

LUKAS HUTHMANN

# Grundzüge eines EU-Strafverfassungsrechts

*Studien und Beiträge  
zum Strafrecht  
40*

---

**Mohr Siebeck**

Studien und Beiträge  
zum Strafrecht

40





Lukas Huthmann

# Grundzüge eines EU-Strafverfassungsrechts

Ein konzeptioneller Ansatz für  
die europäische Integration des Straf- und  
Strafverfahrensrechts

Mohr Siebeck

Lukas Huthmann, geboren 1993; Studium der Rechtswissenschaft an der Humboldt-Universität zu Berlin, der Sapienza Università di Roma und der Amsterdam Law School (LL.M.); 2018 Erste Juristische Prüfung; Studium der Politikwissenschaft am Otto-Suhr-Institut der Freien Universität Berlin; Wissenschaftlicher Mitarbeiter an der Humboldt-Universität zu Berlin; 2023 Promotion.  
orcid.org/0009-0002-3537-1875



Gefördert durch

**DFG** Deutsche  
Forschungsgemeinschaft

Zugl.: Berlin, Humboldt-Universität zu Berlin, Juristische Fakultät, Dissertation, 2023,  
u. d. T.: Strafverfassungsrechtliches Denken in der EU.

Die Veröffentlichung wurde finanziert aus dem Open-Access-Publikationsfonds der Humboldt-Universität zu Berlin, gefördert durch die Deutsche Forschungsgemeinschaft (DFG) – 491192747. Die zugrundeliegende Forschung wurde gefördert durch die Deutsche Forschungsgemeinschaft (DFG) – 397044234.

ISBN 978-3-16-162666-1 / eISBN 978-3-16-162667-8

DOI 10.1628/978-3-16-162667-8

ISSN 2364-267X / eISSN 2568-7468 (Studien und Beiträge zum Strafrecht)

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind über <https://dnb.de> abrufbar.

© 2023 Lukas Huthmann

Publiziert von Mohr Siebeck Tübingen 2023. [www.mohrsiebeck.com](http://www.mohrsiebeck.com)



Dieses Werk ist lizenziert unter der Lizenz „Creative Commons Namensnennung – Weitergabe unter gleichen Bedingungen 4.0 International“ (CC BY-SA 4.0). Eine vollständige Version des Lizenztextes findet sich unter: <https://creativecommons.org/licenses/by-sa/4.0/deed.de>. Jede Verwendung, die nicht von der oben genannten Lizenz umfasst ist, ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar.

Das Buch wurde von Beltz Grafische Betriebe in Bad Langensalza auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und dort gebunden.

Printed in Germany.

## Vorwort

Die vorliegende Arbeit ist im Rahmen des DFG-Graduiertenkollegs *Dynamische Integrationsordnung* entstanden. Sie wurde im Frühling 2023 an der Humboldt-Universität zu Berlin als Dissertation angenommen und berücksichtigt Literatur und Rechtsprechung bis dahin. Die Untersuchung wurde mit dem Promotionspreis der Juristischen Fakultät der Humboldt-Universität zu Berlin ausgezeichnet.

An vorderster Stelle möchte ich mich herzlich bei Herrn Prof. Dr. *Martin Heger* bedanken. Seine stete Bereitschaft, mit mir über meine Forschung zu sprechen und auch andere Fragen des (europäischen) Strafrechts zu diskutieren, haben mich immer wieder zum Nachdenken angeregt und mir bei der Entwicklung meines Dissertationsprojekts sehr geholfen. Herr Professor Heger hat mich dabei stets ermutigt, einen eigenen Zugang zum EU-Strafrecht zu suchen. Dass ich diesen Freiraum produktiv nutzen konnte, wäre ohne das Vertrauen, das er mir schenkte, nicht möglich gewesen. Für die ideale Mischung aus Freiheit und Vertrauen bin ich ihm sehr dankbar. Großer Dank gebührt auch Frau Prof. Dr. *Tatjana Hörnle*, M.A. (Rutgers) für ihr ungewöhnlich schnell erstelltes Zweitgutachten. Ihre zugleich konstruktive und kritische Auseinandersetzung mit meinen Thesen hat für mich wichtige neue Denkanstöße gesetzt.

Herzlich bedanken möchte ich mich darüber hinaus bei Frau Prof. Dr. *Christina Eckes* (University of Amsterdam, Direktorin des *Amsterdam Centre for European Law and Governance*), Herrn Prof. Dr. *Paulo Pinto do Albuquerque* (Universidade Católica Portuguesa, Richter am EGMR 2011–2020) und Prof. Dr. *Jens Ohlin* (Allen R. Tessler Dean, Cornell Law School, Ithaca, NY) für ihre Bereitschaft, mich bei meinen Forschungsaufenthalten zu betreuen und für ihre wertvollen Hinweise. Weiter gebührt großer Dank dem DFG-Graduiertenkolleg *Dynamische Integrationsordnung* und stellvertretend Herrn Prof. Dr. *Matthias Ruffert*. Die vielen konstruktiven Anmerkungen und Diskussionen im Kolleg sowie die finanzielle Förderung der Promotionszeit und der Forschungsaufenthalte waren wesentliche Bausteine, die Arbeit so schreiben zu können. Danken möchte ich auch Herrn Prof. Dr. *Florian Jeßberger* für die Organisation des Strafrechtskolloquiums, das mir speziell für die strafrechtliche Seite des Projekts sehr geholfen hat.

In den vergangenen Jahren habe ich mit einer Reihe von Personen über meine Forschung sprechen können, für deren Anmerkungen ich sehr dankbar bin. Besonders hervorheben möchte ich dabei *Paul Friedl*, *Alba Hernandez Weiss*, *Jo-*

*hanna Nickels, Moritz Schramm* und *Dr. Dimitri Spieker*, die die Entstehung meiner Arbeit über den gesamten Zeitraum eng begleitet haben. Frau *Dr. Scherpe-Blessing* und dem Verlag *Mohr Siebeck* danke ich für die Aufnahme in die Reihe *Studien und Beiträge zum Strafrecht* und für die hervorragende Betreuung während des Publikationsprozesses. Herrn *Marc Lange* und dem Publikationsfonds der *Humboldt-Universität zu Berlin* danke ich für die Förderung der *Open-Access-Publikation*. Herrn *Prof. Dr. Olaf Reidt* und der *Konrad-Redeker-Stiftung* danke ich für den *Druckkostenzuschuss*.

Ein großer Dank gilt schließlich meinen Freundinnen und Freunden, meiner Familie und *Julika*. Ihr habt mir nicht nur inhaltlich durch die vielen Gespräche und das kritische Gegenlesen meiner Texte sehr geholfen, sondern durch den Rückhalt, den ihr mir gegeben habt, dazu beigetragen, dass ich sehr glücklich auf die *Dissertationszeit* zurückblicke.

Berlin, September 2023

# Überblick

Vorwort .....	V
Inhaltsverzeichnis .....	XI
Einleitung .....	1
Erster Teil: Bedarf für konzeptionelle Ansätze zur Strafrechtsintegration .....	5
A. Grundbegriffe .....	7
I. <i>Europäische Integration des Straf- und Strafverfahrensrechts</i> .....	7
II. <i>Konzeption</i> .....	10
B. Die Rolle und Bedeutung von Konzeptionen in der Strafrechtsintegration .....	15
I. <i>Bedeutung von Konzeptionen (abstrakt)</i> .....	15
II. <i>Rückblick auf die Bedeutung in der bisherigen Integration (konkret)</i> .....	18
III. <i>Zwischenergebnis</i> .....	64
C. Bisherige Ansätze der Strafrechtswissenschaft und Diskussion .....	67
I. <i>Richtung 1: Fokus auf nationales Strafrecht und Integrationsgrenzen</i> .....	69
II. <i>Richtung 2: Ausgleich durch die EMRK</i> .....	88
III. <i>Richtung 3: EU-spezifische Ansätze</i> .....	110
D. Zwischenfazit .....	125
Zweiter Teil: Annäherung an EU-Strafverfassungsrecht .....	127



A. Einführung .....	129
I. EU-Strafverfassungsrecht: ein rechtswissenschaftlicher Ansatz zur Integration .....	129
II. EU-Strafverfassungsrecht: Herkunft und Facetten strafverfassungsrechtlichen Denkens .....	137
III. In Richtung eines EU-Strafverfassungsrechts? .....	162
B. EU-Strafverfassungsrecht ohne (formale) EU-Verfassung? ...	165
I. Möglichkeiten für ein EU-Strafverfassungsrecht .....	167
II. Bisherige EU-strafverfassungsrechtliche Ansätze .....	173
III. Diskussion der vorgestellten Varianten .....	184
IV. Zwischenergebnis .....	207
C. Zwischenfazit .....	208
Dritter Teil: EU-Strafverfassungsrecht als übergreifender Ansatz zur Strafrechtsintegration .....	209
A. Vorstellung des neuen EU-strafverfassungsrechtlichen Ansatzes .....	211
I. Umgang mit positiven Verfassungsnormen .....	211
II. Weitere Leitlinien der Gestaltung .....	222
B. EU-strafverfassungsrechtliche Leitprinzipien .....	235
I. Herleitung EU-strafverfassungsrechtlicher Leitprinzipien .....	236
II. Herausforderung der Konkretisierung: Demokratischer und föderaler Grundrechtsschutz im EU-Strafrecht .....	254
C. EU-strafverfassungsrechtliches Denken konkret .....	261
I. Vorschlag 1: Re-Interpretation bestehender Integrationsmechanismen .....	261
II. Vorschlag 2: EU-strafverfassungsrechtliche Grundrechtsprinzipien (am Beispiel der Waffengleichheit in Strafverfahren) .....	269
III. Vorschlag 3: „Grundrechtsräte“ .....	279

Zusammenfassung .....	283
Literaturverzeichnis .....	289
Register .....	323



# Inhaltsverzeichnis

Vorwort .....	V
Überblick .....	VII
Einleitung .....	1
Erster Teil: Bedarf für konzeptionelle Ansätze zur Strafrechtsintegration .....	5
A. Grundbegriffe .....	7
I. <i>Europäische Integration des Straf- und Strafverfahrensrechts</i> .....	7
II. <i>Konzeption</i> .....	10
B. Die Rolle und Bedeutung von Konzeptionen in der Strafrechtsintegration .....	15
I. <i>Bedeutung von Konzeptionen (abstrakt)</i> .....	15
II. <i>Rückblick auf die Bedeutung in der bisherigen Integration (konkret)</i> .....	18
1. Phase 1: Strafrecht in Europa (prae-Maastricht) .....	19
a) Überblick: Überwiegend nationales Strafrecht .....	20
b) Eingeschränkte Möglichkeiten und fehlende Notwendigkeit .....	23
c) Zwischenergebnis .....	26
2. Phase 2: Beginn genuinen EU-Strafrechts (Maastricht bis Lissabon) .....	26
a) Überblick: Entstehung genuinen EU-Strafrechts .....	27
b) Verbesserte Möglichkeiten und steigende Notwendigkeit .....	37
c) Tatsächliche Integration .....	40
aa) Erste Ansätze .....	40
bb) Dominanz von Intergouvernementalismus, Reaktivität und Selektivität .....	41
cc) Gefahren .....	44
d) Zwischenergebnis .....	48
3. Phase 3: Post-Lissabon .....	48
a) Überblick: Ausweitung und Verfestigung des EU-Strafrechts .....	49

aa) Neuerungen .....	50
bb) Kontinuitäten .....	56
cc) Zwischenergebnis .....	58
b) Weiter verbesserte Möglichkeiten und steigende Notwendigkeit	58
c) Tatsächliche Integration .....	59
aa) Steigendes Problembewusstsein und erste Ansätze .....	59
bb) Fortbestehen alter Logiken und Gefahren .....	61
d) Zwischenergebnis .....	64
<i>III. Zwischenergebnis</i> .....	64
<b>C. Bisherige Ansätze der Strafrechtswissenschaft und Diskussion</b> .....	67
<i>I. Richtung 1: Fokus auf nationales Strafrecht und Integrationsgrenzen</i>	69
1. Übergreifende Darstellung der Richtung .....	70
2. Diskussion .....	77
a) Kritik an der konkreten Form der Strafrechtsintegration .....	77
b) Prinzipielle Kritik an der Strafrechtsintegration .....	78
aa) Strafrecht und Demokratie .....	78
bb) Kulturelle und historische Bedingtheit des Strafrechts .....	80
(1) Konzeptionelle Unklarheiten: Kultur und Demokratie	80
(2) Existenz national homogener Kulturen? .....	81
cc) Veränderung der gesellschaftlichen Realitäten .....	85
3. Zwischenergebnis .....	87
<i>II. Richtung 2: Ausgleich durch die EMRK</i> .....	88
1. Übergreifende Darstellung der Richtung .....	88
2. Diskussion der zukünftigen Bedeutung .....	93
a) Weiterhin hohe Bedeutung der EMRK und wissenschaftlicher Ansätze .....	94
b) Die EMRK als kasuistischer Minimalstandard (Möglichkeit 1)	97
aa) Erklärung .....	97
bb) Kritische Würdigung .....	98
c) Die EMRK als allgemeiner europäischer Grundrechtsstandard (Möglichkeit 2) .....	100
aa) Erklärung .....	100
bb) Kritische Würdigung .....	101
(1) Schwierigkeit der Maßstabsbildung im heterogenen Raum des Europarats .....	102
(2) Beschränkung des institutionellen Mandats auf Einzelfälle .....	104
(3) Festlegung auf justiziellen Menschenrechtsschutz .....	105
(4) Übergreifende Betrachtung und Einschränkungen .....	107

d) Zwischenergebnis .....	109
III. <i>Richtung 3: EU-spezifische Ansätze</i> .....	110
1. Überblick über (ausgewählte) Ansätze .....	110
a) Ziel- und prinzipienorientierte Ansätze .....	111
b) Rechtsvergleichende Ansätze .....	116
c) Interdisziplinäre legitimitätsorientierte Ansätze .....	117
d) Verfassungsrechtliche Ansätze .....	120
2. Übergreifende Überlegungen zu den Ansätzen .....	120
D. Zwischenfazit .....	125
Zweiter Teil: Annäherung an EU-Strafverfassungsrecht .....	127
A. Einführung .....	129
I. <i>EU-Strafverfassungsrecht: ein rechtswissenschaftlicher Ansatz zur Integration</i> .....	129
1. Recht in der Integration (deskriptiv) .....	130
2. Recht für die Integration (normativ) .....	132
a) Demokratiefördernde Eigenschaften von Recht .....	133
b) Demokratiegefährdende Eigenschaften von Recht .....	135
3. Zwischenergebnis .....	136
II. <i>EU-Strafverfassungsrecht: Herkunft und Facetten strafverfassungsrechtlichen Denkens</i> .....	137
1. Strafverfassungsrecht (im weiteren Sinne) .....	137
a) Spanien .....	138
b) USA .....	140
c) Deutschland .....	144
d) Zwischenergebnis .....	146
2. Strafverfassungsrecht (im engeren Sinne) .....	147
a) Einführung .....	147
b) Burchard (2016) .....	148
aa) Charakteristika .....	148
(1) Strafrechtswissenschaftlicher „Schlüsselbegriff“ .....	148
(2) Intradisziplinäres Verständnis .....	149
(3) Europäische Offenheit .....	151
(4) Korridor- und Spielraumdenken .....	151
bb) Vorteile .....	154
c) Zwischenergebnis .....	155
3. Übergreifende Würdigung strafverfassungsrechtlichen Denkens ...	155
a) Kritik an strafverfassungsrechtlichen Ansätzen .....	155
b) Stellungnahme .....	159

<i>III. In Richtung eines EU-Strafverfassungsrechts?</i> .....	162
1. Potenziale .....	162
2. Herausforderungen .....	164
<b>B. EU-Strafverfassungsrecht ohne (formale) EU-Verfassung? ...</b>	<b>165</b>
<i>I. Möglichkeiten für ein EU-Strafverfassungsrecht</i> .....	167
1. Primärrecht als (funktionales) Verfassungsrecht (Variante 1) .....	167
2. Entwicklung aus der Verfassungstheorie (Variante 2) .....	169
a) Europäischer Verfassungsverbund .....	170
aa) Grundzüge des Europäischen Verfassungsverbundes .....	170
bb) Konsequenzen für ein EU-Strafverfassungsrecht .....	172
b) Alternative verfassungstheoretische Anknüpfungen .....	173
<i>II. Bisherige EU-strafverfassungsrechtliche Ansätze</i> .....	173
1. Primärrechtliches EU-Strafverfassungsrecht .....	174
a) Vogel (2005) .....	174
b) Burchard (2017, 2019) .....	175
c) Brodowski (2022) .....	179
d) Öberg (2017) .....	180
e) Herlin-Karnell (2014, 2012) .....	181
2. Verfassungstheoretische Anknüpfung .....	182
a) Europäischer (Straf-)Verfassungsverbund .....	182
b) Weitere Ansätze .....	183
<i>III. Diskussion der vorgestellten Varianten</i> .....	184
1. Primärrechtliches EU-Strafverfassungsrecht .....	185
a) Vorteile .....	185
aa) Primärrecht als (funktionales) Verfassungsäquivalent .....	185
bb) Hohe rechtliche Verbindlichkeit .....	186
cc) Normhierarchische Ordnung .....	187
dd) Förderung anschlussfähiger Diskurse .....	187
b) Einschränkung der Vorteile bzw. Nachteile .....	189
aa) Relativierung der diskursiven Anschlussfähigkeit .....	189
(1) Tatsächliche Konzentrationswirkung? .....	189
(2) Risiken einer disziplinierten Verengung .....	191
bb) EU-Primärrecht (vollumfänglich) national- verfassungsäquivalent? .....	193
(1) Normhierarchische Stellung .....	193
(2) „Überkonstitutionalisierung“ .....	195
(3) Fragmentarischer Charakter und zeitliche Kontingenz	197
(a) Unterschiede .....	197
(b) Mögliche Schlussfolgerungen .....	199
(c) Einschätzung bzw. Stellungnahme .....	200

(4) Unterschiede im „legitimatorischen Potenzial“ .....	201
c) Zwischenergebnis .....	204
2. Verfassungstheoretische Anknüpfung .....	205
a) Vorteile .....	205
b) Nachteile .....	206
c) Zwischenergebnis .....	207
<i>IV. Zwischenergebnis</i> .....	207
<b>C. Zwischenfazit</b> .....	208
<b>Dritter Teil: EU-Strafverfassungsrecht als übergreifender Ansatz zur Strafrechtsintegration</b> .....	209
<b>A. Vorstellung des neuen EU-strafverfassungsrechtlichen Ansatzes</b> .....	211
<i>I. Umgang mit positiven Verfassungsnormen</i> .....	211
1. Normorientiertes Vorgehen .....	212
a) Charakteristika .....	212
b) Gründe für das normorientierte Vorgehen .....	214
2. Rechtsgrundlegendes Vorgehen .....	216
a) Charakteristika .....	216
b) Gründe für den rechtsgrundlegenden Ansatz .....	217
aa) Maßstab für alle Ebenen der Strafrechtsintegration .....	218
bb) Größere Spielräume der inhaltlichen Gestaltung .....	219
cc) Thematisierung auf der rechtsprinzipiellen Ebene .....	220
dd) Erhöhung der wissenschaftlich diskursiven Anschlussfähigkeit .....	221
3. Zwischenergebnis .....	221
<i>II. Weitere Leitlinien der Gestaltung</i> .....	222
1. Intradisziplinär-dialogisches Vorgehen .....	222
a) Beteiligung weiterer rechtlicher Teildisziplinen .....	223
b) Intradisziplinär dialogisch .....	224
c) Zwischenergebnis .....	227
2. Interdisziplinäre Offenheit .....	227
3. Europäische Thematisierung .....	228
4. EU-Strafverfassungsrecht als Prinzipiendenken .....	229
5. Korridor- und Spielraumdenken .....	230
6. Zwischenergebnis .....	233



B. EU-strafverfassungsrechtliche Leitprinzipien .....	235
I. Herleitung EU-strafverfassungsrechtlicher Leitprinzipien .....	236
1. Prinzip der Rechtsstaatlichkeit und der Grundrechte .....	236
a) Normorientierte Herleitung .....	236
b) Rechtsgrundlegende Betrachtung .....	238
2. Demokratieprinzip .....	239
a) Normorientierte Herleitung .....	239
b) Rechtsgrundlegende Betrachtung .....	240
aa) Zweifel an der Zentralität von Demokratie für das EU-	
Strafverfassungsrecht .....	240
bb) Entkräftung der Zweifel .....	242
c) Zwischenfazit .....	246
3. Offenheit für föderale Vielfalt .....	247
a) Normorientierte Herleitung .....	247
b) Rechtsgrundlegende Betrachtung .....	248
4. Weitere Leitprinzipien .....	251
5. Zwischenergebnis .....	253
II. Herausforderung der Konkretisierung: Demokratischer und föderaler	
Grundrechtsschutz im EU-Strafrecht .....	254
1. Bedeutung der Grundrechte .....	254
2. Lösungsmöglichkeiten .....	256
3. Zwischenergebnis .....	260
C. EU-strafverfassungsrechtliches Denken konkret .....	261
I. Vorschlag 1: Re-Interpretation	
bestehender Integrationsmechanismen .....	261
1. Der Grundsatz der Subsidiarität .....	262
2. Opt-Ins und Opt-Outs und das „Notbremse“-Verfahren .....	264
3. Zwischenergebnis .....	268
II. Vorschlag 2: EU-strafverfassungsrechtliche Grundrechtsprinzipien	
(am Beispiel der Waffengleichheit in Strafverfahren) .....	269
1. Auswahl der Waffengleichheit .....	269
2. Waffengleichheit in der EU neu gedacht .....	271
a) Notwendigkeit für EU-spezifische Umformulierung .....	271
b) Verankerung in der Grundrechte-Charta .....	272
c) Doppelcharakter als individuelles Grundrecht	
und Strukturprinzip .....	276
3. Zwischenergebnis .....	278
III. Vorschlag 3: „Grundrechtsräte“ .....	279
1. Problembeschreibung bzw. Aufgabenstellung .....	279

2. Grundrechtsräte: Ursprung, Gestaltungsmöglichkeiten und Potenziale .....	280
Zusammenfassung .....	283
Literaturverzeichnis .....	289
Register .....	323



## Einleitung

Spätestens seit dem Vertrag von Lissabon (2009) haben sich das Strafrecht und das Strafverfahrensrecht als wichtige Politikbereiche der Europäischen Union (EU) etabliert. Die gestiegene Bedeutung des EU-Strafrechts spiegelt sich schon rein quantitativ in der Vielzahl von Rahmenbeschlüssen und Richtlinien der europäischen Legislative wider, die zur Harmonisierung nationaler Strafrechtsordnungen beitragen. Hinzu kommen der Auf- und Ausbau verschiedener Formen und Instrumente, die sowohl Kooperationen als auch die Koordination zwischen der EU und ihren Mitgliedsstaaten sowie den Mitgliedsstaaten untereinander erleichtern. Innerhalb der EU ist so ein „integriertes System europäischer Strafrechtspflege“ entstanden.<sup>1</sup> Die Gründung der Europäischen Staatsanwaltschaft, die am 1. Juni 2021 ihre Arbeit aufnahm und als „Quantensprung“<sup>2</sup> oder „Meilenstein“<sup>3</sup> in der Entwicklung des europäischen Strafrechts gesehen wird, zeigt, dass die Integration dynamisch voranschreitet und auch zukünftig weitere Schritte wahrscheinlich sind.

Angesichts der erheblichen Integrationsfortschritte auf politischer und rechtlicher Ebene stellen sich auch für die Wissenschaft neue Fragen. Schon die Vielzahl an Einzelentwicklungen verlangt nach einer wissenschaftlichen Begleitung. Darüber hinaus geben die teils grundlegenden Veränderungen, die mit der zunehmenden Integration des über lange Zeit stark national geprägten Strafrechts verbunden sind, Anlass zu der grundlegenden Frage, welchen übergreifenden Zielen und Idealen die Strafrechtsintegration folgt oder folgen sollte. Diese Frage wurde in der wissenschaftlichen Diskussion zum europäischen Strafrecht bislang wenig(er) thematisiert. Ausgangsthese dieser Untersuchung ist, dass spätestens mit dem Vertrag von Lissabon eine Phase begonnen hat, in welcher wissenschaftliche Analysen des EU-Strafrechts sich nicht (weiter) auf die Betrachtung einzelner Maßnahmen oder Phänomene beschränken können, sondern die Integration auch übergreifend und konzeptionell in den Blick genommen werden muss. Aufgrund der zunehmenden Zahl der Fälle und der besonders tiefgreifenden Auswirkungen des Strafrechts auf Individuen sollte dabei die Frage im Mittelpunkt stehen, wie sich das integrierte europäische Strafrechtssystem gegenüber den da-

---

<sup>1</sup> Vgl. Hecker, *Europäisches Strafrecht*, § 1, Rn. 6.

<sup>2</sup> Heger, *Integration 2022*, 188 (192).

<sup>3</sup> Hecker, *Europäisches Strafrecht*, Vorwort zur 6. Auflage, V; Zöller/Bock, in: Böse, *Europäisches Strafrecht (EnzEuR XI)*, § 22, Rn. 51.

von betroffenen Individuen legitimieren lässt. Antworten darauf sollten aus einer transnationalen, europäischen Debatte hervorgehen, die die bisherigen Besonderheiten der Strafrechtsintegration und ihre Bedeutung für die Zukunft kritisch reflektiert.

Zu dieser Debatte möchte die vorliegende Untersuchung einen Beitrag leisten. Ihr Ziel ist es, die Integration des Straf- und Strafverfahrensrechts übergreifend in den Blick zu nehmen und einen Vorschlag zu unterbreiten, in welcher Weise auf konzeptioneller Ebene über die weitere Entwicklung des EU-Strafrechts nachgedacht werden kann. Konkret geht sie dafür den Potenzialen eines *EU-Strafverfassungsrechts* nach. Der Ansatz, Strafrecht aus einer verfassungsrechtlichen Perspektive zu betrachten und sich mit den Anforderungen auseinanderzusetzen, die sich aus Verfassungen für eine legitime Strafrechtsgestaltung ergeben, findet Vorläufer in verschiedenen nationalen (straf-)rechtswissenschaftlichen Diskursen. Für diese Untersuchung ist insbesondere ein Verständnis von Strafverfassungsrecht wichtig, das auf *Joachim Vogel* zurückgeht und in den letzten Jahren in der deutschen strafrechtswissenschaftlichen Diskussion an Bedeutung gewonnen hat.<sup>4</sup> Nach hier vertretener Ansicht bietet dieses Verständnis einen geeigneten Anknüpfungspunkt, um EU-spezifisch fortentwickelt zu werden.

Die Untersuchung verfolgt einen rechtswissenschaftlich-*intradisziplinären* Ansatz. Sie wählt damit eine Perspektive auf das Strafrecht und seine rechtspolitische Gestaltung, die zunächst innerhalb der Rechtswissenschaft bleibt, trotzdem aber Züge einer Außensicht trägt, da sie über die klassischen innerrechtlichen Säulen hinausdenkt.<sup>5</sup> Die Bezeichnung *Strafverfassungsrecht* deutet bereits darauf hin, dass die Schnittstelle von Straf- und Verfassungsrecht von besonderer Bedeutung ist. Der Fokus der Untersuchung auf die EU erfordert es darüber hinaus, den Ansatz in mehreren Dimensionen zu modifizieren. Hierzu sind drei Gedanken wichtig. *Erstens* ist es notwendig, bei der Gestaltung der Perspektive nicht nur straf- und verfassungsrechtliche, sondern auch EU-rechtliche Gesichtspunkte einzubeziehen. Die Untersuchung setzt sich zum Ziel, Strafverfassungsrecht spezifisch EU-rechtlich weiterzuentwickeln. Dieses Verständnis eines EU-Strafverfassungsrechts zieht daher zwar Inspiration aus nationalen Ansätzen, muss aber die besonderen Charakteristika der EU-(Verfassungs-)Rechtsordnung berücksichtigen. Dies erfordert *zweitens* eine grundlegende Auseinandersetzung

---

<sup>4</sup> Siehe den erst 2022 erschienen Sammelband *Bäcker/Burchard*, Strafrechtsverfassungsrecht; vgl. zuvor die grundlegenden Beiträge von *Burchard*, in: Tiedemann/Sieber/Satzger/Burchard/Brodowski, Die Verfassung moderner Strafrechtspflege – Erinnerung an Joachim Vogel, S. 27; und *Jahn*, in: Tiedemann/Sieber/Satzger/Burchard/Brodowski, Die Verfassung moderner Strafrechtspflege – Erinnerung an Joachim Vogel, S. 63.

<sup>5</sup> Im Unterschied zu vielen Ansätzen in der interdisziplinären Rechtsforschung geht es vorliegend somit nicht um eine Außensicht auf das Strafrecht aus der Perspektive einer anderen wissenschaftlichen Disziplin, wie beispielsweise der Philosophie, vgl. zu verschiedenen Beobachterperspektiven *Rosenstock u. a.*, in: Boulanger/Rosenstock/Singelstein, Interdisziplinäre Rechtsforschung: Eine Einführung in die geistes- und sozialwissenschaftliche Befassung mit dem Recht und seiner Praxis, S. 3 (17 ff.).

mit den Eigenschaften und Potenzialen des EU-Primärrechts. Ob und inwieweit sich dieses als Anknüpfungspunkt für ein EU-Strafverfassungsrecht anbietet, ist eine zentrale Frage der Untersuchung. Sie kann nur beantwortet werden, wenn die Unterschiede zwischen EU-Primärrecht und nationalem Verfassungsrecht differenziert betrachtet werden. Hierfür ist es notwendig, nicht allein die positiven Normen zu vergleichen, sondern sich auf einer tieferliegenden, prinzipiellen Ebene damit zu befassen, welche Möglichkeiten, aber auch welche Grenzen das positive (Primär-)Recht bietet und was daraus für den Umgang mit ihm folgt.

Den Ansatz der Untersuchung kennzeichnet *drittens* die Offenheit für interdisziplinäre Einflüsse, insbesondere der Politikwissenschaft. Diese Offenheit ist nicht nur sinnvoll, um die Dynamiken des auch maßgeblich politisch geprägten Prozesses der Strafrechtsintegration besser nachzuvollziehen. Sie ist darüber hinaus auch für das hier vertretene Verständnis von Strafverfassungsrecht als einem „demokratischen Denkstil“ gewinnbringend. Das EU-Strafverfassungsrecht zielt darauf ab, der Gestaltung der EU-Kriminalpolitik einen Rahmen zu geben, möchte demokratische Entscheidungsspielräume dabei aber explizit erhalten bzw. fördern. Um das Verhältnis von Demokratie und Recht zu bestimmen, sind Erkenntnisse der politischen Theorie und der politischen Philosophie von Bedeutung. Bestehende Erkenntnisse aus diesen Disziplinen bezieht die Untersuchung in die Überlegungen zum EU-Strafverfassungsrecht mit ein.

Strafverfassungsrechtliches Denken in der EU – diesem Thema geht die Untersuchung in einer dreiteiligen Gliederung nach. Der *erste Teil* befasst sich mit der Frage, inwiefern überhaupt ein Bedarf für konzeptionelle Ansätze zur Strafrechtsintegration besteht. Nach der Klärung relevanter Grundbegriffe (A.) richtet sich der Blick dafür zunächst auf die politische und rechtliche Entwicklung des Strafrechts im Verlauf der europäischen Integration (B.). Der Fokus liegt darauf, die Rolle und Bedeutung von kriminalpolitischen Konzeptionen in und für die bisherige Gestaltung des EU-Strafrechts zu analysieren. Dabei zeigt sich, dass die Integration von politischer Seite keiner übergeordneten Konzeption folgt. Während das Fehlen einer kriminalpolitischen Konzeption zu Beginn des Integrationsprozesses zu erklären und zu rechtfertigen war, entwickelt sich dieses Fehlen, so die hier vertretene These, im weiteren Verlauf zu einem relevanten Problem. Mit dem quantitativen und qualitativen Bedeutungsanstieg des EU-Strafrechts erwachsen aus der Abstinenz übergeordneter Leitvorstellungen Gefahren. Spätestens seit dem Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon scheint es daher für eine legitime Fortentwicklung geboten, konzeptionell über die Gestaltung der Integration dieses Rechts- und Politikbereichs nachzudenken. Von Seiten der Strafrechtswissenschaft lassen sich drei Richtungen von Ansätzen identifizieren, die sich dem Fehlen einer Konzeption für das EU-Strafrechts und den daraus resultierenden Problemen zuwenden (C.). Statt die Lösung (weiter) in einer möglichst weitgehenden Erhaltung des nationalen Strafrechts zu suchen (Richtung 1) oder primär die Europäische Menschenrechtskonvention als Garanten für eine legitime europäische Strafrechtsentwicklung zu sehen (Richtung 2), sind nach der hier vertretenen Ansicht EU-spezifische Ansätze (Richtung 3) erforderlich.

Der *zweite Teil* und *dritte Teil* unterbreiten dafür einen Vorschlag. Konkret wird mit dem *EU-Strafverfassungsrecht* ein konzeptioneller Ansatz zur europäischen Integration des Straf- und Strafverfahrensrechts entworfen und zur Diskussion gestellt.

Dabei nähert sich der *zweite Teil* zunächst strafverfassungsrechtlichem Denken in der EU an, indem er klärt, was mit Strafverfassungsrecht gemeint ist und was es beinhaltet. Durch den Blick auf Verständnisse von Strafverfassungsrecht auf nationaler Ebene werden Charakteristika strafverfassungsrechtlicher Ansätze vorgestellt und deren Vorzüge diskutiert (A.). Der zweite Teil wendet sich sodann der zentralen Herausforderung bei der Übertragung des ursprünglich für den nationalen Kontext gebildeten Ansatzes zu (B.): (Wie) lässt sich Strafverfassungsrecht jenseits des Staates, konkret in der EU, denken? Die hier vertretene These ist, dass strafverfassungsrechtliches Denken auch ohne eine formale EU-Verfassung möglich ist. Dafür sind aber spezifische Anpassungen des Konzepts erforderlich. Verschiedene Varianten werden vorgestellt und hinsichtlich ihrer Vor- und Nachteile diskutiert.

Der *dritte Teil* der Untersuchung entwickelt schließlich ein eigenes Verständnis für ein EU-Strafverfassungsrecht. EU-Strafverfassungsrecht sollte dafür als ein konzeptioneller, strafrechtswissenschaftlicher Ansatz verstanden werden, der es ermöglicht, übergreifend über die Integration des Straf- und Strafverfahrensrechts nachzudenken. Im Unterschied zu dem gängigen Verständnis von Strafverfassungsrecht in nationalen Strafrechtsdiskursen ist das hier vorgeschlagene EU-Strafverfassungsrecht nicht als ein bestimmter Teil des positiven (EU-)Verfassungsrechts zu sehen, sondern davon zu abstrahieren. Der in Grundzügen vorgestellte EU-strafverfassungsrechtliche Ansatz soll dabei helfen, Zielvorstellungen, Maßstäbe und Kriterien zu entwickeln, die der politischen Gestaltung der EU-Strafrechtspflege Orientierung und der wissenschaftlichen Begleitung einen Analyse- und Bewertungsrahmen geben. Der *dritte Teil* beginnt mit der Vorstellung von Leitlinien, wie der EU-strafverfassungsrechtliche Ansatz verstanden und konstruiert werden sollte (A.), wendet sich dann der Identifikation EU-strafverfassungsrechtlicher Leitprinzipien zu (B.) und veranschaulicht anhand von drei ausgewählten Vorschlägen, was aus dem EU-Strafverfassungsrecht für konkret(er)e Schlüsse gezogen werden können (C.).

Der hier vorgeschlagene EU-strafverfassungsrechtliche Ansatz soll einen Beitrag zu der eingangs als notwendig identifizierten wissenschaftlichen Debatte leisten.

## *Erster Teil*

# Bedarf für konzeptionelle Ansätze zur Strafrechtsintegration

Das übergreifende Argument des ersten Teils lautet, dass bisher weder politisch noch (rechts-)wissenschaftlich in ausreichendem Maße konzeptionell über die europäische Integration des Straf- und Strafverfahrensrechts nachgedacht wurde und dass darin Gefahren liegen. Um dieses Argument zu substantiieren, beginnt der erste Abschnitt damit, Grundbegriffe der Untersuchung zu klären (A.). Daran anschließend wendet sich der zweite Abschnitt der Rolle und Bedeutung von Konzeptionen in der bisherigen Integration des Straf- und Strafverfahrensrechts zu (B.). Die Rückschau verdeutlicht, dass die Integration dieses Rechtsbereichs politisch bisher keinem übergreifenden Konzept folgt und welche Risiken damit verbunden sind. Im dritten Abschnitt richtet sich der Blick auf die Strafrechtswissenschaft (C.). Hier lassen sich grob drei Richtungen ausmachen, die sich den Problemen zuwenden, die aus dem Fehlen übergeordneter Leitvorstellungen der Strafrechtsintegration resultieren. Aus verschiedenen Gründen stellen sie aber noch keine zufriedenstellende Lösung dar. Daraus folgt, dass weiterhin Bedarf für die Entwicklung einer EU-spezifischen Konzeption für die Strafrechtsgestaltung besteht.





## A. Grundbegriffe

Im Zentrum der Untersuchung steht das Anliegen, einen neuen konzeptionellen Ansatz für die europäische Integration des Straf- und Strafverfahrensrechts zu entwickeln. Zu Beginn ist es dafür hilfreich zu klären, was einerseits unter der europäischen Integration des Straf- und Strafverfahrensrecht verstanden wird (dazu I.) und andererseits, was mit der Bezeichnung Konzeption bzw. konzeptionellem Ansatz gemeint ist (dazu II.).

### I. Europäische Integration des Straf- und Strafverfahrensrechts

Als *europäische Integration* wird zunächst der Prozess der Schaffung „einer immer engeren Union“ der europäischen Staaten und Völker im Rahmen der Europäischen Union (EU) verstanden.<sup>1</sup> Der Integrationsbegriff bringt zum Ausdruck, dass es sich um einen mehrschichtigen Prozess handelt. Zum einen lässt sich die Integration als ein *rechtlicher Prozess* begreifen. Recht hat die Entwicklung der EU an vielen Stellen entscheidend geprägt. Es bietet ein Medium, um Integrationssschritte zu kodifizieren, einen Orientierungspunkt für zukünftige Maßnahmen und eine Form, über die Integration nachzudenken und zu diskutieren. Die europäische Integration stellt aber nicht nur einen rechtlichen Prozess dar. Sie lässt sich auch als ein *politischer Prozess* fassen. Ihre konkrete Gestaltung hängt maßgeblich von politisch (idealerweise demokratisch) zu treffenden Entscheidungen ab, die nicht vollständig durch das bestehende Recht determiniert sind. Diesem Verhältnis von Recht zu Politik und den Möglichkeiten und Grenzen einer rechtlichen Herangehensweise zur Integration wendet sich die Untersuchung im *zweiten Teil* zu.

Mit europäischer Integration ist weiterhin eine Eingrenzung auf Entwicklungen verbunden, die *im Rahmen der EU* stattfinden (Europäisches Strafrecht im engeren Sinne).<sup>2</sup> Dabei handelt es sich um einen Teilbereich einer größeren

---

<sup>1</sup> Vgl. zum Ausdruck der „immer engeren Union“ die Präambel des EU-Vertrages (EUV) und Art. 1 Abs. 2 EUV; dazu *Streinz*, in: *Streinz, EUV/AEUV*, Präambel, Rn. 4; *Pechstein*, in: *Streinz, EUV/AEUV*, Art. 1 EUV, Rn. 19.

<sup>2</sup> Zu dem Begriff und entsprechenden Verständnis siehe *Böse*, in: *Böse, Europäisches Strafrecht (EnzEuR XI)*, Rn. 12; vgl. zur Begriffsbestimmung auch *Sieber*, in: *Sieber/Satzger/von Heintschel-Heinegg, Europäisches Strafrecht, Einführung*, Rn. 2 ff. *Hecker*, *Europäisches Strafrecht*, § 1, Rn. 5 ff. *Ambos*, *Internationales Strafrecht*, § 9, Rn. 18; *Satzger*, In-

Rechtsentwicklung, die sich insgesamt als Europäisierung der Strafrechtspflege (Europäisches Strafrecht im weiteren Sinne<sup>3</sup>) bezeichnen lässt. Auch außerhalb der EU sind wichtige Entwicklungen im Strafrecht zu beobachten.<sup>4</sup> Der Grund dafür, sich in dieser Untersuchung aber spezifisch auf die Entwicklungen in der EU zu konzentrieren, liegt darin, dass sich das EU-Strafrecht ab den 1990er-Jahren schrittweise zu einem eigenständigen Politik- und Rechtsbereich entwickelt hat, der sich sowohl quantitativ als auch qualitativ zunehmend von anderen europäischen Zusammenschlüssen mit Strafrechtsbezug unterscheidet.<sup>5</sup>

Zwei Aspekte des EU-Strafrechts müssen als Besonderheit wahrgenommen werden. Erstens findet EU-Strafrecht nicht nur auf der Ebene der EU, sondern auch auf nationaler Ebene statt. Zutreffend lässt sich EU-Strafrecht als ein „integriertes System europäischer Strafrechtspflege“ beschreiben, in dem die mitgliedstaatliche und die EU-Ebene durch verschiedene Mechanismen miteinander verknüpft sind.<sup>6</sup> Eine Auseinandersetzung mit EU-Strafrecht schließt daher immer auch die nationale Ebene mit ein. Zweitens weist das Unionsrecht eine Offenheit in Richtung des regionalen Völkerrechts auf. Das trifft insbesondere auf die Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK) und die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) zu, da das Unionsrecht nicht nur faktisch, sondern auch rechtlich angeordnet eine enge Verknüpfung zur EMRK aufweist und diese anstrebt.<sup>7</sup> Soweit sie für das EU-

---

ternationales und Europäisches Strafrecht, § 7, Rn. 3; für eine Annäherung an den Begriff auch *Nuotio*, in: Hörnle/Dubber, *The Oxford Handbook of Criminal Law*, S. 1115 (1115–1117).

<sup>3</sup> Vgl. *Böse*, in: Böse, *Europäisches Strafrecht (EnzEuR XI)*, § 1, Rn. 12 (sowie Fn. zuvor).

<sup>4</sup> Im Gegenteil zeigt ein im Abschnitt B. folgender Blick in die Integrationsgeschichte, welche profunden Einfluss regional völkerrechtliche Abkommen und Zusammenschlüsse gehabt haben und noch immer haben. Zu denken ist etwa an die Schengen-Übereinkommen, die Organisation für wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung (OECD), den Europarat und dabei besonders die Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK) sowie die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR), vgl. insgesamt *Mitsilegas*, *EU Criminal Law*, S. 7 ff.

<sup>5</sup> Vgl. dazu noch *Erster Teil*, B. Allgemein lässt sich sagen, dass die EU als mehrdimensionales Regierungssystem mit eigenen Institutionen und Verfahren darstellt, das im Vergleich zu anderen völkerrechtlichen Zusammenschlüssen deutlich andere Möglichkeiten der Beeinflussung nationaler Rechtsentwicklungen hat. Das macht sich auch im Bereich des Strafrechts stärker bemerkbar.

<sup>6</sup> Vgl. zu dieser Charakterisierung *Hecker*, *Europäisches Strafrecht*, S. 6. Zu den Mechanismen gehören Elemente der Kooperation, Koordination, Assimilierung und Harmonisierung. Zur Bezeichnung als integriertem Strafrechtssystem vor dem Vertrag von Lissabon bereits *Vogel*, *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 2005, 125 (127); zur Lage nach dem Vertrag von Lissabon *Hecker*, in: Ambos, *Europäisches Strafrecht post-Lissabon*, S. 13 (13 ff.).

<sup>7</sup> Vgl. insb. Art. 6 Abs. 2 und Abs. 3 EUV, dazu *Streinz/Michl*, in: Streinz, *EUV/AEU*, Art. 6 EUV, Rn. 7 ff.; *Kingreen*, in: Calliess/Ruffert, *EUV/AEU*, Art. 6 EUV, Rn. 19 ff.; sowie die Präambel und Art. 52 Abs. 3, Art. 53 der Charta der Grundrechte der EU (GRCh), dazu *Streinz/Michl*, in: Streinz, *EUV/AEU*, Art. 52 GRCh, Rn. 24 ff. und Art. 53 GRCh, Rn. 9.

Strafrecht von Relevanz sind, werden deshalb auch europäisch-völkerrechtliche Faktoren einbezogen.

In Untersuchungen zum europäischen Strafrecht wird häufig zwischen Strafrecht im engeren Sinne (Kriminalstrafrecht) und Strafrecht im weiteren Sinne unterschieden, wozu auch außerhalb des formalen Strafrechts liegende repressive Sanktionen gehören (z. B. Geldbußen bei Wettbewerbsverstößen).<sup>8</sup> Diese Untersuchung konzentriert sich auf Strafrecht im engeren Sinne. Im Fokus steht somit das Recht, das Sanktionen von einer bestimmten Qualität in Form von Kriminalstrafen vorsieht, die bei Verletzungen grundlegender gesellschaftlicher Verhaltensnormen drohen. Strafverfahrensrecht bezeichnet die Regelungen zu Verfahren, in denen es um die Verhängung von Kriminalstrafen geht. Für die Bestimmung des Begriffs Kriminalstrafrecht bietet sich aufgrund des europäischen Ansatzes der Untersuchung kein rein positivistischer Zugang an.<sup>9</sup> Im pluralen Rechtsraum der EU existiert keine einheitliche Zuordnung einer Frage zum Kriminalstrafrecht.<sup>10</sup> Vorzugswürdig erscheint es, sich bei der Bestimmung des Kriminalstrafrechts am Vorgehen des EGMR („Engel-Kriterien“) zu orientieren: Neben der formalen Zuordnung berücksichtigt der EGMR die Natur des Vergehens (*nature of the offence*) und die Art und Schwere der Sanktion (*degree of severity of the penalty*).<sup>11</sup>

---

<sup>8</sup> Vgl. z. B. Böse, in: Böse, Europäisches Strafrecht (EnzEuR XI), Rn. 13; Reinbacher, Strafrecht im Mehrebenensystem, S. 42–50.

<sup>9</sup> Die positive Zuordnung einer Frage zum Strafrecht ist trotzdem nicht irrelevant, da gerade die Verhängung einer Sanktion als Kriminalstrafe zu der besonderen Eingriffsintensität beitragen kann.

<sup>10</sup> Das gilt nicht nur für gesellschaftspolitisch umstrittene Fragen wie der genauen Ausgestaltung einer möglichen Strafbarkeit wegen Sterbehilfe, Schwangerschaftsabbruch oder des Konsums sog. „weicher Drogen“. Auch bei der Unterscheidung zwischen Mord und Totschlag und verschiedenen Ansätzen zu Diebstahl offenbaren sich bei näherer Betrachtung Unterschiede zwischen den EU-Staaten, vgl. *Ambos*, Maastricht Journal of European and Comparative Law 2005, 173 (187–190); Ein weiteres Beispiel für die unterschiedliche Zuordnung stellt die non-conviction-based-confiscation dar, vgl. zu den Modellen in der EU *Rui/Sieber*, in: Rui/Sieber, Non-Conviction-Based Confiscation in Europe, S. 245 (247 ff.); Auch die Zuordnung zum materiellen oder Strafprozessrecht ist in der EU nicht einheitlich, vgl. beispielsweise die Einordnung von Verjährungsvorschriften in Italien, Deutschland und Österreich, dazu *Staffler*, ZStW 2018, 1147 (1153 ff.).

<sup>11</sup> EGMR, Urteil vom 8. Juni 1976 – 5100/71, 5101/71, 5102/71, 5354/72, 5370/72 (Engel u. a. / die Niederlande), Rn. 82.

## II. Konzeption

Ein weiterer für diese Untersuchung wesentlicher Begriff ist der der *Konzeption*.<sup>12</sup> Unter einer Konzeption wird vorliegend ein abstraktes, übergeordnetes Ideal verstanden. Konzeptionen definieren Zielvorstellungen und sind insofern *normativ*.<sup>13</sup> Sie erfüllen zwei Funktionen. Zum einen geben sie prospektiv Orientierung, zum anderen ermöglichen sie retrospektiv eine kriteriengeleitete Bewertung, da sich anhand der Zielvorstellungen transparente Bewertungsmaßstäbe entwickeln lassen. Die beiden Funktionen stellen zwei Seiten einer Medaille dar. Zwar können sie sich im Hinblick darauf unterscheiden, wen sie adressieren und welche Spielräume sie belassen.<sup>14</sup> Ihnen ist aber gemeinsam, dass sie dieselben Ziele bzw. Maßstäbe als wesentlich erachten. Ein weiteres Charakteristikum von Konzeptionen ist, dass sie übergreifend angelegt sind. Bei einer Konzeption geht es nicht darum, einzelne konkrete Bestandteile isoliert zu betrachten, sondern einen größeren Zusammenhang in den Blick zu nehmen. Konzeptionen bilden einen Rahmen für die einzelnen Bestandteile. Eine dritte hier wichtige Eigenschaft von Konzeptionen ist, dass sie eine ordnende und strukturierende Funktion haben. In der Regel weisen sie unterschiedliche Ebenen oder Hierarchiestufen auf. Elemente auf niedrigeren, konkreteren Ebenen lassen sich entsprechend der abstrakten und höheren Leitvorstellungen ordnen und systematisieren.

Der Begriff der Konzeption ist eng mit dem eines Systems oder auch Modells verbunden.<sup>15</sup> Sie teilen die Gemeinsamkeit, auf einer höheren Abstraktionsstufe

<sup>12</sup> Teilweise wird auch ohne Bedeutungsunterschied der Begriff *Konzept* verwendet.

<sup>13</sup> Grundsätzlich werden normative Betrachtungen häufig einerseits von analytisch-logischen und andererseits von deskriptiven Betrachtungen unterschieden, vgl. z. B. *Rottleuthner*, Rechtstheorie und Rechtssoziologie; während bei analytischen Zugängen die interne Logik (im Sinne von Schlüssigkeit) im Zentrum steht und bei deskriptiven die beobacht- und beschreibbare Übereinstimmung mit der äußeren „Wirklichkeit“, geht es bei normativen Ansätzen um Bewertung; zu den verschiedenen Bedeutungsfacetten, die unter „normativ“ gefasst werden siehe *Hilgendorf*, in: Mahlmann, Gesellschaft und Gerechtigkeit. Festschrift für Hubert Rottleuthner, S. 45; vgl. auch *Taekema/van Klink*, in: van Klink/Taekema, Law and Method, (29), die in der Unterscheidung zwischen deskriptiven und normativen Zugängen einen wesentlichen Unterschied zwischen soziologischer und juristischer Rechtsforschung sehen; siehe auch *Rosenstock u. a.*, in: Boulanger/Rosenstock/Singelstein, Interdisziplinäre Rechtsforschung: Eine Einführung in die geistes- und sozialwissenschaftliche Befassung mit dem Recht und seiner Praxis, S. 3 (3 ff.), die zwischen einer Beobachterperspektive 2. Ordnung (deskriptiv, Beobachtung/Beschreibung unter Verzicht einer Stellungnahme) und einer 1. Ordnung (normativ, anhand eines Maßstabs werden wertende Stellungnahmen zur Verbesserung eines Rechtssystems geäußert) unterscheiden.

<sup>14</sup> So kann die zukünftige Gestaltung eines Politikbereichs primär als politische Aufgabe gesehen werden, die sich an demokratisch legitimierte Akteure richtet und diesen einen tendenziell weiten Spielraum belässt. Die Aufgabe der (nachträglichen) Bewertung ist hingegen zumindest auch eine rechtliche, die weniger Spielräume belässt, sondern möglichst trennscharfe Kriterien erfordert.

<sup>15</sup> Vgl. zur Bedeutung systematischen Denkens im Strafrecht *Zaczyk*, ZStW 2011, 691;

angesiedelt zu sein und sich übergreifend mit der Ordnung von Teilelementen zu befassen. Möchte man zwischen den dreien differenzieren, können ein Modell oder ein System gegenüber einer Konzeption einen höheren Grad interner Kohärenz, Bestimmtheit und Abgeschlossenheit suggerieren. Für den offenen, dynamischen Integrationsprozess ist es zwar wichtig, Zielvorstellungen zu gewinnen und einen übergeordneten Rahmen zu entwickeln; nicht beabsichtigt ist aber die Ausdifferenzierung zu einem vollständigen, in sich schlüssigen System oder einem Modell der Integration. Deshalb wird im Folgenden weder von System von Modell gesprochen. Selbst der Begriff der Konzeption erscheint fast zu statisch gefasst, um der Offenheit der Integration Rechnung zu tragen. Der im zweiten und dritten Teil der Untersuchung unterbreitete Vorschlag wird deshalb zurückhaltender als ein *konzeptioneller Ansatz* zur Integration des Strafrechts bezeichnet.

Es existieren unterschiedliche Arten von Konzeptionen. Eine erste Unterscheidung kann dahingehend vorgenommen werden, *wer* die Konzeption formuliert. Konzeptionen können von Seite der Politik formuliert werden, die sich dann auch als politische Programme beschreiben lassen. Im Unterschied zu einzelnen Gesetzesvorhaben steht bei politischen Konzeptionen eine übergreifende Idee für die Gestaltung eines Politikbereichs im Zentrum. Statt konkreter Maßnahmen legen Konzeptionen die wesentlichen Grundzüge und Leinien fest. Mit Blick auf die Strafrechtsintegration kommen eine Reihe von politischen Akteuren in Betracht, denen unterschiedliche Formen zur Verfügung stehen. So kann beispielsweise die Europäische Kommission in Form sog. *White Paper* ihre Ziele und Strategien kommunizieren. Als Vertretung der Mitgliedsstaaten ist besonders der Europäische Rat dazu aufgerufen, die größeren politischen Ziele festzulegen.<sup>16</sup> Auch Parlamente (nationale oder das europäische), Zusammenschlüsse von Mitgliedsstaaten, einzelne Parteien oder Nichtregierungsorganisationen können politische Konzeptionen zur Strafrechtsintegration formulieren.

Ein weiterer potenzieller Akteur, um Konzeptionen zu formulieren, ist die Judikative. Die Aufgabe von Gerichten besteht primär darin, konkrete Einzelfälle zu entscheiden. Sie sind aber auch damit befasst, übergreifend abstrakte Kriterien zu entwickeln, die eine kongruente Lösung anderer vergleichbarer Fälle sicherstellen.<sup>17</sup> Diese Form justizieller Prinzipien- oder Maßstabsbildung

---

siehe auch *Roxin*, Kriminalpolitik und Strafrechtssystem, dessen Verständnis von System sich allerdings nicht mit dem von *Zaczyk* deckt; vgl. zur Bedeutung eines Systems im europäischen Strafrecht *Nuotio*, in: Hörnle/Dubber, *The Oxford Handbook of Criminal Law*, S. 1115 (1132 f.).

<sup>16</sup> Siehe Art. 15 Abs. 1 EUV: „Der Europäische Rat gibt der Union die für ihre Entwicklung erforderlichen Impulse und legt die allgemeinen politischen Zielvorstellungen und Prioritäten hierfür fest. Er wird nicht gesetzgeberisch tätig.“ Speziell für das Strafrecht siehe Art. 68 AEUV; dazu *Suhr*, in: Calliess/Ruffert, *EUV/AEUV*, Art. 68 AEUV.

<sup>17</sup> Vgl. zu dem Aspekt der Maßstabsbildung für das BVerfG *Lepsius*, in: *Das entgrenzte Gericht: Eine kritische Bilanz nach sechzig Jahren Bundesverfassungsgericht*, S. 159; van Ooyen/Möllers, in: van Ooyen/Möllers, *Handbuch Bundesverfassungsgericht im politischen System*, S. 119; für den EuGH *Wendel*, *JöR* 2020, 113.

hat konzeptionellen Charakter, da sie auf eine übergeordnete Ordnung abzielt. Für die Strafrechtsintegration scheint für diese Form rechtlicher Konzeptionalisierung des EU-Strafrechts der EuGH prädestiniert. Zwar erfüllen auch die mitgliedstaatlichen Gerichte für die Unionsrechtsordnung wichtige Funktionen. Die Stellung des EuGH, letztverbindlich das Unionsrecht interpretieren zu dürfen, versetzt den Gerichtshof aber in eine besonders günstige Position, um allgemeine übergreifende (Rechts-)Prinzipien zu entwickeln.

Konzeptionen können schließlich von Seiten der Wissenschaft entwickelt werden. Während politische Konzeptionen Aspekte der praktischen Machbarkeit und der politischen Verhältnisse tendenziell stärker mitreflektieren dürften und justizielle das Ziel verfolgen, ein möglichst kongruentes System zur Entscheidung von Einzelfällen bereitzuhalten, sind wissenschaftliche Konzeptionen in ihrer inhaltlichen Gestaltung freier. Sie charakterisiert in der Regel, eine intensivere Anknüpfung an wissenschaftliche Theorie(n) zu suchen. Für die Strafrechtsintegration sind konzeptionelle Ansätze aus einer Reihe von wissenschaftlichen Disziplinen vorstellbar. Aus der Philosophie ließe sich beispielsweise konzeptionell überlegen, wie ein bestimmtes Gerechtigkeitsideal in der Strafrechtsintegration verwirklicht werden kann. Aus Perspektive der Politikwissenschaft ließe sich eine demokratietheoretische Konzeption entwickeln. Aus rechtswissenschaftlicher Perspektive, die diese Untersuchung einnimmt, gibt es wiederum unterschiedliche rechtliche Konzeptionen. Sie unterscheiden sich dahingehend, *wie* konzeptualisiert wird. Zum einen gilt es zu klären, woher die normativen Fixpunkte oder Zielbestimmungen resultieren und zum anderen muss festgelegt werden, wie mit normativen Fixpunkten umgegangen wird.

Schematisch existieren insofern zwei Varianten konzeptioneller Ansätze: ein *rechtspositivistischer* (oder auch rechtsinterner bzw. rechtsdogmatischer) Zugang und ein *rechtsgrundlegender* (oder auch rechtsexterner bzw. interdisziplinär offener).<sup>18</sup> Bei der ersten Variante konzeptioneller Ansätze (also rechtspositivistisch, rechtsintern oder rechtsdogmatisch) resultieren die normativen Fixpunkte der Konzeption aus dem positiv gesetzten Recht selbst. Als besonders wichtig identifizierte Normen des Rechts bilden die zentralen Rahmenpunkte. Bei ihrer Identifikation spielt häufig die gesetzte Normhierarchie innerhalb eines Rechtssystems eine wichtige Rolle. Anhand juristischer Auslegung wird dann geklärt, wie die Normen ausgelegt werden, damit sie ein kongruentes System zur Lösung

---

<sup>18</sup> Die Verwendung verschiedener Begriffe deutet bereits an, dass die Differenzierung schwer zu treffen ist. Teilweise wird sogar bezweifelt, dass rechtsdogmatische und interdisziplinäre (theoriegeleitete) Ansätze überhaupt klar voneinander zu trennen seien und dass man insofern nicht von einem Exklusivitätsverhältnis ausgehen sollte, vgl. *Stark*, Interdisziplinarität der Rechtsdogmatik. *Stark* argumentiert für ein differenzierteres Verständnis von Rechtsdogmatik und Interdisziplinarität, in der eine größere Offenheit in der Rechtsdogmatik für interdisziplinäre Anknüpfung existiert. Zumindest in der Tendenz ist die hier angedeutete Kategorisierung aber nach hier vertretener Ansicht hilfreich. Sie muss im Einzelfall weiter spezifiziert werden (dazu insb. *Zweiter Teil*, B.).

einzelner Sachverhalte oder Maßnahmen bilden. Mit Blick auf die Integration des Strafverfahrensrechts könnte ein rechtsdogmatischer Ansatz beispielsweise darin bestehen, zu überprüfen, wie die Normen des europäischen Haftbefehls verstanden werden müssen, um insgesamt schlüssige Lösungen für konkrete Auslieferungsentscheidungen anzubieten. Auch könnte untersucht werden, wie sich (einzelne) Paragraphen der Verordnung zur Errichtung der Europäischen Staatsanwaltschaft zum europäischen Primärrecht verhalten.<sup>19</sup> Die Orientierung an gesetztem Recht hat unter anderem den Vorteil, zur Gewinnung von Rechtssicherheit und rechtsinterner Kohärenz beizutragen.<sup>20</sup>

Bei der zweiten Variante (also rechtsgrundlegend, rechtsextern oder interdisziplinär offen) besteht demgegenüber keine zwingende Bindung an das positive Recht.<sup>21</sup> Rechtsgrundlegende konzeptionelle Ansätze können Kriterien einbeziehen, die außerhalb des formalen Rechts liegen. Oft finden Ideen aus anderen wissenschaftlichen Disziplinen Einzug in die Rechtsbetrachtung.<sup>22</sup> Grundlegende konzeptionelle Ansätze sind theoretisch oder zumindest theorieoffen(er). Statt konkrete rechtliche Einzelfragen anhand des bestehenden Rechts zu lösen, kann es darum gehen, auf einer tieferliegenden Ebene Rechtsentwicklungen insgesamt zu reflektieren. Ein Ziel grundlegender Ansätze kann es beispielsweise sein, übergreifende Kriterien zu gewinnen, anhand derer sich Einzelentwicklungen, aber auch ein Rechtssystem als Ganzes ausrichten und bewerten lassen. Große Relevanz kommt insofern der Festlegung von Kriterien als normativen Fixpunkten der Konzeption zu. Die mitunter komplexe Aufgabe der Maßstabsbildung kann selbst Ziel der Forschung sein. Grundlegende konzeptionelle Ansätze haben somit das Potenzial, Rechtsentwicklungen an rechtsexternen, aber für wichtig befundenen Parametern auszurichten und sie so in einen größeren Kontext einzuordnen.

