

Perspektiven der Europäisierung des Strafrechts nach Lissabon: Neues Denken oder alte Fehler?

A. Einleitung

Der Vertrag von Lissabon¹ modifiziert die Kompetenzaufteilung zwischen der Europäischen Union und ihren Mitgliedstaaten auf dem Gebiet des Strafrechts. Durch Art. 83 AEUV haben die Vertragsstaaten verfügt, dass mittels EU-Richtlinien Teilgebiete des materiellen Strafrechts angeglichen werden können. Ob damit eine gute Zeit beginnt, bleibt vorerst abzuwarten. Wer die Angleichung der Rechtsordnungen Europas als Selbstzweck begreift, wird die neue Kompetenzlage als Fortschritt deuten. Aber auch derjenige, der den Prozess der Europäisierung kritisch begleitet, darf Hoffnungen hegen. Es gibt die Chance zur kriminalpolitisch unterlegten und von den Mitgliedstaaten selbstbewusst begleiteten Gestaltung von Teilbereichen des materiellen Strafrechts. Ob diese Chance ergriffen wird, kann anhand der neuen Kompetenzregeln nicht beantwortet werden. Erst die Praxis der Gesetzgebung wird darüber entscheiden.

Das Vertragswerk birgt auch die Möglichkeit, das Zusammenspiel des nationalen Strafrechts mit unmittelbar anwendbarem EU-Recht zu verbessern. Gemeint ist die „nicht endende Geschichte“ der fehlerhaften Verweisung des Strafrechts auf nicht (mehr) einschlägige Rechtsakte der Union. Über zwei Jahrzehnte hat der mit dieser Festschrift gefeierte Jubilar *Hans Achenbach* in seinen Rechtsprechungsübersichten zum Wirtschaftsstrafrecht auf diese Fälle hingewiesen.² Wie stark dieses Problem unser Straf- und Bußgeldrecht mittlerweile belastet, kommt in einem verfassungsrechtlich mich nicht überzeugenden und strafprozessual inkompatiblen Beschluss des BVerfG auf dem Gebiet des Fahrpersonalrechts zum Ausdruck,³ obwohl gerade auf diesem Gebiet das

1 Vertrag von Lissabon zur Änderung des Vertrags über die Europäische Union und des Vertrags über die Gründung der Europäischen Gemeinschaft, ABl. C 306 vom 17.12.2007, 1 ff.; konsolidierte Fassungen des Vertrages über die Europäische Union und des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union, ABl. C 115 vom 09.05.2008, 13 ff., 47 ff.

2 Schauplatz dieser bedenklichen Entwicklung war über viele Jahre das frühzeitig europäisierte Weinrecht, siehe *Achenbach*, Aus der 1989/1990 veröffentlichten Rechtsprechung zum Wirtschaftsstrafrecht, NStZ 1991, 409, mit Hinweis auf fehlerhaft gewordene Verweisungen in den Fällen OLG Koblenz, NStZ 1989, 188, und OLG Stuttgart, NStZ 1990, 88; *ders.*, Aus der 1993 veröffentlichten Rechtsprechung zum Wirtschaftsstrafrecht NStZ 1994, 421 (422), zu BayObLGSt 1992, 121 ff.; *ders.*, Aus der 2001/2002 veröffentlichten Rechtsprechung zum Wirtschaftsstrafrecht, NStZ 2002, 523, zu LG Bad Kreuznach, ZLR 2001, 898.

3 BVerfG, NJW 1989, 2464; dazu *Schröder*, Neue Verteidigungsstrategien im europäisierten Wirtschaftsstrafrecht, zugleich eine Kritik an BVerfG, Beschluss vom 18. September 2008, 2 BvR 1817/08, in: Hiebl/Kassebohm/Lilie (Hrsg.), Festschrift für Volkmar Mehle, Baden-Baden 2009, 597 ff.

Problem der fehlerhaft gewordenen Verweisung keineswegs neu ist.⁴ Der Vertrag von Lissabon birgt auch für die Bewältigung dieser Fragen durchaus Chancen, die aber aktiv genutzt werden müssen.

An dieser Stelle soll aber zunächst ein summarischer Blick auf die neue Kompetenzregelung nach Art. 83 AEUV geworfen werden (unter B.). Nachdem der deutsche Gesetzgeber die Vorgaben des hervorragenden und mit Blick auf die demokratische Legitimation des Strafrechts wegweisenden Lissabon-Urteils des BVerfG⁵ umgesetzt hat, ergibt sich ein kluges Konzept zur behutsamen Setzung europäisierter Strafgesetze mittels EU-Richtlinien. Dabei sollen die Perspektiven und Chancen des neuen EU-Rechts zur Sprache kommen, aber auch die Gefahren (unter C.) für den Fall, dass ein neues Denken ausbleibt und alte Fehler wiederholt werden.

B. EU-Kompetenz und Legitimation im Überblick

Art. 83 AEUV bildet die Grundlage der Kompetenzerweiterung für EU-Rechtsakte auf dem Gebiet des materiellen Strafrechts. Trotz vieler Einzelfragen kann man drei Fallgruppen unterscheiden, die in dem nachfolgenden Überblick vorgestellt werden.

I. Art. 83 Abs. 1 UAbs. 1 AEUV

Nach Art. 83 Abs. 1 UAbs. 1 AEUV kann die EU durch Richtlinien Mindestvorschriften zur Festlegung von Straftaten und Strafen in Bereichen besonders schwerer Kriminalität festlegen, wenn diese eine grenzüberschreitende Dimension haben. Art. 83 Abs. 1 UAbs. 2 AEUV beschreibt diese Bereiche wie folgt: Terrorismus, Menschenhandel und sexuelle Ausbeutung von Frauen und Kindern, illegaler Drogen- und Waffenhandel, Geldwäsche, Korruption, Fälschung von Zahlungsmitteln, Computerkriminalität und organisierte Kriminalität. Bei genauem Hinsehen enthält insbesondere der luftige Begriff „organisierte Kriminalität“ keine greifbaren Kriterien für die erforderliche Spezifizierung der Kompetenz. Das wäre schon nach dem Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung gemäß Art. 5 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 EUV wünschenswert gewesen.⁶

4 Jeweils zu fehlgehenden Verweisungen auf EG-Rechtsakte im Fahrpersonalrecht bei *Achenbach*, NStZ 1991, 409 (410), zu BVerfGE 81, 132 ff.; ders., Aus der 2006/2007 veröffentlichten Rechtsprechung zum Wirtschaftsstrafrecht, NStZ 2007, 566, zu OLG Hamburg, StraFo 2007, 254; ders., Aus der 2007/2008 veröffentlichten Rechtsprechung zum Wirtschaftsstrafrecht, NStZ 2008, 503 (504), zu OLG Düsseldorf, NJW 2008, 930 (931).

5 BVerfGE 123, 267 ff. (= BVerfG, NJW 2009, 2267 ff.).

6 Zur Offenheit der benannten Kriminalitätsbereiche siehe auch *Ambos/Rackow*, Erste Überlegungen zu den Konsequenzen des Lissabon-Urteils des Bundesverfassungsgerichts für das Europäische Strafrecht, ZIS 2009, 397 (402 f.), abrufbar unter: <http://www.zis-online.com> (Stand: 09.02.2011); *Braun*, Europäisches Strafrecht im Fokus konfligierender Verfassungsmodelle. Stoppt das Bundesverfassungsgericht die europäische Strafrechtsentwicklung?, ZIS 2009, 418 (421), abrufbar unter: <http://www.zis-online.com> (Stand: 09.02.2011); *Kubiciel*, Strafrechtswissenschaft und europäische Kriminalpolitik, ZIS 2010, 742 (743 f.), abrufbar unter: <http://www.zis-online.com> (Stand: 09.02.2011); *Satzger*, Internationales und Europäisches Strafrecht, Baden-Baden 2010, § 9 Rn. 34; *Weigend*, Der Entwurf einer Europäischen Verfassung und das Strafrecht, ZStW 116 (2004), 275 (285 f.).

