZW 2013, 24 m Anm *Landbrecht* (S. 28 f.), wo das Prinzip der Waffengleichheit auch aus dem Grundsatz effektiven gerichtlichen Rechtsschutzes begründet wird. Zu der vor allem im Strafprozess bedeutsamen Waffengleichheit zwischen Anklage und Verteidigung, zu der insbesondere auch das Konfrontationsrecht gehört (unten Rn. 28), vgl. u.a. *Roxin/Schünemann*, Strafverfahrensrecht, § 11 Rn. 7 – Kritisch zum Begriff der Waffengleichheit *Safferling*, NSStZ 2004, 181 ff.

112 *Jarass*, NJW 2011, 13 97; zur Wahrnehmung dieses Recht durch den Angeklagten vgl. EGMR im Fall *Öcalan*, 12.3.2003, Z. 161 ff. sowie unten Art. 48 Rn. 25 a Fn. 245. Zu etwaigen Einschränkungen zur Wahrung von Grundrechten Dritter, wie insbesondere von Geschäftsgeheimnissen, vgl. EuGH im Fall *Varec*, C-450/06 Z. 47 ff., Slg I-581 = EuZW 2008, 209.mwN.

113 Vgl. EuGH im Fall *Steffensen*, C-276/01 Z: 77, Slg 2003, I-3735 m Anm *Schaller*, EuZW 2003, 671 f., ferner *Borraccetti*, in: Di Federico, EU Charter, S. 105 ff.

114 *Nehl*, in: Pechstein/Nowak/Häde, GRC, Art. 47 Rn. 62.

115 *Nehl*, in: Pechstein/Nowak/Häde, GRC, Art. 47 Rn. 64.

116 Vgl. oben zu Fn. 44.

117 EuGH im Fall *Radu*, C-93/11, Z. 28 ff. = NJW 2013, 1146 m. kritischer Besprechung *Gaede* NJW 2013, 1279 f.

gen Hinweis-, Belehrungs- und Aussetzungspflichten seitens des Gerichts führt, um den Prozessbeteiligten die tatsächliche Wahrnehmung ihrer Verfahrensrechte wie auch insgesamt die Justizförmigkeit des Verfahrens zu sichern.¹¹⁸ Dazu wird auch die grundsätzliche Pflicht zur *Begründung* und *Bekanntgabe von Entscheidungen* zu rechnen sein, um den Betroffenen eine Kontroll- und Beschwerdemöglichkeit zu geben. Nicht zuletzt gehört zur Fairness des Verfahrens auch das *Folterverbot*¹¹⁹ sowie ganz allgemein das *Missbrauchsverbot*, wonach eine bewusste Umgehung von Verfahrensvorschriften unzulässig ist.¹²⁰

- 38 bb) Auch bei der gebotenen Öffentlichkeit des Verfahrens handelt es sich um eine grundlegende Ausprägung der Rechtsstaatlichkeit. Durch diese Verfahrensmaxime soll sowohl eine der öffentlichen Kontrolle entzogene Geheimjustiz unterbunden als auch das Vertrauen der Öffentlichkeit in die Gerichte gestärkt werden.¹²¹ Obgleich auch schon in Art. 6 Abs. 1 EMRK garantiert, bedürfen zwei scheinbare Abweichungen davon der Klarstellung: Während zum einen Art. 47 Abs. 2 lediglich von der Öffentlichkeit der *Verhandlung* spricht, muss nach Art. 6 Abs. 1 S. 2 EMRK auch das Urteil öffentlich *verkündet* werden, wobei dafür nicht schon die bloße Verlesung des Urteilstenors genügt, sondern auch die öffentliche *Begründung* dazu gehört.¹²² Die demgegenüber verkürzte Ausdrucksweise in Art. 47 Abs. 2 wird jedoch, wenn man den kaum trennbaren Sinnzusammenhang zwischen Verhandlungs- und Urteilsöffentlichkeit aufrechterhalten will, schwerlich als Zurückdrängung der Urteilsverkündung in die Nichtöffentlichkeit zu verstehen sein, da traditionell selbst dort, wo die Verhandlungsöffentlichkeit eingeschränkt werden kann, jedenfalls die öffentliche Verkündung der Entscheidung (wie zB in § 173 GVG) gefordert.¹²³ Und soweit zum anderen der nach Art. 6 Abs. 2 S. 2 Halbs. 2 EMRK zugelassene Ausschluss der Öffentlichkeit in Art. 47 Abs. 2 nicht ausdrücklich erwähnt ist, sind die EMRK-Einschränkungen der Öffentlichkeit über Art. 52 Abs. 3 auch im Rahmen der GRC möglich.¹²⁴
- 39 cc) Das Recht auf Verhandlung innerhalb angemessener Frist verpflichtet zu einer zügigen und effizienten Durchführung des Verfahrens, um Rechtsstreitigkeiten möglichst bald dem Rechtsfrieden zuzuführen und durch übermäßige Verfahrensdauer nicht die Glaubwürdigkeit und Effizienz der Gerichtsbarkeit zu gefährden.¹²⁵ Die praktische Bedeutung dieses Grundsatzes zeigt sich nicht zuletzt an der steigenden Zahl von Beschwerden, die wegen übermäßiger Verfahrensdauer an den EGMR gerichtet werden.¹²⁶ Die Angemessenheit der

118 Einzelheiten regelt sekundärrechtlich die Richtlinie 2012/13/EU über das Recht auf Belehrung und Unterrichtung in Strafverfahren; s. dazu EuGH im Fall *Kolev u.a.*, Rs. C-612/15, ECLI-EU:C:2018:392. Vgl. ferner KK/Pfeiffer/Hannich, StPO, Einleitung Rn. 133, sowie eingehend Plötz, Fürsorgepflicht.

119 Vgl. EGMR im Fall *Gaefgen*, 30.6.2008, Nr. 22978/05 = NStZ 2008, 699 (m Anm Esser NStZ 2008, 657), wobei jedoch grundsätzlich zwischen dem Verbot der Erpressung von Aussagen zu bereits begangenen Taten und dem Erzwingen einer Rettung aus drohender Lebensgefahr zu unterscheiden wäre; näher dazu Eser, in: FS für Hassemer, S. 713 ff., 722 f.

120 *Jarass*, NJW 2011, 1396. Zu weiteren Einzelheiten mit Nachweisen vgl. die Judikatur und Literatur zu dem im Wesentlichen inhaltsgleichen Art. 6 Abs. 1 EMRK bei *Peukert*, in: Frowein/Peukert, EMRK, Art. 6 Rn. 112 ff.

121 Näher dazu *Villiger*, EMRK, § 20.

122 EGMR im Fall *Biryoko*, -14810/02, Z. 28 ff. = NJW 2009, 2873 f.

123 Zustimmung *Frenz*, Handbuch Europarecht 4, Rn. 5047, im gleichen Sinne *Callies/Ruffert/Blanke*, EUV/EGV, Art. 47 GRCh Rn. 16, sowie nun auch *Jarass*, Charta, Art. 47 Rn. 40.

124 So im Sinne möglichst knapper Formulierungen auch die Erläuterungen des Konventspräsidiums in *Charte* 4149/00 und 4284/00, jeweils zu Art. 8; vgl. auch VerFGH Wien, EuGRZ 2012, 332 Rn. 49 ff. Zu weiteren Einzelheiten vgl. *Peukert*, in: Frowein/Peukert, EMRK, Art. 6 Rn. 187 ff.

125 Vgl. *Frenz*, Handbuch Europarecht 4, Rn. 5049 f., *Grabenwarter/Pabel*, EMRK, § 24 Rn. 81, *Villiger*, EMRK, 1999, § 20 Rn. 452 mwN sowie *Borraccetti*, in: Di Federico, EU Charter, S. 102 ff.

126 Vgl. *Peukert*, in: Frowein/Peukert, EMRK, Art. 6 Rn. 237, sowie *Ambos*, NStZ 2002, 629 ff.

Verfahrensdauer lässt sich nicht nach fixen Fristen bemessen, da sie letztlich vom Prozessgegenstand, vom Umfang und der Schwierigkeit der Materie und vom Verhalten der Prozessbeteiligten abhängt.¹²⁷ Doch selbst wenn das Beschleunigungsgebot verletzt ist, führt dies auch bei strafrechtlichen Verfahren nicht ohne weiteres zu einem Prozesshindernis, sondern in der Regel lediglich zur Berücksichtigung auf der Rechtsfolgenseite, wie insbesondere in der Strafzumessung.¹²⁸ Soweit jedoch Verfahrensverzögerungen seitens der Strafverfolgungsorgane zu besonders schwerwiegenden oder gar irreparablen Nachteilen für den Betroffenen führen, wird von einem Teil des Schrifttums wohl zu Recht für den endgültigen Verzicht auf die Weiterführung des Strafverfahrens plädiert.¹²⁹

dd) Eine über die EMRK hinausgehende Novität stellt die Deklaration des Rechts dar, 40 sich beraten, verteidigen und vertreten zu lassen, wobei sich diese Gewährleistung zum Teil auch mit den durch Art. 48 Abs. 2 garantierten Verteidigungsrechten überschneidet.¹³⁰ Der Unionsgesetzgeber trägt diesem Grundrecht in zunehmenden Maß Rechnung.¹³¹ Die Wahrnehmung dieses Beratungs- und Vertretungsrechts soll jedoch nicht ausschließlich Rechtsanwältinnen vorbehalten sein, wie dies zeitweilig vom Konventspräsidium vorgeschlagen worden war,¹³² vielmehr kann man sich nach Verzicht auf ein solches „Rechtsanwaltsprivileg“ auch durch Laien beraten und vertreten lassen.¹³³ Allerdings werden dabei etwaige nationale Rechtsberatungsregelungen zu beachten sein.

III. Art. 47 Abs. 3: Anspruch auf Prozesskostenhilfe

1. Vorgaben

a) Rechtsprechung des EGMR

Art. 47 Abs. 3 hat kein ausdrückliches Vorbild in der EMRK; vielmehr wurde der Anspruch auf Prozesskostenhilfe aus der **Rechtsprechung des EGMR** gewonnen.¹³⁴ Ansatzpunkte dafür finden sich in der Rechtsweggarantie von Art. 6 Abs. 1 EMRK, das darin verkörperte Recht auf Zugang zum Gericht auch praktisch sicherzustellen und die Einlegung eines wirksamen Rechtsbehelfs zu ermöglichen, sowie im Recht auf den unentgeltlichen Beistand eines Pflichtverteidigers im Falle von Mittellosigkeit nach Art. 6 Abs. 3 (c) EMRK. Zudem sieht der EGMR, wenn Prozesskostenhilfe ungerechtfertigt verweigert wird, den Grundsatz der Waffengleichheit verletzt.¹³⁵

127 Näher dazu – einschließlich einer Auflistung von Fällen mit noch tolerierter oder für übermäßig befundener Verfahrensdauer – Peukert, in: Frowein/Peukert, EMRK, K² (1996), Art. 6 Rn. 153; ferner Grabenwarter/Pabel, EMRK, § 24 Rn. 82., Heselhaus/Nowak, Handbuch, § 51 Rn. 17, 42 mwN.

128 Vgl. BGH NStZ 1997, 451, 452; KK/Pfeiffer, StPO, Einleitung Rn. 34, Meyer-Goßner, StPO, Art. 6 MRK Rn. 9; aber auch BGHSt 35, 137.

129 Vgl. Hillenkamp, NJW 1989, 2847 ff.; Roxin, NStZ 1991, 153; SK/Rogall, StPO, vor § 133 Rn. 120.

130 Vgl. oben Rn. 21 sowie Eser/Kubiciel, unten Art. 48 Rn. 23, 28 f.

131 So durch die Richtlinie 2016/1919/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 09. März 2016 über Prozesskostenhilfe für verdächtige und beschuldigte Personen in Strafverfahren sowie für gesuchte Personen in Verfahren zur Vollstreckung eines Europäischen Haftbefehls.

132 Vgl. Charta 4333/00 zu Art. 8 sowie die Gegenstimmen im Konvent auf der 12. Sitzung (Bernsdorff/Borowsky, Protokolle, S. 278 zu Art. 8).

133 Vgl. ferner Frenz, Handbuch Europarecht 4, Rn. 5057, Jaeger, NJW 2004, 6 f., Jarass, Charta, Art. 47 Rn. 46.

134 Und zwar insbesondere aus dem Fall Airey, GH 32/A, Z. 20 ff. = EuGRZ 1979, 626; vgl. Meyer/Engels, Charta der Grundrechte, 2001, S. 64.

135 EGMR im Fall Steel and Morris, 15.2.2005, Z. 72.

Ein gewisses Vorbild kann auch in dem Prozesskostenhilfesystem, das bereits für die bei den europäischen Gerichten anhängigen Rechtssachen besteht,¹³⁶ gesehen werden.¹³⁷

b) Nationalstaatliche Gewährleistungen

- 42 Auf nationalstaatlicher Ebene ist eine verfassungsrechtliche Absicherung von Prozesskostenhilfe bislang nur in wenigen EU-Ländern vorzufinden, wie in Malta (Art. 39 Abs. 6 lit. c), Portugal (Art. 20 Abs. 1), Spanien (Art. 119), der Tschechischen Republik (Art. 40 Abs. 3 GR-Deklaration)¹³⁸ und Zypern (Art. 30 Abs. 3 lit. d).

2. Diskussion im Grundrechtekonvent

- 43 Die Prozesskostenhilfe war vergleichsweise eingehend Gegenstand der Diskussion,¹³⁹ weil es insoweit keine gemeinsamen Grundsätze der Mitgliedstaaten gibt¹⁴⁰ und finanzielle Unterstützung bis dahin nur in Strafverfahren in Form von unentgeltlichem Beistand eines Verteidigers vorgesehen war.¹⁴¹ Die Erweiterung von Prozesskostenhilfe auf Verwaltungsverfahren wurde damit begründet, dass es solche Verfahren zur Entstehungszeit der EMRK kaum gegeben habe und diese daher nicht zu berücksichtigen waren; zudem werde die Kontrolle von EU-Maßnahmen in Deutschland vorwiegend durch die Verwaltungsgerichtsbarkeit ausgeübt.¹⁴² Ferner wurde Bedenken gegen die Gewährung von Prozesskostenhilfe von Seiten der EU-Kommission entgegengehalten, dass die Mitgliedstaaten die Prozesskostenhilfe weiterhin selbständig definieren könnten.¹⁴³

3. Kommentierung

- 44 Durch Gewährung von Prozesskostenhilfe soll der durch Art. 47 Abs. 2 eröffnete Zugang zu den Gerichten wirksam gewährleistet werden. Dies gilt für alle Arten von Verfahren. Soweit es um die Verteidigung in Strafverfahren geht, kommt in erster Linie der unentgeltliche Beistand eines Pflichtverteidigers in entsprechender Anwendung von Art. 6 Abs. 3 (c) EMRK in Betracht (→ Rn. 41). Der Unionsgesetzgeber hat diesen Grundsatz in verschiedener Form konkretisiert.¹⁴⁴ Auf Strafverfahren Anwendung findet die Richtlinie 2016/1919/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 09. März 2016 über Prozesskostenhilfe für Verdächtige und beschuldigte Personen in Strafverfahren sowie für gesuchte Personen in Verfahren zur Vollstreckung eines Europäischen Haftbefehls. Soweit zivil- oder handelsrechtliche Streitsachen mit grenzüberschreitendem Bezug betroffen sind, finden sich detaillierte Regelungen in Richtlinie 2002/8/EG des Rates vom 27.1.2003, die gemeinsame Mindestvorschriften für die Prozesskostenhilfe festlegt.¹⁴⁵ Auch für juristische Personen ist Prozesskostenhilfe nicht ausgeschlossen.¹⁴⁶

136 Gemäß Art. 94–97 VfO-EuG bzw. Art. 76 VfO-EuGH.

137 Vgl. Erläuterungen des Konventspräsidiums *Charte* 4473/00 zu Art. 47 Abs. 3 (*Bernsdorff/Borowsky*, Protokolle, S. 39).

138 Vgl. oben Fn. 31.

139 Vgl. im Einzelnen die Formulierungsvorschläge in *Charte* 4123/00 REV 1 Art. 5 Abs. 2; 4149/00 Art. 8 S. 2; 4284/00 Art. 8 Abs. 2; 4422/00 Art. 45 Abs. 2; 4423/00 Art. 45 Abs. 2; 4470/00 Art. 46 Abs. 3 sowie *Bernsdorff/Borowsky*, Protokolle, S. 177, 178, 278 f.

140 So die Erläuterung des Präsidiums zu Art. 5 Abs. 2 in *Charte* 4123/1/00; zu ausnahmsweisen Gewährleistungen vgl. oben Rn. 38 a.

141 Vgl. oben Rn. 38 zu Art. 6 Abs. 3 lit. c EMRK.

142 Vgl. *Meyer/Engels*, *Charta der Grundrechte*, 2001, S. 235.

143 So *Vitorino*, in: *Meyer/Engels*, *Charta der Grundrechte*, 2001, S. 243.

144 Vgl. *Nehle*, in: *Pechstein/Nowak/Häde*, GRC, Art. 47 Rn. 69.

145 Vgl. Art. 1 RL 2002/8/EG.

146 EuGH im Fall *DEB C-279/09*, Z. 59 ff. = *EuZW* 2011, 137, 140.

Die Gewährung von Prozesskostenhilfe hängt davon ab, ob und inwieweit die betroffene Person nicht über ausreichende Mittel verfügt. Dazu wird der Antragsteller entsprechend den Voraussetzungen, unter denen vor dem EuG und dem EuGH Prozesskostenhilfe gewährleistet wird, seine Bedürftigkeit durch Unterlagen nachzuweisen haben, ebenso wie danach die beabsichtigte Rechtsverfolgung „nicht offensichtlich aussichtslos“ sein darf.¹⁴⁷ Ein Anspruch auf völlige und endgültige Freistellung von den entstandenen Pflichtverteidigergebühren besteht freilich nicht.¹⁴⁸

IV. Würdigung

Die weitere Verstärkung der bereits durch die EMRK eingeräumten Rechtsbehelfsgarantie durch Ausbau zu einer gerichtlichen Rechtswegeggarantie ist zweifellos zu begrüßen (→ Rn. 31 ff.). Vor den europäischen Gerichten ist Art. 47 GRC als vollwertige Rechtsquelle anerkannt, die effektiven Rechtsschutzmöglichkeiten Vorschub leisten soll.¹⁴⁹ Soweit es jedoch um die Rüge von Grundrechtsverletzungen geht, werden dem Betroffenen zu viele Umwege zugemutet, solange es an einer Grundrechtsbeschwerde fehlt (→ Rn. 17), wie sie von verschiedener Seite bereits gefordert wird.¹⁵⁰ Auch dass es bislang keinen Schutz der Bürger bei Zwangsmaßnahmen seitens der Polizei und/oder der Staatsanwaltschaft gibt, wird zu Recht als ein zu behebendes Defizit beklagt.¹⁵¹

V. Literaturübersicht

Bernegger, Sabine, Das Recht auf eine wirksame Beschwerde – Art. 13 EMRK, in: Machacek, Rudolf/Pahr, Willibald P./Stadler, Gerhard (Hrsg.), 40 Jahre EMRK. Grund- und Menschenrechte in Österreich, Band II, Kehl/Straßburg/Arlington 1992, S. 709; *Böcker, Nicolai*, Wirksame Rechtsbehelfe zum Schutz der Grundrechte der Europäischen Union, Baden-Baden 2005; *Borraccetti, Marco*, Fair Trial, Due Process and Rights of Defence in the EU Legal Order, in: Di Federico, Giacomo (ed.), The EU Charter of Fundamental Rights, Dordrecht 2011, S. 95; *Callewaert, Johan*, Die Europäische Menschenrechtskonvention und die Verfahrensgarantien, Probleme der Anwendung des Art. 6 EMRK, EuGRZ 1996, 366; *Calliess, Christian*, Die Charta der Grundrechte der Europäischen Union – Fragen der Konzeption, Kompetenz und Verbindlichkeit, EuZW 2001, 261; *Danwitz, Thomas von*, Die Garantie effektiven Rechtsschutzes im Recht der Europäischen Gemeinschaft, NJW 1993, 1108; *Eser, Albin*, Der „gesetzliche Richter“ und seine Bestimmung für den Einzelfall, in: Eser, Albin/Kullmann, Hans Josef, u.a. (Hrsg.), Straf- und Strafverfahrensrecht. Festschrift für Hanns Karl Salger, Köln 1995, S. 247; *ders.*, Human Rights Guarantees for Criminal Law and Procedure in the EU-Charter of Fundamental Rights, in: Ritsumeikan Law Review 2009, 163; *ders.*, Zwangsandrohung zur Rettung aus konkreter Lebensgefahr – Gegenkritische Rückfragen zur sogenannten „Rettungsfolter“, in: Herzog, Felix / Neumann, Ulfried (Hrsg.), Festschrift für Winfried Hassemer, Heidelberg 2010, S. 713; *Everling, Ulrich*, Referat, in: Ständige Deputation des Deutschen Juristentages (Hrsg.), Verhandlungen des Sechzigsten Deutschen Juristentages Münster 1994, Band II/1, Sitzungsberichte – Referate und Beschlüsse Teil N: Empfiehlt es sich, das System des Rechtsschutzes und der Gerichtsbarkeit in der Europäischen Gemeinschaft, insbesondere die Aufgaben der Gemeinschaftsgerichte und der nationalen Gerichte, weiterzuentwickeln?, München 1994, S. N 1 – N 24; *ders.*, Rechtsschutz in der Europäischen Union nach dem Vertrag von Lissabon, in: Schwarze, J/Hatje, A., Der Reformvertrag von Lissabon, Europarecht, Beiheft 1/2009, 71; *Franzius, Claudio*, Grundrechtsschutz in Europa, ZaöRV 75 (2015), 383; *Gaede, Karsten*, Minimalistischer EU-Grundrechtsschutz bei der Kooperation im Strafverfahren, in: NJW 2013, 1279; *Grabenwarter, Christoph*, Die Charta der

147 Vgl. die Nachweise oben bei Fn. 156 f. sowie Art. 4 Richtlinie 2016/1919 und Art. 6 Abs. 1 RL 2002/8/EG.

148 BVerfG, NJW 2003, 196; OLG Hamm, NStZ-RR 2000, 160. AA OLG Düsseldorf, NStZ 1985, 370.

149 Vgl. EuG, 30.1.2002, Rs. T-54/99, *max.mobil* = EuZW 2002, S. 186 ff.; EuG, 3.5.2002, Rs. T-177/01, *Jégo-Quéré*; EuGH, 1.4.2004, Rs. C-263/02 P, *Jégo-Quéré* = NJW 2004, S. 2006 ff.

150 Vgl. neben den oben Rn. 17 in Fn. 64 Genannten auch *Meyer/Engels*, Charta der Grundrechte, 2001, S. 31.

151 *Meyer*, in: *Meyer/Engels*, Charta der Grundrechte, 2001, S. 374.

Grundrechte für die Europäische Union, DVBl. 2001, 1; *ders.*, Verfahrensgarantien in der Verwaltungsgerichtsbarkeit. Eine Studie zu Art. 6 EMRK auf der Grundlage einer rechtsvergleichenden Untersuchung der Verwaltungsgerichtsbarkeit Frankreichs, Deutschlands und Österreichs, Wien 1997; *Hangartner, Yvo*, Das Recht auf eine wirksame Beschwerde gemäß Art. 13 EMRK und seine Durchsetzung in der Schweiz, AJP1994, 3; *Hannich, Rolf* (Hrsg.), Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung (KK), 8. Aufl., München 2019; *Hilf, Meinhard*, Die Charta der Grundrechte der Europäischen Union, Sonderbeilage zu NJW, EuZW, NVwZ und JuS 2000, 5; *Hillenkamp, Thomas*, Verfahrenshindernisse von Verfassungen wegen, NJW 1989, 2841; *Hohmann, Harald*, Die Charta der Grundrechte der Europäischen Union, Parl 2000, Beilage 52–53, 5; *Holoubek, Michael*, Das Recht auf eine wirksame Beschwerde bei einer nationalen Instanz, JBl. 1992, 137; *Jahn, Matthias*, Fair-trial als strafprozessuales Prinzip im Mehrebenensystem, ZStW 127 (2015), 549; *Jarass, Hans D.*, Bedeutung der EU-Rechtsschutz Gewährleistung für nationale und EU-Gerichte, in: NJW 2011, 1393; *ders.*, Strafrechtliche Grundrechte im Unionsrecht, NSTz 2012, 611; *Koenig, Christian*, EU-Grundrechtscharta – ein neuer supranationaler Kompetenztitel?, EuZW 2000, 417; *Krüger, Christian/Polakiewicz, Jörg*, Vorschläge für ein kohärentes System des Menschenrechtsschutzes in Europa, EuGRZ 2001, 92; *Kubiciel, Michael*, Mindeststandards und Verfahrensgrundsätze im Strafverfahren unter europäischem Einfluss, in: Althammer/Weller (Hrsg.), Mindeststandards im europäischen Zivilprozessrecht, 2015, 135; *Kühne, Hans-Heiner*, Die Entscheidung des EuGHMR in Sachen Öcalan, JZ 2003, 670; *Lenz, Sebastian/Saeglich, Simone*, Kein Rechtsschutz gegen EG-Verordnungen? – Europäische Rechtsschutzdefizite und ihr Ausgleich durch die Feststellungsklage nach § 43 I VwGO, NVwZ 2004, 1421; *Lindner, Franz*, EG-Grundrechtscharta und gemeinschaftlicher Kompetenzvorbehalt, DÖV 2000, 543; *ders.*, Fortschritte und Defizite im EU-Grundrechtsschutz, in: ZRP 2007, 54; *Luchtman, Michiel*, Choice of Forum and the Prosecution of Cross-Border Crime in the European Union, in: Luchtman, Michiel (ed.), Choice of Forum in Cooperation Against EU Financial Crime, The Hague 2013, S. 3; *Magiera, Siegfried*, Die Grundrechtscharta der Europäischen Union, DÖV 2000, 1017; *Matscher, Franz*, Zur Funktion und Tragweite der Bestimmung des Art. 13 EMRK, in: Böckstiegel, Karl-Heinz/Folz, Hans-Ernst u.a. (Hrsg.), Völkerrecht. Recht der Internationalen Organisationen. Weltwirtschaftsrecht. Festschrift für Ignaz Seidl-Hohenveldern, Köln/Berlin/Bonn/München 1988, S. 315; *Mertens, Pierre*, Le droit de recours effectif devant les instances nationales en cas de violation d'un droit de l'homme, Bruxelles 1973; *Meyer, Jürgen*, Die künftige Europäische Verfassung und das Strafrecht, in: Arnold, Jörg u.a. (Hrsg.), Menschengerichtes Strafrecht. Festschrift für Albin Eser, München 2005, S. 797; *Meyer-Gofner, Lutz/Schmitt, Bertram*, Strafprozessordnung, Gerichtsverfassungsgesetz, Nebengesetze und ergänzende Bestimmungen, 62. Aufl., München 2019; *Meyer-Ladewig, Jens/Nettesheim, Martin/von Raumer, Stefan*, EMRK, 4. Aufl. Baden-Baden 2017; *Panzavolta, Michele*, Choice of Forum and the Lawful Judge Concept, in: Luchtman, Michiel (ed.), Choice of Forum in Cooperation Against EU Financial Crime, The Hague 2013, S. 143; *Plötz, Winfried*, Die gerichtliche Fürsorgepflicht im Strafverfahren, Lübeck 1980; *Reich, Norbert*, Zur Notwendigkeit einer Europäischen Grundrechtsbeschwerde, ZRP 2000, 375; *Ritgen, Klaus*, Grundrechtsschutz in der Europäischen Union, ZRP 2000, 371; *Roxin, Claus/Schünemann, Bernd*, Strafrechtliche und strafprozessuale Probleme der Vorverurteilung, NSTz 1991, 153; *Roxin, Claus/Schünemann, Bernd*, Strafverfahrensrecht, 29. Aufl., München 2017; *Rudolphi, Joachim/Horn, Eckhard/Samson, Erich/Günther, Hans-Ludwig/Hoyer, Andreas* u.a. (Hrsg.), Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch (SK), Band 1, Allgemeiner Teil (§§ 1–37), Neuwied, 9. Aufl. 2017; *Rudolphi, Hans-Joachim/Frisch, Wolfgang/Paeffgen, Hans-Ulrich* u.a. (Hrsg.), Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz (SK StPO), München, Berlin, 5. Aufl. 2018/2019; *Safferling, Christoph*, Audiatur et altera pars – die prozessuale Waffengleichheit als Prozessprinzip? – Qui statuit aliquid inaudita altera, Aequum liquet statuerit haud aequus fuit, NSTz 2004, 181; *Satzger, Helmut*, Gefahren für eine effektive Verteidigung im geplanten europäischen Verfahrensrecht – eine kritische Würdigung des Grünbuchs zum strafrechtlichen Schutz der finanziellen Interessen der Europäischen Gemeinschaften und zur Schaffung einer europäischen Staatsanwaltschaft, StV 2003, 137; *Seitz, Claudia*, Der Grundsatz des effektiven gerichtlichen Rechtsschutzes und die Nachprüfungsbefugnis im System der gerichtlichen Kontrolle, EuZW 2014, 774; *Shelton, Dinah*, Remedies and The Charter of Fundamental Rights of the European Union, in: Peers, Steve/Ward, Angela (eds.), The European Union Charter of Fundamental Rights, Oxford 2004, S. 349; *Spaniol, Margret*, Das Recht auf Verteidigerbeistand im Grundgesetz und in der Europäischen Menschenrechtskonvention, Berlin 1990; *Tappert, Willi*, Eine Charta der Grundrechte für die Europäische Union, DRiZ 2000, 204; *Velu, J. Jacques/Ergec, Rusen*, La Convention européenne des droits de l'homme, Bruxelles 1990; *Villiger, Mark E.*, Handbuch der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK), Zürich 1999; *Ward, Angela*, Access to Justice, in: Peers, Steve/Ward, Angela (eds.), The European Union Charter of Fundamental Rights, Oxford 2004, S. 123; *Weber, Albrecht*, Die Europäische Grundrechtscharta – auf dem Weg zu einer europäischen Verfassung, NJW 2000, 537; *Weigend, Thomas*, Die Europäische Menschenrechts-

konvention als deutsches Recht – Kollisionen und ihre Lösung, StV 2000, 384; Weiß, Wolfgang, Grundrechtsschutz durch den EuGH: Tendenzen seit Lissabon, in: EuZW 2013,287–292; Zuleeg, Manfred, Zum Verhältnis nationaler und europäischer Grundrechte, EuGRZ 2000, 511.

Artikel 48 Unschuldsvermutung und Verteidigungsrechte

(1) Jeder Angeklagte gilt bis zum rechtsförmlich erbrachten Beweis seiner Schuld als unschuldig.

(2) Jedem Angeklagten wird die Achtung der Verteidigungsrechte gewährleistet.

I. Art. 48 Abs. 1: Unschuldsvermutung	2	a) Artikel 6 Abs. 3 EMRK	23
1. Vorgaben	2	b) Nationalstaatliche Gewährleistungen	26
a) Artikel 6 Abs. 2 EMRK	2	2. Diskussion im Grundrechtekonvent ...	27
b) Nationalstaatliche Gewährleistungen	3	3. Kommentierung	28
2. Diskussion im Grundrechtekonvent ...	4	a) Konkretisierungsbedürftigkeit der „Verteidigungsrechte“ anhand der EMRK	28
3. Kommentierung	5	b) Gewährleistete Verteidigungsrechte	30
a) Herleitung und Bedeutung der Unschuldsvermutung	5	III. Würdigung	36
b) Anwendungsbereich und Tragweite	13	IV. Literaturübersicht	
II. Art. 48 Abs. 2: Verteidigungsrechte	23		
1. Vorgaben	23		

In diesem Artikel sind zwei verschiedene Verfahrensgarantien zusammengefasst, deren Gemeinsamkeit im Wesentlichen nur darin besteht, für das Strafverfahren bedeutsam zu sein.¹ Insofern unterscheidet sich Art. 48 von den auch für andere Verfahrenszweige bedeutsamen Garantien des Art. 47. Um so mehr hätte es der strafrechtliche Charakter der Verfahrensgarantien des Art. 48 nahegelegt, auch noch die strafrechtlichen Garantien der Art. 49 und 50 miteinzubinden.² Nachdem davon abgesehen worden war, blieb auch das schwache Band zwischen den in den Art. 48 eingeordneten Verfahrensgarantien im Konvent strittig.³ Dies rechtfertigt es, die in den zwei Absätzen des Art. 48 geregelten Garantien getrennt zu behandeln.