Für die Integration des Strafverfahrensrechts bieten grundlegende Ansätze die Möglichkeit, auch außerhalb des Rechts nach leitenden Idealen zu suchen. So

---

<sup>19</sup> Siehe Verordnung 2017/1939/EU des Rates vom 12. Oktober 2017 zur Durchführung einer Verstärkten Zusammenarbeit zur Errichtung der Europäischen Staatsanwaltschaft (EUSTa). Alternativ ließe sich auch die EMRK oder eine mitgliedstaatliche Verfassung als rechtlicher Maßstab heranziehen.

<sup>20</sup> Die aufgemachte Differenzierung entspricht der zwischen „Rechtbüchern“ (*law books*) und „Büchern über Recht“ (*books about law*), die sich in angloamerikanischer Literatur oft findet, so beispielsweise bereits bei *Abel*, *Stanford Law Review* 1973, 175; oder auch *Weiler*, *Common Market L. Rev.* 1987, 555 (555).

<sup>21</sup> Positiv gesetzten Normen kann auch bei rechtsgrundlegenden Konzeptionen eine Bedeutung beigemessen werden. Nur sind die Normen nicht qua ihrer Setzung absolute Fixpunkte. Stattdessen stehen die mit ihr verbundenen Wertungen im Zentrum, die theoretisch ergänzt und reflektiert werden können.

<sup>22</sup> Bei Rechtsbetrachtungen sind dies oft philosophische, soziologische oder historische Erkenntnisse. Mittlerweile werden aber auch kulturwissenschaftliche oder linguistische inspirierte Perspektiven auf das Recht verfolgt, vgl. nur *Kahn*, *The Cultural Study of Law*; *Rosen*, *Law as Culture*; *Gibbons*, *Language and the Law*.



können übergeordnete rechtsphilosophische Vorstellungen oder auch Strafrechtsprinzipien, die für die Entwicklung von nationalen Strafrechtssystemen prägend waren, konzeptionelle Ansatzpunkte liefern.<sup>23</sup> Konzeptionelle Zugänge könnten aber auch andere Ziele festlegen. So ließe sich beispielsweise fragen, wie ein europäisches Strafrecht aussehen müsste, das ein möglichst hohes Maß an Sicherheit garantiert. Wie müssten dementsprechend rechtliche Regelungen ausgestaltet sein, die die Maximierung des Erfolgs von Strafverfolgung bezwecken? Wie diese Beispiele verdeutlichen, können grundlegende konzeptionelle Ansätze in ihrer Zielsetzung deutlich divergieren.

---

<sup>23</sup> So z. B. bei *Schaut*, Europäische Strafrechtsprinzipien, zu *Schaut* und weiteren prinzipienbasierten Ansätzen vgl. noch *Erster Teil*, C., III., 1.

## B. Die Rolle und Bedeutung von Konzeptionen in der Strafrechtsintegration

Die bisherige Gestaltung des Straf- und Strafverfahrensrecht in der europäischen Integration folgt keiner kriminalpolitischen Konzeption. Das Fehlen eines Konzepts ist zwar nicht *per se* problematisch, spezifisch mit Blick auf die Strafrechtsintegration gilt aber folgender Konnex: Je weiter die Integration voranschreitet und je mehr Maßnahmen erlassen werden, die sich auf die Rechte von Individuen auswirken können, desto mehr besteht eine Notwendigkeit, konzeptionelle Überlegungen zur Gestaltung des Rechts- und Politikbereichs anzustellen. Nach hier vertretener Ansicht sind konzeptionelle Überlegungen wichtig, um eine legitime Entwicklung zu garantieren. Im Folgenden wird auf den Zusammenhang zwischen Voranschreiten der Integration einerseits und der Notwendigkeit für eine Konzeption andererseits eingegangen. Nach einer abstrakten Annäherung an die Frage (dazu I.), wird der Blick auf den konkreten Verlauf der Integration gerichtet (dazu II.). Dabei wird nicht nur deutlich, dass die Integration des Straf- und Strafverfahrensrechts keiner übergreifenden Konzeption folgt, sondern auch, dass und welche Gefahren daraus für eine legitime Entwicklung von Strafrecht in der Integration folgen. Ein Zwischenfazit fasst die Ergebnisse zusammen (dazu III.).

### I. Bedeutung von Konzeptionen (abstrakt)

Nicht jede Rechtsentwicklung erfordert eine Konzeption. Teilweise sind konzeptionelle Überlegungen noch nicht einmal sinnvoll möglich. In Bezug auf das europäische Strafrecht setzt eine sinnvolle Konzeption voraus, dass überhaupt ausreichend Teilelemente existieren, die konzeptualisiert werden können.<sup>1</sup> Nach dem hier dargelegten Verständnis ist für Konzeptionen weiter charakteristisch, dass einzelne Elemente in einen größeren Zusammenhang mit leitenden Ideen und Vorstellungen eingeordnet werden. Für eine Konzeption zum EU-Strafrecht ist es daher günstig, wenn bereits einigermaßen feste Strukturen existieren und die Einzelmaßnahmen bereits eine gewisse Verbindung zueinander aufweisen.

---

<sup>1</sup> In der Integration des Strafrechts kommen dafür grundsätzlich legislative Akte wie Rahmenbeschlüsse, Richtlinien oder Verordnungen in Betracht. Auch primärrechtliche Normen, nationale Umsetzungsakte oder Gerichtsurteile stehen einer Konzeptionalisierung offen.

Maßnahmen, die aus sehr heterogenen Zusammenhängen entstammen und unterschiedlichen Regeln und Zielsetzungen folgen, sind demgegenüber tendenziell schwerer konzeptionell zu fassen. Ein damit zusammenhängender dritter begünstigender Faktor für konzeptionelle Ansätze ist, wenn sich bereits Anknüpfungspunkte für eine Hierarchisierung andeuten und übergeordnete Ziele oder Orientierungspunkte leicht erkennbar sind. Sollte es hingegen schwierig sein, solche übergeordneten Vorstellungen zu finden, schmälert das die Chance einer (sinnvollen) Konzeptionalisierung. Ob und unter welchen Voraussetzungen konzeptionelle Ansätze möglich sind, beantwortet allerdings noch nicht die Frage, wann sie notwendig sind. Aus den Funktionen, denen Konzeptionen positiv dienen, lässt sich im Umkehrschluss ableiten, wann ihr Fehlen (besonders) problematisch ist.<sup>2</sup>

Eine erste wichtige Funktion konzeptioneller Ansätze besteht darin, dass sie normative Orientierung geben.<sup>3</sup> Für das Strafrecht ist normative Orientierung besonders wichtig, da für strafrechtliche Regelungen ein hoher Legitimationsbedarf besteht. Im Gegensatz zu vielen staatlichen Maßnahmen, die die Freiheit der Bürger\*innen erweitern, wird Strafrecht oft als tendenziell freiheitsverkürzend gesehen.<sup>4</sup> Auch nach der Abschaffung und sogar einem europäischen Verbot der Todesstrafe sieht das Strafrecht die am einschneidendsten Sanktionen im Verhältnis des Staates zu seinen Bürger\*innen vor.<sup>5</sup> Diese Freiheitseinschränkungen erfordern, dass legitimitätsstiftende Kriterien bei der Gestaltung von Strafrecht berücksichtigt werden. Welche Kriterien dies sind, ist mit der grundsätzlichen Frage verbunden, ob und wann staatliches Strafen gerechtfertigt sein kann.<sup>6</sup> Unter den vielen möglichen Perspektiven, die man zur Beantwortung der

---

<sup>2</sup> Vgl. dazu *Erster Teil, A., II.*

<sup>3</sup> Vgl. Fn. zuvor.

<sup>4</sup> Diese Darstellung kann als verkürzend wahrgenommen werden. Straf- und Strafverfahrensrecht können nicht nur als Ermächtigung zu Freiheitseingriffen gesehen werden, sondern umgekehrt auch als genaue Begrenzung derer. In diesem Sinne verhindern straf- und strafverfahrensrechtliche Regelungen gerade einen willkürlichen hoheitlichen Zugriff und knüpfen die Freiheitseingriffe an strikte Voraussetzungen. Weiter lässt sich die Gewährleistung von Sicherheit durch das Strafrecht auch als Bedingung zur Ausübung von Freiheitsrechten verstehen, vgl. zu dieser Dimension der „freedom from fear“ *Monar*, in: Anderson/Agap, *Police and Justice Co-operation and the New European Borders*, S. 165 (166); *Fletcher u. a.*, *EU Criminal Law and Justice*, S. 22; vgl. auch *Hüttemann*, *Principles and Perspectives of European Criminal Procedure*, S. 193 ff., die verschiedene Möglichkeiten erörtert, wie man Sicherheit und Freiheit und ihr Verhältnis verstehen kann.

<sup>5</sup> In Friedenszeiten wurde die Todesstrafe in Europa 1985 durch Inkrafttreten des Protokoll Nr. 6 zur EMRK abgeschafft. 2003 folgte mit dem Protokoll Nr. 13 die Abschaffung unter allen Umständen. Bis auf Armenien, Aserbaidshan und Russland (seit 2022 nicht mehr Mitglied des Europarats) haben alle Vertragsstaaten das Protokoll unterzeichnet und ratifiziert.

<sup>6</sup> Siehe zur Frage der Legitimität von Kriminalstrafe *Hörnle*, *Straftheorien*. *Hörnle* zeigt, dass mehrere Differenzierungen erforderlich sind. Unter anderem müsse zwischen verschiedenen Eingriffen (einerseits der Androhung von Strafe und andererseits ihrer Verhängung),

Frage, wann staatliches Strafen legitim ist, wählen kann (u. a. rechtsphilosophische, soziologische oder politikwissenschaftliche Perspektiven), geht diese Untersuchung einem (straf-)verfassungsrechtlichen Verständnis nach.<sup>7</sup>

Es lassen sich bereits an dieser Stelle einige aus strafverfassungsrechtlicher Sicht relevante Kriterien hervorheben, auf die im zweiten und dritten Teil noch näher eingegangen wird.<sup>8</sup> Strafrechtliche Regelungen setzen aufgrund ihrer Eingriffsintensität einen effektiven individualrechtlichen Schutz von beschuldigten oder angeklagten Personen voraus, der oft in Form von Grundrechten gewährleistet wird.<sup>9</sup> Darüber hinaus müssen auch demokratische Anforderungen berücksichtigt werden. Das heißt zum einen, dass Mitbestimmungsmöglichkeiten existieren, die es den Bürger\*innen erlauben, über das Verhältnis von Freiheits-, Sicherheits- und potenziell weiteren Interessen zu entscheiden. Zum anderen ist es erforderlich, dass die Ziele, die mit strafrechtlichen Regelungen verbunden sind (oft Freiheit und Sicherheit), auch effektiv gewährleistet werden.

Zur Veranschaulichung dieser zwei Seiten lässt sich die auf *Fritz W. Scharpf* zurückgehende Differenzierung zwischen der Input- und Output-Dimension demokratischer Legitimation heranziehen.<sup>10</sup> Bei der Input-Dimension geht um „Herrschaft durch das Volk“, wohingegen die Output-Dimension die „Herrschaft für das Volk“ in den Mittelpunkt stellt. Ersteres meint, dass die kollektiv bindenden Entscheidungen möglichst akkurat die Präferenzen der Bürger\*innen abbilden sollen. Dafür müssen effektive Formen der Partizipation und Kommunikation bereitstehen, die es den Bürger\*innen ermöglichen, ihren Vorstellungen Ausdruck zu verleihen und sie in einen gemeinsamen Entscheidungsprozess

---

zwischen der Frage des *Sollens* und des *Dürfens* staatlichen Strafens und zwischen den Adressaten, gegenüber denen Strafrecht legitimiert werden muss (die von Strafnormen Betroffenen und den Bestraften selbst) sorgfältig unterschieden werden (3 ff.). Entsprechend differenziert fallen auch *Hörnles* Antworten zur Legitimität staatlichen Strafens aus; vgl. zur Legitimation staatlichen Strafens auch *Pawlik*, Normbestätigung und Identitätsbalance.

<sup>7</sup> Vgl. dazu noch *Zweiter Teil*, A. und B. sowie *Dritter Teil*, insb. B. Die Vielfältigkeit, wie man Legitimität verstehen kann, zeigt ein Überblick über bisherige Ansätze zur EU, vgl. dazu *Erster Teil*, C., III., 1., c).

<sup>8</sup> Vgl. mit ähnlichen Kriterien (ohne sie als strafverfassungsrechtlich zu bezeichnen) *Sieber*, ZStW 2009, 1 (2 ff.); *Reinbacher*, Strafrecht im Mehrebenensystem, S. 572 ff., der Demokratie, Effektivität, lokale Vielfalt und Rechtsstaatlichkeit und Beschuldigtenrechte nennt.

<sup>9</sup> Vgl. dazu *Brunhöber*, in: Bäcker/Burchard, Strafverfassungsrecht, S. 53.

<sup>10</sup> Vgl. bereits *Scharpf*, Demokratietheorie zwischen Utopie und Anpassung; spezifisch für die EU vgl. *Scharpf*, European Political Science Review 2009, 173; *Scharpf*, Leviathan 2009, 244; *Scharpf*, MPIfG Working Paper 1998. Er bezieht sich dabei auf grundlegende Ideen der politischen Ideengeschichte (u.a. Rousseaus Idee eines Gesellschaftsvertrages und die Federalist Papers), vgl. *Scharpf*, Regieren in Europa. Effektiv und demokratisch?, S. 16 (Fn. 1); *Zürn* stellt fest, dass die *Regelungsfähigkeit* und *Regelungserwartung* der Bürger\*innen in Nationalstaaten nicht kongruent sind. Die Beteiligung überstaatlichen Organisationen kann daher als Gewinn an demokratischer Entscheidung gesehen werden, vgl. *Zürn*, Regieren jenseits des Nationalstaates, S. 36 f.; *Zürn*, Politische Vierteljahresschrift 1996, 27.

einfließen zu lassen. Output-Orientierung impliziert, dass die Interessen der Bürger\*innen möglichst effektiv gewährleistet werden. Schafft es die Hoheitsgewalt nicht, die ihm von den Bürger\*innen übertragenen Aufgaben zu erfüllen, sinkt die Legitimität.<sup>11</sup>

Konzeptionelle Überlegungen zum europäischen Strafrecht können den Fokus auf für die Legitimität strafrechtlicher Regelungen relevante Kriterien richten. Die enge Orientierung an legitimitätsstiftenden Kriterien wird wichtiger, wenn die Bedeutung des europäischen Strafrechts insgesamt zunimmt, da sich Maßnahmen dann häufiger und intensiver auf die Position von Individuen auswirken. Klare normative Zielvorstellungen und Orientierungen sowie Bewertungsmaßstäbe und -kriterien, die Fehlentwicklungen aufdecken, sind dann besonders geboten.

Eine zweite wichtige Funktion von Konzeptionen liegt darin, einzelne Maßnahmen zu ordnen und zu strukturieren und durch interne Hierarchisierung Lösungsmöglichkeiten für auftretende Konflikte und Widersprüche innerhalb des Systems anzubieten.<sup>12</sup> Auch hier scheint abstrakt betrachtet der Nutzen bzw. die Erforderlichkeit für konzeptionelle Ansätze mit dem Fortschritt der Integration im Straf- und Strafverfahrensrechts zu korrelieren. Wächst europäisches Strafrecht insgesamt, drohen Wertungswidersprüche und Konflikte zwischen den Regelungen zuzunehmen. Gerade für die Integration des Strafrechts ist die Funktion von interner Widerspruchsfreiheit aufgrund der mit strafrechtlichen Regelungen oft verbundenen hohen Eingriffsintensität besonders wichtig. Sollte die Integration des Strafrechts zur Folge haben, dass Bürger\*innen in der EU immer häufiger mit Regelungen konfrontiert sind, die nicht schlüssig ineinandergreifen, liegt darin eine (weitere) Gefahr für einen Legitimationsverlust. Konzeptionelle Ansätze können gegensteuern und zu einer kohärenteren europäischen Kriminalpolitik beitragen. Festhalten lässt sich, dass je weiter die Integration des Strafrechts voranschreitet und dadurch bedingt die Auswirkungen auf Individuen zunehmen, desto mehr werden konzeptionelle Überlegungen zum europäischen Strafrecht notwendig.

## II. Rückblick auf die Bedeutung in der bisherigen Integration (konkret)

Ein Blick auf den konkreten Verlauf der Integration stützt die These, dass sich der Bedarf für konzeptionelle Überlegungen zunehmend erhöht hat. Nach dem im Vergleich zu anderen Rechtsbereichen verzögertem Beginn hat die Strafrechtsin-

---

<sup>11</sup> Teilweise wird noch die Dimension der Throughput-Orientierung ergänzt, die die Qualität des Regierungsprozesses (z. B. Transparenz, Verantwortung) beschreibt, vgl. dazu *Schmidt*, in: *Europe's Crisis of Legitimacy*; *Schmidt*, *Political Studies* 2013, 2.

<sup>12</sup> Vgl. *Erster Teil*, A., II.

Integration in den letzten drei Jahrzehnten quantitativ und qualitativ einen enormen Bedeutungszuwachs erfahren. Aus den ursprünglichen, nur punktuellen Formen völkerrechtlicher Zusammenarbeit der europäischen Staaten ist schrittweise ein eigener Rechts- und Politikbereich entstanden, der sich auf die nationalen Strafrechtsordnungen und die davon betroffenen Individuen signifikant auswirkt. Möglichkeiten wie auch Notwendigkeiten für Überlegungen zu einer kriminalpolitischen Konzeption haben sich dadurch auch konkret verstärkt. Dass sie nichtsdestotrotz bisher weitestgehend fehlen, birgt nicht nur abstrakt Risiken. Die konkrete Form der Integration, die, statt übergeordneten Leitlinien zu folgen, durch andere Logiken geprägt ist, hat zu Fehlentwicklungen geführt, die die Legitimität von Strafrecht in der EU infrage stellen.

Um den Zusammenhang zwischen der Notwendigkeit konzeptioneller Überlegungen und dem Voranschreiten der Integration nachzuvollziehen, bietet es sich an, zwischen drei Phasen der Strafrechtsintegration zu unterteilen.<sup>13</sup> Die erste Phase setzte bereits in den 1950er-Jahren ein und dauerte bis zum Vertrag von Maastricht an (dazu 1.). Der Vertrag von Maastricht leitete eine zweite Phase ein, die mit dem Inkrafttreten des Vertrages von Lissabon endete (2.). Mit dem Vertrag von Lissabon setzte schließlich eine dritte Phase ein (3.). Mit jeder Phase hat die Bedeutung des EU-Strafrechts und seinen Auswirkungen auf die nationalen Strafrechtsordnungen und davon betroffenen Individuen zugenommen.

### 1. Phase 1: Strafrecht in Europa (*prae-Maastricht*)

In der ersten Phase stellte europäisches Strafrecht (im weiteren Sinne) ein fragmentarisches Kompositum von Maßnahmen dar, das nur punktuell auf die ansonsten weitestgehend in sich geschlossenen nationalen Strafrechtssysteme Einfluss hatte (Überblick über zentrale Entwicklungen unter a)). Eine eigene Konzeption für europäisches Strafrecht wäre in dieser Phase nur schwer möglich gewesen. Es bestand allerdings auch keine Notwendigkeit dafür, da die nationalstaatlichen Rechtsordnungen einen geeigneten Bezugsrahmen für die Entwicklung des Strafrechts bildeten (dazu b)).

---

<sup>13</sup> Die Idee, die Integration in Phasen aufzuteilen, findet sich schon einflussreich bei *Weiler* in Yale L.J. 1991, 2403. Er gliederte in eine „foundational period“ von 1958 bis in die Mitte der 70er-Jahre, gefolgt von der 1973 beginnenden und bis in die Mitte der 80er-Jahre dauernden „mutation of jurisdiction and competences“-Phase und schließlich eine Periode „1992 and beyond“. Einen ähnlichen Ansatz verfolgt auch *Halter*. Er unterscheidet zwischen einer „Gründungsphase“, einer „Stagnationsphase“, einer „Phase der neuen Supranationalität“, sowie der „Phase des Verfassungsvertrages, der Referenden und des Lissabon-Vertrages“ und schließlich einer fünften und bis dato letzten „Post-Lissabon“-Phase, vgl. *Halter*, Europa-recht: Dogmatik im Kontext. *Weiler* und *Halter* ist gemein, dass sie bei ihren Betrachtungen des Integrationsverlaufes stark den politischen, wirtschaftlichen und gesellschaftlichen Kontext miteinbeziehen.

## a) Überblick: Überwiegend nationales Strafrecht

Zu Beginn des europäischen Einigungsprozesses war nicht absehbar, dass eine eigene Konzeption für die Europäisierung des Straf- oder Strafverfahrensrechts notwendig sein könnte.<sup>14</sup> Die nur punktuellen Formen der Zusammenarbeit, die zudem außerhalb des Rechtsrahmens der Römischen Verträge lagen, boten sich für konzeptionelle Überlegungen auch nicht an. Während in vielen Rechts- und Politikbereichen europäische Zusammenarbeit begann und dann schrittweise ausgebaut wurde, blieb das Strafrecht über lange Zeit weitestgehend unberührt.<sup>15</sup> Strafrecht galt als Inbegriff und Bastion nationalstaatlicher Souveränität.<sup>16</sup> Fragen der Strafwürdigkeit von Verhalten, der konkret dafür zu verhängenden Sanktionen und der Ausgestaltung von Strafverfahren sollten und wurden im Rahmen der Nationalstaaten verhandelt und entschieden.<sup>17</sup> Eine Konzeption für das europäische Strafrecht schien daher zunächst ein fernliegender Gedanke. Es existierten lange Zeit schlicht wenig strafrechtliche Regelungen, die über den Staat hinausgingen und konzeptualisiert oder systematisiert hätten werden können.

Erst als sich ab Mitte der 1970er-Jahre die Auswirkungen der Globalisierung stärker bemerkbar machten, trat langsam eine Änderung ein. Wirtschaftliche, soziale und technologische Entwicklungen in vielen Lebensbereichen hatten auf der negativen Seite dazu geführt, dass bestimmte neuartige Formen der Kriminalität auftraten und sich zu Bedrohungen entwickelten.<sup>18</sup> Insbesondere der international agierende Terrorismus sowie grenzüberschreitende organisierte Kriminalität wurden als Gefahren wahrgenommen, die eine ebenfalls transnationale strafrechtliche Antwort erforderten. Zwar erfolgte diese mangels dementspre-

<sup>14</sup> Vgl. für einen Überblick über die historischen Vorläufer Böse, in: Böse, Europäisches Strafrecht (EnzEuR XI), § 1, Rn. 2–4; ausführlich Sieber, in: Sieber/Satzger/von Heintschel-Heinegg, Europäisches Strafrecht, Einführung, Rn. 13 ff., der neben der mitteleuropäischen Entwicklung auch die historische Strafrechtsintegration in anderen europäischen Ländern analysiert.

<sup>15</sup> So auch Roxin/Schünemann, Strafverfahrensrecht, § 3, Rn. 18; in der frühen Phase existierten aber bereits einige europäische Abkommen, wie z. B. das Europäische Auslieferungsübereinkommen vom 13.12.1957 (BGBl 1964 II 1369, 1976 II 1778, 1982 I 20171, 1994 II 299) und das Europäische Rechtshilfeübereinkommen vom 20.4.1959 (BGBl 1964 II 1369, 1386), dazu Lagodny, in: Sieber/Satzger/von Heintschel-Heinegg, Europäisches Strafrecht, § 31, Rn. 1 f. Wasmeier, in: Sieber/Satzger/von Heintschel-Heinegg, Europäisches Strafrecht, § 32, Rn. 5 ff.

<sup>16</sup> Vgl. nur Perron, in: Hettinger, Festschrift für Wilfried Küper zum 70. Geburtstag, S. 429 (430); das mit dem Strafrecht in so enger Verbindung stehende Konzept der Souveränität geht auf Jean Bodin zurück, vgl. Les six livres de la République [deutsche Übersetzung: Über den Staat (1986)].

<sup>17</sup> Vereinzelt existierten bereits Vorschläge zu strafrechtsrelevanten Fragen, wie beispielsweise die Diskussion um ein gemeinsames Militärstrafrecht für die anvisierte Europäische Verteidigungsgemeinschaft zeigt, die jedoch 1954 scheiterte; vgl. dazu Jescheck, ZStW 1953, 113; Sieber, in: Sieber/Satzger/von Heintschel-Heinegg, Europäisches Strafrecht, Einführung, Rn. 113–118.

<sup>18</sup> Vgl. dazu anschaulich Sieber, ZStW 2007, 1 (4 ff.).

chender Kompetenzen nicht im Rahmen der Europäischen Gemeinschaften (EG), aber doch zumindest zwischen einzelnen europäischen Staaten.<sup>19</sup>

Das Voranschreiten der europäischen Integration in vielen anderen Bereichen, insbesondere im Zusammenhang mit dem Ziel, einen Binnenmarkt zu schaffen, stellte auch die Strafrechtsentwicklung in Europa vor neue Herausforderungen. Zum einen war dafür die Rechtsprechung des EuGH verantwortlich. Auch ohne dass eine Vergemeinschaftung von strafrechtlichen Regelungen bereits stattgefunden hätte, deutete der EuGH schon in den 1970er-Jahren an, dass sich das Gemeinschaftsrecht durchaus auf das nationale Strafrecht auswirken könne; insbesondere wenn nationale Strafrechtsregelungen den innereuropäischen Wirtschaftsverkehr zu behindern drohten.<sup>20</sup> Der EuGH stellte auch klar, dass aus dem Gemeinschaftsrecht eine Pflicht für die Mitgliedsstaaten erwachsen könne, notfalls das nationale Strafrecht zum Schutz der EG (speziell ihrer finanziellen Interessen) einzusetzen.<sup>21</sup> Schon in dieser Phase betonte der EuGH umgekehrt, dass das Gemeinschaftsrecht bestimmte allgemeine Rechtsgrundsätze beinhalte, die Individuen vor einer strafrechtlichen Inanspruchnahme schützen würden.<sup>22</sup>

---

<sup>19</sup> Neben dem Europäischen Übereinkommen zur Bekämpfung von Terrorismus vom 27.1.1977 (BGBl 1978 II 322), das im Rahmen des Europarats beschlossen wurde, wurde 1976 die Trevi-Gruppe gegründet, die ebenfalls eine Reaktion auf die Terrorbedrohung darstellte, vgl. dazu *Bunyan*, in: *Bunyan*, Statewatching the New Europe: Handbook on the European State, S. 1 ff.; *Rupprecht*, Kriminalistik 1991, 769 ff.; *Löber*, Die Ablehnung der Vollstreckung des Europäischen Haftbefehls, S. 53; vgl. auch zu den neuen als solche wahrgenommenen Sicherheitsgefahren *Mitsilegas u. a.*, The European Union and Internal Security, S. 22–25.

<sup>20</sup> Vgl. bereits EuGH, Urteil vom 11. Juli 1974, C-8/74 (Dassonville), dem ein strafrechtlicher Ausgangssachverhalt zugrunde lag; vgl. auch EuGH, Urteil vom 24. November 1993, C-267/91 und 268/91, Keck/Mithouard; vgl. dazu u.v.a. *Chalmers*, European Law Review 1994, 385; *Norbert*, Common Market L. Rev. 1994, 459; dass davon nicht nur das Wirtschaftsstrafrecht betroffen war, sondern auch Auswirkungen auf das Kernstrafrecht drohten, zeigte EuGH, Urteil vom 4. Oktober 1991, C-159/90, Society for the Protection of the Unborn Children Ireland Ltd.; dazu *Curtin*, Common Market L. Rev. 1992, 586; *Zimmermann*, ZaöRV 1992, 259; *Kokott*, ASIL 1992, 367; vgl. dazu *Böse*, in: Böse, Europäisches Strafrecht (EnzEuR XI), § 1, Rn. 7 ff.

<sup>21</sup> Im Urteil „Griechischer Mais“ (1989) stellt der EuGH mehrere Vertragsverletzungen fest, unter anderem da Griechenland es unterlassen habe, Personen strafrechtlich oder disziplinarrechtlich zu verfolgen, die möglicherweise an der Begehung oder Verdeckung von Handlungen beteiligt waren, die zu einer Hinterziehung von Agrarabschöpfungen geführt hatten. Nach dem EuGH sind die Mitgliedsstaaten verpflichtet, die finanziellen Interessen der Union durch „effektive, abschreckende und verhältnismäßige Sanktionen“ (Effektivitätsgebot) und ähnlich wie nationale (Äquivalenzgebot) zu schützen, vgl. EuGH, Urteil vom 21. September 1989, C-68/88, Griechischer Mais, Rn. 22 ff. vgl. dazu *Hecker*, Europäisches Strafrecht, § 7, Rn. 23 ff. *Heger*, in: Böse, Europäisches Strafrecht (EnzEuR XI), § 5, Rn. 19.

<sup>22</sup> Vgl. dazu EuGH, Urteil vom 8. Oktober 1987, C-80/86, Kolpinghuis Nijmegen BV. Der Entscheidung lag ebenfalls ein strafrechtlicher Sachverhalt zugrunde. Konkret ging es um die Frage, ob eine Pflicht zur richtlinienkonformen Auslegung auch bedeuten könne, dass sie zu einer strafrechtlichen Verurteilung eines Individuums führen würde. Der EuGH bekräftigte zwar seine Grundsätze zur Pflicht der Mitgliedsstaaten Richtlinien effektiv durchzusetzen, stellte aber fest, dass diese Pflicht ihre Grenzen „in den allgemeinen Rechtsgrundsätzen, die



Zum anderen stellte die Entscheidung der Mitgliedsstaaten, Grenzkontrollen im Binnenmarkt abzuschaffen, das nationale Strafrecht vor Herausforderungen.<sup>23</sup> Um den innereuropäischen Waren- und Personenverkehr zu erleichtern, hatten Frankreich, Deutschland, die Niederlande, Belgien und Luxemburg am 14. Juni 1985 das sog. Schengen Übereinkommen und einige Zeit später am 19. Juni 1990 das Schengener Durchführungsübereinkommen (SDÜ) vereinbart.<sup>24</sup> Nicht intendierte Kehrseite der Abschaffung der Binnengrenzen war, dass sich auch Kriminalität im europäischen Binnenraum frei(er) entfalten konnte. Speziell um den daraus resultierenden Sicherheitsgefahren zu begegnen, musste die Zusammenarbeit auch im Strafrecht ausgeweitet werden.<sup>25</sup> Die Schengener Übereinkommen enthielten dafür bereits einige Bestimmungen, die besonders polizeiliche Kooperationen und den Austausch von Daten im Schengener Informationssystem (SIS) betrafen.<sup>26</sup> Mit dem in Art. 54 SDÜ vorgesehenen transnationalen Ne-bis-in-idem-Grundsatz waren die Übereinkommen allerdings auch eine frühes Beispiel dafür, wie Maßnahmen des europäischen Strafrechts die Freiheit der Bürger\*innen erweitern konnten.<sup>27</sup> Die Bürger\*innen waren fortan nicht nur national vor einer erneuten Strafverfolgung geschützt, sondern konnten sich auf diese Garantie auch bei Grenzübertritten innerhalb des Schengen-Raums verlassen.<sup>28</sup>

---

Teil des Gemeinschaftsrechts sind und insbesondere in dem Grundsatz der Rechtssicherheit und des Rückwirkungsverbot[s]“ finden würde, Rn. 13–14.

<sup>23</sup> Vgl. zum Hintergrund und der Bedeutung für den freien Personenverkehr in Europa *Schutte*, Common Market L. Rev. 1991, 549.

<sup>24</sup> Übereinkommen zur betreffend den schrittweisen Abbau von Kontrollen an den gemeinsamen Grenzen vom 14. Juni 1985, GMBL 1986, 79 ff; und folgend das Übereinkommen zur Durchführung des Übereinkommens von Schengen vom 14. Juni 1985 betreffend den schrittweisen Abbau der Kontrollen an den gemeinsamen Grenzen vom 19. Juni 1990. Vgl. dazu (mit spezifischem Fokus auf Österreich) *Haas*, Die Schengener Abkommen und ihre strafprozessualen Implikationen.

<sup>25</sup> Maßgeblich wurden damit schon die Bedingungen für die ab Beginn der 1990er-Jahre einsetzende Integration in den Rahmen des Gemeinschaftsrechts gelegt, vgl. *Mitsilegas*, EU Criminal Law, S. 6 ff. und 2. Kapitel; *Böse*, in: Böse, Europäisches Strafrecht (EnzEuR XI), § 1, Rn. 9; *Mitsilegas u. a.*, The European Union and Internal Security, S. 27 ff.

<sup>26</sup> Vgl. dazu *Kugelman*, in: Böse, Europäisches Strafrecht (EnzEuR XI), § 17, Rn. 14, 27, 61, 79 f. und 88 ff.; vgl. zur Bedeutung heute *Grieshaber-Heib*, Journal für Strafrecht 2020, 238.

<sup>27</sup> Vgl. zum Ne-bis-in-idem-Grundsatz insgesamt *Radtke*, in: Böse, Europäisches Strafrecht (EnzEuR XI); zum europäischen Doppelbestrafungsverbot aus Art. 50 GRCh siehe *Heger*, in: Esser/Jäger/Günther/Mylonopoulos/Öztürk, Festschrift für Hans-Heiner Kühne zum 70. Geburtstag, S. 565; zu den Auswirkungen des Ne-bis-in-idem-Grundsatzes auf die deutsche Strafrechtsprechung, vgl. *Heger*, HRRS 2008, 413; aus polnischer Sicht *Makaruk*, ZStW 2004, 372.

<sup>28</sup> Vgl. zur Verbindung von Freiheit und Freizügigkeit *Heger*, Integration 2022, 188 (189); *Mitsilegas*, New Journal of European Criminal Law 2015, 457.

*b) Eingeschränkte Möglichkeiten und fehlende Notwendigkeit*

In der ersten, also der prae-Maastricht-Phase wäre eine Konzeption für das europäische Strafrecht nur schwer möglich gewesen. Lange Zeit existierten zu wenige überstaatliche Übereinkünfte, um sie in eine übergeordnete Konzeption zu fassen. Auch wenn sich zum Ende der Phase eine Intensivierung der innereuropäischen strafrechtlichen Zusammenarbeit beobachten ließ, war eine kohärente Rahmung von politischer Seite aufgrund der weiterhin existenten und für diese Phase insgesamt charakteristischen starken Fragmentierung der Maßnahmen kaum möglich.<sup>29</sup> Die Maßnahmen mit Auswirkungen für das Straf- und Strafverfahrensrecht entstammten einer Vielzahl unterschiedlicher grenzüberschreitender Zusammenschlüsse.<sup>30</sup> Abhängig davon variierten die beteiligten Staaten,<sup>31</sup> die Zielsetzungen, die zur Verfügung stehenden Instrumente und deren innerstaatliche Bindungswirkung.<sup>32</sup> Die Möglichkeiten, für ein so fragmentarisches Kompositum politisch eine übergreifende Rahmung zu formulieren, waren limitiert. Obwohl der EuGH begann, auf die Entwicklung des europäischen Strafrechts Einfluss zu nehmen, waren auch seine Möglichkeit in dieser Phase begrenzt, so dass judikativ nicht von einer einsetzenden rechtlichen Konzeptionalisierung gesprochen werden kann.

Ergänzend zu den praktischen Schwierigkeiten war eine eigene Konzeption für das europäische Strafrecht in der ersten Phase auch (noch) nicht notwendig. Zum einen waren durch die nur punktuellen Einflüsse der europäischen Ebene keine größeren Wertungswidersprüche mit den nationalen Regelungen zu befürchten. Zum anderen sprachen aus legitimatorischer Sicht gute Gründe dafür, an dem bisherigen Modell der Zentralität der Nationalstaaten in der Strafrechts-

---

<sup>29</sup> *Mitsilegas u. a.*, *The European Union and Internal Security*, S. 7 sprechen von einem „erratic and fragmentary development of cooperation on internal security issues at the European level“.

<sup>30</sup> Zu den verschiedenen internationalen Organisationen und ihrer Bedeutung für die Strafrechtsintegration nach 1945 vgl. *Sieber*, in: *Sieber/Satzger/von Heintschel-Heinegg*, *Europäisches Strafrecht*, Einführung, Rn. 111 ff. *Sieber* geht dabei u. a. auf die NATO, OECD, den Europarat und die Vereinten Nationen und ihre jeweiligen Rechtsinstrumente ein.

<sup>31</sup> Die Spannbreite reichte von global geschlossenen Übereinkünften (wie im Rahmen der UN), die im Grunde alle Staaten betrafen, über regionale begrenzte Abkommen (wie beispielsweise Abkommen im Europarat oder Schengen) bis hin zu lediglich bilateralen Verträgen.

<sup>32</sup> Nicht nur unmittelbar geltende Normen prägen insofern die Strafrechtsentwicklung, wie die vielfältigen „soft law“-Instrumente verdeutlichen, vgl. *Sieber*, in: *Sieber/Satzger/von Heintschel-Heinegg*, *Europäisches Strafrecht*, Einführung, Rn. 192 f. *Sieber* weist auch darauf hin, dass das ohnehin schon komplexe Bild durch die gestiegene Bedeutung von Sanktionen durch private Organisationen (wie Sportverbände) noch erweitert wird, dazu *Rechtstheorie* 2010, 151 (163 ff.); die unterschiedlichen Bindungswirkungen werden auch bei der EMRK und ihrem Rang innerhalb der Vertragsstaaten deutlich, vgl. zu den Unterschieden *Grabenwarter/Pabel*, *Europäische Menschenrechtskonvention*, § 3.

entwicklung festzuhalten.<sup>33</sup> In der ersten Phase stellten die Nationalstaaten sowohl input- als auch output-legitimatorisch einen geeigneten Rahmen dar.

In der Regel dieselbe Sprache, geteilte historische Erfahrungen, (relativer) kultureller Zusammenhalt und eine gemeinsame Öffentlichkeit stellten input-legitimatorisch günstige Voraussetzungen dar, um einen lebendigen demokratischen Diskurs zu ermöglichen, in dem Bürger\*innen ihre Präferenzen äußern und (dadurch) in den politischen Prozess einbringen konnten.<sup>34</sup> Im Gegensatz dazu waren die Möglichkeiten demokratischer Mitbestimmung auf der europäischen Ebene in der ersten Phase institutionell stark eingeschränkt.<sup>35</sup> Weder die Europäischen Gemeinschaften, noch der Europarat oder andere darüber hinausgehende Zusammenschlüsse hatten den nationalen Parlamenten vergleichbare demokratische Institutionen, die eine effektive Mitbestimmung der betroffenen Bürger\*innen gewährleisten hätten können. Auf demokratische Legitimation angewiesene Entscheidungen zum Verhältnis von Freiheit und Sicherheit national zu treffen und sie vor (zu) starken europäischen Einflüssen abzuschirmen, war vor diesem Hintergrund konsequent. Der für die demokratische Legitimation im Strafrecht zentrale Grundsatz *nullum crimen sine lege parlamentaria* konnte nur im nationalen Kontext eingehalten werden.<sup>36</sup>

---

<sup>33</sup> Historisch hatten sich die Nationalstaaten ab dem 19. Jahrhundert zum wesentlichen Bezugsrahmen für das Strafrecht entwickelt. Zu dieser Entwicklung in Richtung einer Nationalisierung des Strafrechts in Mitteleuropa, vgl. *Sieber*, in: *Sieber/Satzger/von Heintschel-Heinegg*, *Europäisches Strafrecht*, Rn. 20 ff. und 238. *Sieber* identifiziert vier Gründe: den ausgeprägten Nationalismus bis in 20. Jahrhundert, Festigung des staatlichen Gewaltmonopols durch Strafrecht, praktische Schwierigkeiten bei der Koordination von unterschiedlichen Strafrechtssystemen und den Grundsatz *nullum crimen sine lege*, der einen parlamentarisch legitimierten Normschöpfer erforderte. Vgl. auch *Härter*, in: *Habermas/Schwerhoff*, *Verbrechen im Blick*, S. 71 (82 ff.).

<sup>34</sup> Wie akkurat einzelne Regelungen des Straf- und Strafverfahrensrechts die Präferenzen der Bevölkerung widerspiegeln, kann vor dem Hintergrund bezweifelt werden, dass viele Bestimmungen so spezifisch sind, dass sie sich nicht zur breiten öffentlichen Diskussion eignen. Auch wenn dieses Argument nicht unberechtigt erscheint, wird es doch zumindest dadurch relativiert, wenn man die Rolle von Intermediären in demokratischen Diskursen miteinbezieht. Durch Parteien, Verbände oder NGOs finden Präferenzen der Bürger\*innen zur Kriminalpolitik auch Eingang in spezifischere Fragen, die Detailkenntnisse und Expertise erfordern. Sich abwechselnde Trends der Liberalisierung und Kriminalisierung in der Entwicklung der Strafrechtspolitik sind ein Ausdruck davon, dass Stimmungen in der Bevölkerung sich auch in detaillierten strafrechtlichen Regelungen niederschlagen können; vgl. z. B. für die jüngere Entwicklung in Deutschland *Heinrich*, *KriPoZ* 2017, 4 (4 f.).

<sup>35</sup> Hinzukommt, dass auch die für einen demokratischen Prozess teilweise als erforderlich gesehene Grundvoraussetzung einer europäischen Öffentlichkeit noch nicht gegeben war, vgl. zu dem Erfordernis *Grimm*, *JZ* 1995, 581 ff.; vgl. zum Aspekt der europäischen Öffentlichkeit auch *Calliess/Hartmann*, *Zur Demokratie in Europa: Unionsbürgerschaft und europäische Öffentlichkeit*, S. 3 ff.

<sup>36</sup> Vgl. grundlegend zum Prinzip der Strafgesetzmäßigkeit und den Möglichkeiten einer Transnationalisierung *Braum*, *Europäische Strafgesetzmäßigkeit*.

In der ersten Phase konnten die Nationalstaaten auch die für die Output-Legitimität von Strafrecht wichtigen Interessen, insbesondere nach Freiheit und Sicherheit, garantieren. Die Garantie von innerer und äußerer Sicherheit der Bürger\*innen galt als eine der zentralen, wenn nicht gar als die zentrale Aufgabe von Nationalstaaten.<sup>37</sup> Speziell für die interne Sicherheit war die effektive Verbrechensbekämpfung entscheidend. Diese Aufgabe ließ sich in der ersten Phase grundsätzlich noch auf der nationalen Ebene bewerkstelligen. Nur in Ausnahmefällen, wie beispielsweise der Terrorismusbekämpfung, stießen die nationalen Strafverfolgungsbehörden an territoriale Grenzen, die sich aber durch völkerrechtliche Formen der transnationalen Rechtshilfe überwinden ließen. Auch der Schutz der Bürger\*innen vor Strafrecht entwickelte sich national spezifisch. Dies zeigte sich sowohl in der nationalen Entwicklung von Strafprozessordnungen und den darin enthaltenen Rechten von Beschuldigten als auch bei den (Justiz-) Grundrechten in den nationalen Verfassungen. Für die begrenzten Fälle mit transnationalem Bezug boten die Nationalstaaten ihren Bürger\*innen ebenfalls einen Schutzrahmen. Die völkerrechtlichen Rechtshilfeabkommen enthielten stets Bestimmungen, die Staatsbürger\*innen vor dem unbeschränkten Zugriff fremder Hoheitsgewalten schützten und so – output-legitimistisch wichtig – individuelle Freiheit vor Strafrecht auch transnational garantierten.<sup>38</sup> Aufgrund der völkerrechtlichen Form der Rechtshilfeübereinkommen war es zudem erforderlich, dass nationale Parlamente die Vorgaben im nationalen Recht umsetzen, sodass auch dem demokratischen Input-Legitimationserfordernis Rechnung ge-

---

<sup>37</sup> *Mitsilegas u. a.*, *The European Union and Internal Security*, S. 7–10 legen dar, dass die Funktion Sicherheit zu garantieren seit dem 17. Jahrhundert Staaten prägte. Die Autoren argumentieren weiter, dass die Garantie von Sicherheit in jeder europäischen politischen Theorie eine eminent wichtige Rolle einnimmt. Sie zeigen, dass die Ursprünge dessen schon bei *Hobbes*, *Locke* und *Rousseau* zu finden sind und auch in den Verfassungstraditionen der modernen Staaten fest verankert sind.

<sup>38</sup> Ursprünglich dienten die Prinzipien der Rechtshilfe dem Schutz von staatlichen Interessen. Erst mit der Zeit wurde ihnen eine individualschützende Bedeutung beigemessen, vgl. dazu *Lagodny*, in: *Sieber/Satzger/von Heintschel-Heinegg*, *Europäisches Strafrecht*, § 31, Rn. 1, 17 ff. Zur Anerkennung der Dreidimensionalität der Rechtsbeziehungen auch *Schomburg/Lagodny*, *Internationale Rechtshilfe in Strafsachen*, Einleitung: Das international-arbeitsteilige Strafverfahren, Rn. 7 ff. vgl. auch *Lagodny*, *Die Rechtsstellung des Auszuliefernden in der Bundesrepublik Deutschland*; zu den Prinzipien der Rechtshilfe gehören insb. die Gegenseitigkeit, das Prinzip der gegenseitigen Strafbarkeit, der Grundsatz der Spezialität und die Nichtauslieferung eigener Staatsangehöriger, vgl. dazu *Hüttemann*, in: *Böse*, *Europäisches Strafrecht (EnzEuR XI)*, § 13, Rn. 5–15.

tragen wurde.<sup>39</sup> Der nationale Rahmen blieb somit zentraler Bezugspunkt; eine generelle Europäisierung war nicht intendiert.

### c) Zwischenergebnis

Leitlinien oder eine übergreifende Konzeption spielten für die lange erste Phase der Europäisierung des Straf- und Strafverfahrensrechts keine Rolle. Ursächlich dafür war die quantitativ und qualitativ noch geringe Bedeutung der überstaatlichen Ebene. Aufgrund der großen Heterogenität der Zusammenschlüsse, die auf die Lösung noch begrenzter transnationaler kriminalpolitischer Herausforderungen reagierten, wäre eine übergreifende Konzeptionalisierung weder sinnvoll möglich noch notwendig gewesen. Für europäisches Strafrecht existierte ein Modell, das durch den größtmöglichen Erhalt nationalstaatlicher Autonomie und die Bewahrung der dort getroffenen Entscheidungen vor externen Einflüssen die Legitimität sichern konnte.

## 2. Phase 2: Beginn genuinen EU-Strafrechts (Maastricht bis Lissabon)

Mit dem Vertrag von Maastricht (1993)<sup>40</sup> begann eine neue Phase in der Europäisierung des Strafrechts. Nicht nur numerisch war eine steigende Anzahl an Maßnahmen im Bereich des Strafrechts zu verzeichnen. Durch die Integration in den Rahmen der neu geschaffenen EU mit feststehenden Akteuren, Regeln und Verfahren erhielten die vorher fragmentarischen Elemente eines europäischen Strafrechts ein gemeinsames Dach (für einen Überblick über zentrale Entwicklungen siehe a)).<sup>41</sup> Die Entwicklungen waren mit Blick auf die Möglichkeiten für konzeptionelle Ansätze günstig. Aufgrund der steigenden Auswirkungen des EU-Strafrechts auf Individuen nahm parallel auch die Notwendigkeit zu, sich übergreifend Gedanken zur Gestaltung des Rechts- und Politikbereichs zu machen (dazu b)). Ein Blick auf die politische Realität offenbarte jedoch ein anderes Bild. Zwar deuteten sich erste, vorsichtige Ansätze an, wie ein kriminalpolitisches

<sup>39</sup> In dieser Phase entsprach Strafrecht in Europa somit weitestgehend noch einem Modell traditioneller Rechtshilfe; vgl. zu den Rechtshilfenvoraussetzungen und -hindernissen *Schomburg/Lagodny*, Internationale Rechtshilfe in Strafsachen, Einleitung: Das international-arbeitsteilige Strafverfahren, Rn. 57 ff. Spezifisch zur Ablösung dieser Form dann durch das Prinzip der gegenseitigen Anerkennung und des gegenseitigen Vertrauens Rn. 107 ff.; *Sieber* bezeichnet diese Formen klassischer Amts- und Rechtshilfe als „Kooperationsmodelle“ (in Abgrenzung zu „supranationalen Modellen“), vgl. *Sieber*, ZStW 2009, 1 (17 ff.).

<sup>40</sup> Der am 7. Februar 1992 unterzeichnete Vertrag trat am 1. November 1993 in Kraft; siehe Vertrag über die Europäische Union (Amtsblatt Nr. C 191 vom 29.07.1992 S. 1–110), kritisch zum Vertrag *Curtin*, Common Market L. Rev. 1993, 17.

<sup>41</sup> Wiederum kann kein umfassender Überblick über alle Entwicklungen gegeben werden, vgl. insgesamt dazu *Klip*, European Criminal Law, S. 15 ff.; *Fletcher u. a.*, EU Criminal Law and Justice, S. 10 ff.; *Sieber*, in: *Sieber/Satzger/von Heintschel-Heinegg*, Europäisches Strafrecht, Einführung, Rn. 145–160.

Konzept aussehen könnte. Statt diese aber konsequent weiterzuentwickeln und einzelne Maßnahmen daran auszurichten, war die Strafrechtsintegration weiter von dem Wunsch der Mitgliedsstaaten geprägt, ihre Souveränität in diesem für sie sensiblen Bereich zu wahren. Das Zusammentreffen eines im Ausmaß und an Bedeutung wachsenden EU-Strafrechts einerseits und einer fehlenden Konzeption dafür andererseits barg im Vergleich zur ersten Phase aus legitimatorischer Sicht nun größere Gefahren (dazu c)).

#### a) Überblick: Entstehung genuinen EU-Strafrechts

Versucht man die so vielschichtigen Entwicklungen im europäischen Strafrecht zwischen dem Vertrag von Maastricht (1993) und dem Vertrag von Lissabon (2009) in einer Beobachtung zu fassen, wäre sie, dass das Strafrecht zu einem eigenen EU-Politik- und Rechtsbereich reifte.<sup>42</sup> Die bis dahin prägende fragmentarische Ansammlung verschiedener völkerrechtlicher Abkommen wurde unter ein gemeinsames Dach der neu gegründeten Europäischen Union (EU) geführt. Auslöser dafür waren Entwicklungen, die bereits zuvor eingesetzt hatten, deren Gewicht aber zu Beginn der 1990er-Jahre zunahm. Zwar wollten die Mitgliedsstaaten nach wie vor kein einheitliches EU-Strafrecht im Sinne eines eigenen Strafgesetzbuches oder eines einheitlichen europäischen Strafverfahrensrechts schaffen. Es zeichnete sich aber ab, dass der weiter voranschreitende europäische Einigungsprozess immer stärkere Auswirkungen auf das Strafrecht hatte. Die Abschaffung von Binnengrenzen, ein einheitlicher europäischer Wirtschaftsraum, das stetig wachsende Ausmaß an wirtschaftlicher und politischer Verflechtung und die Entstehung der EU als ein eigenes institutionelles Gefüge wirkten sich auf die Interessen aus, die das Strafrecht traditionell gewährleisten soll.

Der voranschreitende europäische Einigungsprozess brachte gerade zu Beginn spezifische Herausforderungen mit Blick auf die Gewährleistung von Sicherheit mit sich, die die Problemlösungskompetenzen des nationalen Rahmens zunehmend überstiegen.<sup>43</sup> Die erste dieser Herausforderungen bestand in einer (zumindest als solcher wahrgenommenen<sup>44</sup>) wachsenden Gefahr durch einen An-

<sup>42</sup> Die zweite Phase lässt sich differenzierter in Unterabschnitte unterteilen. Vgl. zur historischen Entwicklung *Mitsilegas*, EU Criminal Law, S. 9–30.

<sup>43</sup> Auch das Freiheitsinteresse war von der Integration betroffen, wie der Bedarf und die frühe Umsetzung eines europäischen *Ne-bis-in-idem*-Grundsatzes zeigen (vgl. dazu schon *Erster Teil*, B., II., 1., a)). Insgesamt prägte die Integration aber primär der Druck, auf Sicherheitsgefahren zu reagieren (vgl. dazu im Folgenden).

<sup>44</sup> Die (politische) Wahrnehmung muss sich nicht zwangsläufig mit der tatsächlichen Kriminalitätsentwicklung decken, vgl. anschaulich dazu die Analyse von *Baker*, *European Journal of Criminology* 2010, 187. *Baker* legt speziell für das Tampere-Programm dar, wie der Europäische Rat die Angst der Bürger\*innen vor Sicherheitsgefahren in den Mittelpunkt der neuen Sicherheitsagenda rückt, ohne für das Vorliegen solcher Sicherheitsgefahren Beweise oder konkrete Anhaltspunkte zu liefern (195 ff.); auch *Mitsilegas* spricht von „perceived threats“ und verdeutlicht, dass die wahrgenommenen Gefahren nicht zwangsläufig mit tatsächlicher Kriminalitätsentwicklung parallel laufen müssen, EU Criminal Law, S. 9 f.; ebenfalls kritisch zu den framing *Huysmans*, *J Int Relat Dev* 2004, 294.

stieg von grenzüberschreitender, insbesondere organisierter Kriminalität.<sup>45</sup> Die durch die Schengener Übereinkommen eingeleitete Abschaffung innereuropäischer Grenzen hatte nicht nur die Bewegungsfreiheit erweitert, sondern als Kehrseite auch die Möglichkeiten für transnationale Deliktsbegehungen vergrößert. Für die Bekämpfung dieser Kriminalität wirkten die bis dato existierenden Formen der völkerrechtlichen Rechtshilfe zu langwierig und kompliziert. Eine Effektivierung durch eine vereinfachte Zusammenarbeit der Strafverfolgungsbehörden schien erforderlich. Verstärkt wurde diese Dynamik durch die Anschläge in New York (2001), Madrid (2004) und London (2005). Statt der bis dahin bestehenden Fokussierung auf organisierte Kriminalität rückte die Bedrohung durch internationalen Terrorismus in das Zentrum der Aufmerksamkeit. Sie entwickelte sich zu einem maßgeblichen Katalysator für weitere Schritte in der europäischen Strafrechtsintegration.<sup>46</sup>

Die zweite kriminalpolitische Herausforderung bestand darin, das Erreichen der Politikziele, die der EU übertragen wurden, notfalls mit strafrechtlichen Mitteln abzusichern. Die grundsätzliche Notwendigkeit dazu hatte sich bereits vor dem Vertrag von Maastricht angedeutet. Weil inzwischen aber immer mehr politische Aufgaben in die Zuständigkeit der EU fielen, nahm auch die Bedeutung dieses Europäisierungsfaktors zu. Es kristallisierte sich immer mehr heraus, dass die EU die ihr übertragenen Zielvorgaben nur erreichen würde können, wenn ihr für die Ahndung gravierender Verstöße auch das Strafrecht zur Verfügung stünde.<sup>47</sup> Die ursprünglich anvisierte Separierung des Strafrechts als nationale Domäne wurde dadurch zunehmend infrage gestellt. Schließlich erwuchs eine

---

<sup>45</sup> Zu den neuen Sicherheitsgefahren siehe *Sieber*, in: *Sieber/Satzger/von Heintschel-Heinegg*, Europäisches Strafrecht, Rn. 204 ff.; *Sieber*, ZStW 2009, 1.

<sup>46</sup> Siehe z. B. Rahmenbeschluss des Rates zur Terrorismusbekämpfung (2002/475/JI); rechtsvergleichend zur Entwicklung in Europa *Petzsche*, Strafrecht und Terrorismusbekämpfung; siehe auch *Petzsche u. a.*, Terrorismusbekämpfung in Europa im Spannungsfeld zwischen Freiheit und Sicherheit.

<sup>47</sup> Paradigmatisch dafür kann die Entwicklung des Umweltschutzes und Umweltstrafrechts gesehen werden, grundlegend dazu *Heger*, Die Europäisierung des deutschen Umweltstrafrechts; Grundsatzentscheidung des EuGH, Urteil vom 13. September 2005, C-176/03, Kommission v Rat: „Dies kann den Gemeinschaftsgesetzgeber jedoch nicht daran hindern, Maßnahmen in Bezug auf das Strafrecht der Mitgliedstaaten zu ergreifen, die seiner Meinung nach erforderlich sind, um die volle Wirksamkeit der von ihm zum Schutz der Umwelt erlassenen Rechtsnormen zu gewährleisten, wenn die Anwendung wirksamer, verhältnismäßiger und abschreckender Sanktionen durch die zuständigen nationalen Behörden eine zur Bekämpfung schwerer Beeinträchtigungen der Umwelt unerlässliche Maßnahme darstellt.“ (Rn. 65); siehe dazu Anmerkungen u. a. von *Heger*, JZ 2006, 310; *Tobler*, Common Market L. Rev. 2006, 835; *Herlin-Karnell*, European Public Law 2007, 69; *White*, ELR 2006, 81; *Streinz*, Europäisches Wirtschafts- & Steuerrecht 2005, 1 ff.; *Mitsilegas*, Yearbook of European Law 2007, 1 (2–5); kurze Zeit später allerdings gewisse Begrenzung durch EuGH, Urteil vom 23. Oktober 2007, C-440/05, Kommission v. Rat (Ship Pollution), Rn. 69–73; vgl. dazu *Fletcher u. a.*, EU Criminal Law and Justice, S. 179 ff.; *Eisele*, JZ 2008, 248; *Fromm*, Humanitäres Völkerrecht 2008, 82.

dritte Gefahr für die europäische Sicherheit aus der Tatsache, dass neue Schutzgüter entstanden.<sup>48</sup> Die EU stellte nicht mehr lediglich einen Zusammenschluss souveräner Staaten dar, sondern hatte eigene Institutionen, finanzielle Interesse und Werte gebildet, die parallel zu ihren nationalen Pendanten eines strafrechtlichen Schutzes bedurften.<sup>49</sup>

In Reaktion auf diese Herausforderungen wurde Strafrecht mit dem Vertrag von Maastricht zu einem eigenen Bereich der neu geschaffenen EU. Die Neuerungen des Vertrages von Maastricht selbst muteten noch vorsichtig an.<sup>50</sup> Strafrecht war zunächst von anderen Politikbereichen separiert in einer eigenen Säule der EU, der sog. „Zusammenarbeit in den Bereichen Justiz und Inneres“ (ZBJI), angesiedelt.<sup>51</sup> Die Zusammenarbeit in der dritten Säule war stark intergouvernemental geprägt, was sich unter anderem in spezifischen Handlungsformen und einer nur limitierten Rolle des EuGH, der Europäischen Kommission und des Europäischen Parlaments zeigte.<sup>52</sup> Trotzdem markierte die formale Überführung

---

<sup>48</sup> Vgl. Sieber, ZStW 2009, 1 (7 ff.), Einführung, Rn. 208–213 Sieber, in: Sieber/Satzger/von Heintschel-Heinegg, Europäisches Strafrecht.

<sup>49</sup> Für die finanziellen Interessen bereits EuGH, Urteil vom 21. September 1989, C-68/88, Griechischer Mais, Rn. 23–27 (vgl. mit weiteren Nachweisen Fn. 20). Dass die Institutionen eines strafrechtlichen Schutzes bedurften, war auch sichtbar beim Schutz des EuGH vor Falschaussagen. Art. 30 der EuGH-Satzung statuiert dazu, dass „[j]eder Mitgliedsstaat [...] die Eidesverletzung eines Zeugen oder Sachverständigen wie eine vor seinen eigenen in Zivilsachen zuständigen Gerichten begangene Straftat [behandelt]“, vgl. dazu Ambos, Internationales Strafrecht, § 11, Rn. 20 ff. Hecker, Europäisches Strafrecht, § 7, Rn. 9; Heger, in: Böse, Europäisches Strafrecht (EnzEuR XI), § 5, Rn. 20–24; vgl. zum europäischen Rechtsgüterschutz Bitzilekis u. a., in: Schünemann, Ein Gesamtkonzept für die europäische Strafrechtspflege (A programme for European Criminal Justice); Hefendehl, in: Schünemann, Ein Gesamtkonzept für die europäische Strafrechtspflege (A programme for European Criminal Justice), S. 204; Sieber, ZStW 2009, 1 (4 ff.).