Derart weiche Kompetenznormen sind insbesondere in ihrem Randbereich bedenklich, also dort, wo fraglich wird, ob ein Mitgliedstaat bei der Zustimmung zur Vertragserweiterung eine entsprechende Gesetzgebungsaktivität der Union überhaupt vor Augen hatte. Zwar liegt es im Wesen des EU-Rechts, dass die Mitgliedstaaten Rechtssetzungskompetenzen übertragen haben, ohne zu wissen, welche konkreten Regelungen darauf beruhen werden. Unter Berücksichtigung der funktionalen Kompetenzzuweisung an die Union führt das zu einer tendenziell eher dynamischen als starren Kompetenzaufteilung. Indes hat der Grundsatz der begrenzten Einzelermächtigung auch die Funktion, dass ein zukünftiges Regelungsgebiet zumindest abstrakt absehbar sein muss. Ist das nicht der Fall, führt das zu einem Mangel an demokratischer Legitimation, weil die Union trotz der Beteiligung des Europäischen Parlaments einem Strafgesetz nicht die erforderliche demokratische Legitimation i. S. d. strengen Gesetzesvorbehalts vermitteln kann.⁷ In diesem Sinne ruht in jedem Zustimmungsgesetz nach Art. 23 Abs. 1 S. 2 GG, das eine Vertragserweiterung billigt, immer auch ein Stück Legitimation des später darauf beruhenden EU-Rechtsaktes.

Erst die durch Art. 23 GG vermittelte Offenheit unserer Rechtsordnung für die von der Gemeinschaft bzw. Union erlassenen Rechtsakte ist das Besondere des EU-Rechts⁸ und der wesentliche Unterschied zum übrigen Völkerrecht. Wenn ein Mitgliedstaat durch eigene Mitwirkung am Verhandlungstisch und Ratifizierung durch das Parlament eine unionsrechtliche Kompetenznorm wie Art. 288 AEUV (ex-Art. 249 EGV) im Primärrecht verankert, dann erkennt er vorab die zukünftige Geltung von darauf beruhendem EU-Sekundärrecht (EU-Verordnung, EU-Richtlinie) neben der nationalen Rechtsmasse an.⁹ Auf einem bestimmten Gebiet (Einzelermächtigung i. S. v. Art. 5 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 EUV) werden die konkreten Rechtsakte in die Hände der Organe der Union gelegt, ohne genau zu wissen, was da im Einzelnen kommt.¹⁰ Darin liegt auch die sachliche Rechtfertigung des Vorrangs des EU-Rechts, denn man kann sich nicht verpflichten und versprechen, zukünftige EU-Rechtsakte innerstaatlich zu akzeptieren und anzuwenden, um später einzelne Rechtsakte in ihrer konkreten Gestalt auf eigenes Wohlgefallen prüfen zu wollen.¹¹ Wenn das jeder Mitgliedstaat für sich in Anspruch nehmen würde, wäre das gesamte EU-Recht aus den Angeln gehoben.¹²

Gerade deshalb ist es problematisch, wenn sich die vertragserweiternde Kompetenznorm schillernder Begriffe wie „organisierte Kriminalität“ bedient. An dieser Stelle bleibt nämlich unklar, was da überhaupt an strafrechtlicher EU-Rechtssetzung kommen

7 Schröder, Europäische Richtlinien und deutsches Strafrecht, Berlin/New York 2002, 130 f.

8 Klein, Das nationale Recht im Zugriff des Europäischen Gemeinschaftsrechts, in: Juristische Fakultät der Universität Potsdam (Hrsg.), Europäische Union und nationales Recht, Potsdam 1999, 11 (12).

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

10 Schröder, Lissabon – eine Chance für eine kriminalpolitisch unterlegte Harmonisierung des Strafrechts in Europa, in: Rill (Hrsg.), Von Nizza nach Lissabon – neuer Aufschwung für die EU, München 2010, 103 (110).

11 Schröder (Fn. 7), 101.

12 Vgl. bereits Schröder (Fn. 10), 103 (110).

könnte. Das EU-Recht lebt aber nicht aus sich heraus und die EU-Organe verfügen nicht über eine Kompetenz-Kompetenz. Der eigentliche Geltungsgrund für das Primär- und Sekundärrecht, deren Vorrang und Anwendung, bildet in Deutschland immer das deutsche Zustimmungsgesetz zu dem jeweiligen Vertrag. Erst das Zustimmungsgesetz vermittelt den entsprechenden Rechtsanwendungsbefehl.¹³ Die darin grundsätzlich zu erblickende Legitimation späterer EU-Rechtsakte genügt nicht, wenn Kompetenznormen wie Art. 83 Abs. 1 UAbs. 2 AEUV wachsweiße Formulierungen wie „organisierte Kriminalität“ enthalten. Das kann vieles sein, bzw. man kann vieles darunter verstehen. Wenn das so ist, dann steht der demokratisch legitimierte Volksvertretung beim Ratifizierungsakt nicht vor Augen, um was es geht oder gehen könnte. Freilich gibt es zum Begriff „organisierte Kriminalität“ ein gewisses Vorverständnis; so fand sich die Terminologie schon in ex-Art. 29 Abs. 2, 31 Abs. 1 lit. e EUV.¹⁴ Indes lehrt die Erfahrung, dass die EU-Organe, einschließlich des EuGH, in Kompetenzfragen zu einer großflächig funktionalen Sicht neigen, die mit den Schlagworten „implied powers“ oder „effet utile“ umschrieben wird. Eine wirkliche Reflexion kompetenzrechtlich relevanter Begriffe blieb nur zu oft auf der Strecke. Das BVerfG hat mit Blick auf die demokratische Selbstbestimmung daher zutreffend betont, dass Mindestvorschriften nach Art. 83 Abs. 1 AEUV dem nationalen Gesetzgeber „substanzielle Ausgestaltungsspielräume“ lassen müssen. Denn die demokratische Selbstbestimmung wäre nach richtiger Auffassung des BVerfG in einer besonders empfindlichen Weise berührt, wenn eine Rechtsgemeinschaft gehindert werden würde, „über die Strafbarkeit von Verhaltensweisen und gar die Verhängung von Freiheitsstrafen nach Maßgabe eigener Wertvorstellung zu entscheiden“.¹⁵ Abgerundet wird dieses Bild dadurch, dass das BVerfG eine „strikte“ Auslegung der Kompetenznorm des Art. 83 Abs. 1 AEUV anmahnt und den deutschen Vertreter im Rat den Weisungen des Deutschen Bundestages unterstellt.¹⁶ In einer Gesamtschau der Rechtsordnungen kann man resümieren, dass die Entscheidung des BVerfG jedenfalls aus deutscher Sicht dazu führt, dass Art. 83 Abs. 1 AEUV in der praktischen Anwendung mit dem Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung nicht kollidiert.¹⁷ Dazu tragen auch die nachfolgend noch anzusprechenden Vetorechte (Art. 83 Abs. 3 AEUV) und Informationspflichten (Art. 69 AEUV i. V. m. Art. 12 lit. b EUV) bei.

13 BVerfGE 31, 145 (173 ff.); 73, 339 (375); 75, 223 (244); *Kirchhof*, Das Maastricht-Urteil des Bundesverfassungsgerichts, in: Hommelhoff/Kirchhof (Hrsg.), Der Staatenverbund der Europäischen Union, Heidelberg 1994, 11 (14).

14 Denkbar erscheint es auch, in diesem Zusammenhang das Übereinkommen der Vereinten Nationen gegen die grenzüberschreitende organisierte Kriminalität zu bemühen, um Begriffsinhalte zu bestimmen, siehe das Gesetz zu dem Übereinkommen der Vereinten Nationen vom 15. November 2000 gegen die grenzüberschreitende organisierte Kriminalität sowie zu den Zusatzprotokollen gegen den Menschenhandel und die Schleusung von Migranten vom 1. September 2005, BGBl. II 2005, 954, 956; ergänzend ABl. L 261 vom 06.08.2004, 29. Siehe auch *Satzger* (Fn. 6), § 9 Rn. 34 a. E.

15 BVerfGE 123, 267 (412). Dies muss vor allem auch vor dem Hintergrund betrachtet werden, dass das BVerfG (E 123, 267 [358, 359 f.]) das Strafrecht zu den wesentlichen Bereichen demokratischer Gestaltung zählt.