I. Art. 48 Abs. 1: Unschuldsvermutung

1. Vorgaben

a) Artikel 6 Abs. 2 EMRK

Art. 48 Abs. 1 entspricht nahezu wörtlich dem Art. 6 Abs. 2 EMRK:

„Jede Person, die einer Straftat angeklagt ist, gilt bis zum gesetzlichen Beweis ihrer Schuld als unschuldig.“

Bei dieser sog Unschuldsvermutung, die ihrerseits Art. 11 Abs. 1 der AEMR der Vereinten Nationen von 1948 zum Vorbild hat, handelt es sich um ein von allen Rechtsstaaten anerkanntes Prinzip. Bei aller Hochachtung für diese Verfahrensgarantie, die aus verschiedenen anderen Rechten, wie insbesondere der Menschenwürde oder dem Rechtsstaats- und Schuldprinzip abgebildet wird (→ Rn. 5), leidet sie jedoch an dem gerne verdrängten Widerspruch, dass bei einer bis zu einem förmlichen Schuldspruch als unschuldig geltenden

1 Vgl. Jarass NStZ 2012, 613.

2 Vgl. Eser, oben Vorbemerkungen zu Titel VI Rn. 2.

3 Vgl. unten Rn. 4 und 27.

Person genau genommen keinerlei Zwangsmaßnahmen, wie etwa Untersuchungshaft, vorgenommen werden dürften, die zwar an einem tatsachensachenfundierten Verdacht anknüpfen, jedoch keine Schuldfeststellung begründen und gegenüber einem erwiesenermaßen Unschuldigen nicht gerechtfertigt wären. Ohne sich mit diesem Grunddilemma von strafrechtlichen Maßnahmen an einer als „unschuldig“ geltenden Person sichtlich auseinandergesetzt zu haben, werden von der Rechtsprechung und Literatur zu Art. 6 Abs. 2 EMRK sowohl Zwangsmaßnahmen gegen noch nicht rechtskräftig verurteilte Tatverdächtige als auch Kostennachteile für letztlich freigesprochene Personen für zulässig gehalten, was schwerlich vertretbar wäre, wenn die Geltung als „unschuldig“ ernstlich und ausnahmslos beim Wort zu nehmen wäre.⁴ In der Tat hat offenbar bereits die EMRK selbst die Unschuldsvermutung nicht als derart absolut und bis zum förmlichen Schuldspruch jegliche Zwangseingriffe ausschließend gesehen, da sonst die in Art. 5 Abs. 1 (c) EMRK eingeräumte Möglichkeit zu rechtmäßigem Freiheitsentzug bei hinreichendem Tatverdacht nicht denkbar wäre.⁵ Gleichwohl bleibt damit die Bezeichnung als „Unschuldsvermutung“ mit einer inneren Widersprüchlichkeit behaftet,⁶ an der sich auch durch die geringfügige Umformulierung in Art. 48 Abs. 1, wo statt von „gesetzlichem“ Beweis nun von „rechtsförmlich erbrachtem“ Beweis gesprochen wird, nichts Wesentliches geändert hat (→ Rn. 6).

b) Nationalstaatliche Gewährleistungen

- 3 Auf nationalstaatlicher Ebene hat die *Unschuldsvermutung* bereits in vielen EU-Ländern verfassungsrechtliche Verankerung gefunden: so in Bulgarien (Art. 31 Abs. 3), Estland (§ 22), Lettland (Art. 92), Litauen (Art. 31), Malta (Art. 39 Abs. 5), Polen (Art. 42 Abs. 3), Portugal (Art. 32 Abs. 2), Slowakei (Art. 50 Abs. 2), Slowenien (Art. 27), Spanien (Art. 24 Abs. 2), Tschechische Republik (Art. 40 Abs. 2 GR-Deklaration),⁷ Ungarn (Art. 57 Abs. 2) und Zypern (Art. 12 Abs. 4). Danach soll, wie traditionell üblich und der Kurzfassung als „Unschuldsvermutung“ entsprechend, der Angeklagte bis zum gesetzlichen Beweis seiner Schuld „als unschuldig gelten“. Demgegenüber wird die italienische Formulierung (Art. 27 Abs. 2) dem wahren Sinn dieser Garantie insofern besser gerecht, als der Angeklagte bis zur endgültigen Verurteilung „nicht als schuldig zu betrachten“ ist (→ Rn. 2 sowie → Rn. 5 ff.).

2. Diskussion im Grundrechtkonvent

- 4 Ohne dass die Unschuldsvermutung als solche, da in nahezu allen Verfassungen und Menschenrechtskonventionen anerkannt, hinsichtlich ihrer Existenzberechtigung oder ihrer Ausgestaltung in Zweifel gezogen worden wäre,⁸ gab es im Konvent lediglich Dissens darüber, ob die das Strafverfahren betreffenden Justizgrundrechte überhaupt in die GRC auf-

4 Zu solchen, auch gegenüber einem noch nicht für schuldig Befundenen möglichen Maßnahmen und Nebenfolgen vgl. den Überblick von *Peukert*, in: *Frowein/Peukert*, EMRK, Art. 6 Rn. 272 ff.

5 Vgl. EKMR E 7981/77 vom 5.10.1977 und E 13671/88 vom 3.7.1989.

6 Mit besonderer Schärfe kritisiert von *Bohnert*, Abschlussentscheidung, S. 243: „Die Pflicht zur Unschuldsvermutung ist ein Un-Sinn“. Ähnlich ist für *Meyer*, in: FS für Tröndle, S. 61, hinsichtlich der Bedeutung der „Unschuldsvermutung“ klar, dass es insofern „keinerlei Klarheit“ gebe. Vgl. auch *Frenz*, Handbuch Europarecht 4, Rn. 5080, 5082 f. der, wie üblicherweise auch andere, diesem „Grunddilemma“ offenbar mit Abwägung der kollidierenden Güter meint beikommen zu können. Vgl. demgegenüber unten Rn. 6.

7 Vgl. *Eser/Kubiciel*, oben Art. 47 Fn. 31.

8 Vgl. im Einzelnen die Formulierungsvorschläge in *Charte* 4123/1/00 REV 1 Art. 5 Abs. 3 (a); 4140/00 Art. 2 Abs. 2; 4149/00 Art. 9; 4284/00 Art. 2; 4422/00 Art. 1; 4423/00 Art. 46 Abs. 2; 4470/00 Art. 47 Abs. 1 sowie *Meyer/Engels*, Charta der Grundrechte, S. 32; vgl. auch *Bernsdorff/Borowsky*, Protokolle, S. 179, 282.

genommen werden sollten. Das wurde zum Teil unter Hinweis auf die fehlende Zuständigkeit der EU auf dem Gebiet des Strafrechts abgelehnt, wobei dem aber die auf eine Strafrechtsharmonisierung in der EU hinlaufende Entwicklung mit einer entsprechenden zukunftsweisenden Funktion der GRC entgegengehalten wurde.⁹ Angesichts der inzwischen im AEUV verbürgten, weitreichenden Strafrechtsharmonisierungskompetenzen und – insbesondere – vor dem Hintergrund der in Gründung befindlichen EuStA hat sich die Aufnahme der sog Unschuldsvermutung in die GRV als richtig erwiesen. Der EuGH bezeichnet die Unschuldsvermutung als einen allgemeinen Grundsatz des Unionsrechts.¹⁰ Auf Sekundärrechtsebene formt die Richtlinie 2016/343/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 9. März 2016 über die Stärkung bestimmter Aspekte der Unschuldsvermutung und des Rechts auf Anwesenheit in der Verhandlung in Strafverfahren¹¹ den Grundsatz weiter aus. Einen Schwerpunkt legt sie dabei auf die Regulierung behördlicher Öffentlichkeitsarbeit. Die sog „Richtlinie Unschuldsvermutung“ setzt den am 30. November 2009 vom Rat beschlossenen Fahrplan zur Stärkung der Verfahrensrechte von Verdächtigen oder Beschuldigten in Strafverfahren um.¹² Der Anpassungsbedarf im deutschen Recht ist indes vergleichsweise gering gewesen, da schon vor Geltung des Art. 48 GRC und der o.g. Richtlinie innerstaatlich Art. 20 Abs. 3 GG sowie Art. 6 Abs 2 EMRK zu berücksichtigen waren.¹³

3. Kommentierung

a) Herleitung und Bedeutung der Unschuldsvermutung

Die schon bei den bisherigen Verbürgungen der Unschuldsvermutung umstrittene Frage, 5
worauf diese im Grundsatz unbestrittene Garantie letztlich zurückzuführen sei, wird auch durch Art. 48 Abs. 1 nicht ausdrücklich beantwortet. Deshalb werden die zahlreichen Erklärungsversuche, mit denen Art. 6 Abs. 2 EMRK einerseits mehr material aus der Menschenwürde¹⁴ oder teils mehr formal – wie vom BVerfG – aus dem Rechtsstaatsprinzip¹⁵ hergeleitet oder davon ihrerseits abgeleitete Verfassungsgrundsätze wie das allgemeine Persönlichkeitsrecht¹⁶ und das Schuldprinzip¹⁷ herangezogen oder darin gewisse Konkretisierungen des Rechtsstaatsgebots¹⁸ oder des Übermaßverbots¹⁹ erblickt werden, wohl weiter fortgeführt werden.²⁰ Da solche Herleitungen nicht selten dazu dienen, dem zu erklärenden Grundsatz ergebnisorientiert eine bestimmte Funktion vorzugeben, ist eine unvoreingenommene Sinngabe eher zu erwarten, wenn man die sog „Unschuldsvermutung“ aus sich selbst und ihrem strafprozessualen Zusammenhang heraus zu deuten versucht.

⁹ Vgl. den Bericht von Meyer/Engels, Charta der Grundrechte, 2001, S. 243 f.

¹⁰ S. dazu und zum Folgenden den Fall *Paraffinwachs* (*Hansen & Rosenthal KG*), C-90/15 P, Rn. 18 = NZKart 2017, 188 f.

¹¹ ABl. EU vom 11. März 2016, L 65/1. Dazu SK/F. Meyer, Art. 6 EmRK, Rn. 361.

¹² ABl. EU vom 4. Dezember 2009, C 295/1.

¹³ Claus, jurisPR-StrafR 3/2019.

¹⁴ So u.a. Degener, Verhältnismäßigkeit, S. 213 f., Meyer, in: FS für Tröndle, S. 62, Vogler, in: FS für Kleinknecht, S. 436.

¹⁵ Siehe vor allem schon BVerfGE 19, 342, 347 sowie BVerfG NJW 1994, 377.

¹⁶ So Kühl, Unschuldsvermutung, S. 20; ähnlich Stürmer, JZ 1980, 3.

¹⁷ Frister, Schuldprinzip, S. 84, 89 ff., ders., Jura 1988, 360. In diese Richtung auch Eser, in: FS für Stree/Wessels, 1993, S. 845.

¹⁸ KK/Pfeiffer/Hannich, StPO, Einleitung Rn. 32 a, Paeffgen, Vorüberlegungen, S. 53, Schubarth, Unschuldsvermutung, S. 32, Stürmer, JZ 1980, 3.

¹⁹ So vor allem Groppe, JZ 1991, 807 sowie (bis zur ersatzlosen Streichung in der 26. Aufl. von Schünemann) bei Roxin/Schünemann, Strafverfahrensrecht, § 11 Rn. 4.

²⁰ Vgl. zum Ganzen den Überblick von Stuckenberg, Unschuldsvermutung, S. 48 ff.

- 6 Wäre dabei das „gelten“ als „unschuldig“, solange nicht der rechtsförmliche Beweis von Schuld erbracht ist, wirklich beim Wort zu nehmen, so müsste sich ein Grunddilemma bereits daraus ergeben, dass für den zu erbringenden Schuldbeweis ein Verfahren gegen eine Person zu führen wäre, die, weil als unschuldig geltend, eigentlich keinem Strafverfahren unterworfen werden dürfte, ebenso wenig wie ein als unschuldig geltender sonstigen Zwangsmaßnahmen ausgesetzt werden dürfte, die gegen einen tatsächlich Unschuldigen unzulässig wären. Da eine solche Selbstblockade jeden Strafverfahrens schlechterdings nicht gemeint sein kann, wird die Vermutung von Unschuld nicht mehr bedeuten, als dass bis zum rechtsförmlichen Nachweis der Schuld der Betroffene nicht so behandelt werden darf, als sei er schuldig²¹ – so wie dies in der italienischen Verfassung zweckgerechter zum Ausdruck kommt (→ Rn. 3). Demzufolge bezweckt die Vermutung von Unschuld nicht mehr, aber auch nicht weniger als das **Verbot der Bezeichnung oder Behandlung eines Nichtverurteilten als schuldig**.²² Das bedarf in dreifacher Hinsicht einer Aus- und Eingrenzung:
- 7 ■ Grundsätzlich bedeutet dies sowohl das Verbot eines Schuldspruchs wie auch der Auferlegung von Strafen oder strafähnlichen Sanktionen ohne oder vor gesetzlichem Schuldnachweis.²³ Damit verbieten sich sowohl Verdachtsstrafen als auch Schuldvorwegnahmen wie auch die Belastung eines nicht rechtskräftig Verurteilten mit Eingriffen, die im Falle einer Strafe Schuld voraussetzen würden.²⁴ Dementsprechend dürfte auch eine pauschale Gleichbehandlung von Untersuchungs- und Strafgefangenen unzulässig sein.²⁵
- 8 ■ Dieses Verbot schuldimplizierender Behandlung vor förmlicher Schuldfeststellung schließt jedoch andererseits nicht davorliegende Maßnahmen aus, die der Feststellung von Schuld dienen und/oder aufgrund eines bestimmten Tatverdachts entsprechende Eingriffe ermöglichen sollen. Danach werden die in Art. 5 Abs. 1 (c) EMRK zugelassenen Festnahmen und Freiheitsentziehungen bei entsprechendem Tatverdacht,²⁶ auch ohne ausdrücklich in die GRC übernommen worden zu sein, weiterhin zulässig sein. Demzufolge ist in der Erhebung eines Tatverdachts nicht ohne weiteres eine Verletzung der Unschuldsvermutung zu erblicken,²⁷ es sei denn, dass mangelnde Schuld bereits rechtsförmlich festgestellt wurde.
- 9 ■ Die danach erforderliche Grenzziehung zwischen verbotener Bezeichnung oder Behandlung als schuldig und davorliegenden Maßnahmen oder Belastungen als zulässig ist daran auszurichten, was nach den Grundsätzen des geringstmöglichen Eingriffs auch

21 Zustimmend *Jarass* NStZ 2012, 612.

22 Zustimmend *Calliess/Ruffert/Blanke*, EUV/AEUV, Art. 48 CRCh Rn. 4, *Schwarzelvan Vormizelle*, Art. 48 Rn. 3; im gleichen Sinne *Tettinger/Stern/Alber*, Europäische Grundrechte-Charta, Art. 48 Rn. 2.

23 In gleichem Sinne *Bohnert*, Abschlussentscheidung, S. 247 ff., *Geppert*, Jura 1993, 161, *Meyer*, in: FS für Tröndle, S. 68 ff.

24 In diesem Sinne BVerfGE 74, 358, 371, BVerfG StV 1991, 112.

25 So auch – wohl entgegen EGMR Nr. 28524/95 (2001) Z. 78 – *Jarass*, Charta, Art. 48, Rn. 12.

26 Vgl. oben Rn. 2 zu Fn. 167. Im Ergebnis ebenso *Calliess/Ruffert/Blanke*, EUV/EGV, Art. 48 GRCh Rn. 1, *Jarass*, Charta, Art. 48 Rn. 12.

27 Vgl. *Frowein*, in: FS für Huber, S. 554; im gleichen Sinne *Roxin/Schünemann*, Strafverfahrensrecht, § 11 Rn. 2.

einem sich letztlich möglicherweise als unschuldig erweisenden Betroffenen zumutbar wäre.²⁸

Eine so verstandene Unschuldsvermutung lässt sich mit ihren verschiedenen Grundsätzen und Grenzen teils auf das eine und teils auf das andere der zuvor genannten Rechte und Prinzipien zurückführen²⁹ und von dorthin begründen und begrenzen. So kann beispielsweise in der Ausrichtung an einem Eingriff, der auch für einen letztlich als unschuldig erweisenen Betroffenen tolerabel wäre, eine Ausprägung des Übermaßverbots oder im Verbot der Verdachtsstrafe ein Ausfluss des Schuldprinzips gesehen werden. Trotzdem erscheint es sinnvoll, die Grundsätze und Grenzen, die für das Verbot der Bezeichnung und Behandlung eines nicht rechtskräftig Verurteilten als schuldig bedeutsam sind, unter einem allgemeinen Grundsatz wie der einer richtig zu verstehenden „Unschuldsvermutung“ zusammenzufassen.

Auch wenn die Unschuldsvermutung aufgrund ihrer Verankerung in verschiedenen Individualrechten ein *subjektives Recht* darstellt, ist sie nicht ohne weiteres verzichtbar. Da über den Individualschutz hinaus zugleich auch die Rechtsstaatlichkeit im Sinne eines fairen Verfahrens verbürgt werden soll und es sich insoweit um eine objektive **Institutsgarantie** handelt, kann diese nicht zur Disposition des einzelnen Betroffenen stehen und ist daher als unverzichtbar anzusehen.³⁰

Über die vorgenannten Gewährleistungen hinaus kann die Unschuldsvermutung in der vom EGMR angenommenen Verbindung mit dem Grundsatz „Nemo tenetur se ipsum accusare“ auch zu dessen Abstützung dienen,³¹ indem das Schweigerecht des Beschuldigten sowie seine Garantie gegen Selbstbelastung ihn – unter anderem – vor unzulässigem Zwang der Behörden schützen sollen. Obwohl die GRC diese fundamentalen, international anerkannten Rechte des Beschuldigten – ebenso wie die EMRK oder das GG – nicht ausdrücklich anspricht, werden sie durch ein Zusammenspiel von Art. 47 Abs. 2 (fair trial) und Art. 48 Abs. 1 (Unschuldsvermutung) garantiert: Ein faires Verfahren setzt voraus, dass die Anklage die strafrechtliche Schuld feststellung nicht mit Beweismitteln betreibt, die durch eine erzwungene aktive Mitwirkung des Beschuldigten gewonnen wurden.³²

b) Anwendungsbereich und Tragweite

aa) Die Unschuldsvermutung adressiert zunächst die **Judikative** sowie Mitglieder der Strafverfolgungs- und Ermittlungsbehörden. So dürfen Richter das Verfahren nicht auf Grundlage der Prämisse führen, dass der Angeklagte die Tat begangen habe.³³ Diese, an die Einstellung des Richters appellierende ethische Pflicht wird in einer justiziablen Weise verletzt,

28 In gleichem Sinne *Geppert*, Jura 1993, 161 f.; *Jarass* NSStZ 2012, 613, *SK/Rogall*, StPO, Vorbem. § 133 Rn. 76.

29 Vgl. oben zu Fn. 177–182.

30 Grundlegend dazu im Sinne der Unschuldsvermutung als „Verbot der Desavouierung des Verfahrens“ *Stuckenberg*, ZStW 111 (1999), 452 ff., 459.

31 Vgl. EGMR im Fall *Saunders*, 29.12.1996, Z. 68, im Fall *Heaney and McGuinness*, 21.12.2000, Z. 40, sowie im Fall *Jallah*, 11.7.2006 – 54810/00, Z. 87 ff. (NJW 2006, 3117, 3122). – Zur insbesondere in der Vergangenheit teilweise divergenten Auslegung des nemo-tenetur-Grundsatzes durch den EGMR bzw. den EuGH vgl. *Pache*, NVwZ 2001, 1346 mwN sowie die Rechtsprechungsanalyse von *Dine*, in: *Peers/Ward*, Fundamental Rights, S. 286 ff.

32 *SK/F. Meyer*, StPO, Art. 6 EMRK Rn. 175. In Bezug auf juristische Personen ist der nemo-tenetur-Grundsatz allerdings auf ein „Geständnisverweigerungsrecht“ reduziert, da diese weitgehende Auskunftspflichten treffen, vgl. *SK/F. Meyer*, Art. 6 EMRK Rn. 184. Dies entwertet nicht nur die Gewährleistung des Art. 48 Abs. 2, sondern auch das Fairnessgebot nach Art. 47 Abs. 2.

33 *Grabenwarter/Pabel*, EMRK, § 24 Rn. 141; *SK/F. Meyer*, Art. 6 EMRK Rn. 324.

wenn die Beweislast faktisch verkehrt wird, indem eine Person ohne ausreichende Beweiserbringung in einer Weise behandelt oder Rechtsfolgen unterworfen wird, die ihre Schuld zum Ausdruck bringen.³⁴ Indes kann dieser Grundsatz – wie gezeigt – durchbrochen werden, wenn dies notwendig ist, um einen Tatverdacht im Ermittlungsverfahren aufzuklären. Daneben kann nach hiesiger Auffassung auch die Legislative jedenfalls dann mit Art. 48 GRC in Konflikt geraten, wenn sie – sei es im Strafverfahrensrecht, sei es bei der Ausgestaltung von Straftatbestände – Beweislastregeln schafft, die essentielle Teile des Unrechts als gegeben voraussetzen und damit den Schuldnachweis überflüssig machen. So schlägt Art. 20 UNCAC (illicit enrichment) die Schaffung eines Straftatbestandes vor, demzufolge Amtsträger bestraft werden können, wenn bei ihnen ein „significant increase in the assets“ festgestellt wird, den der Amtsträger nicht mit seinen „lawful income“ vernünftigerweise erklären kann („cannot reasonably explain in relation to his or her lawful income“).

Wie schon das Abheben auf eine „angeklagte“ Person und den „rechtsförmlich erbrachten Beweis“ erkennen lässt, liegt der Schwerpunkt der Unschuldsvermutung im strafprozessualen Bereich. Dieser ist jedoch nicht auf Verfahren nach der StPO im engeren Sinne zu beschränken. Vielmehr ist die Unschuldsvermutung in allen Verfahren zu beachten, die strafähnlichen Charakter haben, wie insbesondere das deutsche Ordnungswidrigkeitenrecht.³⁵ Auf europäischer Ebene von besonderer Bedeutung ist das Verwaltungsanktionsrecht, das insbesondere in Wettbewerbs- und Kartellverfahren die Verhängung hoher Bußgelder erlaubt. Hier verzichten Kommission und EuGH – gegen den Widerstand des Schrifttums³⁶ – darauf, Verwaltungsanktionen strafähnliche Natur zu attestieren, weil für den Schutz des Betroffenen auf vermeintlich gleichwertige allgemeine Rechtsgrundsätze, wie die Unschuldsvermutung³⁷ oder den nemo tenetur-Schutz gegen Selbstbezeichnung,³⁸ abgestellt wird. Daran ist zu kritisieren, dass diese allgemeinen Rechtsgrundsätze hinter formalisierten und justiziablen strafrechtlichen Garantien zurückbleiben (können). Demzufolge sind repressive oder präventive – und somit nicht nur restitutive – Verwaltungsanktionen als strafähnlich zu qualifizieren.³⁹ Unabhängig von dieser begrifflichen Frage hat der EuGH entschieden, dass die Unschuldsvermutung nicht nur in Strafverfahren zur Geltung komme, sondern auch in Verfahren wegen Verletzung der Wettbewerbsregeln, die zur Verhängung von Geldbußen oder Zwangsgeldern führen können.⁴⁰ Als übergreifender Grundsatz des Unionsrechts gilt die Unschuldsvermutung sowohl für natürliche als auch juristische Personen bzw. Unternehmen. Für einen Konzern gilt der Grundsatz hingegen nur eingeschränkt. So können nach einer ständigen Rechtsprechung des EuGH, die vor dem Inkrafttreten der Charta nicht in Frage gestellt worden ist, einer juristischen Person, die eine Zuwiderhandlung gegen das Wettbewerbsrecht nicht selbst begangen hat (Muttergesellschaft), gleichwohl Sanktionen für die Zuwiderhandlung einer anderen juristischen Person (Tochtergesellschaft) auferlegt werden, wenn beide juristische Personen Teil derselben wirt-

34 Schröder in: Pechstein/Nowak/Häde, GRC, Art. 47 Rn. 7.

35 In diesem Sinne bereits zur EMRK der EGMR in *Öztürk*, GH 73/A, Z. 53 = EuGRZ 1985, 67; vgl. auch *Lutz*, GH 123, Z. 50 f. = EuGRZ 1987, 401; vgl. *Jarass* NStZ 2012, 612 mwN.

36 Vgl. *Heselhaus/Nowak*, Handbuch, § 51 Rn. 4, *Schwarze*, EuZW 2003, 261, *Schwarzelvan Vormizele*, Art. 48 Rn. 4 mwN, aber auch *Jarass* NStZ 2012, 612.

37 Vgl. EuGH im Fall *Hüls*, 8.7.1999, Rs. C-199/92 P, Z. 150.

38 Vgl. Rn. 12 sowie EuG im Fall *Mannesmannröhren-Werke*, 20.2.2001, T-112/98, Z. 77 = EuZW 2001, S. 345.

39 *Schwarze*, EuZW 2003, 262, 264 ff.

40 S. dazu Urteil im Fall *EON Energie/Kommission*, C-89/11 P, EU:C:2012:738, Rn. 72 f. sowie die Entscheidung im Fall *Paraffinwachs (Hansen & Rosenthal KG)*, C-90/15 P, Rn. 18 = NZKart 2017, 188 f.

schaftlichen Einheit sind und somit ein Unternehmen im Sinne von Art. 101 bilden.⁴¹ Der EuGH verneint den Verstoß gegen Art. 48 GRC mit der apodiktischen Begründung, dass die Vermutung, die Muttergesellschaft übe einen bestimmenden Einfluss auf die Tochtergesellschaft aus, keine Vermutung der Schuld einer dieser beiden Gesellschaften beinhalte. Dem ist zu widersprechen. Denn wenn der EuGH die Sanktionierung der Muttergesellschaft allein auf die wirtschaftliche Beherrschung der Tochtergesellschaft gründet, impliziert dies entweder eine verschuldensunabhängige Zurechnung der Schuld der Tochtergesellschaft zur Muttergesellschaft oder die Vermutung, dass die Muttergesellschaft die Aufsicht über die Tochtergesellschaft vernachlässigt habe. Beides ist mit dem Schuldgrundsatz bzw. der Unschuldsvermutung nicht vereinbar.

In zeitlicher und statusmäßiger Hinsicht verbietet es sich, das Eingreifen der Unschuldsvermutung bis zum Zeitpunkt der Anklageerhebung hinauszuschieben. Denn anstatt den Begriff des „Angeklagten“ auf seinen rechtstechnischen Zweck zu beschränken, ist darunter vielmehr sinngemäß jeder **tatsächlich Beschuldigte** zu verstehen.⁴² Demzufolge greift die Unschuldsvermutung bereits im Ermittlungsverfahren Platz, und zwar von dem Zeitpunkt an, in dem sich die Ermittlungen wegen eines Verdachts einer strafbaren Handlung auf eine bestimmte Person konkretisieren. 14

Gemäß der zuvor festgestellten Funktion als Verbot der Bezeichnung oder Behandlung eines Nichtverurteilten als schuldig verbieten sich Schuldvorwegnahmen und Verdachtsstrafen. Zudem muss auch die **Beweisführungslast** auf der Seite des Staates und nicht beim Betroffenen liegen, mit der weiteren Folge, dass bei Nichterweislichkeit der Schuld der Angeklagte nach dem Grundsatz von „**in dubio pro reo**“ freizusprechen ist und der Anklagevorwurf nicht durch Verzögerung eines Freispruchs beliebig lange aufrecht erhalten werden darf.⁴³ Diese sog materielle Beweislast der staatlichen Organe schließt jedoch nicht jegliche **Beweislastumkehr** aus, sofern diese auf erwiesene Tatsachen gestützt ist und dem Betroffenen die Möglichkeit der Widerlegung eingeräumt bleibt.⁴⁴ So muss ein Gericht oder eine Behörde, die den Vorwurf einer Zuwiderhandlung gegen Wettbewerbsregeln erhebt, zwar den Beweis für eine solche Zuwiderhandlung erbringen, jedoch hat die (juristische) Person, die sich gegenüber der Feststellung einer Zuwiderhandlung auf eine Rechtfertigung beruft, nachzuweisen, dass die Voraussetzungen für diese Rechtfertigung erfüllt sind.⁴⁵ 15

Sofern damit nicht bereits ein Schuldurteil impliziert wird, können auch schon durch das Vorliegen von entsprechendem **Tatverdacht** Ermittlungsmaßnahmen bis hin zu bestimmten Zwangseingriffen wie Durchsuchungen und Beschlagnahmen zulässig sein. Dies gilt insbesondere dann, wenn wegen Art und Tatverdächtigkeit des betroffenen Ortes oder Gegenstandes selbst erwiesenermaßen unschuldige Personen bestimmte Vorbeugungs- oder Aufklärungsmaßnahmen zu tolerieren hätten (→ Rn. 9). Ebenso wenig steht die Unschuldsvermutung einer vorläufigen Festnahme oder Untersuchungshaft entgegen, vorausgesetzt je- 16

41 Dazu und zum Folgenden EuGH im Fall *Badezimmerkartell (Villeroy & Boch AG, C-625/13 P, Rn. 145, 147 = NZKart 2017, 124, 126.*

42 Vgl. EGMR im Fall *Heaney and McGuinness*, 21.12.2000, Z. 41, *Frenz*, Handbuch Europarecht 4, Rn. 5078.

43 Näher zu diesem Fragenbereich *Tophinke*, Unschuldsvermutung, S. 355 ff.

44 Vgl. EGMR im Fall *Salabiaku*, 7.10.1988, Series A, 141-A (Rn. 28), *Peukert*, in: Frowein/Peukert, EMRK2 (1996), Art. 6 Rn. 158, *Satzger*, Internationales und Europäisches Strafrecht, 6. Aufl. 2013, § 11 Rn. 80.

45 EuGH im Fall *Paraffinwachs (Hansen & Rosenthal KG)*, C-90/15 P, Rn. 18 = NZKart 2017, 188, 189.

doch, dass die Freiheitsentziehung nicht allein mit vorweggenommener Tatschwere oder mit einer Wiederholungsgefahr begründet wird.⁴⁶

- 17 Auf einer solchen Gratwanderung zwischen (zulässiger) Anknüpfung an Verdachtsgründe und (unzulässiger) Schuldvorwegnahme ist auch für den umstrittenen **Widerruf einer Strafaussetzung zur Bewährung** wegen einer erneuten Straftat zu verfahren, wie dies zB nach § 56 f Abs. 1 Nr. 1 StGB möglich ist.⁴⁷ Sofern es bei solchen Vollstreckungsmaßnahmen nicht um die „Bestrafung“ der Nachtat, sondern lediglich um deren Indizcharakter für eine sich nachträglich als verfehlt herausstellende Prognoseentscheidung aufgrund der Erstat geht, kann jedenfalls insoweit nicht von der Vorwegnahme einer weiteren schuldhaften Tat gesprochen werden, als zur Überzeugung des die Strafaussetzung widerrufenden Gerichts die erwartete Bewährung nicht eingetreten ist. Davon kann mit der EMRK zumindest dann ausgegangen werden, wenn ein glaubhaftes Geständnis vorliegt, das frei von Zwang unter Beachtung rechtsstaatlicher Grundsätze zustande gekommen ist.⁴⁸
- 18 Ähnliche Gratwanderungen können bei **Kostenentscheidungen** im Falle eines Freispruchs oder bei Einstellung des Strafverfahrens veranlasst sein. So soll einerseits aus der Unschuldsvermutung nach Art. 6 Abs. 2 EMRK weder ein Anspruch auf Erstattung der notwendigen Auslagen des Angeklagten noch eine Entschädigung für erlittene rechtmäßige Untersuchungshaft abzuleiten sein, ebenso wie ein Freispruch grundsätzlich nicht verhindern könne, dem Freigesprochenen einen Teil der Kosten aufzuerlegen.⁴⁹ Andererseits wäre es mit der Unschuldsvermutung unvereinbar, solche Kostentragungspflichten so zu begründen, als habe der Betroffene die ihm zu Last gelegte strafbare Handlung begangen oder bei Durchführung des Verfahrens mit seiner Verurteilung zu rechnen gehabt.⁵⁰
- 19 **bb)** Die Unschuldsvermutung endet mit dem **rechtsförmlich erbrachten Beweis** der Schuld. Demgegenüber spricht Art. 6 Abs. 2 EMRK lediglich vom „gesetzlichen Beweis“ der Schuld. Obgleich sich nach der Erläuterung des Konventspräsidiums die beiden Formulierungen entsprechen sollen,⁵¹ lassen sich dem neuen Wortlaut doch gewisse Präzisierungen entnehmen: Während nämlich ein „gesetzlicher Beweis“ der Schuld schon darin erblickt werden könnte, dass er bei Vorliegen der objektiven Voraussetzungen eines gesetzlichen Tatbestandes mit dementsprechenden Schuldvermutungen geführt werden könne, sofern diese nur gesetzlich vorgesehen sind,⁵² wird durch das ausdrückliche Abheben auf die Rechtsförmlichkeit des Schuldnachweises ein Nachweisverfahren gefordert, das rechtsstaatlichen Grundsätzen entspricht. Insofern wird man es auch nicht, wie dies zu Art. 6 Abs. 2 EMRK vertreten wird, dem innerstaatlichen Recht überlassen dürfen, was zum gesetzlichen Nachweis der Schuld gehört, selbst wenn dieser Weg einer Missbrauchskontrolle der Konventionsorgane unterliegen soll;⁵³ vielmehr ist dann ein positiv-rechtsstaatliches

46 Vgl. Peukert, in: Frowein/Peukert, EMRK, Art. 6 Rn. 275 mwN.

47 Näher zum Streitstand Schönke/Schröder/Kinzig, StGB, § 56 f Rn. 4 mwN.

48 Vgl. E 15871/89 (StV 1992, 282 f.) sowie Peukert, in: Frowein/Peukert, EMRK, Art. 6 Rn. 276 mwN.

49 Vgl. Peukert, in: Frowein/Peukert, EMRK, Art. 6 Rn. 272 mwN zu Entscheidungen der EKMR.

50 Aus der dahingehenden Judikatur des EGMR vgl. insbes. Minelli, GH 62, Z. 34–37 = EuGRZ 1983, 479. Wohl weniger streng BVerfGE 82, 106 ff.; krit. dazu Geppert, Jura 1993, 164 f. Vgl. zum Ganzen auch Laubenthal/Mitsch, NStZ 1988, 113, Peukert, in: Frowein/Peukert, EMRK, Art. 6 Rn. 273, Schubarth, Unschuldsvermutung, S. 26.