<sup>50</sup> Titel VI Bestimmungen über die Zusammenarbeit in den Bereichen Justiz und Inneres, Artikel K.1 insb. Nr. 7 und 9 und die folgenden; vgl. zum Folgenden Ambos, Internationales Strafrecht, § 9, Rn. 5 ff.; Baker/Harding, European Law Review 2009, 25 (28 ff.).

<sup>51</sup> Gleiches traf für die „Gemeinsame Außen- und Sicherheitspolitik“ (GASP) zu, vgl. zum Drei-Säulen-Modell generell Craig/de Búrca, EU Law, S. 11–13; vgl. für einen Überblick über die Entwicklung des Bereichs Peers, in: Fletcher/Herlin-Karnell/Matera, The European Union as an Area of Freedom, Security and Justice, S. 29; Peers, in: Craig/de Búrca, The Evolution of EU Law, S. 752; umfassend dazu Peers, EU Justice and Home Affairs Law; zur Aufgabe, die drei Säulen schrittweise anzunähern, um so Demokratie, Rechtsstaatlichkeit und Föderalismus in der dritten Säule zu fördern siehe Giegerich, ZaöRV 2007, 351.

<sup>52</sup> Vgl. insb. Art. K.3 (2) Nr. 2, wonach die Kommission kein Initiativrecht für die justizielle Zusammenarbeit in Strafsachen und bei der polizeilichen Zusammenarbeit hat, und Art. K.6 zu der begrenzten Rolle des Parlaments. Zu den Handlungsformen gehörten grds. „Beschlüsse“, „gemeinsame Standpunkte“ und „gemeinsame Maßnahmen“ (Art. K.3 Abs. 2), vgl. für einen Überblick Albrecht/Braum, KritV 2001, 312 (314–316); Sieber, in: Sieber/Satzger/von Heintschel-Heinegg, Europäisches Strafrecht, Einführung, Rn. 145 ff. Aufgrund der erforderlichen Einstimmigkeit im maßgeblichen Organ des Rats der Europäischen Union ähnelte die Form der Entscheidungsfindung faktisch noch der einer völkerrechtlichen Zusammenarbeit, vgl. zur Entscheidungsfindung Besselink, in: Alldridge/



des Strafrechts unter das gemeinsame Dach der EU eine Zäsur. Strafrecht fand nun nicht mehr ausschließlich außerhalb des EU-Rahmens statt, sondern wurde zu einem besonderen Teil des Unionsrechts. An die Stelle des zuvor charakteristischen Kompositums verschiedener völkerrechtlicher Vereinbarungen trat eine festere Struktur mit einheitlichen Regeln und einer feststehenden Gruppe beteiligter Akteure.<sup>53</sup> Zutreffend kann daher von der „Geburtsstunde“ des EU-Strafrechts gesprochen werden.<sup>54</sup>

Der primärrechtliche Rahmen für die Strafrechtsintegration wurde in der Folge entwickelt und ausgebaut. Der Vertrag von Amsterdam (1999)<sup>55</sup> und in geringerem Maße der Vertrag von Nizza (2003)<sup>56</sup> markierten die nächsten bedeutenden Weichenstellungen für die Integration des Straf- und Strafverfahrensrechts.<sup>57</sup> Der Vertrag von Amsterdam hob zwar die Säulenstruktur insgesamt nicht auf, überführte aber wesentliche Teile der dritten Säule in den EG-Vertrag.<sup>58</sup> Konsequenz dessen war, dass aus der Ansammlung verschiedener Rechts- und Politikbereiche unter dem Titel ZBJI mit der „polizeilichen und justiziellen Zusammenarbeit in Strafsachen“ (PJZS) ein selbstständiger Politikbereich entstand. Immer noch war die PJZS stark intergouvernemental geprägt. Allerdings führte der Vertrag von Amsterdam neue Handlungsformen ein.<sup>59</sup> Der Rat der EU konnte nun verbindlich Recht setzen und war nicht mehr auf völkerrechtliche Konventionen oder Übereinkünfte beschränkt.<sup>60</sup> Besondere Relevanz für die weitere Entwicklung hatte die Aufnahme der bis heute zentralen Zielsetzung für

---

Brandts, *Personal Autonomy, the Private Sphere and the Criminal Law*, S. 93 (108 ff.); *Baker/Harding*, *European Law Review* 2009, 25 (29).

<sup>53</sup> Zu dem institutionellen Rahmen und den einzelnen Instrumenten vgl. *Mitsilegas*, *EU Criminal Law*, S. 9 ff.; *Monar* hebt allerdings davor, dass einige Faktoren wie vereinbarte *Opt-Ins* und *Opt-Outs* einiger Mitgliedsstaaten im Bereich Justiz und Inneres zu einer sehr differenzierten und komplexen Integration beigetragen haben, vgl. *Monar*, in: *Dyson/Sepos*, *Which Europe? The Politics of Differentiated Integration*, S. 279 (279 ff.).

<sup>54</sup> So *Schomburg/Lagodny*, *Internationale Rechtshilfe in Strafsachen*, Einleitung: *Das international-arbeitsteilige Strafverfahren*, Rn. 106; *Busemann*, *ZIS* 2010, 552 (552).

<sup>55</sup> Der am 2. Oktober 1997 unterzeichnete Vertrag trat am 1. Mai 1999 in Kraft; siehe Vertrag von Amsterdam zur Änderung des Vertrags über die Europäische Union (Amtsblatt Nr. C 340 vom 10.11.1997 S. 1–144)

<sup>56</sup> Der am 26. Februar 2001 unterzeichnete Vertrag trat am 1. Februar 2003 in Kraft; siehe Vertrag Nizza zur Änderung des Vertrages über die Europäische Union (Amtsblatt Nr. C 80 vom 10.3.2001 S. 1–87)

<sup>57</sup> Vgl. zu den Potenzialen und Schwächen des Vertrages von Amsterdam *Monar*, *Integration* 2000, 18 (20 ff.); dazu auch *Ambos*, *Internationales Strafrecht*, § 9, Rn. 5 ff.

<sup>58</sup> Dazu Titel VI, Art. 29 ff. (ex-Art. K.1) des Vertrages von Amsterdam (konsolidierte Fassung). Konkret wurden durch den Vertrag flankierende Maßnahmen zum freien Personenverkehr, die nicht die polizeiliche und justizielle Zusammenarbeit betrafen (Migrations-, Asyl- und Zuwanderungspolitik), supranationalisiert, vgl. *Ambos*, *Internationales Strafrecht*, § 9, Rn. 6.

<sup>59</sup> Vgl. *Sieber*, in: *Sieber/Satzger/von Heintschel-Heinegg*, *Europäisches Strafrecht*, Einführung, Rn. 152.

<sup>60</sup> Siehe Art. 34 Abs. 2 (ex-Art. K.6) des Vertrages von Amsterdam.

die Strafrechtsintegration in das Primärrecht: Der Vertrag von Amsterdam schrieb fest, dass die EU ihren Bürger\*innen einen „Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts“ bieten solle.<sup>61</sup>

Der Zuwachs an neuem europäischen Strafrecht war nicht auf die Änderungen des Primärrechts beschränkt. EU-Strafrecht manifestierte sich speziell nach der Jahrtausendwende auch in der Form des Sekundärrechts. Hierfür hatte der Vertrag von Amsterdam mit dem Rahmenbeschluss ein neues legislatives Instrument für die polizeiliche und justizielle Zusammenarbeit im Strafrecht eingeführt.<sup>62</sup> Rahmenbeschlüsse waren wie Richtlinien in den Zielvorgaben verbindlich, überließen den Mitgliedsstaaten bei der Wahl der Mittel zur Umsetzung aber Spielräume.<sup>63</sup> Im Unterschied zu Richtlinien entfalteten die Rahmenbeschlüsse allerdings keine unmittelbare Wirkung. Die neuen Sekundärrechtsakte betrafen sowohl das materielle Strafrecht als auch das Strafprozessrecht in verschiedenen Stadien.<sup>64</sup> Zudem wurden viele der zuvor bestehenden völkerrechtlichen Verträge mit der Zeit in den Rahmen der EU integriert oder durch EU-Rechtsakte faktisch ersetzt. Besonders hervorheben lässt sich die Integration der Schengener Übereinkommen als die bis dato wichtigsten völkerrechtlichen Abkommen für das europäische Strafrecht durch den Vertrag von Amsterdam.<sup>65</sup>

Der Rahmenbeschluss zum Europäischen Haftbefehl (2002) hatte einen besonderen Stellenwert für die Integration des Strafrechts.<sup>66</sup> Seine herausgehobene Bedeutung hängt mit zwei Eigenschaften zusammen.<sup>67</sup> Die erste ist, dass der RB

---

<sup>61</sup> Siehe Art. 2 (ex-Art. B) sowie Art. 29 (ex-Art. K.1) des Vertrages von Amsterdam.

<sup>62</sup> Art. 34 Abs. 2 lit. b (ex-Art. K.6) des Vertrages von Amsterdam, vgl. dazu *Mitsilegas*, EU Criminal Law, S. 13 ff.

<sup>63</sup> Vgl. umfassend *Schönberger*, ZaöRV 2007, 1107.

<sup>64</sup> Vgl. z. B. den Rahmenbeschluss des Rates vom 13. Juni 2002 zur Terrorismusbekämpfung (2002/475/JI), Rahmenbeschluss des Rates vom 13. Juni 2002 über gemeinsame Ermittlungsgruppen (2002/465/JI), Rahmenbeschluss des Rates vom 22. Juli 2003 über die Vollstreckung von Entscheidungen über die Sicherstellung von Vermögensgegenständen oder Beweismitteln in der Europäischen Union (2003/577/JI), Rahmenbeschluss vom 18. Dezember 2006 über die Vereinfachung des Austauschs von Informationen und Erkenntnissen zwischen den Strafverfolgungsbehörden der Mitgliedsstaaten der Europäischen Union (2006/960/JI)

<sup>65</sup> Siehe Protokoll Nr. 2 zur Einbeziehung des Schengen-Besitzstandes in den Rahmen der Europäischen Union (Amtsblatt Nr. C 340 vom 10.11.1997, S. 93), vgl. dazu *Schomburg/Lagodny*, Internationale Rechtshilfe in Strafsachen, Rn. 102 ff. Große Teile des SDÜ wurden mittlerweile durch EU-Verordnungen wie die Verordnung (EU) 2016/399 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 9. März 2016 über einen Gemeinschaftskodex für das Überschreiten der Grenzen durch Personen ersetzt.

<sup>66</sup> Rahmenbeschluss des Rates vom 13. Juni 2002 über den Europäischen Haftbefehl und die Übergabeverfahren zwischen den Mitgliedstaaten (2002/584/JI), vgl. dazu *Epiney*, in: Niggli/Hurtado Pozo/Queloz, Festschrift Franz Riklin, S. 365 (367 ff.); *Burchard*, in: Böse, Europäisches Strafrecht (EnzEuR XI), § 14; aus polnischer Sicht *Makaruk*, ZStW 2004, 372 (374 f.).

<sup>67</sup> Dadurch erklärt sich auch, warum bis heute Grundsatzfragen des europäischen Strafrechts gerichtlich oft an Sachverhalten entschieden werden, die eine Auslieferung nach dem

deutlich machte, welche gravierende Auswirkungen das neue EU-Strafrecht unmittelbar für Individuen entfalten konnte. Als Maßnahme der sog. „großen Rechtshilfe“<sup>68</sup> sah der Europäische Haftbefehl eine wesentlich vereinfachte Form der innereuropäischen Auslieferung von beschuldigten oder verurteilten Personen zum Zweck der Strafverfolgung bzw. Strafvollstreckung vor. Durch die Formalisierung und weitgehende Einschränkung von Verweigerungsmöglichkeiten<sup>69</sup> sowie der Pflicht, auch eigene Staatsangehörige auszuliefern, wich der Haftbefehl deutlich von den zuvor üblichen Formen der internationalen Rechtshilfe zu Auslieferung ab.<sup>70</sup> Bemerkenswert war, dass es sich bei der Auslieferung aus der Perspektive der betroffenen Personen nicht bloß um die Änderung einer speziellen Regelung einer Strafverfahrensordnung handelte. Vielmehr hatte die Auslieferung die Konsequenz, dass sich ausgelieferte Personen einer ausländischen und somit für sie gänzlich fremden Straf- und Strafverfahrensordnung unterworfen sahen.<sup>71</sup>

---

Europäischen Haftbefehl zum Gegenstand haben; vgl. aus Sicht des EuGH grundlegend EuGH, Urteil vom 12. September 2006, C-305/05, *Advocaten voor de Wereld VZW v Leden van den Ministerraad* (dazu noch Fn. 90); aus deutscher Perspektive bot der Europäische Haftbefehl gleich Anlass zu drei zentralen Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, in denen es Grundfragen des Grundrechtsschutzes in der EU behandelte, sieht zunächst BVerfG, Beschluss vom 18. Juli 2005 – 2 BvR 2236/04; dazu näher *Schorkopf*, Der Europäische Haftbefehl vor dem Bundesverfassungsgericht; *Vogel*, JZ 2005, 801 ff.; dann BVerfG, Beschluss vom 15. Dezember 2015 – 2 BvR 2735/14 (Europäischer Haftbefehl II); dazu u. a. *Burchardt*, ZaöRV 2016, 527; und schließlich BVerfG, Beschluss vom 1. Dezember 2020 – 2 BvR 1845/18 und 2100/18 (Europäischer Haftbefehl III); dazu u. a. *Wendel*, Grundrechts-wende zur Jahreswende; auch im Ausland gab der Europäische Haftbefehl Anlass für höchstgerichtliche Überprüfungen wie beispielsweise in Polen und Zypern, dazu *Mitsilegas*, Common Market L. Rev. 2006, 1277 (1297 ff.); vgl. auch *Schönberger*, ZaöRV 2007, 1107 (1108); dazu ebenfalls *Komárek*, Common Market L. Rev. 2007, 9 (insb. 16 ff.).

<sup>68</sup> Die „große Rechtshilfe“ wird einerseits von der Vollstreckungshilfe und andererseits von der „kleinen Rechtshilfe“ abgegrenzt. Im Unterschied zur „kleinen Rechtshilfe“ wird bei der Großen eine Person vollkommen der Strafgewalt eines anderen Staates überstellt, vgl. *Hüttemann*, in: Böse, Europäisches Strafrecht (EnzEuR XI), § 13, Rn. 5; vgl. auch *Schomburg/Lagodny*, Internationale Rechtshilfe in Strafsachen, Einleitung: Das international-arbeitsteilige Strafverfahren, Rn. 46.

<sup>69</sup> In Art. 3 des RB sind einige zwingende Verweigerungsgründe genannt, Art. 4 des RB beinhaltet fakultative Gründe. Wichtig ist aber, dass es sich dabei um eine abschließende Auflistung handelt und den Mitgliedsstaaten kein weiterer Spielraum zusteht, vgl. zu den Anerkennungshindernissen *Burchard*, in: Böse, Europäisches Strafrecht (EnzEuR XI), § 14, Rn. 60 ff.

<sup>70</sup> Art. 2 Abs. 2 des RB schließt für eine Liste von 32 Deliktgruppen das Erfordernis beiderseitiger Strafbarkeit zwingend aus. Gemäß Art. 2 Abs. 4 kann für andere Straftaten die Vollstreckung von der beiderseitigen Strafbarkeit abhängig gemacht werden, vgl. dazu und zur deutschen Umsetzung *Heger*, ZIS 2007, 221 (223 ff.); zu den Ablehnungsgründen auch *Kopowski*, Grenzen der gegenseitigen Anerkennung bei der Vollstreckung eines Europäischen Haftbefehls, S. 83 ff.

<sup>71</sup> Siehe zu den damit verbundenen Gefahren für Beschuldigtenrechte, die bis heute fortbesteht, noch unter *Erster Teil*, B., II. 2., c), cc).

Eine zweite Besonderheit des RB zum Europäischen Haftbefehl bestand darin, dass er die „erste Verwirklichung des Prinzips der gegenseitigen Anerkennung“<sup>72</sup> im Strafrecht darstellte und wesentlich dazu beitrug, dass sich die gegenseitige Anerkennung in der Folge als „grundlegende[s] Strukturprinzip“<sup>73</sup> der Strafrechtsintegration etablierte. Das Prinzip der gegenseitigen Anerkennung war ursprünglich für die Verwirklichung des Binnenmarkts speziell im Rahmen der Warenverkehrsfreiheit konzipiert.<sup>74</sup> Es wurde aber 1999 auf dem Gipfel von Tampere auch zum „Eckstein“ der strafrechtlichen Zusammenarbeit erklärt<sup>75</sup> und findet bis heute sowohl im Primärrecht als auch in einer Vielzahl von legislativen Akten im EU-Strafrecht explizite Erwähnung.<sup>76</sup> Die Bedeutung des Prin-

---

<sup>72</sup> *Hauck*, in: Böse, Europäisches Strafrecht (EnzEuR XI), § 11, Rn. 109; *Schramm*, Internationales Strafrecht, Kapitel 4, Rn. 130

<sup>73</sup> vgl. zu dieser Bezeichnung *Hecker*, Europäisches Strafrecht, § 11, Rn. 2 ff.

<sup>74</sup> Allgemein besteht die Integrationslogik der gegenseitigen Anerkennung darin, dass zumindest grundsätzlich im Gegensatz zur Harmonisierung unterschiedliche nationale Systeme nicht angeglichen oder vereinheitlicht werden, sondern mit ihren Unterschieden fortbestehen können. Demgegenüber soll der Austausch zwischen den Systemen verbessert werden. Langwierige und komplizierte Prüfungen werden durch stark vereinfachende Zulassungsverfahren ersetzt. So können Waren (oder eben justizielle Entscheidungen) ohne größere Hindernisse zwischen den Systemen zirkulieren. Das System der gegenseitigen Anerkennung fußt auf dem Gedanken, dass ein Produkt (oder eine justizielle Entscheidung), das in einem Mitgliedsstaat entsprechen den dort geltenden Regeln rechtmäßig zustande gekommen ist, auch in allen anderen Mitgliedsstaaten als rechtmäßig gelten sollte – selbst wenn es nach den dort geltenden Regeln so nicht zustande hätte kommen können. Der Grundsatz basiert auf der Idee von Äquivalenz der Systeme und nicht von Gleichheit; vgl. umfassend zum Prinzip der gegenseitigen Anerkennung *Janssens*, The Principle of Mutual Recognition in EU Law.

<sup>75</sup> Tampere, Europäischer Rat, 15. und 16. Oktober 1999, Schlussfolgerungen des Vorsitzes (abrufbar unter: [https://www.europarl.europa.eu/summits/tam\\_de.htm](https://www.europarl.europa.eu/summits/tam_de.htm), zuletzt aufgerufen am 05.06.2023), Rn. 33. Vgl. für das Strafrecht insb. *Kloska*, Das Prinzip der gegenseitigen Anerkennung im Europäischen Strafrecht; *Nalewajko*, Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung: Eckstein der justiziellen Zusammenarbeit in Strafsachen in der Europäischen Union?; *Böse*, in: Momsen/Bloy/Rackow, Fragmentarisches Strafrecht: Beiträge zum Strafrecht, Strafprozessrecht und zur Strafrechtsvergleichung – für Manfred Maiwald aus Anlass seiner Emeritierung, verfasst von seinen Schülern, Mitarbeitern und Freunden, S. 233 ff.; *Gless*, ZStW 2003, 131 ff.; *Willems*, The Principle of Mutual Trust in EU Criminal Law; *Mitsilegas*, Common Market L. Rev. 2006, 1277; umfassend *Burchard*, Die Konstitutionalisierung der gegenseitigen Anerkennung; *Kullak*, Vertrauen in Europa, S. insb. 57 ff. zur justiziellen Zusammenarbeit in Strafsachen; *Armada/Weyembergh*, in: Fletcher/Herlin-Karnell/Matera, The European Union as an Area of Freedom, Security and Justice, S. 111; *Mitsilegas*, New Journal of European Criminal Law 2015, 457.

<sup>76</sup> Seit dem Vertrag von Lissabon ist das Prinzip auch im Primärrecht verankert; siehe u. a. Art. 82 Abs. 1 AEUV: „Die justizielle Zusammenarbeit in Strafsachen in der Union beruht auf dem Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung gerichtlicher Urteile und Entscheidungen [...]“. Auch an anderen Stellen des Vertrages von Lissabon ist die besondere Stellung des Grundsatzes sichtbar (vgl. Art. 67 Abs. 3 AEUV, Art. 82 Abs. 2 AEUV). Für das Sekundärrecht siehe beispielsweise den Rahmenbeschluss des Rates vom 27. November 2008 über die Anwendung des Grundsatzes der gegenseitigen Anerkennung auf Urteile in Strafsachen (2008/909/JI) oder den Rahmenbeschluss des Rates vom 24.2.2005 über die Anwendung des

zips ging aber von Beginn an über die einzelnen Umsetzungen in sekundärrechtlichen Legislativakten hinaus. Das Prinzip hatte einen programmatischen Charakter für die gesamte Strafrechtsintegration.<sup>77</sup> Zumindest der abstrakten Idee nach versprach es nämlich, das Ziel effektiver polizeilicher und justizieller Zusammenarbeit zu erreichen, *ohne* dass dafür eine (weitgehende) Angleichung der Strafrechtsordnungen der Mitgliedsstaaten notwendig wäre. Im Gegensatz zur traditionellen Rechtshilfe können nach dem Prinzip der gegenseitigen Anerkennung justizielle Entscheidungen oder strafprozessuale Maßnahmen zwischen den Justiz- und Strafverfolgungsbehörden in einem justiziellen Binnenraum grundsätzlich frei transferiert werden. Aufwendige Prüfverfahren oder rechtliche Angleichungen zwischen den mitgliedstaatlichen Strafrechtsordnungen schienen nicht erforderlich.<sup>78</sup> Diese Form der Integration war zwar aus Sicht der Mitgliedsstaaten attraktiv, da sie die nationalen Strafrechtsordnungen weitestgehend intakt ließ. Die Wahrung nationaler Autonomie in der Strafrechtssetzung war jedoch nicht gleichbedeutend damit, dass sich auch für betroffene Individuen nichts verändert hätte.

Mit dem Prinzip der gegenseitigen Anerkennung etablierte sich somit eine Integrationsform, bei der die faktische Bedeutung des EU-Strafrechts für Individuen über die sich im nationalen Recht niederschlagenden Veränderungen hinausging. Einen weiteren Faktor in diese Richtung stellte der stetig weiter ausgebauten Daten- und Informationsaustausch zwischen den Justiz- und Strafverfolgungsbehörden der Mitgliedsstaaten dar.<sup>79</sup> Dass auf EU-Ebene institutionelle Koordinierungsstellen wie Europol (1995),<sup>80</sup> Eurojust (2002),<sup>81</sup> das Europäische

---

Grundsatzes der gegenseitigen Anerkennung von Geldstrafen und Geldbußen (2005/214/JI). Zwischen den Maßnahmen besteht mit Blick auf die Regelungstechnik eine hohe Ähnlichkeit *Hüttemann*, in: Böse, Europäisches Strafrecht (EnzEuR XI), § 13, Rn. 29.

<sup>77</sup> So auch *Hüttemann*, in: Böse, Europäisches Strafrecht (EnzEuR XI), § 13, Rn. 26: „Der primäre Zweck bei der Einführung [...] war daher politisch-konzeptueller Natur. Da die Intensivierung der Kooperation über die Mittel der klassischen Rechtshilfe in einer Sackgasse steckte, sollte eine neue Dynamik die erhofften Lösungen ermöglichen“.

<sup>78</sup> *Hüttemann* nennt als Hauptmerkmale der gegenseitigen Anerkennung die Zurückdrängung herkömmlicher Rechtshilfshindernisse, Entpolitisierung der nun justiziellen Entscheidungen und die dadurch mögliche Automatisierung, vgl. in: Böse, Europäisches Strafrecht (EnzEuR XI), § 13, Rn. 24; ähnlich auch *Mitsilegas*, der noch die Beschleunigung der Rechtshilfe hervorhebt, vgl. in: Gerard/Brouwer, Mapping Mutual Trust: Understanding and Framing the Role of Mutual Trust in EU Law, S. 23 (25).

<sup>79</sup> Siehe zum Daten- und Informationsaustausch in Strafsachen *Esser*, in: Böse, Europäisches Strafrecht (EnzEuR XI), § 19.

<sup>80</sup> Gegründet durch das (völkerrechtliche) Übereinkommen vom 27. November 1995 über die Errichtung eines Europäischen Polizeiamtes (C316/7); zuletzt geändert durch den Beschluss des Rates vom 6. April 2009 zur Errichtung des Europäischen Polizeiamtes (Europol) (2009/371/JI), vgl. zu Europol insgesamt *Ruthig/Böse*, in: Böse, Europäisches Strafrecht (EnzEuR XI), § 20.

<sup>81</sup> Gegründet durch den Beschluss des Rates vom 28. Februar 2002 über die Errichtung von Eurojust (2002/187/JI); zuletzt geändert durch die Verordnung des Europäischen Parla-

Justizielle Netz für Strafrecht (EJN)<sup>82</sup> und das Europäische Amt für Betrugsbekämpfung (OLAF)<sup>83</sup> gegründet wurden, zeigte schon früh, wie vielfältig die Facetten waren, die die Strafrechtsintegration aufwies. Die EU-Institutionen und Netzwerke verbesserten die Möglichkeiten grenzüberschreitender Zusammenarbeit in der Strafverfolgung erneut, ohne dass dafür (große) Änderungen der nationalen Strafrechtsordnungen notwendig wurden.

Schließlich unterstrichen auch die ersten *Leading Cases*<sup>84</sup> des EuGH, dass Strafrecht immer weiter zu einem eigenen Rechtsbereich der EU reifte. Trotz eingeschränkter Kompetenzen bahnte sich der EuGH Wege, um mit seiner Rechtsprechung der Entwicklung des Strafrechts eine (konzeptionelle) Richtung zu geben.<sup>85</sup> Zum einen führte er seine nur mittelbar das Strafrecht betreffende Rechtsprechung zur Verwirklichung des Binnenmarktes fort.<sup>86</sup> Zum anderen

---

ments und des Rates vom 14. November 2018 (2918/1727/EU), vgl. zu Eurojust insgesamt *Zöller/Bock*, in: Böse, Europäisches Strafrecht (EnzEuR XI), § 21, Rn. 2–41.

<sup>82</sup> Errichtet durch die Gemeinsame Maßnahme vom 29. Juni 1998 (93/428/JI); zuletzt geändert durch Beschluss des Rates vom 16. Dezember 2008 über das Europäische Justizielle Netz (2008/976/JI), vgl. zum EJN *Zöller/Bock*, in: Böse, Europäisches Strafrecht (EnzEuR XI), § 21, Rn. 45–62.

<sup>83</sup> Gegründet durch den Beschluss der Kommission vom 28. April 1999 zu Errichtung des Europäischen Amtes für Betrugsbekämpfung (1999/352/EG, EGKS, Euratom); vgl. dazu *Zöller/Bock*, in: Böse, Europäisches Strafrecht (EnzEuR XI), § 23.

<sup>84</sup> Damit gemeint sind einflussreiche Entscheidungen, die die Entwicklung des EU-Strafrechts insgesamt geprägt haben, vgl. zu den wichtigsten Entscheidungen des EuGH im Strafrecht *Mitsilegas u. a.*, *The Court of Justice and European Criminal Law: Leading Cases in a Contextual Analysis*; auch *Hecker* spricht von „leading cases“, vgl. z. B. *Hecker*, Europäisches Strafrecht, § 10, Rn. 36; vgl. zur Frage, wie man „leading cases“ im EU-Recht identifiziert *Šadl/Panagis*, *European Law Review* 2015, 15.

<sup>85</sup> Zur Zuständigkeit des EuGH *Denza*, *The Intergovernmental Pillars of the European Union*, S. 311 ff.

<sup>86</sup> Vgl. dazu in der ersten Phase bereits *Erster Teil*, B., II., 1., a). Unmittelbar nach Inkrafttreten des Vertrages von Maastricht entschied der EuGH in einer bis heute in keiner europarechtlichen Abhandlung zur Warenverkehrsfreiheit fehlenden Entscheidung abermals mittelbar über nationales Strafrecht. Der Entscheidung EuGH, Urteil vom 24. November 1993, C-267/91 und 268/91, *Keck/Mithouard* lag ein strafrechtlicher Sachverhalt zugrunde. *Keck* und *Mithouard* waren in Frankreich angeklagt, weil sie Produkte unter dem Marktpreis verkauft hatten, was nach französischem Wettbewerbsrecht verboten war. Zwar urteilte der EuGH, dass die französische Strafvorschrift nicht im Konflikt mit der Warenverkehrsfreiheit lag, da sie sich um eine allgemeine Verkaufsmodalität handeln würde, die alle gleichermaßen betreffe. Nichtsdestotrotz verdeutlicht die Entscheidung, dass der EuGH auch ohne Kompetenz für die dritte Säule mittelbar über nationale strafrechtliche Vorschriften urteilen konnte. vgl. aus der weiten primär warenverkehrsfreiheitsorientierten Rezeption insb. *Reich*, *Common Market L. Rev.* 1994, 459; *Chalmers*, *European Law Review* 1994, 385; *Moore*, *European Law Review* 1994, 195; ein weiteres Beispiel für einen Konflikt zwischen nationalem Strafrecht und Dienstleistungsfreiheit ist das EuGH-Urteil in *Peralta*, vgl. EuGH, Urteil vom 14. Juli 1994, C-379/92. Auch dieser Entscheidung lag ein Strafverfahren zugrunde, das gegen Herrn *Peralta* geführt wurde, da er gegen eine italienische Strafvorschrift zum Schutz der Meere verstoßen haben soll. Ebenfalls verneinte der EuGH im Ergebnis, dass

übte der EuGH zunehmend auch Einfluss durch sog. Cross-Pillar-Litigation (säulenübergreifenden Streitigkeiten) aus.<sup>87</sup> Für die Strafrechtsentwicklung wegweisende Entscheidungen waren die EuGH-Urteile zum Umweltschutz<sup>88</sup> sowie die ebenfalls Mitte der 2000er-Jahre ergehenden Entscheidungen in *Pupino*,<sup>89</sup> in *Advocaten voor der Wereld*<sup>90</sup> und in *Berlusconi*<sup>91, 92</sup>. Übergreifend lassen sich in diesen Urteilen zwei Tendenzen erkennen: Zum einen stärkte der EuGH die dritte Säule in Abgrenzung zum sonstigen Völkerrecht als maßgebliches Forum für die Entwicklung eines europäischen Strafrechts.<sup>93</sup> Zum anderen stellte der EuGH

---

die Strafvorschrift im Konflikt zum Gemeinschaftsrecht stand, da auch diese Vorschrift unterschiedslos galt. Das konkrete Ergebnis ändert allerdings wiederum nichts daran, dass die Fragestellung das Strafrecht betraf.

<sup>87</sup> Bei diesen säulenübergreifenden Streitigkeiten ging es um rechtliche Dispute zwischen EU-Institutionen über die Wahl der richtigen Rechtsgrundlage für Legislativakte, da davon die Verfahren und jeweiligen Beteiligungsrechte der Institutionen abhingen, vgl. zur cross-pillar-litigation von *Ooik*, ECLR 2008, 399; *Giegerich*, ZaöRV 2007, 351. Meist gingen die Klagen von der Kommission oder dem Parlament aus und richteten sich gegen den Rat, da die Mitgliedsstaaten bei für sie sensiblen Themen oft Rechtsgrundlagen favorisierten, die zu einem intergouvernementalen Verfahren führten. Ein erstes Beispiel, in dem die Kommission (unterstützt vom Parlament) gegen die Wahl einer Rechtsgrundlage aus der dritten Säule klagte, war EuGH, Urteil vom 12. Mai 1998, C-170/96 (Kommission v. Rat); dazu *Oliveira*, Common Market L. Rev. 1999, 149.

<sup>88</sup> EuGH, Urteil vom 13. September 2005, C-176/03, Kommission v Rat; EuGH, Urteil vom 23. Oktober 2007, C-440/05, Kommission v. Rat (Ship Pollution), vgl. mit weiteren Nachweisen Fn. 48.

<sup>89</sup> Im Kern ging es um die Frage, inwieweit es auch bei Instrumenten der dritten Säule (konkret Rahmenbeschlüsse) eine Pflicht gäbe, sie analog zu Richtlinien unionsrechtskonform auszulegen, was der EuGH grundsätzlich annahm, siehe EuGH, Urteil vom 16. Juni 2005, C-105/03, *Pupino*; siehe dazu Anmerkungen von *Hillgruber*, JZ 2005, 841; *Spencer*, The Cambridge Law Journal 2005, 569; *Fletcher*, European Law Review 2005, 862; *Streinz*, Europäisches Wirtschafts- & Steuerrecht 2005, 1 ff.; *Weyembergh*, Revue trimestrielle des droits de l'homme 2007, 269; *Mitsilegas*, Yearbook of European Law 2007, 1 (6–7); *Gebbie*, Journal of European Criminal Law 2007, 31; *Spaventa, Eleanor*, European Constitutional Law Review 2007, 5; *Unger*, Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht 2006, 46.

<sup>90</sup> Das Urteil betraf die Vereinbarkeit des RB zum europäischen Haftbefehl mit europäischem Primärrecht, siehe EuGH, Urteil vom 12. September 2006, C-305/05, *Advocaten voor de Wereld VZW v Leden van den Ministerraad*; siehe dazu Anmerkungen u. a. von *Janssens*, The Columbia Journal of European Law 2007, 169; *O'Reily*, Journal of European Criminal Law 2007, 23; *Geyer*, European Constitutional Law Review 2008, 149; *Di Martino*, Giurisprudenza Costituzionale 2007, 3699.

<sup>91</sup> EuGH (Große Kammer), Urteil vom 3. Mai 2005 C-387/02, 391/02 und C-403/02, *Berlusconi*; vgl. dazu *Satzger*, JZ 2005, 997; *Biondi/Mastroianni*, Common Market L. Rev. 2006, 553; *Luther*, EuGRZ 2005, 350; *Gebbie*, Journal of European Criminal Law 2007, 31; van der *Wilt*, European Constitutional Law Review 2006, 303; *Gelter/Siems*, Harvard International Law Journal 2005, 487.

<sup>92</sup> Vgl. zu diesen Entscheidungen auch *Mitsilegas u. a.*, The Court of Justice and European Criminal Law: Leading Cases in a Contextual Analysis, S. 37 ff. (*Berlusconi*), 67 ff. (*Pupino*), 137 ff. (C-176/03), 333 ff. (*Advocaten voor de Wereld*).

<sup>93</sup> EuGH, Urteil vom 12. September 2006, C-305/05, *Advocaten voor de Wereld VZW v*

klar, dass er die formale Separierung der intergouvernementalen dritten Säule vom Gemeinschaftsrecht (also der ersten Säule) nicht uneingeschränkt akzeptierte.<sup>94</sup> Ergänzend zur gerichtlichen Kontrolle der richtigen Wahl der Rechtsgrundlage, die eine „Flucht“ ins Intergouvernementale verhindern sollte, drückte sich das insbesondere in der Angleichung der Rechtsinstrumente<sup>95</sup> sowie in der Erstreckung allgemeiner unionsrechtlicher Prinzipien auf die dritte Säule aus.<sup>96</sup>

### b) Verbesserte Möglichkeiten und steigende Notwendigkeit

Die beschriebenen Entwicklungen waren sowohl für die Möglichkeiten als auch für die Notwendigkeit für konzeptionelle Überlegungen zur weiteren Gestaltung der Strafrechtsintegration von Bedeutung. Durch die Fülle an Einzelentwicklungen auf verschiedenen Ebenen erreichte immer noch nicht geübtes EU-Strafrecht in der zweiten Phase schon allein quantitativ betrachtet ein Ausmaß, das die Frage einer übergreifenden Ordnung dieser Teilelemente relevanter erscheinen ließ. Mindestens ebenso wichtig war aber die gewachsene qualitative Dimension. Ergänzend zu den Veränderungen im Recht führten insbesondere der Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung und die generell zunehmende Vernetzung der mitgliedstaatlichen Strafverfolgungsbehörden deutlich vor Augen, dass die europäische Ebene einen stark gestiegenen Einfluss auf die nationale Strafverfolgungspraxis und die davon betroffenen Individuen entfaltetete.

---

Leden van den Ministerraad, Rn. 27 ff. Innerhalb der dritten Säule sichert der EuGH den Institutionen aber ein Ermessen bei der Wahl der geeigneten Maßnahmen und Instrumente zu (41–43).

<sup>94</sup> Früh wird insoweit deutlich, dass die Vorstellungen des EuGH und der Mitgliedsstaaten zur Rolle des Strafrechts auseinandergingen. Während die Mitgliedsstaaten es weiterhin als primär nationale Domäne betrachteten, in der sie vereinzelt in intergouvernementaler Form kooperieren, schien in der Rechtsprechung des EuGH früh durch, dass er Strafrecht nicht als kategorial anderen Bereich versteht, sondern es funktionaler als Mittel interpretiert, um Politikziele der EU effektiv zu erreichen. Die Logik des *effet utile* macht sich somit auch im Strafrecht bemerkbar; vgl. zu dem Vorwurf einer zu funktionalistischen EU-Kriminalpolitik bzw. seiner Entkräftung *Vogel*, GA 2003, 314 (332 f.).

<sup>95</sup> So urteilte der EuGH, dass analog zur richtlinienkonformen Auslegung auch eine sehr weitgehende Pflicht bestünde, Rahmenbeschlüsse so auszulegen, dass die Effektivität des Unionsrechts gesichert wird (allerdings mit der Einschränkung, dass keine Auslegung *contra legem* geboten sei), vgl. EuGH, Urteil vom 16. Juni 2005, C-105/03, Pupino, Rn. 31 ff.

<sup>96</sup> So legte der EuGH bei der Prüfung des RB zum Europäischen Haftbefehl (einem Instrument der dritten Säule) allgemeine Rechtsgrundsätze und Grundrechte der EU (Rn. 44–46) als Maßstab zugrunde (konkret den Grundsatz der Effektivität, der Gleichheit und Nichtdiskriminierung und das Legalitätsprinzip). Damit bekräftigte er deren Bedeutung auch in diesem besonderen Teil des EU-Rechts. EuGH; Urteil vom 12. September 2006, C-305/05, *Advocaten voor de Wereld VZW v Leden van den Ministerraad*, Rn. 42 ff. Der allgemeine EU-Grundsatz der loyalen Zusammenarbeit (Art. 10 EG) gelte dem EuGH zufolge auch in der dritten Säule; nur so könne die Union ihre Aufgabe der kohärenten Gestaltung der Beziehung der Mitgliedsstaaten und ihrer Völker gewährleisten, siehe EuGH, Urteil vom 16. Juni 2005, C-105/03, Pupino, Rn. 41–42; so auch *Mitsilegas*, EU Criminal Law, S. 140.



Die Integration in den einheitlichen Rahmen der dritten Säule hatte für konzeptionelle Gedanken günstige Anknüpfungspunkte geschaffen. Die feste Gruppe beteiligter Mitgliedsstaaten, die bereits bestehende institutionelle Ordnung der EU sowie verschiedene rechtliche Ebenen stellten in formaler Hinsicht gute Bedingungen für eine kriminalpolitische Konzeption dar. Auch materiell deuteten sich Eckpunkte für konzeptionelle Gedanken an. Schon vor dem Vertrag von Maastricht hatte der EuGH begonnen, noch für die Europäische Gemeinschaften rechtsstaatlich wichtige Grundsätze, wie insbesondere einen eigenen europäischen Grundrechtsschutz zu entwickeln.<sup>97</sup> Diese Entwicklung verstärkte sich in der Folge von Maastricht und mündete in der auch schriftlichen Fixierung in Form der Grundrechte-Charta.<sup>98</sup> Neben der Rechtsstaatlichkeit differenzierte sich auch mit Blick auf die Stärkung demokratischer Grundsätze ein eigenes supranationales System heraus.<sup>99</sup> Ebenfalls hervorzuheben ist, dass die unmittelbare Beziehung der EU zu ihren Bürger\*innen mit der Einführung einer eigenen Unionsbürgerschaft (1992) eine neue Stufe der Anerkennung fand.<sup>100</sup> Verglichen mit dem fragmentierten Kompositum einzelner internationaler Übereinkommen aus der Zeit zuvor eröffneten diese Faktoren die Möglichkeiten für eine eigenständige und kohärente EU-Kriminalpolitik.<sup>101</sup>

Parallel zu den verbesserten Möglichkeiten nahm mit dem Voranschreiten der Integration auch die Notwendigkeit zu, sich mit der Frage einer Gesamtperspektive für ein EU-Strafrecht auseinanderzusetzen. Grund dafür war eine Transformation, die in der zweiten Phase schrittweise vonstatten ging. Lange Zeit hatte sich die Bedeutung der europäischen Ebene darauf beschränkt, nur vereinzelt auf

---

<sup>97</sup> Zwei Urteile des EuGH lieferten dafür den Anstoß: Zunächst EuGH, Urteil vom 12. November 1969, C-29/69, Stauder; und dann EuGH, Urteil vom 17. Dezember 1970, C-11/70, Internationale Handelsgesellschaft, Rn. 3–4.

<sup>98</sup> Die GR-Charta wurde bereits bei der Regierungskonferenz von Nizza feierlich verkündet (Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften C 364 v. 18.12.2000). Rechtskraft erlangte sie allerdings erst mit dem Vertrag von Lissabon (2009).

<sup>99</sup> Besonders deutlich wird dies, wenn man sich die Entwicklung des Europäischen Parlaments von einer Versammlung bis hin zu einem Parlament (wenn auch nach wie vor mit bestimmten Besonderheiten) ansieht, vgl. dazu *Kluth*, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEU, Art. 14 EUV, Rn. 3–6; *Craig/de Búrca*, EU Law, S. 8 ff. sehen den Startpunkt dieser Entwicklung schon in der Einheitlichen Europäischen Akte (1986).

<sup>100</sup> Dass die EU (damals EG) nicht nur eine Kooperation souveränen Staaten darstellt, sondern Rechtssubjekte auch die Individuen sind, hatte der EuGH schon früh in *van Gend & Loos* (C-26/62) klargestellt. Die Einführung einer Unionsbürgerschaft durch den Vertrag von Maastricht (vgl. Präambel) stärkte das unmittelbare Band zwischen Union und den Individuen weiter, vgl. dazu *Closa*, Common Market L. Rev. 1992, 1137; *Jacobs*, ELJ 1997, 591; *Kluth*, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEU, Art. 20 AEU; *Schönberger*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, Art. 20 AEU.

<sup>101</sup> Ein Beispiel für eine gegenläufige Tendenz, die sich etablierenden EU-Strukturen zu umgehen und auf völkerrechtlicher Basis in strafrechtsnahen Gebieten zusammenzuarbeiten, stellte allerdings der Prüm-Vertrag dar, vgl. dazu *Papayannis*, Zeitschrift für Europarechtliche Studien 2008, 219; *Kietz/Maurer*, Integration 2006, 201.

die nationalen Strafrechtssysteme einzuwirken. Zur Sicherstellung der Legitimität blieben dabei allein die Nationalstaaten maßgeblich. Wie dargelegt hatten sie sich historisch zum Rahmen für die Strafrechtsgestaltung entwickelt, wofür sich auch normativ Gründe anführen ließen:<sup>102</sup> Nationalstaaten boten die besseren Voraussetzungen für demokratische Teilhabe (wichtig für die Input-Legitimation) und sie konnten die wesentlichen Interessen, insb. Freiheit und Sicherheit, effektiv garantieren (wichtig für die Output-Legitimation). Der Bedeutungsanstieg der EU stellte zunehmend infrage, ob die Mitgliedsstaaten weiter das allein maßgebliche Forum (und die Quelle für Legitimation) sein könnten.<sup>103</sup> Das Modell der ersten Phase begann unter Druck zu geraten.

Input-legitimatischer betrachtet hatte sich zwar nichts daran geändert, dass die Staaten weiter einen geeigneten Rahmen für die Strafrechtsintegration boten. Trotz der einsetzenden Bemühungen, in der EU demokratische Strukturen zu etablieren und zu stärken, waren diese im Vergleich zu den nationalen parlamentarischen Systemen noch unterentwickelt. Entsprechend dem für die Integration wichtigen Gedanken der Subsidiarität sprach die größere Nähe zu den betroffenen Bürger\*innen auch weiter dafür, bei Strafrechtsfragen nationale (wenn nicht sogar regionale) Vielfalt zu schützen. Probleme bereitete aber zunehmend die Output-Seite. Wie beschrieben waren die Mitgliedsstaaten infolge der gesamtgesellschaftlichen Veränderungen allein nicht mehr in der Lage, die als essenziell gesehenen Interessen nach Sicherheit und Freiheit europaweit zu garantieren.<sup>104</sup> Die europäische Ebene angesichts dieser Entwicklungen in den beschriebenen Formen zu stärken, war output-legitimatischer betrachtet ein sinnvoller Schritt. Auch wenn weiter der Großteil der Aufgaben der nationalen Ebene zugewiesen blieb, bedeutete die an vielen Stellen zu beobachtende Verlagerung von Aufgaben auf die EU-Ebene, dass sich EU-Strafrecht kontinuierlich in Richtung eines neuen verschränkten Mehrebenensystems entwickelte.<sup>105</sup>

In konzeptioneller Hinsicht wäre es nun erforderlich gewesen, sich mit den Perspektiven dieses neuen integrierten Mehrebenenstrafrechts auseinanderzusetzen. Nicht nur drohten Konflikte und Wertungswidersprüche zwischen der nationalen und europäischen Ebene mit Wachsen des Systems zuzunehmen, für deren schlüssige Lösung eine Orientierung an übergeordneten Zielen günstig gewesen wäre.<sup>106</sup> Gerade aufgrund der mit dem Strafrecht verbundenen hohen Ein-

---

<sup>102</sup> Dazu *Erster Teil*, B., II., 1., b).

<sup>103</sup> So z. B. *Kaiafa-Gbandi*, KritV 2004, 3 (4), die von der „bedeutendste[n] Relativierung der Staatssouveränität“ spricht.

<sup>104</sup> Vgl. *Erster Teil*, B., II., 2., a).

<sup>105</sup> Zu dieser Bezeichnung für das Strafrecht früh bereits *Vogel*, Maastricht Journal of European and Comparative Law 2005, 125 („European integrated criminal justice system“); in der Folge auch z. B. *Reinbacher*, Strafrecht im Mehrebenensystem und *Meyer*, Strafrechtsgenese in Internationalen Organisationen; vgl. zu beiden noch ausführlicher *Erster Teil*, C., III., 1., b)

<sup>106</sup> Vgl. für einen Überblick zu möglichen Jurisdiktionskonflikten in der EU *Radtke*, in: Böse, Europäisches Strafrecht (EnzEuR XI), § 12.

griffsintensität stellte sich auch die Frage, wie sich das entstehende System gegenüber den Individuen legitimieren ließe. Dabei hätte zum einen das (Spannungs-)Verhältnis von Freiheit und Sicherheit in den Blick genommen werden müssen. Schon in der zweiten Phase wurde deutlich, dass sowohl die Sicherstellung beider Interessen für sich genommen als auch eine Bestimmung ihres Verhältnisses zueinander eine europäische Dimension gewannen. Zum anderen hätte das Verhältnis von Input- und Output-Legitimation reflektiert werden sollen, da sich die gesellschaftlichen Voraussetzungen im Vergleich zur ersten Phase veränderten.

### *c) Tatsächliche Integration*

Blickt man auf den konkreten Verlauf der Integration waren in der zweiten Phase erste Ansätze für eine stärker konzeptionell orientierte Integration zu erkennen (dazu aa)). Statt diese aber konsequent zu verfolgen, dominierten anderen Logiken die Strafrechtsintegration (dazu bb)). Für die Legitimation von Strafrecht erwachsen daraus Gefahren (dazu cc)).

#### *aa) Erste Ansätze*

In der zweiten Phase, also zwischen den Verträgen von Maastricht und Lissabon, lassen sich erste Ansätze in Richtung eines kriminalpolitischen Konzepts ausmachen, die sich allerdings nicht wirklich durchsetzten. Positiv hervorheben lässt sich zunächst die primärrechtliche Zielsetzung einen *Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts* (RFSR) zu gründen. Diese Zielsetzung hätte die Möglichkeit geboten, übergreifend darüber nachzudenken, wie sich Freiheit, Sicherheit und Recht europäisch denken lassen, wie ihnen im Prozess der Integration jeweils Rechnung getragen werden kann und wie ihr Verhältnis zueinander aussehen sollte. Zur weiteren Konkretisierung der primärrechtlichen Zielsetzung existierte mit den Ratsbeschlüssen auch ein geeignetes Instrumentarium, dessen Nutzen in der zweiten Phase auch angedeutet wurde. In den Ratsbeschlüssen legten die Mitgliedsstaaten strategische Leitlinien für die Innen- und Justizpolitik der nächsten Jahre fest. Den ersten dieser Ratsbeschlüsse bildete das sog. Tampere-Programm (1999).<sup>107</sup> Neben den Ausführungen zum Prinzip der gegenseitigen Anerkennung, beinhaltete das Programm konkretere Vorhaben zum Aufbau des *Raums der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts*. Für die Strafrechtsintegration stand die effektive Bekämpfung schwerer grenzüberschreitender und organisierter Kriminalität an erster Stelle.<sup>108</sup> Dazu sollte insbesondere die Zusammenarbeit

<sup>107</sup> Tampere, Europäischer Rat, 15. und 16. Oktober 1999, Schlussfolgerungen des Vorsitzes.

<sup>108</sup> Tampere, Europäischer Rat, 15. und 16. Oktober 1999, Schlussfolgerungen des Vorsitzes, Rn. 5 und 40–58. Nr. 40 lautete: „Der Europäische Rat tritt entschieden für eine Verstärkung des Kampfes gegen schwere organisierte und grenzüberschreitende Kriminalität ein. Voraussetzung für ein hohes Maß an Sicherheit in einem Raum der Freiheit, der Sicher-

in der Strafverfolgung intensiviert werden.<sup>109</sup> Im Gegensatz zu dem insgesamt sicherheitsfokussierten Tampere-Programm, nahm das folgende Haager Programm (2004) auch Maßnahmen in den Blick, die die Freiheits- und Rechtsdimension des RFSR stärken sollten.<sup>110</sup> Besonders hervorzuheben ist die Zielsetzung der Stärkung der Grundrechte aus der GR-Charta und die Sicherung eines Standards von Verfahrensrechten in Strafverfahren.<sup>111</sup>

Schließlich gab es auch von justizieller Seite einige Ansätze in Richtung einer rechtlichen Konzeptionalisierung. Der EuGH deutete in *Pupino* und *Advocaaten vor der Wereld* einen Weg an, wie er zur Ordnung der Maßnahmen des entstehenden EU-Strafrechts beitragen könne. Durch die Erstreckung allgemeiner Prinzipien des Unionsrechts auf die dritte Säule gelang es ihm zumindest im Ansatz, die strafrechtlichen Bestimmungen enger in das Gesamtgefüge der EU einzubinden und gewisse Leitlinien zu definieren. Im Vergleich zur ersten Phase, in der sich seine Rolle im Wesentlichen auf die Prüfung beschränkt hatte, ob strafrechtliche Regelungen der Mitgliedsstaaten Handelshemmnisse darstellten, war darin durchaus eine Stärkung seiner Rolle zu sehen. Seine nach wie vor limitierte Zuständigkeit in der dritten Säule schränkten die Potenziale für eine konstruktive konzeptionelle Gestaltung des EU-Strafrechts aber weiter ein.<sup>112</sup>

#### *bb) Dominanz von Intergouvernementalismus, Reaktivität und Selektivität*

Insgesamt lässt sich die Strafrechtsintegration in der zweiten Phase trotz der verbesserten Möglichkeiten und der beschriebenen ersten Ansätze nicht als einer kriminalpolitischen Konzeption folgend beschreiben. Statt die primärrechtliche Zielsetzung durch Ratsbeschlüsse näher zu konkretisieren und vor allem die ein-

---

heit und des Rechts ist ein effizienter und umfassender Ansatz bei der Bekämpfung aller Erscheinungsformen der Kriminalität. Es sollte eine ausgewogene Entwicklung unionsweiter Maßnahmen zur Kriminalitätsbekämpfung unter gleichzeitigem Schutz der Freiheit und der gesetzlich verbürgten Rechte der Einzelperson wie auch der Wirtschaftsteilnehmer erreicht werden.“

<sup>109</sup> Tampere, Europäischer Rat, 15. und 16. Oktober 1999, Schlussfolgerungen des Vorsitzes, Rn. 43 ff. Die Schlussfolgerungen enthielten zudem Sondermaßnahmen zur Bekämpfung der Geldwäsche als „Herzstück“ (Rn. 50) der organisierten Kriminalität, vgl. dazu Rn. 51–58.

<sup>110</sup> Haager Programm zur Stärkung von Freiheit, Sicherheit und Recht in der Europäischen Union (2005/C 53/01). Auch das Tampere-Programm hatte gewisse Bezüge zur Gewährleistung von Freiheit und Recht, vgl. mit Blick auf das Strafrecht insb. Rn. 40, Satz 3 und die Bekräftigung, dass ein Gremium eine EU-Grundrechtecharta entwerfen sollte (Einleitung und Anhang).

<sup>111</sup> Vgl. Haager Programm zur Stärkung von Freiheit, Sicherheit und Recht in der Europäischen Union (2005/C 53/01), Einleitung und 3.3.1.

<sup>112</sup> Zur Zuständigkeit *Denza*, *The Intergovernmental Pillars of the European Union*, S. 311 ff.; vgl. auch *Böse*, in: Sieber/Satzger/von Heintschel-Heinegg, *Europäisches Strafrecht*, § 54, Rn. 1; *Baker*, *European Journal of Criminology* 2010, 187 (191). Davon getrennt zu betrachten ist die Frage, inwiefern es sich dabei um eine Aufgabe der Judikative handeln sollte, vgl. kritisch *Pohl*, *ZIS* 2006, 213.

zelen Maßnahmen an den Vorgaben auszurichten, dominierten andere Logiken die Integration. Verantwortlich dafür war die starke Stellung der Mitgliedsstaaten, die das Strafrecht weiter in erster Linie als einen Bereich sahen, der eng mit ihrer Souveränität zusammenhing. Integrationsschritte erfolgten nur, wenn zwingende Gründe es erforderten und waren stets davon geprägt, der EU und ihren Institutionen nicht zu viel (Mit-)Gestaltungsmacht zu übertragen. Dies drückte sich schon in der primärrechtlichen Architektur der dritten Säule aus, in der die klassisch supranationalen Institutionen (Kommission, EuGH und Europäisches Parlament) nur limitierte Möglichkeiten besaßen.<sup>113</sup>

Auch auf der Ebene des Sekundärrechts waren die Dominanz intergouvernementaler Entscheidungsfindung und der mitgliedsstaatliche Wunsch, größtmögliche Autonomie zu wahren, klar zu erkennen. Anstatt sich an einer übergeordneten Konzeption zur Gestaltung des Rechtsbereichs zu orientieren, waren Sekundärrechtsakte davon abhängig, dass sich politisch eine Einigung zwischen den Mitgliedsstaaten erzielen ließ, deren Interessen und Vorstellungen teils erheblich auseinanderlagen. Erschwert wurde die Entscheidungsfindung durch das Einstimmigkeitsprinzip.<sup>114</sup> Eine Einigung zu erzielen, gelang daher nur, wenn äußere Faktoren einen hinreichend großen Integrationsdruck erzeugten. Integrationsschritte im Bereich des Strafrechts waren daher oft als Reaktion auf gesellschaftliche Veränderungen oder rechtliche Entwicklungen in anderen Bereichen zu beobachten.<sup>115</sup> Regelmäßig ließ sich dabei ein unmittelbarer Zusammenhang zu konkreten politischen Ereignissen als „Auslöser“ ausmachen.<sup>116</sup>

Ein eindrucksvolles Beispiel für die Reaktivität und Bedeutung politischer Ereignisse als treibende Kraft für die Strafrechtsintegration ist die Terrorismusbekämpfung.<sup>117</sup> Nach den Anschlägen vom 11. September 2001 in New York

---

<sup>113</sup> Den supranationalen Institutionen wird oft zugeschrieben, eine integrationsfreundliche Agenda voranzutreiben, während der Rat als intergouvernementales Forum mehr auf Wahrung mitgliedsstaatlicher Interessen bedacht ist, vgl. aus politikwissenschaftlicher Perspektive zur Rolle von Kommission, EuGH und dem Europäischen Parlament insb. die Analyse von *Pollack*, *The Engines of European Integration*.

<sup>114</sup> Vgl. dazu *Baker*, *European Journal of Criminology* 2010, 187 (204 f.).

<sup>115</sup> Zu den gesellschaftlichen Faktoren gehört insb. die Kriminalitätsweltentwicklung; zu den rechtlichen zählt z. B. die politische Zielsetzung einen gemeinsamen Binnenmarkt zu verwirklichen. Auch wenn eine Integration des Strafrechts nicht primär gewollt war, erzeugten die Integration in anderen Rechtsbereichen einen Druck, der in neofunktionalistischen Theorieansätzen aus der Politikwissenschaft als Spill-over-Effekt bezeichnet wird; vgl. z. B. *Niemann/Schmitter*, in: *Wiener/Diez*, *European Integration Theory*, S. 45 (49 ff.).

<sup>116</sup> Vgl. zur Rolle politischer Ereignisse bei der Entwicklung der EU-Sicherheitspolitik *Douglas-Scott*, *European Law Review* 2004, 219 ff.

<sup>117</sup> *Satzger* nennt ergänzend zur Terrorismusbekämpfung zwei weitere Beispiele: zum einen den Entwurf der Kommission für eine Richtlinien über die Meeresverschmutzung durch Schiffe (Com[2003] 92 final), in dessen Begründung auf zwei Havarien verwiesen wird und zum anderen den Entwurf für einen Rahmenbeschluss zur Bekämpfung von Rassismus und Fremdenfeindlichkeit (Com[2001] 664 final), der *Satzger* zufolge eine Reaktion auf vermehrte Medienberichte darstellt, die die Zunahme von Tötungsdelikten mit rassistischem,

dauerte es lediglich acht Tage, bis die Kommission einen Entwurf für einen Rahmenbeschluss zur Terrorismusbekämpfung erarbeitet hatte.<sup>118</sup> In weniger als einem Jahr schuf der Rat am 13. Juni 2002 mit dem Rahmenbeschluss zum Europäischen Haftbefehl das bis dahin wichtigste legislative Instrument des EU-Strafrechts.<sup>119</sup> Die Vorschläge zum Rahmenbeschluss waren bereits früher diskutiert worden und reagierten insofern auch nicht auf eine zuvor unvorhersehbare Bedrohungslage.<sup>120</sup> Erst die Ereignisse in den USA schufen aber das politische Klima, um die Pläne umzusetzen und auf diese Weise Geschlossenheit und Handlungsfähigkeit der EU-Mitgliedsstaaten bei der Bekämpfung des international agierenden Terrorismus zu demonstrieren.<sup>121</sup>

Die Reaktivität als übergreifendes Merkmal ist aus zwei Gründen für die Integration des Straf- und Strafverfahrensrechts besonders beachtenswert. Erstens gingen Rechtsakte, die als Reaktion auf eine bestimmte Kriminalitätserrscheinung erlassen wurden, oft weit über die konkrete Bedrohung hinaus. Der situativ empfundene Handlungsbedarf führte zu Maßnahmen, die sich weitreichend auf das Leben von Bürger\*innen auswirken konnten, ohne dass es einen Zusammenhang zum ursprünglich adressierten Phänomen geben musste.<sup>122</sup> Der RB zum Europäischen Haftbefehl liefert hierfür ein eindrucksvolles Beispiel. Gleich nach 9/11 den „Kern der zwischenstaatlichen Rechtshilfe“<sup>123</sup> grundlegend neuzugestalten, zeigt deutlich, wie intensiv die reaktiv beschlossenen Maßnahmen in die Rechtspositionen von EU-Bürger\*innen eingreifen konnten. Auslieferungen waren fortan auch für Delikte ganz ohne Terrorismusbezug möglich.<sup>124</sup>

---

ethnischem oder religiösem Hintergrund thematisieren; vgl. *Satzger*, in: Böse, EnzEuR XI, Europäisches Strafrecht, S. 61 ff., Rn. 35–36; kritisch zur EU-Reaktion auf 9/11 *Hirsch*, KritV 2006, 307 (311 f.).

<sup>118</sup> Com(2001) 521 final.

<sup>119</sup> Vgl. auch zum Folgenden *Mitsilegas*, Yearbook of European Law 2012, 319 (319 ff.); *LeaflAlegre*, European Law Journal 2004, 200 (201 ff.); *Murschetz*, Auslieferung und Europäischer Haftbefehl, S. 306; aus politikwissenschaftlicher Sicht *Kaunert*, Journal of European Integration 2007, 387 (392 ff.).