16 BVerfGE 123, 267 (410, 412 f., 414).

17 Vgl. die restriktiven Vorgaben für die Handhabung der Kompetenznorm bei BVerfGE 123 (267, 410 f., 412 f., 413 f.).

II. Art. 83 Abs. 1 UAbs. 3 AEUV

Potentiell kompetenzerweiternd wirkt auch die Möglichkeit des Rates gemäß Art. 83 Abs. 1 UAbs. 3 AEUV, je nach Entwicklung der Kriminalität durch Beschluss andere Kriminalitätsbereiche zu bestimmen. Das erinnert an eine Art Option des Rates, Kompetenzen durch einseitige Erklärung erweitern zu können. Die insoweit erforderliche Einstimmigkeit des entsprechenden Beschlusses führt zwar zu einer gewissen Rückbindung in den Mitgliedstaaten, die aber bei der Bundesregierung endet. Das BVerfG verlangt, dass für diesen Fall der deutsche Gesetzgeber nach Art. 23 Abs. 1 S. 2 GG tätig wird.¹⁸ Das ist schon deshalb richtig, weil niemand bei der Zustimmung zum Vertrag von Lissabon absehen konnte, welche Bereiche des Strafrechts konkret Gegenstand einer entsprechenden Optionsausübung sein könnten.

III. Art. 83 Abs. 2 AEUV

Art. 83 Abs. 2 AEUV spricht ein kompetenzrechtlich problematisches Gebiet an. Es geht um bereits harmonisierte Bereiche der EU-Politik. Art. 83 Abs. 2 S. 1 AEUV gibt der Union die Möglichkeit, durch Richtlinien Mindestvorschriften für die Festlegung von Straftaten und Strafen auf einem Gebiet festzulegen, auf dem die Angleichung der strafrechtlichen Rechtsvorschriften als unerlässlich für die wirksame Durchführung der Politik der Union erscheint. Die Regelung spricht damit das an, was man im Lichte der Rechtsprechung des EuGH als „Annexkompetenz“ bezeichnen kann.¹⁹ Dass diese strittige Rechtsprechung²⁰ zur strafrechtlichen Annexkompetenz über Art. 83 Abs. 2 AEUV eine primärrechtliche Grundlage erhalten hat, ist zu begrüßen. Die Kompetenzzuweisung steckt einen engen Rahmen ab, weil eine entsprechende Harmonisierung „unerlässlich für die wirksame Durchführung der Politik der Union“ sein muss. Das BVerfG verlangt hierfür, dass ein gravierendes Vollzugsdefizit tatsächlich bestehen muss.²¹ Vor diesem Hintergrund und aus Gründen einer behutsamen Kriminalpolitik wird die Union jedes Harmonisierungsvorhaben, das sich auf Art. 83 Abs. 2 AEUV stützt, sorgfältig begründen müssen.²²

Dazu gehört auch eine gesunde Selbstkritik der EU-Organe. Wenn sich der Zustand eines durch die Union harmonisierten Rechtsgebiets als so unbefriedigend erweist, dass bis dahin in den Mitgliedstaaten nicht vorhandene Strafnormen plötzlich als „unerlässlich für die wirksame Durchführung der Politik der Union“ erscheinen, muss sich vor allem die EU-Kommission überlegen, ob das nicht auch an den eigenen Regelungen

18 BVerfGE 123, 267 (412 f.).

19 Insbesondere EuGH, Urt. v. 23.10.2007 – Rs. C-440/05, *Kommission/Rat*, Slg. 2007, I-9097 (Rn. 66, 70 f.); kritisch BVerfGE 123, 267 (411); *Kubiciel*, ZIS 2010, 742 (744).

20 Überblick bei *Hecker*, *Europäisches Strafrecht*, 4. Aufl., Berlin/Heidelberg 2010, § 8 Rn. 2 ff.; *Satzger* (Fn. 6), § 9 Rn. 39 f., mit dem zutreffenden Hinweis, dass diese integrationsfreundliche Rechtsprechung des EuGH einer Zeit entstammt, in der mit einer primärrechtlichen Regelung wie Art. 83 Abs. 2 AEUV bereits zu rechnen war. Das spätere Ringen um die unionsweite Ratifizierung des Vertrages von Lissabon belegt jedoch die Problematik einer derart vorlaufenden Rechtsprechung.

21 BVerfGE 123, 267 (412).

22 *Kubiciel*, ZIS 2010, 742 (745).

liegen könnte, mittels derer man den sodann als unbefriedigend empfundenen Rechtszustand erzeugt hat. Das Strafrecht sollte nicht dazu dienen, verunglücktes EU-Recht zu zementieren.

Es wäre z. B. falsch, aus der schweren Finanzkrise der Jahre 2007/2008 ohne sorgfältige Analyse ihrer Gründe das Bedürfnis für eine (weitere) Europäisierung des Kapitalmarktstrafrechts herzuleiten. Man muss sich nämlich fragen, ob es nicht EU-Regelungen waren, die zur Krise beigetragen haben. Allein die Tatsache, dass sich unter der Geltung des europäisierten Kapitalmarktrechts in den Jahren 2001/2002 sowie 2007/2008 gleich zwei schwere Finanzkrisen in kurzer Abfolge abgespielt haben, sollte nachdenklich stimmen. Freilich handelte es sich um internationale Krisen, es ist aber nicht erkennbar, dass das europäisierte Bank- und Kapitalmarktrecht die Folgen dieser Krisen gemildert hätte. Von der gemeinsamen europäischen Währung wird das zumindest noch behauptet. Umso tragischer ist es, dass sie sogleich im Zentrum einer dritten Krise stand. Es ist eine schlichte Tatsache, dass viele Staaten, die ihr Währungs-, Bank- und Kapitalmarktrecht selbstbewusst geregelt haben, diese Krisen vergleichsweise gut überstanden haben.

Eine nähere Analyse dessen würde den Rahmen eines rechtswissenschaftlichen Diskurses sprengen, ist hier aber auch nicht erforderlich. Für die Frage der Harmonisierung von Strafvorschriften auf der Grundlage des Art. 83 Abs. 2 S. 1 AEUV kommt es auf Folgendes an: Wenn der Kommission die Angleichung von strafrechtlichen Rechtsvorschriften als unerlässlich für die wirksame Durchführung der Politik der Union erscheint, dann muss auch die Gegenfrage erlaubt sein, wie es zu solchen Defiziten kommen konnte. Das muss von der Kommission sorgfältig eruiert und dargelegt werden.

IV. Art. 325 Abs. 4 AEUV

Art. 325 Abs. 4 AEUV ermächtigt die Union zur Betrugsbekämpfung zum Nachteil ihrer finanziellen Interessen. Allerdings fehlt eine Einschränkung, die noch in dem davor einschlägigen ex-Art. 280 Abs. 4 S. 2 EGV zu finden war. Diese Regelung sah vor, die Anwendung des Strafrechts der Mitgliedstaaten und ihre Strafrechtspflege von den Maßnahmen zur Betrugsbekämpfung unberührt zu lassen. Diese Einschränkung gibt es nicht mehr, weshalb angenommen wird, dass Art. 325 Abs. 4 AEUV dazu ermächtigen soll, unmittelbar anwendbare Strafnormen zu schaffen.²³ Dieser Ansicht ist aber schon deshalb zu widersprechen, weil sich das Vertragswerk erstmals einer unionsweiten Teilharmonisierung auf dem Gebiet des Strafrechts zuwendet. Das machte es in der Tat notwendig, die Einschränkung nach ex-Art. 280 Abs. 4 S. 2 EGV zu streichen. Nur auf diese Weise bleibt das Vertragswerk frei von Widersprüchen,²⁴ zumal man nicht völlig

23 So etwa Hecker (Fn. 20), § 4 Rn. 81; Mansdörfer, Das europäische Strafrecht nach dem Vertrag von Lissabon – oder: Europäisierung des Strafrechts unter nationaler Mitverantwortung, HRRS 2010, 11 (18), abrufbar im Internet: <http://www.hrr-strafrecht.de> (Stand: 09.02.1011); Satzger (Fn. 6), § 8 Rn. 25; zur alten Rechtslage nach Art. 280 Abs. 4 EGV siehe Schröder (Fn. 7), S. 143 ff. mwN.