51 Charte 4473/00 zu Art. 48 Abs. 1 (Bernsdorff/Borowsky, Protokolle S. 39).

52 So eine bei Peukert, in: Frowein/Peukert, EMRK² (1996), Art. 6 Rn. 158 anklingende, wenn auch gleichzeitig abgelehnte Deutung von Art. 6 Abs. 2 EMRK.

53 Vgl. Peukert, in: Frowein/Peukert, EMRK, Art. 6 Rn. 263 zu Windisch, GH 186, Z.25 = EuGRZ 1989, 467.

Verfahren des Schuldnachweises zu fordern und nicht erst negativ eine Missbrauchsfeststellung abzuwarten. Zudem wird in zeitlicher Hinsicht die Rechtsförmlichkeit erfordern, die Unschuldsvermutung bis zum Eintritt der **Rechtskraft** des Schuldspruchs aufrechtzuerhalten und nicht schon vorher, wie vom EGMR nicht hinreichend klargestellt,⁵⁴ enden zu lassen.⁵⁵

Zur Rechtsförmlichkeit gehört auch, dass die Schuldfeststellung von einer dafür **zuständigen Instanz** getroffen wird. Obgleich es der strafprozessuale Grundcharakter der Unschuldsvermutung nahe legen könnte, den Schuldnachweis dem **Strafrichter** vorzubehalten, erscheint eine solche Einengung, wie sie sich zu Art. 6 Abs. 2 EMRK vertreten findet,⁵⁶ weder zwingend noch zweckmäßig. Denn damit könnte beispielsweise beim Vorwurf einer Ordnungswidrigkeit die Unschuldsvermutung nicht schon mit einem rechtskräftig gewordenen Bußgeldbescheid der zuständigen Verwaltungsbehörde, sondern erst nach einem durch einen Einspruch auszulösenden gerichtlichen Verfahren enden. Vielmehr müsste praktisch in allen nicht-strafrechtlichen Verfahren, in denen inzidenter Aussagen über einen strafprozessualen Sachverhalt bis hin zu nichtverfahrensbeteiligten Personen zu treffen wären, ein strafrechtliches Vorschaltverfahren vorausgehen, was nicht zuletzt schwerlich mit dem Grundsatz der Unabhängigkeit der Richter eines Gerichtszweiges von dem eines anderen vereinbar wäre. Ebenso wie daher einerseits die Richter des einen Gerichts ohne Bindung an die Erkenntnisse anderer Gerichte die entscheidungserheblichen Vorfragen selbst feststellen und entscheiden dürfen, wird andererseits die Unschuldsvermutung auch einen Strafrichter nicht daran hindern können, im Rahmen der Strafzumessung eine nicht angeklagte oder nicht mehr anklagbare Straftat indiziell mitzuverwerten, sofern deren Sachverhalt in einem anderen Verfahren prozessordnungsgemäß nachgewiesen worden war.⁵⁷

cc) Soweit in der Unschuldsvermutung ein weit über das Strafrecht hinausgehendes „übergreifendes, für die neuzeitliche Form gesellschaftlichen Zusammenlebens konstitutives Rechtsprinzip“ gesehen wird,⁵⁸ das für eine friedliche Koexistenz von Individuen ein allgemein verbindliches Verfahren für Schuldzuschreibungen erfordere, lässt sich Derartiges weder aus Art. 6 Abs. 6 EMRK noch aus Art. 48 Abs. 1 entnehmen. Mangels einer Drittwirkung der Unschuldsvermutung bei Beschuldigungen zwischen Bürgern ist daher auch bei Pressekampagnen der Betroffene auf den zivilrechtlichen Persönlichkeitsschutz und/oder den strafrechtlichen Ehrenschutz verwiesen.⁵⁹ Eine gewisse mittelbare „Drittwirkung“ kann sich jedoch daraus ergeben, dass der Staat unbewiesenen Schuldzuweisungen keinen Vorschub leisten darf und daher staatliche Organe einen noch nicht rechtskräftig Verurteilten öffentlich nicht als „schuldig“ bezeichnen und Derartiges auch nicht indirekt zum Ausdruck bringen dürfen.⁶⁰ Art. 4 der Richtlinie 2016/343 verlangt überdies, dass die Mit-

54 EGMR in *Minelli*, GH 62, Z. 37 = EuGRZ 1983, 479.

55 Ebenso schon jetzt zu Art. 6 EMRK *Peukert*, in: Frowein/Peukert, EMRK, Art. 6 Rn. 263. Im gleichen Sinne BVerfGE 35, 202, 232; *Meyer-Gofßner*, StPO, Art. 6 MRK Rn. 15.

56 In diesem Sinne namentlich *Köster*, Rechtsvermutung, S. 144 ff., 173 ff.; *Ostendorf*, StV 1990, 232, *Vogler*, in: FS für Tröndle, S. 438.

57 *Bruns*, NStZ 1981, 83; *Meyer-Gofßner*, StPO, Art. 6 MRK Rn. 14; *Peukert*, EuGRZ 1980, 261.

58 So namentlich *Marxen*, GA 1980, 373; in die gleiche Richtung *Köster*, Rechtsvermutung, S. 158 ff., S. 173 ff., *Paeffgen*, Vorüberlegungen, S. 42 ff.

59 Ebenso *Geppert*, Jura 1993, 162, *Peukert*, in: Frowein/Peukert, EMRK, Art. 6 Rn. 267 ff., *Schwarzelvan Vormizeele*, Art. 48 GRC Rn. 5.

60 Vgl. SK/JF *Meyer*, Art. 6 EMRK Rn. 346; *Frowein*, in: FS für Huber, S. 553 ff., *Jarass* NStZ 2012, 613, *Roxini/Schünemann*, Strafverfahrensrecht, § 11 Rn. 2, *Schwarzelvan Vormizeele*, Art. 48 GRC

gliedstaaten Rechtsbehelfe und andere Maßnahmen ermöglichen, falls Behörden dieser Verpflichtung zuwider gehandelt haben sollten.

- 22 Auch soweit Vorwürfe unterhalb der Schwelle strafähnlichen Charakters bleiben, wie etwa die Behauptung zivilrechtlicher Verantwortlichkeit oder der Verletzung von arbeits- oder sozialrechtlichen Verpflichtungen, ist dem nicht mit der Unschuldsvermutung entgegenzutreten.⁶¹ Noch weniger wird man auf rein gesellschaftlicher Ebene Vorhaltungen unethischen Verhaltens mit der Unschuldsvermutung begegnen können, sondern sich gegebenenfalls gegen üble Nachrede oder Verleumdung (zivil- oder strafrechtlich) im Klagewege zu wehren haben.

II. Art. 48 Abs. 2: Verteidigungsrechte

1. Vorgaben

a) Artikel 6 Abs. 3 EMRK

- 23 Auch Art. 48 Abs. 2 soll nach Erläuterung des Konventspräsidiums dem Art. 6 Abs. 3 EMRK entsprechen;⁶² dieser hat jedoch eine detailliertere Fassung:

„Jede angeklagte Person hat mindestens folgende Rechte:

- (a) innerhalb möglichst kurzer Frist in einer ihr verständlichen Sprache in allen Einzelheiten über Art und Grund der gegen sie erhobenen Beschuldigung unterrichtet zu werden;*
- (b) ausreichende Zeit und Gelegenheit zur Vorbereitung ihrer Verteidigung zu haben;*
- (c) sich selbst zu verteidigen, sich durch einen Verteidiger ihrer Wahl verteidigen zu lassen oder, falls ihr die Mittel zur Bezahlung fehlen, unentgeltlich den Beistand eines Verteidigers zu erhalten, wenn dies im Interesse der Rechtspflege erforderlich ist;*
- (d) Fragen an Belastungszeugen zu stellen oder stellen zu lassen und die Ladung und Vernehmung von Entlastungszeugen unter denselben Bedingungen zu erwirken, wie sie für Belastungszeugen gelten;*
- (e) unentgeltliche Unterstützung durch einen Dolmetscher zu erhalten, wenn sie die Verhandlungssprache des Gerichts nicht versteht oder spricht.“*

Art. 6 Abs. 3 EMRK enthält Mindestgarantien⁶³ eines rechtsstaatlichen Strafverfahrens, die auch dem Internationalen Pakt über bürgerliche und politische Rechte von 1966 in seinem Art. 14 Abs. 3 nahezu wörtlich als Vorbild dienen. Da diese Verfahrensgarantien als Konkretisierungen eines „fairen Verfahrens“ im Sinne von Art. 6 Abs. 1 EMRK gelten, ist die Aufzählung einerseits nicht abschließend; andererseits werden Verletzungen des Abs. 3 von

Rn. 5, Tettinger/Stern/Alber, Europäische Grundrechte-Charta, Art. 48 Rn. 3. Weitergehend für eine allgemeine Schutzpflicht des Staates, über seine eigenen Organe hinaus Äußerungen in Bezug auf ein anhängiges Strafverfahren zu unterbinden, vgl. Grabenwarter/Pabel, EMRK, § 24 Rn. 142; Peukert, in: Frowein/Peukert, EMRK, Art. 6 Rn. 269, Ulsamer, in: FS für Zeidler, S. 1802; vgl. auch Callewaert, EuGRZ 1996, 369.

61 Vgl. Peukert, in: Frowein/Peukert, EMRK, Art. 6 Rn. 271, mit Hinweis auf den versicherungsrechtlichen Fall der EKMR E 13925/88.

62 Charta 4473/00 (Bernsdorff/Borowsky, Protokolle S. 39).

63 Im Schrifttum ist umstritten, ob diese Mindestgarantien einen ausreichenden Schutzgehalt formulieren und damit als Kern eines europäischen Strafverfahrensrechts anzusehen sind – in diesem Sinne Esser, StraFO 2003, 335, wohingegen skeptisch Schünemann, StV 2003, 122. Obwohl eine umfassende Darstellung der strafverfahrensrechtlichen Rechtsprechung des EGMR noch aussteht, sind Einzelfragen in zahlreichen Monographien behandelt: vgl. Esser, Auf dem Weg, S. 450 ff.; Kieschke, Die Praxis des EGMR; Rzepka, Zur Fairness; Simon, Die Beschuldigtenrechte; Schleiminger, Konfrontation.

den Organen der EMRK grundsätzlich immer im Lichte von Abs. 1 gesehen.⁶⁴ Dementsprechend erkennt der EGMR⁶⁵ nur dann auf eine Vertragsverletzung, wenn eine Einzelrechtsverletzung zu einem insgesamt unfairen Verfahren geführt hat. Gegen den Widerstand der Literatur⁶⁶ lässt der EGMR aufgrund dieses *Gesamtbetrachtungsansatzes* die Kompensation einzelner Rechtsverstöße zu, so dass die Tür zu einer „relativierenden Abwägungslehre“⁶⁷ geöffnet ist, die klare Konturen vermissen lässt.⁶⁸

Die nach Art. 6 Abs. 3 lit. (a) EMRK vorgesehene *Unterrichtung* soll dem Betroffenen die Vorbereitung seiner Verteidigung im Sinne von lit. (b) ermöglichen, die gemäß lit. (c) in Form der Selbstverteidigung und/oder der Wahlverteidigung sowie in der unentgeltlichen Beordnung eines Pflichtverteidigers bestehen kann. Das in lit. (d) garantierte Recht zur Benennung und Befragung von Zeugen soll der Wahrung der „Waffengleichheit“ dienen. Auch in der nach lit. (e) erforderlichenfalls unentgeltlichen Unterstützung durch einen Dolmetscher findet der Fair-Trial-Grundsatz Ausdruck.⁶⁹

Ob diese Verteidigungsrechte nur für die Hauptverhandlung oder frühestens, wie das Anknüpfen an eine „angeklagte Person“ nahelegen könnte, ab der Anklageerhebung eingeräumt werden, ist in der EMRK-Rechtsprechung nicht restlos geklärt. Nach derzeitigem Stand soll es aufgrund einer differenzierenden Betrachtungsweise auf die Umstände des zu beurteilenden Falles und die Art des geltend gemachten Rechts ankommen,⁷⁰ wobei der EGMR richtigerweise eine Beteiligung der Verteidigung in den Stadien vor der Hauptverhandlung, insbesondere wenn Untersuchungshaft angeordnet ist,⁷¹ einfordert.

b) Nationalstaatliche Gewährleistungen

Auf nationalstaatlicher Ebene hat das Recht auf *Verteidigung*, wenn auch in teils unterschiedlicher Reichweite bereits in der Hälfte der EU-Länder eine verfassungsrechtliche Verankerung erfahren: so in Bulgarien (Art. 122), Estland (§ 21), Italien (Art. 24 Abs. 2), Lettland (Art. 92), Litauen (Art. 31), Malta (Art. 39 Abs. 6 lit. b u. c), Niederlande (Art. 18), Polen (Art. 42 Abs. 2), Portugal (Art. 20 Abs. 2, 32 Abs. 3), Rumänien (Art. 24), Slowakei (Art. 50 Abs. 3), Slowenien (Art. 29), Spanien (Art. 24 Abs. 1 u. 2), Tschechische Republik (Art. 40 Abs. 3 GR-Deklaration),⁷² Ungarn (Art. 57 Abs. 3) und Zypern (Art. 12 Abs. 5 lit. b u. c, 30 Abs. 3 lit. d).

2. Diskussion im Grundrechtekonvent

Umstritten waren weniger Inhalt und Umfang der zu garantierenden Verteidigungsrechte als vielmehr deren formale Fassung und konkretisierte Verankerung. Während einerseits eine mehr oder weniger komplette Übernahme der einschlägigen Bestimmungen der EMRK überlegt wurde, hat man dem andererseits teils das Interesse an einer möglichst

64 Vgl. SK/JF Meyer, Art. 6 EMRK Rn. 362; Windisch, GH 186, Z. 23 = EuGRZ 1989, 467, Peukert, in: Frowein/Peukert, EMRK, Art. 6 Rn. 278.

65 Vgl. EGMR im Fall Windisch, 28.8.1990, Z. 25.

66 Vgl. Ambos, ZStW 115 (2003), 611 ff. und Walther, GA 2003, 218 f., jeweils mwN.

67 Walther, GA 2003, 218.

68 Vgl. auch Frenz, Handbuch Europarecht 4, Rn. 5058, 5107 ff., Heselhaus/Nowak/Schorkopf, Handbuch, § 53 Rn. 71 ff., Jarass, Charta, Art. 48 Rn. 21 f.

69 Zu weiteren Einzelheiten mit Hinweisen zur einschlägigen Judikatur der EMRK-Organen vgl. Peukert, in: Frowein/Peukert, EMRK, Art. 6 Rn. 278 ff.

70 Vgl. Imbroscia, GH 275/A, 13, Z.36 = ÖJZ 1994, 517; ähnlich bereits IntKomm/Vogler, EMRK, Art. 6 Rn. 374 f. Näher dazu Peukert, in: Frowein/Peukert, EMRK, Art. 6 Rn. 281.

71 Vgl. Ambos, NStZ 2003, 14 ff. mwN.

72 Vgl. Eser/Kubiciel, oben Art. 47 Fn. 31.

kurzen und prägnanten Fassung, teils die erforderliche Offenheit für die Einbringung gemeinsamer Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedsstaaten, insbesondere soweit sie weitergehende Rechte gewährten, entgegengehalten. Schließlich gab man sich schließlich damit zufrieden, dass, wie auch in der Erläuterung des Konventspräsidiums zu Art. 48 Abs. 2 zum Ausdruck kommend,⁷³ nach Art. 52 Abs. 3 das Verteidigungsrecht im Sinne von Art. 48 Abs. 2 „dieselbe Bedeutung und dieselbe Tragweite wie das durch die EMRK garantierte Recht“ habe.⁷⁴

3. Kommentierung

a) Konkretisierungsbedürftigkeit der „Verteidigungsrechte“ anhand der EMRK

- 28 Für sich genommen bringt Art. 48 Abs. 2 nicht mehr zum Ausdruck, als dass dem Angeklagten überhaupt Verteidigungsrechte zustehen, die zu gewährleisten sind. Was dagegen zu diesen Verteidigungsrechten gehört und in welchem Umfang sie jeweils zu achten sind, lässt die Bestimmung offen. Dies könnte es nahe legen, Verteidigungsrechte nur insoweit grundrechtlich verankert zu sehen, als sie von den jeweiligen nationalen Rechten eingeräumt werden, mit der Konsequenz, dass der zu gewährleistende Standard innerhalb der Mitgliedsstaaten unterschiedlich sein könnte. Um einer solchen Entwicklung, die schwerlich mit der einheitlichen Garantie europäischer Grundrechte vereinbar wäre, entgegenzuwirken, muss hier auf Art. 52 Abs. 3 zurückgegriffen werden, der den in der GRC enthaltenen „Rechten“, zu denen auch die „Verteidigungsrechte“ des Art. 48 Abs. 2 zählen, die „gleiche Bedeutung und Tragweite, wie sie ihnen in der (EMRK) verliehen wird“, garantiert. Demzufolge ist der in Art. 6 Abs. 3 EMRK garantierte Katalog von Verteidigungsrechten in den Art. 48 Abs. 2 hineinzulesen.⁷⁵
- 29 Wie schon die EMRK (→ Rn. 25) lässt auch Art. 48 Abs. 2 durch Abheben auf den „Angeklagten“ offen, ab wann die Verteidigungsrechte zu gewährleisten sind. Ähnlich wie es schon bei der Unschuldsvermutung nicht auf den rechtstechnischen Begriff der „Anklage“ ankommen kann (→ Rn. 14), ist auch ein Verteidigungsbedürfnis bereits dann anzuerkennen, wenn sich eine Person aufgrund einer bestimmten Beschuldigung konkreten Ermittlungsmaßnahmen ausgesetzt sieht.⁷⁶ Dies braucht nicht zu heißen, dass die Verteidigungsrechte von Anfang bis zum Ende gleichsam statisch gleich sein müssten. Vielmehr können sie je nach dem Stand des Verfahrens und den besonderen Umständen des zu beurteilenden Falles differieren, ähnlich wie dies auch bei Art. 6 Abs. 3 EMRK gehandhabt wird (→ Rn. 25).

b) Gewährleistete Verteidigungsrechte

- 30 Der Rechtsprechung des EGMR ist zu entnehmen, dass die Wahrnehmung von Verteidigungsinteressen grundsätzlich nicht der Staatsanwaltschaft obliegt; ob Verteidigungsrechte echte Beschuldigtenrechte sind oder aber von einem Verteidiger stellvertretend ausgeübt werden, hängt von den Besonderheiten des Einzelfalles ab und ist unter Rückgriff auf die

⁷³ *Charte 4473/90 (Bernsdorff/Borowsky, Protokolle, S. 40).*

⁷⁴ Vgl. zum Diskussionsverlauf im Einzelnen *Charte 4123/1/00 ERV 1 Art. 5, 4141/00 Art. 2 Nr. 3, 4149/00 Art. 9, 4284/00 Art. 9, 4422/00 Art. 46, 4423/00 Art. 46, 4470/00 Art. 47, Bernsdorff/Borowsky, Protokolle, S. 151 f., 282, 375; Meyer/Engels, Charta der Grundrechte, S. 32, S. 243 f.*

⁷⁵ Zustimmend *Schwarzelvan Vormizeele, Art. 48 GRC Rn. 7; in gleichem Sinne Jarass NStZ 2012, 614. Zur Kritik dazu vgl. unten Rn. 37.*

⁷⁶ Vgl. *Frenz, Handbuch Europarecht 4, Rn. 5105 f., Jarass, Charta, Art. 48 Rn. 4 ff. Zur Rechtsprechung des EGMR vgl. Ambos, ZStW 115 (2003), 595 f.*

EMRK-Rechtsprechung zu ermitteln.⁷⁷ Unklar und eines der dringendsten Probleme ist zudem die **institutionelle Durchsetzung und Überprüfung** dieser europäischen Verteidigungsrechte, wobei zum einen ihre Durchsetzung der Fürsorgepflicht⁷⁸ des entscheidenden Gerichts unterfällt und zum anderen nur eine zentrale Auslegungs- und Überprüfungsinstanz, wie zB eine zu errichtende Strafkammer am EuGH, ein Gegengewicht zur zunehmenden Zentralisierung der europäischen Strafverfolgung schaffen und somit eine Zersplitterung des Rechtsschutzes⁷⁹ verhindern könnte. Der Unionsgesetzgeber hat diesen Bedenken inzwischen teilweise Rechnung getragen. Insbesondere sieht Art. 41 VO 2017/1933 vor, dass die EuStA ihre Tätigkeit unter Beachtung der Garantien der GRC durchführt. Außerdem sollen Verdächtige und Beschuldigte sämtliche Verfahrensrechte genießen, die ihnen sekundäres Unionsrecht und nationales Recht gewähren. Art. 42 VO 2017/1933 bindet den EuGH in die gerichtliche Kontrolle der Verfahren der EuStA ein.

aa) Die Möglichkeit **sachgerechter Verteidigung** als Kern dieses Grundrechts setzt als erstes **31** die unverzügliche **Unterrichtung des Beschuldigten** über die ihm angelasteten Beschuldigungen in einer ihm verständlichen Sprache voraus (Art. 6 Abs. 3 lit. a und b EMRK). Dazu ist erforderlich, aber auch genügend, dass der Betroffene vor einer maßgeblichen Entscheidung jeweils so rechtzeitig und konkret unterrichtet wird, dass ihm genügend Zeit und Gelegenheit für seine Verteidigungsvorbereitung bleibt. Dies kann auch erfordern, dem Betroffenen unbeaufsichtigten schriftlichen und mündlichen Verkehr mit seinem Verteidiger zu ermöglichen,⁸⁰ sowie – persönlich oder jedenfalls mittels des Verteidigers – Gelegenheit zur Einsicht in die Verfahrensakten⁸¹ und zur Besichtigung der Beweisgegenstände zu geben.⁸² Leitlinie bei der Ausübung dieses Rechts muss es sein, dass die Kontrollorgane in die Vorbereitung der Verteidigung nicht ohne rechtfertigenden Grund und nur im unbedingt erforderlichen Umfang eingreifen.⁸³ Um wirksam verteidigen zu können, ist vor allem auch sein Recht, gehört zu werden, von wesentlicher Bedeutung.⁸⁴ Dies soll jedoch nicht unbedingt die persönliche Anwesenheit des Betroffenen, da kein absolutes Recht, voraussetzen.⁸⁵

bb) Sein Recht auf Verteidigung muss der Betroffene sowohl **in eigener Person** als auch **32** durch Hinzuziehung eines **Wahlverteidigers** oder erforderlichenfalls eines unentgeltlichen **Pflichtverteidigers** ausüben dürfen (Art. 6 Abs. 3 lit. c EMRK).⁸⁶ Anstelle einer solchen Wahlmöglichkeit dem Betroffenen das Recht auf Selbstverteidigung im Sinne eines „entweder – oder“ nur alternativ zur Verteidigung durch einen Verteidiger einzuräumen, wie dies

77 So entschied der EGMR im Fall *Öcalan*, 12.3.2003, Z. 161 ff., dass das Akteneinsichtsrecht nicht auf den Verteidiger beschränkt werden dürfe, wenn der Beschuldigte die Beweise besser einschätzen könne als sein Rechtsbeistand. Vgl. aber auch Art. 47 Rn. 34 zuFn. 129.

78 Vgl. den EGMR im Fall *Cuscani*, 24.9.2002, Z. 38 ff. oder im Fall *Czekalla*, 10.10.2002, Z. 65 ff.

79 Vgl. *Braum*, SrV 2003, 578.

80 Zu der insbesondere im Rahmen von europäischen Wettbewerbs- und Kartellverfahren relevanten Frage, ob das Anwaltsprivileg auch bei Syndikusanwälten gilt, vgl. *Seitz*, EuZW 2004, 231 ff. mit Darstellung der EuG- und EuGH-Rechtsprechung.

81 Insbesondere bei Haftprüfungsverfahren ist nach der Rechtsprechung des EGMR die Verweigerung von Akteneinsicht praktisch unzulässig; vgl. *Ambos*, ZStW 115 (2003), 639 mwN.

82 Diese Rechte sind Ausfluss der von den Strafverfolgungsorganen zu fordernden Offenlegung ihrer Beweismittel („disclosure of evidence“); vgl. dazu den EGMR im Fall *Edwards and Lewis*, 22.7.2003, Z. 52 ff.

83 Zu weiteren Einzelheiten vgl. *Jarass* NStZ 2012, 614 mwN.

84 Vgl. Art. 47 Rn. 34 sowie *Borraccetti*, in: Di Federico, EU Charter, S. 100 ff. mwN.

85 EuGH im Fall *Melloni*, C-399/11, Z. 49 = NJW 2013, 1215, 1218 m. kritischer Besprechung *Gaede*, NJW 2013, 1279, 1281.

86 So auch *Schwarzel/van Vormizeele*, Art. 48 GRC Rn. 8.

– angloamerikanischer Tradition entsprechend – gelegentlich vertreten wird,⁸⁷ wäre mit dem aus der Menschenwürde des Beschuldigten und seiner sich daraus ergebenden Stellung als Prozesssubjekt (mit entsprechenden eigenen Verfahrensrechten) unvereinbar, zumal das aus der Subjektstellung fließende Recht auf eigene aktive Verteidigung auch gegenüber der anwaltlichen Verteidigungsstrategie Bestand haben muss.⁸⁸ Dies schließt jedoch nicht aus, einzelne Verteidigungsrechte, wie insbesondere das Akteneinsichtsrecht, aufgrund nationaler Rechtsetzung dem Verteidiger vorzuenthalten. Entsprechendes kann für den zeitweiligen Ausschluss des Angeklagten von seinem grundsätzlichen Recht auf Teilnahme an der Verhandlung in Betracht kommen. Während das Recht auf Vertretung durch einen Wahlverteidiger uneingeschränkt ist, darf die **unentgeltliche Beordnung eines Verteidigers** von der Mittellosigkeit des Angeklagten wie auch Rechtspflegeinteressen abhängig gemacht werden, wie insbesondere vom öffentlichen Interesse an einer gerechten Urteilsfindung durch anwaltliche Verteidigung. Die Richtlinie 2013/48 EU präzisiert das Recht auf Zugang zu Rechtsbeistand in Strafverfahren, unter Einschluss von Verfahren zur Vollstreckung eines EuHB; die Richtlinie 2016/1919/EU garantiert in solchen Verfahren das Recht auf Prozesskostenhilfe für Verdächtige oder Beschuldigte ohne ausreichende Mittel.

- 33 cc) Von wesentlicher Bedeutung für eine wirksame Verteidigung ist das Frage- und Beweis-antragsrecht, wobei der EGMR sich am adversatorischen bzw. kontradiktorischen System orientiert und das Frage- als **Konfrontationsrecht** versteht.⁸⁹ Über das grundsätzliche allgemeine **Anhörungsrecht** (→ Art. 47 Rn. 11) hinaus gehört dazu nach Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK insbesondere das Recht, Belastungszeugen zu befragen und Entlastungszeugen unter denselben Bedingungen wie Belastungszeugen zu laden und vernehmen zu lassen, um im Sinne von „Waffengleichheit“, deren ausdrückliche Nennung im Konvent gefordert worden war,⁹⁰ dem Angeklagten hinsichtlich der Beweiserhebung die gleichen Befugnisse wie der Anklagevertretung einzuräumen.⁹¹
- 34 dd) Von steigender Bedeutung in einem immer enger zusammenwachsenden Europa mit sich entsprechend verstärkendem Grenzverkehr ist auch das Recht auf **unentgeltliche Beordnung eines Dolmetschers** (Art. 6 Abs. 3 lit. e EMRK), sofern der Angeklagte die Gerichtssprache nicht so sicher beherrscht, dass er der Verhandlung folgen, ihre Vorgänge verstehen und sich selbst in zweckentsprechender Weise artikulieren kann. Dieses Recht ist bei allen für die Verteidigung wesentlichen Vorgängen, wie etwa auch Haftprüfungsverfahren und sonstigen gerichtlichen Einvernahmen, zu gewährleisten. Dazu gehört nicht zuletzt auch der Verkehr mit dem Verteidiger sowie die Übersetzung von Schriftstücken, deren Kenntnis für eine wirksame Verteidigung erforderlich ist. Sekundärrechtlich garantiert die Richtlinie 2010/64/EU jedem Beschuldigten und Angeklagten das **Recht auf Dolmetschleistung im Strafverfahren** sowie auf Übersetzung wesentlicher Verfahrensunterlagen und der Anklageschrift.
- 35 ee) Angesichts der vom EGMR vorgenommenen **Gesamtbetrachtung**, der man sich im Hinblick auf Art. 52 Abs. 3 nicht wird entziehen dürfen, führt nicht jede Verteidigungsrechts-

87 Wie namentlich von IntKomm/Vogler, EMRK, Art. 6 Rn. 534; vgl. auch Weigend, StV 2000, 385.

88 Näher zu einem solchen kumulativen Nebeneinander von Selbstverteidigung und Beistand eines Verteidigers im Sinne eines „sowohl als auch“, wie dies in der internationalen Strafgerichtsbarkeit derzeit noch heftig umstritten ist, vgl. Eser, in: FS für Widmaier, S. 168 ff. mwN.

89 Vgl. Walther, GA 2003, 204 ff.

90 Vgl. namentlich Sagnier (in: Bernsdorff/Borowsky, Protokolle, S. 179).

91 Zu der im Einzelnen umstrittenen Frage, inwieweit nur „unmittelbare“ oder auch „mittelbare“ Zeugen – und dabei insbesondere auch Zeugen vom Hörensagen – benannt und befragt werden dürfen, vgl. im Einzelnen Peukert, in: Frowein/Peukert, EMRK, Art. 6 Rn. 308 ff.

verletzung zu einem korrespondierendem **Beweisverwertungsverbot**.⁹² So sind beispielsweise Aussagen anonymisierter Zeugen verwertbar, solange die Verurteilung nicht allein oder zu einem wesentlichen Teil auf diesen Aussagen beruht, selbst wenn die Verteidigung in keiner Phase des Verfahrens die Möglichkeit einer Befragung hatte.⁹³ Soweit Art. 52 Abs. 1 **Einschränkungen** von Verteidigungsrechten überhaupt zulässt, müssen sie dem verfolgten Zweck „tatsächlich“ entsprechen und demgemäß erforderlich und geeignet sowie angemessen in dem Sinne sein, dass sie nicht offensichtlich außer Verhältnis zum verfolgten Zweck stehen.⁹⁴

III. Würdigung

So sehr es hinsichtlich der sog **Unschuldsvermutung** (Art. 48 Abs. 1) einerseits zu begrüßen 36 ist, dass ihre weltweite Geltung auch für den Bereich der Europäischen Union ausdrücklich proklamiert wird, so sehr bleibt andererseits zu bedauern, dass nicht die Gelegenheit zu einer widerspruchsfreien Fassung genutzt wurde (→ Rn. 2, 4 ff.).

Auch die ausdrückliche Gewährleistung von **Verteidigungsrechten** (Art. 48 Abs. 2) ist zu 37 begrüßen. Weil jedoch darunter sowohl verschiedenartige als auch unterschiedlich weitgehende Rechte verstanden werden können, hätte man sich nicht mit der subsidiären Heranziehung der aus Art. 6 Abs. 3 EMRK detailliert ausformulierten Rechte begnügen (→ Rn. 24 ff.), sondern die Chance zu einer zeitgerechten Fassung und Ergänzung nutzen sollen. Dies gilt umso mehr, als Wissenschaft wie Praxis mit der Europäisierung des Strafrechts zunehmend einen „inquisitorischen Overkill“⁹⁵ verbinden, da Strafverfolgungsbehörden die Anwendbarkeit des jeweils punitivsten Strafrechts ermöglicht werde. Diese insbesondere gegen die gegenseitige Anerkennung von Beweismitteln oder gegen die Einführung eines europäischen Haftbefehls vorgebrachte Kritik,⁹⁶ die sich durch die Verfassungswidrigkeitserklärung des „Umsetzungsgesetzes zum Rahmenbeschluss über den Europäischen Haftbefehl“ bestärkt fühlen kann,⁹⁷ hätte durch eine profunde Kodifizierung liberaler Verteidigungsrechte entkräftet werden können. Auch der Vorschlag für einen Rahmenbeschluss über bestimmte Verfahrensrechte in Strafverfahren,⁹⁸ der mit dem Ziel antrat, die Rechte des Beschuldigten zu stärken und klarer zu konturieren, war weit davon entfernt, einen Katalog von Verteidigungsrechten⁹⁹ zu entwerfen. Auch dass wichtige Verteidigungsrechte mit keinem Wort erwähnt sind, ist Zeichen einer verfehlten Schwerpunktsetzung. Inzwischen hat der Unionsgesetzgeber jedoch – auch im Hinblick auf die Implementierung der EuStA – mit einer Reihe von Sekundärrechtsakten den Willen unter Beweis gestellt, die Beschuldigten- und Verteidigungsrechte unionsweit anzugleichen und partiell auszubauen. An der Spitze dieser Entwicklung stand ein „Fahrplan“ des Rates zur Stär-

92 Wie dies der EGMR im Fall *Teixeira*, 9.6.1998, Z. 31 ff., wohl im Sinne eines absoluten Beweisverwertungsverbots hinsichtlich der mit einer Tatprovokation zusammenhängenden Tatumstände ausgesprochen hat, wobei Anleihen aus der angloamerikanischen „entrapment-defence“ unverkennbar sind.