<sup>120</sup> Auch andere Maßnahmen, die in Reaktion auf 9/11 verabschiedet wurden (u. a. eine einheitliche Terrorismusdefinition sowie eine Stärkung von Eurojust und Europol), waren bereits zuvor diskutiert worden, vgl. *Douglas-Scott*, European Law Review 2004, 219 ff. (220).

<sup>121</sup> Vgl. *LeaflAlegre*, European Law Journal 2004, 200 (202); vgl. auch *Klip*, Maastricht Journal of European and Comparative Law 2005, 115 (123): „As the drastic legal measures taken after 9/11 in the European Union and elsewhere have taught us, unexpected events can serve as a trigger mechanism for decisions that would never be taken in a quiet political setting.“ Vgl. auch zur Umsetzung im deutschen StGB *Heger*, in: Petzsche/Heger/Metzler, Terrorismusbekämpfung in Europa im Spannungsfeld zwischen Freiheit und Sicherheit. Historische Erfahrungen und aktuelle Herausforderungen, S. 47 (58 f.).

<sup>122</sup> Kritisch dazu *Kaiafa-Gbandi*, KritV 2004, 3 (6–7).

<sup>123</sup> Zur Bezeichnung *Burchard*, in: Böse, Europäisches Strafrecht (EnzEuR XI), § 14, Rn. 1.

<sup>124</sup> Der Rahmenbeschluss zum europäischen Haftbefehl war nicht auf terroristische oder staatsgefährdende Delikte begrenzt und kann insofern nicht als spezifische Maßnahme zur Terrorabwehr eingeordnet werden; siehe z. B. Art. 2 Abs. 2 des RB, der für viele Delikte ohne

Die Reaktivität ist zweitens so bedeutsam, weil sie zu einer selektiven Form der Maßnahmen beitrug. Auf eine konkrete kriminalpolitische Herausforderung mit dem Erlass eines entsprechenden Rechtsaktes zu reagieren, war aus Sicht der Mitgliedsstaaten attraktiv. Sie konnten dadurch ihre Problemlösungsfähigkeit konkret unter Beweis stellen, vermieden aber eine weitreichende Auseinandersetzung, wie Strafrecht im Mehrebenensystem der EU organisiert werden sollte. Folge des selektiven Vorgehens war allerdings, dass eine Vielzahl von Maßnahmen entstand, die nicht aufeinander abgestimmt waren. Eine nachträgliche legislative Korrektur war durch die hohen Hürden für Folgegesetzgebungen erschwert, da ohne ein entsprechendes Momentum Schritte in der PJZS tendenziell stagnierten. Auch die Möglichkeiten des EuGH und der Kommission zu einer Abstimmung der Maßnahmen und dadurch zu einer kohärenten Kriminalpolitik beizutragen, waren aufgrund ihres nur eingeschränkten Mandats limitiert. Das reaktive, selektive und intergouvernementale Vorgehen stand kurzum in augenscheinlichem Kontrast zu einem kriminalpolitischen Konzept.

### *cc) Gefahren*

Das Fehlen eines kriminalpolitischen Konzepts bei gleichzeitiger Zunahme der einzelnen Maßnahmen und deren Auswirkungen auf Individuen stellte nicht nur abstrakt ein Problem dar.<sup>125</sup> Der tatsächliche Verlauf mit den beschriebenen Dynamiken ließ auch konkrete Fehlentwicklungen und Gefahren erkennen.

Die erste Gefahr betraf den grundrechtlichen bzw. freiheitsrechtlichen Schutz von Individuen. Die reaktive, selektive und stets vom mitgliedstaatlichen Wunsch auf Wahrung von Autonomie geprägte Form der Integration drohte sich einseitig auf den Ausbau einer Sicherheitsarchitektur zu konzentrieren und die Freiheitsdimension dabei nicht ausreichend zu berücksichtigen.<sup>126</sup> Zwar fand

---

Terrorismusbezug auf das Erfordernis gegenseitiger Strafbarkeit verzichtet wird, vgl. auch *Murschetz*, Auslieferung und Europäischer Haftbefehl, S. 306 (Fn. 1500). Dieser Punkt wird noch verstärkt, wenn man bedenkt, dass der Rahmenbeschluss zum Europäischen Haftbefehl auch dazu beitrug, die gegenseitige Anerkennung als generelles Strukturprinzip der Strafrechtsintegration zu etablieren (vgl. dazu oben).

<sup>125</sup> Vgl. dazu bereits *Erster Teil*, B., II., 2., b).

<sup>126</sup> Vgl. an dieser Stelle statt vieler nur die kritischen Bestandsaufnahmen von *Douglas-Scott*, *European Law Review* 2004, 219 ff., der eine Balanceverschiebung in Richtung von Sicherheitsinteressen zum Nachteil von Freiheit und Gerechtigkeit sieht, speziell dazu S. 227 f. *Kaiafa-Gbandi*, *KritV* 2004, 3 (3 ff.); *Monar*, in: Anderson/Agap, *Police and Justice Co-operation and the New European Borders*, S. 165; oder *Chaves*, *The Evolution of European Criminal Law (1957–2012)*, S. 24 ff. Für diesen Sicherheitsfokus sind nach *Chaves* Analyse zwei miteinander verwobene, aber doch eigene Dynamiken verantwortlich. Die erste ist, dass die EU selbst als Strafrechtsakteur auftritt. Insbesondere im Bereich der sog. Eurocrimes, die die EU als Gefährdung für ihre Werte und Interessen wahrnimmt, treibt sie eine in ihrer Ausrichtung punitive Agenda voran. Die zweite betrifft die Mitgliedsstaaten in ihrer Funktion als Strafrechtsakteur. Ihre Möglichkeiten der Strafverfolgung werden über die nationalen Grenzen hinaus geweitet und verbessert.

„Freiheit“ als an erster Stelle genanntes Ziel im *Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts* früh einen prominenten Platz im Text des Primärrechts. Auch enthielten die Ratsbeschlüsse stets Bekenntnisse zur Freiheit. In der praktischen Umsetzung dominierten jedoch zumeist Sicherheitsinteressen.<sup>127</sup> Auf der Ebene des Primärrechts selbst war in dieser Hinsicht auffällig, dass die gewachsenen Einflussmöglichkeiten der EU im Strafrecht nicht durch einen schriftlich fixierten und rechtlich verbindlichen Grundrechtekatalog begleitet wurden.<sup>128</sup>

Auch auf der Sekundärrechtsebene lag der Fokus der EU-Kriminalpolitik darauf, die Strafverfolgung zu stärken. Bei den auf EU-Ebene beschlossenen Legislativakten war ein deutliches Übergewicht zugunsten von Strafverfolgungsmaßnahmen zu beobachten.<sup>129</sup> Speziell hinsichtlich des Schutzes von Beschuldigtenrechten wurde dies (zumindest rückblickend) auch von den EU-Institutionen so gesehen.<sup>130</sup> Auch institutionell zeigte sich, dass der Ausbau der Strafverfolgung zunahm, wohingegen entsprechende Initiativen zur Europäisierung der Strafverteidigung dahinter zurückblieben.<sup>131</sup> Zudem ließ die konkrete Form der Übertragung des Prinzips der gegenseitigen Anerkennung im Strafrecht befürchten, dass auch die nationalen Rechte von beschuldigten und angeklagten Personen keinen ausreichenden Schutz mehr bieten konnten.<sup>132</sup> Zumindest pauschal lässt sich zwar nicht sagen, dass gegenseitige Anerkennung für Individuen im Binnen-

---

<sup>127</sup> Heger spricht insofern von einem „Primat der Sicherheit“, vgl. Heger, *Integration* 2022, 188 (189 ff.).

<sup>128</sup> Vgl. dazu *Erster Teil*, B., II., 2., b).

<sup>129</sup> Neben dem *Ne-bis-in-idem*-Grundsatz existierte in dieser Phase mit dem Versuch der Kommission auf Art. 35 (1) (c) gestützt gewisse Mindestrechte für Beschuldigte EU-weit zu etablieren, siehe Vorschlag für einen Rahmenbeschluss des Rates über bestimmte Verfahrensrechte in Strafverfahren innerhalb der Europäischen Union, Com(2004) 328 final, nur eine Ausnahme für einen primär dem Freiheitsschutz dienen Rechtsakt dar; vgl. dazu Öberg, *European Constitutional Law Review* 2020, 33 (35).

<sup>130</sup> Vgl. z. B. die Entschließung des Rates vom 30.11.2009 über einen Fahrplan zur Stärkung der Verfahrensrechte von Verdächtigen oder Beschuldigten im Strafverfahren (2009/C 295/01), Nr. 10: „Die in den letzten Jahren im EU-Rahmen geführten Beratungen über Verfahrensrechte haben keine konkreten Ergebnisse erbracht. Im Bereich der justiziellen und polizeilichen Zusammenarbeit wurden indes erhebliche Fortschritte in Bezug auf Maßnahmen erzielt, die die Strafverfolgung erleichtern. Jetzt ist es an der Zeit, auf die Verbesserung des Gleichgewichts zwischen diesen Maßnahmen und dem Schutz der Verfahrensrechte des Einzelnen hinzuwirken.“ Siehe auch Empfehlung des Europäischen Parlaments vom 7. Mai 2009 an den Rat zur Entwicklung eines Raums der Strafgerichtsbarkeit in der EU (2009/2012(INI)), Nr. 1 a.

<sup>131</sup> Vgl. zu den verschiedenen Vorschlägen zur Institutionalisierung der Strafverteidigung Rackow, in: Böse, *Europäisches Strafrecht* (EnzEuR XI), § 24, Rn. 10 ff.

<sup>132</sup> Kritisch zur gegenseitigen Anerkennung, da sie „tendenziell zur Exekutierbarkeit der jeweils punitivsten Strafrechts- und Strafverfahrensordnung“ führen würde Roxin/Schünemann, *Strafverfahrensrecht*, § 3, Rn. 20 f.; Schünemann, *Die Europäisierung der Strafrechtspflege als Demontage des demokratischen Rechtsstaats*, S. 64 ff., 83 ff., 136 ff., 189 ff.; Schünemann, GA 2004, 193; Nestler, ZStW 2004, 332 (336 ff.).



markt freiheitserweiternd,<sup>133</sup> im Strafrecht freiheitsverkürzend wirkt.<sup>134</sup> Problematisch bei der Übertragung des Grundsatzes für die Strafrechtsintegration war aber, dass nicht ausreichend über die unterschiedliche Wirkung und die strukturellen Unterschiede des Strafrechts im Vergleich zur ursprünglichen Einbettung als binnenmarktrechtliches Prinzip nachgedacht wurde.<sup>135</sup> Eines der Kernprobleme bestand darin, dass es in der zweiten Phase an einer essenziellen Bedingung für die gegenseitige Anerkennung fehlte: nämlich eines tatsächlichen und gerechtfertigten gegenseitigen Vertrauens in die Äquivalenz der anderen Strafjustizsysteme.<sup>136</sup>

<sup>133</sup> Gegenseitige Anerkennung *erweitert* die Freiheit im Binnenmarkt insoweit, als dass sie Importeure von der aufwendigen (und kostenintensiven) Prüfung befreit, in jedem Land einzeln zu prüfen, ob ihre Waren die dort geltenden Standards einhalten. Auch hier lässt sich kritisch hinterfragen, ob diese Wirkung wirklich *per se* freiheitserweiternd ist. Die Antwort wird davon abhängen, *wessen* Freiheit man als wesentlich erachtet (nur die Freiheit der konkret betroffenen Importeure?) und wie man Freiheit versteht (nur als Abwesenheit von staatlicher Regulierung?).

<sup>134</sup> Abstrakt betrachtet stellt die gegenseitige Anerkennung zunächst ein neutrales Verfahrensmodell dar, so u. a. *Gless*, ZStW 2004, 353 (356 ff.); differenzierend und mit weiteren Nachweisen zu diesem Argument *Burchard*, Die Konstitutionalisierung der gegenseitigen Anerkennung, S. 56 f. Die vereinfachte Anerkennung von justiziellen Entscheidungen oder der Transfer von einzelnen, ein Strafverfahren betreffenden Elementen (wie Beweisen), kann grundsätzlich für Beschuldigte sowohl inkriminierend als auch entlastend (*ne bis in idem*, entlastende Beweise) wirken.

<sup>135</sup> So bestehen beispielsweise Unterschiede zwischen Waren im Binnenmarkt, justiziellen Entscheidungen, die aus einem abgeschlossenen Verfahren resultieren (Maßnahmen der „großen Rechtshilfe“) und einzelnen Elementen innerhalb eines Strafverfahrens (wie z. B. Beweisen), wenn sie zwischen strukturell möglicherweise sehr unterschiedlichen Strafverfahrensordnungen transferiert werden, vgl. zu der Problematik *Heger*, ZIS 2007, 547 (555); umfassend zur „Verkehrsfähigkeit von Beweisen“ und dem Prinzip der gegenseitigen Anerkennung auch *Gless*, ZStW 2003, 131 ff.: „Strafprozessuale Beweise sind nach ihrer Erhebung eben – anders als Wirtschaftswaren – keine fertigen Produkte“ (148); zu den Voraussetzungen, dass gegenseitige Anerkennung im Strafrecht sinnvoll eingesetzt werden kann *Gless*, ZStW 2004, 353; auch zwischen den Instrumenten, die die gegenseitige Anerkennung umsetzen, bestehen Unterschiede, vgl. zu einem Vergleich zwischen dem Europäischen Haftbefehl und der Europäischen Ermittlungsanordnung *Armada/Weyembergh*, in: Fletcher/Herlin-Karnell/Matera, The European Union as an Area of Freedom, Security and Justice, S. 111; vgl. insgesamt differenziert *Hüttemann*, Principles and Perspectives of European Criminal Procedure, Kapitel 3.

<sup>136</sup> Vgl. zu dem nur vermuteten Vertrauen insb. *Mitsilegas*, Yearbook of European Law 2012, 319; *Mitsilegas*, Common Market L. Rev. 2006, 1277; *Mitsilegas*, in: Balzacq/Carrera, Security Versus Freedom?; *Gaede*, in: Böse, Europäisches Strafrecht (EnzEuR XI), § 3, Rn. 50 ff. *Peers*, Common Market L. Rev. 2004, 5; für den europäischen Haftbefehl *Leaf/Alegre*, European Law Journal 2004, 200; fehlendes Vertrauen war auch in die umgekehrte Richtung zu beobachten, dass Staaten einander nicht vertrauen, Straftaten ausreichend zu verfolgen, was wegen des europaweit greifenden *ne bis in idem* ein Problem darstellen konnte, vgl. dazu EuGH, Urteil vom 11. Februar 2003, C-187/01 und C-385/01, Gözütok und Brügge; vgl. *Hüttemann*, Principles and Perspectives of European Criminal Procedure, S. 101 f.

Die zweite Gefahr bestand darin, dass die intergouvernementale Entscheidungsfindung die demokratische Legitimation des EU-Strafrechts gefährdete. Die beschriebene drohende Verschiebung der Verfahrensbalance bietet sich auch zur Veranschaulichung dieser Gefahr an. Lange Zeit waren die nationalen Parlamente der Rahmen, in dem die genauen Festlegungen zur Ausgestaltung eines Strafverfahrens einschließlich der Rechte der Beschuldigten definiert wurden. Die getroffenen Entscheidungen spiegelten ein bestimmtes, zeitlich und örtlich spezifisches Verständnis wider, wie sich Freiheits- und Sicherheitsinteressen zueinander verhalten sollten. Sie konnten grundsätzlich von sehr liberalen Vorstellungen, in denen den Angeklagten weitgehende Verteidigungsrechte zugesichert waren, bis hin zu repressiveren Modellen reichen, bei denen die Strafverfolgungsbehörden größere Handhabe hatten. Die auf der EU-Ebene getroffenen Festlegungen der zweiten Phase wirkten sich nun aber auch auf die nationalen Modelle aus. Der Sicherheitsfokus der EU-Kriminalpolitik trug dazu bei, ein Ungleichgewicht zugunsten der Strafverfolgung herzustellen.

Die Möglichkeiten auf europäischer Ebene demokratisch das Verhältnis von Freiheits- und Sicherheitsanliegen auszuhandeln und festzulegen, waren aufgrund des intergouvernementalen Entscheidungsmodus in der dritten Säule eingeschränkt.<sup>137</sup> Insbesondere das Europäische Parlament hatte eine nur geringe Rolle. Rechtsakte mit teils erheblichen Auswirkungen für davon betroffene Individuen, wie der Rahmenbeschluss zum Europäischen Haftbefehl, wurden mit nur wenig parlamentarischer Mitwirkung erlassen.<sup>138</sup> Die Möglichkeiten der nationalen Ebene kompensierend zu wirken, waren in vielen Fragestellungen nicht ersichtlich. Die Umsetzung von Rahmenbeschlüssen ließ für die Mitgliedsstaaten keinen weiten Spielraum zu, wenn die Effektivität des EU-Rechts nicht gefährdet werden sollte. Auch war ein Ausgleich für viele EU-Maßnahmen auf nationaler Ebene nicht möglich, da z. B. die verbesserte transnationale Kooperation der Strafverfolgungsbehörden oft auch ein Pendant in Verteidigungshinsicht auf EU-Ebene erfordert hätte. Die Nationalstaaten blieben somit vordergründig weiterhin das primäre Forum für die Strafrechtsgestaltung, wofür input-legitimatorisch betrachtet auch gute Gründe existieren, ihre tatsächlichen Handlungsspielräume waren aber begrenzt. Maßnahmen auf der EU-Ebene wirkten sich immer stärker auf die durch das Strafrecht zu garantierenden Interessen, insb. Freiheit und Sicherheit, und deren Verhältnis zueinander aus, ohne dass dafür entsprechende demokratische Legitimationsstrukturen bestanden.

Mit der Andeutung möglicher Spannungsfelder ist keine (abschließende) Bewertung der Entwicklungen in der zweiten Phase intendiert. Dass viele Maßnah-

---

<sup>137</sup> Vgl. dazu *Monar*, in: von Bogdandy/Bast, Europäisches Verfassungsrecht: Theoretische und dogmatische Grundzüge, S. 749 (767 f.); kritisch zu gubernativen Rechtssetzung in der EU *Lüderssen*, GA 2003, 71.

<sup>138</sup> Vgl. *Mitsilegas*, EU Criminal Law, S. 120; *Plachtal van Ballegooij*, in: Blekxtoon, Handbook on the European Arrest Warrant, S. 13 (32–36); *Douglas-Scott*, European Law Review 2004, 219 ff. (228).

men des entstehenden EU-Strafrechts einen sicherheitspolitischen Fokus hatten, mag aus der Perspektive eines liberalen Strafrechtsdenkens kritikwürdig sein. Zumindest grundsätzlich lässt sich dem jedoch entgegenhalten, dass die Stärkung europäischer Strafverfolgung bis zu einem gewissen Grad Ausdruck eines notwendigen Ausgleichs zur erweiterten Freiheit darstellte, sich EU-weit bewegen und arbeiten zu dürfen. Nicht zuletzt lässt sich Freiheit auch unterschiedlich definieren, wovon das Ergebnis der Beurteilung einzelner Maßnahmen oder größerer Zusammenhänge in der Integration entscheidend abhängt.<sup>139</sup> Fest steht aber, dass angesichts der Auswirkungen auf Individuen zumindest eine Reflexion zu diesen Fragen notwendig gewesen wäre.

#### *d) Zwischenergebnis*

Mit fortschreitender gesamtgesellschaftlicher Europäisierung veränderten sich die Bedingungen für die europäische Strafrechtsintegration. Infolge neuer Gefährdungslagen für Freiheit und Sicherheit fand eine zunehmende Verlagerung von Befugnissen im Strafrecht auf die EU-Ebene statt. In der Folge nahm das Unionsstrafrecht sowohl quantitativ als auch qualitativ zu. Die Einbindung in den festen Rahmen der EU verlieh der Strafrechtsentwicklung festere Konturen. Für konzeptionelle Ansätze war der beständigere Rahmen günstig. Mit der Bedeutungszunahme stieg aber auch die Notwendigkeit, sich übergreifend mit der Gestaltung des Rechts- und Politikbereichs zu befassen. Auch wenn erste Ansätze oder zumindest Anknüpfungspunkte für eine stärker konzeptionell ausgerichtete europäische Kriminalpolitik erkennbar wurden, zeichnete sich die Entwicklung des EU-Strafrechts primär durch Reaktivität, Selektivität und den Wunsch der Mitgliedsstaaten nach Wahrung ihrer Autonomie aus. Das barg die Gefahr, dass EU-Strafrecht für Individuen immer einschneidendere Konsequenzen haben konnte, übergeordnete Gedanken zur Legitimation dieser neuen Dimension aber fehlten. Konkret wuchs das Risiko einer einseitigen Fokussierung auf Sicherheit und einer damit einhergehenden Vernachlässigung des (grund-)rechtlichen Schutzes von Individuen.

### *3. Phase 3: Post-Lissabon*

Der Vertrag von Lissabon (2009)<sup>140</sup> leitete eine neue, dritte Phase in der Strafrechtsintegration ein, die bis heute andauert. Für die dritte Phase lässt sich konstatieren, dass sich die Tendenzen der zweiten Phase insgesamt fortsetzten. EU-Strafrecht wächst weiter in seinem Ausmaß und seinen Auswirkungen auf Indi-

<sup>139</sup> Vgl. für verschiedene mögliche Freiheitsverständnisse im *Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts Monar*, in: von Bogdandy/Bast, *Europäisches Verfassungsrecht: Theoretische und dogmatische Grundzüge*, S. 749 (758 f.).

<sup>140</sup> Der am 13. Dezember 2007 unterzeichnete Vertrag trat am 1. Dezember 2009 in Kraft; siehe Vertrag von Lissabon (Amtsblatt Nr. C 306 vom 17.12.2007 S. 1–229).

viduen (vgl. zu den zentralen Entwicklungen unter a)). Die Möglichkeiten aber auch die Notwendigkeiten über ein kriminalpolitisches Konzept nachzudenken, erhöhen sich daher (dazu b)). Obwohl punktuelle Verbesserungen im (grundrechtlichen) Individualrechtsschutz und der demokratischen Legitimation des EU-Strafrechts zu beobachten sind, ist ein übergreifendes kriminalpolitisches Konzept noch immer nicht vorhanden (dazu c)).

a) Überblick: Ausweitung und Verfestigung des EU-Strafrechts

Nachdem 2005 ein Abschluss des Verfassungsvertrages an den ablehnenden Referenden in Frankreich und den Niederlanden scheiterte, verabschiedeten die Staats- und Regierungschefs am 18. und 19. Oktober 2007 den Vertrag von Lissabon, der 2009 in Kraft trat.<sup>141</sup> Der Vertrag reagierte auf die gesellschaftlichen, politischen und wirtschaftlichen Herausforderungen in der Integration und schuf eine neue Grundlage zu deren Bewältigung. Angesichts der Zunahme grenzüberschreitender und globaler Fragestellungen wurde die EU-Ebene durch den Vertrag von Lissabon insgesamt im Verhältnis zu den Mitgliedsstaaten gestärkt. Auch im Strafrecht spiegelte sich diese Grundtendenz wider. Das genaue Ausmaß der Erweiterung steht aber auch heute noch nicht fest. Der Vertrag von Lissabon stellt einen Rahmen für eine dynamische Integration zur Verfügung. Ob und inwieweit der bestehende Rahmen an Kompetenzen genutzt bzw. erweitert werden, hängt von politischen Gegebenheiten ab und bleibt im Einzelnen abzu- sehen. Aus diesem Grund verzichtet der folgende Überblick darauf, einzelne Maßnahmen, Sekundärrechtsakte und Urteile *en détail* aufzuführen und fokussiert sich auf die Potenziale und größeren Linien des Vertrages.

Der Vertrag von Lissabon bringt teils grundlegende Neuerungen mit sich, behält aber auch vieles wie gehabt bei. Beide Seiten treten speziell in den strafrechtsrelevanten Bestimmungen deutlich hervor.<sup>142</sup> Der Vertrag von Lissabon vertieft und weitet die Möglichkeiten des EU-Strafrechts signifikant, regelt dabei aber nicht alles neu, sondern entwickelt bestehende Integrationslogiken weiter. Das führt dazu, dass einerseits eine „Normalisierung“ des Rechts- und Politikbereichs eintritt, andererseits aber bisher charakteristische Merkmale, wie insbesondere die intergouvernementale Prägung, nicht vollständig beibehalten werden.

---

<sup>141</sup> Generell zu den Neuerungen für das Strafrecht durch den Vertrag von Lissabon, vgl. Hecker, in: Ambos, Europäisches Strafrecht post-Lissabon, S. 13; Heger, ZIS 2009, 406, Rn. 161 ff. Sieber, in: Sieber/Satzger/von Heintschel-Heinegg, Europäisches Strafrecht, Einleitung, Rn. 161 ff.; Ambos, Internationales Strafrecht, § 9, Rn. 9 ff. Monar, Integration 2008, 379; umfassend Mitsilegas, EU Criminal Law after Lisbon.

<sup>142</sup> So auch Hecker, in: Ambos, Europäisches Strafrecht post-Lissabon, S. 13 (13–15); Heger spricht vom Schnittpunkt zweier Traditionslinien (der „Städte“-Achse einerseits und der Diskussion um eine Europäische Verfassung andererseits), siehe ZIS 2009, 406 (407).

## aa) Neuerungen

Die gravierendste Neuerung des Vertrags von Lissabon stellt die Auflösung der Säulenstruktur dar.<sup>143</sup> Strafrecht ist dadurch nicht mehr in einem eigenen Bereich separiert vom übrigen Unionsrecht angesiedelt. Die im Verhältnis zum sonstigen Unionsrecht *relative* „Normalisierung“ des Strafrechts stellt angesichts der bis dahin bestehenden Unterschiede im Integrationsverlauf (vgl. erste und zweite Phase) bereits für sich genommen einen signifikanten Schritt dar. Verstärkend kommt aber noch hinzu, dass der Vertrag von Lissabon auch allgemein wesentliche Neuerungen für die EU vorsieht. Durch die formale Angleichung wirken sich diese Neuerungen nun auch unmittelbar auf das Strafrecht aus, ohne dass dafür – wie zuvor – eine gesonderte Thematisierung der säulenübergreifenden Erstreckung erforderlich wäre.<sup>144</sup> Die Auflösung der dritten Säule und die damit verbundene Supranationalisierung des EU-Strafrechts hat somit neben der relativen Angleichung auch zur Folge, dass Strafrecht *absolut* vom Integrationsfortschritt des allgemeinen Unionsrechts profitiert.

In dieser Hinsicht von einem *Profitieren* zu sprechen, scheint vor dem Hintergrund gerechtfertigt, dass der Vertrag von Lissabon insgesamt eine Stärkung von Rechtsstaatlichkeit, Grundrechtsschutz und Demokratie auf Unionsebene mit sich bringt. Diese Faktoren sind gerade für das eingriffsintensive Strafrecht von hoher Bedeutung. Die Erweiterung des grundrechtlichen Schutzes findet prominent in der seit Lissabon rechtlich verbindlichen Charta der Grundrechte der Europäischen Union Ausdruck.<sup>145</sup> Sowohl die Justizgrundrechte der Art. 47 ff. GRCh als auch die übrigen Gewährleistungen sind seitdem rechtlich bindende Garantien.<sup>146</sup> Die Stärkung der demokratischen Strukturen auf der Ebene der EU zeigt sich besonders in dem institutionellen Machtzuwachs des Europäischen Parlaments.<sup>147</sup> Es wird neben dem Rat zum gleichrangigen Mitgesetzgeber in

<sup>143</sup> Interessant ist die Diskrepanz in der Entwicklung zwischen der früher zweiten Säule, der gemeinsamen Außen- und Sicherheitspolitik (GASP) und der dritten Säule (PJZS). Während beide als intergouvernementale Sonderbereiche begannen, hat sich die dritte Säule immer mehr dem sonstigen Unionsrecht angeblieben, wohingegen die GASP den Sonderstatus noch weitgehender bewahrt.

<sup>144</sup> So noch bei EuGH, Urteil vom 16. Juni 2005, C-105/03, Pupino, Rn. 42; vgl. dazu oben (insb. Fn. 90) mit weiteren Nachweisen.

<sup>145</sup> Vgl. Art. 6 Abs. 1 EUV; *Gaede*, in: Böse, Europäisches Strafrecht (EnzEuR XI), § 3, Rn. 23 ff. zur historischen Entwicklung *Nicolaysen*, in: Heselhaus/Nowak, Handbuch der Europäischen Grundrechte, § 1, Rn. 73 ff.

<sup>146</sup> Für einen Überblick zu den europäischen Grundrechten mit Bedeutung für das Strafrecht vgl. *Gaede*, in: Böse, Europäisches Strafrecht (EnzEuR XI), § 3, Rn. 61 ff. vgl. auch *Blanke*, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, Art. 47 GRCh.

<sup>147</sup> Auch die Rolle der nationalen Parlamente wurde durch den Vertrag von Lissabon allgemein und speziell für den RFSR gestärkt, vgl. u. a. Art. 12 lit. c. EUV und Art. 69 AEUV sowie das Protokoll Nr. 2 über die Anwendung der Grundsätze der Subsidiarität und der Verhältnismäßigkeit (Amtsblatt Nr. 115 vom 9.5.2008, S. 206–209); Art. 7 Abs. 2 sieht dort ein spezielles, reduziertes Quorum für den RFSR vor.

ordentlichen Gesetzgebungsverfahren nach Art. 294 AEUV. Dieses gilt grundsätzlich auch für den Bereich der strafrechtlichen und polizeilichen Zusammenarbeit.<sup>148</sup> Übergreifend profitiert Strafrecht post-Lissabon somit von den allgemein ausgebauten grundrechts- und demokratiefördernden Entwicklungen im EU-Recht.

Der Vertrag von Lissabon enthält auch einige Neuregelungen, die spezifisch das Strafrecht betreffen. Zunächst hat das Ziel der EU, ihren Bürger\*innen einen *Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts* (RFSR) zu bieten, rein formal eine Aufwertung durch eine neue Stellung im Primärrecht erfahren. Art. 3 EUV, der die Ziele der Union definiert, nennt den RFSR nun an zweiter Stelle (Abs. 2) und damit sogar vor dem Binnenmarkt (Abs. 3), wodurch die hohe Bedeutung des RFSR für die Union unterstrichen wird.<sup>149</sup> Art. 67 AEUV wiederholt und konkretisiert diese Zielvorgabe: „Die Union bildet einen *Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts*, in dem die Grundrechte und die verschiedenen Rechtsordnungen und -traditionen der Mitgliedstaaten geachtet werden.“<sup>150</sup> Ebenfalls zu den strafrechtsrelevanten Neuerungen gehört, dass der Vertrag von Lissabon die legislativen Kompetenzen sowohl im materiellen als auch im Strafprozessrecht weitet.<sup>151</sup> Teilweise eröffnet der Vertrag von Lissabon sogar die Möglichkeit, die legislativen Kompetenzen auch ohne eine vollständige Vertragsrevision dynamisch durch (einstimmige) Beschlüsse zu ergänzen.<sup>152</sup>

---

<sup>148</sup> Es bestehen allerdings Ausnahmen, in denen besondere Gesetzgebungsverfahren angeordnet sind. Beispiele für besondere Gesetzgebungsverfahren im Vertrag von Lissabon: Vorschriften, die sonstige spezifische Aspekte des Strafverfahrensrechts betreffen (Art. 82 Abs. 2 lit. d. AEUV), die Bestimmung anderer Bereiche schwerwiegender Kriminalität (Art. 83 Abs. 1 AEUV), die Einsetzung einer europäischen Staatsanwaltschaft und die Ausweitung ihrer Zuständigkeit (Art. 86 Abs. 1 und 4 AEUV), sowie im Rahmen der polizeilichen Zusammenarbeit (Art. 87 Abs. 3 AEUV) und Art. 89 AEUV. Generell hat die Kommission für den RFSR kein Initiativmonopol (Art. 76 AEUV), vgl. dazu *Monar*, in: von Bogdandy/Bast, Europäisches Verfassungsrecht: Theoretische und dogmatische Grundzüge, S. 749 (771 f.).

<sup>149</sup> Dazu *Heger*, ZIS 2009, 406 (408); vgl. auch *Monar*, in: von Bogdandy/Bast, Europäisches Verfassungsrecht: Theoretische und dogmatische Grundzüge, S. 749 (754); *Monar*, Integration 2008, 379 (380); *Pechstein*, in: Streinz, EUV/AEUV, Art. 3 EUV, Rn. 6.

<sup>150</sup> Vgl. dazu *Heger*, ZIS 2009, 406 (409 f.); vgl. auch *Suhr*, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, Art. 67 AEUV.

<sup>151</sup> Vgl. *Böse*, in: Böse, Europäisches Strafrecht (EnzEuR XI), §4; für das materielle Strafrecht Rn. 4–26, für das Verfahrensrecht Rn. 27–48; vgl. zu den Kompetenzen im materiellen Recht umfassend *Dorra*, Strafrechtliche Legislativkompetenzen der Europäischen Union; vgl. auch *Mitsilegas*, EU Criminal Law after Lisbon, S. 53–82; *VogellEisele*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union; Art. 83 AEUV; *Vogel*, in: Ambos, Europäisches Strafrecht post-Lissabon, S. 41; vgl. dazu auch *Satzger*, in: Streinz, EUV/AEUV, Art. 82 AEUV, Rn. 15 ff. und Art. 83 AEUV, Rn. 6 ff.

<sup>152</sup> So sieht Art. 83 Abs. 1 UAbs. 3 AEUV z. B. vor, dass die Kriminalitätsbereiche, in denen die EU Richtlinien erlassen kann (Abs. 2), abhängig von der tatsächlichen Kriminalitätsentwicklung erweitert werden können. Einen Vorschlag dafür hat die Kommission jüngst unterbreitet, vgl. Mitteilung der Kommission vom 9. Dezember 2021 zur Erweiterung der Liste der EU-Straftatbestände um Hetze und Hasskriminalität (COM(2021) 777 final).

Von den neuen legislativen Kompetenzen wurde in der Phase post-Lissabon schon reger Gebrauch gemacht.<sup>153</sup> Besonders hervorzuheben ist, dass nicht nur, wie in der Vergangenheit typisch, Maßnahmen zur besseren Bekämpfung von Kriminalität erlassen wurden. Post-Lissabon ist auch der Schutz der Rechte von Verdächtigen oder Beschuldigten in Strafverfahren auf die legislative Agenda gerückt. Ein 2009 vom Rat der EU angenommener „Fahrplan“ enthält eine Reihe von geplanten legislativen Maßnahmen, die für beschuldigte und angeklagte Personen bestimmte, unionsweit zu garantierende Mindestrechte vorsehen.<sup>154</sup> Die Rechtsakte (alle in Form von Richtlinien) betreffen häufig spezifische, strafverfahrensrechtliche Gefährdungslagen, die sich u. a. aus der zunehmenden Transnationalisierung der Strafverfolgung ergeben, und werden seitdem auch schrittweise umgesetzt.<sup>155</sup> Parallel zu der Etablierung von Mindeststandards zum Schutz von Beschuldigtenrechten zieht noch ein weiterer Aspekt verstärkte (legislative) Aufmerksamkeit in der EU auf sich. Die Union verfolgt die Strategie, auch die Rechte von Opfern von Straftaten europaweit zu stärken.<sup>156</sup>

---

<sup>153</sup> Vgl. z. B. für das materielle Strafrecht Richtlinie 2017/541/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 15. März 2017 zur Terrorismusbekämpfung und zur Ersetzung des Rahmenbeschlusses 2002/475/JI des Rates und zur Änderung des Beschlusses 2005/671/JI des Rates; Richtlinie 2017/1371/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 5. Juli 2017 über die strafrechtliche Bekämpfung von gegen die finanziellen Interessen der Union gerichtetem Betrug; für das Strafverfahrensrecht z. B. Richtlinie 2014/41/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 3. April 2014 über die Europäische Ermittlungsanordnung in Strafsachen, Verordnung 2018/1805/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 14. November 2018 über die gegenseitige Anerkennung von Sicherstellungs- und Einziehungsentscheidungen.

<sup>154</sup> Siehe zum „Fahrplan“ die Entschließung des Rates vom 30. November (Amtsblatt Nr. C 296 S. 1); dazu *Brodowski*, ZIS 2010, 376 (382).

<sup>155</sup> Siehe u. a. Richtlinie 2010/64/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Oktober 2010 über das Recht auf Dolmetsch- und Übersetzungsleistungen im Strafverfahren, Richtlinie 2012/13/EU des Europäischen Parlaments und des Rates über das Recht auf Belehrung und Unterrichtung in Strafverfahren, Richtlinie 2013/48/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 22. Oktober 2013 über das Recht auf Zugang zu einem Rechtsbeistand in Strafverfahren und in Verfahren zur Vollstreckung des Europäischen Haftbefehls sowie über das Recht auf Benachrichtigung eines Dritten bei Freiheitsentzug und das Recht auf Kommunikation mit Dritten und mit Konsularbehörden während des Freiheitsentzugs, vgl. insgesamt dazu *Esser*, in: *Sieber/Satzger/von Heintschel-Heinegg*, Europäisches Strafrecht, § 53, Rn. 95 ff. für eine detaillierte Analyse der einzelnen RL vgl. *Mitsilegas*, *EU Criminal Law after Lisbon*, S. 153–184; siehe auch *Hauck*, in: *Böse*, *Europäisches Strafrecht (EnzEuR XI)*, § 11, Rn. 42 ff.

<sup>156</sup> Vgl. für diese politische Priorität bereits das Stockholm-Programm des Europäischen Rates (Amtsblatt C 115 vom 4.5.2010, S. 1), 2.3.4 sowie die kurze Zeit später verabschiedete Richtlinie 2012/29/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. Oktober 2012 über Mindeststandards für die Rechte, die Unterstützung und den Schutz von Opfern von Straftaten sowie zur Ersetzung des Rahmenbeschlusses 2001/220/JI. Die EU-Opferschutzstrategie 2020–2025 unterstreicht, dass Opferschutz auch zukünftig ein zentrales Anliegen der EU ist; vgl. insgesamt zur Entwicklung des Opferschutzes in der EU *Mitsilegas*, *EU Criminal Law after Lisbon*, S. 185–211.

Eine weitere hervorzuhebende Neuentwicklung durch den Vertrag von Lissabon betrifft den Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung. Das bekannte Prinzip verankert der Vertrag von Lissabon nun explizit im Primärrecht. So heißt es in Art. 82 Abs. 1 AEUV: „Die justizielle Zusammenarbeit in Strafrechten in der Union beruht auf dem Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung [...]“.<sup>157</sup> Die Aufnahme in das Primärrecht wirkt angesichts der enormen Bedeutung, die der Grundsatz seit dem Ratsbeschluss von Tampere (1999) eingenommen hat, zunächst nur wie eine deklaratorische Anerkennung des faktisch ohnehin Bestehenden. Tatsächlich kann die Kodifizierung aber weitreichende Implikationen haben. Die Verankerung im positiven Primärrecht erhöht die Wahrscheinlichkeit, dass sich die gegenseitige Anerkennung als rechtlich eigenständiger Grundsatz etabliert und die eigentlich erforderliche Umsetzung des Grundsatzes in Sekundärrechtsakten (weiter) in den Hintergrund gerät.<sup>158</sup> Die sich bereits in der zweiten Phase abzeichnende generelle Bedeutung des Grundsatzes als zentrales Strukturprinzip der Strafrechtsintegration könnte so auch post-Lissabon weiter zunehmen.

Auf der institutionellen Ebene sticht die 2017 beschlossene Errichtung einer Europäischen Staatsanwaltschaft (EuStA) hervor.<sup>159</sup> Ideen und Pläne in diese Richtung existierten bereits lange zuvor.<sup>160</sup> Erst der Vertrag von Lissabon hat mit Art. 86 Abs. 1 AEUV aber eine primärrechtliche dafür Grundlage geschaffen. Da trotz langer politischer Verhandlungen keine gem. Art. 86 Abs. 1 AEUV erforderliche Einstimmigkeit im Rat erzielt werden konnte, wurde die EuStA als „Verstärkte Zusammenarbeit“ (vgl. Art. 86 Abs. 1 UA 3) verfolgt. 22 Mitgliedsstaaten sind nun an der EuStA beteiligt, die am 1. Juni 2021 ihre Arbeit aufgenommen hat.<sup>161</sup> Auch wenn ihr Mandat (zumindest noch) sektoral auf die Ver-

---

<sup>157</sup> Vgl. auch Art. 82 Abs. 2 und Art. 67 Abs. 3 AEUV.

<sup>158</sup> Die Diskussion um die Verwertbarkeit möglicherweise illegal im EU-Ausland erlangter Beweise („Encro-Chat“) zeigt, dass es sich nicht nur um einen abstrakten Gedanken handelt. So scheint das KG Berlin in einem Beschluss vom 30.08.2021 – 2 WS 93/21 – den Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung direkt anzuwenden; vgl. dazu kritisch *Hernandez Weiss*, *ZfIStw* 2022, 427 (434 ff.); siehe auch *Kloska*, Das Prinzip der gegenseitigen Anerkennung im Europäischen Strafrecht, S. 531, der zufolge der Grundsatz in unkonkretisierter Gestalt sich nicht für den juristischen Gebrauch eignet.

<sup>159</sup> Verordnung 2017/1939/EU des Rates vom 12. Oktober 2017 zur Durchführung einer Verstärkten Zusammenarbeit zur Errichtung der Europäischen Staatsanwaltschaft (EUStA-VO), vgl. dazu insgesamt *Zöller/Bock*, in: Böse, *Europäisches Strafrecht* (EnzEuR XI), § 22; *Geelhoed u. a.*, *Shifting Perspectives on the European Public Prosecutor’s Office*; *Mitsilegas/Giuffrida*, CEPS Policy Insight No. 2017/39 2017; vgl. bereits zu den Plänen *Erbežnik*, *EuCLR* 2015, 209.

<sup>160</sup> Politisch wurde die Schaffung einer europäischen Staatsanwaltschaft schon bei der Regierungskonferenz in Nizza (2000) diskutiert. Von wissenschaftlicher Seite vgl. bereits die Vorschläge im *Delmas-Marty*, *Corpus Juris* der strafrechtlichen Regelungen zum Schutz der finanziellen Interessen der Europäischen Union; siehe auch *Ligety*, *Toward a Prosecutor for the European Union*, Volume 1: A comparative Analysis; *Satzger*, *NStZ* 2013, 206.

<sup>161</sup> Verordnung 2017/1939/EU des Rates vom 12. Oktober 2017 zur Durchführung einer



folgung von Straftaten zum Nachteil der finanziellen Interessen der Union begrenzt ist und ihre praktische Bedeutung angesichts zunächst nur limitierter Ressourcen und begrenzten Personals noch nicht vollständig abzuschätzen ist, wird die Gründung der EuStA als „Meilenstein“<sup>162</sup> und „Quantensprung“<sup>163</sup> in der Entwicklung des EU-Strafrechts gesehen. Dass ihr Mandat auf weitere Deliktsbereiche mit transnationaler Dimension erweitert werden kann (vgl. Art. 86 Abs. 4 AEUV), deutet an, dass die Bedeutung der EuStA tendenziell steigen dürfte.<sup>164</sup> Auch darüber hinaus lässt sich für die post-Lissabon-Phase konstatieren, dass die Strafverfolgung in der EU immer weiter zu einem verschränkten System zwischen mitgliedstaatlicher Ebene und EU-Ebene wächst.<sup>165</sup>

Schließlich ist auch in institutioneller Hinsicht zu registrieren, dass die supranationalen Organe der EU im *Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts* an Einfluss gewinnen. Neben der bereits erwähnten Stärkung des Europäischen Parlaments erweitert der Vertrag von Lissabon die Kompetenzen der Europäischen Kommission und des EuGH. Seit Ablauf einer fünfjährigen Übergangsfrist ist ein beträchtlicher Teil der Einschränkungen aus der Zeit zuvor weggefallen.<sup>166</sup> So kann die Kommission seitdem neben ihrem Recht zu Gesetzgebungsvorschlägen beispielsweise auch Vertragsverletzungsverfahren gegen Mitglieds-

---

Verstärkten Zusammenarbeit zur Errichtung der Europäischen Staatsanwaltschaft (EuStA-VO); vgl. zu Aufbau, Struktur, Organisation, zu ihrer Zuständigkeit, Verfahren, Datenverarbeitung und Datenschutz sowie zu der Beziehung zu anderen Institutionen *Zöller/Bock*, in: Böse, Europäisches Strafrecht (EnzEuR XI), § 22, Rn. 12 ff.

<sup>162</sup> *Hecker*, Europäisches Strafrecht, Vorwort zur 6. Auflage, V; *Zöller/Bock*, in: Böse, Europäisches Strafrecht (EnzEuR XI), § 22, Rn. 51.

<sup>163</sup> *Heger*, Integration 2022, 188 (192).

<sup>164</sup> Diskutiert wird insbesondere eine Aufnahme von Terrorismusbekämpfung; vgl. dazu bereits *Jean-Claude Juncker* in seiner Rede zur Lage der Union vom 13. September 2017: „[...] Aus meiner Sicht spricht auch vieles dafür, die neu geschaffene Europäische Staatsanwaltschaft mit der Verfolgung von grenzüberschreitenden terroristischen Straftaten zu betrauen.“ Siehe auch darauf folgend eine Mitteilung der Kommission mit einer entsprechenden Empfehlung (COM[2018] 641 final). Vgl. zur Frage, ob die EuStA auch zur effektiven Verfolgung von Umweltkriminalität einen Mehrwert bieten kann *Di Francesco Maesa*, *New Journal of European Criminal Law* 2018, 191.

<sup>165</sup> Auch die rechtlichen Befugnisse anderer EU-Institutionen (Europol, Eurojust) wurden erweitert bzw. können erweitert werden (vgl. z. B. Art. 88 AEUV). Besondere Bedeutung gewinnt die Vernetzung zwischen den Institutionen und dabei gerade die Möglichkeiten des Datenaustauschs, vgl. zu diesem Aspekt *Esser*, in: Böse, Europäisches Strafrecht (EnzEuR XI), § 19, Rn. 97 ff. Der Aufbau neuer Datenbanken (z. B. EURODAC [Rn. 150 ff.]) und einer anvisierten Interoperabilität zwischen ihnen (vgl. Rn. 198 ff.) stehen paradigmatisch für den Bedeutungszuwachs. Neben der Erweiterung der rechtlichen Befugnisse ist es auch wahrscheinlich, dass die bisher bestehenden Strukturen (Eurojust, Europol oder dem EJM) in der Praxis intensiver genutzt werden. Durch den Aufbau persönlichen Beziehungen und vereinfachter Kommunikationswege können sich Arbeitsroutinen der transnationalen Zusammenarbeit herausbilden und mehr zur Normalität werden.

<sup>166</sup> Vgl. Protokoll Nr. 36 über die Übergangsbestimmungen (Amtsblatt Nr. 115 vom 9. Mai 2008, S. 322–326).

staaten, die ihren Verpflichtungen in RFSR-Angelegenheiten nicht nachkommen, einleiten (Art. 258 AEUV) und so ihre Kontrollfunktion wirksam(er) wahrnehmen. Der EuGH hat seit Ablauf der Übergangsfrist grundsätzlich eine Kompetenz für strafrechtliche Fragen, die ihm im Rahmen der dritten Säule lange verwehrt bzw. stark eingeschränkt war.<sup>167</sup> Die Zunahme an legislativen Rechtsakten trägt auch dazu bei, dass vermehrt Rechtsstreitigkeiten zur Auslegung und Gültigkeit des Unionsrechts auftreten. Sie eröffnen dem EuGH die Möglichkeit, Einfluss auf die (rechtliche) Gestaltung des EU-Strafrechts zu nehmen, wofür auch schon eine Reihe von Beispielen existiert.<sup>168</sup>

Zusammengenommen führen die Entwicklungen zu einer Verdichtung und Konsolidierung des EU-Strafrechts. Während in der Vergangenheit ein hoher Grad an Fragmentierung kennzeichnend war, gewinnt der Rechts- und Politikbereich insbesondere durch die Eingliederung in das allgemeine Unionsrecht klarere Konturen. Die Verdichtung, der Ausbau grundrechtlicher sowie demokratischer Strukturen sowie die Stärkung der unmittelbaren Verbindung zwischen der EU und ihren Bürger\*innen<sup>169</sup> führen dazu, dass nach dem Vertrag von Lissabon von einer einsetzenden *Konstitutionalisierung* des EU-Strafrechts gesprochen wird.<sup>170</sup>

---

<sup>167</sup> Vgl. *Herlin-Karnell*, The Constitutional Dimension of European Criminal Law, S. 227 f.; vgl. zur Lage davor *Denza*, The Intergovernmental Pillars of the European Union, S. 311 ff.

<sup>168</sup> Vgl. insb. die viel beachteten Entscheidungen EuGH (Große Kammer), Urteil vom 26. Februar 2013, C-617/10, Åkerberg Fransson; EuGH (Große Kammer), Urteil vom 26. Februar 2013, C-399/11, Melloni; zu den Urteilen vgl. aus der strafrechtlichen Rezeption u. a. *Eckstein*, ZIS 2013, 220; *Safferling*, NSTZ 2014, 545; aus grundrechtlicher Sicht vgl. u. a. *Streinz*, in: Festschrift für Manfred A. Dausen zum 70. Geburtstag, S. 429; *de Boer*, Common Market L. Rev. 2013, 1083 ff.; vgl. auch *Kingreen*, Europarecht 2013, 446; weitere wichtige Entscheidungen betreffen die sog. „Taricco-Saga“; vgl. EuGH, Urteil vom 8. September 2015, C-105/14, Taricco I; EuGH (Große Kammer), Urteil vom 5. Dezember 2011, C-42/17, Taricco II (M.A.S. und M.B.); vgl. zur „Taricco-Saga“ *Staffler*, European Criminal Law Review 2019, 59; *Billis*, New Journal of European Criminal Law 2016, 20; *Meyer*, JZ 2018, 304; *Gaede*, wistra 2016, 89; *Piccirilli*, European Constitutional Law Review 2018, 814; *Bonelli*, Maastricht Journal of European and Comparative Law 2018, 357.

<sup>169</sup> Ein Element davon ist die Unionsbürgerschaft, die den Bürger\*innen spezifische Rechte garantiert, siehe Art. 20 AEUV (dazu bereits Nachweise in Fn. 101). Monar zufolge sei mit dem Vertrag von Lissabon aber die Chance versäumt worden, die Gewährleistung des RFSR mit der Unionsbürgerschaft enger zu verknüpfen, vgl. *Monar*, in: von Bogdandy/Bast, Europäisches Verfassungsrecht: Theoretische und dogmatische Grundzüge, S. 749 (789).

<sup>170</sup> Insb. *Mitsilegas*, EU Criminal Law after Lisbon, S. 4–52; *Burchard*, Die Konstitutionalisierung der gegenseitigen Anerkennung; zur verfassungsrechtlichen Bedeutung des RFSR auch *Monar*, in: von Bogdandy/Bast, Europäisches Verfassungsrecht: Theoretische und dogmatische Grundzüge, S. 749 (750 ff.); auch *Schünemann/Roxin* zufolge enthält der Vertrag von Lissabon „de facto eine neue Verfassung der EU“, vgl. *Roxin/Schünemann*, Strafverfahrensrecht, § 3, Rn. 18; zu dem Gedanken einer Konstitutionalisierung durch Verdichtung *Möllers*, in: von Bogdandy/Bast, Europäisches Verfassungsrecht: Theoretische und dogmatische Grundzüge, S. 227 (265).

## bb) Kontinuitäten

Trotz der gewichtigen Neuerungen stellt der Vertrag von Lissabon keine grundsätzliche Abkehr von bisher charakteristischen Merkmalen der Strafrechtsintegration dar.<sup>171</sup> Insbesondere die intergouvernementale Prägung des Rechtsbereichs hat auch post-Lissabon weiter Bestand. Ein einheitliches EU-Straf- oder Strafverfahrensrecht ist weiterhin nicht gewollt. Stattdessen besteht das Ziel wie gehabt darin, die nationalen Strafrechtsordnungen weitgehend zu erhalten, sie aber in einem integrierten System europäischer Strafrechtspflege zu vernetzen. Das integrierte System setzt sich aus der Ebene der Mitgliedsstaaten und der der EU zusammen, die durch eine Kombination verschiedener Mechanismen miteinander verschränkt sind. Im Unterschied zu vielen anderen Politik- und Rechtsbereichen stehen dabei die *Kooperation* und *Koordination* besonders im Fokus. Sie sind aus Sicht der Mitgliedsstaaten attraktiv, da sie die Autonomie der nationalen Kriminalsysteme weitgehend wahren.<sup>172</sup> Zwar sieht der Vertrag von Lissabon auch Kompetenzen zur *Harmonisierung* und (in sehr begrenztem Ausmaß des Art. 325 Abs. 4 AEUV) sogar zur *Zentralisierung* vor;<sup>173</sup> der Einfluss der beiden letztgenannten Integrationsformen wird aber mehrfach eingeschränkt.

Die Harmonisierungskompetenzen sind meist auf „Mindestvorschriften“ und auf Richtlinien als Rechtsform beschränkt.<sup>174</sup> Für den *Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts* existieren darüber hinaus auch trotz der grundsätzlichen Anwendung des ordentlichen Gesetzgebungsverfahrens eine Reihe von Ausnahmen.<sup>175</sup> Die in den besonderen Verfahren vorgesehenen Einstimmigkeitserfordernisse garantieren den Mitgliedsstaaten, dass im Straf- und Strafverfahrensrecht keine Entscheidungen gegen ihren Willen erfolgen können. Die Mitgliedsstaaten haben zudem gem. Art. 76 lit. b AEUV das Recht, Gesetzesgebungsvorschläge einzubringen.<sup>176</sup> Dieses komplementäre Initiativrecht der Mitgliedsstaaten für die polizeiliche und justizielle Zusammenarbeit durchbricht das ansonsten bestehende Initiativmonopol der Kommission (Art. 17 Abs. 2 EUV) und relativiert somit die Supranationalisierung des Rechtsbereichs.

Als Sinnbild für das Überleben der intergouvernementalen Logik kann schließlich auch das sog. „Notbremse“-Verfahren gesehen werden.<sup>177</sup> Bedeutung

<sup>171</sup> Vgl. *Baker/Harding*, *European Law Review* 2009, 25 (26), die befürchten, dass die teils komplexen und schwer zu durchschauenden Methoden der dritten Säule auch nach dem Vertrag von Lissabon Einfluss behalten.

<sup>172</sup> Das zeigt sich besonders in der zentralen Stellung, die der Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung genießt (vgl. oben).

<sup>173</sup> Vgl. *Hecker*, in: Ambos, *Europäisches Strafrecht post-Lissabon*, S. 13 (18–27).

<sup>174</sup> Siehe Art. 82 Abs. 2, Art. 83 Abs. 1 und Abs. 2 AEUV. Eine Ausnahme bildet insofern Art. 82 Abs. 1 AEUV.

<sup>175</sup> Vgl. Fn. 148.

<sup>176</sup> Dieses Recht steht allerdings nicht mehr einem einzelnen Mitgliedsstaat zu, sondern erfordert ein Quorum von mindestens einem Viertel der Staaten, vgl. Art. 76 lit. b. AEUV.

<sup>177</sup> Siehe Art. 82 Abs. 3 UA 1 AEUV und Art. Art. 82 Abs. 3 UA 1 AEUV; vgl. dazu

kann es für Richtlinien erlangen, die Mindestvorschriften im Bereich des Strafverfahrensrechts nach Art. 82 Abs. 2 AEUV oder im Bereich des materiellen Strafrechts nach Art. 83 Abs. 1 oder Abs. 2 AEUV festlegen.<sup>178</sup> Mitglieder des Rates können beantragen, dass sich der Europäische Rat mit einem RL-Entwurf befasst, wenn sie denken, dass dieser Entwurf „grundlegende Aspekte [ihrer] Strafrechtsordnung[en] berühren würde [...]“. Der Antrag hat zur Folge, dass das ordentliche Gesetzgebungsverfahren ausgesetzt wird. Es wird wieder aufgenommen, wenn innerhalb von vier Monaten im Europäischen Rat Einvernehmen erzielt wird. Wenn kein Einvernehmen erzielt wird, hält Art. 82 Abs. 3 bzw. Art. 83 Abs. 3 AEUV die Möglichkeit bereit, die Richtlinien als „Verstärkte Zusammenarbeit“ von mindestens neun Mitgliedsstaaten weiterzuverfolgen.

Das „Notbremse“-Verfahren zeigt nicht nur, dass den Mitgliedsstaaten im Strafrecht ein spezieller Mechanismus zum Schutz ihrer Autonomie zur Verfügung steht. Die Involvierung des Europäischen Rates in ein Gesetzgebungsverfahren stellt eine weitere Besonderheit im Vergleich zum sonstigen Unionsrecht dar.<sup>179</sup> Der Europäische Rat, der grundsätzlich gem. Art. 15 Abs. 1 EUV zwar die „allgemeinen politischen Zielvorstellungen und Prioritäten“ festlegt, dabei aber explizit „nicht gesetzgeberisch tätig“ wird, kann sich dadurch in die legislative Gestaltung einbringen. Art. 68 AEUV weist dem Europäischen Rat darüber hinaus die Aufgabe zu, „die strategischen Leitlinien für die gesetzgeberische und operative Programmplanung“ festzulegen.<sup>180</sup> Wie bereits durch die Ratsbeschlüsse in der zweiten Phase wirkt der Europäische Rat dadurch bei der politischen Entwicklung des *Raums der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts* aktiv mit. Das „Notbremse“-Verfahren unterstreicht, dass nationale Interessen nach wie vor besondere Berücksichtigung finden.

---

Hecker, Europäisches Strafrecht, § 8, Rn. 34–36; Böse, in: Böse, Europäisches Strafrecht (EnzEuR XI), § 4, Rn. 22; Heger, ZIS 2009, 406 (414 f.); Suhr, in: Calliess/Ruffert, Art. 83 AEUV, Rn. 31 ff.; für eine rechtliche und politische Analyse des „Notbremse“-Verfahrens siehe Öberg, European Law Review 2021, 506.

<sup>178</sup> Nicht von dem Verfahren erfasst sind demnach Maßnahmen nach Art. 82 Abs. 1 AEUV. Bisher wurde von der „Notbremse“ noch nicht Gebrauch gemacht. Realpolitisch wird eine zukünftige Nutzung der Notbremse davon abhängen, ob die Kommission Vorschläge verfolgt, bei denen erheblicher Widerstand der Mitgliedsstaaten (oder zumindest eines Teils von ihnen) zu erwarten ist. Ein Vorschlag aus März 2022 zur Bekämpfung von Gewalt gegen Frauen und häuslicher Gewalt (COM[2022] 105 final) deutet das Spannungspotenzial in der Praxis an. Mit dem Entwurf verfolgt die Kommission u. a. das Ziel, der Istanbul-Konvention auch strafrechtlich Rechnung zu tragen. Insbesondere in Bulgarien dürfte der Vorschlag auf Widerstand stoßen, da das bulgarische Verfassungsgericht bereits 2018 die Ratifizierung der Konvention selbst mit der Begründung untersagt hatte, dass sie mit der vom bulgarischen Verfassungsrecht (vermeintlich) zwingend vorgegeben Vorstellung von Zweigeschlechtlichkeit nicht vereinbar wäre, vgl. dazu Heger, KriPoZ 2022, 273 (273 f.).

<sup>179</sup> Vgl. Monar, Integration 2008, 379 (384).

<sup>180</sup> Vgl. dazu Suhr, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, Art. 68 AEUV.

*cc) Zwischenergebnis*

Mit dem Vertrag von Lissabon hat eine neue, dritte Phase in der Integration begonnen, in der das EU-Strafrecht weiter beträchtlich an Ausmaß und Bedeutung gewonnen hat. Die zu beobachtende Verdichtung führt dazu, dass teilweise sogar von einer *Konstitutionalisierung* des EU-Strafrechts gesprochen wird. Auch mit Blick auf die Zukunft deutet viel darauf hin, dass die Strafrechtsintegration ihr Ende noch nicht erreicht hat. Um neuen Kriminalitätsentwicklungen effektiv zu begegnen, um die Erreichung von Politikzielen, die der EU übertragen werden, abzusichern und/oder um Werte, Institutionen und finanziellen Interessen der Union zu schützen, sind weitere Maßnahmen im Strafrecht zu erwarten.<sup>181</sup> Der Vertrag von Lissabon bietet hierfür zahlreiche Möglichkeiten, erfindet das EU-Strafrecht aber auch nicht grundlegend neu. Auch nach der Auflösung der Säulenstruktur sind charakteristische Merkmale der bisherigen Strafrechtsintegration weiter vorhanden. Insbesondere die intergouvernementale Prägung bleibt erhalten.