24 Wie hier schon Böse, Die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zum Vertrag von Lissabon und ihre Bedeutung für die Europäisierung des Strafrechts, ZIS 2010, 76 (87 f.), abrufbar im Internet:

ausschließen kann, dass Maßnahmen nach Art. 83 AEUV auch auf den Schutz von EU-Finanzinteressen zielen. Die Streichung des zweiten Satzes des ex-Art. 280 Abs. 4 S. 2 EGV begründet im Lichte des Prinzips der begrenzten Einzelermächtigung auch deshalb keine Kompetenz zur Setzung kriminalstrafrechtlicher Normen, weil eine Lektüre des Primärrechts nach Lissabon zeigt, dass die Verträge das Wort „Strafrecht“ gebrauchen, wenn sie Strafrecht meinen. Das belegt nicht nur Art. 83 AEUV, sondern auch Art. 67 Abs. 3 AEUV.

Folgende Erwägung stützt dieses Ergebnis: In Art. 83 Abs. 3 AEUV findet sich das nachfolgend vorgestellte „Notbremseverfahren“, das Ausdruck einer vorsichtigen Rechtsangleichung ist. Eine unmittelbar anwendbare EU-Strafrechts-Verordnung, mit der neues Strafrecht formuliert wird, wäre genau das Gegenteil. Das zeigt sich schon anhand der Erwägung, dass auch eine durch nationale Gerichte anzuwendende EU-Strafrechts-Verordnung grundlegende Aspekte der Strafrechtsordnung eines Mitgliedstaats berühren könnte. Unmittelbar anwendbare EU-Strafrechts-Verordnungen passen nicht zum Geist und zur Botschaft des Art. 83 Abs. 3 AEUV und des Lissabon-Urteils des BVerfG.

Als sekundärrechtliche Normenkategorie stünde für unmittelbar anwendbares Strafrecht ohnehin nur die EU-Verordnung zur Verfügung. Ein deutsches Gericht könnte auf dieser Grundlage indes keine Kriminalstrafe verhängen, denn eine ohne mitgliedstaatliche Parlamentsbeteiligung erlassene EU-Strafrechts-Verordnung erfüllt gerade nicht die Kriterien der demokratischen Rückbindung, die das BVerfG in seinem Lissabon-Urteil zu Recht verfügt hat. Eine EU-Strafrechts-Verordnung wäre nicht in einem Maß auf ein entsprechendes Votum der deutschen Volksvertretung rückführbar, dass dem strengen Gesetzesvorbehalt im übertragenen Sinne auch nur ansatzweise genügt werden würde. Jedenfalls für neue und der deutschen Rechtsordnung bis dahin unbekannte Straftatbestände trifft das zu. Freilich geht es bei Art. 325 Abs. 4 AEUV um die finanziellen Interessen der EU, die bei ihrer Gesetzgebung nicht durch das GG gebunden wird. Sobald aber ein deutscher Strafrichter aufgrund einer EU-Strafrechts-Verordnung tätig werden würde, lebt dessen Bindung durch das Gesetzlichkeitsprinzip auf. Eine EU-Strafrechts-Verordnung wäre mangels genügender Beteiligung der deutschen Volksvertretung nicht ausreichend legitimiert. Die Beteiligung des Europäischen Parlaments ändert daran nichts. Sollte die EU tatsächlich versuchen, unmittelbar anwendbare Strafnormen auf der Grundlage des Art. 325 Abs. 4 AEUV zu setzen, verspielt sie in den Mitgliedstaaten weiteren Kredit. Aber auch rechtspolitisch wäre es mittlerweile nur noch schwer erträglich, wenn ausgerechnet die EU-Kommission nach ihrem desaströsen Auftritt im Zusammenhang mit der Einhaltung der Defizitkriterien durch Griechenland allen Ernstes entsprechende Vorschläge zum „Schutz der finanziellen Interessen“ der Union unterbreiten würde.

<http://www.zis-online.com> (Stand: 09.02.2011); vgl. ferner in Kürze die Dissertation von *Schützendübel*, Die Bezugnahme auf EU-Verordnungen in Blankettstrafgesetzen, 1. Kap. A. I.

V. Mechanismen zur Sicherung innerstaatlicher Identität

Interessant und neu sind zwei Mechanismen, mittels derer in Deutschland die innerstaatliche Identität des auf Art. 83 AEUV fußenden Strafrechts gesichert wird. Das EU-Recht sieht die Möglichkeit vor, dass ein Mitgliedstaat die Notbremse ziehen kann und, um im Bild zu bleiben, den rollenden Integrations-Express stoppt, um auf freier Strecke auszusteigen. Innerstaatlich hat der Gesetzgeber im Lichte des Lissabon-Urteils des BVerfG mit dem IntVG²⁵ ein kluges Konzept zur Wahrung hinreichender Legitimation entwickelt.

1. Die Notbremse

Art. 83 Abs. 3 AEUV gibt den Mitgliedern im Rat ein Vetorecht gegen den Entwurf einer Richtlinie an die Hand. Wenn ein Mitglied des Rates meint, dass ein Richtlinienentwurf grundlegende Aspekte seiner Strafrechtsordnung berührt, kann es beantragen, dass der Europäische Rat befasst wird. Das EU-Gesetzgebungsverfahren wird in diesem Fall angehalten. Soweit man sich einigt, wird die Sache innerhalb von vier Monaten an den Rat zurückverwiesen und das EU-Gesetzgebungsverfahren fortgesetzt. Kommt es nicht zu einer Einigung, wollen aber mindestens neun Mitgliedstaaten an dem Vorhaben festhalten, so entsteht das, was Art. 83 Abs. 3 UAbs. 2 AEUV elegant als „Verstärkte Zusammenarbeit“ bezeichnet. Wer ein Veto einlegt, kann einen Richtlinienentwurf also nicht endgültig zu Fall bringen, sondern sich nur einseitig aus der Verbindlichkeit der aus dem Verfahren hervorgehenden EU-Richtlinie verabschieden.²⁶ Dieses Verfahren verdient Zustimmung, weil damit auf politischer Ebene dem Erpressungspotential einer Blockade begegnet werden kann.

2. Demokratische Rückbindung in Deutschland

Das BVerfG hat das Vetorecht nach Art. 83 Abs. 3 AEUV mit spitzen Fingern angefasst. Auf den ersten Blick scheint hier ein Mechanismus gefunden worden zu sein, mittels dessen die Identität der nationalen Strafrechtsordnung gewahrt werden kann. Indes verlangen gerade diese heiklen Fälle nach innerstaatlicher Legitimation und Akzeptanz. Tiefgreifende Änderungen der nationalen Strafrechtsordnung darf es eben nur nach einer Befassung des dafür zuständigen Souveräns geben. Allein über die Frage, wann überhaupt ein tiefgehender Einschnitt i. S. d. Art. 83 Abs. 3 AEUV vorliegt, lässt sich trefflich streiten. Deshalb war es ein kluger Schachzug des BVerfG, die innerstaatliche Legitimation von Strafgesetzen, die EU-Richtlinien nach Art. 83 Abs. 3 AEUV umsetzen, umfassend zu sichern.

Letztlich geht es um eine Rückbindung der Rechtsetzungsbeteiligung Deutschlands in der Union an eine hinreichend qualifizierte Entscheidung des Bundestags und ggf. des

25 Gesetz über die Wahrnehmung der Integrationsverantwortung des Bundestages und des Bundesrates in Angelegenheiten der Europäischen Union vom 22.09.2009, BGBl. I 2009, 3022.

26 Spannend ist die Frage, ob und inwieweit die Behauptung eines Mitgliedstaates, es seien grundlegende Aspekte seiner Rechtsordnung berührt, justiziabel sein wird. Siehe dazu *Hecker* (Fn. 20), § 8 Rn. 56 ff.