93 Vgl. zu den einzelnen Voraussetzungen *Esser*, StraFO 2003, 340 und *Jung*, GA 2003, 199 ff.

94 EuGH im Fall *Gambazzi*, C-394/07, ECLI:EU:2009:219 Rn. 32 f., *Jarass* NStZ 2012, 614.

95 So wohl erstmals apostrophiert von *Schünemann*, StV 2003, 118.

96 Vgl. *Sommer*, StV 2003, 127 und *Gleß*, ZStW 115 (2003), 131 ff.

97 Vgl. BVerfG, 2 BvR 2236/04 vom 18.7.2005, Absatz-Nr. 116 ff., NJW 2005, 2289 ff.

98 Kom(2004), 328 endg., 28.4.2004. http://europa.eu.int/comm/justice_home/doc_centre/criminal/procedural/doc/com328_28042004_en.pdf.

99 Im Schrifttum finden sich solche Kataloge u.a. bei *Ahlbrecht/Lagodny*, StraFO 2003, 329 ff. und *Braun*, StV 2003, 580.

kung der Verfahrensrechte von Verdächtigen und Beschuldigten,¹⁰⁰ der durch Richtlinien umgesetzt wird.¹⁰¹

- 38 Gleichwohl bietet Art. 48 Abs. 2 auch Chancen, weil die Lage der nationalen Verteidigungsrechte keinesfalls „rosig“ ist¹⁰² und insofern durch die GRC eine Reformdebatte ermöglicht wird, wie sie die EMRK nie anstoßen konnte, weil deren innerstaatlicher Rang wie auch ihre Wirkung jahrelang staats- und völkerrechtsdogmatisch desavouiert wurde.¹⁰³

IV. Literaturübersicht

Ahlbrecht, Heiko/Lagodny, Otto, Einheitliche Strafverfahrensgarantien in Europa? – Eine kritische Bestandsaufnahme, *StraFo* 2003, 329; *Ambos, Kai*, Europarechtliche Vorgaben für das (deutsche) Strafverfahren – Teil I – Zur Rechtsprechung des EGMR von 2000-2002, *NStZ* 2002, 628; *ders.*, Europarechtliche Vorgaben für das (deutsche) Strafverfahren – Teil II – Zur Rechtsprechung des EGMR von 2000-2002, *NStZ* 2003, 14; *ders.*, Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte und die Verfahrensrechte. Waffengleichheit, partizipatorisches Vorverfahren und Art. 6 EMRK, *ZStW* 115 (2003), 583; *Bohnert, Joachim*, Die Abschlußentscheidung des Staatsanwalts, Berlin 1992; *Borraccetti, Marco*, Fair Trial, Due Process and Rights of Defence in the EU Legal Order, in: Di Federico, Giacomo (ed.), *The EU Charter of Fundamental Rights*, Dordrecht 2011, S. 95; *Braun, Stefan*, Aufbruch oder Abbruch europäischer Strafverteidigung?, *StV* 2003, 576; *Brodowski, Dominik*, Strafrechtsrelevante Entwicklungen in der Europäischen Union – ein Überblick, *ZIS* 2017, 11; *Bruns, Hans-Jürgen*, Prozessuale „Strafzumessungsverbote“ für nicht mitangeklagte oder wieder ausgeschiedene strafbare Vor- und Nachttaten? *NStZ* 1981, 81; *Callawaert, Johan*, Die Europäische Menschenrechtskonvention und die Verfahrensgarantien, Probleme der Anwendung des Art. 6 EMRK, *EuGRZ* 1996, 366; *Claus, Susanne*, Das Recht des Angeklagten auf Anwesenheit in der Verhandlung, *jurisPR-StrafR* 3/2019; *Degener, Wilhelm*, Grundsatz der Verhältnismäßigkeit und strafprozessuale Zwangsmaßnahmen, Berlin 1985; *Dine, Janet*, Criminal Law and the Privilege Against Self-Incrimination, in: Peers, Steve/Ward, Angela (eds.), *The European Union Charter of Fundamental Rights*, Oxford 2004, S. 269; *Eser, Albin*, Neue Wege der Gewinnabschöpfung im Kampf gegen die organisierte Kriminalität?, in: Küper, Wilfried/Welp, Jürgen (Hrsg.), *Beiträge zur Rechtswissenschaft, Festschrift für Walter Stree und Johannes Wessels*, Heidelberg 1993, S. 833; *ders.*, Verteidigung in der internationalen Strafgerichtsbarkeit – Eine rechtsvergleichende Analyse, in: Schöch, Heinz u.a. (Hrsg.), *Strafverteidigung, Revision und die gesamten Strafrechtswissenschaften. Festschrift für Gunter Widmaier*, Köln 2008, 147; *ders.*, Human Rights Guarantees for Criminal Law and Procedure in the EU-Charter of Fundamental Rights, in: *Ritsumeikan Law Review* 2009, 163; *Esser, Robert*, Auf dem Weg zu einem europäischen Strafverfahrensrecht, Berlin 2002; *ders.*, Mindeststandards einer Europäischen Strafprozessordnung unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte, *StraFO* 2003, 335; *Frister, Helmut*, Schuldprinzip, Verbot der Verdachtsstrafe und Unschuldsvermutung als materielle Grundprinzipien des Strafrechts, Bonn 1988; *ders.*, Zur Bedeutung der Unschuldsvermutung (Art. 6 II MRK) und zum Problem „gerichtskundiger“ Tatsachen, *Jura* 1988, 356; *Frowein, Jochen Abr.*, Zur Bedeutung der Unschuldsvermutung in Art. 6 Abs. 2 der Europäischen Menschenrechtskonvention, in: *Recht als Prozeß und Gefüge. Festschrift für Hans Huber*, Bern 1981, S. 553; *Gaede, Karsten*, Minimalistischer EU-Grundrechtsschutz bei der Kooperation im Strafverfahren, *NJW* 2013, 1279; *Geppert, Klaus*, Grundlegendes und Aktuelles zur Unschuldsvermutung des Art. 6 Abs. 2 der Europäischen Menschenrechtskonvention, *Jura* 1993, 160; *Gleß, Sabine*, Die „Verkehrsfähigkeit von Beweisen“ im Strafverfahren, *ZStW* 115 (2003), 131; *Gropp, Walter*, Zum verfahrenslimitierenden Wir-

100 ABl. EU vom 4. Dezember 2009, C 295/1.

101 Siehe Richtlinie (EU) 2016/343 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 9. März 2016 über die Stärkung bestimmter Aspekte der Unschuldsvermutung und des Rechts auf Anwesenheit in der Verhandlung in Strafverfahren; Richtlinie 2016/1919/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 9. März 2016 über Prozesskostenhilfe für Verdächtige und beschuldigte Personen in Strafverfahren sowie für gesuchte Personen in Verfahren zur Vollstreckung eines Europäischen Haftbefehls. Zur Richtlinie 2016/800/EU zu Verfahrensgarantien in Strafverfahren für Kinder, die Verdächtige oder beschuldigte Personen in Strafverfahren sind, s. *Brodowski*, *ZIS* 2017, 11, 18 f.

102 Vgl. Nitschmann, *GA* 2004, 658.

103 Vgl. *Ambos*, *ZStW* 115 (2003), 587 ff. Zu nennen ist beispielhaft die in § 359 Nr. 6 StPO vorgesehene bloße *inter partes*-Wirkung von EGMR-Entscheidungen.

kungsgehalt der Unschuldsvermutung, JZ 1991, 804; *Hannich, Rolf* (Hrsg.), *Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung* (KK), 6. Aufl., München 2008; *Jaeger, Renate*, *Rechtsanwälte als Organ der Rechtspflege – Notwendig oder überflüssig? Bürde oder Schutz?*, NJW 2004, 1; *Jarass, Hans D.*, *Strafrechtliche Grundrechte im Unionsrecht*, NStZ 2012, 611–616; *Jung, Heike*, „Funktionstüchtigkeit der Strafrechtspflege“ contra „schützende Formen“ – ein prozessualer „Klassiker“ im Lichte der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte, GA 2003, 191; *Kieschke, Olaf*, *Die Praxis des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte und ihre Auswirkungen auf das deutsche Strafverfahrensrecht*, Berlin 2003; *Köster, Rolf-Jürgen*, *Die Rechtsvermutung der Unschuld. Historische und dogmatische Grundlagen*, Bonn 1979; *Kühl, Kristian*, *Unschuldsvermutung, Freispruch und Einstellung*, Köln 1983; *Laubenthal, Klaus/Mitsch, Wolfgang*, *Rechtsfolgen nach dem Tod des Angeklagten im Strafverfahren*, NStZ 1988, 108; *Marxen, Klaus*, *Medienfreiheit und Unschuldsvermutung*, GA 1980, 365; *Meyer, Karl-Heinz*, *Grenzen der Unschuldsvermutung*, in: *Jescheck, Hans-Heinrich/Vogler, Theodor* (Hrsg.), *Festschrift für Herbert Tröndle*, Berlin/New York 1989, S. 61; *Meyer-Goßner, Lutz/Schmitt, Bertram*, *Strafprozessordnung, Gerichtsverfassungsgesetz, Nebengesetze und ergänzende Bestimmungen*, 62. Aufl., München 2019; *Nitschmann, Kathrin*, *Strafverteidigung in Europa – Ein Tagungsbericht*, GA 2004, 655; *Ostendorf, Heribert*, *Unschuldsvermutung und Bewährungswiderruf*, StV 1990, 230; *Pache, Eckhard*, *Das europäische Grundrecht auf einen fairen Prozess*, NVwZ 2001, 1342; *Paeffgen, Hans-Ulrich*, *Vorüberlegungen zu einer Dogmatik des Untersuchungshaft-Rechts*, Köln/Berlin/Bonn/München 1986; *Peukert, Wolfgang*, *Die Garantie des „fair trial“ in der Straßburger Rechtsprechung*, EuGRZ 1980, 247; *Roxin, Claus/Schünemann, Bernd*, *Strafverfahrensrecht*, 29. Aufl., München 2017; *Rudolphi, Hans-Joachim/Frisch, Wolfgang/Paeffgen, Hans-Ulrich u.a.* (Hrsg.), *Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz (SK StPO)*, München, Berlin, 5. Aufl., 2018; *Rzepka, Dorothea*, *Zur Fairness im deutschen Strafverfahren*, Frankfurt a.M. 2000; *Schönke, Adolf/Schröder, Horst*, *Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 30. Aufl., München 2018; *Schubarth, Martin*, *Zur Tragweite des Grundsatzes der Unschuldsvermutung*, Basel, Stuttgart 1978; *Schünemann, Bernd*, *Bürgerrechte ernst nehmen bei der Europäisierung des Strafverfahrens!*, StV 2003, 116; *Schwarze, Jürgen*, *Rechtsstaatliche Grenzen der gesetzlichen und richterlichen Qualifikation von Verwaltungssanktionen im europäischen Gemeinschaftsrecht*, EuZW 2003, 261; *Seitz, Claudia*, *Unternehmensjuristen und das Anwaltsprivileg im europäischen Wettbewerbsverfahren – Wandel in der europäischen Rechtsprechung?*, EuZW 2004, 231; *Simon, Oliver*, *Die Beschuldigtenrechte nach Art. 6 Abs. 3 EMRK*, Tübingen 1998; *Sommer, Ulrich*, *Die Europäische Staatsanwaltschaft*, StV 2003, 126; *Stuckenberg, Carl-Friedrich*, *Untersuchungen zur Unschuldsvermutung*, Berlin/New York 1998; *ders.*, *Die normative Aussage der Unschuldsvermutung*, ZStW 111 (1998), 422; *Stürner, Rolf*, „Fair trial“ und öffentliche Meinung, JZ 1980, 1; *Tophinke, Esther*, *Das Grundrecht der Unschuldsvermutung aus historischer Sicht und im Lichte der Praxis des schweizerischen Bundesgerichts, der EMRK-Organen und des UNO-Menschenrechtsausschusses*, Bonn 2000; *Ulsamer, Gerhard*, *Europäische Menschenrechtskonvention und deutsche Strafverfolgungspraxis*, in: *Fürst, Walter/Herzog, Roman/Umbach, Dieter C.* (Hrsg.), *Festschrift für Wolfgang Zeidler*, Band 2, Berlin, New York 1987, S. 1799; *Vogler, Theo*, *Die strafrechtliche Verwertung strafbarer Vor- und Nachtaten bei der Strafzumessung und die Unschuldsvermutung (Art. 6 Abs. 2 EMRK)*, in: *Gössel, Heinz/Kauffmann, Hans* (Hrsg.), *Strafverfahren im Rechtsstaat. Festschrift für Theodor Kleinkecht*, München 1985, S. 429; *Walther, Susanne*, *Zur Frage eines Rechts des Beschuldigten auf „Konfrontation von Belastungszeugen“*, GA 2003, 205; *Weigend, Thomas*, *Die Europäische Menschenrechtskonvention als deutsches Recht – Kollisionen und ihre Lösung*, StV 2000, 384.

Artikel 49 Grundsätze der Gesetzmäßigkeit und der Verhältnismäßigkeit im Zusammenhang mit Straftaten und Strafen

(1) Niemand darf wegen einer Handlung oder Unterlassung verurteilt werden, die zur Zeit ihrer Begehung nach innerstaatlichem oder internationalem Recht nicht strafbar war. Es darf auch keine schwerere Strafe als die zur Zeit der Begehung angedrohte Strafe verhängt werden. Wird nach Begehung einer Straftat durch Gesetz eine mildere Strafe eingeführt, so ist diese zu verhängen.

(2) Dieser Artikel schließt nicht aus, dass eine Person wegen einer Handlung oder Unterlassung verurteilt oder bestraft wird, die zur Zeit ihrer Begehung nach den allgemeinen, von der Gesamtheit der Nationen anerkannten Grundsätzen strafbar war.

(3) Das Strafmaß darf zur Straftat nicht unverhältnismäßig sein.

1. Vorgaben	2	b) Das Gesetzmäßigkeitserfordernis	13
a) Art. 7 Abs. 1 EMRK	2	c) Das Bestimmtheitsgebot	22
b) Art. 15 Abs. 1 S. 3 IPbPR	3	d) Das Analogieverbot	25
c) Art. 7 Abs. 2 EMRK	4	e) Das Rückwirkungsverbot	29
d) Grundsatz der Verhältnismäßigkeit	5	f) Der Grundsatz des milderen Gesetzes (Art. 49 Abs. 1 S. 3)	36
e) Nationalstaatliche Gewährleistungen	6	g) Die Verhältnismäßigkeit von Straftat und Strafmaß (Art. 49 Abs. 3)	38
2. Diskussion im Grundrechtekonvent ...	7	4. Würdigung	41
3. Kommentierung	10	5. Literaturübersicht	
a) „Nullum crimen, nulla poena sine lege“ im Allgemeinen	10		

1 Im Unterschied zu den vorangehenden Art. 47 und 48, in denen jeweils teils verschiedenartige justizielle Rechte zusammengespant werden, haben die in Art. 49 erfassten Rechte einen gemeinsamen Kern in den Grundsätzen der *Gesetzmäßigkeit* und *Verhältnismäßigkeit*. Auch sind sie mehr materieller denn prozessualer Natur. Doch wie auch immer formuliert und strukturiert, kann der Sache nach kein Zweifel daran sein, dass jedenfalls der in Art. 49 Abs. 1 und 2 verkörperte – in Deutschland üblicherweise als „Gesetzlichkeitsprinzip“ bezeichnete – Grundsatz der Gesetzmäßigkeit im Zusammenhang mit Straftaten und Strafen zu den allgemeinen Rechtsgrundsätzen gehört, die den gemeinsamen Verfassungstraditionen der EU-Mitgliedsstaaten zugrunde liegen und außerdem durch verschiedene völkerrechtliche Verträge gewährleistet sind.¹ Jedenfalls erscheint hier – anders als bei der gesonderten Behandlung der einzelnen Absätze der Art. 47 und 48 – eine einheitliche Kommentierung angebracht.

1. Vorgaben

a) Art. 7 Abs. 1 EMRK

2 Art. 49 Abs. 1 und 2 entsprechen dem nahezu wortgleichen Art. 7 Abs. 1 EMRK:

„Niemand darf wegen einer Handlung oder Unterlassung verurteilt werden, die zur Zeit ihrer Begehung nach innerstaatlichem oder internationalem Recht nicht strafbar war. Es darf auch keine schwerere als die zur Zeit der Begehung angedrohte Strafe verhängt werden.“

Sowohl das in S. 1 enthaltene Gesetzmäßigkeitsprinzip, das wohl erstmals von *Feuerbach* in die lateinischen Formeln „nulla poena sine lege“, „nulla poena sine crimine“, „nullum crimen sine poena legali“ gegossen wurde,² als auch das in S. 2 ausgesprochene Verbot rückwirkender Strafschärfung finden sich als essentielle rechtsstaatliche Garantien bereits in Art. 11 Abs. 2 AEMR der Vereinten Nationen von 1948 verankert und auch in Art. 15 Abs. 1 S. 1 und 2 Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte von 1966 bestärkt. Von entsprechenden Gewährleistungen in den nationalen Strafgesetzbüchern unter-

1 Wie neuerdings vom EuGH in seinem Urteil vom 3.5.2007 zum Europäischen Haftbefehl (C-303/05) in Erinnerung gebracht. Vgl. auch *Heselhaus/Ruffert/Schorkopf*, Handbuch, § 59 Rn. 34 mwN.

2 Näher zu der – ideengeschichtlich schon vor *Feuerbach* einsetzenden – Entwicklung dieses Grundsatzes *Kubiciel*, Handwörterbuch zur dt. Rechtsgeschichte, 2. Aufl., Bd 2, 2016, Artikel: Nulla poena sine lege. *Roxin*, Strafrecht, § 5 Rn. 12 ff., 22 m. Fn. 29.

scheiden sich die internationalen Garantien lediglich insoweit, als neben innerstaatlichem Recht auch das internationale Recht eine Gesetzlichkeitsgrundlage bieten kann. Damit soll, wie noch deutlicher in Art. 7 Abs. 2 EMRK ausgesprochen (→ Rn. 4), nicht zuletzt aufgrund der in den Nürnberger Prozessen gegen mutmaßliche Kriegsverbrecher gemachten Erfahrungen dem Einwand begegnet werden, Verbote oder Erlaubnisse des nationalen Rechts nicht gekannt bzw. irrig angenommen zu haben: Indem stattdessen auch Völkergewohnheitsrecht als Strafbarkeitsgrundlage in Betracht kommt, kann sowohl möglichen nationalen Strafbarkeitslücken als auch national begründeten Verbotsirrtümern begegnet werden.³ Auf weitere Einzelheiten zu Zielsetzung und Deutung dieser Grundsätze ist in der nachfolgenden Kommentierung zurückzukommen.

b) Art. 15 Abs. 1 S. 3 IPbPR

Art. 49 Abs. 1 S. 3 entspricht fast wortgleich dem Art. 15 Abs. 1 S. 3 IPbPR von 1966:

3

„Wird nach Begehung einer strafbaren Handlung durch Gesetz eine mildere Strafe eingeführt, so ist das mildere Gesetz anzuwenden.“

Als Ausnahme von dem an sich in Art. 49 Abs. 1 ausgesprochenen Rückwirkungsverbot wird hier die *Rückwirkung von mildereren Strafdrohungen* eingeräumt, wie dies auch bereits in zahlreichen Mitgliedstaaten geltendes Recht ist.⁴

c) Art. 7 Abs. 2 EMRK

Art. 49 Abs. 2 hat ein nahezu inhaltsgleiches Vorbild in Art. 7 Abs. 2 EMRK:

4

„Dieser Artikel schließt nicht aus, dass jemand wegen einer Handlung oder Unterlassung verurteilt oder bestraft wird, die zur Zeit ihrer Begehung nach den von den zivilisierten Völkern anerkannten allgemeinen Rechtsgrundsätzen strafbar war.“

Bei diesem Vorbehalt wird die schon zu Art. 49 Abs. 1 S. 1 erwähnte Erweiterung auf die Strafbarkeit nach internationalem Recht (→ Rn. 2) noch deutlicher: Es geht im Wesentlichen darum, Verurteilungen von Kriegs- und Humanitätsverbrechen gegen den Einwand zu schützen, sie verstießen mangels eines ausdrücklichen nationalen Verbots gegen den Grundsatz von *nullum crimen sine lege*, und zwar insbesondere gegen das Rückwirkungsverbot.⁵ Wenn dabei hinsichtlich der Anerkennung der Rechtsgrundsätze nicht mehr auf die „zivilisierten Völker“, sondern auf die „Gesamtheit der Nationen“ abgehoben wird, so konnte mit einer solchen, von „imperialistischer Konnotation“ freien Formulierung⁶ auch dem Anschein von Diskriminierung „unzivilisierter“ Völker vorgebeugt werden.⁷

3 Vgl. *Ambos*, Internationales Strafrecht, § 10 Rn. 87, *Peukert*, in: *Frowein/Peukert*, EMRK, Art. 7 Rn. 1, sowie unten Rn. 18.

4 Vgl. Erläuterung des Konventspräsidiums zu Art. 49 Abs. 1 in *Charte 4473/00 (Bernsdorff/Borowsky, Protokolle S. 40)*.

5 Vgl. *Jescheck*, NJW 1954, 785, *Meyer-Goßner*, StPO, Art. 7 MRK Rn. 1; *Löwe-Rosenberg/Gollwitzer*, StPO, Art. 7 MRK Rn. 2 ff.; *Partsch*, Rechte und Freiheiten der EMRK, S. 173 f.; vgl. ferner *Peukert*, in: *Frowein/Peukert*, EMRK, Art. 7 Rn. 11.

6 So die Erklärung von *Meyer/Engels*, Charta der Grundrechte, S. 32.

7 Bemerkenswerterweise wurde die Redeweise von den „zivilisierten Völkern“ auch schon in Art. 15 Abs. 2 IPbPR und in Art. 21 Abs. 1 lit. c des Rom Statuts des Internationalen Strafgerichtshofs (vgl. unten Fn. 308) aufgegeben, um stattdessen von den „von der Völkergemeinschaft anerkannten allgemeinen Rechtsgrundsätzen“ bzw. von den „international anerkannten Regeln und Normen“ zu sprechen. Vgl. auch *Frowein*, in: *Frowein/Peukert*, EMRK, Art. 7 Rn. 13, sowie unten Rn. 7.

d) Grundsatz der Verhältnismäßigkeit

- 5 Der in Art. 49 Abs. 3 enthaltene Grundsatz der **Verhältnismäßigkeit** von Straftaten und Strafmaß gilt für Strafen und strafähnliche Sanktionen. Der Prüfung, ob eine Sanktion eine Strafe oder zumindest strafähnlich ist, legt der EuGH drei Kriterien zugrunde: erstens die rechtliche Qualifikation der Zuwiderhandlung im innerstaatlichen bzw. im Recht der Union, zweitens die Art der Zuwiderhandlung und die repressive Zielsetzung der Sanktion und drittens die Art und der Schweregrad der angedrohten Sanktion.⁸

Auf internationaler Ebene hat das Verhältnismäßigkeitsprinzip bislang kein geschriebenes Vorbild. Als ein Grundsatz, der nach heutigem gesamteuropäischen Verständnis jedem staatlichen Eingriff eine rechtsstaatliche Grenze setzt, ist er auch im Geltungsbereich der EMRK und der EU unbestritten etabliert⁹ und nicht zuletzt auch für die Begrenzung staatlicher Strafgewalt bedeutsam.¹⁰ Dies findet im deutschen Recht immerhin für den Bereich der Maßregeln der Besserung und Sicherung in § 62 StGB gesetzlichen Ausdruck.

e) Nationalstaatliche Gewährleistungen

- 6 Auf nationalstaatlicher Ebene kann sich jedenfalls der *Gesetzmäßigkeitsgrundsatz* im Bereich der EU nahezu überall einer verfassungsrechtlichen Verankerung erfreuen: so in Belgien (Art. 14), Bulgarien (Art. 5 Abs. 3), Deutschland (Art. 103 Abs. 1), Estland (§ 23), Finnland (§ 8), Griechenland (Art. 7 Abs. 1), Italien (Art. 25 Abs. 2), Litauen (Art. 31), Luxemburg (Art. 14), Malta (Art. 39 Abs. 8), Niederlande (Art. 16), Polen (Art. 42 Abs. 1), Portugal (Art. 29 Abs. 1), Schweden (Kap. 2 § 10), Slowakei (Art. 50 Abs. 6), Slowenien (Art. 28), Spanien (Art. 9 Abs. 3, 25 Abs. 1), Tschechische Republik (Art. 39 GR-Deklaration),¹¹ Ungarn (Art. 57 Abs. 4) und Zypern (Art. 12 Abs. 1). Demgegenüber findet sich die *Verhältnismäßigkeit* von Strafen bislang offenbar nur in Zypern (Art. 12 Abs. 3) verfassungsrechtlich anerkannt.¹²

2. Diskussion im Grundrechtkonvent

- 7 Während der in Art. 49 Abs. 1 S. 1 verkörperte Grundsatz von *nullum crimen sine lege* von Anfang an unbestritten war,¹³ wobei zeitweilig sogar eine Ausdehnung des Rückwirkungsverbots über das Strafrecht hinaus erwogen worden war,¹⁴ wurden die für die Strafhöhe relevanten S. 2 und 3 von Art. 49 Abs. 1 – mit einem nicht recht nachvollziehbaren Wechselspiel zwischen Hineinnahmen und Herausnahmen – erst später eingefügt.¹⁵

⁸ Kokott, NZWiSt 2017, 409, 410; Wegner, HRRS 2018, 205 mwN.

⁹ Wobei man für die grundsätzliche Verankerung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes im Rechtsstaatsprinzip inzwischen sogar einen positivrechtlichen Ansatzpunkt in Art. 5 Abs. 3 (früher Art. 3 b Abs. 3) EGV (jetzt Art. 5 Abs. 4 EUV) meint finden zu können: vgl. Bleckmann, JuS 1994, 177 ff., Pache, NVwZ 1999, 1035 ff. sowie – insbesondere auch rechtsvergleichend zur Verankerung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes in den verschiedenen europäischen Rechtsordnungen – Schwarze, Europäisches Verwaltungsrecht, S. 661 ff.

¹⁰ Näher dazu – auch unter Auswertung der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung – Weigend, in: FS für Hirsch, S. 917 ff.

¹¹ Vgl. Eser/Kubiciel, oben Art. 47 Fn. 31.

¹² Zwar verlangt auch die griechische Verfassung die Respektierung des Verhältnismäßigkeitsprinzips (Art. 25 Abs. 1 S. 4), ohne dass aber dies – im Unterschied zu Zypern – ausdrücklich auch auf die Strafzumessung bezogen wäre.

¹³ Vgl. Charte 4102/00 Art. 18.

¹⁴ Vgl. Bericht von Meyer/Engels, Charta der Grundrechte, S. 244.

¹⁵ Vgl. Charte 4123/1/00 Rev. I Art. 6 und 4141/00 Art. 4.

Art. 49 Abs. 2, dessen Bedeutung bei Kriegsverbrecherprozessen vom Konventspräsidium zunächst übersehen worden war,¹⁶ blieb nach seiner schließlich erfolgten Einfügung¹⁷ in der Sache unbestritten, wobei jedoch die gewünschte Ersetzung des auf die „zivilisierten Völker“ abhebenden Art. 7 Abs. 2 EMRK durch „demokratisch“ bzw. strafbar nach „internationalem Recht“ bis zur jetzigen Anerkennung durch die „Gesamtheit der Nationen“ offenbar gewisse Mühe machte.¹⁸

Der in Art. 49 Abs. 3 verkörperte Grundsatz der Verhältnismäßigkeit des Strafmaßes wurde erst zu einem fortgeschrittenen Zeitpunkt der Konventsverhandlungen in die GRC aufgenommen,¹⁹ wobei die Forderung, mittels Ersetzung von „Strafmaß“ durch „Strafdrohung“ nur den Gesetzgeber, nicht aber den Richter zu binden, letztlich erfolglos blieb.²⁰

3. Kommentierung

a) „Nullum crimen, nulla poena sine lege“ im Allgemeinen

Bei einem Vergleich von Äußerungen zu internationalen Regelungen dieses „klassischen“ Prinzips (→ Rn. 2, 6) und zur Regelung im deutschen Recht fällt schon in formaler Hinsicht zweierlei auf: Während sich im internationalen Bereich meist das Rückwirkungsverbot vorangestellt findet, steht auf nationaler Ebene eher das Gesetzlichkeitsprinzip als solches im Vordergrund. Und während man auf nationaler Ebene vom Prinzip der „Gesetzlichkeit“ zu sprechen pflegt, ist in der Überschrift von Art. 49 vom Grundsatz der „Gesetzmäßigkeit“ die Rede. Unberührt von dieser terminologischen Frage gilt der Grundsatz „nulla poena sine lege“ für Strafgesetze in einem weit zu verstehenden Sinne, dh sowohl für Strafen im engeren Sinne als auch für verwaltungsrechtliche Sanktionen, soweit diese strafähnlichen Charakter haben.²¹

Was den in Art. 49 Abs. 1 verkörperten Grundsatz betrifft, geht es dabei nicht nur, wie die darauf beschränkte Erläuterung des Konventspräsidiums nahe legen könnte, um das Verbot der Rückwirkung von (strafbegründenden bzw. -erschwerenden) Gesetzen und Strafen;²² vielmehr sind in diesem Grundsatz auch noch andere, wenn nicht sogar vorrangige Prinzipien enthalten.²³ Auch wenn in teils unterschiedlicher Reihenfolge aufgeführt, herrscht doch im Wesentlichen Einigkeit darüber, dass sich dem Gesetzmäßigkeitsgrundsatz vier Einzelprinzipien entnehmen lassen, aus deren Zusammenwirken sich die Garantiefunktion des Strafrechts ergibt: das Erfordernis einer *Rechtsgrundlage* für das Verbot und die Strafe überhaupt,²⁴ das auf diese Rechtsgrundlage bezogene *Bestimmtheitsgebot*,²⁵

16 Vgl. Bernsdorff/Borowsky, Protokolle S. 153.

17 Charte 4149/00 Art. 10.

18 Vgl. Charte 4149/00 Art. 10, 4470/00 Art. 48 sowie Bernsdorff/Borowsky, Protokolle S. 153 f., 283; sowie oben Rn. 4 bzw. unten Rn. 18.

19 Vgl. Charte 4333/00 zu Art. 10, Charte 4422/00 Art. 47 Abs. 3.

20 Vgl. Bernsdorff/Borowsky, Protokolle S. 283, 375.

21 Kokott, NZWiSt 2017, 409, 410.

22 Vgl. Charte 4473/00 (Bernsdorff/Borowsky, Protokolle S. 40).

23 In diesem Sinne wird auch von Frowein, obgleich zunächst ebenfalls allein das Verbot rückwirkender Strafgesetze hervorhebend, darauf hingewiesen, dass die EKMR in Art. 7 Abs. 1 EMRK in ständiger Rechtsprechung auch noch andere Prinzipien, wie insbesondere den Grundsatz der gesetzlichen Umschreibung von Straftatbeständen sowie das Analogieverbot, verkörpert gesehen habe (in: Frowein/Peukert, EMRK, Art. 7 Rn. 2 ff. mwN).

24 Wobei diese im nationalen Strafrecht in der Regel eine „gesetzliche“ sein muss. Näher zu diesem Unterschied zwischen nationalen und internationalen unten Rn. 12 ff.

25 Wobei hinsichtlich eines allgemeinen Bestimmtheitsgebots im europäischen Recht der EuGH von einem entsprechenden allgemeinen Rechtsgrundsatz der Gemeinschaft ausgeht, vgl. EuGH im Fall

das *Analogieverbot* und das *Rückwirkungsverbot*.²⁶ Über diese – wie auch immer vorzunehmenden – Aufteilung und Reihung in Einzelprinzipien hinaus sind jedoch immer die dahinterstehenden allgemeinen Zielsetzungen im Auge zu behalten, von denen vor allem drei aus der Sicht des Bürgers bedeutsam sind: der Freiheitsschutz durch Umgrenzung des verbotenen Verhaltens, der Vertrauensschutz im Sinne von Vorhersehbarkeit und Berechenbarkeit des Strafrechts sowie die Gewährleistung der Gewaltenteilung und demokratischen Rückbindung des Strafaktes an den Gesetzgeber und damit den Souverän.²⁷

- 12 Daraus folgt, dass es sich bei Art. 49 um Gewährleistungen **zugunsten des Täters** handelt. Demzufolge bedürfen nur strafbegründende und straferschwerende Vorschriften einer rechtlichen Grundlage, während täterbegünstigende Regeln, wie vor allem Straffreistellungsgründe sowohl gewohnheitsrechtlich entwickelt werden können als auch einer erweiterten Analogie zugänglich sind und nicht zuletzt auch rückwirkend zur Anwendung kommen können.²⁸

b) Das Gesetzmäßigkeitserfordernis

- 13 aa) Wenn Art. 49 – anstelle von „Gesetzlichkeit“ – mit **Gesetzmäßigkeit im Zusammenhang mit Straftaten und Strafen** überschrieben ist, obwohl die englische Fassung von „legality of criminal offences and penalties“ spricht, so könnte diese Wortwahl, auch wenn dazu aus den Materialien nichts ersichtlich ist, doch einen guten Grund haben: Während nach dem deutschen Verfassungs- und Strafrecht die Strafbarkeit zur Tatzeit „gesetzlich“ bestimmt sein muss (Art. 103 Abs. 2 GG, § 1 StGB), hebt Art. 49 Abs. 1 auf die Strafbarkeit nach (innerstaatlichem oder internationalem) Recht ab, was auch dem mehr materiell interpretierbaren Begriff der „Gesetzmäßigkeit“ näherkommt (Art. 49 Abs. 1 S. 1). Das ist vor allem in dreifacher Hinsicht von Bedeutung:
- 14 So ist – zum ersten – eine nicht zu unterschätzende Weichenstellung bereits darin zu erblicken, dass als Grundlage für die Strafbarkeit zur Tatzeit kein bereits existierendes Gesetz, sondern lediglich (innerstaatliches oder internationales) Recht vorausgesetzt wird (und dementsprechend auch in den englischen und französischen Fassungen von „law“ bzw. „droit“ die Rede ist). Demzufolge braucht jedenfalls nach der europäischen GRC das fragliche Tun oder Unterlassen nicht unbedingt durch ein förmliches Gesetz für strafbar erklärt zu sein. Vielmehr kann sich die Strafbarkeit auch aus einem gewohnheitsrechtlichen Verbot oder Gebot ergeben. Nachdem bereits Art. 7 Abs. 1 EMRK in gleicher Weise formuliert ist, stellt sich die Frage, ob nicht jedenfalls auf europäischer Ebene die traditionelle Redeweise von „nullum crimen sine lege“ (im Sinne eines Gesetzes oder Statuts) nicht kor-

Arblade et al., 23.11.1999, verb. Rs. C-369 und C-376/96, Z. 43; *Satzger*, JuS 2004, 947; *Slotész/Steinle/Bielez*, EuZW 2003, 204.