*b) Weiter verbesserte Möglichkeiten und steigende Notwendigkeit*

Für das integrierte System europäischen Strafrechts sind post-Lissabon sowohl die Möglichkeiten als auch die Notwendigkeit für konzeptionelle Ansätze im Vergleich zur zweiten Phase gewachsen. Ursächlich dafür ist der quantitative und qualitative (Bedeutungs-)Zuwachs des EU-Strafrechts. Ob auf der Ebene des Primärrechts, des Sekundärrechts oder in Form der gestärkten formalen und informalen Zusammenarbeit – Strafrecht ist zu einem intensiven Betätigungsfeld der EU geworden. Durch die Auflösung der Säulenstruktur und die damit verbundene Einbindung des Strafrechts in das Gesamtgefüge der EU sowie durch die institutionelle Stärkung der Rollen der Europäischen Kommission und des EuGH hat der Vertrag von Lissabon sowohl formell als auch materiell günstige Bedingungen für Gedanken zu einem kriminalpolitischen Konzept geschaffen.

Aufgrund der weiter gestiegenen (und noch immer steigenden) Auswirkungen des EU-Strafrechts auf Individuen hat sich auch die Notwendigkeit dafür noch einmal erhöht. Zum einen nimmt die Gefahr von Wertungswidersprüchen zu. So lässt sich post-Lissabon beobachten, dass die Bedeutung von Jurisdiktionskonflikten zwischen verschiedenen Mitgliedsstaaten gewachsen ist, für die trotz verschiedener Vorschläge bisher noch keine abschließende Lösung existiert.<sup>182</sup> Auch

---

<sup>181</sup> Insb. mit dem „European Green Deal“ (vgl. dazu die Mitteilung der Kommission vom 11.12.2019 (COM(2019) 540 final) ist eine Reihe von Herausforderungen verbunden, die auch für das Strafrecht relevant werden können. Neben der Frage, inwiefern gravierende Verstöße gegen Vorgaben zum Schutz des Klimas auch strafrechtlich sanktioniert werden müssen, erfordert auch das wachsende Budget der EU einen effektiven, notfalls strafrechtlichen Schutz.

<sup>182</sup> Vgl. zu Jurisdiktionskonflikten im EU-Strafrecht insgesamt *Böse u. a.*, *Conflicts of jurisdiction in criminal matters in the European Union*; *Bösel/Meyer*, *ZIS* 2011, 336; *Hecker*,

muss auf der EU-Ebene das Verhältnis sich teilweise überschneidender (und widersprechender) Vorschriften geklärt werden.<sup>183</sup> Schließlich bedarf es schlüssiger Lösungen für Konflikte, die zwischen der EU- und der mitgliedstaatlichen Ebene auftreten.<sup>184</sup> Zum anderen gewinnen auch die Frage der Legitimation der immer spürbaren transnationalen Einflüsse und die Suche nach normativer Orientierung an Bedeutung.

### c) Tatsächliche Integration

Positiv zeichnet sich zwar ein gewisses Bewusstsein für die Probleme ab, die aus der bisherigen Integrationsform entstanden sind. In Reaktion darauf sind auch einige Ansätze in Richtung einer stärker auf Ausgewogenheit achtenden Kriminalpolitik zu erkennen (dazu aa)). Trotzdem lässt sich auch nach dem Vertrag von Lissabon nicht davon sprechen, dass die Gestaltung des EU-Strafrechts nun einer klar erkennbaren Konzeption folgen würde.<sup>185</sup> Die aus der zweiten Phase bereits bekannten Gefahren sind daher noch immer nicht gebannt (dazu bb)).

#### aa) Steigendes Problembewusstsein und erste Ansätze

In der post-Lissabon-Phase wurden bzw. werden die Fehlentwicklungen aus der zweiten Phase stärker registriert. Von Seiten der EU-Institutionen wurde der Versuch unternommen, ihnen zu begegnen. So betonte das Europäische Parlament 2012 „die Notwendigkeit eines kohärenten und qualitativ hochwertigen EU-Ansatzes für das Strafrecht“ und bedauerte, dass die Entwicklung bisher so fragmentiert verlaufen ist.<sup>186</sup> Einige Entwicklungen auf der EU-Ebene sind positiv hervorzuheben: Im Primärrecht setzt insbesondere die nun rechtlich ver-

---

Europäisches Strafrecht, S. 470 ff.; Hecker, in: Sinn, Jurisdiktionskonflikte bei grenzüberschreitender Kriminalität, S. 85; Eisele, ZStW 2013, 1.

<sup>183</sup> So fordert beispielsweise Art. 54 SDÜ noch ein Vollstreckungselement, das in Art. 50 GRCh nicht vorgesehen ist; vgl. dazu EuGH (Große Kammer), Urteil vom 27. Mai 2014, C-129/14 PPU, Spasic, Rn. 52 ff. Vgl. zu dem Verhältnis von Art. 54 SDÜ und Art. 50 GRCh auch z. B. Hecker, in: Bockemühl, Festschrift für Bernd von Heintschel-Heinegg zum 70. Geburtstag, S. 175; Mitsilegas, New Journal of European Criminal Law 2015, 457.

<sup>184</sup> Eine unter den vielen klärungsbedürftigen Fragen ist, inwieweit nationale Schutzstandards im Strafverfahren Anwendung finden können, auch wenn sie die effektive Durchsetzung des Unionsrechts gefährden, vgl. dazu z. B. die EuGH-Entscheidungen in EuGH (Große Kammer), Urteil vom 26. Februar 2013, C-399/11, Melloni; oder EuGH (Große Kammer), Urteil vom 5. Dezember 2011, C-42/17, Taricco II (M.A.S. und M.B.), dazu jeweils mit weiteren Nachweisen Fn. 168.

<sup>185</sup> Vgl. dazu die Analyse von Corral-Maraver, EuCLR 2017, 123 (126 ff.), die anhand verschiedener legislativer Maßnahmen der EU im Bereich des Strafrechts in den letzten 20 Jahren verdeutlicht, dass anstelle eines Konzepts vielmehr Stimmungen, Trends und politische Kompromisse die Entwicklung prägen; vgl. auch Ouwerkerk, New Journal of European Criminal Law 2012, 228 (233 f.).

<sup>186</sup> Vgl. Ansatz der EU im Bereich Strafrecht, Entschließung des Europäischen Parlaments vom 22. Mai 2012 [2013/C 264 E/02], Nr. 11).

bindliche Grundrechtecharta, die Erweiterung der gerichtlichen Kontrolle durch den EuGH sowie die Stärkung der Parlamente auf europäischer und nationaler Ebene wichtige Schritte, um den identifizierten Gefahren für Demokratie und Grundrechte aus der zweiten Phase entgegenzuwirken. Auch auf der Ebene des Sekundärrechts zeigen die Richtlinien zum Schutz von Beschuldigtenrechten, dass die bisherige Sicherheitsfokussierung als Problem wahrgenommen wird und ausgleichende Maßnahmen ergriffen werden.

In konzeptioneller Hinsicht übte der Europäische Rat seine Rolle als Impulsgeber weiter aus. In Nachfolge des Programms von Tampere (1999) und des Haager Programms (2004) legte er im Stockholm-Programm (2010)<sup>187</sup> die strategischen Leitlinien für die Innen- und Sicherheitspolitik von 2010 bis 2014 fest. Das Programm sah unter anderem vor, die Grundrechte auszubauen,<sup>188</sup> wozu mit Blick auf das Strafrecht auch die Etablierung unionsweiter verfahrensrechtlicher Mindeststandards für verdächtige und beschuldigte Personen gehören sollten.<sup>189</sup> Weiter legte das Programm fest, die gegenseitige Anerkennung im Strafrecht konkret umzusetzen und identifizierte dabei insbesondere Handlungsbedarf bei Beweis- und Ermittlungsanordnungen.<sup>190</sup> Ein zentrales Anliegen des Programms war es, die Zusammenarbeit von Europol und Eurojust zu stärken, wobei insbesondere der Austausch von Daten einen Schwerpunkt bildete.<sup>191</sup> Die nächste strategische Agenda legte der Europäische Rat 2014 fest.<sup>192</sup> Der Beschluss aus Brüssel beschränkte sich weitgehend darauf, die bereits im Stockholm-Programm angelegten Ziele und Maßnahmen zu bekräftigen sowie die konsequente Umsetzung, wirksame Anwendung und Konsolidierung zu fordern.<sup>193</sup> Die bis dato letzte strategische Agenda des Europäischen Rates stammt aus 2019 und nennt u. a. die Stärkung von Rechtsstaatlichkeit in den mitgliedstaatlichen Justizsystemen, weiter aber auch eine verbesserte Kriminalitätsbekämpfung als Prioritäten.<sup>194</sup>

Neben dem Europäischen Rat bringt sich in der post-Lissabon-Phase die Europäische Kommission stärker in die konzeptionelle Gestaltung des EU-Strafrechts ein. In Form von Strategiepapieren, Aktionsplänen und Agenden entwickelt sie Konzepte sowohl für einzelne Bereiche (wie beispielsweise die Bekämpfung

<sup>187</sup> Stockholm-Programm – Ein offenes und sicheres Europa im Dienste und zum Schutz der Bürger (2010/C 115/01), Abl. C 115 v. 4. Mai 2010, 1 ff.; vgl. auch Aktionsplan der Kommission, Com(2010) 171 final.

<sup>188</sup> Stockholm-Programm, ABl. C 115 vom 4. Mai 2010, Punkt 2.

<sup>189</sup> Stockholm-Programm, ABl. C 115 vom 4. Mai 2010, Punkt 2.4.

<sup>190</sup> Stockholm-Programm, ABl. C 115 vom 4. Mai 2010, Punkt 3.1.1.

<sup>191</sup> Stockholm-Programm, ABl. C 115 vom 4. Mai 2010, Punkt 4.3.1.

<sup>192</sup> Schlussfolgerungen des Rates v. 26./26. Juni 2014 (Brüssel), EUCO 79/14.

<sup>193</sup> Schlussfolgerungen des Rates v. 26./27. Juni 2014 (Brüssel), EUCO 79/14, dazu Punkt 3. Zum Raum der *Sicherheit* mit effektiver Kriminalitätsbekämpfung siehe Punkt 10; zum gegenseitigen Vertrauen siehe Punkte 11, worin auch festgelegt wird, dass das Bemühen um die Etablierung von Mindeststandards in Strafverfahren fortgesetzt werden soll.

<sup>194</sup> Schlussfolgerungen des Rates vom 20. Juni 2019 (Brüssel), EUCO 9/19.

fung von Drogenkriminalität<sup>195</sup> oder den Handel mit Feuerwaffen<sup>196</sup>) als auch insgesamt (Strategie für eine „Sicherheitsunion“<sup>197</sup> oder „Auf dem Weg zu einer europäischen Strafrechtspolitik“<sup>198</sup>).<sup>199</sup> Schließlich lassen sich auch in der Rechtsprechung des EuGH Ansätze beobachten, die in Richtung einer rechtlichen Konzeptionalisierung deuten. Der bereits in der zweiten Phase verfolgte Weg, allgemeine Prinzipien des Unionsrechts auf die dritte Säule zu erstrecken, ist durch die Auflösung der Säulenstruktur wesentlich vereinfacht worden. Gerade im Bereich des Grundrechtsschutzes und der Frage, inwiefern national höhere Schutzstandards in Strafverfahren die effektive Durchsetzung von Unionsrechtsakten einschränken dürfen, sind bereits wichtige Entscheidungen des EuGH zu verzeichnen.<sup>200</sup>

### bb) Fortbestehen alter Logiken und Gefahren

Eine Ursache für das Fehlen einer kriminalpolitischen Konzeption ist, dass die Hindernisse, die eine konzeptionelle Ausrichtung schon in der zweiten Phase erschwert haben, noch immer existieren. Auch wenn der Vertrag von Lissabon eine Einbindung in das sonstige Unionsrecht und eine Stärkung der supranationalen Elemente mit sich gebracht hat, sind intergouvernementale Elemente nicht verschwunden. Man kann teilweise sogar davon sprechen, dass der Vertrag von Lissabon die fragmentierte Entwicklung des Rechts- und Politikbereichs sogar verstärkt hat.<sup>201</sup> Um Fortschritte in der Integration dieses sensiblen Bereichs zu ermöglichen, schien es erforderlich, Sonderregelungen zu treffen, um den Vorstellungen mancher Mitgliedsstaaten zu entsprechen.<sup>202</sup> Die vereinbarten *Opt-Ins*, *Opt-Outs*,<sup>203</sup> die unterschiedliche Gesetzgebungsverfahren oder der

---

<sup>195</sup> EU-Agenda zur Drogenbekämpfung und Aktionsplan für den Zeitraum 2021–2025 vom 24. Juli 2020 (Com[2020] 606 final)

<sup>196</sup> EU-Aktionsplan gegen den unerlaubten Handel mit Feuerwaffen (2020–2025) vom 24. Juli 2020 (Com[2020] 608 final)

<sup>197</sup> EU-Strategie für eine Sicherheitsunion vom 24. Juli 2020 (Com[2020] 605 final)

<sup>198</sup> Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen vom 20. September 2011 (Com[2011] 573 final).

<sup>199</sup> Vgl. dazu Hecker, *Europäisches Strafrecht*, § 4, Rn. 12.

<sup>200</sup> Vgl. insb. Fn. 168.

<sup>201</sup> Vgl. Monar, in: Dyson/Sepos, *Which Europe? The Politics of Differentiated Integration*, S. 279; Monar, *Integration* 2008, 379.

<sup>202</sup> Vgl. Monar, *Integration* 2008, 379 (398).

<sup>203</sup> Je nach Ausgestaltung können die Mitgliedsstaaten danach erklären, dass sie an einer Maßnahme (ausnahmsweise) nicht beteiligt sein wollen (opt-out) oder aber umgekehrt, dass sie (ausnahmsweise) teilnehmen wollen (opt-in). Nach dem Vertrag von Lissabon gelten für Irland und Dänemark weiterhin Sonderregeln für den *Raums der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts*; für einen Überblick über die verschiedenen opt-out und opt-ins in den Protokollen post-Lissabon siehe Monar, in: Dyson/Sepos, *Which Europe? The Politics of Differentiated Integration*, S. 279 (280 ff.); Hinarejos u. a., *CELS Working Paper*, 1; Ladenburg, *European Constitutional Law Review* 2008, 20.



„Notbremse“-Mechanismus bringen zum Ausdruck, dass den primärrechtlichen Vorschriften zum *Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts* keine gemeinsame Vision zugrunde liegt, sondern dass sie einen politischen Kompromiss zwischen auseinandergelassenen Vorstellungen zur zukünftigen Gestaltung des Raums darstellen.<sup>204</sup>

Für eine konzeptionell ausgerichtete Strafrechtspolitik in der EU stellt die Fragmentierung ein Hindernis dar. Die Sonderregeln erschweren es, einheitliche Grundsätze und Leitlinien für die Gestaltung des Rechts- und Politikbereichs zu formulieren. Verstärkend kommt aber hinzu, dass die Sonderregelungen zeigen, welchen gewichtigen Einfluss die Mitgliedsstaaten und ihr Wunsch, Autonomie zu wahren, noch immer auf die Entwicklung des EU-Strafrechts haben. Wie auch schon in der zweiten Phase tendiert die intergouvernementale Form der Integration dazu, sich in ihren Maßnahmen nicht an übergeordneten Kriterien zu orientieren, sondern reaktiv vorzugehen und politischen Opportunitäten zu folgen. Die daraus erwachsenen Gefahren einer unausgewogenen Kriminalpolitik, die Implikationen für freiheitsrechtliche sowie demokratische Gesichtspunkte nicht ausreichend reflektiert, sind daher auch post-Lissabon nicht gebannt.

Auch wenn ein gesteigertes Problembewusstsein zu erkennen ist und Maßnahmen getroffen wurden, um den Gefahren zu begegnen, kann noch nicht von einer Lösung gesprochen werden. Bei den strategischen Leitlinien des Europäischen Rates ist zweifelhaft, ob sie insgesamt zu einer ausgewogenen Kriminalpolitik führen. Zum einen wurden auch die Leitlinien dafür kritisiert, einseitig die Sicherheitsarchitektur der EU auszubauen.<sup>205</sup> Zum anderen haben die Bedeutung und Einfluss der Leitlinien für die tatsächliche Kriminalpolitik spätestens seit dem Stockholm-Programm abgenommen.<sup>206</sup> Auch die Pläne der Kommission

<sup>204</sup> Der hohe Differenzierungsgrad wird noch zusätzlich dadurch erhöht, dass der Vertrag von Lissabon Möglichkeiten für eine „Verstärkte Zusammenarbeit“ vorsieht. Ein Beispiel, bei dem die verstärkte Zusammenarbeit auch in der Praxis stattfand, ist die Gründung der Europäischen Staatsanwaltschaft (Art. 86 Abs. 1 AEUV). Weitere Beispiele betreffen Maßnahmen zur operativen Zusammenarbeit zwischen Polizeibehörden der Mitgliedsstaaten (Art. 87 Abs. 3 AEUV) oder Richtlinien aus Art. 82 Abs. 3 und Art. 83 Abs. 3 AEUV nach einer „Notbremse“.

<sup>205</sup> So für das Stockholm-Programm *Wicht*, *Blätter für deutsche und internationale Politik* 2010, 91; Insbesondere die Stärkung der Strafverfolgungsbehörden sowie der geplante Ausbau der Datenbanken und des Datenaustausch durch höhere Interoperabilität der Systeme stößt auf Skepsis, vgl. z. B. die bereits zuvor veröffentlichte Erklärung des Europäischen Bürgerrechtsnetzwerkes zum neuen Fünfjahresplan der EU zur Justiz- und Innenpolitik von April 2009 (abrufbar unter: <https://www.ecln.org/ECLN-statement-on-Stockholm-Programme-April-2009-ger.pdf>, zuletzt aufgerufen am 05.06.2023); siehe auch *Monroy*, Kritik am „Stockholm Programm“.

<sup>206</sup> So *Brodowski*, in: *Bäcker/Burchard, Strafverfassungsrecht*, S. 139 (156); so wurde schon das Stockholm-Programm dafür kritisiert, trotz seiner 82-seitigen Länge keine wirklich überzeugenden Ideen zu beinhalten, vgl. *Brady*, *Seven Sins of Stockholm*, weswegen auch kaum wichtige kriminalpolitische Impulse davon zu erwarten seien; so auch *Schünemann*, *Die Europäisierung der Strafrechtspflege als Demontage des demokratischen Rechtsstaats*, S. 303 ff.

können bestenfalls einen Beginn für konzeptionelle Gedanken zum EU-Strafrecht darstellen, da sie bisher primär auf dem Papier bestehen, nicht aber tatsächlich die Integration leiten.<sup>207</sup> Positive Entwicklungen wie die Richtlinien zum Schutz von Beschuldigtenrechten können zwar grundsätzlich dazu beitragen, einer einseitig sicherheitsfokussierten EU-Kriminalpolitik entgegenzuwirken;<sup>208</sup> ob aber punktuelle „Mindestrechte“ in der Lage sind, die strukturellen Verschiebungen zwischen Sicherheits- und Freiheitsinteressen in der Integration zu kompensieren, kann bezweifelt werden. Angesichts der weiter ausgebauten Möglichkeiten der institutionalisierten europäischen Strafverfolgung, nicht zuletzt durch die Gründung der Europäischen Staatsanwaltschaft, scheinen sich vielmehr neue Gefahren für Beschuldigtenrechte abzuzeichnen.<sup>209</sup> In jedem Fall können einzelne Maßnahmen zum Schutz von Beschuldigtenrechten nur ein Ausdruck einer mehr auf Balance ausgerichteten Kriminalpolitik sein. Sie ersetzen aber nicht die Notwendigkeit, sich auf einer konzeptionellen Ebene Gedanken zur Gestaltung der EU-Strafrechtsintegration zu machen.

Ein ähnlicher Schluss ergibt sich mit Blick auf die Einhaltung demokratischer Anforderungen im Prozess der europäischen Integration des Straf- und Strafverfahrensrechts. Zwar stellt die Stärkung des europäischen Parlaments und der nationalen Parlamente einen positiven Schritt dar. Nach wie vor ist es aber erforderlich, konzeptionell zu überlegen, wie und wo demokratische Präferenzen im zunehmend integrierten europäischen Strafrechtssystem am besten berücksichtigt werden können und wie sich input- und output-legitimatorische Faktoren zueinander verhalten. Festzuhalten bleibt somit auch für die noch andauernde Phase nach dem Vertrag von Lissabon, dass eine kriminalpolitische Konzeption für das entstehende EU-Strafrecht fehlt.<sup>210</sup>

---

<sup>207</sup> So *Vogell/Schneider*, in: Europäisches Strafrecht (EnzEuR XI), § 7, Rn. 30; *Corral-Maraver*, EuCLR 2017, 123 (126 ff.).

<sup>208</sup> Vgl. besonders *Mitsilegas*, in: Fletcher/Herlin-Karnell, The European Union as an Area of Freedom, Security and Justice, S. 201.

<sup>209</sup> Vgl. zur Analyse der EuStA aus rechtsstaatlicher und grundrechtlicher Perspektive *Mitsilegas*, Maastricht Journal of European and Comparative Law 2021, 245.

<sup>210</sup> Ein gemischtes Fazit zieht insofern eine Dekade nach Inkrafttreten des Vertrages von Lissabon auch *Mitsilegas*, EU Criminal Law after Lisbon. Einerseits würde gewisse Charakteristika der vor-Lissabon-Zeit, wie eine unkritische „Versicherheitsrechtlichung“ (*securitisation*), die aus der weitgehenden Akzeptanz mitgliedstaatlicher Sicherheitswünsche einerseits und einem „blinden“ gegenseitigen Vertrauen als Grundlage der Zusammenarbeit entstünden, auch post-Lissabon fortgeführt (S. 263 ff.). Andererseits enthält der Vertrag aber ein großes Potenzial. Unter der Überschrift „*The Promise of Rights*“ deutet *Mitsilegas* an, dass der Vertrag von Lissabon zu einer Transformation von EU-Strafrecht führen könnte, in dessen Zentrum nicht mehr Staaten und Sicherheit, sondern Individuen und Grundrechte stehen. Ein wesentlicher Faktor dafür sei, dass der Vertrag von Lissabon der EU die Möglichkeit einräumt, für einen verbesserten Grundrechtsschutz Legislativakte zu erlassen. Die Richtlinien zum Schutz von Beschuldigtenrechten seien dafür ein erster Fingerzeig (S. 270 f.).

*d) Zwischenergebnis*

Der Vertrag von Lissabon markiert für die Integration des Straf- und Strafverfahrensrechts eine Zäsur. Er verdeutlicht, dass Strafrecht längst kein Bereich mehr ist, der von der europäischen Integration ausgenommen oder nur peripher tangiert ist. Im Gegenteil avanciert Strafrecht immer weiter zu einem wichtigen Politikfeld der EU. Dies spiegelt sich quantitativ, aber auch in den strukturellen Veränderungen wider, die der Vertrag von Lissabon einführt. Durch die formale Überführung der strafrechtlichen Regelungen in den AEUV verläuft die Strafrechtsintegration nicht mehr separiert von anderen Unionspolitiken in einer eigenen „Säule“. Vielmehr bewirkt die Integration in das „normale“ Unionsrecht eine weitgehende Angleichung an andere Politikfelder. Diese an sich günstigen Entwicklungen für konzeptionelle Überlegungen wurden allerdings auch post-Lissabon nicht (bzw. wenn nur sehr eingeschränkt) genutzt.

### III. Zwischenergebnis

Die Integration des Straf- und Strafverfahrensrecht folgt bisher keiner politischen Konzeption. Historisch betrachtet lässt sich das dadurch erklären, dass eine Europäisierung dieses aus Sicht der Mitgliedsstaaten sensiblen Bereichs lange Zeit nicht gewollt war. Statt sich aktiv Gedanken über Ziele und Leitlinien für die Gestaltung eines europäischen Strafrechts zu machen, erfolgten Europäisierungsschritte nur selektiv, wenn kriminalpolitische Ereignisse es erforderten. An dieser Dynamik änderte sich auch grundsätzlich nichts, als sich gegen Ende der 1980er-Jahren immer stärker abzeichnete, dass das Strafrecht nicht von der Integration ausgenommen bleiben konnte. Auch wenn ab dem Vertrag von Maastricht die Integration des Strafrechts unter dem gemeinsamen Dach der neu gegründeten EU stattfand, war die Entwicklung weiterhin vom mitgliedsstaatlichen Wunsch dominiert, die nationalen Strafrechtsordnungen möglichst weitgehend zu belassen. Maßnahmen wurden weiterhin nur ergriffen, wenn externer Integrationsdruck eine Einigung der Mitgliedsstaaten möglich machte.

Im Gegensatz zur ersten Phase stellte das Fehlen konzeptioneller Überlegungen zunehmend ein Problem dar. Zum einen drohten angesichts der Vielzahl von Einzelentwicklungen Wertungskonflikte zuzunehmen, für deren schlüssige Lösung ein übergeordneter Rahmen hilfreich gewesen wäre. Zum anderen stellte sich die Frage, wie sich das zunehmend stärker auf Individuen auswirkende EU-Strafrecht gegenüber den Bürger\*innen legitimieren ließ. Sowohl aus grundrechtlicher Perspektive als auch im Hinblick auf demokratische Legitimation zeichneten sich Gefahren ab. Ein kriminalpolitisches Konzept hätte helfen können, den Fokus auf die für die Legitimität wichtigen Faktoren zu lenken, Fehlentwicklungen frühzeitig zu identifizieren und ihnen entgegenzuwirken sowie übergreifend für Orientierung der Einzelmaßnahmen zu sorgen. In der tatsächlichen Integration war aber weiterhin eine Diskrepanz zwischen dem Ausbau des

EU-Strafrechts und dem Fehlen übergreifender Überlegungen festzustellen. Auch nach dem Vertrag von Lissabon entwickelt sich EU-Strafrecht schnell und dynamisch weiter, wie nicht zuletzt die Gründung einer eigenen Europäischen Staatsanwaltschaft unterstreicht. Dass dieser Prozess nun aber einer kriminalpolitischen Konzeption folgen würde, ist weiterhin nicht erkennbar.



## C. Bisherige Ansätze der Strafrechtswissenschaft und Diskussion

Die wissenschaftliche Auseinandersetzung mit dem europäischen Strafrecht weist viele Parallelen zur beschriebenen politischen Entwicklung auf. Für die Strafrechtswissenschaft spielte Europa lange Zeit eine nur untergeordnete Rolle.<sup>1</sup> Erst als sich politisch Mitte der 1990er-Jahre abzeichnete, dass mit der „Zusammenarbeit im Bereich Justiz und Inneres“ ein eigener Politikbereich der EG Form annahm, der sich von völkerrechtlichen Formen der Rechtshilfe unterschied, begann die Strafrechtswissenschaft sich der Europäisierung des Strafrechts als einem eigenständigen Phänomen intensiver zuzuwenden.<sup>2</sup> Gerade zu Beginn standen dabei zumeist Fragestellungen zu einzelnen Maßnahmen oder bestimmten, besonders von der Integration betroffenen Bereichen des Strafrechts sowie deren Auswirkungen auf die nationalen Strafrechtsordnungen im Fokus.<sup>3</sup> Par-

---

<sup>1</sup> Vgl. allerdings als frühe Ausnahme *Sieber*, ZStW 1991, 957 ff., der die Perspektiven und Modelle für Strafrecht im föderalen System Europas bereits 1991 thematisierte; auch der Vorschlag eines Modellstrafgesetzbuchs wurde früh von Sieber in die Diskussion eingebracht, vgl. dazu *Sieber*, JZ 1997, 369.

<sup>2</sup> Für die deutsche Diskussion grundlegend *Satzger*, Die Europäisierung des Strafrechts.

<sup>3</sup> Insbesondere der Schutz der finanziellen Interessen der EU wurde wissenschaftlich früh thematisiert. Besonders hervorzuheben, da es auch in Ansätzen eine grundsätzliche Vorstellung für ein EU-Strafrecht erkennen ließ, ist das Corpus-Iuris-Projekt. Eine von der europäischen Kommission beauftragte internationale Expert\*innengruppe entwickelte darin zwischen 1995 und 1996 Leitprinzipien für den strafrechtlichen Schutz der finanziellen Interessen der EU. Das Corpus Iuris umfasst acht Tatbestände (Art. 1–8), einen allgemeinen Teil (Art. 9–17) und Verfahrensvorschriften, in denen insbesondere eine Europäische Staatsanwaltschaft vorgeschlagen wird (Art. 18–34) vor. Eine erste Fassung wurde bereits 1997 in französischer und englischer Sprache veröffentlicht. Seit 1998 liegt auch eine deutsche Übersetzung vor, siehe *Delmas-Marty*, Corpus Juris der strafrechtlichen Regelungen zum Schutz der finanziellen Interessen der Europäischen Union; kritisch *Hassemer*, KritV 1999, 133; *Braum*, JZ 2000, 493; vgl. auch *Huber*, Das Corpus Juris als Grundlage eines Europäischen Strafrechts; *Moccia*, in: Bartone, Diritto penale europeo, S. 34; eine zweite Fassung aus 2000 (Florenz-Fassung, darauf bezogen auch die Artikelangaben) bezieht die Ergebnisse einer Machbarkeitsstudie in den Mitgliedsstaaten ein, siehe dazu *Delmas-Marty/Vervaele*, The Implementation of the Corpus Juris in the Member States: Penal Provisions for the Protection of European Finances. Auch die Auswirkungen der Europäisierung auf bestimmte Bereiche des nationalen Strafrechts wurden untersucht; vgl. zum strafrechtlichen Schutz von Verbrauchern vor irreführender Produktwerbung *Hecker*, Strafbare Produktwerbung im Lichte des Gemeinschaftsrechts.

allel zum stetigen Ausbau des EU-Strafrechts auf der politischen Ebene nahm in der Folge auch die Anzahl wissenschaftlicher Publikationen zu, die sich mit einzelnen Aspekten des sich entwickelnden EU-Strafrechts befassten.<sup>4</sup>

Mittlerweile hat sich das europäische Strafrecht als ein eigenständiges Forschungsfeld etabliert.<sup>5</sup> Die wissenschaftliche Begleitung einzelner Maßnahmen hat darin noch immer großes Gewicht, was angesichts des quantitativ zu beobachtenden Ausmaßes des EU-Strafrechts auch notwendig ist. Diese Untersuchungen versprechen auch einen Erkenntnisgewinn, der über die spezifisch in den Blick genommenen Maßnahmen oder Phänomene hinausgehen kann.<sup>6</sup> Auffällig ist aber, dass auch auf Seiten der Strafrechtswissenschaft eine gewisse Diskrepanz zwischen dem Ausmaß und der Bedeutung des Rechtsbereichs einerseits und dem weitgehenden Fehlen von übergreifenden Überlegungen zu Zielen, Grundlagen und gar einer Konzeption für das europäische Strafrecht andererseits besteht. In den letzten Jahren wird dieses Fehlen zwar als Manko bzw. als eine zentrale Aufgabe für die Strafrechtswissenschaft gesehen;<sup>7</sup> eine Diskussion mit konstruktiven Vorschlägen steht aber insgesamt noch am Anfang.

---

<sup>4</sup> Vgl. für die deutsche Diskussion (als Auswahl) *Schröder*, Europäische Richtlinien und deutsches Strafrecht; *Tiedemann*, Wirtschaftsstrafrecht in der Europäischen Union; *Gless*, Beweisrechtsgrundsätze einer grenzüberschreitenden Strafverfolgung; *Heger*, Die Europäisierung des deutschen Umweltstrafrechts.

<sup>5</sup> Vgl. die oft bereits in mehreren Auflagen erschienen Monografien zum europäischen Strafrecht (teilweise in Verbindung mit internationalem Strafrecht und wieder nur als Auswahl) von *Hecker*, Europäisches Strafrecht; *Klip*, European Criminal Law; *Mitsilegas*, EU Criminal Law; *Mitsilegas*, EU Criminal Law after Lisbon; *Satzger*, Internationales und Europäisches Strafrecht; *Ambos*, Internationales Strafrecht; *Miettinen*, Criminal Law and Policy in the European Union; *Jähnke/Schramm*, Europäisches Strafrecht; *Peers*, EU Justice and Home Affairs Law; *Esser*, Europäisches und Internationales Strafrecht; *Safferling*, Internationales Strafrecht.

<sup>6</sup> So verdeutlicht z. B. *Hecker* bereits in der Einleitung seiner Untersuchung, dass die strafbare Produktwerbung nur ein Beispiel für das größere und an Relevanz gewinnende Phänomen der „Europäisierung des Strafrechts“ darstelle. Er plädiert daher dafür, die Erkenntnisse seiner und anderer „Spezialuntersuchungen“ zu in einem „interdisziplinär angelegten Werk, z. B. einem ‚Handbuch des Europäischen‘ Strafrechts, zusammenzuführen“, siehe *Hecker*, Strafbare Produktwerbung im Lichte des Gemeinschaftsrechts, S. 1–2 (Fn. 10); auch dem Corpus-Iuris-Projekt wird attestiert, dass seine Bedeutung über den spezifischen Sektor der Finanzinteressen hinausgehen könnte, vgl. andeutungsweise *Rosenau*, ZIS 2008, 9 ff.

<sup>7</sup> Vgl. u. a. *Böse*, in: *Böse*, Europäisches Strafrecht (EnzEuR XI), § 28, Rn. 10, der die Entwicklung einer „Konzeption für eine Europäische Kriminalpolitik“ als „eine der wesentlichen Herausforderungen“ sieht. vgl. auch *Satzger*, Internationales und Europäisches Strafrecht, S. 138, 150; *Nuotio*, in: *Hörnle/Dubber*, The Oxford Handbook of Criminal Law, S. 1115 (1133 ff.); *Klip*, European Criminal Law, S. 26, 211 ff.; *Miettinen*, Criminal Law and Policy in the European Union, S. 236; *Vervaele*, in: *Ulväng/Cameron*, Essays on Criminalisation & Sanctions; für das Strafprozessrecht *Hüttemann*, Principles and Perspectives of European Criminal Procedure, S. 3; *Hauck*, in: *Böse*, Europäisches Strafrecht (EnzEuR XI), § 11, Rn. 165; *Vogell/Schneider*, in: Europäisches Strafrecht (EnzEuR XI), § 7, Rn. 30.

Der folgende Abschnitt zielt darauf ab, einen Überblick über die bisherigen wissenschaftlichen Ansätze zu geben. Es lassen sich drei Richtungen ausmachen, wie die Strafrechtswissenschaft auf die von ihr konstatierten Fehlentwicklungen in der EU-Kriminalpolitik, insbesondere deren einseitigen Sicherheitsfokus und deren Exekutivlastigkeit, reagierte. Die Richtungen unterscheiden sich dahingehend, auf welcher Ebene sie nach Lösungen suchen. Die erste Richtung konzentriert sich auf das nationale Strafrecht und möchte es möglichst weitgehend erhalten (dazu I.). Die zweite Richtung sucht auf europäischer Ebene nach einer Lösung und legt den Schwerpunkt auf die EMRK (dazu II.). Die dritte Richtung fokussiert sich auf die EU selbst (dazu III.).

Die schematische Aufteilung in „Richtungen“ dient der besseren Darstellbarkeit von Lösungswegen, die die wissenschaftliche Diskussion bisher geprägt haben. Sie suggeriert allerdings mehr Kohärenz als faktisch vorliegt. Die drei Richtungen sind keine monolithischen Blöcke und schließen sich auch nicht notwendigerweise gegenseitig aus.<sup>8</sup> Auch wenn nicht auf alle Schattierungen eingegangen werden kann, werden bei der Darstellung der Richtungen ausgewählte Ansätze aus der Forschung besonders hervorgehoben. Die Nennung einzelner Autor\*innen in einer Gruppe ist aber nicht mit einer abschließenden Zuordnung verbunden. Ziel der Darstellung ist es lediglich, die Richtungen überblicksartig darzustellen und zu begründen, warum weder der möglichst weitgehende Erhalt des nationalen Strafrechts noch eine Lösung allein über die EMRK einen aussichtsreichen Weg darstellen, sondern EU-spezifische Ansätze erforderlich sind.

## I. Richtung 1: Fokus auf nationales Strafrecht und Integrationsgrenzen

Eine erste Richtung von Ansätzen in der Strafrechtswissenschaft fokussiert sich darauf, den nationalen Rahmen für die Strafrechtsgestaltung möglichst weitgehend zu erhalten. Eine (zu) starke Verlagerung von Strafrecht auf die EU-Ebene wird entweder aufgrund konkreter Fehlentwicklungen in der EU-Kriminalpolitik oder aus prinzipiellen Gründen kritisch gesehen. Statt eine positive Vision für das EU-Strafrecht zu formulieren, liegt der Fokus darauf, der europäischen Integration negativ (enge) Grenzen zu setzen und den nationalen Rahmen zu erhalten.

---

<sup>8</sup> So kann man beispielsweise grundsätzlich einen weitgehenden Erhalt nationalen Strafrechts befürworten, dennoch aber gewisse Schritte in der Integration zur Bekämpfung transnationaler Kriminalität für erforderlich halten und insoweit in der EMRK einen wichtigen (subsidiären) Schutzmechanismus für den Schutz von Beschuldigtenrechten sehen.



### 1. Übergreifende Darstellung der Richtung

In Reaktion auf den Ausbau des Strafrechts durch den Vertrag von Amsterdam (1999), das Tampere-Programm (1999) sowie den Verfassungsentwurf gewannen in der deutschen strafrechtswissenschaftlichen Diskussion gerade zu Beginn des neuen Jahrtausends Stimmen an Einfluss, die sich gegen die Integration – entweder prinzipiell oder in ihrer konkreten Form – wendeten.<sup>9</sup> Der Tenor einer ganzen Reihe von Publikationen war, dass die europäische Integration die Errungenschaften eines modernen, liberalen, rechtsstaatlichen und demokratischen Strafrechts in den Nationalstaaten bedrohe.<sup>10</sup> Insbesondere die Exekutivlast europäischer Rechtserzeugung, die „Verpolizeilichung des Strafverfahrens“<sup>11</sup> sowie generell die einseitige Fokussierung auf Sicherheit und Effizienz wurden kritisiert.<sup>12</sup> Teilweise wurde diese Kritik an der europäischen Integration äußerst heftig vorgebracht. So konstatierte beispielsweise *Peter-Alexis Albrecht*, dass die Entwicklung hin zu einem europäischen Strafrecht „fern der Bürgerrechte“, „fern der demokratischen Legitimation“ und „fern jeder rechtlichen Vernunft“ verlaufe und insofern einen „Albtraum“ darstelle.<sup>13</sup> Auch *Bernd Schünemann* kam zu dem Schluss, dass es bei der bisherigen Europäisierung im Bereich des Strafrechts nicht nur um eine „Kernschmelze der Demokratie, sondern auch des Rechtsstaats“ gehe.<sup>14</sup>

Trotz des insgesamt kritischen Grundtons waren auch konstruktive Gegenvorschläge zu verzeichnen. In dieser Hinsicht sind zwei von *Bernd Schünemann* herausgegebene Publikationen hervorzuheben, nämlich zum einen der *Altern-*

<sup>9</sup> So z. B. zum Verfassungsentwurf *Weigend*, ZStW 2004, 275.

<sup>10</sup> Vgl. insbesondere *Albrecht*, Die vergessene Freiheit: Strafrechtsprinzipien in der europäischen Sicherheitsdebatte; *Albrecht*, ZRP 2004, 1; *Albrecht u. a.*, KritV 2001, 279; *Braum*, Europäische Strafgesetzlichkeit; *Braum*, StV 2003, 576; *Lüderssen*, GA 2003, 71; *Kaiafa-Gbandi*, KritV 2004, 3.

<sup>11</sup> vgl. *Nestler*, ZStW 2004, 332 (334 ff.).

<sup>12</sup> Vgl. dazu u. a. *Braum*, Europäische Strafgesetzlichkeit; zu gubernativer Rechtssetzung *Lüderssen*, GA 2003, 71; zu der Sicherheitsfokussierung und grundrechtlichen Problemen *Kaiafa-Gbandi*, KritV 2004, 3; insgesamt mit vielen kritischen Beiträgen zur konkreten Form der Integration *Schünemann*, GA 2004, 193; *Schünemann*, StV 2003, 116; *Schünemann*, StV Forum 2003, 344; *Schünemann*, StV 2006, 361; *Schünemann/Roger*, ZIS 2010, 515; *Schünemann*, StV 2016, 178; insgesamt *Schünemann*, Die Europäisierung der Strafrechtspflege als Demontage des demokratischen Rechtsstaats.

<sup>13</sup> *Albrecht*, ZRP 2004, 1 (4); vgl. auch *Albrecht*, Die vergessene Freiheit: Strafrechtsprinzipien in der europäischen Sicherheitsdebatte.

<sup>14</sup> *Schünemann*, Die Europäisierung der Strafrechtspflege als Demontage des demokratischen Rechtsstaats, S. 6.

tiv-Entwurf europäische Strafverfolgung<sup>15</sup> und zum anderen das *Gesamtkonzept für die europäische Strafrechtspflege (A Programme for European Criminal Justice)*.<sup>16</sup> Der Anspruch der international zusammengesetzten Arbeitsgruppe des Alternativentwurfs – mit insgesamt allerdings stark deutscher Prägung – bestand darin, etwas an der bisher (zu) passiven Rolle der europäischen wie deutschen Strafrechtswissenschaft bei der kritischen Begleitung der rasant voranschreitenden Europäisierung zu ändern.<sup>17</sup> Mit der Forderung beispielsweise nach einem materiellen Amtsträgerstrafrecht der EU zur Kontrolle europäischer Herrschaftsausübung,<sup>18</sup> nach einem „Eurodefensor“ als Ausgleich zur institutionalisierten Strafverfolgung<sup>19</sup> oder generell nach der strikteren Beachtung des Ultimatio-Gedankens als Prämisse europäischen Strafrechts wurden konstruktive Vorschläge eingebracht, die bis heute wichtige Impulse für die weitere Auseinandersetzung setzten.<sup>20</sup> Man kann den Vertreter\*innen der Position insofern nicht generell vorwerfen, sich auf Fundamentalopposition zurückzuziehen.

Überwiegend scheinen die Beiträge aber von einer grundlegenden Skepsis gegenüber einer zu starken Europäisierung getragen zu sein.<sup>21</sup> Sie zeichnen ein bipolares Bild, in dem die nationalstaatliche Ebene aus demokratischer und rechts-

---

<sup>15</sup> Schünemann, Alternativentwurf Europäische Strafverfolgung; besonders der Beitrag von Hefendehl, in: Schünemann, Alternativentwurf europäische Strafverfolgung, S. 82 ff.; vgl. zusammenfassend Schünemann, ZStW 2004, 376 ff.; davon grundsätzlich zu trennen ist der Alternativentwurf Europol und europäischer Datenschutz, siehe dazu Wolter u. a., Alternativentwurf Europol und europäischer Datenschutz; auch wenn die Herausgeber beide Projekte „von Anfang an als wissenschaftlich gebotene gegenseitige Ergänzungen“ betrachtet haben, vgl. VIII (Vorwort).

<sup>16</sup> Schünemann, Ein Gesamtkonzept für die europäische Strafrechtspflege. A Programme for European Criminal Justice.

<sup>17</sup> Die Vorschläge wurden bei einer internationalen Tagung in Thessaloniki im Mai 2006 diskutiert, siehe für einen Bericht zu den Referaten Hauer, ZStW 2008, 196; zu der passiven Rolle der deutschen Strafrechtswissenschaft bereits kritisch Tiedemann, GA 1998, 107 ff. (109); vgl. auch zur Rolle der (deutschen) Strafrechtswissenschaft in der Europäisierung Kühl, ZStW 1997, 778; Fletcher, in: Eser/Hassemer/Burkhardt, Die Deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende: Rückbesinnung und Ausblick, S. 235; Vogel, GA 2002, 517; Vogel, JZ 2012, 25; Vogel, in: Heger/Kelker/Schramm, Festschrift für Kristian Kühl zum 70. Geburtstag, S. 635; vgl. aus jüngerer Zeit dazu insb. Ambos, GA 2016, 177 ff.

<sup>18</sup> Art. III-175 Abs. 1 in: Schünemann, Alternativentwurf Europäische Strafverfolgung.

<sup>19</sup> Art. III-174a in: Schünemann, Alternativentwurf Europäische Strafverfolgung.

<sup>20</sup> Vgl. insgesamt zu einer kritischen aber differenzierenden Kommentierung der Vorschläge Vogel, ZStW 2004, 400.

<sup>21</sup> In eine ähnliche Richtung gehend kommentiert Militello, ZStW 2004, 436 (440) den Alternativentwurf. Es gehe zwar nicht mehr um „radikale Leugnung einer spezifisch europäischen Dimension der Strafverfolgung“; nach wie vor würde aber die Notwendigkeit gesehen, das derzeitige Bild „den strafrechtlichen Grundsätzen des [nationalen] Rechtsstaats anzugleichen.“

staatlicher Sicht den idealen Rahmen für eine legitime Strafrechtspflege verkörpert,<sup>22</sup> die EU hingegen für einen Verlust an Bürgernähe, demokratischer Legitimation, effektiver Grundrechtsgewährleistung und Rechtsstaatlichkeit steht. Die Kritik weist zwei Schattierungen auf, die sich nicht immer klar trennen lassen. Teilweise scheint sie sich gegen die europäische Kriminalpolitik in ihrer konkreten Form zu richten; teilweise wird die Möglichkeit eines legitimen Strafrechts jenseits des nationalen Rahmens aus prinzipiellen Gründen bezweifelt. Die Schlussfolgerungen decken sich aber weitgehend: Der demokratisch, rechtsstaatlich und daher legitimatorisch funktionierende Rahmen der Nationalstaaten soll so weit wie möglich erhalten und nicht durch tendenziell negativ konnotierte europäische Einflüsse gestört werden.

Auch wenn die integrationskritischen Stimmen in der Strafrechtswissenschaft in den letzten Jahren etwas an Sichtbarkeit verloren haben, prägen die Prämissen weiterhin die Diskussion um die Entwicklungsmöglichkeiten von Strafrecht in der EU. Auch bei der kritischen Auseinandersetzung mit einzelnen Maßnahmen scheinen oft implizit Annahmen durch, die sich aus prinzipiellen Zweifeln speisen oder damit eng verbunden sind. Es ist daher wichtig, näher auf diese einzugehen. Die prinzipiellen Zweifel an der Möglichkeit eines legitimen Strafrechts auf EU-Ebene finden ihren Begründungskern darin, dass Strafrecht ein besonderer Rechtsbereich sei, der unter anderem aufgrund seiner hohen Eingriffsintensität einem besonderen Legitimationsbedarf unterliege. Die Sonderstellung des Strafrechts wird gerade von der Strafrechtswissenschaft immer wieder betont.<sup>23</sup> Sie findet aber auch außerhalb des Strafrechts Bestätigung, besonders prominent in der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zum Lissabon-Vertrag.<sup>24</sup> In seinem Urteil hob das BVerfG die proklamierte Sonderstellung des Strafrechts ausdrücklich hervor und leitete daraus – bei grundsätzlicher Billigung des Vertrages – enge Grenzen für die Interpretation der neuen strafrechtlichen Bestimmungen ab.<sup>25</sup>

Auch wenn im Zentrum dieses Abschnittes wissenschaftliche Ansätze stehen, bietet es sich an, die Argumentationslinie des Bundesverfassungsgerichts im Lissabon-Urteil näher zu betrachten. Sie steht stellvertretend für die in der behandelten Literaturströmung verbreitete Sicht und bringt die zentralen normativen Prämissen treffend auf den Punkt. Das Urteil prägte in der Folge nicht nur den

---

<sup>22</sup> Vgl. zu letzterem ähnlich *Vogel*, ZStW 2004, 400 (411).

<sup>23</sup> *Meyer* führt die Sonderstellung auf die besondere immanente normative Qualität von Strafnormen und Kriminalstrafen zurück, siehe *Meyer*, in: Böse, Europäisches Strafrecht (EnzEuR XI), § 26, Rn. 23; dem hält *Gärditz* aus verfassungsrechtlicher Sicht entgegen, dass dem Strafrecht grundsätzlich keine „Sonderrolle“ zukommt, siehe *Gärditz*, in: Böse, Europäisches Strafrecht (EnzEuR XI), § 6, Rn. 11; *Gärditz*, *Der Staat* 2010, 331 (342 ff.).

<sup>24</sup> BVerfG, Urteil vom 30. Juni 2009 – 2 BvE 2/08 (Lissabon), Rn. 252 f.

<sup>25</sup> BVerfG, Urteil vom 30. Juni 2009 – 2 BvE 2/08 (Lissabon), insb. 249, 252 f. und 352 ff.

politischen,<sup>26</sup> sondern auch den wissenschaftlichen Diskurs.<sup>27</sup> Das liegt daran, dass die Begründung des Gerichts sich auf wissenschaftlich bereits zuvor bestehende Positionen stützt. Speziell für das Strafrecht kongregieren hier strafrechts- und staatsrechtliche Auffassungen aus der wissenschaftlichen Debatte.<sup>28</sup> Die Zusammenhänge dieser nur scheinbar getrennten Diskussionen sichtbar zu machen, hilft, die gemeinsamen Prämissen der Position besser zu verstehen und sie auf der richtigen Ebene – nämlich einer rechtsprinzipiellen – zu diskutieren.<sup>29</sup>

Im Lissabon-Urteil hielt das BVerfG fest, dass die EU-Integration nicht zu einer „Aushöhlung des demokratischen Herrschaftssystems in Deutschland“ führen dürfe.<sup>30</sup> Daher müsse noch ausreichend Platz zur „politischen Gestaltung

---

<sup>26</sup> Die Lissabon-Entscheidung hat eine enorme politische Wirkungskraft für die Integration des Straf- und Strafverfahrensrechts. Auch wenn das BVerfG das Zustimmungsgesetz insgesamt billigt, markiert es doch Grenzen für potenzielle weitere Integrationsschritte in diesem Rechtsbereich, die prinzipieller Natur sind und somit auch für die Zukunft gelten. Teilweise wird kritisiert, ob kompetenziell einem nationalen Verfassungsgericht eine derart weite Kontrolle über gesamteuropäische Entscheidungen zustehen sollte, vgl. z. B. *de Boer*, Judging European Democracy: National Constitutional Review of European Law and its Democratic Legitimacy. Im Gegensatz zur überwiegend positiv beurteilten Rolle (bundes-) verfassungsgerichtlicher Rechtsprechung in der Integration (insb. als Ausdruck eines lebendigen „constitutional pluralism“) argumentiert *de Boer*, dass diese Form der justiziellen Kontrolle der EU zu enge verfassungsrechtliche Grenzen setzt. Gestützt auf Überlegungen der politischen Philosophie und Verfassungstheorie wirbt er dafür, bei Entscheidungen über die Integration mehr auf politische und demokratische Prozesse zu vertrauen und die gefundenen Kompromisse zu respektieren, statt sie durch justizielle Entscheidungen aus der Perspektive eines Mitgliedsstaates einzuschränken.

<sup>27</sup> Vgl. aus der strafrechtswissenschaftlichen Literatur *Ambos/Rackow*, ZIS 2009, 379; *Meyer*, NSTZ 2009, 657; *Böse*, ZIS 2010, 76; *Kubiciel*, GA 2010, 99; *Schünemann*, ZIS 2009, 393; aus der staatsrechtlichen z. B. *Gärditz/Hillgruber*, JZ 2009, 872; die Diskussion hält bis heute an *Brodowski*, in: *Bäcker/Burchard*, Strafverfassungsrecht, S. 139 (161 ff.); *Bäcker*, in: *Bäcker/Burchard*, Strafverfassungsrecht, S. 169 (170 ff.).

<sup>28</sup> Wie *Meyer* darlegt, ist die strafrechtswissenschaftliche Diskussion um die Möglichkeiten eines legitimen europäischen Strafrechts eng mit der grundsätzlicheren, primär staatsrechtswissenschaftlichen Frage nach der Demokratiefähigkeit der EU verzahnt, vgl. *Meyer*, Demokratieprinzip und Europäisches Strafrecht, S. 13–14, 53–54.

<sup>29</sup> So überzeugend *Meyer*, Demokratieprinzip und Europäisches Strafrecht, S. 13 f. Dass es sich um ein Urteil des deutschen Bundesverfassungsgerichts und somit eine grundgesetzliche Perspektive handelt, steht dem Ansinnen, das Urteil vorliegend in den Mittelpunkt zu stellen, nicht entgegen. Das Bundesverfassungsgericht begründet die Sonderstellung des Strafrechts maßgeblich mit dem Demokratieprinzip, das zumindest abstrakt betrachtet nicht untrennbar mit dem Text des Grundgesetzes verbunden und insofern kein deutsches Spezifikum ist; so auch *Ambos*, Internationales Strafrecht, demzufolge die Erwägungen des BVerfG „mutatis mutandis [...] auf andere Mitgliedsstaaten mit ähnlichen verfassungsrechtlichen Vorgaben übertragbar“ seien, § 9 Rn. 12. Zu den Urteilen anderer Verfassungsgerichte zum Lissabon-Vertrag siehe Rn. 14–17. *Bäcker* weist allerdings darauf hin, dass sich die mitgliedstaatlichen Demokratiekonzeptionen teilweise sehr unterscheiden, vgl. *Bäcker*, in: *Bäcker/Burchard*, Strafverfassungsrecht, S. 169 (173).

<sup>30</sup> BVerfG, Urteil vom 30. Juni 2009 – 2 BvE 2/08 (Lissabon), Rn. 244.

der wirtschaftlichen, kulturellen und sozialen Lebensverhältnisse“ verbleiben.<sup>31</sup> Dies gelte insbesondere für Sachbereiche, die den grundrechtlich geschützten privaten Raum der Eigenverantwortung der Bürger\*innen betreffen, wo kulturelle, historische und sprachliche Vorverständnisse eine hervorgehobene Rolle spielen und bei denen öffentliche und parlamentarische Deliberation von besonderer Bedeutung sind.<sup>32</sup> Als einen dieser Bereiche identifizierte das BVerfG die Entscheidungen über das materielle und formelle Strafrecht.<sup>33</sup>

„Die Strafrechtspflege ist, sowohl was die Voraussetzungen der Strafbarkeit als auch was die Vorstellungen von einem fairen, angemessenen Strafverfahren anlangt, von kulturellen, historisch gewachsenen, auch sprachlich geprägten Vorverständnissen und den im deliberativen Prozess sich bildenden Alternativen abhängig, die die jeweilige öffentlich Meinung bewegen (vgl. dazu Weigend, Strafrecht durch internationale Vereinbarung – Verlust an nationaler Strafrechtskultur? [...])“<sup>34</sup>

„[...] Die Pönalisierung sozialen Verhaltens ist aber nur eingeschränkt aus europaweit geteilten Werten und sittlichen Prämissen normativ ableitbar. Die Entscheidung über strafwürdiges Verhalten, über den Rang von Rechtsgütern und den Sinn und das Maß der Strafandrohung ist vielmehr in besonderem Maße dem demokratischen Entscheidungsprozess überantwortet [...].“<sup>35</sup>

„Eine Übertragung von Hoheitsrechten über die intergouvernementale Zusammenarbeit hinaus darf in diesem grundrechtsbedeutsamen Bereich nur für bestimmte grenzüberschreitende Sachverhalte unter restriktiven Voraussetzungen zu einer Rechtsharmonisierung führen; dabei müssen substantielle mitgliedstaatliche Handlungsspielräume erhalten bleiben.“<sup>36</sup>

Die Sonderstellung des Strafrechts ergab sich demnach aus mehreren, teilweise verknüpften Gründen. Zunächst sei das Straf- und Strafverfahrensrecht ein Bereich, der besonders intensiv in die Grundrechte der Bürger\*innen eingreife.<sup>37</sup> Entscheidungen des Gesetzgebers im Strafrecht ständen daher unter besonders hohen Legitimationsanforderungen. Aus diesem besonderen Legitimationsbedarf folge, dass die Entscheidungen des Straf- und Strafverfahrensrechts in besonderer Weise dem demokratischen Prozess überantwortet sein müssen.<sup>38</sup> Des

<sup>31</sup> BVerfG, Urteil vom 30. Juni 2009 – 2 BvE 2/08 (Lissabon), Rn. 249.

<sup>32</sup> BVerfG, Urteil vom 30. Juni 2009 – 2 BvE 2/08 (Lissabon), Rn. 249.

<sup>33</sup> BVerfG, Urteil vom 30. Juni 2009 – 2 BvE 2/08 (Lissabon), Rn. 252.

<sup>34</sup> BVerfG, Urteil vom 30. Juni 2009 – 2 BvE 2/08 (Lissabon), Rn. 253.

<sup>35</sup> BVerfG, Urteil vom 30. Juni 2009 – 2 BvE 2/08 (Lissabon), Rn. 253.

<sup>36</sup> BVerfG, Urteil vom 30. Juni 2009 – 2 BvE 2/08 (Lissabon), Rn. 253.

<sup>37</sup> „Der Gesetzgeber übernimmt mit der Entscheidung über strafwürdiges Verhalten die demokratisch legitimierte Verantwortung für eine Form hoheitlichen Handelns, die zu den intensivsten Eingriffen in die individuelle Freiheit im modernen Verfassungsstaat zählt“, vgl. BVerfG, Urteil vom 30. Juni 2009 – 2 BvE 2/08 (Lissabon), Rn. 356.

<sup>38</sup> Hier räumt das BVerfG dem Gesetzgeber aber weite Spielräume ein; insbesondere existieren dem BVerfG zufolge keine besonderen Grenzen aus der strafrechtlichen Rechtsgutstheorie; vgl. BVerfG, Urteil vom 30. Juni 2009 – 2 BvE 2/08 (Lissabon), Rn. 356: „[...] Der Gesetzgeber ist bei der Entscheidung, ob er ein bestimmtes Rechtsgut, dessen Schutz ihm

Weiteren spielten bei der Festlegung, welches Verhalten mit den Mitteln des Strafrechts sanktioniert werden solle und wie ein faires Verfahren auszugestalten sei, kulturelle, historisch gewachsene und auch sprachlich geprägte Vorverständnisse eine Rolle. Aus diesen Gründen setzte das Bundesverfassungsgericht der Integration enge Grenzen:

„[...] Wegen der besonders empfindlichen Berührung der demokratischen Selbstbestimmung durch Straf- und Strafverfahrensrechtsnormen sind die vertraglichen Kompetenzgrundlagen für solche Schritte strikt – keinesfalls extensiv – auszulegen und ihre Nutzung bedarf besonderer Rechtfertigung. Das Strafrecht in seinem Kernbestand dient nicht als rechtstechnisches Instrument zur Effektivierung einer internationalen Zusammenarbeit, sondern steht für die besonders sensible demokratische Entscheidung über das rechtsethische Minimum [...].“<sup>39</sup>

Das BVerfG stützte sich bei seiner Betrachtung des Strafrechts auf ein bestimmtes Verständnis von Demokratie und leitete daraus besondere Anforderungen für eine legitime Gestaltung der Strafrechtspflege ab. Dieses Demokratieverständnis wird in der Staatsrechtswissenschaft von einer (zumindest lange Zeit) sehr einflussreichen Strömung geteilt.<sup>40</sup> Auch wenn Begriffe umformuliert werden, liegen der parallel geführten Diskussion in der Strafrechtswissenschaft vielfach dieselben Prämissen zugrunde. Die staatstheoretische Frage der Demokratiefähigkeit der EU ist eng mit der strafrechtswissenschaftlichen und straftheoretischen Frage

---

wesentlich erscheint, gerade mit den Mitteln des Strafrechts verteidigen und wie er dies gegebenenfalls tun will, grundsätzlich frei (vgl. BVerfGE 50, 142 [162]; 120, 224 [240]; zur Grenzziehung zwischen kriminellem Unrecht und Ordnungsunrecht BVerfGE 27, 18 [30]; 96, 10 [26]). Er kann zudem innerhalb der verfassungsrechtlichen Bindungen frei entscheiden, mit welcher Strafandrohung er schuldhaftes Handeln sanktionieren will. Die Aufklärung von Straftaten, die Ermittlung des Täters, die Feststellung seiner Schuld und seine Bestrafung obliegen den Organen der Strafrechtspflege, die zu diesem Zweck unter den gesetzlich bestimmten Voraussetzungen Strafverfahren einzuleiten und durchzuführen sowie erkannte Strafen zu vollstrecken haben [...]“.

<sup>39</sup> BVerfG, Urteil vom 30. Juni 2009 – 2 BvE 2/08 (Lissabon), Rn. 358.