Bundesrats.²⁷ Dieser Vorgang verkörpert einen Mechanismus, der die grundgesetzlich gebotene Legitimation der Strafrechtssetzung sicherstellt. Diesen Anforderungen ist der deutsche Gesetzgeber „im ersten Takt“ mit dem IntVG gerecht geworden. Allerdings muss sich erst noch erweisen, ob die Möglichkeiten des IntVG in der Praxis der Gesetzgebung auch genutzt werden. Der Versuch, die demokratische Legitimation des Strafrechts verfahrensrechtlich abzusichern, würde Schaden nehmen, wenn das Verfahren nach dem IntVG nur als Fassade dienen würde, um EU-Richtlinienvorhaben durchzuwinken. Der deutsche Gesetzgeber muss die ihm zugewiesene Integrationsverantwortung auch wahrnehmen.²⁸

Der vorgesehene Mechanismus ist einstweilen aber zu loben. Nach § 7 Abs. 1 IntVG darf der deutsche Vertreter im Rat einem Beschlussvorschlag nach Art. 83 Abs. 1 UAbs. 3 AEUV nur zustimmen oder sich der Stimme enthalten, nachdem ein entsprechendes Gesetz gemäß Art. 23 Abs. 1 GG in Kraft getreten ist.²⁹ Man scheint es ernst zu meinen, denn der Bundestag darf die Wahrnehmung dieses Gesetzgebungsrechts – entgegen dem Regelfall – dabei nicht auf den Ausschuss für die Angelegenheiten der Europäischen Union übertragen, § 93b Abs. 2 S. 2 GO BT. Fehlt es an einem solchen Gesetz, muss der Vertreter den Beschlussvorschlag ablehnen. Aufgrund des Einstimmigkeitserfordernisses des Art. 83 Abs. 1 UAbs. 3 AEUV können Bundestag und Bundesrat damit einen entsprechenden Beschluss der Union verhindern.

Interessant ist auch § 9 IntVG, der sich dem Notbremsemechanismus nach Art. 83 Abs. 3 UAbs. 1 S. 1 AEUV widmet. § 9 Abs. 1 IntVG gibt dem Bundestag die Möglichkeit, den deutschen Vertreter im Rat anzuweisen, einen solchen Antrag zu stellen.³⁰ § 9 Abs. 2 IntVG enthält eine solche Ermächtigung des Bundesrats für Bereiche, die seiner Gesetzgebungszuständigkeit unterfallen. Wiederum spiegelt sich die Bedeutung einer umfassenden Mitwirkung des Bundestages in § 93b Abs. 2 GO BT wider. Der Ausschuss für die Angelegenheiten der Europäischen Union kann nach § 93b Abs. 2 S. 4 GO BT die Rechte des Bundestages nicht ohne dessen Ermächtigung gemäß Satz 1 ausüben. Schließlich werden Bundestag und Bundesrat auf das Verhalten der Bundesregierung im Europäischen Rat auch durch die Abgabe von Stellungnahmen nach Art. 23 Abs. 3 bzw. Abs. 5 GG Einfluss nehmen können.³¹

C. Perspektiven und Chancen

Der skizzierte Regelungsrahmen für eine Europäisierung des Strafrechts birgt große Chancen. Die frühzeitige Befassung des deutschen Gesetzgebers mit EU-Richtlinienvorhaben ist jedenfalls grundsätzlich geeignet, das europäisierte Strafrecht unter demokratischen Gesichtspunkten sogar in besonderer Form zu legitimieren. Zudem bietet

27 BVerfGE 123, 267 (413 f.).

28 *Folz*, Karlsruhe, Lissabon und das Strafrecht – ein Blick über den Zaun, ZIS 2009, 427 (430), abrufbar im Internet: <http://www.zis-online.com> (Stand: 09.02.2011).

29 Dazu BVerfGE 123, 267 (412 f., 436).

30 Vgl. dazu BVerfGE 123, 267 (413 f.), mit leicht von § 9 IntVG abweichendem Inhalt.

31 Vgl. Begründung des Gesetzentwurfs, BT-Drucks. 16/13923, 19.

sich die Möglichkeit, alte Fehlerquellen abzustellen. Es ist ja keineswegs so, dass es eine Europäisierung des Strafrechts über EU-Richtlinien nicht längst geben würde. Das deutsche Kapitalmarktstrafrecht muss in seiner heutigen Gestalt als ganz überwiegend europäisiertes Strafrecht gelten. Nichts anderes gilt für die Geldwäsche nach § 261 StGB, die zwar auch auf Vorgaben des Europarates zurückgeht, heute aber weitgehend unter Einfluss des EU-Rechts steht. Weitere Gebiete des Wirtschaftsstrafrechts sind hochgradig europäisiert, weil die entsprechenden Blankettstraftatbestände auf blankettausfüllende Vorschriften verweisen, die ihrerseits umgesetztes EU-Richtlinienrecht oder sogar unmittelbar anwendbares EU-Verordnungsrecht darstellen. Diese Prozesse sind jedoch nicht reibungslos verlaufen. Der Zustand des europäisierten Strafrechts muss als unbefriedigend gelten.

I. Defizite europäisierter Strafgesetze

Man sollte angesichts der neuen Möglichkeiten der Europäisierung des Strafrechts einen Blick zurückwerfen, um alte Fehlerquellen abzustellen. Ohne an dieser Stelle alle Ursachen untersuchen zu können, sollen doch vier Punkte konkret benannt werden.

1. Gesetzgebungsaktionismus

Wer sich in den letzten Jahren mit dem Kapitalmarktstrafrecht beschäftigt hat, musste sich immer wieder mit Rechtsänderungen auseinandersetzen. Zahlreiche EU-Richtlinien haben das Kapitalmarktrecht reformiert. Ihre Umsetzung führte zu Änderungen blankettausfüllender Vorschriften, aber auch Strafnormen wurden geschaffen. Gewiss hatte jedes dieser Gesetzgebungsvorhaben auf europäischer und nationaler Ebene hehre Ziele. Das Recht sollte verbessert werden. Man kann Recht durch ständige Änderungen aber auch verschlechtern oder gar ersticken. Gerade das Strafrecht muss sich setzen, um präventiv wirken und Rechtssicherheit stiften zu können. Ständige Rechtsänderungen desorientieren den Normunterworfenen, was letztlich die Beachtung des Rechts und damit seine faktische Geltung untergräbt. Auch Staatsanwälten und Richtern wird durch Rechtsänderungen der Zugang zu den zumeist komplexen Regelungen erschwert.

2. Umfang der Strafnormen

Europäisch veranlassetes Recht wird regelmäßig zu ausführlich umgesetzt. Gut veranschaulichen lässt sich dies anhand des § 261 StGB. Die Vorschrift ist lang, sprachlich blass und bemüht, sich in jede Richtung abzusichern. Nur zu oft versucht der deutsche Gesetzgeber, jeden Gedanken einer EU-Richtlinie umzusetzen. Das führt zu überlangen Vorschriften, anstatt die bewährte Methode abstrakt formulierter Gesetze beizubehalten, die sich bemühen, die Sache auf den Punkt zu bringen und dem Normunterworfenen dann auch eine klare Botschaft vermitteln. Ein europarechtliches Defizit ist dabei nicht zu besorgen. Einzelheiten und Telos der EU-Vorgaben können dann über die richtlinienkonforme Auslegung in das nationale Recht einfließen.

Es gibt europäisierte Strafnormen, die als warnendes Beispiel dienen mögen. Etwa die Regelung über das Verbot der Marktmanipulation nach §§ 38 Abs. 2, 20a WpHG ist

trotz ihres beachtlichen Umfangs und ausführender Rechtsverordnung in vielen Einzelpunkten unklar und umstritten.³² Noch schlimmer sieht es außerhalb des Strafrechts aus. Wer die Entwicklung des § 1 KWG in den letzten Jahrzehnten verfolgt hat, dem steht vor Augen, wie eine Norm infolge der Europäisierung regelrecht mutieren und völlig aus den Fugen geraten kann.