26 Näher zu dieser Aufteilung in Einzelprinzipien *Schönke/Schröder/Hecker*, StGB, § 1 Rn. 7. Von dieser Reihenfolge abweichend wird teilweise das Analogieverbot dem Bestimmtheitsgebot vorangestellt (so *Jescheck/Weigend*, Strafrecht, S. 133 ff.), teils das Analogieverbot an den Anfang gestellt, um das Gesetzmäßigkeitserfordernis, das Rückwirkungsverbot und das Bestimmtheitsgebot nachfolgen zu lassen (*Roxin*, Strafrecht, § 5 Rn. 7 ff.), oder teils im Anschluss an das Gesetzmäßigkeitserfordernis gleich das Rückwirkungsverbot behandelt, um dann mit dem Bestimmtheitsgebot und dem Analogieverbot fortzufahren (*SK/Jäger*, StGB, § 1 Rn. 2 ff.). Wiederum anders Teile der verfassungsrechtlichen Literatur, indem das Analogieverbot und das Verbot von Gewohnheitsrecht aus dem Bestimmtheitsgebot als Kerngarantie abgeleitet werden (vgl. etwa *Maunz/Dürig/Remmert*, GG, Art. 103 Rn. 79 ff.).

27 Näher dazu *Schönke/Schröder/Hecker*, StGB, § 1 Rn. 2 mwN, *NK/Hassemer/Kargl*, StGB, § 1 Rn. 10, sowie aus der Sicht der EMRK, *Frowein*, in: *Frowein/Peukert*, EMRK, Art. 7 Rn. 1 ff.

28 Zu weiteren Einzelheiten vgl. die insoweit gleiche Rechtslage nach § 1, 2 StGB bei *Schönke/Schröder/Hecker*, StGB, § 1 Rn. 7, 11 ff., 25, 30 ff., § 2 Rn. 14 ff. mwN.

rekterweise in „*nullum crimen sine iure*“ (als das lateinische Äquivalent von Recht und Law) zu formulieren wäre. Damit käme man nicht nur einem traditionellen Common Law-Verständnis entgegen,²⁹ sondern ließe sich auch die unterschiedliche Beurteilung der Rechtmäßigkeit der Nürnberger Urteile erklären.³⁰

Indem – zum zweiten – eine Strafbarkeitsgrundlage nach innerstaatlichem oder internationalem Recht genügt, bleibt es für die Gestaltung des nationalen Strafrechts den jeweiligen Gesetzgebern der Mitgliedstaaten überlassen, in welcher Form sie die Rechtsgrundlage der Strafbarkeit bestimmen wollen.³¹ Damit steht es insbesondere Ländern aus dem Common Law-Bereich nach wie vor offen, Straftaten auch auf der Grundlage von richterlichem Case law zu verfolgen. Um jedoch „gesetzmäßig“ zu sein und dem übergeordneten Berechenbarkeits- und Vertrauensgrundsatz zu genügen (→ Rn. 11), wird auch für gewohnheitsrechtliche Strafbarkeitsbegründung zumindest zu verlangen sein, dass sie auf einer kontinuierlichen, konsistenten und den Bürger nicht überraschenden Entwicklung beruht. Eine Garantie dafür kann im Grundsatz des „*stare decisis*“ erblickt werden, wonach die Gerichte ihre Entscheidungstätigkeit auf die bisherige Tradition aufbauen, sich von dieser binden lassen und mit ihr argumentativ auseinandersetzen.³² Andererseits bleibt es damit selbst Ländern, nach deren innerstaatlichem Recht – wie in Deutschland – die Strafbarkeit (oder sonstige strafähnliche Sanktionierbarkeit) „gesetzlich“ bestimmt sein muss, überlassen, ob es für dieses Erfordernis eines Gesetzes im formellen Sinne bedarf oder ob auch davon abgeleitete Rechtsverordnungen oder Satzungen, wenn nicht sogar diese selbst, genügen können.³³ Im Übrigen kommt die Bestimmbarkeit des anzuwendenden nationalen Strafrechts auch nicht dadurch in Wegfall, dass bei internationaler Zusammenarbeit nationaler Strafgerichtsbarkeiten, insbesondere aufgrund des Rahmenbeschlusses über den Europäischen Haftbefehl³⁴ eine Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedsstaaten erforderlich werden kann. Solange dabei die fraglichen Straftaten hinsichtlich der Tatbestandsmerkmale oder der angedrohten Strafen unverändert bleiben und unter Wegfall des Erfordernisses beiderseitiger Strafbarkeit für die Definition der für eine Verhaftung relevanten Straftaten weiterhin das Recht eines bestimmten – wie namentlich das des Ausstellungsmitgliedstaates – maßgeblich bleibt, braucht auch für den betroffenen Bürger die Bestimmbarkeit des anzuwendenden Rechts nicht in Zweifel zu geraten.³⁵

Indem – zum dritten – die Strafbarkeit auch auf internationales Recht gestützt werden kann, gilt hinsichtlich der erforderlichen Grundlage zunächst einmal das Gleiche wie zuvor: Ob und inwieweit diese „gesetzlich“ bestimmt sein muss oder auch auf Gewohnheitsrecht beruhen kann, steht im legislativen Ermessen der zuständigen internationalen Instanz. Selbst soweit es jedoch danach eine „gesetzmäßige“ internationale Strafbarkeits-

29 Vgl. Eser, in: Ritsumeikan L.R. 2009, 171 f.

30 Vgl. Eser, in: Reginbogin/Safferling, S. 55, 58.

31 Zustimmung Dannecker, in: ZStW 117 (2006), 745 f., Schwarz/Elvan Vormizeele, Art. 49 GRC Rn. 6.

32 Vgl. NK/Hassemmer/Kargl, StGB, § 1 Rn. 43 mwN.

33 Näher zu diesen innerstaatlichen Anforderungen, denen für den deutschen Bereich zwar nicht untergesetzliche Rechtsakte als solche, wohl aber davon abgeleitete Verordnungen genügen können und dies insbesondere auch für die Zulässigkeit von Blankettstrafnormen bedeutsam ist, vgl. Maunz/Dürig/Schmidt-Aßmann, GG, Art. 103 Rn. 183, Schönke/Schröder/Hecker, StGB, § 1 Rn. 8, 18, jeweils mwN.

34 Rahmenbeschluss des Europäischen Rates 2002/584/JI vom 13.6.2002, ABl. 2002 L 109, S. 1.

35 So zur Gültigkeit des Rahmenbeschlusses über den Europäischen Haftbefehl EuGH 3.5.2007 – C-303/05 – Z. 49 ff. = DVBl. 2007, 897, 100; zustimmend Frenz, Handbuch Europarecht 4, Rn. 5121, 5124; kritisch Schmahl DVBl. 2007, 1468.

grundlage gibt, begründet dies nicht ohne weiteres eine entsprechende Verfolgbarkeit. Vielmehr sind dabei drei Konstellationen zu unterscheiden:

- 17 aaa) Bei Verfolgung aufgrund von internationalen Straftatbeständen oder vergleichbar sanktionierbaren Verbotstatbeständen durch *internationale Organe* bestimmt sich das Gesetzlichkeitserfordernis nicht nach den nationalen, sondern nach den einschlägigen internationalen Bestimmungen. Das bedeutet für den Geltungsbereich der GRC, dass zur Wahrung von *nullum crimen, nulla poena sine lege* (lediglich) dem Grundsatz der Gesetzmäßigkeit nach Art. 49 Abs. 1 – aber über Art. 52 Abs. 3 auch den insoweit inhaltsgleichen Anforderungen von Art. 7 Abs. 1 EMRK – zu genügen ist. Das gilt auch für den Fall, dass die Strafverfolgung von einem den europäischen Instanzen übergeordneten supranationalen Gericht, wie insbesondere dem Internationalen Strafgerichtshof aufgrund des Rom-Statuts vom 18.7.1998,³⁶ betrieben wird. Auch in einem solchen Fall wäre aber eine Berufung des Betroffenen auf das Gesetzmäßigkeitserfordernis des Art. 49 Abs. 1 GRC, sofern im Übrigen die Zuständigkeit der europäischen Organe gegeben wäre, nicht ausgeschlossen, ebenso wie umgekehrt eine Strafverfolgung durch europäische Organe etwa strengerem höher-rangigen supranationalen Recht zu genügen hätte. Diese Fallkonstellation ist jedoch in strafrechtlicher Hinsicht nur von theoretischer Natur, solange die EU keine eigene Strafgewalt besitzt,³⁷ was jedoch nicht ausschließt, dass Art. 49 Abs. 1 für die Kompetenz der EU-Organe zur Sanktionierung von Verwaltungsunrecht³⁸ bedeutsam werden kann. Dagegen werden möglicherweise strengere nationale Anforderungen an das Gesetzlichkeitsprinzip, wie etwa nach Art. 103 Abs. 2 GG, auf der hier in Frage stehenden Ebene von Strafverfolgungen und Verurteilungen aufgrund von supranationalem und dabei insbesondere von EG-Recht nicht relevant, da sich jene Verfassungsbestimmungen grundsätzlich nur an die nationale Strafgewalt wenden. Demzufolge ist beispielsweise bei Sanktionen, die nicht von deutschen, sondern etwa von EG-Organen verhängt werden, Art. 103 Abs. 2 GG grundsätzlich nicht einschlägig.³⁹
- 18 bbb) Letzteres wird auch für die Fallkonstellation zu gelten haben, dass *nationale Organe* eine Verfolgung und Verurteilung auf direkt wirkendes inter- oder supranationales Recht stützen, wie beispielsweise bei der Sanktionierung von gemeinschaftsrechtlichen Verbotsstatbeständen, die nach Art. 288 AEUV für alle Mitgliedsstaaten unmittelbar *verbindlich* sind: Auch in diesem Fall ist die betreffende Norm nicht an den Anforderungen von Art. 103 Abs. 2 GG zu messen.⁴⁰
- 19 ccc) Soweit dagegen die *nationalen Justizorgane* gleichsam kraft *freiwilliger* Übernahme die Verfolgung und Verurteilung aufgrund von inter- oder supranationalem Recht betreiben wollen, haben die betreffenden Verbots- und Sanktionsnormen nicht nur den jeweiligen Gesetzmäßigkeitsanforderungen des anzuwendenden Strafrechts zu genügen, sondern auch den möglicherweise strengeren Gesetzlichkeitserfordernissen der nationalen Strafgewalt zu entsprechen. Das bedeutet, dass völkerrechtliche Straftatbestände, die eine unmit-

36 In englischer, französischer und deutscher Fassung abgedruckt in: BT-Drs. 14/2682.

37 Zu dem darüber geführten sowohl politischen wie gemeinschaftsrechtlichen Streit vgl. einerseits mit Berufung auf Art. 280 EGV (jetzt Art. 325 AEUV) eine gewisse Strafkompentenz der EU bejahend Tiedemann, in: FS für Roxin, S. 1401, 1406 ff., bzw. andererseits eine solche verneinend Ambos, Internationales Strafrecht, § 10 Rn. 5, Satzger, ZRP 2001, 549, 552 f., jeweils mwN. Vgl. auch Schönke/Schröder/Hecker, StGB, Vorbem. 28 vor § 1.

38 Näher dazu Dannecker, in: Eser/Huber, S. 41.

39 So Maunz/Dürig/Schmidt-Aßmann, GG, Art. 103 Rn. 247.

40 Näher dazu wie auch zu der damit zusammenhängenden Problematik deutscher Blankettgesetze und Verhaltenspflichten aufgrund von Verordnungen vgl. Maunz/Dürig/Remmert, GG, Art. 103 Abs. 2 Rn. 115.

telbar bindende Wirkung in dem Sinne haben, dass sie die nationale Strafgewalt zur entsprechenden Kriminalisierung und Verfolgung verpflichten, erst noch der Umsetzung in nationales Recht bedürfen, wobei dessen jeweilige Gesetzlichkeitsanforderungen zu beachten sind. Demzufolge sind Straftatbestände, denen nicht schon aufgrund von Art. 25 GG als allgemeinen Regeln des Völkerrechts unmittelbare Wirkung als Bundesrecht zukommt, an den Gesetzlichkeitserfordernissen von Art. 103 Abs. 2 GG zu messen. Entsprechendes wird für den Geltungsbereich der GRC auch für die Gesetzmäßigkeitsanforderungen des Art. 49 Abs. 1 zu gelten haben. Deshalb hat die Bundesrepublik Deutschland, um jegliche Geltungszweifel bei der Verfolgung von völkerrechtlichen Verbrechen durch die deutsche Strafrichterbarkeit auszuschließen, gut daran getan, das Rom-Statut des Internationalen Strafgerichtshofs (→ Rn. 17) nicht nur zu ratifizieren,⁴¹ sondern durch ein eigenständiges Regelungswerk eines Völkerstrafgesetzbuches⁴² auch die unmittelbare innerstaatliche Anwendbarkeit sicherzustellen, wobei naturgemäß auch Art. 103 Abs. 2 GG zu beachten war.

ddd) Um eine wiederum andere Konstellation, wenngleich mit der hier in Frage stehenden Gesamtproblematik zusammenhängend, geht es in der **Ausnahmeklausel des Art. 49 Abs. 2**. Wie schon zum inhaltsgleichen Art. 7 Abs. 2 EMRK angedeutet (→ Rn. 4, 8), sollten damit die Nürnberger Urteile gegen den Einwand rückwirkender Strafbarerklärung von Taten, die zur Tatzeit nicht strafbar gewesen seien, verteidigt werden.⁴³ Gegenüber ähnlichen Einwänden, wie sie dann auch gegen die Verurteilung von DDR-Mauerschützen und deren Auftraggeber erhoben wurden,⁴⁴ wird durch Art. 49 Abs. 2 – wenn auch mit einer etwas gewundenen Formulierung – klargestellt, dass für die Gesetzmäßigkeit der Verurteilung genügt, dass das fragliche Verhalten zur Tatzeit „nach den allgemeinen, von der Gesamtheit der Nationen anerkannten Grundsätzen strafbar“ war.⁴⁵ Dass dabei – einerseits im Unterschied zu Art. 7 Abs. 2 EMRK – nicht mehr auf die Anerkennung der „zivilisierten Völker“ und – andererseits im Unterschied zu Art. 15 Abs. 2 IPbpr – nicht auf die „Völkergemeinschaft“, sondern auf die „Gesamtheit der Nationen“ abgehoben wird, ist auch nach der Erläuterung des Konventspräsidiums ohne Bedeutung,⁴⁶ geht es doch bei allen Formulierungen um den heute erreichten weltweiten menschenrechtlichen Standard unter Ausgrenzung offensichtlich menschenrechtswidriger Staatspraxis. Während gleichwohl die Bundesrepublik gegenüber Art. 7 Abs. 2 EMRK den Vorbehalt gemacht hatte, dass auf jeden Fall die Grenzen von Art. 103 Abs. 2 GG gewahrt sein müssen,⁴⁷ ist von einem gleichen Vorbehalt gegenüber Art. 49 Abs. 2 bislang nichts bekannt.

41 Durch das Gesetz zum römischen Statut des Internationalen Strafgerichtshofs vom 17. Juli 1998 (IStGH-Statutgesetz), vom 4.12.2000 (BGBl. 2000, Teil II, S. 1393).

42 Gesetz zur Einführung des Völkerstrafgesetzbuches vom 26.6.2002 (BGBl., Teil I, S. 2254).

43 Vgl. Frowein, in: Frowein/Peukert, EMRK, Art. 7 Rn. 11, *Grabenwarter/Pabel*, EMRK, § 24 Rn. 154, *Tettinger/Stern/Alber*, Europäische Grundrechte-Charta, Art. 49 Rn. 9.

44 Wogegen jedoch bemerkenswerterweise der EGMR in den Fällen *Strelitz*, *Kessler*, und *Krenz* (34044/96, 35532/97 und 44801/98) und *K.-H. W/D* (37201/97) vom 22.3.2001 (auszugsweise abgedruckt in NJW 2001, 3035 bzw. 3042) nicht auf Art. 7 Abs. 1 EMRK zu rekurrieren brauchte, weil sich die Strafbarkeit zur Tatzeit bereits aus dem nationalen Recht gemäß Art. 7 Abs. 1 EMRK ergebe (NJW 2001, 3041 bzw. 3045). Grundlegend dazu *Kreicker*, Art. 7 EMRK, insbes. S. 12 ff., 94 ff.

45 Mit einer Berufung darauf würde sich beispielsweise nach Ansicht von *Weigend/Zoll* (in: *Eser/Arnold*, Systemunrecht, 98 ff.) die nachträgliche Aufhebung einer bereits eingetretenen Verjährung von unrechtssystembedingten Straftaten durch den polnischen Verfassungsgerichtshof (TK Z 25.9.1993) zu einem Verjährungsgesetz von 1991 rechtfertigen lassen.

46 Vgl. *Charte* 4473/00 (*Bernsdorff/Borowsky*, Protokolle S. 40).

47 Bekanntmachung vom 15.12.1953 (BGBl. 1954, Teil II, S. 14). Kritisch dazu *Kreicker*, Art. 7 EMRK, S. 98 ff.

- 21 **bb)** In gegenständlicher Hinsicht bedarf sowohl die **Strafbarkeit** als auch die **Strafe** einer rechtlichen Grundlage: Ersteres ergibt sich eindeutig aus Art. 49 Abs. 1 S. 1, letzteres – jedenfalls mittelbar – aus den Strafregeln von Art. 49 Abs. 1 S. 2 und 3 sowie Abs. 3.

c) Das Bestimmtheitsgebot

- 22 Seine Aufgabe, eine demokratisch legitimierte und machtbegrenzende Grundlage der Strafbarkeit zu sein, kann das Recht nur dann erfüllen, wenn es sowohl die kriminalisierte *Tat* als auch deren *Folgen* mit hinreichender Bestimmtheit umschreibt. Im Hinblick auf die Interessen des Bürgers dient dies einem doppelten Zweck: der Gewährleistung gleicher Rechtsanwendung und der für die Steuerung des Verhaltens wesentlichen Vorausberechenbarkeit des Rechts.⁴⁸
- 23 Für die Bestimmtheit der *Tat* bedeutet dies, die Voraussetzungen der Strafbarkeit so konkret zu umschreiben, dass sich die Tragweite und der Anwendungsbereich der Straftatbestände aus dem Wortlaut ergeben oder durch Auslegung ermitteln lassen.⁴⁹ Soweit dies nicht durch Gesetz geschieht, sondern – wie zum Teil noch im Common law – durch richterliches Fallrecht, muss der strafbegründende Tatbestand aufgrund der Rechtsprechung der Gerichte feststehen und der Strafraum ebenfalls klar umgrenzt sein.⁵⁰ An dieser Bestimmtheit fehlt es etwa dann, wenn ein Tatbestand aufgrund seiner Formulierung erhebliche Möglichkeiten für willkürliche Anwendung gibt⁵¹ oder die Interpretation nicht mehr im Rahmen dessen liegt, was auch für einen (beratenden) Laien in den als möglicherweise strafbar erkennbaren Rahmen einer Norm fällt.⁵² Auch wenn mit Tatbestandsbestimmtheit weder Eindeutigkeit noch Nichterforderlichkeit von Wertungen gemeint sein kann und daher auch normative Tatbestandsmerkmale, Generalklauseln oder sonstige wertausfüllungsbedürftige Begriffe nicht grundsätzlich auszuschließen sind, muss die Umschreibung der Strafbarkeit jedenfalls einen derartigen Grad von Bestimmbarkeit haben, dass sie verhaltensleitend sein kann und richterlicher Willkür vorbeugt.⁵³ Auslegungsbedürftige (normative) Tatbestandsmerkmale müssen sich derart konkretisieren lassen, dass bei der Auslegung an ein „gefestigtes Verständnis eines Tatbestandsmerkmals“ oder einen bereits entwickelten, die Norm konkretisierenden Obersatz angeknüpft werden kann und diese Obersätze sich in der Anwendung auf den konkreten Fall „folgerichtig weiterentwickeln“ lassen.⁵⁴ Insoweit gilt also die Gleichung „Bestimmtheit ist Bestimmbarkeit“⁵⁵ gerade nicht. Vielmehr muss die Bestimmbarkeit selbst normativen Ansprüchen genügen, wenn nicht der

48 Zu diesen wie auch zu weiteren Zielsetzungen des Bestimmtheitsgebots näher *Schönke/Schröder/Hecker*, StGB, § 1 Rn. 16 mwN.

49 So in ständiger Rechtsprechung BVerfGE 92, 1, 12 mwN – Mögliche Konflikte mit dem Bestimmtheitsgrundsatz sieht *Satzger*, JuS 2004, 947 ff. bei nationalen Strafgesetzen, die (eventuell sogar dynamisch) auf europäische Normen verweisen, deren Wortlaut aus sämtlichen Amtssprachen besteht und deren Auslegung den eigenständigen europarechtlichen Auslegungsregeln folgt. – Nach Ansicht von *Slotész/Steinle/Bielez*, EuZW 2003, 209 f. wird das Bestimmtheitsgebot durch den weiten, auch nicht durch eine konsistente Bußgeldpraxis konkretisierten Ermessensspielraum verletzt, welcher der Kommission bei der Ahndung von Kartellverstößen zusteht.

50 Vgl. *Frowein*, in: *Frowein/Peukert*, EMRK, Art. 7 Rn. 4 mit Verweis auf EKMR E 8710/79, DR 28, 77, 81.

51 Vgl. EGMR in *Kokkinakis/GR*, GH 260-A = ÖJZ 1994, 61.

52 Vgl. EKMR E 8710/79, DR 28, 77, 81 f.

53 Vgl. *Frenz*, Handbuch Europarecht 4, Rn. 5122 ff. Zu weiteren Einzelheiten – auch zur reichhaltigen deutschen Judikatur – vgl. *Schönke/Schröder/Hecker*, StGB, § 1 Rn. 19 ff.

54 So BVerfGE 126, 170, 199 f. Zur Einordnung dieses Ansatzes im Rahmen des Bestimmtheitsgebotes *Kubiciel*, Die Wissenschaft vom Besonderen Teil des Strafrechts, 2013, S. 36 ff.

55 So *Schröder*, in: *Pechstein/Nowak/Häde*, GRG, Art. 49 Rn. 11.

Bestimmtheitsgrundsatz leerlaufen soll. *Irgendwie* bestimmbar ist schließlich selbst die inhaltsärmste Leerformel.

Auch die Rechtsfolgen der Tat bedürfen einer rechtlichen Grundlage.⁵⁶ Selbst wenn dabei an die Bestimmtheit – jedenfalls nach deutscher Tradition – weniger strenge Maßstäbe angelegt werden und demzufolge weite Geldstrafenrahmen ebenso für zulässig gehalten werden wie tatbestandlich nicht näher konkretisierte Strafschärfungen, etwa in Form von „besonders schweren Fällen“, so muss doch zumindest jeweils die Strafart (wie zB Freiheitsstrafe und/oder nur Geldstrafe) festgelegt sein, ebenso wie es zu den Verhängungsvoraussetzungen Leitlinien für den Richter geben muss, die seine Entscheidung hinsichtlich der Auswahl und der Bemessung der Sanktion vorhersehbar machen.⁵⁷

d) Das Analogieverbot

aa) Unter Analogie versteht man eine Methode richterlicher Rechtsfortbildung zur Auffindung und Auffüllung von (planwidrigen und nicht schon durch Auslegung schließbaren) Regelungslücken.⁵⁸ Während das Rom-Statut für den Internationalen Strafgerichtshof in seinem Art. 22 Abs. 2 S. 1 ausdrücklich die Erweiterung der Begriffsbestimmung eines Verbrechens durch Analogie verbietet, ist ein solches Verbot weder in Art. 7 Abs. 1 EMRK noch in Art. 49 Abs. 1 ausgesprochen. Gleichwohl ist es dem Bestimmtheitsgebot zu entnehmen, da dieses leicht unterlaufen werden könnte, wenn ein vom Wortlaut des geschriebenen oder von der ständigen Rechtsprechung des ungeschriebenen Verbots nicht erfasstes Verhalten im Wege der Analogie für strafbar erklärt werden könnte. Deshalb ist gemäß der Rechtsprechung zu Art. 7 Abs. 1 EMRK, die nach Art. 52 Abs. 3 auch für die Bedeutung und Tragweite der Rechte aus Art. 49 maßgeblich ist,⁵⁹ **strafbegründende und strafverweigernde Analogie verboten.**⁶⁰

Gleichermaßen verboten sind analoge **Strafschärfungen**, wie zB durch Überschreitung vorgesehener Höchststrafen in analoger Anwendung von Strafrahmen gleich schwer erscheinender Straftatbestände oder durch zusätzliche Verhängung einer nicht vorgesehenen (Haupt- oder Neben-)Strafe.⁶¹

Bei der dafür erforderlichen **Abgrenzung** zwischen (zulässiger) **Auslegung** und (verbotener) **Analogie** bildet die nach dem Wortlaut äußerste begriffliche Grenze einer Strafnorm zugleich die Grenze für die interpretative Eigenwertung des Richters, wobei deren Voraussehbarkeit aus der Sicht des Normadressaten zu bestimmen ist.⁶² Um dabei Grenzverschiebungen zu Lasten des Bürgers vorzubeugen, soll nach Deutung des EGMR durch Art. 7 EMRK schon jede *extensive Auslegung* des Strafgesetzes zu Lasten eines Angeklagten verboten

⁵⁶ Vgl. *Schwarzel/van Vormizeele*, Art. 49 GRC Rn. 7.

⁵⁷ An Letzterem hat es nach BVerfG NJW 2002, 1779, 1781 ff. insbesondere an der für verfassungswidrig erklärten Vermögensstrafe (§ 43a StGB) gefehlt.

⁵⁸ Allgemein dazu *Canaris*, Lücken im Gesetz, S. 71 ff.; *Larenz*, Methodenlehre, 1991, S. 381 f.

⁵⁹ Vgl. Erläuterungen des Konventspräsidiums zu Art. 49, wo sich der entsprechende Hinweis auf das „garantierte Recht“, obgleich von der Erläuterung zu Art. 49 Abs. 2 nicht formal abgesetzt, sinngemäß wohl auch auf Art. 49 Abs. 1 beziehen dürfte (*Bernsdorff/Borowsky*, Protokolle S. 40 f.).

⁶⁰ So im Anschluss an die EKMR (vgl. u.a. E 1852/63, Yb 8, 190, 198) auch der EGMR in *Kokkinakis/GR*, GH 260-A = ÖJZ 1994, 59. Vgl. *Frowein*, in: *Frowein/Peukert*, EMRK, Art. 7 Rn. 2, *Grabenwarter/Pabel*, EMRK, § 24 Rn. 136 mwN.

⁶¹ Vgl. EGMR in *Welch/GB*, GH 307-A, *Jamil/F*, GH 317-B, ferner zum deutschen Recht *Schönkel/Schröder/Hecker*, StGB, § 1 Rn. 28 mwN.

⁶² Näher zu dieser auch vom BVerfG vertretenen Grundlinie (vgl. insbes. BVerfGE 92, 1, 10, 12) wie auch zu anderen Abgrenzungstheorien vgl. *Perron*, in: *Hilgendorf*, S. 183 ff., *Schönkel/Schröder/Hecker*, StGB, § 1 Rn. 54 f.

sein.⁶³ Zwar hat sich neuerdings in ähnlichem Sinne das BVerfG gegen eine „tatbestandsausweitende Auslegung“ ausgesprochen.⁶⁴ Indes braucht dies nicht den Umschlag zu einer „engen Auslegung“ zu bedeuten, wie er in Art. 22 Abs. 2 des Rom-Statuts des Internationalen Strafgerichtshofs bei der Begriffsbestimmung eines Verbrechens – über die ohnehin verbotene analoge Erweiterung hinaus – vorgeschrieben ist (S. 1) und dabei zudem der „in dubio pro reo-Grundsatz“ auch für die Verbrechensauslegung gelten soll (S. 2). Denn eine solche Abkehr von hierzulande bislang zulässiger – bis hin zu weiter – Auslegung, solange nicht die Grenze zur Analogie überschritten wird, bedürfte wohl eines klareren Ansatzpunktes, als er in Art. 49 Abs. 1 zu finden ist.⁶⁵

- 28 bb) Als eine Garantie zugunsten des Täters ist Analogie insoweit nicht ausgeschlossen, als sie *strafeinschränkend* oder *strafmildernd* wirkt. Ebenso wie daher im Bereich der allgemeinen Strafbarkeitsvoraussetzungen Rechtfertigungs-, Entschuldigungs- oder sonstige Straffreistellungsgründe auf analogem Wege erweitert oder gar begründet werden können,⁶⁶ kann auch die entsprechende Anwendung von Vorschriften des Besonderen Teils zu einer Einschränkung von Strafen führen.⁶⁷

e) Das Rückwirkungsverbot

- 29 aa) Während bei den vorangehenden Einzelprinzipien des *nullum crimen, nulla poena sine lege*-Grundsatzes auch der Gewaltenteilungsaspekt, wonach die Begründung und Begrenzung von Strafbarkeit primär Sache der Legislative und nicht der Judikative sein soll, eine wesentliche Rolle spielt (→ Rn. 11), steht beim Rückwirkungsverbot der Bürger stärker im Vordergrund. Wenn dieser durch Bestrafung zu gesetzmäßigem Verhalten angehalten werden soll, macht das nur Sinn, wenn bereits vor Tatbegehung die Strafbarkeit gesetzlich bestimmt war. Und wenn der Bürger von seiner Handlungs- und Entfaltungsfreiheit in rechtsstaatlich sicherer Weise Gebrauch machen können soll, setzt dies voraus, dass sein Verhalten nicht im Nachhinein für strafbar erklärt oder mit einer schwereren Strafe als voraussehbar sanktioniert wird.⁶⁸ Schließlich kann von einer Strafe, dh einer Reaktion auf Unrecht bzw. einer Normverletzung, schon begrifflich nur die Rede sein, wenn die Handlung oder das Unterlassen zur Tatzeit unrecht bzw. normwidrig war und nicht rückwirkend für rechtswidrig erklärt wird. Diese sowohl der Gewährleistung von Freiheit als auch von Sicherheit dienenden und aus dem Strafbegriff abgeleiteten Gründe könnten es erklären, dass in der Erläuterung des Konventspräsidiums zu Art. 49 Abs. 1 überhaupt nur das Rückwirkungsverbot angesprochen wird⁶⁹ und – ähnlich wie in § 2 StGB – auch im Rom-Statut des Internationalen Strafgerichtshofs in Art. 24 das Rückwirkungsverbot zusätzlich eine eigenständige Regelung findet.⁷⁰

63 EGMR im Fall *Strelitz u.a.* (oben Fn. 311), NJW 2001, 3035, 3037, wobei freilich dessen Anführung analoger Anwendung als ein Beispiel extensiver Auslegung zweifelhaft erscheinen lässt, ob schon jede tatbestandsausweitende Auslegung oder nur eine die Grenze zur Analogie überschreitende verboten sein soll.

64 BVerfGE 92, 1, 16.

65 Vgl. auch *Eser*, in: Hilgendorf, S. 265 ff. AA offenbar *Frenz*, Handbuch Europarecht 4, Rn. 5126.

66 *Frenz*, Handbuch Europarecht 4, Rn. 5127, *Schwarze/van Vormizeele*, Art. 49 GRC Rn. 8.

67 Zu Einzelheiten vgl. *Schönke/Schröder/Hecker*, StGB, § 1 Rn. 30 ff.

68 Vgl. auch *Heselhaus/Nowak/Schorkopf*, Handbuch, § 59 Rn. 3 f.

69 Vgl. oben Rn. 8 mit Fn. 282.

70 Näher zu den verschiedenen Formen von – echter und unechter – Rückwirkung *Heselhaus/Nowak/Schorkopf*, Handbuch, § 59 Rn. 15 ff.