<sup>40</sup> Einflussreich in dieser Hinsicht u. a. *Kirchhof*, NJW 2001, 1332 ff.; *Di Fabio*, Der Staat 1993, 191 (203); *Grimm*, JZ 1995, 581 ff. (587 f.); *Grimm*, in: Europa ja – aber welches? Zur Verfassung der europäischen Demokratie, S. 95; *Murswiek*, Der Staat 1993, 161 (177); übergreifend betrachtet hält diese Position drei Merkmale für essenziell, um demokratische Legitimität zu garantieren: Sie sieht erstens einen zwingenden Nexus zwischen Demokratie und Parlamentarismus. Das Parlament stellt das einzige Repräsentationsorgan für den Souverän, das Volk, dar. Zweitens wird das Volk im Sinne eines *demos* verstanden. Das heißt, dass es keine beliebige, sich ständig neu zusammensetzende Gruppe von Menschen sein kann, sondern dass die Bürger\*innen durch geteilte historische Erfahrungen sowie kulturelle und sprachliche Gemeinsamkeiten miteinander verbunden sein müssen. Schließlich ist drittens eine Teilung der Souveränität nicht möglich, sondern stets allein auf den Staat begrenzt. Da die EU keine den nationalen Parlamente äquivalente Vertretung der europäischen Bürger\*innen garantieren könne und es kein europäisches *demos* gäbe, das aber zwingende Voraussetzung wäre, wird ihr nur eingeschränkte Demokratiefähigkeit attestiert, vgl. insgesamt mit weiteren Nachweisen *Meyer*, Demokratieprinzip und Europäisches Strafrecht, S. 29–42.

verzahnt, welche Voraussetzungen vorliegen müssen, um ein legitimes staatliches Strafen zu ermöglichen.<sup>41</sup>

Zusammengefasst ist die in der Strafrechtswissenschaft verbreitete und auch im Lissabon-Urteil des BVerfG zum Ausdruck kommende Haltung von der Skepsis gegenüber einer (zu) starken Integration geprägt. Aufgrund einiger Besonderheiten sei Strafrecht eng an den nationalen Rahmen gebunden. Relativierend ist jedoch zu betonen, dass die integrations skeptischen Stimmen nicht jede Form einer Transnationalisierung oder Europäisierung des Strafrechts ablehnen. Grenzüberschreitende Bezüge, seien sie in Form der Rechtshilfe oder des Strafanwendungsrechts, waren immer Teil des Strafrechts und wurden nicht grundsätzlich infrage gestellt. Zumindest hinsichtlich der Konsequenzen, die sich aus den Positionen ergeben, dürften sie sich eher graduell als kategorisch unterscheiden.<sup>42</sup> Während die integrationskritischeren Stimmen größeren Wert auf den Erhalt nationaler Spielräume, z. B. durch stärkere nationale Kontrollen, Vorbehalte und Vetomöglichkeiten, legen, dürften Befürworter der strafrechtlichen Integration einer Übertragung grundsätzlich offen gegenüberstehen, da sie die Möglichkeiten für eine demokratische Legitimation des Strafrechts auf EU-Ebene positiver einschätzen.<sup>43</sup>

---

<sup>41</sup> Vgl. auch dazu die Darstellung bei Meyer, Demokratieprinzip und Europäisches Strafrecht, S. 29–55.; zusammenfassend drückt sich die Fokussierung auf das nationale Parlament im Erfordernis der Strafgesetzhlichkeit (insbesondere seiner Ausprägung als *nullum crimen sine lege parlamentaria* aus), vgl. in diesem Sinne Schünemann, GA 2003, 299 (303); Lüderssen, GA 2003, 71 (82 f.); dazu bereits Grünwald, ZStW 1964, 1 (13 ff.); Strafrecht als Ausprägung des nationalstaatlichen Gewaltmonopols steht für die (staatsrechtliche) Idee der ungeteilten Souveränität des Nationalstaates über sein Hoheitsgebiet, vgl. zum Gewaltmonopol Lüderssen, GA 2003, 74; zum Strafrecht als „Bastion nationalstaatlicher Souveränität“ z. B. Nelles, ZStW 1997, 727 (727); schließlich findet die Vorstellung eines ethnisch homogenen *demos* als Vorbedingung für Demokratie in der „Kulturgebundenheit des Strafrechts“ Ausdruck, vgl. dazu Jung, StV 1990, 509 (515); Rütters, ZStW 1993, 30 (39–41); Weigend, ZStW 1993, 774 (786 ff.); Hassemer, in: Höffe, Gibt es ein interkulturelles Strafrecht?, S. 157 ff.

<sup>42</sup> Im Ergebnis hat das BVerfG trotz seiner Ausführungen das Zustimmungsgesetz zum Vertrag von Lissabon auch weitestgehend gebilligt. Das Urteil enthält nur einige Einschränkungen zur Kompetenzzusübung, vgl. BVerfG, Urteil vom 30. Juni 2009 – 2 BvE 2/08 (Lissabon), Rn. 358.

<sup>43</sup> Umgekehrt folgt aus der prinzipiellen Möglichkeit transnationaler Legitimation nicht, dass die befürwortenden Stimmen die Bedingungen dafür in der EU für bereits für so hinreichend verwirklicht sehen, dass jede Form von unionsrechtlichem Strafrecht erlassen werden könne. So differenziert z. B. Meyer zwischen verschiedenen Spielarten transnationalen Strafrechts, vgl. Meyer, Demokratieprinzip und Europäisches Strafrecht, S. 122 ff. Die Kumulierung nationaler Strafansprüche und effektive Verfolgung durch europäische Zusammenarbeit wäre danach einfacher zu legitimieren als ein „echtes“ supranationales Strafrecht.

## 2. Diskussion

Als konzeptioneller Entwurf für die zukünftige Gestaltung von Strafrecht in der EU stellt es nach hier vertretener Ansicht keine geeignete Lösung dar, sich auf den möglichst weitgehenden Erhalt des nationalen Strafrechts zu fokussieren. Die Gründe dafür, warum sich diese Richtung nicht anbietet, unterscheiden sich dahingehend, ob die Integration des Strafrechts in ihrer konkreten Form (dazu a)) oder aus prinzipiellen Gründen kritisch gesehen wird (dazu b)).<sup>44</sup> Auch an dieser Stelle sei explizit vorangestellt, dass sich die folgende Kritik an den in der Tendenz integrationskritischen Ansätzen nicht gegen alle darin vorgebrachten Argumente richtet. Im Gegenteil sind viele Gedanken und Prämissen im Kern richtig und sollten auch in zukünftigen konzeptionellen Überlegungen zum EU-Strafrecht Berücksichtigung finden. Insbesondere die normative Ausrichtung am Ideal eines hohen Niveaus demokratischer Legitimation verliert nicht an Bedeutung. Ebenfalls geht es nicht darum, den Raum für nationale Entscheidungen und Eigenheiten im Strafrecht generell infrage zu stellen. Die Kritik richtet sich lediglich gegen die Vorstellung, dass der nationale Rahmen *per se* den besseren Rahmen für ein demokratisches, grundrechtssensibles und dadurch legitimes Strafrecht darstellt.

### a) Kritik an der konkreten Form der Strafrechtsintegration

Zunächst ist der Kritik, die sich gegen die EU-Kriminalpolitik in ihrer konkreten Form richtet, zuzugestehen, dass die konkrete Form der Integration tatsächlich Gefahren mit Blick auf die Legitimität von Strafrecht mit sich bringt. Insbesondere die im Integrationsverlauf charakteristische Sicherheitsfokussierung und die dadurch hervorgerufenen Gefahren für ein liberales und demokratisches Strafrecht mit effektiven Beschuldigtenrechten stellen ein Problem dar.<sup>45</sup> Aus dieser Kritik folgt aber nicht zwingend, dass die Lösung in einer Bewahrung des nationalen Strafrechts bestehen muss. Stattdessen könnte man auch daran ansetzen, die EU-Kriminalpolitik zu ändern. Eine Möglichkeit dafür wäre es, einzelne Gesetzgebungsakte und Maßnahmen zu erlassen, die bisherige Fehlentwicklungen korrigieren.<sup>46</sup> Eine andere Möglichkeit könnte darin bestehen, auf einer höheren Ebene anzusetzen und den Rahmen für die Strafrechtsintegration zu ändern.<sup>47</sup> Auch wenn eine vollständige Revision des Primärrechts nach dem Vertrag

---

<sup>44</sup> Möglich ist es auch, die Möglichkeiten für eine Integration prinzipiell positiv zu beurteilen, an der konkreten Form aber Kritik zu üben, vgl. z. B. *Vogell/Schneider*, in: *Europäisches Strafrecht (EnzEuR XI)*, § 7, Rn. 32–33.

<sup>45</sup> Diese Fehlentwicklungen lassen sich nicht auf einzelne politische Fehlentscheidungen zurückführen, sondern weisen eine strukturelle Dimension auf; vgl. dazu insgesamt *Erster Teil*, B., II., 2., c), cc) und 3., c), bb).

<sup>46</sup> Z. B. ließe sich ausgleichend zur bisherigen Sicherheitsfokussierung EU-weit der Schutz von Beschuldigtenrechten ausbauen, wie die Richtlinien zum Schutz von Beschuldigtenrechten bereits andeuten, vgl. dazu *Erster Teil*, B., II., 3., a), aa).

<sup>47</sup> So bereits vor dem Vertrag von Lissabon anlässlich des Verfassungsentwurfs *Vogel*,



von Lissabon politisch derzeit nicht wahrscheinlich wirkt, lässt sich dies mit Blick auf die Zukunft nicht ausschließen. Wichtiger aber noch ist, dass der Vertrag von Lissabon zahlreiche Möglichkeiten bietet, den primärrechtlichen Rahmen weiterzuentwickeln.<sup>48</sup>

### b) Prinzipielle Kritik an der Strafrechtsintegration

Eine Änderung der Kriminalpolitik oder auch des primärrechtlichen Rahmens der EU würde allerdings nicht helfen, wenn aus *prinzipieller* Sicht zwingende Gründe gegen die Möglichkeiten eines demokratisch legitimen Strafrechts jenseits des Nationalstaates beständen.<sup>49</sup> Die Haltung des Bundesverfassungsgerichts, die sich mit der eines erheblichen Teils des staats- und strafrechtlichen Schrifttums deckt, erhebt gerade auf dieser prinzipiellen Ebene Bedenken. Sollten sich diese Bedenken als zwingend richtig erweisen, wäre die möglichst weitgehende Wahrung des nationalen Strafrechts tatsächlich der einzige Weg, die Legitimität von Strafrecht zu sichern. Gegen eine zwingende Bindung des Strafrechts an Nationalstaaten lassen sich die folgenden drei Einwände erheben: Sie betreffen erstens das grundsätzliche Verhältnis von Strafrecht zu Demokratie (aa)), zweitens die Kulturgebundenheit des Strafrechts (bb)) und drittens die Abhängigkeit von rechtlichen und gesellschaftlichen Entwicklungen (cc)).

#### aa) Strafrecht und Demokratie

Der erste Einwand besteht darin, dass die integrations skeptische Position auf staats- und demokratietheoretischen Prämissen fußt, die vielleicht vertretbar, aber nicht zwingend sind.<sup>50</sup> Wie gesehen resultiert die prinzipielle Ablehnung gegenüber einer zu starken Verlagerung von Entscheidungen im Strafrecht auf die europäische Ebene aus einem bestimmten Verständnis von Demokratie und den Anforderungen an hoheitliches Handeln im Strafrecht. Wissenschaftlicher Konsens besteht allerdings weder in der staatsrechtlichen Diskussion zur De-

---

Maastricht Journal of European and Comparative Law 2005, 125 (129), demzufolge die EU-Skepsis eher aus dem konkreten Integrationsrahmen folgt, als gegen die Integration als solche zu sprechen. Folglich spräche nichts dagegen, Strafrecht als Gegenstand der Integration zu behandeln, wenn ein adäquater (Verfassungs-)Rahmen dafür existiert.

<sup>48</sup> So sieht beispielsweise Art. 83 Abs. 2 UA 3 AEUV die Möglichkeit vor, neue Deliktsbereiche aufzunehmen, vgl. dazu *Erster Teil*, B., II., 3., a), aa).

<sup>49</sup> Wie Meyer richtig feststellt, lässt sich positivistisch keine Legitimation schaffen, die rechtsprinzipiell nicht zur Verfügung steht, vgl. Meyer, Demokratieprinzip und Europäisches Strafrecht, S. 12. Daraus folgt, dass auch eine Erweiterung der primärrechtlichen Kompetenzen im Strafrecht dieses nicht legitimieren kann, wenn tieferliegende gesellschaftliche Vorbedingungen in der EU (noch) nicht vorhanden sind.

<sup>50</sup> Kritisch zur demokratietheoretischen Argumentation des BVerfG Bäcker, in: Bäcker/Burchard, Strafverfassungsrecht, S. 169 (171 f.): „Das Demokratieprinzip wird so je nach Rechtsetzungsinstanz mal prozeduralisiert, mal materialisiert. Eine tragfähige Vorstellung von einem insgesamt demokratieadäquaten Strafrecht ist nicht zu erkennen.“ (172).

mokratiefähigkeit der EU<sup>51</sup> noch zu der strafrechtlichen Frage, ob strafrechtliches Handeln jenseits des Nationalstaates demokratisch legitim ausgestaltet werden kann.<sup>52</sup> Weil die integrations skeptischen und integrationsoffenen Positionen auf miteinander unvereinbaren Prämissen aufbauen, dürften die Hoffnungen auf eine wissenschaftliche Klärung im Sinne einer eindeutig „richtigen“ Antwort

---

<sup>51</sup> In der Staatsrechtswissenschaft sind zahlreiche Ansätze vorhanden, die die Möglichkeiten für Demokratie in der EU positiv einschätzen. Der entscheidende Unterschied zu der integrationskritischen staatsrechtlichen Position liegt darin, Demokratie als Herrschaftsform abstrakter zu begreifen. Es erlaubt, die traditionelle Ausprägung im nationalstaatlichen Kontext nicht zu einem verbindlichen konzeptionellen Standard für jede Form demokratischer Herrschaft zu erheben, sondern darüber hinaus denken zu können. Vertreter\*innen des integrationsoffenen staats- und europarechtlichen Schrifttums entwickeln dafür transnationale Demokratiekonzepte, die nicht an die Elemente von Parlamentarismus, organischem *demos* und unteilbarer Souveränität gebunden sind, vgl. u. a. *Peters*, Elemente einer Theorie der Verfassung Europas, insb. Teil 6; *von Bogdandy*, in: von Bogdandy/Bast, Europäisches Verfassungsrecht: Theoretische und dogmatische Grundzüge, S. 13 (62 ff.); *Möllers*, Gewaltengliederung, S. insb. 28 ff.; aus der Politikwissenschaft und politischen Philosophie vgl. insbesondere *Habermas*, Faktizität und Geltung: Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats, S. 349 ff.; *Hix*, The Political System of the European Union; *Zürn*, Regieren jenseits des Nationalstaates. Auch wenn nicht auf alle Positionen und ihre Unterschiede detaillierter eingegangen werden kann, lassen sich einige wiederkehrende Argumente finden: Erstens erfordere demokratische Herrschaft keinen Staat. Auch andere politische (Mehrebenen-)Systeme, die für Individuen relevante Entscheidungen treffen, können und sollten nach demokratischen Grundsätzen strukturiert sein, um Legitimität zu wahren. Hierfür könne eine duale Legitimationsstruktur dienen. Zweitens muss das Legitimationssubjekt nicht zwingend ein ethnisch oder kulturell homogenes *demos* sein. Im Anschluss an zivilgesellschaftliche Demokratietheorien (z. B. bei *Rosanvallon*, Democratic Legitimacy; *Rosanvallon*, Demokratische Legitimität: Unparteilichkeit, Reflexivität, Nähe; auch Claude Leforts Verständnis von Demokratie als „leerer Ort der Macht“ könnte hierfür fruchtbar gemacht werden, siehe dazu *Accetti*, in: Breaugh/Holman/Magnusson/Mazzocchi/Penner, Thinking Radical Democracy, S. 121) sei eine homogene Gruppe kein prinzipielles Erfordernis; eine politische Gemeinschaft könne sich auch in einem Prozess zusammenfinden; zu diesem Aspekt vgl. u. a. *Innerarity*, Democracy in Europe A Political Philosophy of the EU, S. 97–120; *Habermas*, Leviathan 2015, 145; *Habermas*, MERKUR 2989, 465; *Rödel u. a.*, Die demokratische Frage. Schließlich wäre drittens Souveränität nicht exklusiv an Staatlichkeit gekoppelt, sondern könne geteilt und gepoolt werden, zu diesem Aspekt u. a. *Oeter*, in: von Bogdandy/Bast, Europäisches Verfassungsrecht: Theoretische und dogmatische Grundzüge, S. 73 (85 ff.).

<sup>52</sup> In der Strafrechtswissenschaft findet sich parallel eine starke Strömung, die zumindest keine prinzipiellen Einwände sieht, warum Strafrecht nicht auch über den nationalen Rahmen hinaus (demokratisch) legitim ausgestaltet werden könne; vgl. nur als Auswahl *Böse*, GA 2006, 211; *Vogel*, ZStW 2004, 400 (401–402); *Mitsilegas*, EU Criminal Law after Lisbon, S. 20 f.; *Vogell/Schneider*, in: Europäisches Strafrecht (EnzEuR XI), § 7, Rn. 32. entsprechend kritisch zur Lissabon-Entscheidung sowohl *Meyer*, NStZ 2009, 657; als auch *Böse*, ZIS 2010, 76; insgesamt zur Thematik sehr in die Tiefe gehend und mit theoretischen Überlegungen zur Lösung *Meyer*, Strafrechtsgenese in Internationalen Organisationen, S. 597 ff.; zur Diskussion in der Strafrechts- und Staatsrechtswissenschaft mit vielen Nachweisen *Meyer*, Demokratieprinzip und Europäisches Strafrecht, S. 56–116.

gering sein.<sup>53</sup> An dieser Stelle ist es nicht Ziel, die integrationskritischen Prämissen zu widerlegen. Es geht lediglich darum, deutlich zu machen, dass aus wissenschaftlicher Perspektive kein zwingender Grund vorliegt, warum Strafrecht nur innerhalb der Nationalstaaten demokratisch legitimierbar sein sollte.

*bb) Kulturelle und historische Bedingtheit des Strafrechts*

Der zweite Einwand richtet sich gegen den spezifischen Aspekt der (vermeintlichen) kulturellen Bedingtheit des Strafrechts. Das BVerfG vertritt wiederum gestützt von Positionen der Strafrechtswissenschaft<sup>54</sup> die Auffassung, dass die Strafrechtspflege in den Mitgliedsstaaten von „kulturellen, historisch gewachsenen [...] Vorverständnissen“ abhängt.<sup>55</sup> Da das BVerfG daraus Grenzen für die europäische Integration ableitet, muss es sich um *nationale* kulturelle Prägungen handeln. Der anvisierte Schutz der nationalen Strafrechtskultur wäre zudem nur dann erforderlich, wenn diesbezüglich Unterschiede zwischen den europäischen Staaten bestehen.<sup>56</sup> Schließlich scheint in der Entscheidung durch, dass die kulturellen Prägungen unabhängig und außerhalb des positiven Rechts existieren. Gegen diese Sichtweise lassen sich mehrere Einwände vorbringen.

*(1) Konzeptionelle Unklarheiten: Kultur und Demokratie*

Ein erstes Problem an dieser Sichtweise liegt darin, dass nicht klar erkennbar ist, wie sich die kulturelle Abhängigkeit des Strafrechts zu der vom Bundesverfassungsgericht ebenfalls betonten besonderen Bedeutung des demokratischen Prozesses verhält. Drei Deutungen des Verhältnisses scheinen möglich. Eine ist, dass kulturelle Prägungen im demokratischen Prozess zum Ausdruck kommen sollen. Kultur wäre demnach (nur) ein Faktor, der für die Meinungsbildung der Bürger\*innen eine Rolle spielen kann. Die Bürger\*innen wären aber prinzipiell frei, in demokratischen Verfahren ihre Präferenzen zu äußern. Ob und inwieweit ihre persönliche Meinung dabei von historischen und kulturellen Vorstellungen beeinflusst ist, wäre auf einer soziologischen oder psychologischen Ebene von Bedeutung, um unterschiedliche demokratische Präferenzen zu erklären. Für die Frage der Integration ließen sich aber aus der kulturellen Prägung keine unmit-

<sup>53</sup> Meyer, in: Böse, Europäisches Strafrecht (EnzEuR XI), § 26, Rn. 19.

<sup>54</sup> Vgl. mit allerdings unterschiedlicher Akzentuierung u. a. Jung, StV 1990, 509 (515); Rütters, ZStW 1993, 30 (41); Weigend, ZStW 1993, 774 (786); Hassemer, in: Höffe, Gibt es ein interkulturelles Strafrecht?, S. 157 ff. (157); Zieschang, ZStW 2001, 225 (65 ff.); vgl. dazu mit weiteren Nachweisen Meyer, Demokratieprinzip und Europäisches Strafrecht, S. 48–53.

<sup>55</sup> BVerfG, Urteil vom 30. Juni 2009 – 2 BvE 2/08 (Lissabon), Rn. 253.

<sup>56</sup> Das folgt auch aus den weiteren Gründen in BVerfG, Urteil vom 30. Juni 2009 – 2 BvE 2/08 (Lissabon), Rn. 253. Dort heißt es: „Die diesbezüglichen Gemeinsamkeiten, aber auch die Unterschiede zwischen den europäischen Nationen belegt die einschlägige Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte zu den Garantien im Strafverfahren [...] Die Pönalisierung sozialen Verhaltens ist aber nur eingeschränkt aus europaweit geteilten Werten und sittlichen Prämissen normativ ableitbar“.

telbaren Schlüsse ableiten; vielmehr müssten sich die Vorstellungen durch demokratische Verfahren vermittelt in den Normen der Strafrechtsordnung niederschlagen.

Man kann die Position des BVerfG aber auch so deuten, dass der Kulturgebundenheit ein selbstständiger normativer Wert zukommt. Das ist in der Form denkbar, dass kulturelle oder historische Prägungen im Zweifel auch demokratische Entscheidungsfreiheit begrenzen können. Aus deutscher Perspektive scheint das womöglich noch mit Blick auf Delikte wie die Leugnung oder Verharmlosung des Holocausts denkbar.<sup>57</sup> Aus welchen Gründen aber darüber hinaus die demokratische Entscheidungsfreiheit der Bürger\*innen *a priori* durch kulturelle Prägungen eingeschränkt werden sollte, ist nicht klar ersichtlich.

Eine dritte mögliche Deutung ist, dass eine gemeinsame Kultur eine zwingende Voraussetzung für einen legitimen demokratischen Diskurs darstellt. Für ein solch enges Demokratieverständnis, das auf der Idee eines *demos* basiert, bestehen (wie soeben erörtert) zumindest keine zwingenden Gründe.<sup>58</sup> Ergänzend dazu stellen sich eine Reihe weiterer Fragen: Wann ist eine hinreichende kulturelle Ähnlichkeit erreicht, die einen demokratischen Prozess erlaubt? Was ist diesbezüglich die Vergleichsgruppe (im globalen Maßstab dürfte die europäische Bevölkerung kulturell schon relativ ähnlich sein)? Ist ein demokratischer Diskurs auch dann möglich, wenn eine kulturelle Ähnlichkeit nur in manchen Rechtsbereichen feststellbar ist? Beschränkt sich die demokratische Entscheidungsfindung dann auf diesen Bereich, eventuell sogar auf spezifische Fragen? Wie kann ein derartiges Verständnis Prozesse der kulturellen Angleichung verarbeiten? Fundierte Antworten auf diese Fragen sind beim BVerfG und der Literaturstimmen, die sich auf Kultur zur Herleitung (enger) Integrationsgrenzen stützen, nicht (klar) zu erkennen.<sup>59</sup>

## (2) Existenz national homogener Kulturen?

Ein zweites Problem am Argument der Kulturgebundenheit des Strafrechts ist grundsätzlicher Natur. Wie auch im Falle der Demokratie basiert das Argument

---

<sup>57</sup> § 130 Abs. 3 StGB (ähnliches gilt für § 130 Abs. 4 StGB sowie weiteren Vorschriften im StGB); vgl. differenziert zu den mit geschichtsbezogenen Strafrechtvorschriften verbunden rechtspolitischen, rechtsdogmatischen und geschichtstheoretischen Schwierigkeiten *Hanschmann*, Kritische Justiz 2013, 307; vgl. zum Schutzgut von § 130 Abs. 3 StGB *Hörnle*, Grob anstößiges Verhalten, S. 315 ff.

<sup>58</sup> Vgl. dazu bereits *Erster Teil, C., I., 2., b., aa.*

<sup>59</sup> Das heißt nicht, dass in der Strafrechtswissenschaft nicht differenzierte Auseinandersetzung mit der Bedeutung von *Kultur* für das Strafrecht existieren würden, vgl. z. B. *Hörnle*, ZStW 2006, 801, die von „kulturellen Hintergründen“ spricht und darunter ein Bündel unterschiedlicher Faktoren fasst (S. 801 f.). Den Anspruch, eindeutig „nationale Kulturen“ zu identifizieren, erhebt *Hörnle* dabei ausdrücklich nicht (S. 802); siehe auch *Hörnle*, Kultur, Religion, Strafrecht – Neue Herausforderungen in einer pluralistischen Gesellschaft. Gutachten zum 70. Deutschen Juristentag, C 12–13.

der Kulturgebundenheit auf theoretischen Vorstellungen zu dem, was Kultur überhaupt ist. Auch hier stellt sich das Problem, dass eine rechtsinterne Begriffsbestimmung von Kultur nicht möglich ist und daher die Einbeziehung außerrechtlicher Annahmen erfordert. Dies bedeutet also, sich mit aktuellen Debatten außerhalb des Rechts auseinanderzusetzen. Vergleicht man das Kulturverständnis des BVerfG mit den Diskussionen in gesellschaftswissenschaftlichen Disziplinen, die sich intensiv mit *Kultur* (dem Begriff und was darunter zu verstehen sein kann) befassen, treten drei Dinge deutlich hervor. Erstens handelt es sich bei *Kultur* um ein sehr vielschichtiges Konzept. Allein historisch betrachtet wurde Kultur zu unterschiedlichen Zeiten verschieden verstanden.<sup>60</sup> Zweitens zeigt sich, dass die Verwendung des Kulturbegriffs als erklärende Variable aufgrund seines theoretisch so schwer zu umreißenen Inhalts oft (sehr) kritisch gesehen und teilweise sogar abgelehnt wird. Die Vertreter\*innen, die *Kultur* weiterhin zur Beschreibung oder Erklärung verwenden, tun dies in den allermeisten Fällen in Verbindung mit einer differenzierten, interdisziplinär informierten Auseinandersetzung mit dem Konzept, in der sie ihr spezifisches Verständnis erläutern. Dies ist beim BVerfG so nicht zu erkennen. Drittens wird deutlich, dass ein Verständnis von Kultur als vorrechtlichem und innerhalb eines Staates homogenen Konstrukts nicht vorherrschend ist, sondern im Gegenteil nur noch vereinzelt vertreten wird.

In der rechtssoziologischen und rechtsvergleichenden Forschung wird das Konzept *Kultur* oft in der Form von „Rechtskultur“ verwendet. Dabei lassen sich auch einige Ansätze finden, die sich mit dem Verständnis des BVerfG von national spezifischen Kulturen einigermaßen zu decken scheinen.<sup>61</sup> Innerhalb der

---

<sup>60</sup> In der Antike (so auch etymologisch) stand *cultura* primär im Gegensatz zu *natura* als etwas vom Menschen Gemachte. Im 19. Jahrhundert wurde Kultur zunächst als „Hochkultur“ verstanden, also als etwas, das nur manche Menschen hatten und das in Opposition zu „Unkultur“ stand (so z. B. bei *Arnold*, *Culture and Anarchy: An Essay in Political and Social Criticism*). In Abgrenzung dazu entwickelte sich das bis heute einflussreiche Verständnis von Kultur von *Edward B. Tylor*, dem zufolge nicht nur bestimmte, sondern alle Menschen einer Gesellschaft „Kultur“ hätten, vgl. *Tylor*, *Primitive culture*; gegen die universalistischen Konzeptionen bei *Tylor* und *Arnold* gerichtet gründete *Franz Boas* eine dritte Strömung, die sich gegen jegliche (Be-)Wertungen und für ein relatives und plurales Kulturverständnis aussprach; zur historischen Entwicklung *Stocking*, *American Anthropologist* 1966, 867; *Avruch*, *Culture & Conflict Resolution*, S. 6 ff.; *Williams*, *Culture and Society, 1780–1950*. Für den deutschen Kontext ist auch die bereits auf *Kant* zurückgehende Differenzbeziehung zwischen positiv besetzter „Kultur“ und negativ besetzter bloßer „Zivilisierung“ wichtig, die gerade zu Beginn des 20. Jahrhunderts in Deutschland propagiert wurde (vgl. z. B. *Spengler*, *Der Untergang des Abendlandes*; auch *Mann*, *Betrachtungen eines Unpolitischen*, S. 33); zum Stufenverhältnis zwischen Zivilisierung und Kultivierung schon *Kant*, *Über Pädagogik*, S. 22 ff.; vgl. zur Soziogenese der Begriffe Kultur und Zivilisation in Deutschland und Frankreich *Elias*, *Über den Prozess der Zivilisation*.

<sup>61</sup> So z. B. bei *Lawrence M. Friedman*, der zwischen drei Komponenten eines Rechtssystems differenziert: der strukturellen Komponente (Institutionen, Anzahl und Aufbau der Gerichte, Verhältnis der Judikative zur Legislative etc.), der substantiellen Komponente

Rechtssoziologie wird das Konzept der (Rechts-)Kultur aufgrund seiner Unschärfe und theoretischen Inkonsistenz aber auch kritisch gesehen.<sup>62</sup> Bei den Stimmen, die das Konzept grundsätzlich für sinnvoll halten, ist häufig eine äußerst fundierte Auseinandersetzung mit dem Verständnis von Kultur zu beobachten, die an interdisziplinäre Diskurse Anschluss sucht und deren Schlussfolgerungen oft im Widerspruch zur Vorstellung einer einheitlichen national feststehenden Kultur stehen.<sup>63</sup>

---

(Entscheidungen der Gerichte, Doktrin etc.) und schließlich allen anderen Elementen, die er „kulturell“ nennt. Dazu schreibt er: „legal culture [...] determines when and why and where people turn to law or government or turn away“, siehe *Friedman*, *Law and Society Review* 1969, 29 (34); oder: „[legal cultures are] ideas, values, expectations and attitudes towards law and legal institutions, which some public or some part of public hold“, siehe *Friedman*, in: *Comparing Legal Cultures*]; auch wenn *Friedman* nicht bestreitet, dass innerhalb einer Gesellschaft unterschiedliche Rechtskulturen existieren können (z. B. zwischen schwarzen und weißen Menschen, dazu *Friedman*, *The Republic of Choice*, S. 213], misst er der Idee nationaler Rechtskulturen in seinen Untersuchungen Bedeutung bei; so z. B. „each country or society has a legal culture of its own“, siehe *Friedman*, *The Legal System*, S. 209.

<sup>62</sup> *Cotterrell*, in: *Nelken*, *Comparing Legal Cultures* fordert daher sogar, auf die Verwendung zu verzichten; vgl. zur theoretischen Unschärfe auch *Mankowski*, *JZ* 2009, 321; *Mankowski*, *Rechtskultur*, S. 523, dessen Resümee angesichts der Bedeutungsfacetten nach mehr als 500 Seiten ist, den Begriff der Rechtskultur nicht einmal „annähernd vollständig beschrieben und beleuchtet zu haben.“

<sup>63</sup> So ist z. B. *David Nelken*, eine prominente Figur in der Forschung zu Rechtskultur (vgl. nur *Nelken*, *Comparing Legal Cultures*; *Nelken*, *Comparative Criminal Justice*; *Nelken/Feest*, *Adapting Legal Cultures*) grundsätzlich davon überzeugt, „Rechtskultur“ als Konzept zu verwenden (*Nelken*, in: *Nelken/Örücü*, *Comparative Law: A Handbook*). Er problematisiert aber, inwiefern die verbreitete Assoziation von Rechtskulturen mit Nationalstaaten in Zeiten der Globalisierung noch trage. Einerseits wären Nationalstaaten keine kohärenten Gebilde, sondern in sich und abhängig von der spezifisch untersuchten Subgruppe heterogen (Mikroebene). Andererseits gäbe es in einer durch die Globalisierung geprägten Welt einen so intensiven gegenseitigen Austausch und Verbindungen, dass auch auf der Makroebene die Bedeutung von Nationalstaaten abnehmen würde *Nelken*, *Australian Journal of Legal Philosophy* 2004, 1. Für ein differenziertes Verständnis von Kultur plädiert auch *Garland* (insb. und zum Folgenden *Garland*, *Theoretical Criminology* 2006, 419; vgl. auch bereits *Garland*, *The Culture of Control*; *Garland*, *Punishment and Modern Society: A study in Social Theory*). In Anlehnung an *Sewell* (*Sewell*, in: *Bonnell/Hunt*, *Beyond the Cultural Turn: New Directions in the Study of Society and Culture*, S. 35) differenziert er zwischen zwei Arten, wie der Kulturbegriff in der jüngeren soziologischen oder historischen Forschung zu Strafe verwendet wird: einerseits um bei der Erklärung des Phänomens Strafen explizit auf kulturelle Faktoren in Abgrenzung zu wirtschaftlichen oder politischen zu verweisen; andererseits – übereinstimmend mit dem Verständnis bei *Boas* eines Kulturrelativismus – um zwischen verschiedenen Kulturen zu unterscheiden. Im zweiten Sinne meint *Garland* mit „Kulturen“ alle Traditionen, Institutionen und Werte, die typischerweise mit einer bestimmten Gruppe bzw. einer bestimmten Nation assoziiert wären. *Garland* identifiziert in beiden Ansätzen Probleme: Bei Kultur im ersten Sinne gibt er zu bedenken, dass die Trennung zwischen kulturellen, wirtschaftlichen und politischen Faktoren nicht einfach handhabbar sei (425–428), bei Kultur im zweiten Sinne, dass die scheinbare Homogenität sozialer Gruppen nicht der komplexen Realität entspreche (429–431) und verweist dabei auf *Abu-Lughod*, in: *Oakes/Price*, *The Cultural Geography Reader*.

Bezüglich des spezifischen Verständnisses einer nationalen und homogenen Kultur finden sich ebenfalls noch gewisse Anknüpfungspunkte in der Politikwissenschaft.<sup>64</sup> Allerdings ist innerhalb der Politikwissenschaft das Potenzial dieser Erklärungsansätze grundsätzlich umstritten.<sup>65</sup> Gerade die Vorstellung von Kulturen als statische und in sich geschlossene Gebilde hat starke Kritik auf sich gezogen.<sup>66</sup> Auch die (Kultur-)Anthropologie, Ethnologie und die Kulturwissenschaften lehnen die Vorstellung von Kultur als einheitlichem und an ein bestimmtes Kollektiv gekoppeltem System größtenteils ab.<sup>67</sup> Die damit verbundenen Konnotationen, insbesondere einer Abgrenzung der „eigenen“ gegenüber „fremder“ Kulturen, werden kritisch gesehen und die wissenschaftliche Verwendung des Kulturbegriffs daher oft vermieden.<sup>68</sup> Das anthropologische bzw. ethnologische Kulturverständnis grenzt sich von einem Kulturbegriff des öffentlichen Diskurses oder der Medien ab, die durch Bezeichnungen wie „christliche“, „muslimische“ oder „deutsche“ Kultur ebenfalls suggerieren, dass es sich dabei um kohärente und in sich geschlossene Systeme handele, die auf Nationalstaaten oder Religionen anwendbar seien.<sup>69</sup> Vorherrschend ist in der Anthropologie ein

---

<sup>64</sup> Durch den Vergleich mehrerer Staaten, deren politische Systeme zwar ähnlich aufgebaut aber unterschiedlich stabil waren, untersuchte eine wegweisende Studie von *VerbalAlmond*, *The Civic Culture*, inwiefern eine nationale „politische Kultur“ als Erklärungsansatz helfen kann; Auch Huntington, *Huntington*, *Kampf der Kulturen; The Clash of Civilizations and the Remaking of World Order*, versteht „Kultur“ als eine Ansammlung von Werten, die jede Gesellschaft vom Ursprung her hat.

<sup>65</sup> Insb. wird eine Gefahr darin gesehen, dass sich aufgrund der nach wie vor bestehenden theoretischen Inkonsistenz letztlich alles mit Verweis auf „Kultur“ erklären lässt, vgl. *Pye/Verba*, *Political Culture and Political Development*, S. 513–517; *Pye*, *Social Science Quarterly* 1972, 285 (287).

<sup>66</sup> Insb. *Huntington* wurde scharf kritisiert, vgl. u. a. *Said*, *The Nation* 2001; vgl. ebenfalls kritisch *Henderson/Tucker*, *International Studies Quarterly* 2001, 317; *Russett u. a.*, *Journal of Peace Research* 2000, 583; zum Vorwurf des Kulturdeterminismus und der Überbewertung von Kultur und Struktur gegenüber dem Individuum und seinen Entscheidungen *Salzborn*, *Politische Kultur*, S. 27.

<sup>67</sup> *Reckwitz* bezeichnet diesen Kulturbegriff, den er auf *Johann Gottfried Herder* zurückführt, als „totalitätsorientiert“, vgl. *Reckwitz*, *Berliner Journal für Soziologie* 2001, 179 (185 ff.). Die Zugehörigkeit zu einer Gruppe (meist einem Staat) als Referenzrahmen zu privilegieren, ließe außer Acht, dass Menschen innerhalb einer Gesellschaft mehrere Kulturen haben können, vgl. in diese Richtung *Spencer-Oatey*, *GlobalPAD Core Concepts* 2012, 1 (18–19).

<sup>68</sup> Hervorstechend *Abu-Lughod*, in: *Oakes/Price*, *The Cultural Geography Reader*, S. 50 ff.; *Appadurai*, *Modernity at Large: Cultural Dimensions of Globalization*; vgl. auch *Ingold*, in: *Pálsson*, *Beyond Boundaries: Understanding, Translation and Anthropological Discourse*, S. 210.

<sup>69</sup> Vgl. speziell zu dem Auseinanderklaffen *Sökefeld*, in: *Stöber*, „Fremde Kulturen“ im Geographieunterricht. Analysen – Konzepte – Erfahrungen, S. 119 (120); *Kohl*, in: *Kohl*, *Aufwertung und Identität im transkulturellen Raum: Divergierende Rezeptionen zweier Mannheimer Stadtquartiere*, S. 19.

offenes, heterogenes, von Nationalstaaten losgelöstes Verständnis von Kulturen, die sich im Wechselspiel zueinander entwickeln.<sup>70</sup>

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass ein an Nationen gebundenes, homogenes Verständnis von Kultur wenig Rückhalt erfährt, wenn man sich die Kulturforschung intra- und interdisziplinär ansieht.<sup>71</sup> Aus den eher vermuteten als belegten nationalen kulturellen Eigenheiten lassen sich daher kaum Kriterien ziehen, die zwingend dafür sprächen, Kultur als etwas Nationalspezifisches zu behandeln.<sup>72</sup> Selbst wenn man die theoretischen Zweifel an dem Konzept beiseite lässt und unterstellt, dass national unterschiedliche Kulturen existieren, würde das bundesverfassungsgerichtliche Verständnis Fragen aufwerfen. So wäre beispielsweise unklar, wie sich der wachsende innereuropäische Austausch und Migration auf die kulturelle Entwicklung auswirken. Sie könnten nicht nur die nationalen Kulturen verändern, sondern auch zur Entstehung einer oder mehrerer gemeinsamer europäischer (Strafrechts-)Kultur(en) bereits beigetragen haben oder dies zukünftig tun.<sup>73</sup> Das Kulturverständnis des BVerfG scheint hier wenig offen, stattfindende gesellschaftliche Prozesse der kulturellen Annäherung (konstruktiv) verarbeiten zu können.<sup>74</sup>

### cc) Veränderung der gesellschaftlichen Realitäten

Ein dritter Einwand gegen die prinzipiellen Zweifel an der Integration besteht darin, dass sich die Plausibilität der Annahmen mit den sich verändernden gesellschaftlichen Legitimationsbedingungen wandelt. Wie der Rückblick veranschaulicht, ist die Integration des Straf- und Strafverfahrensrechts stark von gesellschaftlichen, politischen und rechtlichen Entwicklungen außerhalb des Strafrechts beeinflusst.<sup>75</sup> Zwar haben die letzten Jahre gezeigt, dass die „ever

<sup>70</sup> Einflussreich sind die Vorstellungen von *Geertz*, in: *The Interpretation of Cultures*, S. 3; *Spencer-Oatey*, *Culturally speaking*; *Hofstede*, *Online readings in psychology and culture 2011*, 3; *Hofstede*, *Cultures and Organizations: Software of the Mind*; *Bhabha*, *The Location of Culture*.

<sup>71</sup> Im Ergebnis ebenfalls kritisch *Meyer*, *Demokratieprinzip und Europäisches Strafrecht*, S. 126 f.

<sup>72</sup> *Roxin/Schünemann*, *Strafverfahrensrecht*, § 3, Rn. 18 zweifeln noch aus einem weiteren Grund an der Stichhaltigkeit. Ihnen zufolge steht die Strafrechtsentwicklung in Europa auf dem gemeinsamen europäischen Fundament der Aufklärung, weswegen auch die kulturelle Prägung europäisch sei. Aus diesem Grund stehe es nicht im beliebigen Ermessen der nationalen Gesetzgeber, Strafrecht beliebig einzusetzen. Sie wären stets an den gemeinsamen *Ultima-ratio*-Grundsatz im Strafrecht gebunden.

<sup>73</sup> Vgl. dazu *Colson/Field*, *EU Criminal Justice and the Challenges of Diversity*; auch bereits *Quintero Olivares*, in: *Strafrecht und Wirtschaftsstrafrecht Dogmatik, Rechtsvergleich, Rechtstatsachen*. Festschrift für Klaus Tiedemann zum 70. Geburtstag, S. 1339 (1343 ff.).

<sup>74</sup> Dazu überzeugend *Burchard*, *Zeitschrift für rechtswissenschaftliche Forschung* 2017, 277 (301–302); vgl. auch *Burchard*, in: *Tiedemann/Sieber/Satzger/Burchard/Brodowski*, *Die Verfassung moderner Strafrechtspflege – Erinnerung an Joachim Vogel*, S. 27 (39–40).

<sup>75</sup> Dazu gehören die Kriminalitätsentwicklung und die gestiegene Notwendigkeit, Politikziele, Interessen, Werte und Institutionen zu schützen, vgl. *Erster Teil*, B., II., 2., a) und 3., a).



closer union“ kein Automatismus ist.<sup>76</sup> Angesichts der globalen Herausforderungen scheint es aber insgesamt unwahrscheinlich, dass die Errungenschaften der EU von nun an schrittweise rückabgewickelt werden und eine weitgehende Re-Nationalisierung politischer Aufgaben angestrebt wird. Vielmehr zeichnet sich an vielen Stellen eine noch engere Zusammenarbeit ab. Für das Strafrecht bedeutet das, dass die Problemlösungskompetenz des nationalen Rahmens nicht steigen, sondern tendenziell eher abnehmen dürfte. Wie geschildert ist aber die Garantie von Freiheit und Sicherheit für die Legitimität eines strafrechtlichen Systems essenziell (Output-Legitimität).<sup>77</sup> Eine zu starke Fokussierung auf input-legitimierende Gesichtspunkte scheint aus dieser Perspektive gefährlich. Unabhängig davon, ob die Annahme eines idealen demokratischen Strafrechtsdiskurses in den Mitgliedsstaaten empirisch so zutrifft,<sup>78</sup> riskiert eine zu enge Fokussierung auf den nationalen Rahmen, überspitzt gesagt, zwar ein demokratisch wünschenswertes Verfahren zu garantieren, dessen ausgehandelte Ergebnisse aber aufgrund der oft europäischen Dimension der Probleme nicht mehr umsetzen zu können.<sup>79</sup> Die sich ändernden gesellschaftlichen Bedingungen könnten es erfordern, Input- und Output-Legitimität neu zu bestimmen und ihr Verhältnis zueinander neu auszutarieren.

Folgendes Beispiel kann dies veranschaulichen. Angenommen Bürger\*innen eines Mitgliedsstaates wollen angesichts immer bedrohlicher werdender Folgen der globalen Erwärmung in Ergänzung zu ihrem Umweltstrafrecht ein eigenes „Klimastrafrecht“ schaffen.<sup>80</sup> Die Stimmung der Bevölkerung findet vermittelt durch Parteien und zivilgesellschaftliche Akteur\*innen Gehör im nationalen Parlament. Nach Anhörung von Expert\*innen und mehreren Debatten beschließt das Parlament mehrheitlich, ein Klimastrafrecht einzuführen, das u. a. den Ausstoß bestimmter Mengen klimaschädlicher Emissionen unter Strafe stellt. Auch wenn hier input-legitimierend ein demokratisches Verfahren zu beobachten ist,

---

<sup>76</sup> Im Gegenteil haben jüngere Entwicklungen – nicht zuletzt als besonders markantes Beispiel der Brexit – verdeutlicht, dass Desintegration nicht mehr nur eine politische Option ist, sondern zur handfesten Wirklichkeit werden kann. Auch zukünftig erscheinen desintegrative Tendenzen nicht unwahrscheinlich. Sie müssen allerdings nicht zwangsläufig einen Rückschritt oder etwas Negatives darstellen. Sofern sie nicht die EU als Ganzes oder für sie fundamentale Aspekte (so insb. gewisse Anforderungen der Rechtsstaatlichkeit) infrage stellen, kann eine Differenzierung der Integration sogar wünschenswert sein. Das Spannungsverhältnis zwischen europäischer Einheit und mitgliedstaatlicher Vielfalt prägt seit jeher den Prozess der Integration. Es ist auch zukünftig zu erwarten, dass bereichsspezifisch neue regulative Antworten gefunden werden, die das föderale Verhältnis anders als bisher ausgestalten und damit eine dynamische Integration prägen.

<sup>77</sup> Vgl. zur Output- und Input-Legitimation bereits *Erster Teil*, B., II., 1., b).

<sup>78</sup> Kritisch zum Trend gubernativer Rechtssetzung auch innerhalb der Nationalstaaten z. B. *VogellEisele*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, *Das Recht der Europäischen Union*, Art. 83, Rn. 19; vgl. auch *Gärditz*, in: Böse, *Europäisches Strafrecht (EnzEuR XI)*, § 6, Rn. 21.

<sup>79</sup> Vgl. auch *Meyer*, *Demokratieprinzip und Europäisches Strafrecht*, S. 118.

<sup>80</sup> Dazu *Satzger/von Maltitz*, *ZStW* 2021, 1.

wird die Wirksamkeit des Klimastrafrechts maßgeblich von zwei Faktoren abhängen: nämlich zum einen, ob andere Mitgliedsstaaten ebenso die Einhaltung klimaschutzrechtlicher Kernvorschriften (notfalls auch strafrechtlich) sicherstellen; und zum anderen, ob sie bei regelmäßig vorliegendem transnationalem Bezug der Delikte bei der Strafverfolgung assistieren.<sup>81</sup> Gerade bei grenzüberschreitenden oder gar globalen Schutzgütern wie dem Klima tritt besonders deutlich zutage, dass nationale Regulierungsversuche allein an Grenzen stoßen. Ohne eine Abstimmung zumindest auf europäischer Ebene wird sich auf das Klima bezogene „Sicherheit“ nicht garantieren lassen.

Das gilt grundsätzlich auch für das materielle Strafrecht und die Frage, welches Verhalten strafrechtlich sanktioniert werden soll. Auch hier sind die Mitgliedsstaaten grundsätzlich frei, in demokratischen Verfahren festzulegen, was sie kriminalisieren und umgekehrt entkriminalisieren wollen. Viele Fragen weisen aber eine grenzüberschreitende Dimension auf, die zu Reibungspunkten zwischen möglichst hoher Input-Legitimation und effektiver Zielerreichung führen kann. So kann eine demokratisch gewünschte Entkriminalisierung bestimmter Suchtmittel beispielsweise in Konflikt mit Vorgaben der EU bzw. internationaler Übereinkünfte der Vereinten Nationen zur effektiven Bekämpfung von internationaler Drogenkriminalität geraten.<sup>82</sup> Auch für das Ziel der EU, einen fairen Wettbewerb zu gewährleisten, wäre es hinderlich, wenn Mitgliedsstaaten wiederum input-legitimiert bestimmte Verhaltensweisen entkriminalisieren könnten, die ihnen im Verhältnis zu anderen Mitgliedsstaaten einen relativen Vorteil verschaffen.<sup>83</sup> Zusammengefasst sollen diese Ausführungen zeigen, dass das Verhältnis von Input- und Output-Legitimation bei sich ändernden gesellschaftlichen Bedingungen stetig neu evaluiert werden muss.

### 3. Zwischenergebnis

Insgesamt folgt aus den angestellten Erwägungen, dass der möglichst weitgehende Erhalt nationalen Strafrechts nicht *per se* der beste Weg ist, um eine de-

---

<sup>81</sup> Siehe zu den Herausforderungen einer globalen Anwendung nationaler Klimaschutzvorschriften im Strafrecht vgl. *Satzger/von Maltitz*, ZStW 2021, 1 (26–30).

<sup>82</sup> Vgl. dazu z. B. Mitteilung der Kommission vom 18. Januar 2021 als Reaktion auf die Petition 0703/2020 (abrufbar unter: [https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/PETI-CM-663330\\_DE.pdf](https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/PETI-CM-663330_DE.pdf), zuletzt aufgerufen am 05.06.2023). Dazu und generell für eine Stärkung der Möglichkeiten zur Entkriminalisierung in der EU plädieren *Vogell/Schneider*, in: *Europäisches Strafrecht* (EnzEuR XI), § 7, Rn. 33.

<sup>83</sup> Die Existenz von strafrechtlichen Anweisungskompetenzen und des früh entwickelten Äquivalenz- und Effektivitätsgebots unterstreichen, dass auch materiellrechtlich der Liberalisierung Grenzen gesetzt sein können, siehe EuGH, Urteil vom 21. September 1989, C-68/88, Griechischer Mais, Rn. 23 ff.; vgl. dazu *Gärditz*, in: Böse, *Europäisches Strafrecht* (EnzEuR XI), § 6, Rn. 2. Eine Lösung kann hier nur auf der europäischen Ebene erreicht werden, auch wenn dort die demokratischen Bedingungen für Input-Legitimation weniger geeignet sein sollten.

mokratische, grundrechtssensible und dadurch legitime Strafrechtspflege in der EU zu sichern. Auch wenn immer wieder angeführt wird, dass nur die Nationalstaaten die demokratischen Voraussetzungen für das Strafrecht bieten, ist diese Sichtweise wissenschaftlich nicht zwingend. Auch die vorgebliche, aber wissenschaftlich (wenn überhaupt) nur schwer fassbare kulturelle Bedingtheit führt nicht zu einer zwingenden Festlegung auf ein nationales Strafrecht. Wenn man zusätzlich berücksichtigt, dass ein (rein) nationales Strafrecht angesichts transnationaler und globaler Herausforderungen weder Freiheit noch Sicherheit effektiv gewährleisten kann, wird noch fraglicher, ob ein „Rückzug“ auf diesen Rahmen aus legitimatorischer Sicht immer die bessere Option darstellt. Im Gegenteil kann die Zusammenarbeit in der EU nicht nur generell, sondern auch im Strafrecht eine *Erweiterung* der demokratischen Optionen bedeuten. Das heißt umgekehrt nicht, dass alle Entscheidungen zentralisiert und einheitlich auf der EU-Ebene erfolgen müssten. Viele strafrechtliche Fragen können auch weiterhin national demokratisch geregelt werden, wobei kulturelle Prägungen grundsätzlich Berücksichtigungen finden können. Erforderlich ist lediglich, die Zuständigkeitsverteilung zwischen der EU und den Mitgliedsstaaten an neu zu fassenden Kriterien auszurichten, statt mit der pauschalen Zuschreibung auf das Nationale zu operieren. Diese Kriterien können nicht sinnvoll allein aus der nationalen Perspektive heraus bestimmt werden, sondern erfordern einer europäischen Thematisierung.

## II. Richtung 2: Ausgleich durch die EMRK

In der Auseinandersetzung mit der Gestaltung des Strafrechts in Europa beschäftigt sich in der Strafrechtswissenschaft eine zweite Richtung von Ansätzen damit, inwiefern die Europäische Konvention zum Schutz der Menschenrechte (EMRK) einen möglichen liberalen, individualschützenden Ausgleich zur einseitig sicherheitsfokussierten EU-Integration bilden könnte.

### 1. Übergreifende Darstellung der Richtung

Um den Gefahren einer zu stark exekutiven und strafverfolgungsorientierten EU-Kriminalpolitik entgegenzuwirken, zeichnete sich ab der Jahrtausendwende ein weiterer wissenschaftlicher Ansatz ab. Er bestand darin, die Potenziale der EMRK für die europäische Strafrechtsentwicklung zu erkunden.<sup>84</sup> Mitursächlich für die verstärkte Hinwendung zur EMRK war, dass der Einfluss des Europä-

---

<sup>84</sup> Die EMRK ist ein völkerrechtlicher Vertrag zwischen den Mitgliedern des Europarats, vgl. zur Entstehungsgeschichte *Grabenwarter/Pabel*, Europäische Menschenrechtskonvention, § 1; vgl. zum Europarat, seiner Geschichte und Instrumente *Wittinger*, Der Europarat: Die Entwicklung seines Rechts und der „europäischen Verfassungswerte“.

ischen Gerichtshofes für Menschenrechte (EGMR) durch eine grundlegende Reform 1998 geweitet wurde.<sup>85</sup> Durch seine Urteile trug der EGMR wesentlich dazu bei, die EMRK zu dem bis heute zentralen Abkommen eines europäischen Menschenrechtsschutzes weiterzuentwickeln. Speziell für das Strafrecht stand dabei häufig die Frage im Zentrum, inwiefern die Vertragsstaaten die Menschenrechte von Individuen einschränkten, indem sie bestimmte Verhaltensweisen strafrechtlich verfolgten oder sie mit Kriminalstrafe bedrohten.<sup>86</sup> Umgekehrt gab es aber auch Entscheidungen, die andeuteten, dass eine Pflicht zum Einsatz von Strafrecht (oder effektiven strafrechtlichen Ermittlungen) bestehen könne, um Menschenrechte zu schützen.<sup>87</sup> Ganz besonders steht die Rechtsprechung des EGMR schließlich dafür, (Mindest-)Rechte von Individuen in Strafverfahren zu definieren.<sup>88</sup>

Die wissenschaftliche Konzentration auf die EMRK lag zunächst angesichts ihrer hohen Bedeutung für den europäischen Grund- und Menschenrechtsschutz sowie des Umstandes, dass die EU zu Beginn der 2000er-Jahre noch über keinen eigenen schriftlich fixierten und rechtlich verbindlichen Grundrechtskatalog verfügte, nahe.<sup>89</sup> Sich bei der Suche nach Freiheits- und Individualrechtsschutz im Strafrecht der EMRK und der Rechtsprechung des EGMR zuzuwenden, schien

---

<sup>85</sup> Siehe Protokoll Nr. 11 zur Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten über die Umgestaltung des durch die Konvention eingeführten Kontrollmechanismus. Zur Entwicklung des EGMR sowie seiner Organisation und Struktur vgl. *Grabenwarter/Pabel*, Europäische Menschenrechtskonvention, § 6–8.

<sup>86</sup> Z. B. Kriminalisierung von Homosexualität (im Privaten) als Verletzung von Art. 8 EMRK EGMR, Urteil vom 22. Oktober 1981 – 7525/76 (*Dudgeon ./. GB*); allerdings stellte es nach Auffassung des EGMR keine Verletzung von Art. 8 EMRK dar, Inzest zu kriminalisieren, vgl. EGMR, Urteil vom 12. April 2012 – 43547/08 (*Stübing v Deutschland*); Kriminalisierung der Leugnung von Genozid (Armenien) stellte eine Verletzung von Art. 10 EMRK EGMR (Große Kammer), Urteil vom 15. Oktober 2015 – 27610/08 (*Perinçek ./. Schweiz*).

<sup>87</sup> Vgl. dafür EGMR, Urteil vom 30. November 2004 – 48939/99 (*Öneryıldız ./. Türkei*), Rn. 92 ff.; zu staatlichen Schutzpflichten zum Einsatz von Strafrecht, vgl. *Gaede*, in: *Knauer/Kudlich/Scheider*, Münchener Kommentar zur StPO und EMRK, Art. 2 EMRK, Rn. 16–20; allgemein aus dem Verfassungsrecht *Nettesheim*, in: *Bäcker/Burchard*, Strafverfassungsrecht, S. 93; aus rechtsphilosophischer Perspektive vgl. *Harel*, *Law and Philosophy* 2015, 1.

<sup>88</sup> Die EMRK beinhaltet mehrere Artikel, die speziell für Strafverfahren grundlegende Garantien bereithalten. Dazu gehören Art. 3 (Verbot der unmenschlichen und erniedrigenden Behandlung), Art. 5 (Einschränkungen des staatlichen Festnahmerechts) sowie ganz hervorgehoben Art. 6 (Recht auf ein faires Verfahren). Für einen Überblick vgl. *Schramm*, Internationales Strafrecht, Kapitel 3, Rn. 35 ff. Speziell zu Art. 6 EMRK, der neben der allgemeinen Garantie eines fairen Verfahrens in Absatz 1 auch spezifische Rechte, die beschuldigten Personen in Strafverfahren zustehen, formuliert, siehe *Guide on Article 6 of the European Convention on Human Rights: Right to a fair trial (criminal limb)*; abrufbar unter: [https://www.echr.coe.int/documents/guide\\_art\\_6\\_criminal\\_eng.pdf](https://www.echr.coe.int/documents/guide_art_6_criminal_eng.pdf) (updated on 31 August 2022), zuletzt aufgerufen am 05.06.2023.

<sup>89</sup> Die GR-Charta war zwar bereits 2000 feierlich proklamiert worden, erlangte aber nach dem Scheitern des Verfassungsentwurfs letztlich erst 2009 Rechtskraft, vgl. *Nicolaysen*, in: *Heselhaus/Nowak*, Handbuch der Europäischen Grundrechte, § 1, Rn. 73 ff.

daher plausibel. Bei näherer Betrachtung ist es allerdings durchaus bemerkenswert, den Schutz der Freiheitsdimension eines europäischen Strafrechts nicht innerhalb der EU, sondern außerhalb, in einem grundsätzlich eigenständigen völkerrechtlichen Abkommen zu suchen. Tatsächlich wurden EMRK und EU in den Darstellungen oft als konträre Pole in der Europäisierung des Strafrechts wahrgenommen. So stellte beispielsweise für *Thomas Weigend* der Menschenrechtsschutz durch die EMRK „die ‚gute‘ Seite der europäischen Rechtsentwicklung“ dar.<sup>90</sup> Sie stehe „für eine liberale Justizpolitik, die die Rechte des Individuums gegenüber staatlicher Machtausübung in Schutz nimmt.“<sup>91</sup> *Weigend* leitete daraus ab, dass es für eine europäisch denkende Strafrechtswissenschaft sinnvoll wäre, „den materiell-rechtlichen Gehalt der EMRK herauszuarbeiten und ihn als Gegengewicht gegenüber einer umfassenden Inkriminierungsstrategie [der EU] wirksam werden zu lassen.“<sup>92</sup>

Paradigmatisch für den Ansatz, die EMRK als Garanten für die Freiheits- und Menschenrechtsdimension eines europäischen Strafrechts bzw. Strafverfahrensrechts zu erkunden, steht die Untersuchung von *Robert Esser* „Auf dem Weg zu einem europäischen Strafverfahrensrecht“ aus dem Jahr 2002.<sup>93</sup> *Esser* beginnt seine Studie mit zwei Ausgangsbefunden, nämlich erstens, dass zwischen den Strafverfahrensrechtsordnungen in Europa eine große Heterogenität existiere und zweitens, dass die zunehmende polizeiliche Dominanz in Strafverfahren und die einseitig an Effektivität und Funktionalität ausgerichtete justizielle Zusammenarbeit eine Gefahr für das Strafverfahrensrecht darstellen.<sup>94</sup> Davon ausgehend leitet er die Notwendigkeit für eine Harmonisierung europäischer Strafverfahrensrechte her. *Esser* wirft sodann die Frage auf, welche Institution dafür am geeignetsten sei. Er geht dabei explizit auf die EU ein, deren Potenzial er aber pessimistisch beurteilt.<sup>95</sup> Die EU habe von den Mitgliedsstaaten „keinen allgemeinen Auftrag zur Herstellung einer Rechtseinheit oder eines europäischen Rechtsstaates erhalten, sondern soll sich auf die Entwicklung eines Europäischen Rechtsraums beschränken.“<sup>96</sup> Die Rechtsangleichung folge „keinem allgemeinen

<sup>90</sup> *Weigend*, StV 2001, 63 (63).

<sup>91</sup> *Weigend*, StV 2001, 63 (64).

<sup>92</sup> *Weigend*, StV 2001, 63 (68); die unterschiedlichen Richtungen von EU und EMRK betont auch *Nestler*, ZStW 2004, 332 (332 f.): Während die EU für eine „Ausweitung staatlicher Macht bei der Strafverfolgung“ verantwortlich sei, würde die EMRK und der EGMR „recht einsam, aber dafür um so strahlender“ für die Begrenzung stehen. Der EGMR wird daher „als Garant einer europäischen Grundrechtskultur gerade auch im Strafverfahren“ verstanden.