§ 1 KWG steht als Beispiel für etwas, das ich als legislativen Kontrollverlust bezeichnen möchte. Die für ein funktionierendes Kreditwesen wichtige Norm wird immer länger und chaotischer. Es wäre falsch, an dieser Stelle (nur) auf die Union oder (nur) auf den innerstaatlichen (Umsetzungs-) Gesetzgeber zu verweisen. Die Ministerialbürokratie ist mit der enormen Zahl an EU-Vorgaben schlicht und einfach überfordert. Der Rechtsunterworfenen ist es auch.

3. Sprachliche Anämie

Europäisiertes Recht bedient sich oft einer synthetisch anmutenden Sprache. Eine Ursache dafür liegt zumindest auch in der autonomen Begriffsbildung des EU-Rechts. Ein weiterer Grund ist in der detaillierten Umsetzung von Richtlinienvorgaben und dem europarechtlich begründeten Hang zu suchen, jeden Begriff definieren zu wollen. Das ist zwar in sich logisch. Denn wenn man sich im Wege der autonomen Begriffsbildung für blutleere Begriffe entscheidet, muss man diese dann auch definieren. Das Ergebnis besteht aber zu oft in einer technokratischen Sprache, die den Rechtsanwendern große Probleme bereitet. Ich habe schon mehrfach anhand eines Beispiels darauf hingewiesen, dass dieses Vorgehen bereits das Strafrecht erfasst hat.³³ Der Vorgang ist so ernst, dass ich abermals auf dieses mahnende Beispiel hinweisen möchte. §§ 20a Abs. 1, 38 Abs. 2 WpHG stellen die Marktmanipulation unter Strafe. Nach § 20a Abs. 1 S. 1 Nr. 1 WpHG darf man keine unrichtigen oder irreführenden Angaben über Umstände machen, die für die Bewertung eines Finanzinstruments erheblich sind. Der Begriff „Finanzinstrument“ ist ein Kunstwort, das in § 2 Abs. 2b WpHG definiert wird. Dort liest man, dass Finanzinstrumente u. a. Wertpapiere und Geldmarktinstrumente sind. Nun wird derjenige, der nicht weiß, was ein Finanzinstrument ist, mit der Vokabel „Geldmarktinstrument“ auch nicht viel anfangen können. Man kämpft sich also weiter durch das Gesetz und stößt auf § 2 Abs. 1a WpHG, der den Begriff „Geldmarktinstrumente“ definiert. Die Vorschrift sagt u. a., dass Zahlungsinstrumente keine Geldmarktinstrumente sind. Was wiederum unter dem Begriff „Zahlungsinstrumente“ zu verstehen ist, lässt das Gesetz offen. Man fragt sich, welchen Sinn ein solcher Definitions-Marathon eigentlich haben soll.

4. Experimentelle Extension europäisierter Strafnormen

Aus einer diffusen Gemengelage europäischer und internationaler Vorgaben bzw. Forderungen kommt es mitunter auch zu einer experimentell anmutenden Extension euro-

32 *Hellmann*, Vom desolaten Zustand des deutschen (Wirtschafts-)Strafrechts, in: Amelung/Günther/Kühne (Hrsg.), Festschrift für Volker Krey, Stuttgart 2010, 169 (177 ff.).

33 *Schröder* (Fn. 10), 103 (111 f.).

päisierter Strafnormen. Das klingt nach einer abstrakten These, die sogleich konkret anhand eines Beispiels belegt werden soll. Ein nahezu unbeachtet gebliebener Regierungsentwurf³⁴ sieht vor, den Vortatenkatalog des § 261 Abs. 1 S. 2 Nr. 4 b StGB um diverse Strafnormen anzureichern, die für den Fall ihrer gewerbs- oder bandenmäßigen Begehung zur Vortat der Geldwäsche werden sollen. In der Sache handelt es sich um Vergehen, mittels derer das „geistige Eigentum“ im weiteren Sinne und die Kapitalmarktintegrität (Insiderstraftaten und Marktmanipulationen nach § 38 WpHG) verletzt werden können.³⁵ Dieses Vorhaben irritiert schon deshalb, weil dann der Strafraumen des § 261 StGB bisweilen strenger ausfällt als der Strafraumen der Vortat. Bemerkenswert ist auch, dass § 38 WpHG eine gewerbs- oder bandenmäßige Begehung nicht kennt. Ein gesetzgeberisches Konzept ist bei alledem nicht erkennbar.

Nachdenklich stimmt die Begründung des Regierungsentwurfs, wo es heißt:³⁶ *„Deutschland ist als Gründungsmitglied der Financial Action Task Force On Money Laundering (FATF) seit ihrer Bildung 1989 aktiv an der Erarbeitung und Weiterentwicklung der international anerkannten Standards zur Bekämpfung von Geldwäsche und Terrorismusfinanzierung (der sogenannten 40+9-FATF-Empfehlungen) beteiligt und hat sich stets zur nationalen Umsetzung der FATF-Empfehlungen bekannt. Die FATF hat in ihrem Deutschland-Bericht vom 18. Februar 2010 Defizite im deutschen Rechtssystem bei der Bekämpfung von Geldwäsche und Terrorismusfinanzierung festgestellt, die auch den Vortatenkatalog des Straftatbestandes der Geldwäsche (§ 261 des Strafgesetzbuchs - StGB) betreffen.“*

Gewiss bilden die Bekämpfung der Terrorismusfinanzierung sowie der Geldwäsche wichtige Bereiche internationaler Kriminalitätsbekämpfung. Eine Gesetzgebung i. S. d. genannten Regierungsentwurfs ist aber experimentell, weil § 261 StGB mit Strafnormen des Wirtschaftsstrafrechts verzahnt wird, ohne nach den Folgen gefragt zu haben. Es wird immer wieder vorkommen, dass in Unternehmen einzelne Mitarbeiter zugunsten des Dienstherrn deliktisch handeln. Das Merkmal der Gewerbsmäßigkeit stellt dann, wenn der Mitarbeiter am Unternehmenserfolg über Provisionen oder Boni partizipiert, jedenfalls kein hartes Eingrenzungskriterium dar. Daraus folgt in entsprechend gelagerten Fällen die Gefahr, dass i. S. d. § 261 StGB inkriminierte Gelder auf die Konten des Dienstherrn fließen. Was das z. B. für den denkbaren Fall einer gewerbsmäßig verübten Marktmanipulation zugunsten einer Bank bedeutet, ist ungeklärt. Dort vermischt sich das aus der Tat stammende Geld mit sonstigem Vermögen der Bank. Das ist heikel, denn trotz aller Bemühungen ist es nicht gelungen, dem Merkmal des „Herrührens“ in § 261 Abs. 1 StGB klare Konturen zu geben. Indes dürfte es jedermann einleuchten, dass bei einem deliktischen Handeln eines Mitarbeiters das Bankvermögen schwerlich als „kontaminiert“ gelten kann. Alles andere wäre unverhältnismäßig.

34 Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der Bekämpfung von Geldwäsche und Steuerhinterziehung (Schwarzgeldbekämpfungsgesetz), BT-Drucks. 17/4182 vom 14.12.2010.

35 § 38 Abs. 1 bis 3, Abs. 5 WpHG, §§ 143, 143a und 144 MarkenG, §§ 106 bis 108b UrhG, § 25 GebrMG, §§ 51, 65 GeschmMG, § 142 PatG, § 10 HalbSchG § 39 SortG.

36 BT-Drucks. 17/4182, 1.

Nun könnte man dagegen argumentieren, dass die Strafverfolgungsbehörden schon die Spreu vom Weizen trennen werden. Das dürfte sogar zutreffen, allerdings sollte man bedenken, dass Vorschriften wie § 261 StGB mit dem Legalitätsprinzip unterlegt sind. Wir sollten nicht Offizialdelikte in die Welt setzen, von denen niemand ernsthaft erwartet, dass sie angewendet werden. Damit schadet man sogar dem Vorhaben, die Geldwäsche als Anschlussstat organisierter Schwermriminalität zu bekämpfen. Es dürfte so sein, dass man diese Risiken im Wege einer devoten Umsetzung internationaler Vorgaben gar nicht gesehen hat. Das ist dann allerdings nicht einmal ein schwacher Trost.