Während sich das Gesetzmäßigkeitserfordernis und das Bestimmtheitsgebot primär an den 30
Gesetzgeber (einschließlich ergänzender Verordnungen oder Leitlinien)⁷¹ richtet, wendet
sich das Rückwirkungsverbot – ähnlich wie schon das Analogieverbot – auch an den Rich-
ter,⁷² indem dieser weder neue Straftatbestände auf bereits begangene Taten anwenden
noch schwerere Strafen als bereits zur Tatzeit zulässige für zuvor begangene Taten verhängen
darf.⁷³ Obgleich Art. 49 Abs. 1 S. 1 nur von **Strafbarkeit** und Art. 49 Abs. 1 S. 2 nur
von **Strafe** spricht, dürfte das Rückwirkungsverbot – ähnlich wie dies im deutschen Recht
verstanden wird⁷⁴ – nicht nur für Kriminalstrafen im engeren Sinne, sondern für jede ho-
heitliche Missbilligung von schuldhaftem Verhalten mit entsprechender Sanktionierung
gelten, wie insbesondere für die Sanktionierung von Ordnungswidrigkeiten durch Geldbu-
ßen oder Disziplinarstrafen.⁷⁵ Die Gewährleistung schützt damit auch **juristische Personen**,
die in (europäischen) Wettbewerbsverfahren mit Geldbußen sanktioniert werden können
oder denen Fehlverhalten von Mitarbeitern sanktionsbegründend zugerechnet wird.

bb) Hinsichtlich der **Strafbarkeit** ist die rückwirkende Neuschaffung oder Erweiterung von 31
strafbegründenden Normen verboten. Deshalb gilt das Rückwirkungsverbot jedenfalls für
die nachträgliche Einführung von besonderen Straftatbeständen. Gleiches dürfte im Hin-
blick auf die allgemeinen Strafbarkeitsvoraussetzungen etwa auch für die nachträgliche Er-
weiterung von Garantienpflichten und die Abschaffung oder Einschränkung von Rechtfertigungsgründen gelten.⁷⁶

Weniger klar ist hingegen, inwieweit das Rückwirkungsverbot auch einer rückwirkenden 32
Änderung der Rechtsprechung entgegenstehen kann. Von der vorherrschenden Meinung in
Deutschland wird dies verneint, weil § 2 StGB jeweils nur auf den Geltungszeitpunkt des
Gesetzes abhebt und daher dem Vertrauen des Täters in den Fortbestand einer bestimmten
Auslegungspraxis allenfalls durch Einräumung eines Verbotsirrtums Rechnung getragen
werden könne.⁷⁷ Demgegenüber ist aber nicht nur zu bedenken, dass Gesetz und richterliche
Rechtsanwendung eine Einheit darstellen, aus der sich erst die Grenze zwischen erlaubt
und verboten ergibt, sondern dass auch bei rückwirkender Änderung der Rechtsprechung
der Gedanke des Vertrauensschutzes in gleicher Weise tangiert sein kann wie durch
eine rückwirkende Gesetzesänderung. Deshalb ist ein Rückwirkungsverbot jedenfalls insoweit
in Erwägung zu ziehen, als eine völlig konforme höchstrichterliche Rechtsprechung
ihre Entscheidung zu bestimmten Fragen formelhaft festgelegt hat. Ohne dies als Rechtsprechungsänderungsverbot
verstehen zu dürfen, ergibt sich daraus jedenfalls das Verbot, einer (täterbelastenden) Rechtsprechungsänderung eine auf die
Tatzeit rückwirkende Kraft

71 Wie etwa auch Sanktionen betreffende Leitlinien der Kommission: vgl. EuGH – Dansk Røringindustri – Rs. 189/02, Slg 2005, I-5425 er 2009 ff.; Jarass NStZ 2012, 614.

72 Frenz, Handbuch Europarecht 4, Rn. 5134.

73 Zu Letzterem vgl. auch unten Rn. 32.

74 So auch für Art. 103 Abs. 2 GG *Maunz/Dürig/Schmidt-Aßmann*, GG, Art. 103 Rn. 195; *Kunig*, in: v. Münch/Kunig, GG, Art. 103 Rn. 18 und für § 1 StGB *LK/Dannecker*, StGB, § 1 Rn. 80 ff.; vgl. auch BVerfGE 26, 186, 203; 45, 346, 351; *Schönke/Schröder/Hecker*, StGB, § 1 Rn. 5.

75 In gleichem Sinne – entgegen der nicht auch Disziplinarstrafen umfassenden – Meinung der EKMR (E 4279/69, Yb 13, 888, 890; E 4519/70, Yb 14, 616, 622) – *Frowein* jedenfalls insoweit, als es sich um Disziplinarverfahren handelt, die als Strafverfahren im Sinne von Art. 6 EMRK anzusehen sind (in: *Frowein/Peukert*, EMRK, Art. 7 Rn. 8, ferner *Schwarzel/van Vormizeele*, Art. 49 GRC Rn. 9). Vgl. auch *Frenz*, Handbuch Europarecht 4, Rn. 5131 zur abweichenden Ansicht von Generalanwalt *Colomer* zu EuGH-Rs. C-387/97.

76 Vgl. *Schönke/Schröder/Hecker*, StGB, § 2 Rn. 3 mwN.

77 Näher dazu *Sachs/Degenhart*, GG, Art. 103 Rn. 73, *LK/Dannecker*, StGB, § 1 Rn. 432 ff., *Roxin*, Strafrecht, § 5 Rn. 47 ff.

beizulegen.⁷⁸ Eine solche, auch Rechtsprechungsänderungen erfassende Handhabung des Rückwirkungsverbots erscheint bei Art. 49 Abs. 1 umso mehr angebracht, als darin nicht auf die Gesetzlichkeit, sondern auf das „Recht“ abgehoben wird und dazu nicht zuletzt auch richterliches Gewohnheitsrecht gehören kann (→ Rn. 13 f.).

- 33 cc) Hinsichtlich der **Rechtsfolgen** wird ausdrücklich die Verhängung einer schwereren Strafe als der zur Tatzeit angedrohten verboten (Art. 49 Abs. 1 S. 2). Auch wenn dabei lediglich von „verhängen“ gesprochen wird, ist damit zwar weder die Erschwerung bereits bestehender noch die Einführung neuer Strafen untersagt, wohl aber deren Anwendung durch den Richter auf bereits begangene Taten. Inwieweit bei der Auswechslung oder Modifizierung von Strafarten die neue schwerer ist als die alte, ist nach den gleichen Grundsätzen wie die einer nachträglichen Strafmilderung zu bestimmen (→ Rn. 36).
- 34 Inwieweit das Verschärfungsverbot nur für Strafen im engeren Sinne gelten soll, während **Maßregeln der Besserung und Sicherung** – wie nach § 2 Abs. 6 StGB – davon auszunehmen seien, ist in Art. 49 offengelassen. Folgt man dazu der zu dem insoweit inhaltsgleichen Art. 7 Abs. 1 S. 2 EMRK ergangenen Rechtsprechung, so lässt sich zwar zwischen nachträglich nicht verschärfbaren Strafen und (auch) rückwirkend verlänger- oder erweiterbaren Maßregeln unterscheiden.⁷⁹ Dabei sei jedoch der Begriff der „Strafe“ im Sinne von Art. 7 EMRK autonom – und somit nicht nach einem möglicherweise davon abweichenden nationalen Strafverständnis – zu bestimmen, wobei sich der Charakter als bloßer „Maßnahme“ vornehmlich daraus ergebe, dass sie lediglich „die ‚Vollstreckung‘ beziehungsweise ‚Vollzug‘ der ‚Strafe‘ betrifft“.⁸⁰ Richtigerweise werden nachträgliche Sanktionserweiterungen mit dem vom Rückwirkungsverbot bezweckten Vertrauensschutz allenfalls insoweit vereinbar sein, als es sich um völlig schuldunabhängige, rein präventiv auf Gefahrenabwehr ausgerichtete Maßnahmen handelt, denen jedes reaktive, dh schuldausgleichende Moment fehlt.
- 35 dd) Offengelassen ist auch die Frage, inwieweit das Rückwirkungsverbot für das **Strafverfahrensrecht** gilt. Ebenso wie dies von der in Deutschland vorherrschenden Meinung grundsätzlich verneint wird,⁸¹ ist Gleiches auch zur Deutung von Art. 7 Abs. 1 EMRK⁸² sowie inzwischen auch zu Art. 49⁸³ festzustellen. Indessen dürfte sich eine pauschale Differenzierung schon deshalb verbieten, weil der Regelungsstandort einer Vorschrift im materiellen oder im prozessualen Recht, wie beispielsweise im Falle der Verjährung, vom Zufall abhängen kann. Doch selbst wenn es deshalb naheliegen mag, auch Verfahrensvoraussetzungen jedenfalls insoweit dem Rückwirkungsverbot zu unterstellen, als ihnen Strafwür-

78 Näher dazu *Schönke/Schröder/Hecker*, StGB, § 2 Rn. 7 mwN.

79 Wie offenbar vom EGMR im Fall *Welch/GB*, GH 307-A angenommen, wobei er jedoch unter Anlegung eines strengen Maßstabes die rückwirkende Anwendung von Vorschriften über die Einziehung des Erlöses von Drogenhändlern, weil als Strafe ausgestaltet, für unzulässig erklärte. Vgl. auch *Frowein*, in: *Frowein/Peukert*, EMRK, Art. 7 Rn. 7.

80 So EGMR zur *nachträglichen Sicherungsverwahrung* (17.12.2009 Nr. 19359/04 – Z. 117 ff., EuGRZ 2010, 25, 38 ff.). Demzufolge wurde in der nachträglich verlängerbaren Sicherungsverwahrung nach § 67 d Abs. 2 StGB eine Verletzung von Art. 7 Abs. 1 EMRK erblickt.

81 Vgl. BGHSt 26, 289, wonach dies eine „Selbstverständlichkeit“ sei; vgl. auch BVerfGE 24, 33, 55; 25, 269 ff. sowie LK/*Dannecker*, StGB, § 2 Rn. 30 mwN, *Frenz*, Handbuch Europarecht 4, Rn. 5132.

82 Vgl. *Frowein*, in: *Frowein/Peukert*, EMRK, Art. 7 Rn. 8 zur zulässigen Verwendung einer Verfahrensentscheidung des House of Lords, die nach der infrage stehenden Tat ergangen war (EKMR E 6683/74, Decisions and Reports 3, 95 f.).

83 Vgl. Generalanwalt Kokott im Fall *Santesteban*, Rs. 296/08, ECLI:EU:C:2008:455, Rn. 45, *Jarass* NStZ 2012, 611, 615.

digkeits- oder Strafbedürftigkeitserwägungen zugrundeliegen, wie dies insbesondere bei Strafantrag und Verjährung angenommen wird,⁸⁴ ist die Entscheidung letztlich vom Vertrauensschutzgehalt der betreffenden Norm abhängig zu machen: Ein solcher wird bei rein prozessleitenden Regeln oder Zuständigkeitsnormen ebenso zu verneinen sein wie etwa bei Verjährung, auf deren Eintritt der Täter wegen der Möglichkeit jederzeitiger Unterbrechung weder hoffen kann noch legitimerweise hoffen darf.⁸⁵

f) Der Grundsatz des milderer Gesetzes (Art. 49 Abs. 1 S. 3)

Nach diesem in der EMRK noch nicht enthaltenen, wohl aber in Art. 15 Abs. 1 S. 3 IPbPR 36 wie auch in Art. 29 Abs. 4 der portugiesischen Verfassung vorzufindenden Grundsatz sollen nachträgliche Strafmilderungen dem Täter zugutekommen. Anders als § 2 Abs. 3 StGB, wonach bei Gesetzesänderungen vor der Entscheidung das mildeste „Gesetz“ anzuwenden ist und dies unstrittig sowohl für die Strafbarkeitsvoraussetzungen als auch für die Rechtsfolgen gilt, spricht Art. 49 Abs. 1 S. 3 nur von Verhängung der milderer „Strafe“. Gleichwohl wird auch diese Vorschrift dahingehend zu verstehen sein, dass bei jedweder **täterbegünstigenden Gesetzesänderung** zwischen Tatbegehung und letztinstanzlicher Entscheidung das jeweils mildeste Gesetz anzuwenden ist. In dem darin liegenden Gebot rückwirkender Anwendung späteren Rechts ist jedoch keine Durchbrechung des Rückwirkungsverbots zu erblicken, da dieses nur Rückwirkung zu Lasten, nicht aber zu Gunsten des Täters verhindern will (→ Rn. 12). Auch braucht dies nicht ohne weiteres zur Anwendung des im Entscheidungszeitpunkt geltenden Rechts zu führen, da unter Umständen auch ein noch milderer Zwischengesetz zum Zuge kommen kann.

Ob und gegebenenfalls welches Gesetz im Vergleich zu einem früheren oder späteren als 37 **milder** anzusehen ist, dies ist unter Berücksichtigung des **gesamten Rechtszustandes**, von dem das Ob und Wie der Strafbarkeit abhängt, zu bestimmen, wobei jedoch nicht ein abstrakter Vergleich der Tatbestände und deren allgemeine Strafdrohungen genügt, sondern maßgeblich darauf abzuheben ist, welches Gesetz für den **konkreten Fall** die mildeste Beurteilung zulässt.⁸⁶

g) Die Verhältnismäßigkeit von Straftat und Strafmaß (Art. 49 Abs. 3)

Ogleich bislang ohne geschriebenes Vorbild, kann sich der Grundsatz der Verhältnismä- 38 ßigkeit sowohl als rechtsstaatliches Maßprinzip im Allgemeinen wie auch als Begrenzung staatlichen Strafens im Besonderen bereits europaweiter Anerkennung erfreuen (→ Rn. 5 f., 9). Er findet nicht nur bei Strafen im engeren Sinne Anwendung, sondern entfaltet seine schützende Wirkung auch bei Verwaltungssanktionen, die zwar nicht explizit als Strafe bezeichnet werden, aber strafähnlichen Charakter haben.⁸⁷ Die Notwendigkeit eines gerechten Verhältnisses zwischen Strafmaß und Straftat wird aus der **Menschenwürde in Verbindung mit dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht** sowie aus dem **Rechtsstaatsprinzip** hergeleitet.⁸⁸ Als Instrument zur Kontrolle des staatlichen Strafanspruchs als der schärfsten Waf-

84 Vgl. namentlich *Jakobs*, Strafrecht, S. 67 f., 95 f. mwN.

85 Vgl. des Weiteren dazu *Schönke/Schröder/Hecker*, StGB, § 2 Rn. 6 mwN. In gleichem Sinne BVerfGE 25, 269 ff., 269.

86 So jedenfalls die zum deutschen Recht vorherrschende Meinung: vgl. *Schönke/Schröder/Hecker*, StGB, § 2 Rn. 14 ff., 18 ff. mwN.

87 *Schröder*, in: Pechstein/Nowak/Häde, GRC, Art. 49 Rn. 20.

88 Vgl. insbes. BVerfGE 19, 342, 347 ff.; seitdem ständige Rechtsprechung des BVerfG und aller Verwaltungsgerichte. Näher dazu und mwN *Bleckmann*, JuS 1994, 177 ff., sowie zum Verhältnismäßigkeitsgrundsatz auf europäischer Ebene *Schwarze*, Europäisches Verwaltungsrecht, S. 661 ff.

fe des Staates gegenüber dem Einzelnen ist es sowohl für den Gesetzgeber als auch für die Rechtsanwendung durch den Richter von Belang. Der Grundsatz bindet nicht nur den Unionsgesetzgeber, soweit er (künftig) unmittelbar wirkendes Unionsstrafrecht erlassen sollte oder strafähnliche Sanktionsnormen schafft; vielmehr gilt er gemäß Art. 51 Abs. 1 der Charta auch für die Mitgliedstaaten bei der Durchführung des Rechts der Union.⁸⁹

- 39 aa) Auf der Ebene der **Gesetzgebung** lässt der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz die Kriminalisierung und Sanktionierung von Verhalten nur insoweit zu, als dies zum Schutz des betroffenen Rechtsguts im Rahmen legitimer Strafzwecke erforderlich, geeignet und angemessen ist. Von dem darauf ausgerichteten „Gebot sinn- und maßvollen Strafens“ könnten aus der reichhaltigen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts vor allem zwei Entscheidungen Auswirkungen auf die europäische Kriminalpolitik haben. Das gilt zum einen für die absolute Androhung lebenslanger Freiheitsstrafe, bei der dem Verurteilten eine konkrete und grundsätzlich realisierbare Chance bleiben muss, die Freiheit wiederzugewinnen⁹⁰ – eine verfassungsrechtliche Bedingung, welcher der deutsche Strafgesetzgeber inzwischen durch die mögliche Aussetzung des Strafrestes bei lebenslanger Freiheitsstrafe (§ 87 a StGB) Rechnung getragen hat. Und das gilt zum anderen für die angesichts unterschiedlicher internationaler Drogenpolitik bedeutsame Entscheidung, dass die Kriminalisierung des bloßen Besitzes von Drogen zum Eigengebrauch (nur) insoweit verhältnismäßig ist, als es den Strafverfolgungsorganen möglich bleibt, beispielsweise durch Absehen von Strafe einem geringen individuellen Unrechts- und Schuldgehalt der Tat Rechnung zu tragen.⁹¹
- 40 bb) Auf der Ebene der **gesetzesanwendenden Rechtsprechung** darf die Strafe (einschließlich etwaiger Nebensanktionen) nicht außer Verhältnis zur Straftat stehen, wobei sowohl dem objektiven Gewicht des Unrechts als auch der individuellen Schwere der Schuld besondere Bedeutung zukommt.⁹² Dazu ist in jedem Einzelfall zu prüfen, ob die Verhängung einer strafrechtlichen Sanktion zur Erreichung der staatlichen Zielsetzung erforderlich ist und das Gewicht der zu schützenden Rechtsgüter in einem angemessenen Verhältnis zur Beschränkung der Rechte des Betroffenen steht.⁹³ Könnte es daran in einem um Auslieferung ersuchenden Staat fehlen, wäre diese zu verweigern.⁹⁴ Die Kumulation von Strafe und anderen Sanktionen strafrechtlicher Natur für eine Tat ist nicht per se ausgeschlossen. Doch muss die Kumulierung von Sanktionen nach Auffassung des EuGH „von Regeln begleitet sein, mit denen sichergestellt werden kann, dass die Schwere aller verhängten Sanktionen der Schwere der betreffenden Straftat entspricht (...).“⁹⁵

89 EuGH im Fall *Dooel Uvoz-Izvoz Skopje Link Logistic N& N*, 4.10.2018, ECLI:EU:C:2018:810, Rn. 41.

90 BVerfGE 45, 187 ff.

91 Cannabis-Entscheidung BVerfGE 90, 145 ff. Zu der auch in anderen Deliktsbereichen unterschiedlichen Kriminalpolitik innerhalb der EU vgl. *Dannecker*, ZStW 117 (2005), 746 f.

92 Dies wird auch für strafähnliche Maßnahmen, wie etwa für Bußgelder bei Wettbewerbsverstößen, zu gelten haben; zu dabei zu beachtenden Kriterien vgl. EuGH im Fall *Chalkor*, C-386/10 P, Z. 55 ff. = EuZW 2012, 190, EuGH im Fall *KME*, C-272/09 P, Z. 49 ff., 96 ff. = BeckRS 2011, 81924. Bei völlig schuldunabhängigen Maßregeln hingegen wird auf den allgemeinen Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zurückzugreifen sein. Vgl. auch *Frenz*, Handbuch Europarecht 4, Rn. 5147, *Jarass*, Charta, Art. 49 Rn. 8 f.

93 Vgl. vor allem BVerfGE 90, 145, 185; in diesem Sinne auch *Schönke/Schröder/Kinzig*, StGB, § 46 Rn. 71, sowie *Weigend*, in: FS für Hirsch, S. 924.

94 Vgl. OLG Köln, BeckRS 2010, 00518, OLG Stuttgart, StV 2010, 262.

95 EuGH im Fall *Luca Menci*, ECLI:EU:C:2018:197, Rn. 55 = EuGRZ 2018, 181.

4. Würdigung

Auch wenn die Regelung des Rückwirkungsverbots als wenig geglückt zu bezeichnen ist (→ Rn. 29 ff.), bleibt die Bestätigung des *nullum crimen, nulla poena sine lege*-Grundsatzes zu begrüßen. Auch dass in der Artikelüberschrift anstelle der traditionellen „Gesetzlichkeit“ vom Grundsatz der „Gesetzmäßigkeit“ gesprochen wird, ist nicht zuletzt deshalb bemerkenswert, weil damit die Strafbarkeit aufgrund von – nationalem und internationalem – Gewohnheitsrecht leichter widerspruchsfrei zu begründen ist (→ Rn. 13 ff.). Nicht zuletzt ist auch in der ausdrücklichen Anmahnung des Verhältnismäßigkeitsprinzips – und zwar sowohl gegenüber dem Gesetzgeber als auch gegenüber dem Richter – ein Fortschritt zu erblicken (→ Rn. 36 ff.), zumal der Unionsgesetzgeber und die Kommission gerade im Bereich des Wettbewerbsrechtes vor allem vom Ziel geleitet sind, möglichst effektive Sanktionen zu ermöglichen und zu verhängen. Gerade hier könnte Art. 49 Abs. 3 als Regulativ wirken.

5. Literaturübersicht

Ambos, Kai, Internationales Strafrecht, 3. Aufl., München 2011; *Bleckmann, Albert*, Begründung und Anwendungsbereich des Verhältnismäßigkeitsprinzips, JuS 1994, 177; *Canaris, Claus Wilhelm*, Feststellung von Lücken im Gesetz. München 1983; *Dannecker, Gerhard*, Strafrecht der Europäischen Gemeinschaft, in: Huber, Barbara/Eser, Albin (Hrsg.), Strafrechtsentwicklung in Europa, Bd. 4, Teil 3, Freiburg i. Breisgau 1995; *ders.*, Die Dynamik des materiellen Strafrechts unter dem Einfluss europäischer und internationaler Entwicklungen, in: ZStW 117 (2005), 697; *Eser, Albin*, Das Internationale Militärtribunal von Nürnberg aus deutscher Perspektive, in: Reginbogin, Herbert R./Safferling Christoph J.M. (eds.), The Nuremberg Trials – International Criminal Law since 1945, München 2006, S. 53; *ders.*, Human Rights Guarantees for Criminal Law and Procedure in the EU-Charter of Fundamental Rights, *Ritsumeikan Law Review* 2009, 163; *Hilgendorf, Eric*, Das Gesetzlichkeitsprinzip im Strafrecht, Tübingen 2013; *Jakobs, Günther*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 2. Aufl., Berlin/New York 1991; *Jarass, Hans D.*, Strafrechtliche Grundrechte im Unionsrecht, *NStZ* 2012, 611; *Jescheck, Hans Heinrich*, Die europäische Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten, *NJW* 1954, 783; *Jescheck, Hans Heinrich/Weigend, Thomas*, Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil, 5. Aufl., Berlin 1996; *Kreicker, Helmut*, Art. 7 EMRK und die Gewalttaten an der deutsch-deutschen Grenze, Baden-Baden 2002; *Kokott, Juliane*, Bedeutung und Wirkungen deutscher und europäischer Grundrechte im Steuerstrafrecht und Steuerstrafverfahren, *NZWiSt* 2017, 409; *Larenz, Karl*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl., Berlin/ Heidelberg/New York u.a. 1991; *Laufhütte, Heinrich Wilhelm/Rissing-van Saan, Ruth/Tiedemann, Klaus*, Leipziger Kommentar zum StGB (LK), Großkommentar, Bd. 1, Einleitung, §§ 1–31, 12. Aufl., Berlin/New York 2006; *Löwe-Rosenberg*, Die Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, Großkommentar, Erb, Volker u.a. (Hrsg.), 1. Bd. (Einleitung; §§ 1–47), 27. Aufl., Berlin/New York 2016; *Meyer-Gofner, Lutz/Schmitt, Bertram*, Strafprozessordnung, Gerichtsverfassungsgesetz, Nebengesetze und ergänzende Bestimmungen, 62. Aufl., München 2019; *Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch* (NK), Bd. 1, §§ 1–145 d, *Kindhäuser, Urs/Neumann, Ulfried/Paeffgen, Hans Ulrich* (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Baden-Baden, 5. Aufl. 2017; *Pache, Eckhard*, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in der Rechtsprechung der Gerichte der Europäischen Gemeinschaften, *NVwZ* 1999, 1033; *Partsch, Karl Josef*, Rechte und Freiheiten der EMRK, Berlin 1966; *Roxin, Claus*, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band 1, 4. Aufl., München 2006; *Rudolph, Hans-Joachim/Horn, Eckhard/Samson, Erich/Günther, Hans-Ludwig/Hoyer, Andreas* u.a. (Hrsg.), Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch (SK), Band 1, Allgemeiner Teil (§§ 1–37), Köln, 9. Aufl. 2017; *Satzger, Helmut*, Auf dem Weg zu einem europäischen Strafrecht, *ZRP* 2001, 549; *ders.*, Die Internationalisierung des Strafrechts als Herausforderung für den strafrechtlichen Bestimmtheitsgrundsatz, *JuS* 2004, 943; *Schmahl, Stefanie*, Der Europäische Haftbefehl vor dem EuGH, *DVBl.* 2007, 1463; *Schönke, Adolf/Schröder, Horst*, Kommentar zum Strafgesetzbuch, 30. Aufl., München 2019; *Schwarze, Jürgen*, Europäisches Verwaltungsrecht. Entstehung und Entwicklung im Rahmen der Europäischen Gemeinschaft, Baden-Baden 2005; *Solczés, Ulrich/Steinle, Christian/Bielez, Holger*, Rekordgeldbußen versus Bestimmtheitsgebot – Die Kartellverordnung auf dem Prüfstein höherrangigen Gemeinschaftsrechts, *EuZW* 2003, 202; *Tiedemann, Klaus*, EG und EU als Rechtsquellen des Strafrechts, in: Schünemann, Bernd/Achenbach, Hans u.a. (Hrsg.), Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag, Berlin/New York 2001, S. 1401; *Wegener, Kilian*, Iterum iterumque in idem? Einschränkung des europäischen Mehrfachverfolungsverbots bei Zusammentreffen von Kriminalstrafe und ande-

ren Sanktionstypen, HRRS 2018, 205; Weigend, Ewa/Zoll, Andrzej, Polen, in: Eser, Albin/Arnold, Jörg (Hrsg.), Strafrecht in Reaktion auf Systemunrecht 5, Freiburg 2002, 27; Weigend, Thomas, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit als Grenze staatlicher Strafgewalt, in: Weigend, Thomas/Küpper, Georg (Hrsg.), Festschrift für Hans Joachim Hirsch, Berlin 1999, S. 917.

Artikel 50 Recht, wegen derselben Straftat nicht zweimal strafrechtlich verfolgt oder bestraft zu werden

Niemand darf wegen einer Straftat, derentwegen er bereits in der Union nach dem Gesetz rechtskräftig verurteilt oder freigesprochen worden ist, in einem Strafverfahren erneut verfolgt oder bestraft werden.

1. Vorgaben	1	3. Kommentierung	6
a) Art. 4 des Protokolls Nr. 7 zur EMRK	1	a) Innerstaatliches „ne bis in idem“	7
b) Art. 54 SDÜ	2	b) Horizontal-transnationale Geltung	12
c) EuGH-Rechtsprechung	3	c) Vertikale national-supranationale Geltung	18
d) Nationalstaatliche Gewährleistungen	4	4. Würdigung	19
2. Diskussion im Grundrechtekonvent ...	5	5. Literaturübersicht	

1. Vorgaben

a) Art. 4 des Protokolls Nr. 7 zur EMRK

1 Ein erstes Vorbild für Art. 50 ist in Art. 4 des Protokolls Nr. 7 zur EMRK zu sehen:¹

(1) „Niemand darf wegen einer Straftat, wegen der er bereits nach dem Gesetz und dem Strafverfahrensrecht eines Staates rechtskräftig verurteilt oder freigesprochen worden ist, in einem Strafverfahren desselben Staates erneut verfolgt oder bestraft werden.“

(2) Absatz 1 schließt die Wiederaufnahme des Verfahrens nach dem Gesetz und dem Strafverfahrensrecht des betreffenden Staates nicht aus, falls neue oder neu bekannt gewordene Tatsachen vorliegen oder das vorausgegangene Verfahren schwere, den Ausgang des Verfahrens berührende Mängel aufweist.

(3) Von diesem Artikel darf nicht nach Art. 15 der Konvention abgewichen werden.“

Unter den geläufigen Kurzbezeichnungen als „ne bis in idem“ oder als „Verbot der Doppelbestrafung“ war dieser Grundsatz auf internationaler Ebene bereits durch den Internationalen Pakt über bürgerliche und politische Rechte von 1966 (Art. 14 Abs. 7) anerkannt worden, so dass es bei der Aufnahme in das 7. Zusatzprotokoll zur EMRK lediglich um eine ausdrückliche Übernahme auf europäischer Ebene ging.² Im Vergleich zu Art. 50 sind zwei Abweichungen erwähnenswert: Während das EMRK-Zusatzprotokoll lediglich die innerstaatliche Geltung des ohnehin in den Mitgliedstaaten der EU bereits anerkannten Doppelbestrafungsverbots bekräftigt, will Art. 50 diesem jedenfalls unionsweit auch zwischenstaatliche Anerkennung verschaffen (→ Rn. 12.). Und während das Zusatzprotokoll zur EMRK mit seinem Abs. 2 noch die Möglichkeit einer Wiederaufnahme des Verfahrens meinte ausdrücklich sicherstellen zu müssen, wird dies von Art. 50 offenbar für entbehrlich gehalten (→ Rn. 5).

1 So jedenfalls nach der insoweit kommentarlosen Anführung dieses Artikels an erster Stelle in der Erläuterung des Konventspräsidiums in *Charte 4473/00 (Bernsdorff/Borowsky, Protokolle S. 140)*. Vgl. auch Böse GA 2011, S. 504, 506 f., Weiß, EuZW 2013, 289, 291.

2 Vgl. zur Entstehungsgeschichte dieses Protokolls Frowein/Peukert, EMRK² (1996), S. 853 f.

b) Art. 54 SDÜ³

Speziell für den Bereich der Schengen-Staaten findet sich in Art. 54 SDÜ ein weiteres Doppelbestrafungsverbot: 2

„Wer durch eine Vertragspartei rechtskräftig abgeurteilt worden ist, darf durch eine andere Vertragspartei wegen derselben Tat nicht verfolgt werden, vorausgesetzt, dass im Fall einer Verurteilung die Sanktion bereits vollstreckt worden ist, gerade vollstreckt wird oder nach dem Recht des Urteilsstaats nicht mehr vollstreckt werden kann.“

Diese Vorschrift im Schengener Durchführungsübereinkommen (SDÜ) von 1990,⁴ in dessen Art. 54–58 sich der Geltungsumfang des Doppelbestrafungsverbots geregelt findet,⁵ ist im Wesentlichen inhaltsgleich mit Art. 1 des (noch nicht in Kraft getretenen) EG-„ne bis in idem“-Übereinkommens von 1987.⁶ Damit gehört die transnationale Geltung von „ne bis in idem“ jedenfalls für den Bereich der EU bereits zu deren Rechtsbesitzstand.⁷ Von Art. 50 weichen die SDÜ-Regeln jedoch insoweit ab, als eine erneute Strafverfolgung durch einen anderen Mitgliedstaat nur und erst dann ausgeschlossen ist, wenn die Vollstreckung der Sanktion bereits angelaufen oder nicht mehr möglich ist.⁸

c) EuGH-Rechtsprechung

Auch in der Rechtsprechung des EuGH hatte der ne bis in idem-Grundsatz bereits Anerkennung gefunden, wobei nicht erst die Verhängung mehrerer Strafen für ein- und dieselbe Verfehlung, sondern schon die Einleitung mehrerer Verfahren aufgrund desselben Lebenssachverhalts für verboten erklärt wurde.⁹ Allerdings wurde dabei der Tatbegriff so eng gefasst, dass im Fall von Verfahren, die unterschiedlichen Zielen dienen, eine Verfehlung mehrfach sollte sanktioniert werden können; demzufolge sollte auch parallele Verfahren auf der Ebene der Gemeinschaft und eines Mitgliedstaates das Doppelbestrafungsverbot nicht entgegenstehen, wobei jedoch die zeitlich frühere Sanktion bei der nachfolgenden 3

3 Umfassend dazu *Kniebühler*, *Transnationales ‚ne bis in idem‘*, S. 154 ff., *Hußung*, *Tatbegriff*, S. 121 ff., *Stein*, *ne bis in idem*. Vgl. auch *Eser*, in: *Sieber*, *Europäisches Strafrecht*, § 36 Rn. 69 ff., *Zöller*, in: *FS für Krey*, S. 501, 507 ff.

4 Übereinkommen vom 19.6.1990 zur Durchführung des Übereinkommens von Schengen vom 15.6.1985 (BGBl. 1993, Teil II, S. 1010, 1902).

5 Abgedruckt und Einzelheiten dazu bei *Schomburg*, in: *Schomburg/Lagodny/Gleiß/Hackner*, *SDÜ*, Art. 54–58 (5. Aufl., S. 1672 ff.); ferner *Kühne*, *JZ* 1998, 876 ff.

6 Übereinkommen vom 25.5.1987 zwischen den Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaft über das Verbot der doppelten Bestrafung (abgedruckt in: *Schomburg/Lagodny/Gleiß/Hackner*, 4. Aufl., S. 1202 ff.).

7 So auch die Erläuterung des Konventspräsidiums zu Art. 50 in *Charte 4473/00 (Bernsdorff/Borowsky, Protokolle S. 41)*. Zu weiteren Bestimmungen in (teils geplanten und teils bereits in Kraft getretenen) Übereinkommen des Europarats und der EU, in denen der „ne bis in idem“-Grundsatz Anerkennung findet, wie insbesondere auch die vom Konventspräsidium genannten Art. 7 des Übereinkommens über den Schutz der finanziellen Interessen der Europäischen Gemeinschaften gegen Betrug sowie Art. 10 des Übereinkommens über die Bekämpfung der Bestechung, vgl. den Überblick von *Ebensperger*, *ÖJZ* 1999, 177 ff., und von *Schomburg*, *NJW* 2000, 1833 ff.

8 Vgl. *Eser*, in: *Sieber*, *Europäisches Strafrecht*, § 36 Rn. 73, *Hecker*, *Europäisches Strafrecht*, § 13 Rn. 23 sowie die ausführliche Rechtsprechungsübersicht zum EuGH, wie insbes. zum Fall *Bourquain* (Rs. C-297/07), bei *Agnostopoulos*, in: *FS für Hassemer*, S. 1123 ff. Zum Vollstreckungserfordernis vgl. neuerdings auch *LG Aachen – 52 Ks 9/08 vom 8.12.2009* mit Besprechung von *Burchard/Brodowski*, in: *StraFo* 2010, 137 ff. Ferner zum Vergleich mit Art. 50 GRC unten Rn. 14.