<sup>93</sup> Siehe *Esser*, Auf dem Weg zu einem europäischen Strafverfahrensrecht; vgl. bereits zuvor die Ansätze bei *Frowein*, in: Kreuzer/Scheuing/Sieber, Europäischer Grundrechtsschutz, S. 25; *Kühne*, in: Kreuzer/Scheuing/Sieber, Europäischer Grundrechtsschutz, S. 55; auch *Jung* attestiert der EMRK früh eine zentrale Rolle für das europäische Strafrecht *Jung*, JuS 2000, 417 (422).

<sup>94</sup> *Esser*, Auf dem Weg zu einem europäischen Strafverfahrensrecht, S. 1–26.

<sup>95</sup> *Esser*, Auf dem Weg zu einem europäischen Strafverfahrensrecht, S. 31 ff.

<sup>96</sup> *Esser*, Auf dem Weg zu einem europäischen Strafverfahrensrecht, S. 40.

Prinzip, sondern definiert sich über die Erreichung bestimmter politischer und ökonomischer Ziele.<sup>97</sup> Mit ihren eng definierten Kompetenzen (Stand von Amsterdam) sei von der EU nur ein begrenzter Harmonisierungsbeitrag zu erwarten, der sich wenn überhaupt primär auf die eigenen finanziellen Interessen beschränke.<sup>98</sup> Statt auf dem effektiven Schutz von Verfahrensrechten würde der Schwerpunkt der EU weiter auf Interessen der Strafverfolgung liegen, wobei sich Institutionen wie Europol, OLAF oder Eurojust der benötigten justiziellen Kontrolle entzögen.<sup>99</sup>

Für *Esser* bilden statt der EU der Europarat, die EMRK und die Rechtsprechung des EGMR die am besten geeigneten Anknüpfungspunkte für die anvisierte Harmonisierung.<sup>100</sup> Dies begründet er zum einen damit, dass der Europarat losgelöst von ökonomischen Zielen nur den Prinzipien der Freiheit, der Demokratie, der Menschenrechte und der Rechtsstaatlichkeit verpflichtet sei und zum anderen damit, dass der Europarat im Vergleich zur EU eine größere Anzahl von Mitgliedern aufweise. Im Hauptteil seiner Untersuchung analysiert *Esser* daher die Rechtsprechung des EGMR mit Bezug zum Strafverfahrensrecht zwischen 1959 und 1999<sup>101</sup> und evaluiert das Potenzial zur Harmonisierung der europäischen Strafverfahrensrechte auf Grundlage der Urteile.<sup>102</sup> Bis heute wird die von *Esser* systematisierte EMRK-Rechtsprechung als Grundlage eines europäischen Strafverfahrensrechts gesehen.<sup>103</sup>

Die wissenschaftliche Aufmerksamkeit für die EMRK in strafrechtlichen Fragen ist auch sonst nach wie vor groß.<sup>104</sup> Der EGMR hat in den letzten beiden Jahrzehnten durch seine Rechtsprechung die konkreten Gewährleistungen der strafrechtsrelevanten Artikel weiter präzisiert und ausdifferenziert.<sup>105</sup> Neben den

---

<sup>97</sup> *Esser*, Auf dem Weg zu einem europäischen Strafverfahrensrecht, S. 40.

<sup>98</sup> *Esser*, Auf dem Weg zu einem europäischen Strafverfahrensrecht, S. 33 ff.

<sup>99</sup> *Esser*, Auf dem Weg zu einem europäischen Strafverfahrensrecht, S. 41.

<sup>100</sup> Dazu und dem Folgenden *Esser*, Auf dem Weg zu einem europäischen Strafverfahrensrecht, S. 41–43.

<sup>101</sup> *Esser*, Auf dem Weg zu einem europäischen Strafverfahrensrecht, 2. Teil (S. 51–816).

<sup>102</sup> *Esser*, Auf dem Weg zu einem europäischen Strafverfahrensrecht, 3. Teil (S. 817–874).

<sup>103</sup> So mit Verweis auf *Esser* z. B. *Böse*, in: *Böse*, Europäisches Strafrecht (EnzEuR XI), § 1, Rn. 5 (Fn. 27); *Gärditz*, in: *Böse*, Europäisches Strafrecht (EnzEuR XI), § 6, Rn. 20 (Fn. 115).

<sup>104</sup> Vgl. z. B. *Weisser*, in: *Brown/Turner/Weisser*, The Oxford Handbook of Criminal Process; vgl. auch *Roxin/Schünemann*, Strafverfahrensrecht, S. 16 ff.; vgl. zur Übersicht bis 2010 den Literaturbericht von *Jung*, ZStW 2010, 409; zu den Auswirkungen auf nationale Strafrechtssysteme vgl. die Länderberichte bei *Keller/Sweet*, A Europe of Rights.

<sup>105</sup> Zu den Urteilen existiert eine große Zahl an Besprechungen; vgl. nur beispielhaft die Übersicht für EGMR Rechtsprechung zwischen 2018 und 2020 bei *Ambos/Rackow*, NStZ 2020, 397 ff.; für das deutsche Strafprozessrecht herausgreifen lassen sich die Frage unzulässiger Tatprovokationen (*agent provocateur*), vgl. dazu *Gaede/Buermeyer*, HRRS 2008, 279, *Meyer/Wohlert*, JZ 2015, 761, *Petzsch*, JR 2015, 81; zuletzt EGMR, Urteil vom 15. Oktober 2020 – 40495/15, 40913/15, 37273/15 (Akbat und andere ./. Deutschland), dazu *Petzsch*, JR 2021, 368; der Einsatz von Brechmitteln, vgl. EGMR (Große Kammer), Urteil vom 11.7.2006 – 54810/00 (Jalloh ./. Germany), dazu *Gaede*, HRRS 2006, 241; die Zulässigkeit der Sicher-

Besprechungen dieser Urteile existiert eine Reihe von teils monografischen Untersuchungen, die sich einzelnen Konventionsgarantien und ihrer Bedeutung für das Straf- und Strafverfahrensrecht zuwenden.<sup>106</sup> Sie befassen sich u. a. mit dem Grundsatz „Keine Strafe ohne Gesetz“ aus Art. 7 EMRK,<sup>107</sup> der Garantie von Freiheit und Sicherheit in Art. 5 EMRK<sup>108</sup> sowie den Anforderungen an ein faires Verfahren und den Einzelgarantien aus Art. 6 EMRK.<sup>109</sup> Schließlich finden sich Bezugnahmen zur EMRK mittlerweile in fast allen Untersuchungen, die einzelne Aspekte des Straf- und Strafverfahrensrechts aus einer grund- und menschenrechtlichen Perspektive betrachten.<sup>110</sup> Die EMRK, konkretisiert in der Rechtsprechung des EGMR, bildet bis heute einen maßgeblichen *europäischen* Menschenrechtsstandard im Straf- und Strafverfahrensrecht.

Die Bedeutung der EMRK erschöpft sich nicht darin, Einfluss auf die nationalen Strafrechtsentwicklungen zu nehmen. Auch für die EU wird ihr eine wichtige Rolle beigemessen.<sup>111</sup> In der Rechtspraxis nimmt der EuGH bei der Auslegung der EU-Grundrechtecharta regelmäßig Bezug auf die EMRK.<sup>112</sup> Wissenschaftlich betont insbesondere *Karsten Gaede*, dass die EMRK eine „wichtige Brückenfunktion für die Europäisierung des Strafrechts“ insgesamt habe.<sup>113</sup> Für

---

heitsverwahrung, vgl. EGMR, Urteil vom 17. Dezember 2009 – 19359/04 (M. J. Deutschland); zuletzt EGMR (Große Kammer), 4. Dezember 2018 – 10211/12 und 27505/14 (Inseher J. Deutschland); sowie die Androhung von Folter, vgl. EGMR (Große Kammer), Urteil vom 1. Juni 2010 – 22978/05 (Gaefgen J. Deutschland), dazu u. a. *Grabenwarter*, NJW 2010, 3128 ff.

<sup>106</sup> Vgl. insgesamt zum Einfluss auf das deutsche Strafrecht *Diehm*, Die Menschenrechte der EMRK und ihr Einfluss auf das deutsche Strafgesetzbuch.

<sup>107</sup> *Murphy*, European Human Rights Law Review 2010, 192 ff.; oder auch *Cassese*, Journal of International Criminal Justice 2006, 410; früh bereits *Kreicker*, Art. 7 EMRK und die Gewalttaten an der deutsch-deutschen Grenze. Zu den Urteilen des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte.

<sup>108</sup> Vgl. dazu *Unfried*, Die Freiheits- und Sicherheitsrechte nach Art. 5 EMRK.

<sup>109</sup> Besonders *Gaede*, Fairness als Teilhabe – Das Recht auf konkrete und wirksame Teilhabe durch Verteidigung gemäß Art. 6 EMRK; zum Aspekt von Zeugenbefragungen *Krausbeck*, Konfrontative Zeugenbefragungen; zu den verschiedenen Facetten des EGMR-Verständnisses zum Recht auf effektive Verteidigung, vgl. auch *Spronken u. a.*, Effective Criminal Defence in Europe.

<sup>110</sup> Exemplarisch nur *Stuckenberger*, Untersuchungen zur Unschuldsvermutung, S. 415 ff.

<sup>111</sup> Vgl. u. a. *Ambos*, ZStW 2003, 583, der seine Überlegungen zu den Anforderungen eines fairen Verfahrens, insb. der Waffengleichheit, als „Ausblick“ auch auf die Europäisierung des Strafrechts bezieht (634–637).

<sup>112</sup> Vgl. z. B. EuGH, Urteil vom 22. Februar 2022, C-562/21 (C-563/21) PPU, Rn. 77, 87. vgl. zu dem Bemühen des EuGH der Rechtsprechung des EGMR zu folgen *Szczekalla*, in: Heselhaus/Nowak, Handbuch der Europäischen Grundrechte, § 3, Rn. 33 ff.

<sup>113</sup> *Gaede*, Fairness als Teilhabe – Das Recht auf konkrete und wirksame Teilhabe durch Verteidigung gemäß Art. 6 EMRK, S. 53. *Gaede* hatte schon zuvor anlässlich der Kommissionspläne für ein europäisches Sonderstrafverfahren betont, dass die EMRK vollständig und in ihrer dynamischen Natur bei der Entwicklung eines europäischen Strafverfahrensrechts berücksichtigt werden müsse, vgl. *Gaede*, ZStW 2003, 845 (858 ff.).

ihn dränge sich der „zentrale Rückgriff auf Rechte und Prinzipien der EMRK“ (und der dazu ergangenen Rechtsprechung des EGMR) mit Blick auf die Entwicklung eines europäischen *fair trials* „normativ und praktisch auf“. <sup>114</sup> In seiner detaillierten Analyse zu Art. 6 EMRK zeigt er, wie der Grundsatz des fairen Verfahrens als Recht auf konkrete und wirksame Teilhabe durch Verteidigung verstanden werden kann. <sup>115</sup>

## 2. Diskussion der zukünftigen Bedeutung

Angesichts der großen Bedeutung der EMRK und der Rechtsprechung des EGMR für die Strafrechtsentwicklung in Europa stellt sich die Frage, warum die EMRK nicht auch zukünftig eine Lösung für die Herausforderungen, die sich in der Integration des Straf- und Strafverfahrensrechts stellen, weisen könnte. Sie könnte dafür dienen, um eine liberale Konzeption für das EU-Strafrecht zu entwickeln und somit eine Alternative zu Reaktivität und Sicherheitsfokussierung bieten. Wissenschaftlich wäre es dafür sinnvoll, sich auf die EMRK und die Rechtsprechung des EGMR zu fokussieren und die freiheits- und individual-schützenden Potenziale im Strafrecht (weiter) herauszuarbeiten. Die hier vertretene These ist allerdings, dass eine ausschließliche Orientierung an der EMRK und dem EGMR nicht ausreicht, um den spezifischen Anforderungen einer legitimen Strafrechtsentwicklung in der EU Rechnung zu tragen. Es bedarf zusätzlich eigener EU-spezifischer Ansätze zu einem kriminalpolitischen Konzept. Speziell für diese Aufgabe bietet sich eine (alleinige) Orientierung an der EMRK nicht an. Zwei Punkte sind für diese These zentral.

Wissenschaftliche Ansätze zur EMRK und zur Rechtsprechung des EGMR werden auch zukünftig eine wichtige Rolle haben, um eine legitime Strafrechtsentwicklung in Europa zu gewährleisten. Notwendig ist in dieser Hinsicht aber, die Rolle der EMRK im Verhältnis zur EU als eigenständigem Grundrechtsraum genauer zu bestimmen. Die EMRK sollte nach hier vertretener Ansicht primär als externe, menschenrechtsfokussierte Kontrollinstanz fungieren (dazu a)). Für die EU ist es aber über diese externe Kontrolle hinaus erforderlich, sich auch intern über die konzeptionelle Gestaltung des Rechts- und Politikbereichs Gedanken zu machen. Hierfür ist es prinzipiell zwar auch denkbar, wissenschaftlich an die EMRK anzuknüpfen, nach hier vertretener Ansicht sind die Potenziale aufgrund einiger Charakteristika der EMRK aber begrenzt (dazu b)).

---

<sup>114</sup> Gaede, *Fairness als Teilhabe – Das Recht auf konkrete und wirksame Teilhabe durch Verteidigung gemäß Art. 6 EMRK*, S. 54.

<sup>115</sup> Gaede, *Fairness als Teilhabe – Das Recht auf konkrete und wirksame Teilhabe durch Verteidigung gemäß Art. 6 EMRK*, insb. Kapitel 4 und 5.



## a) Weiterhin hohe Bedeutung der EMRK und wissenschaftlicher Ansätze

Für die Entwicklung des europäischen Grundrechtsschutzes im Strafrecht sind die EMRK, die Rechtsprechung des EGMR und ihre wissenschaftliche Begleitung von herausragender Bedeutung. Die Wirkung der EMRK und der EGMR-Urteile erschöpft sich nicht darin, über die Jahrzehnte zahlreiche konventionswidrige Praktiken der Staaten festgestellt und diese daraufhin zu ihrer Behebung verurteilt zu haben.<sup>116</sup> Der EGMR hat durch seine Urteile auf *Maßstabsebene* einen weit ausdifferenzierten europäischen Menschenrechtsstandard etabliert. Mit Blick auf das Strafrecht lässt sich dabei die Stärkung der Rechte von beschuldigten und angeklagten Personen in Strafverfahren, insbesondere durch die Garantie eines fairen Verfahrens (Art. 6 EMRK), besonders hervorzuheben.<sup>117</sup> Aber auch über Art. 6 EMRK hinaus hat die Rechtsprechung des EGMR immer wieder gezeigt, dass straf- und strafverfahrensrechtliche Regelungen der Vertragsstaaten in Konflikt mit Menschenrechten aus der Konvention geraten können.

Speziell mit Blick auf die europäische Integration des Straf- und Strafverfahrensrecht in der EU ist eine wissenschaftliche Auseinandersetzung mit der EMRK auch zukünftig wichtig. Für die Strafrechtswissenschaft scheinen zwei Aufgaben besonders relevant. Zum einen sollte sie die Maßstabsbildung und Anwendung durch den EGMR (kritisch) begleiten. Zum anderen können die EMRK-Maßstäbe auch weiter genutzt werden, um Entwicklungen in der Strafrechtsintegration menschenrechtlich von Seiten der Wissenschaft zu evaluieren.<sup>118</sup> Dass die EU mit der seit dem Vertrag von Lissabon rechtsverbindlichen Grundrechtecharta einen eigenen schriftlichen Grundrechtekatalog hinzugewonnen hat, ändert an der grundsätzlich hohen Bedeutung der EMRK für Wissenschaft und Praxis nichts. Im Gegenteil: Statt sich in Konkurrenz zum Europarat und zur EMRK zu stellen, betont die EU die enge Verbindung der beiden Ordnungen. Sowohl im Primärrecht als auch im institutionellen Verhältnis zwi-

<sup>116</sup> Vgl. zu den zwei Wirkungen auch *Esser*, Auf dem Weg zu einem europäischen Strafverfahrensrecht; sie beziehen sich zum einen auf das konkrete Verfahren (834–839) und haben zum anderen Signalwirkung darüber hinaus (839–841).

<sup>117</sup> Vgl. nur *Summers*, Fair Trials – The European Criminal Procedural Tradition and the European Court of Human Rights, S. xix.

<sup>118</sup> Dass wissenschaftliche Untersuchungen bisher fast ausschließlich auf den Maßstab der EMRK zurückgreifen (s.o.), findet auch darin eine Ursache, dass bislang wenige Alternativen für einen europäischen Grund- und Menschenrechtsstandard existieren. Die Gewährleistungen der Grundrechte-Charta scheinen bisher meist nahezu deckungsgleich mit der EMRK interpretiert zu werden, vgl. so zumindest für die Justizgrundrechte *Paeffgen*, ZStW 2007, 275 (278–312). Gerade im Strafrecht lässt sich das damit erklären, dass der EuGH aufgrund seiner nur eingeschränkten Zuständigkeit in der dritten Säule wenige Gelegenheiten dazu hatte, spezifische EU-Justizgrundrechte im Strafrecht zu konturieren. Bis heute finden sich daher in der Rechtsprechung des EuGH oft Verweise auf die Standards der EMRK.

schen EGMR und EuGH tritt die Verzahnung zwischen GRCh und EMRK deutlich hervor.<sup>119</sup>

Europa bildet somit einen Grundrechtsraum, in dem sich verschiedene Grund- und Menschenrechtsordnungen überlagern und gegenseitig ergänzen.<sup>120</sup> Negativ betrachtet birgt die Überlagerung zwar gewisse Gefahren,<sup>121</sup> umgekehrt sollte aber das große positive Potenzial, das das mehrlagige System bietet, nicht unterschätzt werden. So kann die wechselseitige Kontrolle der Ebenen zum einen ein hohes europäisches Grundrechtsniveau sichern. Zum anderen erlaubt das mehrlagige System, bei der konkreten Ausgestaltung des Grundrechtsschutzes kontextsensible Entscheidungen zuzulassen. Dadurch, dass nicht alle Fragen zentralisiert entschieden werden, lassen sich gesellschaftliche, politische und rechtliche Besonderheiten bei Grundrechtsfragen berücksichtigen. Angesichts der Heterogenität des europäischen (Rechts-)Raumes scheint darin schon allgemein ein Vorteil zu liegen. Speziell für die EU kommt förderlich hinzu, dass ihren Spezifika so (besser) entsprochen werden kann.<sup>122</sup> Im Idealfall sollten sich die Ebenen durch Kontrolle und Dialog gegenseitig stärken, gleichzeitig aber ihre unterschiedlichen Schwerpunkte respektieren.

Damit die Vorteile effektiv zur Geltung kommen, ist es wichtig, die Unterschiede zwischen den Grundrechtssystemen zu beachten und ihr Verhältnis zu-

---

<sup>119</sup> Im Primärrecht sieht man die Verbindung u. a. in Art. 6 Abs. 2 und 3 EUV sowie in Art. 52 Abs. 3 und Art. 53 GRCh. Zum Einfluss der EMRK auf die Unionsgrundrechte vgl. *Szczekalla*, in: Heselhaus/Nowak, Handbuch der Europäischen Grundrechte, § 3, Rn. 21 ff. *Schneiders*, Die Grundrechte der EU und die EMRK – Das Verhältnis zwischen ungeschriebenen Grundrechten, Grundrechtcharta und Europäischer Menschenrechtskonvention, S. 146 ff.; zu dem Verhältnis der Gerichte *Paeffgen*, ZStW 2007, 275 (319 ff.), der davon spricht, dass das Verhältnis der Gerichte „weniger durch Konfrontation als durch das Bemühen um Kooperation gekennzeichnet“ ist; zum „europäischen Verfassungsgerichtsverband“ vgl. *Vofßkuhle*, NVwZ, 1; kritisch zum Kooperationsverhältnis *Eckardt/Lessmann*, Kritische Justiz 2006, 381 ff.; siehe für das Verhältnis früher *Philippi*, Zeitschrift für Europarechtliche Studien 2000, 94 (120 ff.).

<sup>120</sup> Vgl. insgesamt zu dem grundrechtlichen Mehrebenensystem *Gaede*, in: Böse, Europäisches Strafrecht (EnzEuR XI), § 3, Rn. 8 ff.

<sup>121</sup> Für Grundrechtsträger\*innen kann es schwer zu überblicken sein, welche Ebenen ihnen welchen Schutz garantiert. Gerade wenn Widersprüche zwischen den Ebenen auftreten, intensiviert sich dieses Problem, vgl. dazu *Gaede*, in: Böse, Europäisches Strafrecht (EnzEuR XI), § 3, Rn. 10, 47 ff. *Gaede* kommt daher zu der Einschätzung, dass der Grundrechtsschutz in Europa „trotz seiner den Normgrundlagen nach gehaltvollen Fundierung inhaltlich vor großen Herausforderungen steht“, die nur „durch eine anspruchsvollere europäische und nationale Gesetzgebung zu bewältigen“ sind (Rn. 10). Zu dem Konfliktpotenzial auch *Szczekalla*, in: Heselhaus/Nowak, Handbuch der Europäischen Grundrechte, § 3, Rn. 26 ff.

<sup>122</sup> Zumindest nach Ansicht des EuGH fehlte es an einer ausreichenden Berücksichtigung der Spezifika des Unionsrechts in prozeduraler Hinsicht bei dem geplanten Beitritt der EU zur EMRK, vgl. EuGH, Gutachten vom 18. Dezember 2014, 2/13, Beitritt zur EMRK; vgl. dazu *De WittelImamovic*, European Law Review 2015, 683; *Lock*, Common Market L. Rev. 2011, 1025 ff. Auch darüber hinaus ist es aber vorstellbar, dass die EU auch im Hinblick auf die Entwicklung materieller Garantien eigenständige Grundrechtsstandards entwickelt.

einander sorgfältig auszutarieren. Das gilt sowohl für die justizielle Praxis und die Beziehungen der mit dem Grundrechtsschutz befassten Gerichte als auch für die wissenschaftliche Auseinandersetzung. Es muss herausgearbeitet werden, welche Ebene in welcher Situation und aus welchen Gründen am besten geeignet ist, eine grund- und menschenrechtliche Frage zu behandeln und welche Form von Kontrolle den anderen Ebenen zustehen sollte.<sup>123</sup> Diese schwierige Frage soll vorliegend nicht generell oder abschließend beantwortet werden. Speziell für das Straf- und Strafverfahrensrecht wird aber die These vertreten, dass die Aufgabe der EMRK und des EGMR primär in der externen Kontrolle der Einhaltung von Menschenrechten bestehen sollte.<sup>124</sup> Demgegenüber eignet sich die EMRK nicht ideal, um ein kriminalpolitisches Konzept für die EU zu entwickeln. Für wissenschaftliche Ansätze leitet sich daraus ab, dass eine Auseinandersetzung mit der EMRK zwar grundsätzlich weiter wichtig und wünschenswert ist, dass dem Potenzial von EMRK-Ansätzen für die hier behandelte Fragestellung allerdings Grenzen gesetzt sind.

Die Gründe dafür hängen davon ab, wie man die EMRK versteht. Es lassen sich zwei Deutungsmöglichkeiten unterscheiden:<sup>125</sup> Man kann die EMRK als kasuistischen, subsidiär angelegten Minimalstandard sehen, der nur in Einzelfällen zur Korrektur von Defiziten in den Vertragsstaaten praktische Bedeutung erlangt (Möglichkeit 1). Die EMRK kann aber auch für einen anspruchsvollen, allgemeinen und sich dynamisch entwickelnden Standard stehen, der den Kern eines europäischen Menschenrechtsverständnisses bildet (Möglichkeit 2). Ziel

---

<sup>123</sup> Vgl. als positives Beispiel für eine intensive Auseinandersetzung mit verschiedenen Varianten, wie Grundrechtskollisionen zwischen EMRK und Grundrechte-Charta bzw. dem EU-Verfassungsentwurf aufgelöst werden können *Paeffgen*, ZStW 2007, 275 (327 ff.). *Paeffgen* argumentiert, dass die Letztentscheidungsbefugnis in Grundrechtsfragen beim EGMR liegen sollte, was sich durch eine Vorlagepflicht des EuGH sowie einen Beitritt der EU zur EMRK noch besser (da rechtsverbindlich und nicht von gutem Willen abhängig) verwirklichen ließe (351 f.).

<sup>124</sup> Auch wenn der in Art. 6 Abs. 2 EUV sogar primärrechtlich geforderte Beitritt der EU zur EMRK vorerst gescheitert am EuGH-Gutachten vom 18. Dezember 2014, 2/13, Beitritt zur EMRK gescheitert ist, kann diese externe Kontrolle indirekt über die Mitgliedsstaaten erfolgen, die alle Mitgliedsstaaten der EU Vertragsstaaten der Konvention sind und sich ihrer Bindung nicht durch die Mitgliedschaft in der EU entziehen können. Der EGMR hat seine Kontrolle zwar eingeschränkt, aber nicht aufgegeben. Wegweisend hierfür die Entscheidung des EGMR (Große Kammer), Urteil vom 30. Juni 2005 – 45036/98 (Bosphorus u. a. / Irland), Rn. 150 ff. Der EGMR bescheinigt der EU, einen im Wesentlichen hinreichenden Menschenrechtsschutz zu gewährleisten, was dazu führt, dass er seine Rechtsprechung prinzipiell nicht ausüben werde, wenn es um zwingendes Unionsrecht geht; vgl. *Gaede*, in: Böse, Europäisches Strafrecht (EnzEuR XI), § 3, Rn. 33; zur Entscheidung auch *Paeffgen*, ZStW 2007, 275 (341 ff.); zur Entwicklung dieses Verhältnisses *Gaede*, ZStW 2003, 845 (853 ff.).

<sup>125</sup> Die (vereinfachende) Zweiteilung dient der besseren Darstellbarkeit unterschiedlicher Verständnisse und Ansichten zur EMRK. Sie erfolgt funktional mit Blick auf die hier vertretene These und erhebt daher nicht den Anspruch, umfassend zu beleuchten, wie die EMRK verstanden werden kann oder sollte.

der folgenden Diskussion ist es, darzulegen, dass das Potenzial beider Ansätze für konzeptionelle Überlegungen zur EU-Kriminalpolitik begrenzt ist. Es geht demnach nicht darum, sich zu der Frage zu positionieren, wie die EMRK verstanden werden sollte.

*b) Die EMRK als kasuistischer Minimalstandard (Möglichkeit 1)*

*aa) Erklärung*

Ein erstes mögliches Verständnis ist die EMRK als einzelfallorientierten Minimalstandard zu sehen. Da Art. 53 EMRK vorsieht, dass die Vertragsstaaten über die Gewährleistungen der Konvention hinausgehen dürfen, wird die EMRK oft als *Mindeststandard* bezeichnet.<sup>126</sup> Zwar trifft Art. 53 EMRK damit zunächst nur eine relative Aussage und sagt für sich genommen nichts über das absolute Schutzniveau der Konvention aus; die Bezeichnung als *Mindeststandard* evoziert aber die Vorstellung, dass die EMRK nur menschenrechtliche *Minimalanforderungen* statuiert.<sup>127</sup> Die EMRK bildet in diesem ersten möglichen Verständnis folglich einen gewissen Grundstandard von Menschenrechten, der nicht unterschritten werden darf, der aber in aller Regel hinter den anspruchsvolleren Formulierungen in den Vertragsstaaten zurückbleibt und daher als *minimal* bezeichnet werden kann.

Damit verbunden ist auch eine bestimmte Vorstellung der Aufgabenteilung zwischen den Konventionsstaaten und dem EGMR. Im Zentrum der Menschenrechtsentwicklung sollten demnach die Vertragsstaaten stehen.<sup>128</sup> Die Funktion des Gerichtshofs beschränkt sich auf eine subsidiäre Kontrolle, ob ein Vertragsstaat in einem konkreten (Einzel-)Fall seinen Pflichten aus der Konvention nicht nachgekommen ist und dadurch die Rechte einer Einzelperson verletzt hat.<sup>129</sup> Dafür genügt es grundsätzlich, die Wirkung der Urteile auf die Parteien zu be-

---

<sup>126</sup> Vgl. z. B. Thiele, in: Nowak/Thiele, Effektivität des Grundrechtsschutzes in der Europäischen Union, S. 45; für das Strafrecht Satzger, JURA 2009, 759 (761, 763); Schünemann, StV 2003, 116 (121 f.); Gless, ZStW 2003, 131 ff. (149); für die Gegenansicht insb. Gaede, Fairness als Teilhabe – Das Recht auf konkrete und wirksame Teilhabe durch Verteidigung gemäß Art. 6 EMRK, S. 134 (dazu noch unter c)).

<sup>127</sup> Zur Bezeichnung als „Minimalstandard“ siehe Gless, ZStW 2003, 131 ff. (149); zur Frage, ob die EMRK „nur“ gemeinsame Mindeststandards definiert oder in Richtung einer Vollharmonisierung tendiert, vgl. Uerpman-Witzack, in: Brune/Lang/Werner, Konzepte normativer Minimalstandards: Ethische und rechtliche Perspektiven, S. 143.

<sup>128</sup> Diese Sicht deckt sich prinzipiell auch mit dem Leitbild der Konvention, vgl. zum einen Art. 1 EMRK: „Die Hohen Vertragsparteien sichern allen ihrer Hoheitsgewalt unterstehenden Personen die in Abschnitt I bestimmten Rechte und Freiheiten zu“; vgl. zum anderen auch die Präambel, wonach es „[...] nach dem Grundsatz der Subsidiarität in erster Linie Aufgabe der Hohen Vertragsparteien ist, die Achtung der in dieser Konvention und den Protokollen dazu bestimmten Rechte und Freiheiten zu gewährleisten“.

<sup>129</sup> Der Grundsatz der Subsidiarität ist im Erfordernis der Rechtswegerschöpfung (Art. 35 EMRK) angelegt sowie der in Präambel der EMRK explizit festgehalten (s. Fn. zuvor).

schränken (*res iudicata inter partes*).<sup>130</sup> Die Einzelfallkorrektur lässt sich als *kasuistisches* Vorgehen beschreiben. Normativ wird für ein enges Verständnis der EMRK (und somit für eine Beschränkung auf kasuistische Minimalstandards) angeführt, dass die EMRK ursprünglich dafür vorgesehen war, ein Aufleben totalitärer Herrschaft und eklatanter Menschenrechtsverletzungen zu verhindern.<sup>131</sup> Um dieses Ziel zu erreichen, sollte sich der EGMR primär auf schwerwiegende Menschenrechtsverstöße im Einzelfall fokussieren und ansonsten seine Rechtsprechung zurückhaltend ausüben.<sup>132</sup>

#### *bb) Kritische Würdigung*

Für die Strafrechtsentwicklung innerhalb der EU ist es zweifelsfrei notwendig, dass menschenrechtliche Minimalanforderungen gewahrt werden. Bedenkt man allerdings, wie weitreichend die Eingriffe durch strafrechtliche Regelungen in die Freiheit der Bürger\*innen sein können, scheint die Garantie eines *Minimums* menschenrechtlicher Garantien zur Wahrung von Legitimität nur eine notwendige, keinesfalls aber eine hinreichende Voraussetzung zu sein.<sup>133</sup> Mit Blick auf das EU-Strafrecht ist dies von besonderer Bedeutung. Die Integration war bislang in erster Linie davon geprägt, die Möglichkeiten der Strafverfolgung auszubauen, was zu qualitativ neuartigen Gefährdungslagen für Beschuldigtenrechte geführt hat.<sup>134</sup> Da die Möglichkeiten des nationalen Rahmens begrenzt

<sup>130</sup> Siehe Art. 46 Abs. 1 EMRK. Diese Regelung unterscheidet sich beispielsweise von § 31 BVerfGG, vgl. *Kunz*, in: Richter über internationale Gerichte, S. 27 (28).

<sup>131</sup> Vgl. dazu *Simpson*, Human Rights and the End of Empire, S. 777.

<sup>132</sup> Die Formulierung inhaltlich anspruchsvoller, progressiver Standards würde das ihm übertragene Mandat überreizen. Es wäre sogar problematisch, wenn der demokratisch selbst nur schwach legitimierte EGMR mit demokratisch deutlich besser rückgebundenen Entscheidungen der nationalen Parlamente interferiere. Vgl. für diese gerade in England starke Position, die die EGMR-Rechtsprechung teilweise sehr kritisch sieht, z. B. *Hoffmann*, Judicial Studies Board Annual Lecture 2009. Für *Hoffmann* ist der zentrale Punkt, dass Menschenrechte zwar in ihrer Existenz universell sind, dass ihre konkrete Interpretation aber kontextabhängig ist. Ein internationaler Gerichtshof sollte daher bis auf gravierende Menschenrechtsverletzungen die demokratisch legitimierten Entscheidungen der nationalen Parlamente nicht übertrumpfen (insb. Rn. 23 ff.). Zur Frage, ob Gerichte legislative Entscheidungen, die Menschenrechte konkreter regeln, überprüfen sollten, siehe *Waldron*, Yale L.J. 2006, 1346.

<sup>133</sup> In die Richtung auch *Gless*, ZStW 2003, 131 ff. (149), die die Frage aufwirft, ob eine Orientierung an EMRK nur Minimalstandards oder ein tatsächlich „wünschenswerte[s] Niveau des Rechtsschutzes“ sichert.

<sup>134</sup> Vgl. überzeugend *Gaede*, in: Böse, Europäisches Strafrecht (EnzEuR XI), § 3, Rn. 50, 55 ff. Gerade die auf dem Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung aufbauende Zusammenarbeit der mitgliedstaatlichen Justiz- und Strafverfolgungsbehörden hat weitreichende Implikationen für nationale Strafverfahren. Es schafft die Möglichkeit, dass auch einzelne Elemente zwischen nationalen Strafverfahren transferiert werden können. Auch die zusätzlichen Potenziale EU-weiter Datenbanken und eines Datenaustauschs sowie die koordinative Unterstützung durch EU-Behörden dürften einen großen Einfluss auf nationale Strafverfah-

sind, besteht ein besonderes Bedürfnis für den Auf- und Ausbau eines europäischen Grund- und Menschenrechtsschutzes im Straf- und Strafverfahrensrecht.<sup>135</sup> Versteht man die EMRK als Minimalstandard läuft eine Orientierung daran auf ein augenscheinliches Missverhältnis hinaus: Eine möglichst effektive Stärkung der europäischen Strafverfolgung stünde einem sich nur an Minimalanforderungen ausgerichteten Ausbau europäischer Justizgrundrechte gegenüber.

Für die Entwicklung des EU-Strafrechts ist die Rolle des EGMR auch deshalb nicht geeignet, weil sie auf Einzelfallkorrekturen reduziert ist. Diese Form des subsidiären Schutzes in Einzelfällen ist hilfreich, wenn an sich bereits ein funktionsfähiges Grundrechtssystem existiert, das nur in Ausnahmefällen Defizite oder Lücken aufweist. Im Gegensatz zu den Nationalstaaten verfügt die EU aber noch über kein eigenes strafprozessuales Schutzsystem im Sinne einer „EU-Strafprozessordnung“. Der Schutz von beschuldigten oder angeklagten Personen richtet sich primär nach den nationalen Strafverfahrensordnungen, die aber immer mehr von der EU-Ebene beeinflusst sind. Für die dadurch neu entstehenden grundrechtlichen Gefährdungslagen bedarf es der Entwicklung ausgleichender Mechanismen.

Eine nur kasuistische Einzelfallkorrektur durch den EGMR wird kaum ausreichen, um das drohende strukturelle Ungleichgewicht zwischen Sicherheits- und Freiheitsinteressen in der EU auszugleichen.<sup>136</sup> Der EGMR kann auch nicht aus eigenem Antrieb zu den grundrechtlichen Gefährdungslagen abstrakt Stellung beziehen, sondern ist darauf angewiesen, dass einzelne Personen Individualbeschwerden einlegen (vgl. Art. 34 und 35 EMRK). Hinzukommt, dass die bisherige Rechtsprechung auf nationale Systeme ausgerichtet war, die sich von der EU erheblich unterscheiden.<sup>137</sup> Es stellt sich daher die Frage, inwiefern die bisher ergangene Rechtsprechung des EGMR bereits für die EU „passt“ und sie die speziellen Gefährdungslagen adäquat erfassen kann.<sup>138</sup> Zudem hat der

---

ren und die sensible Balance zwischen Interessen der Strafverfolgung und Interessen der beschuldigten oder angeklagten Personen haben. Siehe dazu ausführlich bereits *Erster Teil*, B., II., 2. und 3.

<sup>135</sup> So *Gaede*, in: Böse, *Europäisches Strafrecht* (EnzEuR XI), § 3, Rn. 60; *Meyer*, *NStZ* 2009, 657 (662 f.).

<sup>136</sup> Vgl. dazu auch *Nestler*, *ZStW* 2004, 332, dem zufolge die EMRK „ohnehin keine Gesamtkonzeption für den Strafprozess“ enthalte (347).

<sup>137</sup> Ähnlich bereits *Gless*, *ZStW* 2003, 131 ff. (149), der zufolge „Bedenken gegen die Eignung der EMRK als transnationales Rechtsschutzsystem [bestehen], weil die Straßburger Rechtsprechung in den zur Überprüfung vorgelegten Fällen bisher (nur) zur Sicherstellung von Einzelfallgerechtigkeit innerhalb eines nationalen Systems aufgerufen war.“

<sup>138</sup> So meint *Nestler*, *ZStW* 2004, 332 (348), dass der EGMR Jahrzehnte bräuchte, um die Grundsätze eines fairen Verfahrens speziell für europäische Strafverfahren, strukturiert nach dem Prinzip der gegenseitigen Anerkennung, zu entwickeln. *Gaede*, *ZStW* 2003, 845 (877) geht davon aus, dass es möglich wäre, wenn man die entwickelten Standards nicht nur statisch überträgt.

EGMR nicht für alle Teilaspekte eines Strafverfahrens eigene Anforderungen formuliert, sondern diese Aufgabe teilweise explizit den Vertragsstaaten übertragen.<sup>139</sup> Das EU-Strafrecht entwickelt sich fortwährend und schnell weiter, so dass sich auch die grundrechtlichen Gefährdungslagen dynamisch verändern. Ein Modell, das primär auf eine ex-post Kontrolle durch den EGMR baut, scheint nicht ideal, um zeitlich Schritt zu halten.

Es lässt sich daher festhalten: Um eine legitime Strafrechtsentwicklung in der EU zu gewährleisten, darf sich der Anspruch nicht auf die Garantie von Minimalanforderungen beim Menschenrechtsschutz beschränken. Zudem erscheint das EGMR-System, das auf einen punktuellen, einzelfallorientierten ex-post Schutz ausgerichtet ist, für die Herausforderungen in der EU nicht zu genügen.

### c) Die EMRK als allgemeiner europäischer Grundrechtsstandard (Möglichkeit 2)

#### aa) Erklärung

Die Bedeutung und Reichweite der Konvention sowie die Wirkung der Urteile des EGMR können jedoch auch anders beurteilt werden. Der EGMR und Stimmen in der Wissenschaft sehen in der EMRK nicht nur einen subsidiären „Mindeststandard“, sondern ein sich dynamisch entwickelndes „constitutional instrument of European public order.“<sup>140</sup> Für dieses Verständnis sind zwei Weichenstellungen wichtig. Erstens hat der EGMR deutlich gemacht, dass die EMRK als „living instrument“ verstanden werden sollte.<sup>141</sup> Um das Ziel der Konvention (den Schutz von Menschenrechten) *effektiv* zu gewährleisten, ist es erforderlich, die Artikel „evolutiv“ oder „dynamisch“ zu interpretieren.<sup>142</sup> Das bedeutet, nicht zwingend an dem ursprünglich angedachten Gehalt der Rechte bei der Verabschiedung der Konvention festzuhalten, sondern sie zeitgemäß weiterzuentwickeln.<sup>143</sup> Dies hat zu einem teilweise (sehr) weitreichenden, progressi-

<sup>139</sup> Vgl. für das Beweisrecht *Gless*, ZStW 2003, 131 ff. (149); *Nestler*, ZStW 2004, 332 (347).

<sup>140</sup> EGMR, Urteil vom 23. März 1995 – 15318/89 (*Loizidou ./. Türkei*), Rn. 75. vgl. dazu kritisch *Dzehtsiarou*, Can the European Court of Human Rights Shape European Public Order?, S. 62 ff.; aus strafverfahrensrechtlicher Sicht insb. *Ambos*, ZStW 2003, 583 (583): „Die EMRK ist [...] das zentrale menschenrechtliche Instrument eines gesamteuropäischen Strafverfahrensrechts; sie repräsentiert dessen Schutzdimension“; dazu auch *Gaede*, ZStW 2003, 845 (878): „[...] der EMRK als europäischer Nebenverfassung geht es um einen anspruchsvollen europäischen menschenrechtlichen Standard“; vgl. auch *Gaede*, Fairness als Teilhabe – Das Recht auf konkrete und wirksame Teilhabe durch Verteidigung gemäß Art. 6 EMRK, S. 96 ff.

<sup>141</sup> Grundlegend EGMR, Urteil vom 25. April 1978 – 5856/72 (*Tyrer ./. UK*): „The Court must also recall that the Convention is a living instrument which, as the Commission rightly stressed, must be interpreted in the light of present-day conditions.“ (Rn. 31).

<sup>142</sup> Dazu *Grabenwarter/Pabel*, Europäische Menschenrechtskonvention, § 5, Rn. 14–16; vgl. dazu auch *Gaede*, Fairness als Teilhabe – Das Recht auf konkrete und wirksame Teilhabe durch Verteidigung gemäß Art. 6 EMRK, S. 83 f., 91 ff.

<sup>143</sup> Für das Verständnis der EMRK als „living instrument“ (und gegen ein zu enges wie bei *Hoffmann* [s. o.]) argumentieren u. a. *Theil*, European Public Law 2017, 587; *Spano*, Human

ven Verständnis der Konventionsgarantien geführt, bei dem nicht mehr lediglich von menschenrechtlichen *Minimalanforderungen* gesprochen werden kann.<sup>144</sup> Zweitens hat der Gerichtshof schon früh proklamiert, dass die Wirkung seiner Urteile über den konkreten Einzelfall hinausgeht.<sup>145</sup> Anhand allgemeiner Ausführungen zu der Reichweite der Konventionsgarantien stellt der Gerichtshof Grundsätze und Prinzipien auf, die fortan den Gehalt der Konventionsrechte bestimmen und einen allgemeinverbindlichen grund- und menschenrechtlichen Maßstab darstellen.<sup>146</sup>

### bb) Kritische Würdigung

Für die hier wesentliche Frage, inwiefern sich die EMRK als Anknüpfungspunkt für konzeptionelle Überlegungen zum EU-Strafrecht eignet, wirkt dieses Verständnis zunächst aussichtsreicher als das zuvor diskutierte. Eine Ausrichtung an abstrakten und verbindlichen Maßstäben, die dynamisch fortentwickelt werden, scheint für die EU-Strafrechtsintegration *prima facie* sinnvoll. Dies setzt allerdings voraus, dass die ursprünglich für den nationalstaatlichen Kontext entwickelten Standards für den speziellen Kontext der EU umformuliert werden.<sup>147</sup>

---

Rights Law Review 2014, 487; *Letsas*, in: Føllesdal/Peters/Ulfstein, *Constituting Europe: The European Court of Human Rights in a National, European and Global Context*, S. 106 ff. Für das Straf- und speziell Strafprozessrecht findet sich die Forderung, die EMRK nicht bloß als „Minimalstandards“ zu verstehen mit ausführlicher Begründung bei *Gaede*, ZStW 2003, 845 (859 ff.); kurz auch bei *Gaede*, in: Böse, *Europäisches Strafrecht (EnzEuR XI)*, § 3, Rn. 49.

<sup>144</sup> Gegen das Verständnis als Minimalanforderungen insb. *Gaede*, *Fairness als Teilhabe – Das Recht auf konkrete und wirksame Teilhabe durch Verteidigung gemäß Art. 6 EMRK*, S. 134 ff.

<sup>145</sup> „The Court’s judgments in fact serve not only to decide those cases brought before the Court but, more generally, to elucidate, safeguard and develop the rules instituted by the Convention, thereby contributing to the observance by the States of the engagements undertaken by them as Contracting Parties“, siehe EGMR, Urteil vom 18. Januar 1978 – 5310/71 (Irland gegen GB), Rn. 154; siehe auch EGMR, Urteil vom 29. April 2002 – 2346/02 (*Pretty .J. GB*), Rn. 75.

<sup>146</sup> *Ambos*, ZStW 2003, 583 (589) fordert die „viel zu formale These der bloßen *inter-partes*-Wirkung“ aufzugeben; *Grabenwarter/Pabel*, *Europäische Menschenrechtskonvention* sprechen von einer „Orientierungsfunktion“ der Urteile, die über die Parteien hinausgeht, § 16, Rn. 8 f. Diese ist allerdings so weitreichend, dass teilweise auch erwogen wird, ob die Urteile bereits eine *Erga-omnes*-Wirkung hätten, vgl. *Besson*, in: *Besson, La Cour européenne des droits de l’homme après le Protocole 14*, S. 125 (173): „Depending on the perspective and the name one gives to it, the *erga omnes* effect of the ECtHR’s judgements is either something that already applies and binds States Parties, or something that States Parties should commit to in the future. The Court seems to lie in the former Camp [...]“; ebenfalls zu den Wirkungen *Kunz*, in: *Richter über internationale Gerichte*, S. 27.

<sup>147</sup> Vorschläge finden sich so zum einen für die die „Waffengleichheit“ als Element von Art. 6 Abs. 1 EMRK, vgl. *Ambos*, ZStW 2003, 583. *Ambos* betont in einem Ausblick zwar, dass die Art. 6 EMRK-Standards (speziell zur Waffengleichheit in Strafverfahren) auch für die Europäisierung des Strafverfahrensrechts wichtig seien (634 f.); eine konkrete Anwendung der Standards auf die EU ist jedoch in dem Ausblick nur angedeutet (635–637). Zum



Diese Aufgabe muss nicht exklusiv beim EGMR liegen, sondern kann auch von der Wissenschaft geleistet werden. Nach hier vertretener Ansicht erfüllen auf diese Weise gebildete EMRK-Standards eine wichtige Funktion, da sie eine externe menschenrechtsfokussierte Kontrolle von Entwicklungen in der Integration des EU-Straf- und Strafverfahrensrechts ermöglichen. Für die zusätzlich notwendigen Gedanken zu EU-internen Konzeptionen stößt eine Anknüpfung an die EMRK aber auch bei diesem Verständnis an Grenzen. Das liegt an dem spezifischen Mandat und der Rolle, die der EGMR hat. Sie schränken seine Möglichkeiten ein, abstrakte Standards zu entwickeln, die der Entwicklung des EU-Strafrechts einen gehaltvollen konzeptionellen Rahmen setzen (siehe dazu besonders (1)–(3)). Diese Einschränkungen wirken sich auch auf wissenschaftliche Ansätze zur EMRK aus (dazu (4)).

### (1) Schwierigkeit der Maßstabsbildung im heterogenen Raum des Europarats

Die Maßstabsbildung im Rahmen der EMRK ist mit der Schwierigkeit konfrontiert, einen Ausgleich zwischen einer großen Zahl sehr heterogener Staaten zu finden.<sup>148</sup> Gerade wenn man die Vertragsstaaten der EMRK mit denen der EU vergleicht, offenbart sich nicht nur quantitativ ein ungleich weiteres Spektrum: Politisch, ökonomisch, gesellschaftlich und rechtlich weisen die 46 Konventionsstaaten oft signifikante Unterschiede zueinander auf.<sup>149</sup> Um zu verhindern, sich mit dem Vorwurf von *double-standards* konfrontiert zu sehen, ist der EGMR darauf angewiesen, die Grundrechtsgewährleistungen grundsätzlich für alle

---

anderen findet sich ein Vorschlag für den Grundsatz „*nullum iudicium sine lege*“, vgl. dazu *Gaede*, ZStW 2003, 845. Auch *Gaede* macht allerdings klar, dass die Ausdifferenzierung der EMRK-Standards für die EU zwar möglich, aber auch (noch) notwendig ist (877 f.); zur Bedeutung des von ihm vertretenen Verständnisses der EMRK, insb. der Systematisierung von Art. 6 EMRK, für die EU vgl. auch *Gaede*, Fairness als Teilhabe – Das Recht auf konkrete und wirksame Teilhabe durch Verteidigung gemäß Art. 6 EMRK, S. 70 ff.

<sup>148</sup> Vgl. dazu *Follesdal*, International Journal of Constitutional Law 2017, 359 (360–362).

<sup>149</sup> Global betrachtet mögen die Gemeinsamkeiten im Europarat noch relativ groß erscheinen, vgl. insoweit *McGoldrick*, International and Comparative Law Quarterly 2016, 21 (59). Im Hinblick beispielsweise auf die Qualität der demokratischen Verfahren bestehen aber zwischen den Staaten des Europarats teils erhebliche Unterschiede, vgl. *Follesdal*, International Journal of Constitutional Law 2017, 359 (260). Im Vergleich zu den Konventionsstaaten besteht zwischen den EU-Staaten bereits ein höherer Grad an interner Homogenität. Die Anforderung einer gewissen Homogenität findet rechtlich in Art. 2 EUV Ausdruck. Dort heißt es: „Die Werte, auf die sich die Union gründet, sind die Achtung der Menschenwürde, Freiheit, Demokratie, Gleichheit, Rechtsstaatlichkeit und die Wahrung der Menschenrechte einschließlich der Rechte der Personen, die Minderheiten angehören. Diese Werte sind allen Mitgliedstaaten in einer Gesellschaft gemeinsam, die sich durch Pluralismus, Nichtdiskriminierung, Toleranz, Gerechtigkeit, Solidarität und die Gleichheit von Frauen und Männern auszeichnet.“ Zwar hat auch der Europarat ähnliche Zielsetzungen; der Anspruch der Durchsetzbarkeit unterscheidet sich aber in der EU, auch wenn Probleme bei der Anwendung der vorgesehenen Mechanismen (z. B. eines Verfahrens nach Art. 7 EUV) in den letzten Jahren sichtbar wurden.

Konventionsstaaten einheitlich zu definieren. Bei der Festlegung, was beispielsweise ein faires Strafverfahren erfordert, muss der EGMR daher Voraussetzungen formulieren, die mit den Strafrechtsordnungen aller Mitgliedsstaaten kompatibel sind. Die geschichtlich primär nationalstaatlich geprägte Entwicklung der Strafverfahrensordnungen hat schon innerhalb der EU zu einer heterogenen Landschaft an Verfahrensmodellen und Vorschriften geführt. Warum sich der noch wesentlich diversere Rahmen der Staaten des Europarats *besser* eignen sollte, um einheitliche Standards zu formulieren, leuchtet abstrakt betrachtet nicht ein.

Um der Spannbreite Rechnung zu tragen und für alle Konventionsstaaten grundsätzlich erfüllbare Standards zu definieren, bleibt dem EGMR neben der Option, sich auf Minimalanforderungen im Sinne eines kleinsten gemeinsamen Nenners zu beschränken, nur die Möglichkeit, die Standards auf der Maßstabsebene weit und flexibel zu definieren und erst in der Anwendung im Einzelfall konkretere Festlegungen zu treffen. Für eine aus strafverfahrensrechtlicher Sicht zentrale Bestimmung findet dieser Ansatz in Art. 6 EMRK in der sog. Overall-fairness-Doktrin Ausdruck.<sup>150</sup> Der EGMR prüft danach anhand einer Gesamtbetrachtung, ob ein Strafverfahren insgesamt fair gewesen ist.<sup>151</sup> Dafür bezieht er alle Einzelheiten des spezifischen Verfahrens mit ein. In der Konsequenz verschiebt sich durch dieses Vorgehen der Fokus der Prüfung von der abstrakten Maßstabs- auf die konkrete Anwendungsebene. Statt einer klaren Systematik tendiert dieses Vorgehen somit eher wieder in Richtung einer kasuistischen Einzelfallkorrektur, die von den Spezifika des Falls abhängt und aus der sich nur bedingt Rückschlüsse auf allgemeine Anforderungen ziehen lassen.<sup>152</sup>

Aus der Perspektive der betroffenen Individuen im konkreten Einzelfall ist dieses Vorgehen nicht zwangsweise unvorteilhaft. Positiv lässt sich diesem Vorgehen attestieren, dass es zu einer hohen Einzelfallgerechtigkeit beitragen

---

<sup>150</sup> Vgl. u. a. EGMR (Große Kammer), Urteil vom 15. Dezember 2015 – 9154/10 (Schatzschaswili ./ Deutschland): „[...] The Court’s primary concern under Article 6 § 1 is to evaluate the overall fairness of the criminal proceedings [...] In making this assessment, the Court will look at the proceedings as a whole, including the way in which the evidence was obtained, having regard to the rights of the defence but also to the interest of the public and the victims in seeing crime properly prosecuted [...]“ (Rn. 101); siehe auch EGMR (Große Kammer), Urteil vom 16. November 2010 – 926/05 (Taxquet ./ Belgien), Rn. 84; EGMR (Große Kammer), Urteil vom 1. Juni 2010 – 22978/05 (Gaefgen ./ Deutschland), Rn. 163 f.

<sup>151</sup> Dazu und zu einer kritischen Analyse vgl. *Samartzis*, Human Rights Law Review 2021, 409 (410).

<sup>152</sup> Vgl. *Samartzis*, Human Rights Law Review 2021, 409 (416 ff.), dem zufolge die Entscheidung somit auf einem „ad hoc judgement“ basieren, statt sich an klaren rechtlichen Prinzipien zu orientieren. *Samartzis* zufolge berücksichtigt dieses Vorgehen die Rechte von beschuldigten und angeklagten Personen nicht ausreichend (421–428); vgl. speziell mit Blick auf Beweisregeln *Gless*, ZStW 2003, 131 ff. (149 f.); siehe für einen Ansatz zu einer Systematisierung von Art. 6 EMRK bei *Gaede*, Fairness als Teilhabe – Das Recht auf konkrete und wirksame Teilhabe durch Verteidigung gemäß Art. 6 EMRK, insb. Kapitel 4 und folgende.

kann.<sup>153</sup> Die für die Entwicklung des EU-Strafrechts wichtige Dimension, anhand der Urteile auf allgemein verbindliche, abstrakte Standards schließen zu können, ist die Gewichtsverlagerung auf die Umstände des Einzelfalls aber hinderlich. Das Bedürfnis des EGMR sich Flexibilität zu erhalten, um der Vielzahl an Fallgestaltungen mit national unterschiedlichen Verfahrensordnungen gerecht zu werden, steht in Konflikt mit dem Ansinnen, möglichst anspruchsvolle abstrakte Maßstäbe herzuleiten.

## (2) Beschränkung des institutionellen Mandats auf Einzelfälle

Der Art. 6 EMRK verdeutlicht ein zweites Problem, das sich für den EGMR bei der Entwicklung von Maßstäben stellt. Der Gerichtshof ist nicht allgemein befugt, losgelöst von Fällen seine Vorstellungen zu den Anforderungen eines fairen Verfahrens zu kommunizieren. Er bleibt im System der Konvention grundsätzlich darauf angewiesen, dass Individuen mit Individualbeschwerden ihm die Möglichkeit eröffnen, durch Einzelfallentscheidungen auch eine allgemeine Dogmatik der Konventionsgarantien zu entwickeln. Diese Entwicklung zieht sich folglich über einen langen Zeitraum und eine große Zahl von Entscheidungen. Auch wenn der EGMR grundsätzlich das Anliegen verfolgt, dass die Einzelfallentscheidungen ein schlüssiges und kohärentes Gesamtbild ergeben, muss er immer die Spezifika des Einzelfalls berücksichtigen. Die Herstellung von Einzelfallgerechtigkeit überwiegt dabei das Anliegen einer möglichst schlüssigen Systembildung.

Für das Strafverfahrensrecht stellt die Entwicklung allgemeiner Maßstäbe noch aus einem weiteren Grund eine besondere Herausforderung dar. Im Gegensatz zu Konventionsartikeln, die lebensweltlich verhältnismäßig klar umrissene Phänomene wie den Schutz des *Lebens* (Art. 2) oder das Verbot der *Folter* (Art. 3) betreffen,<sup>154</sup> hängt die Bestimmung, wann ein Strafverfahren *fair* ist, wesentlich von rechtlichen Vorannahmen und einem Verständnis für die Dynamik eines Strafverfahrens ab. Dass die EGMR-Kammern je nach Zusammensetzung hier sehr unterschiedliche Vorstellungen haben können, dürfte für eine kohärente (Weiter-)Entwicklung hinderlich sein.<sup>155</sup> Eine 2014 vom portugiesischen EGMR-Richter und Strafrechtsprofessor *Paulo Pinto de Albuquerque* eingerichtete

---

<sup>153</sup> Gleichzeitig reduziert es aber Vorhersehbarkeit, dazu *Samartzis*, *Human Rights Law Review* 2021, 409 (418 f.); differenzierend *Ambos*, *ZStW* 2003, 583 (611–614), der zwar einerseits die Gefahren einer Relativierung der Beschuldigtenrechte nennt, andererseits aber auch betont, dass die Gesamtbetrachtungslehre zugunsten der beschuldigten oder angeklagten Person wirken kann, beispielsweise wenn sich Beeinträchtigungen durch verschiedene Verfahrensstadien vertiefen.

<sup>154</sup> Auch hier können Schwierigkeiten bestehen, wie beispielsweise die umstrittene Abgrenzung des EGMR zwischen „Folter“ und „unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung“ zeigt, vgl. EGMR, Urteil vom 18. Januar 1978 – 5310/71 (Irland gegen GB), Rn. 165 ff.

<sup>155</sup> Auch gilt es zu bedenken, dass eine spezifisch strafrechtliche Vorprägung der EGMR-Richter\*innen die Ausnahme sein dürfte.

„Strafrechtsgruppe“ innerhalb des EGMR ist der Versuch, sich auf eine einheitliche Terminologie zu einigen, strafrechtliche Grundannahmen und (Vor-)Verständnisse zu klären und diese zu diskutieren. Dieser (sinnvolle) Vorstoß unterstreicht, dass die vorgetragenen Zweifel nicht nur ein theoretisches Problem sind, sondern auch in der Praxis registriert werden. Festzuhalten bleibt insgesamt, dass die Maßstabsbildung aus Einzelfällen eine vielschichtige Herausforderung darstellt.

### (3) Festlegung auf justiziellen Menschenrechtsschutz

Die Maßstabsbildung in der EMRK bedeutet eine Festlegung auf einen *justiziellen* Menschenrechtsschutz. Während sich das für die EMRK schlüssig begründen lässt, bietet sich für die EU ein rein justizieller Grundrechtsschutz weniger an. Für die EMRK ist die zentrale Stellung justizieller Entscheidungen (konkret in Form der Urteile des EGMR) systemlogisch schlüssig. Das vorrangige Ziel der EMRK besteht darin, Menschenrechte in Europa zu gewährleisten. Darüber hinaus geht es der EMRK zwar auch darum, Rechtsstaatlichkeit und Demokratie zu fördern;<sup>156</sup> dem liegt jedoch ein besonderes, explizit menschenrechtlich geprägtes Demokratieverständnis zugrunde.<sup>157</sup> Das Demokratieverständnis der EMRK ist weniger auf die Förderung von Mehrheitsentscheidungen ausgerichtet, die auch die Frage betreffen könnten, wie menschenrechtliche Konfliktsituationen näher geregelt werden. Vielmehr steht bei der EMRK die Bedeutung der Garantie von Menschenrechten *für* Demokratie im Zentrum.<sup>158</sup> Ein zentrales

---

<sup>156</sup> So setzt ein Beitritt zum Europarat grundsätzlich ein demokratisches politisches System voraus. Auch in einigen Konventionsgarantien (z. B. Art. 6 Abs. 1, Art. 8–11 EMRK) findet sich für Einschränkungen die Anforderung, dass sie in einer „demokratischen Gesellschaft“ erforderlich sein müssen. Siehe zu dem „Wertetrias“ im Europarat *Schramm*, Internationales Strafrecht, Kapitel 3, Rn. 4.

<sup>157</sup> Vgl. insgesamt zum Demokratiemodell der EMRK *Meyer*, in: Böse, Europäisches Strafrecht (EnzEuR XI), § 26, Rn. 5–7.