5. Die Chance zur Besserung

Durch den Vertrag von Lissabon bietet sich die Chance, einige der vorgenannten Fehler zu vermeiden. Auf der Grundlage des Art. 83 AEUV wird es Mindestharmonisierungen geben. Hier besteht mithin für jeden Mitgliedstaat von Anfang an die Möglichkeit, eigene Gestaltungsspielräume wahrzunehmen, soweit nur der europarechtlich und innerstaatlich gewollte Mindeststandard herbeigeführt wird. Mindestharmonisierung heißt auch, dass der nationale Gesetzgeber im Einzelfall untätig bleiben kann. Dies ist der Fall, wenn das nationale Strafrecht bereits eine Regelung enthält, die den EU-Vorgaben entspricht.

Anders sieht es jenseits des Art. 83 AEUV dort aus, wo das Strafrecht als Blankettstrafatbestand auf vollharmonisiertes Recht verweist. Aber auch dort sollte man erwägen, auf die Verweisungstechnik zu verzichten und aus sich heraus lesbare Straftatbestände zu formulieren. Auf diese Weise kann insbesondere dem Ultima-Ratio-Gedanken die ihm gebührende Geltung verschafft werden.

II. Richtlinienkonforme Auslegung nach Lissabon

Wenn die Union auf der Grundlage des Art. 83 AEUV berechtigt ist, den nationalen Gesetzgeber zur Schaffung oder Modifikation materieller Strafvorschriften zu verpflichten, führt das zu der Frage, ob und inwieweit dieser Punkt auf die richtlinienkonforme Auslegung des Strafrechts ausstrahlt.

1. Allgemeines zur richtlinienkonformen Auslegung

Der Grundsatz der richtlinienkonformen Auslegung erfasst das gesamte nationale Recht und gilt auch für das Strafrecht.³⁷ Allerdings setzt die richtlinienkonforme Auslegung die Auslegungsfähigkeit des nationalen Rechts voraus.³⁸ Die europarechtlich verankerte

37 Hecker (Fn. 20), § 10 Rn. 10 ff.; Schröder (Fn. 7), 339 ff.

38 Schröder (Fn. 7), 359 ff.; Wilke, Grenzen einer einheitlichen Rechtsanwendung von Ver- und Geboten des Wertpapierhandelsgesetzes (WpHG), Hamburg 2010, 240 ff.

Pflicht³⁹ begründet eine Vorzugsregel zugunsten des EU-Rechts, nach der unter mehreren möglichen Auslegungsergebnissen die richtlinienkonforme Interpretation zu wählen ist.⁴⁰ Indes werden dabei die von Art. 103 Abs. 2 GG vorgegebenen Auslegungsgrenzen nicht modifiziert. Das Verbot strafbegründender oder strafscharfender Analogie gilt weiterhin, der „noch mögliche Wortsinn“ einer Formulierung im nationalen Tatbestand darf auch im Fall der richtlinienkonformen Auslegung nicht überschritten werden.⁴¹ So sieht es auch der EuGH, wenn er ausführt, dass auch im strafrechtlichen Zusammenhang europarechtskonform ausgelegt werden muss, dabei allerdings die Auslegungsgrenzen des nationalen Rechts zu beachten sind.⁴²

Auch wenn über die rechtsdogmatische Herleitung dieser Pflicht noch immer gestritten wird,⁴³ leuchtet ihre Funktion ein. Es handelt sich um einen Mechanismus, der gewährleisten soll, unionsrechtlich veranlassenes Umsetzungsrecht möglichst einheitlich anzuwenden. Ansonsten wären Harmonisierungsvorhaben einem Prozess der Erosion ausgesetzt, denn sie könnten im Lauf der Zeit gleichsam zerfallen, wenn die Richtlinie für die Rechtsprechung in den Mitgliedstaaten nicht als fortwährender Orientierungspunkt zur Verfügung stünde. Der nationale Richter soll dabei nach dem Willen des EuGH seinen Auslegungsspielraum „soweit wie möglich“ zugunsten einer größtmöglichen Wirksamkeit der Richtlinie ausschöpfen.⁴⁴ Auslegungsfragen einer Richtlinie hat der EuGH zu klären, dem insoweit ein Auslegungsmonopol zusteht.⁴⁵ Die Auslegung des nationalen Rechts im Lichte der Richtlinie bleibt indes Aufgabe der Rechtsanwender in den Mitgliedstaaten.

2. Art. 83 AEUV und Auslegung des Umsetzungsrechts

Die Pflicht zur richtlinienkonformen Auslegung lebt vor allem dann auf, wenn eine Abweichung zwischen dem Inhalt der Richtlinie und dem des nationalen Rechts möglich erscheint. Dabei sind zwei Fallgruppen zu unterscheiden. In der ersten Fallgruppe kann nationales Recht über die Richtlinie hinausgehen. In der zweiten Fallgruppe kann das Umsetzungsrecht hinter den Inhalten der Richtlinie zurückbleiben.

Die erste Fallgruppe ist europarechtlich weitgehend unproblematisch. Bedenkt man, dass die nach Art. 83 AEUV erlassenen Richtlinien lediglich zur Mindestharmonisierung⁴⁶ verpflichten, dann steht es einem Mitgliedstaat frei, überschießende Regelungen zu treffen. Dieser innerstaatlich veranlassete Überhang hat dann keinen europarechtli-

39 EuGH, Urt. v. 10.04.1984 – Rs. 14/83, *von Colson und Kamann*, Slg. 1984, 1891 (Rn. 26); EuGH, Urt. v. 10.04.1984 – Rs. 79/83, *Harz*, Slg. 1984, 1921 (Rn. 26); EuGH, Urt. v. 17.09.1997 – Rs. C-54/96, *Dorsch Consult*, Slg. 1997, I-4961 (Rn. 43).

40 Schröder (Fn. 7), 353; Wilke (Fn. 38), 107.

41 Schröder (Fn. 7), 355 ff.

42 EuGH, Urt. v. 08.10.1987 – Rs. 80/86, *Kolpinghuis Nijmegen*, Slg. 1987, 3969 (Rn. 12 f.).

43 Höpfner, *Die systemkonforme Auslegung*, Tübingen 2008, 253 ff.

44 Vgl. nur EuGH, Urt. v. 27.06.2000 – verb. Rs. C-240/98 bis C-244/98, *Océano Grupo Editorial SA u.a.*, Slg. 2000, I-4941 (Rn. 31).

45 Höpfner (Fn. 43), 319.

46 *Kotzur*, in: Geiger/Khan/ders. (Hrsg.), *EUV/AEUV, Kommentar*, 5. Aufl., München 2010, Art. 83 AEUV Rn. 4.

chen Ursprung. Eine europarechtliche Grenze verläuft wieder erst dort, wo nationales Strafrecht ungerechtfertigt die Grundfreiheiten des EU-Rechts oder sonst unmittelbar anwendbares EU-Recht verletzt.⁴⁷

In der zweiten Konstellation bleibt das nationale Strafgesetz hinter den Anforderungen der Richtlinie zurück. Dann ist zunächst zu prüfen, ob der nicht umgesetzte Richtlinieninhalt vom Wortlaut des Strafgesetzes noch erfasst wird. Da der noch mögliche Wortsinn einer Strafnorm eine unüberwindbare Grenze bei deren Auslegung darstellt, führt an dieser Stelle die richtlinienkonforme Auslegung nicht zu einem europarechtskonformen Auslegungsergebnis. Alles andere liefe darauf hinaus, dass eine EU-Richtlinie die Strafbarkeit selbst begründet oder verschärft. Das wäre aber weder mit Art. 103 Abs. 2 GG noch mit dem EU-Recht vereinbar.⁴⁸ Freilich bleibt der nationale Gesetzgeber in diesen Fällen verpflichtet, ein richtlinienkonformes Strafgesetz zu schaffen. Dazu muss er aber ggf. in einem Vertragsverletzungsverfahren angehalten werden. Der Konflikt darf nicht unter Verletzung des Art. 103 Abs. 2 GG auf dem Rücken des Einzelnen ausgetragen werden.