9 EuGH – *Gutmann*, verbundene Rechtssachen 18 und 35/66 – *Slg* 1966, 178; EuGH – *Limburgse Vinyl Maatschappij NV*, verbundene Rechtssachen T-305/94 ua, *Slg* 1999, II-935 f. Vgl. auch *Agnostopoulos*, in: *FS für Hassemer*, S. 1123 ff., *Heselhaus/Nowak/Schorkopf*, *Handbuch*, § 59 Rn. 1 ff.

Entscheidung zu berücksichtigen sei.¹⁰ Insofern geht der EuGH immerhin über den Standard der EMRK hinaus, die in Art. 4 Abs. 1 ihres 7. Zusatzprotokolls nur eine innerstaatliche Doppelbestrafung verbietet. Von dieser Linie war auch schon zuvor die EKMR nicht abgewichen, obwohl die Ableitung des Doppelbestrafungsverbots aus dem in Art. 6 EMRK garantierten Anspruch auf „fair trial“¹¹ durchaus einen Ansatzpunkt auch für grenzüberschreitende Beachtung hätte liefern können.

d) Nationalstaatliche Gewährleistungen

- 4 Auf nationalstaatlicher Ebene ist das Doppelbestrafungsverbot bislang lediglich in einem Drittel der EU-Staaten verfassungsrechtlich abgesichert, und dies zudem nur für den innerstaatlichen Bereich (→ Rn. 7): so in Deutschland (Art. 103 Abs. 3),¹² Estland (§ 23), Litauen (Art. 31), Malta (Art. 39 Abs. 9), Portugal (Art. 29 Abs. 5), Slowakei (Art. 50 Abs. 5), Slowenien (Art. 31), Spanien (Art. 25 Abs. 1), Tschechische Republik (Art. 40 Abs. 5 GR-Deklaration)¹³ und Zypern (Art. 12 Abs. 2).¹⁴

2. Diskussion im Grundrechtekonvent

- 5 Nachdem gemäß der ersten Fassung des späteren Art. 50 recht lapidar jede erneute Strafverfolgung oder Verurteilung nach einem Freispruch oder einer rechtskräftigen Verurteilung – und dies zudem ohne irgendeine inner- oder zwischenstaatliche Begrenzung – verboten sein sollte,¹⁵ wurde von dem Versuch, Art. 4 des 7. Zusatzprotokolls zur EMRK wortgetreu zu übernehmen und damit das Doppelbestrafungsverbot auf den innerstaatlichen Geltungsbereich zu beschränken,¹⁶ schließlich wieder Abstand genommen, weil der Verweis auf die EMRK den Widerspruch von Mitgliedstaaten hervorrufen könne, welche die EMRK nicht unterzeichnet bzw. Vorbehalte angemeldet haben.¹⁷ Während im weiteren Verlauf die Frage einer (schließlich nicht übernommenen) Ausnahmeklausel für Wiederaufnahme nur eine beiläufige Rolle spielte,¹⁸ ging es vornehmlich um die Frage, ob die Anwendbarkeit des ne bis in idem-Grundsatzes auf die Gerichtsbarkeit innerhalb eines Mitgliedstaates beschränkt bleiben sollte, oder ob er auch darüber hinaus Beachtung erheische. Letzteres wurde schließlich mit Blick auf die wachsende Bedeutung supranationaler Rechtsakte und der damit verbundenen Europäisierung des Rechtsschutzes jedenfalls für den Bereich der Europäischen Union in den jetzigen Art. 50 aufgenommen.¹⁹

10 EuGH – *Wilhelm/Bundeskartellamt*, 14/68 – Slg 1969, 1 f.; siehe auch GA *VerLoren van Themaat* in EuGH – *Könecke*, 117/83 – Slg 1984, 3316 f.; dazu *Ebensperger*, ÖJZ 1999, 179; zur neueren Entwicklung vgl. unten Rn. 15.

11 Vgl. u.a. EKMR E 8945/80, DR 39, 43, (47) sowie *Peukert*, in: Frowein/Peukert, EMRK, Art. 6 Rn. 278 ff. mwN.

12 Vgl. BVerfG, NJW 2012, 1202, *Brodowski*, StV 2013, 340.

13 Vgl. *Eser/Kubiciel*, oben Art. 47 Rn. 31.

14 Vgl. auch den Überblick bei *Eser*, in: Sieber, Europäisches Strafrecht, § 36 Rn. 46 ff., 59 ff.

15 *Charte* 4102/00 Art. 17 und *Charte* 4123/1/00 Art. 7.

16 *Charte* 4141/00 Art. 5.

17 *Charte* 4149/00 Art. 11 und 4284/00 Art. 11. Vgl. auch *Meyer/Engels*, Charta der Grundrechte, S. 244.

18 Vgl. *Bernsdorff/Borowsky*, Protokolle, S. 283 f.

19 *Charte* 4470/00 Art. 49. Vgl. im Einzelnen *Bernsdorff/Borowsky*, Protokolle, S. 154, 283 f., 375, *Meyer/Engels*, Charta der Grundrechte, S. 32, *Stalberg*, Anwendungsbereich, S. 15 ff., sowie *Satzger*, in: FS für Roxin (2011), S. 1518 ff., *Schomburg/Suominen-Picht*, NJW 2012, 1190.

3. Kommentierung

Art. 50 ist in dreifacher Hinsicht bedeutsam: zum einen für die innerstaatliche Strafgerichtsbarkeit, indem niemand ein weiteres Mal strafrechtlich verfolgt oder bestraft werden darf, wenn er im selben Land bereits rechtskräftig abgeurteilt worden ist (1.); zum zweiten auf zwischenstaatlicher Ebene, indem jedenfalls für den Bereich der EU eine erneute Strafverfolgung nach Aburteilung in einem anderen Mitgliedsstaat untersagt wird (2.); und zum dritten im Verhältnis von Mitgliedsstaaten und EU, indem die Kumulation einer nationalen und einer supranationalen Sanktionierung zu vermeiden ist (3.).²⁰

a) Innerstaatliches „ne bis in idem“

aa) Auch wenn Art. 50 nur von einer vorangegangenen Aburteilung in der „Union“ spricht, sollen damit nicht nur zwischenstaatliche Mehrfachverfahren ausgeschlossen sein, vielmehr muss das Doppelbestrafungsverbot erst recht auch innerhalb eines Mitgliedstaates gelten.²¹ Falls man dies nicht schon in Art. 50 selbst impliziert sieht, würde sich der innerstaatliche Geltungsbereich des Doppelbestrafungsverbots jedenfalls über Art. 52 Abs. 3 aus der insoweit inhaltsgleichen Garantie in Art. 4 des 7. Zusatzprotokolls zur EMRK ergeben.²² Die unions-grundrechtliche Bekräftigung des Doppelbestrafungsverbots ist auch nicht etwa deshalb bedeutungslos, weil seine innerstaatliche Geltung in den Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten weitgehend anerkannt ist.²³ Denn nicht nur, dass dies nicht in allen Ländern auch verfassungsrechtlich abgesichert ist (→ Rn. 4); vielmehr ist das Zusatzprotokoll zur EMRK bislang nur von knapp der Hälfte der EU-Mitgliedstaaten ratifiziert.²⁴

bb) Ungeachtet möglicher nationaler Unterschiede bei der Ausgestaltung des innerstaatlichen Doppelbestrafungsverbots,²⁵ beruht dieses auf einer Verschränkung von materiellen Schutzzwecken (wie insbesondere hinsichtlich der Menschenwürde) und prozessualen Rechtssicherheitsaspekten, was es letztlich verbietet, eine Person ein weiteres Mal den Stigmatisierungseffekten und der existentiellen Unsicherheit eines Strafverfahrens auszusetzen,²⁶ sowie auf dem Effektivitätsgebot, eine Mehrfachbelastung der Strafverfolgungsbe-

20 Näher zu dieser Grundstruktur vgl. *Kniebühler*, *Transnationales „ne bis in idem“*, S. 10 ff., ferner *Schwarzeltan Vormizeele*, Art. 49 GRC Rn. 3, sowie *Stalberg*, *Anwendungsbereich*, S. 41 ff. mit teils noch weiteren Bereichsebenen; vgl. unten 464. Zu den bei solchen nationalen und internationalen Konkurrenzen verschiedener Strafgerichte auftretenden Interessenskollisionen näher *Eser*, in: *Sieber*, *Europäisches Strafrecht*, § 38 Rn. 11 ff., *ders.*, in: *Sinn*, S. 562 ff., sowie *Gropp*, in: *Sinn*, S. 48 ff., *Van Bockel*, *Ne Bis in Idem*, S. 25 ff.

21 Eingehend zu diesem Anwendungsbereich vgl. *Stalberg*, *Anwendungsbereich*, S. 45 ff.; vgl. ferner *Hecker*, *Europäisches Strafrecht*, § 13 Rn. 3 f., *Schwarzeltan Vormizeele*, Art. 50 GRC Rn. 4, *Vedder/Heintschel-von Heinegg*, *Europäisches Unionsrecht*, Art. 50 GRC Rn. 2.

22 In diesem Sinne dürfte auch der entsprechende Verweis in der Erläuterung des Konventspräsidiums in *Charte 4473/00 (Bernsdorff/Borowsky)*, Protokolle S. 41) zu verstehen sein. Vgl. auch *Eckstein*, *ZStW* 124 (2012), 493, *Heselhaus/Nowak/Nehl*, *Handbuch*, § 58 Rn. 2.

23 *Frowein/Peukert*, *EMRK*, Art. 4 des 7. ZP Rn. 2; *Dannecker*, in: *FS für Kohlmann*, S. 597 ff.

24 Vgl. *Grabewarter*, *DVBl.* 2001, 9, *Satzger*, *Internationales Strafrecht*, § 11 Rn. 94.

25 Zu termino- wie teleologischen Unterschieden aus rechtsvergleichender Sicht vgl. *de la Cuesta*, *Revue internationale de droit pénal* 73 (2002), S. 709 f.

26 In diesem Sinne beispielsweise die plastische Formulierung des EuGH im Fall *Gasparini*, C-467/04 Z. 44 = *StV* 2007, 113 zu dem insoweit dem gleichen Zweck wie Art. 50 GRC dienenden Art. 54 SDÜ: „Diese Vorschrift gewährleistet Personen, die nach Strafverfolgung rechtskräftig abgeurteilt worden sind, ihren Bürgerfrieden“. Desweiteren vgl. *BK/Rüping*, *GG*, Art. 103 Abs. 3 Rn. 11; *Pieroth*, in: *Jarass/Pieroth*, *GG*, Art. 103 Rn. 71; *Mauz/Dürig/Schmidt-Aßmann*, *GG*, Art. 103 Rn. 258 ff.

hörden durch Mehrfachverfolgung zu vermeiden.²⁷ Um eine effiziente Strafverfolgung gewährleisten und diese nicht schon mit dem Hinweis auf ein anderweitig laufendes Verfahren blockieren zu können, setzt das Verbot der erneuten Strafverfolgung oder Verurteilung durch ein Gericht desselben Staates die Rechtskraft der freisprechenden oder verurteilenden Entscheidung im früheren Verfahren voraus. Darunter fallen Entscheidungen, die einen Vorgang unter vollständiger Erfassung mit Rechtskraftwirkung abschließend entscheiden. Davon kann weder bei Einstellungsverfügungen der Staatsanwaltschaft²⁸ noch bei bloßen Prozessurteilen²⁹ die Rede sein, während gerichtlichen Einstellungen eine bestimmte Sperrwirkung zuerkannt wird.³⁰

- 9 Obgleich Art. 50 GRC seinem Wortlaut nach nur im Hinblick auf die erneute Verfolgung von „Strafverfahren“ spricht, ist wohl unstrittig davon auszugehen, dass bereits die vorangegangene Aburteilung in einem Strafverfahren erfolgt sein muss, also sowohl das erste wie auch zu verhindernde weitere Verfahren **Strafcharakter** haben müssen. Bei diesem nicht zuletzt aufgrund uneinheitlicher Übersetzungen mehrdeutigen Begriff³¹ ist – ähnlich wie bei Art. 6 EMRK und dementsprechend bei Art. 4 des 7. Zusatzprotokolls zur EMRK – ein weiter Strafrechtsbegriff zugrundezulegen, der neben dem Kriminalstrafrecht im engeren Sinne nach der Rechtsprechung des EGMR auch das **Ordnungswidrigkeitenrecht** umfasst.³² Dementsprechend können auch **Disziplinarmaßnahmen** eine Sperrwirkung auslösen, sofern sie mit Blick auf die Schwere der verhängten Sanktion als strafähnlich zu betrachten sind.³³ Wenn diesem weiten Verständnis die in der Erläuterung des Konventspräsidiums geforderte Verhängung einer Strafe durch ein „Strafgericht“³⁴ entgegenzustehen scheint, so geht es dabei genau bescheiden doch allein um die berechnete Forderung, dass sich beim Verbot der Doppelbestrafung „gleichartige Sanktionen“ gegenüberstehen müssen. In diesem Sinne hat neuerdings auch der EuGH in der Rechtssache *Fransson*³⁵ zu Art. 50 GRC festgestellt, dass dieser der Einleitung eines Strafverfahrens wegen Steuerhinterziehung entgegenstehen kann, wenn wegen derselben Abgabe unrichtiger Erklärungen bereits eine steuerliche Sanktion verhängt wurde, wobei für die strafrechtliche Natur von Steuerzuschlägen drei Kriterien wesentlich seien: die rechtliche Einordnung der Zuwiderhandlung im innerstaatlichen Recht, die Art der Zuwiderhandlung sowie die Art und der Schweregrad der angedrohten Sanktion.³⁶ Indes hat der EuGH das Doppelbestrafungsver-

27 Vgl. *Heselhaus/Nowak/Nehl*, Handbuch, § 58 Rn. 4, *Van den Wyngaert/Ongena*, in: *Cassese/Gaeta/Jones*, 2002, Vol. I, S. 707.

28 So aber offenbar *Anagnostopoulos*, in: FS für Hassemer, S. 1124, 1137, *Frenz*, Handbuch Europarecht 4, Rn. 5169, *Jarass*, Charta, Art. 50 Rn. 6, Vgl. aber zum Ganzen auch unten Rn. 13.

29 Insoweit ebenso *Jarass*, Charta, Art. 50 Rn. 6, NStZ 2012, 616.

30 *Dreier/Schulze-Fielitz*, GG, Art. 103 Abs. 3 Rn. 26 ff.; *Heselhaus/Nowak/Nehl*, Handbuch, § 58 Rn. 13.

31 Vgl. *Brodowski*, StV 2013, 344.

32 EGMR im Fall *Öztürk*, GH 73/A, Z. 53 = EuGRZ 1985, 67, EGMR im Fall *Zolotukhin*, 14939/03, Z. 48 ff. = NJOZ 2010, 2630 f. Vgl. auch *Jarass*, NStZ 2012, 612 sowie oben *Eser*, Art. 48 Rn. 11, Art. 49 Rn. 28.

33 Vgl. etwa *Frowein/Peukert*, EMRK, 2. Aufl. (1996), Art. 4 des 7. ZP Rn. 2 bzw. *Frowein*, in: *Frowein/Peukert*, EMRK, Art. 6 Rn. 25 ff., *Grabenwarter*, DVBl. 2001, 9.

34 *Charte* 4473/00 (*Bernsdorff/Borowsky*, Protokolle S. 41).

35 EuGH im Fall *Fransson*, C-617/10, NVwZ 2013, 561 – eine Entscheidung, die zwar hinsichtlich ihrer Aussagen zum Verhältnis des Unionsrechts und der EMRK und der sich daraus für die europäische und die nationale (Verfassungs-)Gerichtbarkeit ergebenden Konsequenzen umstritten ist (vgl. *Eckstein*, ZIS 2013, 220 ff., *Weiß*, EuZW 2013, 287 ff.), nicht jedoch – soweit ersichtlich – hinsichtlich des für das Doppelverfolgungsverbot relevanten Strafcharakters.

36 EuGH aaO Z. 32 ff., 35; ebenso bereits EuGH im Fall *Bonda*, C-489/10 = EuZW 2012, 543. Vgl. *Weiß*, EuZW 2013, 291.

bot inzwischen in einer vergleichbaren Fallkonstellation **relativiert**, indem er die Schwere der Sanktionen wertend berücksichtigt. Art. 50 sei zwar dahin auszulegen, dass er einer nationalen Regelung entgegensteht, nach der es zulässig ist, gegen eine Person ein Verfahren zur Verhängung einer Geldbuße als Verwaltungsanktion strafrechtlicher Natur wegen rechtswidriger Marktmanipulationen fortzusetzen, wegen denen sie bereits rechtskräftig strafrechtlich verurteilt wurde. Dies gelte aber nur, „sofern diese Verurteilung unter Berücksichtigung des der Gesellschaft durch die begangene Straftat zugefügten Schadens geeignet ist, die Straftat wirksam, verhältnismäßig und abschreckend zu ahnden.“³⁷ Im Fall einer Mehrwertsteuerhinterziehung, die zunächst mit einer Verwaltungsanktion geahndet und sodann Gegenstand eines Strafverfahrens werden sollte, hat der EuGH daher kürzlich betont, dass Art. 50 GRC diese zweite Verfolgung nicht ausschließe, wenn diese auf einer Regelung beruhe, die erstens eine dem Gemeinwohl dienende Zielsetzung habe, die eine solche Kumulierung von Verfolgungsmaßnahmen und Sanktionen rechtfertigen könne, zweitens Regeln existierten, mit der die zusätzliche Belastung, die sich für die Betroffenen aus einer Kumulierung von Verfahren ergibt, auf das zwingend Erforderliche beschränkt werde, und drittens sichergestellt sei, dass die Schwere aller verhängten Sanktionen auf das im Verhältnis zur Schwere der betreffenden Straftat zwingend Erforderliche beschränkt wird.³⁸ Anders soll es sein, wenn ein Verfahren zur Verhängung einer strafähnlichen Sanktion eingeleitet werden soll, obwohl der Beschuldigte in einem vorherigen Strafverfahren wegen derselben Tat rechtskräftig freigesprochen wurde: Dem stehe Art. 50 entgegen.³⁹ Diese Rechtsprechungslinie opfert den Grundgedanken des *ne bis in idem* Effektivierungszielen und sollte auf Fälle und Mitgliedstaaten begrenzt bleiben, in denen strukturelle Defizite des Justizsystems existieren, die eine Kumulierung von Verfahren und Sanktionen erforderlich erscheinen lassen.

Im Übrigen hängt der Umfang des Doppelbestrafungsverbots davon ab, was unter der bereits abgeurteilten **Straftat** zu verstehen ist. In manchen EU-Gerichtsurteilen wird dies im normativen Sinne gedeutet und daher maßgeblich auf den abgeurteilten **Deliktstatbestand** abgehoben.⁴⁰ Demgegenüber kommt es nach deutscher Auffassung in mehr prozessuellem Sinne auf die Gleichartigkeit des **Lebensvorgangs** an, der nach natürlicher Lebensauffassung als einheitlich zu bewerten ist, auf den die Anklage hinweist und innerhalb dessen der Angeklagte einen Straftatbestand verwirklicht haben soll.⁴¹ Im gleichen Sinne wird teilweise auch die Straftat im 7. Zusatzprotokoll zur EMRK verstanden, indem es nicht nur auf den Urteilstenor ankommt, dieser vielmehr im Zusammenhang mit der gesamten Entscheidung zu verstehen und dabei insbesondere der Lebenssachverhalt festzustellen ist, welcher Gegenstand des früheren Verfahrens war.⁴² Die diesbezügliche Rechtsprechung des EGMR ist freilich uneinheitlich, wobei tendenziell die normative Aufspaltung eines einheitlichen

37 EuGH im Fall *Garlsson Real Estate SA, in Liquidation u.a./Commissione Nazionale per le Società e la Borsa (Consob)*, C-537/16, Rn. 63 = NJW 2018, 1233.

38 EuGH im Fall *Luca Menci*, C-524/15, Rn. 18 ff. = EuGRZ 2018, 181.

39 EuGH im Fall *Di Puma u. a./Commissione Nazionale per le Società e la Borsa (Consob)*, C-596/16, C-597/16 (u. a.), RN. 24 ff. = EuZW 2018, 301.

40 Näher dazu *Thomas*, Einmaligkeit, S. 188 ff., *Stuckenberg*, Tatbegriff, S. 569 ff., *Van den Wyngaert/Stessens*, ICLQ 1999, 788 ff., *Van den Wyngaert/Ongena*, in: Cassese/Gaeta/Jones, 2002, Vol. I, S. 713 ff.

41 So BVerfGE 23, 191, 202; 45, 434, 435, *Maunz/Diirig/Schmidt-Aßmann*, GG, Art. 103 Rn. 283, *Kunig*, in: von Münch/Kunig, GG, Art. 103 Rn. 39.

42 Vgl. *Frowein/Peukert*, EMRK² (1996), Art. 4 des 7. ZP mit Verweis auf EKMR E 20972/92, E 17012/90, E 16345/90, ferner hinsichtlich der Rechtsprechungen zu Art. 54 SDÜ *Frenz*, Handbuch Europarecht 4, Rn. 5162, *Heselhaus/Nowak/Nehl*, Handbuch, § 58 Rn. 6, *Hußung*, Tatbegriff, S. 133 ff. Vgl. aber dazu auch unten Rn. 15.

Lebensvorgangs in getrennt verfolgbare Straftatbestände zugelassen wird,⁴³ sofern sich diese nicht in ihren wesentlichen Elementen gleichen.⁴⁴

- 11 cc) Art. 50 gibt den Betroffenen einen subjektiven Rechtsanspruch, der im Falle einer rechtskräftigen Entscheidung zu einem **Verfahrenshindernis** gegen eine erneute Strafverfolgung führt.⁴⁵

b) Horizontal-transnationale Geltung⁴⁶

- 12 aa) Noch weitaus wichtiger als für den innerstaatlichen Bereich, in dem das Doppelbestrafungsverbot schon weithin anerkannt ist, ist die von der GRC beabsichtigte transnationale Ausweitung. Die transnationale Geltung innerhalb der Europäischen Union schützt zum einen (unmittelbar) die Person gegen eine doppelte und damit unverhältnismäßige Sanktionierung. Zum anderen flankiert Art. 50 GRC eine besondere, nur innerhalb der Europäischen Union gewährleistete Grundfreiheit: das Recht auf Personenfreizügigkeit.⁴⁷ Indes kann nach Art. 50 die Sperrwirkung nur von Aburteilungen in Mitgliedstaaten der Europäischen Union ausgehen, so dass Verfahren in Drittstaaten nach wie vor nicht erfasst werden.⁴⁸ Nachdem Art. 103 Abs. 3 GG nur bei inländischen Entscheidungen eine nochmalige Verfolgung ausschließt und demzufolge nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ausländische Strafentscheidungen (bzw. solchen ähnliche)⁴⁹ bisher kein Verfahrenshindernis darstellen sollen,⁵⁰ kann eine frühere ausländische Verurteilung lediglich über das „Anrechnungsprinzip“ nach § 51 Abs. 3 StGB Berücksichtigung erfahren.⁵¹ Umso mehr kommt angesichts wachsenden grenzüberschreitenden Verkehrs und dementsprechender Kriminalität inter- und supranationalen Doppelbestrafungsverboten immer größere Bedeutung zu.⁵² Gewiss kann dazu bereits auf einen beachtlichen europäischen Rechtsbesitzstand verwiesen werden.⁵³ Da jedoch bislang nicht alle Mitgliedstaaten der EU die

43 Vgl. EGMR im Fall *Gradinger*, 23.10.1995, Z. 55, wo Straftat als einheitliches Verhalten („same conduct“) verstanden wurde, wohingegen die Mehrheit im Fall *Oliveira*, 30.7.1998, Z. 27 eine normative Differenzierung nach Deliktstatbeständen für zulässig erachtet.

44 Vgl. EGMR im Fall *Franz Fischer*, 29.5.2001, Z. 25. Zu einem neuerdings zu beobachtenden Wechsel der EMRG-Rechtsprechung in eine mehr faktische Richtung vgl. unten Rn. 15.

45 So zum deutschen Recht *Löwe-Rosenberg/Kühne*, StPO, Einleitung K Rn. 74 ff.

46 Grundlegend dazu *Kniebühler*, Transnationales „ne bis in idem“, S. 64 ff., *Stalberg*, Anwendungsbereich, S. 163 ff., *Thomas*, Einmaligkeit, S. 90 ff.; vgl. auch *Eicker*, Strafverfolgung, S. 80 ff., *Jung*, in: FS für Schüler-Springorum, S. 49 ff.; *Mansdörfer*, ne bis in idem, S. 135 ff., *Radtke/Busch*, EuGRZ 2000, 421 ff., *Van den Wyngaert/Stessens*, ICLQ 1999, 788 ff., *Van den Wyngaert/Ongena*, in: *Casese/Gaeta/Jones*, 2002, Vol. I, S. 709 ff., 716 ff.

47 *Hochmayr*, in: Pechstein/Nowak/Häde, GRC, Art 50 Rn. 1.

48 Vgl. OLG München StV 2013, 313, ferner *Jarass*, NSTZ 2012, 611, 616; *Stalberg*, Anwendungsbereich, S. 26 f., 335 f.

49 Zum Problem der berufsrechtlichen Doppelbestrafung bei transnational tätigen Anwälten vgl. *Franz*, in: FS für Rieß, S. 875 ff.

50 BVerfGE 12, 62, 66; 75, 1, 15, NJW 2012, 1202, OLG Köln BeckRS 2010, 00518; vgl. auch *Brodowski*, StV 2013, 340.

51 Näher zu diesem bloßen „Anrechnungsprinzip“ im Vergleich mit dem weitergehenden „Erledigungsprinzip“, wie es im Wesentlichen auch dem Doppelbestrafungsverbot zugrundeliegt, vgl. *Eser*, in: *Sieber*, Europäisches Strafrecht, § 36. Rn. 33 ff., *Jescheck/Weigend*, Strafrecht, S. 171, 176.

52 Vgl. *Frenz*, Handbuch Europarecht 4, Rn. 5178, *Heselhaus/Nowak/Nehl*, Handbuch, § 58 Rn. 20, 36, *Stalberg*, Anwendungsbereich, S. 163 f., *Vervaele*, Utrecht Law Review 2005, 106 ff.

53 Vgl. von den bereits oben in Rn. 2 angeführten Übereinkommen insbesondere den auch die Art. 54 ff. SDÜ umfassenden „Schengen-Besitzstand“, der mit dem Inkrafttreten des Amsterdamer Vertrages mit wenigen Ausnahmen in fast allen EU-Staaten gilt. Näher dazu *Schomburg*, in: *Schomburg/Lagodny/Gleß/Hackner*, Hauptteil IV, SDÜ (S. 1648 ff.), sowie *Kniebühler*, Transnationales „ne

sen Übereinkommen beigetreten sind und daher lediglich Art. 54 SDÜ einen größeren Geltungsbereich erlangt hat, ist die unionsweite Bedeutung von Art. 50 nicht zu unterschätzen.

bb) Hinsichtlich seiner Voraussetzungen und Wirkungen unterscheidet sich die Regelung des ne bis in idem-Grundsatzes in Art. 50 von der lapidaren Formulierung in Art. 103 Abs. 3 GG⁵⁴ vor allem insofern, als nicht nur – wie letzterenfalls – lediglich eine erneute *Bestrafung*, sondern bereits eine erneute *Verfolgung* ausgeschlossen wird.⁵⁵

cc) Während des weiteren Art. 103 Abs. 3 GG ohne weitere Spezifizierung vom Verbot der mehrmaligen Bestrafung wegen derselben Tat (zu deren Begriff → Rn. 3 sowie → Rn. 16) spricht, muss nach Art. 50 der Betroffene derentwegen rechtskräftig verurteilt oder freigesprochen worden sein. Soweit es dabei um den Strafcharakter der Aburteilung geht, hat sich bereits ein weites – auch Ordnungswidrigkeiten bis hin zu verwaltungs- und steuerrechtlichen Sanktionierungsverfahren einbeziehendes – Verständnis entwickelt (→ Rn. 9). Hinsichtlich der für die Aburteilung maßgeblichen Instanz können sich die sich schon auf nationaler Ebene stellenden Probleme angesichts der Vielfalt unterschiedlicher verfahrensabschließender Entscheidungen in den einzelnen Strafprozessordnungen der EU-Mitgliedstaaten noch vervielfachen.⁵⁶ Um eine Richtigkeitsgarantie zu verbürgen, wird teilweise gefordert, dass in einem harmonisierten Rechtsraum⁵⁷ nur *gerichtliche Entscheidungen* ein transnationales Verbot der nochmaligen Strafverfolgung auslösen können.⁵⁸ Demgegenüber hat der EuGH in der Rechtssache *Gözütok* und *Brügge* zu Art. 54 SDÜ entschieden,⁵⁹ dass auch die *nicht-gerichtliche Verfahrenserledigung*, die von einer zur Mitwirkung an der Strafverfolgung berufenen Behörde getroffen wird, ein entsprechendes Verbot zur Folge hat, sofern der verfahrensbeendenden Entscheidung eine Ahndungswirkung zukommt, selbst wenn sich nach nationalem Recht keine volle, sondern nur *beschränkte Rechtskraft* einstellt.⁶⁰ Dabei soll es nach einer – zum insoweit inhaltsgleichen Rechtskraftefordernis in Art. 3 Nr. 2 des Rahmenbeschlusses zum Europäischen Haftbefehl ergangenen – Entscheidung des EuGH in der Rechtssache *Mantello* entscheidend darauf ankommen, dass nach dem Recht des Erstverfolgerstaates „die Strafklage aufgrund eines Strafverfahrens

bis in idem“, S. 158 ff., *Schomburg*, NJW 2000, 1833 ff., ferner zu EG-Kartellrechtsfällen *Heselerhaus/Nowak/Nehl*, Handbuch, § 58 Rn. 19 ff.

54 Dieser hat folgenden Wortlaut: „Niemand darf wegen derselben Tat aufgrund der allgemeinen Strafgesetze mehrmals bestraft werden“.

55 Vgl. *Zöller*, in: FS für Krey, S. 501, 517.

56 Wie beispielsweise hinsichtlich der vom OLG Hamburg, wistra 1996, 193, als nicht verfahrensabschließend eingeschätzten belgischen „transactie“; vgl. auch *Harms*, in: FS für Rieß, S. 725 ff., *Harms*, in: FS für Rieß, S. 725 ff., *Schomburg*, NJW 2000, 1835 ff., *Van den Wyngaert/Stessens*, ICLQ 1999, 791.

57 *Hecker*, StV 2001, S. 309 spricht sich gegen die Vereinheitlichung des Beurteilungsmaßstabes aus und will vielmehr die Reichweite der strafprozessualen Erledigungswirkung allein der Definitionsmacht des Erstverfolgerstaates überlassen. – Zum Harmonisierungsbedarf strafrechtlicher Sanktionen zirkuliert ein Fragenkatalog im *Grünbuch über die Angleichung, die gegenseitige Anerkennung und die Vollstreckung strafrechtlicher Sanktionen in der Europäischen Union*, Kom(2004), 334 endg., 30.4.2004.

58 BayOLG NStZ-RR 2001, S. 245; *Van den Wyngaert*, NStZ 1998, 153 f.

59 EuGH im Fall *Gözütok* und *Brügge*, verbundene Rechtssachen C-187 und C-385/01, 11.2.2003, Z. 25 ff., Slg 2003, I-1345 = (teilweise abgedruckt) NJW 2003, 1173 f. Vgl. hierzu die Rezensionen von *Kühne*, JZ 2003, 305 ff.; *Stein*, NJW 2003, 1162 ff., *Vogel/Norowzi*, JuS 2003, 1059 ff. und *Vervaele*, Utrecht Law Review 2005, 1100 ff.

60 Auf der gleichen Linie liegen die Entscheidungen des EuGH im Fall *Miraglia*, C-469/03, Slg 2005, I-2009, im Fall *Turansky*, C- 491/07, Slg 2008, I-11039; vgl. *Satzger*, in: FS für Roxin (2011), S. 1537 f. Vgl. auch die Rechtsprechungsübersicht bei *Hackner*, NStZ 2011, 425 f.

endgültig verbraucht“ ist.⁶¹ Dazu bleibt jedoch kritisch anzumerken, ob nicht ähnlich wie der Tatbegriff (→ Rn. 16) auch der der „rechtskräftigen Aburteilung“ autonom unionsintern auszulegen wäre.⁶² Unter diesem Vorbehalt ist die vorangehend angeführte Rechtsprechung, wie inzwischen in der Rechtssache *Fransson* für steuerrechtliche Sanktionen geschehen,⁶³ auch auf Art. 50 zu übertragen,⁶⁴ würde doch sonst die Attraktivität der für die Praxis so wichtigen außergerichtlichen und nur beschränkt rechtskräftigen Verfahrenseinstellung erheblich gemindert.⁶⁵ Die damit gleichermaßen gelockerten Voraussetzungen eines transnationalen „ne bis in idem“ können jedoch zu einem verstärkten „forum shopping“ führen, dem in Zukunft in der EU durch eine Überwindung konkurrierender Gerichtsbarkeiten und durch eine Konzentration der Entscheidungskompetenz etwa in einem Mitgliedsstaat zu begegnen ist.⁶⁶

- 15 dd) Das in Art. 54 SDÜ vorausgesetzte **Vollstreckungselement** (→ Rn. 2) ist in Art. 50 GRC nicht vorgesehen und somit für dessen Bereich weggefallen.⁶⁷ Demzufolge ist hier eine erneute Verfolgung schon mit Eintritt der Rechtskraft des vorangegangenen Urteils ausgeschlossen. Demgegenüber soll nach der in der deutschen Rechtsprechung vorherrschenden Auffassung – aufgrund des allgemeinen Schrankenvorbehalts in Art. 52 Abs. 1 GRC – der Strafklageverbrauch nach Art. 50 GRC weiterhin dem einschränkenden Vollstreckungselement des Art. 54 SDÜ unterworfen sein.⁶⁸ Diese Einschränkung ist jedoch weder aus den vom BGH herangezogenen Erläuterungen des Präsidiums des Konvents zu Art. 50 GRC begründbar noch rechtspolitisch zu legitimieren.⁶⁹ Soweit gleichwohl auch für Art. 50 GRC das Vollstreckungselement noch für erforderlich gehalten wird, hat dieses auch dann

61 EuGH im Fall *Mantello*, C-261/09, NJW 2011, 983 Z. 43 ff. (aufgrund eines Vorlagebeschlusses des OLG Stuttgart, StV 2010, 264); zustimmend *Kretschmer* ZAR 2011, 384.

62 In diesem Sinne auch *Böse* HRRS 2012, 21; kritisch auch *Vogel* StRR 2011, 138 f.

63 EuGH im Fall *Fransson*, C-617/10, NVwZ 2013, 561 Z. 32 ff. (vgl. oben zu Fn. 397), wobei allerdings noch der Abklärung bedarf, inwieweit die nach *Fransson* erforderliche „unanfechtbar gewordene Entscheidung“ (Z. 33) mit der ansonsten für ausreichend gehaltenen beschränkten Rechtskraft (vgl. zu Fn. 397) vereinbar ist.

64 Zustimmend *Zöllner*, in: FS für Krey, S. 501, 518. Einer Übertragung steht auch nicht entgegen, dass Art. 50 im Unterschied zu Art. 54 SDÜ von „Verurteilung“ und nicht von „Aburteilung“ spricht. Wenn *Stein*, ne bis in idem, S. 493 allein aus diesen terminologischen Unterschieden schließt, Art. 50 sei „äußerst eng konzipiert“, dürfte sie die Nachrangigkeit des Wortlauts und die Vorrangigkeit des „effet utile“ im europäischen Auslegungskanon verkennen. Vgl. auch *Radtke*, in: FS für Seebode, S. 303 ff. mwN.

65 *Plöckinger/Leidenmühler*, wistra 2003, 86.

66 *Vander Beken/Vermeulen/Lagodny*, NStZ 2002, 624. Auch der *Freiburg Proposal on Concurrent Jurisdictions and the Prohibition of Multiple Prosecutions in the European Union* – abgedruckt u.a. in *Revue Internationale de droit pénal* 73 (2002), S. 1195 ff. – weist die Ermittlung des richtigen Forums als vordringliches Problem bei der Bekämpfung von mehrfacher Strafverfolgung aus und sieht in seinen §§ 1–5 materielle wie formelle Regeln für eine Konzentration der Strafverfolgungsgewalt vor. Vgl. dazu auch unten Rn. 17.

67 So aufgrund des klaren Wortlauts, aus dem keinerlei Vollstreckungserfordernis zu entnehmen ist. Siehe bereits die Voraufgaben (dem namentlich zustimmend *Reichling* StV 2010, 238 wie seinerzeit auch *Vogel*, in: FS für Schroeder, S. 890) sowie inzwischen die in Fn. 431 Angeführten.

68 So die von BVerfG NJW 2012, 1202 für „vertretbar“ erklärte Auffassung von BGHSt 56, 11, 13 [m. zustimmender Anm. *Rosbaud* StV 2013, 291 ff.], BGH BeckRS 2010 Nr. 30899, LG Aachen BeckRS 2010 Nr. 14176 = StV 2010 237 (mit kritischer Anm. *Reichling*); im Ergebnis ebenso *Burchard/Brodowski*, StraFo 2010, 180 ff., *Hecker*, Europ. Strafrecht, § 13 Rn. 39, *Jarass*, NStZ 2012, 616, *Kretschmer*, ZAR 2011, 386, *Satzger*, Internationales Strafrecht, § 10 Rn. 70; *ders.*, in: FS für Roxin (2011) S. 1515, 1521 ff., *Zöllner*, in: FS für Krey, S. 518 f.; sowie neuerdings *Vogel*, StRR 2011, 137.

69 Grundlegend in diesem Sinne auch *Böse*, GA 2011, 504 ff., *Eckstein*, ZStW 124 (2012), 509 ff., *ders.*, ZIS 2013, 220 ff., *Merkel/Scheinfeld*, ZIS 2012, 206 ff., *Stalberg*, Anwendungsbereich, S. 167 ff., *Swoboda*, JICJ 2011, 261 ff.; ebenso *Schomburg/Suominen-Picht*, NJW 2012, 1191 sowie

als erfüllt zu gelten, wenn die Vollstreckung zur Bewährung ausgesetzt ist und die Bewährungszeit noch läuft.⁷⁰

ee) Im Übrigen wirft auch der schon innerstaatlich unterschiedlich verstandene, weil teils mehr normativ am Tatbestand oder mehr prozessual am Tatgeschehen ausgerichtete Tatbegriff (→ Rn. 10) transnational noch größere Vergleichbarkeitsprobleme auf, wenn man allein an die mitgliedstaatlich unterschiedlichen Maßstäbe hinsichtlich Bewertungseinheiten oder Fortsetzungszusammenhängen denkt.⁷¹ Auch wenn teilweise gegen eine Harmonisierung des Tatbegriffs argumentiert wird,⁷² findet sich doch überwiegend eine Vereinheitlichung favorisiert. In diesem Sinne ist nach der Grundsatzentscheidung des EuGH im Fall *Mantello*⁷³ der Tatbegriff weder einseitig nach dem Verständnis des Erstarbeitungsstaates noch dem des weiteren Verfolgungsstaates auszulegen, sondern als ein **autonomer unionsrechtlicher Begriff** zu verstehen.⁷⁴ Während sich dazu in der Wissenschaft vorwiegend das handhabbarere und klarere prozessuale Verständnis vorgezogen findet,⁷⁵ wurde vom EuGH in seiner Wettbewerbs- und Kartellrechtsprechung der Tatbegriff zunächst normativ überhöht, indem dieser in dreifacher Voraussetzung von der „Identität des Sachverhalts, des Zuwiderhandelnden und des geschützten Rechtsguts“ abhängen solle.⁷⁶ Demgegenüber ist in der EuGH-Rechtsprechung zu Art. 54 SDÜ und zum Europäischen Haftbefehl eine Verschiebung von der normativen zu einer eher faktischen Sicht zu beobachten: Maßgebend sei für den Tatbegriff „die Identität der materiellen Tat, verstanden als das Vorhandensein eines Komplexes unlösbar miteinander verbundener Tatsachen, [...], unabhängig von der rechtlichen Qualifizierung dieser Tatsachen oder von dem geschützten rechtlichen Interesse“.⁷⁷ Eine gleichgerichtete Tendenz zu einem mehr faktisch orientierten Tatbegriff

bereits *Anagnostopoulos*, in: FS für Hassemer, S. 1137, *Heger*, ZIS 2009, 406, 408. Differenzierend zwischen Verurteilungs- und Vollstreckungsebene *Safferling*, Internationales Strafrecht, § 12 Rn. 84 f.; vgl. auch *Hackner*, NStZ 2011 425.

70 EuGH im Fall *Kretzinger*, C-288/05, Slg 2007, I-06441 Z. 38 ff. = NJW 2007, 3412 ff., BGHSt 46, 187, BGH NJW 2008, 2932 (m Anm *Rübenstahl* 2934), OLG München, StV 2013, 314.

71 Vgl. etwa *Hecker*, StV 2001, 309 f. mwN.

72 Wie namentlich von *Hecker*, StV 2001, 309.

73 Oben Fn. 423 bei Z. 32 ff. = NJW 2011, 983 ff., wo es zwar konkret um die Auslegung „derselben Handlung“ in Art. 3 Nr. 2 des Rahmenbeschlusses 2002/584 des Rates zum Europäischen Haftbefehl ging, diese jedoch für das gesamte Unionsrecht einer einheitlichen Auslegung bedürfe (Z. 38 mit Verweis auf EuGH im Fall *Kozłowski*, C-66/08 Z. 41 f. = NJW 2008, 3201).

74 Insoweit zustimmend *Böse*, HRRS 2012, 419 ff.; grundlegend im gleichen autonomen Sinne *Hußung*, Tatbegriff, S. 213 ff.; ferner *Hackner*, NStZ 2011, 426 f., *Kretschmer*, ZAR 2011, 387, *Luchtman*, Choice of Forum, S. 38 ff., und wohl auch *Vogel*, StRR 2011, 137 f.

75 Vgl. den Resolutionsentwurf der Teilnehmer des Vorkolloquiums der IV. Sektion des XVII. Internationalen Kongresses der Association Internationale de Droit Pénal (AIDP), abgedruckt bei *Biehler*, ZStW 116 (2004), 53 sowie § 6 Abs. 2 lit. c *Freiburg Proposal on Concurrent Jurisdictions and the Prohibition of Multiple Prosecutions in the European Union*, in: *Revue Internationale de droit pénal* 73 (2002), S. 1199, *Plöckinger/Leidenmühler*, wistra 2003, S. 87. AA *Böse*, GA 2003, 757 ff.

76 Vgl. EuGH im Fall *Aalborg Portland*, verb. Rs. C-204, 205, 211, 213, 217, 219/00 P, Slg 2004 I-00123, Z. 338 = BeckRS 2004 Nr. 79942 sowie den Schlussantrag von Generalanwalt *Colomer* im Fall *Italcementi SpA*, Rs. C-213/00 P, Z. 88, wonach es „untersagt (sei), dass jemand zum Schutz der gleichen Rechtsgüter und wegen desselben rechtswidrigen Verhaltens mehr als einmal strafrechtlich belangt wird“ (Herv. des Verf.). Vgl. auch *Soltész/Marquier*, EuZW 2006, 102 ff.

77 So EuGH im Fall *Van Esbroek*, C- 436/04, Slg 2006, I- 2333, Z. 36, 42 = NJW 2006, 1781, 1783, wonach in der jeweils für sich strafbaren Ausfuhr von Drogen aus dem einen Land und deren Einfuhr in ein anderes Land eine Tat erblickt und demzufolge eine doppelte Verfolgung sowohl der Einfuhr wie auch der Ausfuhr für unzulässig befunden wurde. Zu dieser Entwicklung – mit weiteren Rechtsprechungsnachweisen – vgl. *Hußung*, Tatbegriff, S. 158 ff., *Satzger*, in: FS für Roxin (2011) S. 1528 ff., *Stuckenberg*, Tatbegriff, S. 578 ff., *Van Bockel*, Ne Bis in Idem, S. 160 ff.

ist auch in der Rechtsprechung des EGMR zu Art. 4 des 7. Zusatzprotokolls zur EMRK zu beobachten.⁷⁸

- 17 ff) Soweit in besonderen Abkommen **Ausnahmen vom Doppelverfolungsverbot** bzw. dahingehende nationale Vorbehalte vorgesehen sind, wie beispielsweise nach Art. 55 SDÜ,⁷⁹ bleiben immer noch die in Art. 52 Abs. 1 vorgesehenen Garantien zu beachten.⁸⁰ Dem würde auch nicht etwa eine **Missbrauchsklausel** entgegenstehen.⁸¹ Deshalb wäre insbesondere an eine an Art. 20 Abs. 3 des Statuts des Internationalen Strafgerichtshofs zu orientierende teleologische Reduktion von Art. 50 zu denken: Danach wäre eine Doppelverfolgung erlaubt, wenn eine Verurteilung oder ein Freispruch zum Ziel hatte, die betroffene Person vor strafrechtlicher Verantwortlichkeit zu schützen, oder wenn die betroffene Person kein faires Verfahren erhalten hat.⁸²

c) Vertikale national-supranationale Geltung⁸³

- 18 Sollte die EU in Zukunft, wie es in der EurVerf vorgesehen war,⁸⁴ eigene Strafkompetenzen erhalten, dann wird die Strafgerichtsbarkeit der Mitgliedsstaaten vermehrt mit jener der EU konkurrieren,⁸⁵ wie es bereits aus dem Verwaltungsanktionsrecht bekannt ist. Wird Strafgewalt stellvertretend füreinander wahrgenommen, sind also zB Gemeinschaftsbehörden gleichermaßen wie Mitgliedsstaaten mit derselben Aufgabe befasst, um das gleiche Rechtsgut zu schützen, so muss das Doppelverfolungsverbot wie auf transnationaler Ebene Bestand haben.⁸⁶ Nur wenn unionsintern⁸⁷ unterschiedliche Rechtskreise betroffen sind, kann über eine echte vertikale Hierarchie nachgedacht werden. Würde beispielsweise, wie teilweise vertreten,⁸⁸ das Doppelverfolungsverbot zwar „abwärts“, nicht aber „aufwärts“ gelten, dann würde eine mitgliedstaatliche Verurteilung einer nachfolgenden Strafverfolgung auf EU-Ebene nicht im Wege stehen. Eine entsprechende Hierarchisierung wäre aber kaum mit dem Wortlaut von Art. 50 in Einklang zu bringen und wüsste auch teleologisch schwerlich zu gefallen, zeugte die fehlende „aufwärts“-Wirkung mitgliedstaatlicher Entscheidungen doch von einem paradoxen Misstrauen der EU gegenüber ihren Mitgliedsstaaten, deren Verhältnis untereinander gerade auf gegenseitigem Vertrauen und gegenseitiger Anerkennung gründen soll.

78 Vgl. EGMR im Fall *Zolotukhin*, 14939/03, Z. 58 ff. = NJOZ 2010,2630, 2632, *Jung*, GA 2010, 474 ff.

79 Vgl. des weiteren Art. 7 Abs. 2 EU-FinIntÜbk-Betrug und Art. 10 des EU-Übereinkommens zur Bekämpfung der Bestechung.

80 Vgl. die abschließende Erläuterung des Konventspräsidiums zu Art. 50 (*Bernsdorff/Borowsky*, Protokolle, S. 41).

81 Näher zu dieser Missbrauchsproblematik vgl. *Eser*, in: Sieber, Europäisches Strafrecht, S. 566, *Thomas*, Einmaligkeit, S. 330 ff.

82 Vgl. *Tallgren/Reisinger Coracini*, in: Triffterer, Art. 20 Rn. 44 ff.

83 Grundlegend dazu *Kniebühler*, Transnationales ‚ne bis in idem‘, S. 374 ff., ferner näherhin zwischen horizontal-supranationalem und vertikal national-supranationalem Anwendungsbereich innerhalb der EU sowie horizontal-nationalem Anwendungsbereich mit Drittstaatenbezug unterscheidend *Stalberg*, Anwendungsbereich, S. 213 ff., 295 ff. bzw. 335 ff.

84 Art. III-270 ff. EurVerf.

85 Zustimmend *Eckstein*, ZStW 124 (2012), 494.

86 Vgl. den Schlussantrag des Generalstaatsanwaltes *Colomer* im Fall *Italcementi SpA*, 11.2.2003, Rs. C-213/00 P, Z. 91, der mit Blick auf die Sicherstellung des freien Wettbewerbs keine unterschiedlichen Ziele der EU und der Mitgliedsstaaten erkennt.

87 Zum Verhältnis von europäischen und außereuropäischen Verwaltungsanktionen vgl. den EuGH im Fall *Boehringer*, 14.12.1972, Rs. 7-72, Z. 3 f. und den EuG im Fall *Tokai Carbon Co. Ltd. et al.*, verbundene Rs. T-236, 239, 244, 246, 251, 252/01, 29.4.2004, Z. 137 ff.

88 *Dannecker*, in: *Eser/Rabenstein*, S. 180 f.

4. Würdigung

Art. 50 ist als transnationale Absicherung des ne bis in idem-Grundsatzes grundsätzlich zu begrüßen, zumal nicht zuletzt auch der Einfluss auf die nationalstaatliche Ausgestaltung nicht zu unterschätzen ist.⁸⁹ Darin ist selbst dann ein Fortschritt zu erblicken, wenn sein bisheriger Anwendungsbereich – zuständigkeitshalber – auf die Europäische Union beschränkt bleibt und manche Einzelfragen noch weiterer Konkretisierung bedürfen.⁹⁰ Im Übrigen wird den mit Mehrfachverfolgungen verbundenen individuellen wie auch innerstaatlichen und transnationalen Problemen erst dann wirksam zu begegnen sein, wenn man es schon gar nicht zu einer Mehrfachverfolgung kommen lässt, sondern einer solchen von vornherein vorzubeugen versucht. Deshalb wäre als Endziel anzustreben, von einem nur nachträglich-reaktiven Mehrverfolgungsverbot zu präventiver Vermeidung von positiven Kompetenzkonflikten durch international arbeitsteilige Strafjustiz vorzustoßen. Ein hoffnungsvoller, wenn auch noch zu kurzer Schritt in diese Richtung wurde durch den „Rahmenbeschluss (des Rats der Europäischen Union) zur Vermeidung und Beilegung von Kompetenzkonflikten in Strafverfahren“ getan.⁹¹

5. Literaturübersicht

Anagnostopoulos, Ilias G., Ne bis in idem in der Europäischen Union: Offene Fragen, in: Herzog, Felix/Neumann, Ulfried (Hrsg.), Festschrift für Winfried Hassemer, Heidelberg 2010, 1121; *Bohnert, Jean-Francois/Lagodny, Otto*, Art. 54 SDÜ im Lichte der nationalen Wiederaufnahmegründe. Zugleich Besprechung von BGH, Urteil vom 10.6.1999 – 4 StR 87/98, NStZ 2000, 636; *Biehler, Anke/Kniebühler, Roland/Lelieur-Fischer, Juliette/Stein, Sibyl* (eds.), Freiburg Proposal on Concurrent Jurisdictions and the Prohibition of Multiple Prosecutions in the European Union, *Revue internationale de droit pénal* 73 (2002), 1195; *Biehler, Anke*, Thema IV: Konkurrierende nationale und internationale strafrechtliche Zuständigkeit und das Prinzip ne bis in idem (Berlin, 1.-4.6.2003), *ZStW* 116 (2004), 256; *Böse, Martin*, Der Grundsatz „ne bis in idem“ in der Europäischen Union (Art. 54 SDÜ), GA 2003, 744; *ders.*, Die transnationale Geltung des Grundsatzes „ne bis in idem“ und das „Vollstreckungselement“, in: GA 2011, S. 504; *ders.*, Der Grundsatz „ne bis in idem“ und der Europäische Haftbefehl: europäischer ordre public vs. gegenseitige Anerkennung, in: HRRS 2012, 19–23; *ders.*, Choice of Forum and Jurisdiction, in: Luchtman, Michiel (ed.), Choice of Forum in Cooperation Against EU Financial Crime, The Hague 2013, S. 73; *Brodowski, Dominik*, Ne bis in idem im europäisierten Auslieferungsrecht, in: StV 2013, 339–346; *Burchard, Christoph/Brodowski, Dominik*, Art. 50 Charta der Grundrechte der Europäischen Union und das europäische ne bis in idem nach dem Vertrag von Lissabon, in: StraFo 2010, 137; *Cuesta, José Luis de la*, Concurrent National and International Criminal Jurisdiction and the Principle „Ne Bis in Idem“. General Report, *Revue internationale de droit pénal* 73 (2002), 707; *Dannecker, Gerhard*, Community Fines and non-Member State Sanctions: the Effect of the Principle „ne bis in idem“, in: Eser, Albin/Rabenstein, Christiane (Hrsg.), Neighbours in Law, Freiburg i. Breisgau 2001, S. 153; *ders.*, Die Garantie des Grundsatzes „ne bis in idem“ in Europa, in: Hirsch, Hans Joachim (Hrsg.), Festschrift für Günter Kohlmann zum 70. Geburtstag, Köln 2003, S. 593; *Ebensperger, Stefan*, Strafrechtliches „ne bis in idem“ in Österreich unter besonderer Berücksichtigung internationaler Übereinkommen, *ÖJZ* 1999, 171; *Eckstein, Ken*, Grund und Grenzen transnationalen Schutzes vor mehrfacher Strafverfolgung in Europa, *ZStW* 124 (2012), 490; *ders.*, Im Netz des Unionsrechts – Anmerkungen zum Fransson-Urteil des EuGH, in: ZIS 2013, 220; *Eicker, Andreas*, Transstaatliche Strafverfolgung. Ein Beitrag zur Europäisierung, Internationalisierung und Fortentwicklung des Grundsatzes ne bis in idem, Herbolzheim 2004;

89 Wie insbesondere im Sinne eines Übergangs vom bloßen „Anrechnungsprinzip“ hin zu dem in Art. 50 verkörperten „Erledigungsprinzip“. Vgl. oben Rn. 11, ferner *Heselhaus/Nowak/Nehl*, Handbuch, § 58 Rn. 20.

90 Vgl. *Anagnostopoulos*, in: FS für Hassemer, S. 1936 ff., *Lagodny*, in: FS für Eser, S. 791 f., *Stalberg*, Anwendungsbereich, S. 335 sowie *Eser*, in: Ritsumeikan L.R. 2009, 189 f.

91 Rahmenbeschluss 2009/948/JI vom 30.11.2009, Amtsblatt der Europäischen Union L 328/42 vom 15.12.2009. Näher zu solchen präventiven Bestrebungen vgl. mwN *Eser*, in: Sieber, § 36 Rn. 95 ff., ferner das von *Sinn*, Jurisdiktionskonflikte, betriebene und mit einem Regelungsvorschlag abgeschlossene Projekt, sowie *Böse/Meyer*, ZIS 2011, 336 ff., *Böse, Herrnfeld*, und *Luchtman*, jeweils in: *Luchtman*, Choice of Forum, S. 81 ff., 185 ff. bzw. 34, 48 ff.

Eckstein, Ken, Grund und Grenzen transnationalen Schutzes vor mehrfacher Strafverfolgung in Europa, ZStW 124 (2012), 490–527; *Eser, Albin*, Human Rights Guarantees for Criminal Law and Procedure in the EU-Charter of Fundamental Rights, in: *Ritsumeikan Law Review* 2009, 163; *ders.*, Konkurrierende nationale und transnationale Strafverfolgung. Zur Sicherung von ‚ne bis in idem‘ und zur Vermeidung von positiven Kompetenzkonflikten, in: *Sieber, Ulrich/Satzger, Helmut/von Heintschel-Heinegg, Bernd/Brüner, Franz-Hermann* (Hrsg.), *Europäisches Strafrecht*, § 36, Baden-Baden 2011; *ders.*, Kritische Würdigung der Modellentwürfe eines Regelungsmechanismus zur Vermeidung von Jurisdiktionskonflikten, in: *Sinn, Arndt* (Hrsg.), *Jurisdiktionskonflikte bei grenzüberschreitender Kriminalität*, Osnabrück 2012, S. 557–572; *Eser, Albin/Burchard, Christoph*, Interlokales ‚ne bis in idem‘ in Europa?, in: *Derra, Jörg* (Hrsg.), *Freiheit, Sicherheit und Recht. Festschrift für Jürgen Meyer*, Baden-Baden 2006, S. 499; *Esser, Robert*, Auf dem Weg zu einem europäischen Strafverfahrensrecht, Berlin, 2002; *Franz, Kurt*, Zum Verbot der Doppelbestrafung im internationalen anwaltlichen Berufsrecht, in: *Hanack, Ernst-Walter* (Hrsg.), *Festschrift für Peter Riess zum 70. Geburtstag*, Berlin/New York, 2002, S. 875; *Gaede, Karsten*, Transnationales ne bis in idem auf schwachem grundrechtlichen Fundament, NJW 2014, 2990; *Grabenwarter, Christoph*, Die Charta der Grundrechte für die Europäische Union, DVBl. 2001, 1; *Gropp, Walter*, Kollision nationaler Strafgesetze – nulla prosequitur transnationalis sine lege, in: *Sinn, Arndt* (Hrsg.), *Jurisdiktionskonflikte bei grenzüberschreitender Kriminalität*, Osnabrück 2012, S. 41; *Hackner, Thomas*, Das teileuropäische Doppelverfolgungsverbot insbesondere in der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union, NSTz 2011, 425; *Hannich, Rolf* (Hrsg.), *Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung (KK)*, 8. Aufl., München 2019; *Harms, Monika*, Von Transactien, ordonnances de non-lieu und anderen europäischen Besonderheiten – der lange Weg zu einer einheitlichen europäischen Strafrechtsordnung, in: *Hanack, Ernst-Walter* (Hrsg.), *Festschrift für Peter Riess zum 70. Geburtstag*, Berlin/New York, 2002, S. 725; *Hecker, Bernd*, Das Prinzip „Ne bis in idem“ im Schengener Rechtsraum (Art. 54 SDÜ), StV 2001, 306; *ders.*, *Europäisches Strafrecht*, 3. Aufl., Berlin/Heidelberg, 2010; *Hermfeld, Hans-Holger*, Mechanisms for Settling Conflicts of Jurisdiction, in: *Luchtman, Michiel* (ed.), *Choice of Forum in Cooperation Against EU Financial Crime*, The Hague 2013, S. 185; *Hußung, Daniel Joachim*, Der Tatbegriff im Artikel 54 des Schengener Durchführungsübereinkommens, Frankfurt 2011; *Jarass, Hans D.*, Strafrechtliche Grundrechte im Unionsrecht, NSTz 2012, 611; *Jescheck, Hans Heinrich/Weigend, Thomas*, *Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil*, 5. Aufl., Berlin 1996; *Jung, Heike*, Zur Internationalisierung des Grundsatzes „ne bis in idem“, in: *Albrecht, Peter Alexis u.a.* (Hrsg.), *Festschrift für Horst Schüler-Springorum zum 65. Geburtstag*, Köln, Berlin, Bonn, München 1993, S. 493; *ders.*, Kehrtwende zum Tatbegriff, GA 2010, 473; *Kniebühler, Roland Michael*, Transnationales ‚ne bis in idem‘. Zum Verbot der Mehrfachverfolgung in horizontaler und vertikaler Dimension, Berlin 2005; *Kretschmer, Joachim*, Der europäische Grundsatz „ne bis in idem“ und die europaweite Schleuserkriminalität (§ 96 IV AufenthaltG), in: *ZAR* (Zeitschrift für Ausländerrecht und Ausländerpolitik) 2011, 384; *Kühne, Hans-Heiner*, Ne bis in idem in der Schengener Vertragsstaaten. Die Reichweite des Art. 54 SDÜ im deutsch-französischen Kontext, JZ 1998, 876; *Lagodny, Otto*, Überlegungen zu einem menschengerechten transnationalen Straf- und Strafverfahrensrecht, in: *Arnold, Jörg u.a.* (Hrsg.), *Menschengerechtes Strafrecht. Festschrift für Albin Eser zum 70. Geburtstag*, München 2005, S. 777; *Löwe-Rosenberg*, Die Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, Großkommentar, Erb, Volker u.a. (Hrsg.), 1. Bd. (Einleitung; §§ 1–47), 27. Aufl., Berlin/New York 2016; *Luchtman, Michiel*, Choice of Forum and the Prosecution of Cross-Border Crime in the European Union, in: *Luchtman, Michiel* (ed.), *Choice of Forum in Cooperation Against EU Financial Crime*, The Hague 2013, S. 3; *Mansdörfer, Marco*, Das Prinzip ne bis in idem im europäischen Strafrecht, Berlin 2004; *Merkel, Reinhard/Scheinfeld, Joerg*, Ne bis in idem in der Europäischen Union – zum Streit um das „Vollstreckungselement“, in: *ZIS* 5/2012, 206; *Netzer, Felix*, Krimi, Tragödie und Lehrbuch Klassiker – Der Fall Krombach, in: *ZJS* 6/2009, 752; *Plöckinger, Oliver/Leidenmüller, Franz*, Zum Verbot doppelter Strafverfolgung nach Art. 54 SDÜ 1990, wistra 2003, 81; *Radtke, Henning/Busch, Dirk*, Transnationaler Strafklageverbrauch in den sog Schengen-Staaten?, EuGRZ 2000, 421; *ders.*, Der Begriff der „Tar“ im prozessualen Sinne in Europa, in: *Schneider, Hendrik/Kahlo, Michael/Kleszczewski, Diethelm/Schumann, Heribert* (Hrsg.), *Festschrift für Manfred Seebode*, Berlin 2008, S. 297; *Safferling, Christoph*, Internationales Strafrecht, Heidelberg 2011; *Satzger, Helmut*, *Internationales und Europäisches Strafrecht*, 6. Aufl., Baden-Baden 2013; *ders.*, Auf dem Weg zu einer „europäischen Rechtskraft“, in: *Manfred Heinrich u.a.* (Hrsg.), *Strafrecht als Scientia Universalis. Festschrift für Claus Roxin zum 80. Geburtstag*, Berlin 2011, Bd. 2, S. 1515; *Schomburg, Wolfgang*, Die Europäisierung des Verbots doppelter Strafverfolgung – Ein Zwischenbericht, NJW 2000, 1833; *ders.*, Konkurrierende nationale und internationale Strafgerichtsbarkeit und der Grundsatz „Ne bis in idem“, in: *Arnold, Jörg u.a.* (Hrsg.), *Menschengerechtes Strafrecht. Festschrift für Albin Eser zum 70. Geburtstag*, München 2005, S. 829; *Schomburg, Wolfgang/Lagodny, Otto/Gleiß, Sabine/Hackner, Thomas*, *Kommentar zum Gesetz über die internationale Rechtshilfe in Strafsachen*, 5. Aufl. 2012; *Schomburg Wolfgang*

Suominen-Pflicht, Irene, Verbot der mehrfachen Strafverfolgung, Kompetenzkonflikte und Verfahrenstransfer, in: NJW 2012, 1190; *Sinn, Arndt* (Hrsg.), Jurisdiktionskonflikte bei grenzüberschreitender Kriminalität, Osnabrück 2012; *Soltész, Ulrich/Marquier, Julia*, Hält „doppelt bestraft“ wirklich besser? – Der ne bis in idem-Grundsatz im Europäischen Netzwerk der Kartellbehörden, in: EuZW 2006, 102; *Stalberg, Johannes*, Zum Anwendungsbereich des Art. 50 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union (ne bis in idem), Frankfurt/Main 2013; *Stein, Sibyl*, Ein Meilenstein für das europäische „ne bis in idem“, NJW 2003, 1162; *dies.*, Zum europäischen ne bis in idem nach Artikel 54 des Schengener Durchführungsübereinkommens. Zugleich ein Beitrag zur rechtsvergleichenden Auslegung zwischenstaatlich geltender Vorschriften, Frankfurt a.M. u.a. 2004; *Stuckenberg, Carl-Friedrich*, Der Tatbegriff des europäischen Doppelbestrafungsverbots, in: Meng, Werner/Ress, Georg/Stein, Torsten (Hrsg.), Europäische Integration und Globalisierung, Baden-Baden 2011, S. 567; *Tallgren, Inmi/Reisinger Coracini, Astrid*, Article 20: Ne bis in idem, in: Triffterer, Otto, Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court, 2. Aufl. München 2008, S. 669; *Thomas, Herbert*, Das Recht auf Einmaligkeit der Strafverfolgung: vom nationalen zum internationalen ne bis in idem; eine rechtsvergleichende Erörterung unter besonderer Berücksichtigung des Rechts der Bundesrepublik Deutschlands, Englands, Schottlands und der USA, Baden-Baden 2002; *Van Bockel, Bas*, The Ne Bis in Idem Principle in EU Law, Austin 2010; *Van den Wyngaert, Christine/Stessens, Guy*, The International Non Bis In Idem Principle. Resolving Some of the Unanswered Questions, ICLQ 1999, 779. *Van den Wyngaert, Christine/Ongena, Tom*, Ne bis in idem, in: Cassese, Antonio/Gaeta, Paola/Jones, John R.W.D. (eds.), The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary, Vol. II, Oxford 2002, S. 705; *Vander Beken, Tom/Vermeulen Gert/Lagodny, Otto*, Kriterien für die jeweils „beste“ Strafgewalt in Europa – Zur Lösung von Strafgewaltskonflikten jenseits eines transnationalen Ne-bis-in-idem, NStZ 2002, 624; *Vervaele, John A.E.*, The transnational ne bis in idem principle in the EU. Mutual recognition and equivalent protection of human rights, in: Utrecht Law Review 1 (2005), 100; *Vogel, Joachim*, Internationales und europäisches ne bis in idem, in: Hoyer, Andreas/Müller, Henning-Ernst/Pawlik, Michael/Wolter, Jürgen (Hrsg.), Festschrift für Friedrich-Christian Schroeder, Heidelberg 2006, 877; *Vogel, Joachim/Norouzi, Ali B.*, Europäisches „ne bis in idem“ – EuGH, NJW 2003, 1173, JuS 2003, 1059; *Wegener, Kilian*, Iterum iterumque in idem? Einschränkung des europäischen Mehrfachverfolgungsverbots bei Zusammentreffen von Kriminalstrafe und anderen Sanktionstypen, HRRS 2018, 205; *Weiß, Wolfgang*, Grundrechtsschutz durch den EuGH – Tendenzen seit Lissabon, in: EuZW 2013, 287; *Zöller, Mark A.*, Die transnationale Geltung des Grundsatzes ne bis in idem nach dem Vertrag von Lissabon, in: Knut Amelung/Hans-Ludwig Günther/Hans-Heiner Kühne (Hrsg.), Festschrift für Volker Krey, Stuttgart 2010, S. 501.