Soweit sich die Anforderungen der Richtlinie mit dem noch möglichen Wortsinn des Strafgesetzes decken, muss grundsätzlich richtlinienkonform ausgelegt werden, auch wenn die rein innerstaatliche Interpretation für eine engere Auslegung spricht. Schwierig wird es dann, wenn der nationale Gesetzgeber in dem Verfahren nach dem IntVG und dem späteren Umsetzungsakt deutlich macht, dass er sich explizit gegen eine „Vollumsetzung“ entschieden hat. Zwar muss die historische Auslegung des nationalen Rechts der richtlinienkonformen Auslegung allgemein weichen,⁴⁹ jedoch entsteht hier das Problem, dass es einen strafbarkeitsbegründenden und innerstaatlich nicht hinreichend legitimierten Überhang geben könnte. Allerdings ist kaum zu erwarten, dass sich der innerstaatliche Gesetzgeber der „Vollumsetzung von Mindestvorschriften“ ausdrücklich verschließt, ohne die Notbremse zu ziehen. Grundsätzlich gilt daher, dass bei einer Auslegungsfähigkeit des nationalen Rechts das EU-konforme Auslegungsergebnis den Vorzug verdient.

3. Verbindlichkeit von Vorgaben Art. 83 AEUV

Inhalte von EU-Richtlinien nach Art. 83 AEUV reichern die Auslegung des nationalen Strafrechts um einen Imperativ zur Beachtung und Maßgeblichkeit der EU-Vorgaben an. Das gilt besonders nachhaltig für das Umsetzungsrecht, denn in diesen Fällen verfügt ein entsprechendes Gesetz nach Durchlaufen der EU-Gesetzgebung und der nationalen Gesetzgebungsakte über ein besonders hohes Maß an Legitimation. Diese Verbindlichkeit beschränkt sich nicht (nur) auf das nationale Umsetzungsrecht, sondern erfasst auch das übrige Recht. Gerade weil Richtlinien nach Art. 83 AEUV von einem Prozess kriminalpolitischer Willensbildung unterlegt werden, vermitteln sie der richtli-

47 Hecker (Fn. 20), § 10 Rn. 23; Schröder (Fn. 7), 414 f.

48 EuGH, Urt. v. 12.12.1996 – verb. Rs. C-74/95 und C-129/95, *Telecom Italia*, Slg. 1996, I-6609 (Rn. 25); Wilke (Fn. 38), 244 ff. m. w. N.

49 Roth, in: Riesenhuber (Hrsg.), *Europäische Methodenlehre*, 2. Aufl., Berlin 2010, Rn. 45.

nienkonformen Auslegung einen starken Impuls. Verbleibende Unsicherheiten bei der Interpretation einer EU-Richtlinie müssen durch eine Vorlage an den EuGH ausgeräumt werden.

4. Richtlinien jenseits des Art. 83 AEUV

Allerdings wird es auch weiterhin scheinbar „nichtstrafrechtliche“ EU-Richtlinien auf dem Gebiet des Wirtschaftsrechts geben. In Wahrheit werden diese Richtlinien aber sehr oft strafrechtlich relevant. Dazu kommt es, wenn das innerstaatliche Recht, das der Umsetzung einer „nichtstrafrechtlichen“ EU-Richtlinie dient, zugleich als blankettausfüllende Norm dient, die ein Blankettstrafatbestand direkt oder indirekt in Bezug nimmt.

In diesem Vorgang liegt die Gefahr, dass die blankettausfüllende Norm infolge europarechtsfreundlicher Auslegung sehr extensiv ausgelegt wird und letztlich alles erfasst, was dem EU-Recht zur effektiven Wirksamkeit verhilft. Infolge der innerstaatlichen Blankettverweisung nimmt sodann das Strafrecht diese europarechtsfreundliche Auslegung auf. So kann zu einer unreflektierten Wucherung des Strafbaren kommen, die den Ultima-Ratio-Grundsatz des Strafrechts verletzt. Trotz seiner Unschärfe können wir diesem Grundsatz die Aussage entnehmen, dass nicht jede Verletzung einer Norm auch eine Bestrafung verlangt. Wenn dem so ist, dann darf sich keine Auslegungsregel etablieren, die zur gedankenlosen Pönalisierung von Handlungen führt.⁵⁰ Anderenfalls mutiert unser Strafrecht ungewollt, weil es sich ohne kriminalpolitischen Willensbildungsprozess verändert. Es droht eine Wucherung des Strafbaren.⁵¹ Die imperative Wirkung von EU-Richtlinienvorgaben für die Auslegung einer Strafnorm nimmt also außerhalb des Art. 83 AEUV ab.

Dieses Ergebnis entspricht auch dem Europarecht. Denn die Union will bei einer Harmonisierung eines Rechtsgebiets, das sich erst innerstaatlich mit dem Strafrecht verzahnt, keine verbindlichen Aussagen für das Strafrecht treffen. Aus der Sicht der Union ist es bisweilen der blanke Zufall, ob sich eine „nichtstrafrechtliche“ Regelungsmaterie im Wege der Blankettverweisung verzahnt. Bei der großen Zahl an Mitgliedstaaten kann und will die Union diesen Vorgang auch nicht steuern. Sie darf es auch gar nicht. Das ist eine Aufgabe der Mitgliedstaaten, der aber nicht immer ausreichend genügt wurde.

III. Kriminalpolitische Reflexion auch außerhalb des Art. 83 AEUV

Das neue Primärrecht birgt indes einen weiteren Mechanismus, der die Chance bietet, rechtzeitig auf „nichtstrafrechtliche“ Vorschriften des EU-Rechts zu reagieren, die sich innerstaatlich mit dem Strafrecht verzahnen. Gemäß Art. 12 lit. a EUV tragen die natio-

50 Schröder (Fn. 7), 450.

51 Schröder (Fn. 7), 449; zustimmend Gaede/Mühlbauer, Wirtschaftsstrafrecht zwischen europäischem Primärrecht, Verfassungsrecht und der richtlinienkonformen Auslegung am Beispiel des Scalpings – zugleich Besprechung von BGH wistra 2004, 109 –, wistra 2005, 9 (16).

Perspektiven der Europäisierung des Strafrechts nach Lissabon

nationalen Parlamente „aktiv zur guten Arbeitsweise der Union bei, indem sie von den Organen der Union unterrichtet werden und ihnen die Entwürfe von Gesetzgebungsakten der Union gemäß dem Protokoll über die Rolle der nationalen Parlamente in der Europäischen Union zugeleitet werden“. In dem vorliegenden Zusammenhang verspricht diese Regelung eine gewisse Linderung der Probleme, weil die Parlamente der Mitgliedstaaten frühzeitig reflektieren können, ob und inwieweit sich ein Gesetzgebungsvorhaben der Union in Gestalt eines konkreten Entwurfs auf das nationale Strafrecht auswirken wird. Aus strafrechtlicher Sicht ist diese primärrechtlich verfügte Beteiligung der Mitgliedstaaten besonders zu begrüßen, denn bei genauerem Hinsehen reicht das Verfahren nach dem IntVG nicht aus, um endlich zu gewährleisten, dass sich das Strafrecht und das EU-Recht reibungsloser miteinander verzahnen.⁵² Freilich wurden die zuständigen Ministerien auch bisher von Gesetzgebungsvorhaben der Union in Kenntnis gesetzt. Aber allein der Umstand, dass es immer wieder zu fehlerhaften Verweisungen gekommen ist, ruft nach einer Verbesserung.⁵³

D. Ausblick

Die Europäische Union hat sich viel vorgenommen. Bei der Europäisierung des Strafrechts mittels imperativer Vorgaben in Gestalt von EU-Strafrechtsrichtlinien handelt es sich um ein ehrgeiziges Projekt, das nur gelingen kann, wenn die am Ende dieses Prozesses stehenden Vorschriften in den Mitgliedstaaten akzeptiert werden. Es wäre der europäischen Idee abträglich, wenn sich in der Strafrechtspraxis eine dauerhafte Unzufriedenheit mit den EU-Vorgaben etablieren würde.

52 Siehe oben die Nachweise bei *Achenbach* Fn. 2.

53 Ein Lösungskonzept entwickelt *Schützendübel* (Fn. 24), 4. Kap. H., 5. Kap. E.