<sup>158</sup> Damit gemeint ist, dass demokratische Prozesse nur legitim funktionieren können, wenn bestimmte Rechte gewährleistet sind. Die Frage wie sich demokratische Mehrheitsentscheidung und Grund- und Menschenrechten zueinander verhalten (sollten), ist verfassungstheoretisch intensiv diskutiert. Oft findet die Diskussion unter dem von *Alexander Bickel* geprägten Schlagwort der „counter-majoritarian-difficulty“ statt, vgl. *Bickel*, *The Least Dangerous Branch*, S. 16 ff. Im Kern geht es darum, ob es gewaltenteilungstheoretisch legitim erscheint, der Judikative die Aufgabe zuzuweisen, Entscheidungen der Mehrheit (repräsentiert durch die Legislative) zu überprüfen. Stark vereinfacht lässt sich gegen die Möglichkeit eines „judicial review“ anführen, dass ansonst nicht-gewählte Richter\*innen gesellschaftlich bedeutende Fragen entscheiden und dadurch das Prinzip „one person one vote“ konterkariert werden würde. Für die Möglichkeit eines „judicial review“ spricht insbesondere, dass erst die Existenz bestimmter Rechte einen legitimen demokratischen Prozess ermöglicht. Mehrheiten und Minderheiten können sich nur dann formen, wenn gewisse (demokratische) Rechte garantiert werden. Diese Aufgabe könne sinnvoll bei einer Institution angesiedelt sein, die ihre Legitimität nicht daraus zieht, möglichst akkurat die tatsächlichen Mehrheitsverhältnisse in einer Gesellschaft und deren Präferenzen zu repräsentieren. Statt einer par-

Element davon ist es, die Rechte von Minderheiten gegebenenfalls auch gegen den Willen einer demokratischen Mehrheit zu schützen.<sup>159</sup>

Der Fokus der EMRK bzw. des EGMR liegt daher darauf, durch den Schutz individueller Rechte die Grundvoraussetzungen für Demokratie sicherzustellen. Der Dimension des Minderheitenschutzes als Ausprägung einer Demokratie kommt auch mit Blick auf das Straf- und Strafverfahrensrecht eine bedeutende Rolle zu. Für politische Strömungen, die zwar von der Mehrheit getragen sind, aber illiberale Agenden verfolgen, stellt die Kriminalisierung bestimmter Verhaltensweisen auch ein Mittel dar, um oppositionelle Bestrebungen zu unterdrücken. Der EGMR als menschenrechtliche Kontrollinstanz kann derartige Praxen aufdecken und verurteilen. Auch im Strafprozessrecht erfüllt die Garantie eines fairen Strafverfahrens eine elementar wichtige Funktion, um staatliche Willkür politisch motivierter Strafverfolgung gerichtlich zu kontrollieren.<sup>160</sup>

Für die EU ist diese Dimension eines justiziellen Menschenrechtsschutzes zweifelsfrei wichtig. Sie erschöpft sich allerdings nicht darin. Eine legitime Entwicklung des EU-Strafrechts setzt neben der Einhaltung von gerichtlich zu garantierenden *Menschenrechten* ein Konzept voraus, dass auch die demokratische Dimension von *Grundrechten* berücksichtigt.<sup>161</sup> Mit der Differenzierung zwischen justiziellen Menschen- und (auch) demokratisch festzulegenden Grundrechten ist speziell mit Blick auf das Strafrecht Folgendes gemeint: Ein Kernbestand individueller Rechte, beispielsweise auf ein faires Verfahren, ist unabdingbar und sollte auch von demokratischen Mehrheiten nicht eingeschränkt werden können (*Menschenrechte*). Nicht *alle* Rechte, die Individuen im Strafprozessrecht zustehen, sind aber universeller Natur oder auch nur europaweit einheit-

---

lamentarischen Entscheidung bieten sich Gerichte als Garanten eines Kerns von Rechten für Minderheiten an, der von der Mehrheit nicht (ganz) entzogen werden kann. Vgl. in diese Richtung aus der großen Anzahl von Theorien besonders *Ely*, *Democracy and Distrust*; die wechselseitige Bedingtheit von Demokratie und Grundrechten betont auch *Habermas*, *Faktizität und Geltung: Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*; für einen Überblick insb. über die amerikanische Diskussion und ihre Geschichte vgl. *Friedman*, N.Y.U. L. Rev. 1998, 333; *Friedman*, *Geo. L. J.* 2002, 1; *Friedman*, N.Y.U. L. Rev. 2001, 1383; *Friedman*, *Univ. PA Law Rev.* 2000, 971; *Friedman*, *Yale L.J.* 2002, 153; *Friedman*, *Nw. U. L. Rev.* 2000, 933.

<sup>159</sup> *Meyer*, in: Böse, *Europäisches Strafrecht (EnzEuR XI)*, §26, Rn. 6. In Europa diese Aufgabe zusätzlich auch noch auf eine überstaatliche Ebene zu heben, kann vor dem Hintergrund der Entstehung des Europarats als Antwort auf totalitäre Herrschaften innerhalb einzelner Nationalstaaten gesehen werden.

<sup>160</sup> Gerade in den letzten Jahren ist ein verstärktes Vorgehen des EGMR gegen politisch-motivierte Strafverfolgung zu beobachten, vgl. dazu *Satzger u. a.*, *EuCLR* 2014, 91; *Satzger u. a.*, *EuCLR* 2014, 248; vgl. auch *Grabenwarter/Pabel*, *Europäische Menschenrechtskonvention*, §18, Rn. 32.

<sup>161</sup> Der Unterschied der Herleitung hat nach hier vertretener Auffassung weniger Auswirkung auf die Frage der Existenz, sondern der konkreten Interpretation der Grund- bzw. *Menschenrechte*. Vgl. zur Differenzierung zwischen „human“ und „fundamental rights“ auch *Palombella*, *ARSP* 2007, 396.

lich. Die genaue Ausgestaltung strafprozessualer Garantien erfordert einer Abwägung konfligierender Interessen nach Freiheit und Sicherheit (teilweise auch ergänzt um weitere Aspekte wie Gleichheit). Für die Fragen, welches Verhalten mit (welcher) Strafe bedroht sein soll und wie Strafverfahren konkret ausgestaltet werden, existiert nicht nur eine mögliche, menschenrechtlich determinierte Antwort. Die genaue Ausgestaltung und Bestimmung des Verhältnisses erfordert daher (auch) demokratischer Festlegung.

Im Gegensatz zur EMRK ist die EU nicht auf den Schutz von Menschenrechten spezialisiert. Eine legitime Entwicklung des EU-Strafrechts ist davon abhängig, dass neben der Einhaltung von justiziellen Menschenrechten, auch andere Ziele und Werte der Union, wie z. B. demokratische Mitbestimmung, gesichert werden.<sup>162</sup> Für die EU bedeutet Demokratie daher nicht nur Minderheitenschutz. In der EU müssen Räume für kontextspezifische und zeitlich wandelbare Präferenzen zur konkreten Ausgestaltung der grundrechtssensiblen Fragen existieren. Ein einfaches „Mehr“ an menschenrechtlichem Schutz, wie es Art. 53 EMRK suggerieren mag, ist bei einer Abwägung von Grundrechtspositionen häufig nicht möglich, da es zu einer Verringerung der Rechte einer anderen Person führen kann.<sup>163</sup> Daraus folgt, dass die EU einen konzeptionellen Rahmen benötigt, der auch der demokratischen Dimension der Grund- und Menschenrechte Gewicht gibt. Aufgaben und Ziele der EU und der EMRK sind diesbezüglich nicht deckungsgleich. Eine ausschließliche Orientierung an der EMRK und damit verbunden einer justiziellen Bestimmung der Standards, bietet sich daher nicht an.

#### (4) *Übergreifende Betrachtung und Einschränkungen*

Der Schwerpunkt der hier vorgebrachten Einwände richtet sich gegen eine ausschließliche Orientierung an der Rechtsprechung des EGMR in der Strafrechtsintegration und gegen eine damit verbundene allein justizielle Festlegung. Zwei Einschränkungen sind geboten. Zunächst sieht das System der EMRK selbst Mechanismen vor, um den Einwänden gegen eine zu starke justizielle Festlegung in Grund- und Menschenrechtsfragen zu begegnen. Die EMRK soll nicht zu einer vollkommenen Unitarisierung des Grund- und Menschenrechtsschutzes in Europa führen. Stattdessen werden die Vertragsstaaten auf verschiedene Weise eingebunden. Neben der Förderung eines intensiven Austauschs über die Rolle und den Inhalt von Menschenrechten wird als Weg, die justizielle Konzentration

---

<sup>162</sup> Vgl. zu dem hier entwickelten EU-strafverfassungsrechtlichen Verständnis und der Herleitung entsprechender Leitprinzipien für das EU-Strafrecht noch *Dritter Teil*, B.

<sup>163</sup> Zu dieser Herausforderung mehrpoliger Grundrechtsverhältnisse auch *Gaede*, in: Böse, *Europäisches Strafrecht* (EnzEuR XI), § 3, Rn. 18, 26; *Eckes*, *Amsterdam Centre for European Law and Governance Working Paper Series* 2017, 1 (7 f.); vgl. auch in *Eckes*, in: *Govaere/Garben*, *The Interface Between EU and International Law – Contemporary Reflections*.

beim EGMR abzuschwächen, die sog. Margin-of-appreciation-Doktrin genutzt.<sup>164</sup> Der ursprünglich justiziell entwickelte,<sup>165</sup> mittlerweile aber auch von den Staaten explizit bestätigte und in Protokollform festgehaltene<sup>166</sup> Ansatz sieht vor, den Vertragsstaaten einen gewissen Spielraum bei der genauen Bestimmung der Gewährleistungen einzuräumen.<sup>167</sup> Diesen können die Staaten auch demokratisch füllen. Die Größe dieses Spielraums hängt u. a. davon ab, welches Recht betroffen ist, ob sich bereits ein „European consensus“ abzeichnet und ob die Mitgliedsstaaten nachweisen können, sich intensiv mit der menschenrechtlichen Dimension einer Frage befasst zu haben.<sup>168</sup> Für die Staaten werden so Anreize gesetzt, auch bei einer parlamentarischen Auseinandersetzung zu begründen, warum man die Gewährleistungen und ihr Konfliktverhalten im spezifischen Fall so interpretiert. Die Margin-of-appreciation-Doktrin kann ein wichtiges Instrument darstellen, um ein plurales und demokratisches Menschenrechtsverständnis zu fördern.<sup>169</sup> Zu bedenken gilt allerdings, dass selbst unterstützende Stimmen hervorheben, dass sich aus der Rechtsprechung des EGMR (zumindest bisher) keine klaren Kriterien oder eine Methode ablesen lassen, wann wieviel Spielraum existiert.<sup>170</sup>

Eine zweite Einschränkung der hier dargelegten Einwände gegen eine Orientierung an der EMRK für EU-Konzeptionen ist, dass wissenschaftliche Ansätze,

---

<sup>164</sup> Vgl. zur Doktrin *Arai-Takahashi*, The Margin of Appreciation Doctrine and the Principle of Proportionality in the Jurisprudence of the ECHR; *Legg*, The Margin of Appreciation in International Human Rights Law Deference and Proportionality; *Mahoney*, Human Rights Law Journal, 57.

<sup>165</sup> Z. B. in EGMR, Urteil vom 7. Dezember 1976 – 5493/72 (Handyside ./ GB), Rn. 47 ff.

<sup>166</sup> Vgl. die durch Protokoll No. 15 geänderte Präambel der Konvention; vgl. auch Nr. 11, 12 a) und b), 15 d), 25 c) der Brighton Declaration vom 19.–20. April 2012

<sup>167</sup> Es trägt dem Umstand Rechnung, dass primär die Staaten verpflichtet sind, die Rechte zu garantieren (Art. 1 EMRK sowie der Grundsatz der Subsidiarität).

<sup>168</sup> Vgl. dazu *Follesdal*, International Journal of Constitutional Law 2017, 359 (362–368); *McGoldrick*, International and Comparative Law Quarterly 2016, 21 (22 ff.).

<sup>169</sup> Sowohl *McGoldrick*, International and Comparative Law Quarterly 2016, 21 (59 f.) als auch *Follesdal*, International Journal of Constitutional Law 2017, 359 werben daher dafür, die Margin-of-appreciation-Doktrin – wenn richtig verstanden – auch auf andere Kontexte (bei *Follesdal* den Inter American Court of Human Rights, vgl. 362 ff.; bei *McGoldrick* das Human Rights Committee der UN) zu übertragen.

<sup>170</sup> Vgl. *Greer*, The Margin of Appreciation: Interpretation and Discretion under the European Convention on Human Rights, S. 32: „[I]t is questionable if it is really a ‚doctrine‘ at all since it could be said to lack the minimum theoretical specificity and coherence which a viable legal doctrine requires. It is, rather, a pseudo-technical way of referring discretion which the Strasbourg institutions have decided the Convention permits national authorities [...]“; ebenso *Follesdal*, International Journal of Constitutional Law 2017, 359 (362): „This practice is arguably so indeterminate and the standards so vague that to call it a ‚doctrine‘ is unduly salutary“ vgl. auch *Popovich*, Creighton Law Review 2009, 361 (394); *Ni Aoláin*, Fordham International Law Journal 1995, 101 (114 ff.); spezifisch zu den Problemen der „consensus“-Analyse *Dzehtsiarou*, Public Law 2011, 534 ff.; eine Zusammenfassung der Kritik bei *McGoldrick*, International and Comparative Law Quarterly 2016, 21 (137 ff.).

die an die EMRK und die Rechtsprechung des EGMR anknüpfen, nicht strikt an die Urteile gebunden sind. Forschungsansätze können bei der wissenschaftlichen Entwicklung europäischer Menschenrechtsstandards durch systematische und theoretische Reflexion über die Auffassung des EGMR hinausgehen.<sup>171</sup> Ansätze in diese Richtung sind auch weiterhin wichtig, da sie eine gehaltvolle externe Kontrolle des zunehmend integrierten strafrechtlichen Systems in der EU ermöglichen. Wiederum ersetzen sie aber nicht die Notwendigkeit zu eigenen EU-internen konzeptionellen Überlegungen. Das liegt daran, dass die wissenschaftlichen Ansätze trotz der Möglichkeit zur Abstraktion noch immer manche Systemlogiken der EMRK, wie beispielsweise dem Bedürfnis nach einheitlichen Standards für alle 46 aktuellen Vertragsstaaten, verhaftet bleiben (müssen).

Ein EU-interner konzeptioneller Entwurf muss aber die spezifischen Ziele, Werte und Grundpfeiler für die Strafrechtsentwicklung in der EU identifizieren und sich mit der Frage auseinandersetzen, wie sich Zielkonflikte auflösen lassen. Ebenfalls erforderlich ist es, horizontal wie vertikal Entscheidungsspielräume zu definieren. Die EMRK und der EGMR sind für diese Aufgabe des unionsinneren grundrechtlichen „Systembaus“ nicht ausgerichtet. Menschenrechtliche Maßstäbe, die anhand der EMRK entwickelt werden, liefern nur eingeschränkt Antworten für diese Fragen. So enthält die EMRK keine Aussagen zur Verteilung politischer Entscheidungskompetenz. Es ist Merkmal des Konventionssystems, dass in erster Linie die Vertragsstaaten der Konvention Ausdruck verleihen und dafür geeignete Strukturen etablieren. Ein konzeptioneller Entwurf zur EU sollte daher einen entsprechenden Rahmen definieren, der eine (auch) demokratische Ausgestaltung zulässt.

#### d) Zwischenergebnis

Die EMRK, die Rechtsprechung des EGMR sowie daran anknüpfende wissenschaftliche Ansätze sind nicht nur bisher von großer Bedeutung für die Strafrechtsentwicklung in Europa gewesen, sondern werden dies auch zukünftig sein. Die Diskussion möchte aber für ein differenziertes Verständnis der Rolle der Konvention mit Blick auf die EU-Integration des Straf- und Strafverfahrensrechts sowie eine Aufgabenteilung werben. Nach hier vertretener Ansicht sollte die primäre Aufgabe der EMRK und der Rechtsprechung des EGMR darin liegen, als externe Kontrolle für Rechtsentwicklungen in der EU und ihren Mitgliedsstaaten zu fungieren. Zusätzlich ist es notwendig, auch EU-intern nach konzeptionellen Ansätzen zu suchen. Dafür eignen sich die EMRK und die Rechtsprechung des EGMR sowie die daran anknüpfenden wissenschaftlichen Ansätze nicht. Die Gründe hierfür variieren danach, wie man die EMRK ver-

---

<sup>171</sup> So z. B. bei *Gaede*, Fairness als Teilhabe – Das Recht auf konkrete und wirksame Teilhabe durch Verteidigung gemäß Art. 6 EMRK, der sich vor seinem eigenen Vorschlag zur Systematisierung von Art. 6 EMRK zunächst auch mit der Ausdifferenzierung durch den EGMR auseinandersetzt (S. 325 ff.).



steht. Sieht man in der EMRK primär einen Minimalstandard von Menschenrechten, den der EGMR in Einzelfällen durchsetzt (Möglichkeit 1), greift eine ausschließliche Orientierung daran zu kurz. Sie stünde in einem augenscheinlichen Missverhältnis zum Ausbau der Strafverfolgung in der EU, die nicht auf ein Minimum begrenzt ist und fortlaufend weiterentwickelt wird. Aussichtsreicher ist ein Verständnis, dass die EMRK als einen allgemeinen europäischen Grundrechtsstandard begreift, der vom EGMR dynamisch und anspruchsvoll fortentwickelt wird (Möglichkeit 2). Auch dann ist das System der Konvention aber von bestimmten Eigenschaften geprägt, die die Potenziale begrenzen. Insbesondere ist für eine legitime Strafrechtsentwicklung in der EU die Einhaltung menschenrechtlicher Anforderungen nur eine unter mehreren Voraussetzungen. Ein konzeptioneller Vorschlag für das EU-Strafrecht muss ebenfalls Gesichtspunkte der demokratischen Mitbestimmung sowie der Wahrung von Pluralität in der EU Rechnung tragen. Für die EU ist es daher notwendig, intern einen eigenen Rahmen zu finden, der die Spezifika der Unionsrechtsordnung berücksichtigt.

### III. Richtung 3: EU-spezifische Ansätze

Seit dem Vertrag von Lissabon ist eine dritte Richtung von Ansätzen zu beobachten. Statt sich in erster Linie auf die Wahrung des nationalen Strafrechts oder die EMRK als möglichem liberalen Ausgleich zu fokussieren, wenden sich verschiedene Autor\*innen dezidiert der EU zu. Auch wenn die Ansätze in der Regel nicht explizit als „konzeptionell“ bezeichnet werden, lassen sie sich so einordnen. Übergreifend steht bei ihnen die Frage im Zentrum, welche Grundlagen, Ziele und Perspektiven es für eine legitime Entwicklung des EU-Strafrechts geben könnte. Der Abschnitt stellt einige der Ansätze vor (dazu 1.) und zieht daraus anschließend Schlussfolgerungen zu weiterem Forschungsbedarf (dazu 2.).

#### 1. Überblick über (ausgewählte) Ansätze

Der Überblick über Forschungsansätze, die sich übergreifend mit Grundlagen und Perspektiven des EU-Strafrechts auseinandersetzen, kann aufgrund der Weite nur selektiv erfolgen. Grob lassen sich vier Gruppen ausmachen, die sich teilweise überschneiden. Die erste Gruppe bilden Ansätze, die Ziele oder Prinzipien in den Mittelpunkt stellen (dazu a)). Eine zweite Gruppe besteht aus rechtsvergleichenden Ansätzen (dazu b)). Interdisziplinär geprägte Ansätze, die sich besonders mit Legitimität von EU-Strafrecht befassen, bilden eine dritte Gruppe (dazu c)). Für diese Untersuchung besonders wichtig sind auch erste verfassungsrechtliche Ansätze (dazu d)).

## a) Ziel- und prinzipienorientierte Ansätze

Einen zielorientierten Ansatz zum EU-Strafrecht verfolgt *Ulrich Sieber*. *Sieber*, langjähriger Direktor des für die Erforschung europäischen Strafrechts einflussreichen *Max-Planck-Instituts für ausländisches und internationales Strafrecht*,<sup>172</sup> hatte bereits 1991 gefordert, dass sich „die Strafrechtswissenschaft verstärkt mit der möglichen europäischen Zukunft ihres Rechtsgebietes beschäftigt“ und sich bei der Beantwortung rechtspolitischer Fragestellungen, wie der Suche nach einem „kurz-, mittel- und langfristigen Konzept für die Zukunft des Strafrechts in Europa“, einbringe.<sup>173</sup> Auch nach dem Vertrag von Lissabon ist für ihn die Suche nach einer übergreifenden Perspektive weiterhin entscheidend. In einem 2009 erschienenen grundlegenden Aufsatz mit dem Titel „Zur Zukunft des Europäischen Strafrechts“ kritisiert er, dass dem „politischen Kompromiss des Vertrags von Lissabon [...] kein umfassendes Konzept“ zugrunde läge.<sup>174</sup> Noch genereller und auch mit Blick auf die Wissenschaft konstatiert er, dass „kein Gesamtkonzept oder [...] System des Europäischen Strafrechts“ existiere und es an einer „grundlegenden Analyse, Bewertung und Reform des europäischen Strafrechtssystems in seiner Gesamtheit“ fehle.<sup>175</sup>

Um dieses Problem zu lösen, entwickelt *Sieber* ein eigenes System europäischen Strafrechts. Dieses System basiert auf der Annahme, dass das europäische Strafrecht spezifische eigene Ziele hat, die sich von denen des nationalen Strafrechts unterscheiden.<sup>176</sup> Zwar ginge es auch beim europäischen Strafrecht grundsätzlich darum, Freiheit und Sicherheit zu garantieren, beide Ziele hätten aber eine spezifisch europäische Dimension. Europäische Sicherheit zu garantieren hieße, speziell grenzüberschreitende Kriminalität zu verhindern oder effektiv zu verfolgen und die Interessen und Institutionen der EU zu schützen.<sup>177</sup> Für die europäische Freiheit wäre es notwendig, die individuellen Freiheitsrechte der Bürger\*innen der EU vor Eingriffen durch das europäische Strafrecht zu schützen und gleichzeitig institutionelle Garantien zu gewährleisten, zu denen *Sieber*

---

<sup>172</sup> Seit 2019 umbenannt in Max-Planck-Institut zur Erforschung von Kriminalität, Sicherheit und Recht

<sup>173</sup> Vgl. *Sieber*, ZStW 1991, 957 ff. (958).

<sup>174</sup> Vgl. *Sieber*, ZStW 2009, 1 (1).

<sup>175</sup> Vgl. *Sieber*, ZStW 2009, 1 (1); sein Befund bezog sich sowohl auf politische als auch auf wissenschaftliche Ansätze zur Integration des Straf- und Strafverfahrensrechts. Zur Forderung an die Wissenschaft, sich Gedanken über ein transnationales Strafrecht zu machen, das sowohl Freiheit als auch Sicherheit garantiert, siehe auch *Sieber*, in: *Sieber/Satzger/von Heintschel-Heinegg*, Europäisches Strafrecht, Einführung, Rn. 196.

<sup>176</sup> Vgl. *Sieber*, ZStW 2009, 1 (2 ff.); *Sieber*, in: *Sieber/Satzger/von Heintschel-Heinegg*, Europäisches Strafrecht, Einführung, Rn. 202 ff. Ebenfalls von den Zielen ausgehend *Jishkariani*, Die Bedeutung des Europäischen Strafrechts und sein Einfluss in Georgien, S. 57–72.

<sup>177</sup> Vgl. *Sieber*, ZStW 2009, 1 (2–8); siehe auch *Sieber*, in: *Sieber/Satzger/von Heintschel-Heinegg*, Europäisches Strafrecht, Einführung, Rn. 203–213.

das Demokratieprinzip, Rechtssicherheit, den Grundsatz der Subsidiarität und nationale Souveränität zählt.<sup>178</sup>

*Sieber* stellt sodann verschiedene Modelle vor<sup>179</sup> und bewertet sie anhand der definierten Ziele, wobei er jeweils Vorschläge zur Optimierung diskutiert.<sup>180</sup> Dabei wird deutlich, dass es zu Zielkonflikten kommen kann. Zusammengefasst scheinen kooperative Modelle tendenziell besser geeignet, um die nationale Souveränität und Vielfalt zu schützen, zahlen dabei aber den Preis von Effektivitätsverlusten (je nach konkreter Umsetzung entweder hinsichtlich der Strafverfolgung oder des Schutzes von Beschuldigtenrechten). Supranationale Modelle sind in der Zielerreichung oft effektiver, weisen aber Probleme mit Blick auf die demokratische Legitimation, Subsidiarität, nationale Souveränität und Vielfalt auf. *Sieber* wirbt dafür, durch Mischformen die jeweiligen Vorteile zur Geltung zu bringen und die Risiken zu reduzieren.<sup>181</sup>

Weiter lassen sich Ansätze beobachten, die eine Ausrichtung des europäischen Strafrechts an Strafrechtsprinzipien befürworten. So stellt *Helmut Satzger* Überlegungen an, wie auf die Defizite der bisherigen europäischen Kriminalpolitik reagiert werden könne.<sup>182</sup> Die bestehenden Defizite führt er insgesamt darauf zurück, dass sich die europäische Kriminalpolitik zu wenig an Prinzipien orientiert habe.<sup>183</sup> Konsequenterweise wirbt er auf der Lösungsseite für eine stärkere Hinwendung zu Prinzipien oder Leitlinien in der Integration.<sup>184</sup> Auch wenn er

<sup>178</sup> Vgl. *Sieber*, ZStW 2009, 1 (8–15); *Sieber*, in: *Sieber/Satzger/von Heintschel-Heinegg*, Europäisches Strafrecht, Einführung, Rn. 214–231.

<sup>179</sup> *Sieber* zufolge könne idealtypisch zwischen „Kooperationsmodellen“ und „supranationalen Modellen“ differenziert werden. Während der Ansatz bei Kooperationsmodellen darin bestehe, die Zusammenarbeit zwischen selbstständigen (in dem Fall nationalen) Strafrechtssystemen zu stärken (*Sieber* differenziert hier noch weiter zwischen verschiedenen Unterformen, was er anhand der Schweiz, den USA und der EU erläutert, S. 17–20), würde bei supranationalen Modellen direkt auf einer einheitlichen (in diesem Fall der europäischen) Ebene angesetzt (S. 22–23). Auch Mischformen zwischen beiden Modellen seien denkbar (S. 23). *Sieber* geht dann darauf ein, dass bei den Kooperationsmodellen (und Mischformen) mehrere Strafrechtsordnungen nebeneinander existieren, was zur Entstehung von Ein- oder Mehrebenensystem (inklusive der damit verbundenen Herausforderungen wie Mehrfachzuständigkeiten und Normkonflikten) führen könne (S. 23–27), *Sieber*, ZStW 2009, 1 (16–27.).

<sup>180</sup> Vgl. für die Kooperationsmodelle (S. 28–43), für die supranationalen Modelle (S. 44–63), *Sieber*, ZStW 2009, 1.

<sup>181</sup> *Sieber*, ZStW 2009, 1 (65 f.).

<sup>182</sup> Vgl. *Satzger*, in: Böse, Europäisches Strafrecht (EnzEuR XI), § 2. Als Defizite macht *Satzger* u. a. die Sicherheitstendenz in der bisherigen Europäisierung durch die Ausweitung und Verschärfung von Strafvorschriften (Rn. 23–27), den unbedachten Einsatz von „effet utile“ (Rn. 30), Kriminalisierung als Reaktion auf Herausforderungen (Rn. 35 f.), Bestimmtheitsmängel (Rn. 41–44) und die Missachtung des Subsidiaritätsgrundsatzes (Rn. 45) aus.

<sup>183</sup> Vgl. *Satzger*, in: Böse, Europäisches Strafrecht (EnzEuR XI), § 2, Rn. 55. Grundlegend zu den Prinzipien des Strafrechts aus amerikanischer Sicht *Hall*, General Principles of Criminal Law; aus britischer Sicht *Ashworth/Horder*, Principles of Criminal Law; fortgeführt von *Horder*, Ashworth's Principles of Criminal Law.

<sup>184</sup> *Satzger*, in: Böse, Europäisches Strafrecht (EnzEuR XI), § 2, Rn. 55 ff. So bereits *Sie-*

positive Ansätze in der Wissenschaft hervorhebt (insb. die *European Criminal Policy Initiative*, an der er selbst beteiligt ist; dazu sogleich), konstatiert er, dass sich die Wissenschaft weiterhin in die Debatte um eine kohärente und rationale Kriminalpolitik einmischen und den europäischen Rechtssetzungsprozess konstruktiv begleiten solle.<sup>185</sup> Er selbst bringt dafür einige konkrete Vorschläge ein, beispielsweise Musterformulierungen, ein von ihm mitentwickeltes „Kategorienmodell“ für strafrechtliche Sanktionen<sup>186</sup> oder Ideen zur Diskussion um einen allgemeinen Teil.<sup>187</sup> Satzger tritt darüber hinaus auch für eine kritische Evaluation von Rechtsakten<sup>188</sup> und für die Etablierung eines besonderen Gremiums ein, um strafrechtsrelevante Akte auf ihre Sinnhaftigkeit und Kohärenz zu überprüfen.<sup>189</sup>

Eine enger an Prinzipien orientierte Strafrechtsintegration fordert auch die *European Criminal Policy Initiative (ECPI)*.<sup>190</sup> Die Initiative veröffentlichte dafür 2009 in mehreren Sprachen ein erstes Manifest zur europäischen Kriminalpolitik.<sup>191</sup> Ihr Ausgangsbefund ist, dass die EU, obwohl sie in erheblichem Umfang in die Entwicklung des Straf- und Strafverfahrensrechts eingreift, kein in sich stimmiges kriminalpolitisches Konzept verfolgt.<sup>192</sup> Ihr konzeptioneller Ge-

---

ber, in: Sieber, Europäische Einigung und Europäisches Strafrecht, der die kriminalpolitische Forderung schon früh erhob, aus den Grundrechten der EU und der EMRK rechtsstaatliche Grundsätze abzuleiten (u. a. Bestimmtheitsgebot, Rückwirkungsverbot, Schuldgrundsatz, Subsidiarität des Strafrechts und Garantie eines fair trial).

<sup>185</sup> Vgl. Satzger, in: Böse, Europäisches Strafrecht (EnzEuR XI), § 2, Rn. 76; für eine breite kriminalpolitische Diskussion zu einem Konzept, auf dessen Grundlage zukünftige strafrechtliche Schritte auf der EU-Ebene erfolgen, plädiert Satzger bereits in KritV 2008, 17; kritisch zu der Forderung nach Kohärenz allerdings Vogel, in: Ambos, Europäisches Strafrecht post-Lissabon, S. 41 (56).

<sup>186</sup> Siehe dazu Satzger, Harmonisierung strafrechtlicher Sanktionen in der Europäischen Union.

<sup>187</sup> Vgl. insgesamt Satzger, in: Böse, Europäisches Strafrecht (EnzEuR XI), § 2, Rn. 78–92.

<sup>188</sup> Satzger, in: Böse, Europäisches Strafrecht (EnzEuR XI), § 2, Rn. 93; zu den verschiedenen bereits existenten Evaluationsmechanismen, deren Bedeutung und den Chancen und Risiken in der Zukunft vgl. Vogell/Böse, in: Böse, Europäisches Strafrecht (EnzEuR XI), § 27; vgl. auch bereits Vogel, JZ 2004, 487. Nach hier vertretener Ansicht sind funktionierende Mechanismen und Verfahren zur Evaluation zwar ein wesentlicher Bestandteil einer legitimen Entwicklung; sie erfordern aber, dass vorher klare Kriterien festgelegt sind, anhand derer eine Evaluation erfolgen kann.

<sup>189</sup> Satzger, in: Böse, Europäisches Strafrecht (EnzEuR XI), § 2, Rn. 94.

<sup>190</sup> Die ECPI wurde 2008 gegründet und setzte sich ursprünglich aus 14 Strafrechtsprofessor\*innen aus zehn Mitgliedsstaaten zusammen (Petter Asp, Nikolaos Bitzilekis, Sergiu Bogdan, Thomas Elholm, Luigi Foffani, Dan Frände, Helmut Fuchs, Maria Kaiada-Gbandi, Jocelyne Leblois-Happe, Adán Nieto Martín, Cornelius Prittowitz, Helmut Satzger, Elisabeth Symeonidou-Kastanidou, Inge Zerbes).

<sup>191</sup> *European Criminal Policy Initiative*, ZIS 2009, 707 ff.; eine aktualisierte Version nach Inkrafttreten des Vertrages von Lissabon findet sich in *European Criminal Policy Initiative*, EuCLR 2011, 86.

<sup>192</sup> *European Criminal Policy Initiative*, ZIS 2009, 707 ff. (707).

genentwurf besteht darin, dass sich die europäische Kriminalpolitik an gemeinsamen, aus dem europäischen Recht folgenden Grundprinzipien des (materiellen) Strafrechts ausrichten solle. Konkret identifiziert sie dafür das Erfordernis eines legitimen Schutzzwecks, das Ultima-ratio-Prinzip, den Schuldgrundsatz, das Gesetzlichkeitsprinzip mit mehreren Ausprägungen (Bestimmtheitsgebot, Rückwirkungsverbot, Erfordernis eines Parlamentsgesetzes) sowie das Subsidiaritäts- und Kohärenzprinzip.<sup>193</sup> Anschließend analysieren die Autor\*innen, inwieweit die bisher erlassenen Maßnahmen mit diesen Prinzipien im Einklang stehen.<sup>194</sup>

Das zweite Manifest der *European Criminal Policy Initiative* aus dem Jahr 2013 fokussiert sich auf das Strafprozessrecht.<sup>195</sup> Auch hier unterbreiten die Wissenschaftler\*innen Vorschläge, wie eine prinzipienbasierte EU-Kriminalpolitik aussehen könnte. Neben der Forderung, das Prinzip der gegenseitigen Anerkennung zu limitieren, Subsidiarität enger zu wahren sowie Gesetzmäßigkeit und Justizförmigkeit zu schützen, hat für die Unterzeichnenden die Wahrung einer „Ausgewogenheit des europäischen Strafverfahrens“<sup>196</sup> eine wesentliche Bedeutung. Insofern müsse eine Balance zwischen dem Interesse einer effektiven Strafverfolgung, dem Staatsinteresse an der Wahrung nationaler Identität und dem Individualinteresse (Schutz von Beschuldigtenrechten) gefunden werden.<sup>197</sup> Wie auch schon im ersten Manifest werden Rechtsakte aus der Praxis an den entwickelten Prinzipien gemessen.<sup>198</sup>

Einen konzeptionell an die Initiative anknüpfenden Vorschlag für die Integration im materiellen Strafrecht hält auch eine Untersuchung von *Andreas B. Schaut* mit dem Titel „Europäische Strafrechtsprinzipien. Ein Beitrag zur systematischen Fortentwicklung übergreifender Grundlagen“<sup>199</sup> bereit. *Schaut* beobachtet, dass in der Strafrechtswissenschaft häufig die Kritik geäußert werde, die EU-Kriminalpolitik sei nicht mit strafrechtlichen Prinzipien zu vereinbaren. Er stellt dabei allerdings fest, dass als Bewertungsmaßstab stets nationale Strafrechtsprinzipien in ihrer ursprünglichen Form herangezogen würden, die sich ihm zufolge nur begrenzt für den europäischen Kontext eigneten.<sup>200</sup> *Schaut*

<sup>193</sup> *European Criminal Policy Initiative*, ZIS 2009, 707 ff. (707–709).

<sup>194</sup> *European Criminal Policy Initiative*, ZIS 2009, 707 ff. (709–716).

<sup>195</sup> *European Criminal Policy Initiative*, ZIS 2013, 430 ff.

<sup>196</sup> *European Criminal Policy Initiative*, ZIS 2013, 430 ff. (432, 438 ff.).

<sup>197</sup> *European Criminal Policy Initiative*, ZIS 2013, 430 ff. (432); dass das Staatsinteresse als eigenständiger zu berücksichtigender Belang genannt wird, ist interessant. Weder in der abstrakten Begründung noch bei den folgenden Praxistexten wird allerdings darauf eingegangen, warum das Staatsinteresse an Wahrung der nationalen Identität (an anderer Stelle auch Souveränität) für sich genommen schützenswert ist oder welchen dahinterstehenden Zielen es dient und wie es sich zu effektiver Strafverfolgung und dem Schutz von individuellen Rechten verhält.

<sup>198</sup> *European Criminal Policy Initiative*, ZIS 2013, 430 ff. (433–446).

<sup>199</sup> *Schaut*, Europäische Strafrechtsprinzipien.

<sup>200</sup> *Schaut*, Europäische Strafrechtsprinzipien, S. 20–21, die ECPI-Vorschläge sind auch für *Schaut* eine positiv hervorzuhebende Ausnahme (S. 26–27).

schlussfolgert daraus, dass die Strafrechtsprinzipien auf die europäische Ebene transponiert werden müssten.<sup>201</sup> Um diese Herausforderung anzugehen, erarbeitet *Schaut* eine eigene Theorie der Strafrechtsprinzipien des Unionsrechts.<sup>202</sup> Davon ausgehend entwickelt er für das materielle Strafrecht beginnend mit dem Grundsatz *nullum crimen/nulla poena sine lege*, über den Lex-Mitior-Grundsatz, den Parlamentsvorbehalt, den Schuldgrundsatz bis hin zum Grundsatz des subsidiären Rechtsgüterschutzes spezifisch europäische Strafrechtsprinzipien.<sup>203</sup>

Ebenfalls einen prinzipienbasierten Ansatz visiert *Suzan Denise Hüttemann* für das europäische Strafrecht an. Während bei *Schaut* das materielle Recht im Fokus steht, wendet sich *Hüttemann* in ihrer Dissertation „Principles and Perspectives of European Criminal Procedure“ (2012)<sup>204</sup> dem Strafprozessrecht zu. Sie beginnt ihre Analyse mit einem Überblick über verschiedene Modelle der Rechtshilfe und ordnet das europäische System darin ein.<sup>205</sup> Daran anschließend thematisiert sie den für die strafrechtliche Zusammenarbeit in der EU essenziellen Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung.<sup>206</sup> Dabei geht *Hüttemann* besonders auf die Analogie der gegenseitigen Anerkennung als ursprünglich binnenmarktrechtlichem Prinzip ein und zeigt (strukturelle) Unterschiede zwischen den Bereichen auf.<sup>207</sup> *Hüttemann* hebt den Zusammenhang zwischen gegenseitiger Anerkennung und gegenseitigem Vertrauen hervor und kritisiert, dass gegenseitiges Vertrauen zwar als fast omnipräsenter Grundsatz in politischen Dokumenten, Erklärungen und der EuGH-Rechtsprechung auftauchen würde, die genaue Bedeutung, Funktion und das Verhältnis zur gegenseitigen Anerkennung dabei allerdings vage und flexibel blieben.<sup>208</sup> Besonders problematisch sei dieses Verständnis für Individuen und den Schutz ihrer Grundrechte.<sup>209</sup> Zur Lösung der Probleme plädiert *Hüttemann* für zwei Strategien: zum einen eine klare Zuständigkeitsverteilung zur Strafverfolgung in der EU vorzunehmen;<sup>210</sup> und zum an-

---

<sup>201</sup> *Schaut*, Europäische Strafrechtsprinzipien, S. 20 ff.

<sup>202</sup> *Schaut*, Europäische Strafrechtsprinzipien, S. 43–122.

<sup>203</sup> *Schaut*, Europäische Strafrechtsprinzipien, S. 125 ff.

<sup>204</sup> *Hüttemann*, Principles and Perspectives of European Criminal Procedure; vgl. auch *Hüttemann*, in: Leible/Terhechte, Europäisches Rechtsschutz- und Verfahrensrecht (EnzEuR III), § 42.

<sup>205</sup> *Hüttemann*, Principles and Perspectives of European Criminal Procedure, Kapitel 2.

<sup>206</sup> *Hüttemann*, Principles and Perspectives of European Criminal Procedure, Kapitel 3.

<sup>207</sup> So stellt gegenseitige Anerkennung im Strafrecht im Gegensatz zum freien Warenverkehr keinen Selbstzweck dar; im Unterschied zu „Produkten“ privater Marktteilnehmer ist der Staat bei der gegenseitigen Anerkennung im Strafrecht selbst Akteur; und schließlich dient Strafrecht primär repressiven Zwecken, verringert also die Freiheit der Bürger\*innen tendenziell, vgl. *Hüttemann*, Principles and Perspectives of European Criminal Procedure, S. 59 ff.

<sup>208</sup> Vgl. *Hüttemann*, Principles and Perspectives of European Criminal Procedure, S. 100, zum Zusammenhang insb. Kapitel 4.

<sup>209</sup> Vgl. *Hüttemann*, Principles and Perspectives of European Criminal Procedure, S. 105 ff. und Kapitel 7.

<sup>210</sup> Vgl. *Hüttemann*, Principles and Perspectives of European Criminal Procedure, Kapitel 6.

deren dezidiert europäische, transnationale Grundrechtsstandards zu fördern, da die nationalen Garantien an Grenzen stoßen.<sup>211</sup>

### b) Rechtsvergleichende Ansätze

In rechtsvergleichender Hinsicht sind zu den Perspektiven der Strafrechtsentwicklung in der EU die Untersuchungen „Strafrechtgenese in Internationalen Organisationen“ (2012)<sup>212</sup> von *Frank Meyer* und „Strafrecht im Mehrebenensystem“ (2014)<sup>213</sup> von *Tobias Reinbacher* hervorzuheben. Neben ihrem vergleichenden Ansatz teilen die Untersuchungen die Gemeinsamkeit, dass sie sich mit den Möglichkeiten strafrechtlicher Rechtssetzung in „Mehrebenensystemen“ befassen. Mit der Wahl dieser konzeptionellen Einkleidung wird bereits terminologisch deutlich, dass die Untersuchungen von einer interdisziplinären Öffnung zur Politikwissenschaft geprägt sind.<sup>214</sup> Auch wenn sowohl *Meyer* als auch *Reinbacher* jeweils mehrere Mehrebenensysteme in den Blick nehmen, liegt bei beiden ein bzw. der Schwerpunkt auf der EU.

Im Zentrum von *Meyers* Untersuchung stehen strafrechtliche Normbildungsprozesse jenseits des Nationalstaates in internationalen Organisationen. Dabei geht er neben der EU auch auf die UN, den Europarat sowie die OECD ein. Ausgangspunkt der Untersuchung bildet eine Darstellung, wie Normbildungsprozesse in den vier Organisationen ablaufen,<sup>215</sup> die *Meyer* dann typologisiert, ordnet und vergleicht.<sup>216</sup> Davon ausgehend entwickelt *Meyer* Kriterien und Maßstäbe zur Beurteilung der rechtlichen Legitimationsvoraussetzungen von diesen Normbildungsprozessen, wobei er strafrechtstheoretische, verfassungstheoretische und völkerrechtliche Ansätze zusammenführt.<sup>217</sup> Eine zentrale Stellung kommt dabei demokratischer Selbstbestimmung zu, die aber in einem materiellrechtlichen und strafrechtstheoretischen Rahmen zu sehen ist.<sup>218</sup> Eine Anwendung dieser Legitimationskriterien auf den Fall der EU offenbart zwar gewisse Defizite und dementsprechenden Bedarf für Verbesserung. Insgesamt beurteilt

<sup>211</sup> Vgl. *Hüttemann*, Principles and Perspectives of European Criminal Procedure, Kapitel 7.

<sup>212</sup> *Meyer*, Strafrechtgenese in Internationalen Organisationen.

<sup>213</sup> *Reinbacher*, Strafrecht im Mehrebenensystem; gewisse Vorarbeiten sind bereits zu finden in: *Reinbacher*, Das Strafrechtssystem der USA: Eine Untersuchung zur Strafgewalt im föderativen Staat; durch einen Blick speziell auf das US-amerikanische System der Kompetenzverteilung zwischen Bund und Einzelstaaten werden auch dort schon überlegt, inwiefern Rückschlüsse auf die Strafrechtsentwicklung in Europa möglich sind.

<sup>214</sup> Sie hätten daher auch in die folgende Gruppe (vgl. c) Interdisziplinäre legitimitätsorientierte Ansätze) eingeordnet werden können.

<sup>215</sup> *Meyer*, Strafrechtgenese in Internationalen Organisationen, Kapitel 1.

<sup>216</sup> *Meyer*, Strafrechtgenese in Internationalen Organisationen, Kapitel 2.

<sup>217</sup> *Meyer*, Strafrechtgenese in Internationalen Organisationen, Kapitel 3.

<sup>218</sup> Die bisher entwickelten Kriterien zur Begrenzung des Strafrechts beurteilt *Meyer* allerdings kritisch, da sie vor ungelösten Begründungsschwierigkeiten stünden, vgl. zusammenfassend *Meyer*, Strafrechtgenese in Internationalen Organisationen, S. 792.

*Meyer* die Möglichkeiten für strafrechtliche Normsetzung jenseits von Nationalstaaten und speziell in der EU aber positiv.<sup>219</sup>

*Reinbachers* Untersuchung verfolgt eine ähnliche Zielsetzung. Auch sie zielt darauf ab, eine fundierte Antwort darauf zu finden, wie sich Kompetenzen in Mehrebenensystemen verteilen lassen, wobei wiederum der EU eine besondere Stellung zukommt. Anstelle von anderen internationalen Organisationen zieht *Reinbacher* als Vergleichsgruppe föderal organisierte staatliche Systeme heran.<sup>220</sup> *Reinbacher* identifiziert vier Kriterien, die er für die Verteilung von Strafrechtskompetenzen als wesentlich erachtet:<sup>221</sup> demokratische Legitimation, Effektivität strafrechtlicher Systeme, Erhalt lokaler Vielfalt und Autonomie sowie Rechtsstaatlichkeit (konkret in Form von Beschuldigtenrechte). Davon ausgehend analysiert er, welche Kompetenzverteilung den Kriterien jeweils am besten Rechnung trägt.<sup>222</sup> *Reinbacher* bildet dann verschiedene Modelle der Kompetenzverteilung (nur eine Ebene, funktionelle Verteilung, Trennung der Ebenen nach Deliktsbereichen, Trennung zwischen Kompetenzen der Legislative, Exekutive und Judikative und einem verflochtenen Modell).<sup>223</sup> Übertragen auf die EU ließe sich den zuvor identifizierten Parametern am besten durch ein flexibles Mischmodell Rechnung tragen, das durch zentrale Harmonisierungskompetenzen und dezentrale Umsetzung charakterisiert sei.<sup>224</sup> Insgesamt beurteilt *Reinbacher* die Möglichkeiten für Strafrechtskompetenzen der EU ebenfalls positiv, regt aber eine Stärkung der Demokratie und des Beschuldigtenschutzes auf der zentralen EU-Ebene an.

### c) Interdisziplinäre legitimitätsorientierte Ansätze

In jüngerer Zeit sind einige Publikationen zu finden, die besonders von einer interdisziplinären Offenheit geprägt sind und bei denen die *Legitimität* von EU-Strafrecht im Zentrum steht. Monografisch befasst sich zunächst *Irene Wieczorek* in ihrer Untersuchung „The Legitimacy of EU Criminal Law“ (2020)<sup>225</sup> damit. Sie entwirft zunächst einen (strafrechts-)theoretischen Rahmen, wann der Einsatz von Strafrecht legitim ist, den sie dann anschließend auf den supranationalen Kontext der EU anwendet.<sup>226</sup> In ihrer theoretischen Konzeption bezieht sie sich auf zwei unterschiedliche Begründungsstränge für die Legitimität strafrechtlicher Regelungen, nämlich einerseits einen wertebasierten-liberalen (de-

---

<sup>219</sup> Vgl. für die EU *Meyer*, Strafrechtsgenese in Internationalen Organisationen, S. 862–890.

<sup>220</sup> Konkret die Bundesrepublik Deutschland, die USA, Kanada und das Vereinte Königreich, vgl. *Reinbacher*, Strafrecht im Mehrebenensystem, Kapitel 3.

<sup>221</sup> Vgl. dazu *Reinbacher*, Strafrecht im Mehrebenensystem, Kapitel 5, insb. 575 ff.

<sup>222</sup> *Reinbacher*, Strafrecht im Mehrebenensystem, Kapitel 5, insb. 630 ff.

<sup>223</sup> *Reinbacher*, Strafrecht im Mehrebenensystem, Kapitel 5, ab 662 ff.

<sup>224</sup> Vgl. *Reinbacher*, Strafrecht im Mehrebenensystem, Kapitel 6, ab 733 ff.

<sup>225</sup> *Wieczorek*, The Legitimacy of EU Criminal Law.

<sup>226</sup> Vgl. *Wieczorek*, The Legitimacy of EU Criminal Law, Kapitel 1.



ontologischen), wie er durch das *harm*-Prinzip bzw. die Rechtsgutstheorie verkörpert wird; und andererseits einen effektivitätsbasierten (utilitaristischen), der Strafrecht als Mittel sieht, um andere Ziele zu erreichen, und diskutiert, inwiefern sich beide kombinieren lassen.<sup>227</sup> Davon ausgehend entwickelt *Wieczorek* ein analytisches Instrument,<sup>228</sup> das sie anschließend für eine Analyse der Bestimmungen des Vertrages von Lissabon und politischer Vorhaben der EU nutzt. Ihre zentrale Frage ist dabei, auf welche Legitimationsbegründung sich die politischen Vorhaben stützen lassen und ob sie mit den konstitutionellen Werten der EU kohärent in Einklang gebracht werden können.<sup>229</sup> Ergebnis ihrer Analyse von EU-Rechtsakten ist, dass in der EU, auch wenn post-Lissabon deontologische Begründungen an Gewicht gewinnen, nach wie vor eine utilitaristisch gedachte Legitimität überwiegt und dass darin eine gewisse Spannung zu den Werten der EU und ihrem liberalen Anspruch bestehe.<sup>230</sup>

Wie sich Legitimität des EU-Strafrechts sicherstellen lässt, ist auch die zentrale Frage in *Kimmo Nuotios* Artikel „A legitimacy-based approach to EU criminal law: Maybe we are getting there, after all“ ebenfalls aus 2020.<sup>231</sup> *Nuotios* Ansatz besteht darin, auf strafrechtstheoretische und sozialwissenschaftliche Überlegungen zur Legitimität von Strafe zurückzugreifen und EU-Strafrecht dem folgend neu zu denken. Basierend auf der Ausgangsbeobachtung, dass EU-Strafrecht in vielerlei Hinsicht gereift ist, plädiert *Nuotio* für einen neuen Blick auf das EU-Strafrecht. Statt der Gedanken von Effektivität, Abschreckung und *rational-choice*-Ansätzen der Ökonomie, die bisher das europäische Strafrecht charakterisieren, schlägt er vor, EU-Strafrecht auf wirklich europäische Weise zu re-interpretieren.<sup>232</sup> Legitimes europäisches Strafrecht müsse dafür auf den Werten basieren, die die europäische Tradition schon seit der Aufklärung prägen.

Ebenfalls in diese Richtung geht *Jenia I. Turner* in ihrem Aufsatz „The Expressive Dimension of EU Criminal Law“.<sup>233</sup> *Turner* zufolge habe sich der Einsatz von Strafrecht in der EU erweitert. Nicht nur werde es genutzt, um politische Ziele effektiv zu erreichen, sondern auch um Kernwerte und die eigene politische Identität zu bestätigen.<sup>234</sup> Ein Beispiel dafür seien die Ansätze zur Harmonisierung von Standards bei rassistischen und xenophoben Straftaten, mit denen die

<sup>227</sup> Vgl. *Wieczorek*, The Legitimacy of EU Criminal Law, S. 30, 35 ff.

<sup>228</sup> *Wieczorek*, The Legitimacy of EU Criminal Law, Kapitel 2.

<sup>229</sup> *Wieczorek* geht dabei auf die Strafrechtskompetenzen post-Lissabon ein (Kapitel 4 und 5), wobei sie zwischen *functional* und *securitised criminalisation* unterscheidet. Ebenfalls thematisiert sie politische Programme (Kapitel 6) wie z. B. das Stockholm-Programm. Schließlich wendet sie sich sekundärrechtlichen Umsetzungen, konkret dem RB zu Rassismus und Xenophobie und den Richtlinien zum Marktmissbrauch und PIF, zu (Kapitel 7), vgl. *Wieczorek*, The Legitimacy of EU Criminal Law.

<sup>230</sup> Vgl. *Wieczorek*, The Legitimacy of EU Criminal Law, S. 215 f.

<sup>231</sup> *Nuotio*, New Journal of European Criminal Law 2020, 20.

<sup>232</sup> Vgl. *Nuotio*, New Journal of European Criminal Law 2020, 20 (39).

<sup>233</sup> Siehe *Turner*, Am. J. Comp. L 2012, 555.

<sup>234</sup> Vgl. *Turner*, Am. J. Comp. L 2012, 555 (557 ff.).

EU ihren Einsatz für Menschenrechte und Gleichheit demonstrieren wolle.<sup>235</sup> Um die (demokratische) Legitimität der EU zu stärken, wirbt sie dafür, die nationalen Parlamente bei der Entwicklung von EU-Strafrecht stärker zu involvieren.<sup>236</sup> Zwar könne das dazu führen, dass sich EU-Initiativen im Strafrecht verlangsamen oder generell abnehmen. Gleichzeitig trage es aber zu einer Stärkung der demokratischen Legitimität bei, da die nationale Identität sowie die Prinzipien der Subsidiarität und Verhältnismäßigkeit besser geschützt werden. Schließlich könne es auch zu einer Steigerung der Effektivität beitragen, wenn die Mitgliedsstaaten bei der Rechtsdurchsetzung keinen Verlust ihrer nationalen Autonomie mehr befürchten müssen.<sup>237</sup>

Die Legitimität strafrechtlicher Systeme wird zudem auch aus sozialwissenschaftlicher und kriminologischer Perspektive untersucht. Diese setzt sich mit der Frage auseinander, inwiefern Menschen strafrechtliche Systeme als legitim wahrnehmen.<sup>238</sup> Zwei Kapitel eines von *Nina Peršak* herausgegebenen Sammelbandes aus dem Jahr 2014 befassen sich spezifisch mit der EU.<sup>239</sup> *Thomas Elholm* thematisiert in seinem Beitrag die Legitimität von Normen der EU und von nationalen Umsetzungsmaßnahmen im Bereich des EU-Straf- und Sanktionsrechts.<sup>240</sup> Als für die Legitimität wesentliche Merkmale identifiziert er Legalität, Demokratie, Verankerung der Normen in der Bevölkerung, Effektivität, Verhältnismäßigkeit und Kohärenz. *Peršak* selbst widmet sich in ihrem zusammen mit *Joze Štrus* verfassten Kapitel der Bedeutung und den Faktoren von Vertrauen in die Judikative innerhalb der EU-Mitgliedsstaaten.<sup>241</sup> Unter Bezugnahme auf Er-

<sup>235</sup> Vgl. *Turner*, Am. J. Comp. L 2012, 555 (564–574). *Turner* weist darauf hin, dass die expressive Dimension auch in anderen Bereichen wie dem Umweltstrafrecht oder bei Kindesmissbrauch sichtbar sind (574).

<sup>236</sup> Vgl. *Turner*, Am. J. Comp. L 2012, 555 (559, 578–582).

<sup>237</sup> Vgl. *Turner*, Am. J. Comp. L 2012, 555 (582).

<sup>238</sup> Große Bedeutung kommt in der kriminologischen Forschung der „procedural justice“ zu. Wegweisend sind insoweit die Studien des amerikanischen Professors für Psychologie und Rechtswissenschaften *Tom R. Tyler*. Entscheidend für die Akzeptanz von (Strafrechts-)Normen sei demnach nicht Abschreckung, sondern ob Menschen die Normen als legitim wahrnehmen. Das wiederum habe damit zu tun, wie ein Rechtssystem die Menschen behandle. „Procedural justice and fairness“ beinhalte Aspekte der Entscheidungsfindung (Neutralität, Unvoreingenommenheit, Beteiligung und Anhörung der Betroffenen) und – noch wichtiger – den fairen und respektvollen Umgang der staatlichen Institutionen mit den Bürger\*innen, vgl. grundlegend *Tyler*, *Why people obey the law*; *Tyler*, *Ohio State Journal of Criminal Law* 2009, 307; *Tyler*, in: *Crawford/Hucklesby*, *Legitimacy and Compliance in Criminal Justice*, S. 8; vgl. weiter *Tyler*, *Legitimacy and Criminal Justice*; vgl. für eine Fortentwicklung mit case-studies zu verschiedenen europäischen Ländern u. a. *Meško/Tankebe*, *Trust and Legitimacy in Criminal Justice*; *Jackson u. a.*, *British Journal of Criminology* 2012, 1051; *Tyler/Jackson*, 2013.

<sup>239</sup> *Peršak*, *Legitimacy and Trust in Criminal Law, Policy and Justice: Norms, Procedures, Outcomes*.

<sup>240</sup> *Elholm*, in: *Peršak*, *Legitimacy and Trust in Criminal Law, Policy and Justice: Norms, Procedures, Outcomes*, S. 71 ff.

<sup>241</sup> *Peršak/Štrus*, in: *Peršak*, *Legitimacy and Trust in Criminal Law, Policy and Justice*:

hebungen durch das *Eurobarometer*<sup>242</sup> heben *Peršak* und *Štrus* hervor, dass das Vertrauen in die Gerichte in den EU-Mitgliedsstaaten unterschiedlich stark ausgebildet sei, was für die effektive Zusammenarbeit im Strafrecht ein Problem darstelle. Eine stärkere Orientierung an „klassischen“, objektiven, normativen Legitimitätskriterien und eine EU-weite Kontrolle von deren Einhaltung könne helfen.<sup>243</sup>

#### d) Verfassungsrechtliche Ansätze

Für die vorliegende Untersuchung besonders interessant zu beobachten ist, dass einige Autor\*innen bereits begonnen haben, die Entwicklungen des EU-Strafrechts aus einer verfassungsrechtlichen Perspektive zu betrachten. Besonders hervorzuheben sind die Ansätze von *Joachim Vogel*,<sup>244</sup> *Christoph Burchard*,<sup>245</sup> *Dominik Brodowski*,<sup>246</sup> *Ester Herlin-Karnell*<sup>247</sup> und *Jacob Öberg*,<sup>248</sup> auf die im zweiten Teil detailliert eingegangen werden wird.

## 2. Übergreifende Überlegungen zu den Ansätzen

Die Synopse der verschiedenen Ansätze zeigt, dass seit dem Vertrag von Lissabon übergreifende Perspektiven zum EU-Strafrecht stärker in den Fokus der Wissenschaft genommen wurden. Dabei wird deutlich, dass die Frage nach der Zukunft des EU-Strafrechts eine große Heterogenität an Antworten zulässt. Die wissenschaftlichen Beiträge unterscheiden sich sowohl in ihrer Fokussierung, ihrer methodischen Herangehensweise als auch in ihrem Umfang. Statt auf die Vorschläge einzeln einzugehen, werden hier übergreifend zentrale Gedanken bzw. Schlussfolgerungen der Diskussion für die Zukunft der Strafrechtsentwicklung herausgearbeitet. Sie lassen sich zugespitzt in vier Erkenntnissen zusammenfassen, die als Anknüpfungspunkte für weitere Forschung dienen können.

---

Norms, Procedures, Outcomes, S. 89; vgl. auch *Peršak*, *Southeastern Europe* 2015, 369, wo *Peršak* argumentiert, dass das Fehlen von Vertrauen in die Justizsysteme der Mitgliedsstaaten nicht nur ein nationales Problem darstellt, sondern sich auch auf die justizielle Zusammenarbeit im Strafrecht auswirkt.

<sup>242</sup> Das Eurobarometer ist ein 1974 ins Leben gerufenes und von der Europäischen Kommission, dem Europäischen Parlament und anderen EU-Institutionen genutztes Umfrageinstrument, mit dem regelmäßig der Stand der öffentlichen Meinung in Europa zu Fragen der EU sowie die Einstellungen zu politischen und sozialen Themen ermittelt werden.

<sup>243</sup> Vgl. *Peršak/Štrus*, in: *Peršak*, *Legitimacy and Trust in Criminal Law, Policy and Justice: Norms, Procedures, Outcomes*, S. 89 (94 ff.).

<sup>244</sup> Insb. *Vogel*, *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 2005, 125.

<sup>245</sup> Insb. *Burchard*, *Die Konstitutionalisierung der gegenseitigen Anerkennung*.

<sup>246</sup> Insb. *Brodowski*, in: *Bäcker/Burchard*, *Strafverfassungsrecht*, S. 139.

<sup>247</sup> Insb. *Herlin-Karnell*, *The Constitutional Dimension of European Criminal Law; Herlin-Karnell*, *The Constitutional Structure of Europe's Area of 'Freedom, Security and Justice' and the Right to Justification*.

<sup>248</sup> Insb. *Öberg*, *Limits to EU Powers*.

Eine erste Erkenntnis besteht darin, dass über die Integration des Straf- und Strafverfahrensrechts spezifisch europäisch nachgedacht werden sollte. Die bisher oft bemühte national-strafrechtliche Perspektive sowie die Verwendung von Prinzipien und Maßstäben, die für den nationalen Kontext konzipiert wurden, passen nicht (mehr), um die Entwicklung des EU-Strafrechts adäquat begleiten und bewerten zu können. EU-Strafrecht, gerade wie es sich post-Lissabon darstellt, unterscheidet sich von nationalem Strafrecht. Bei Untersuchungen zum EU-Strafrecht müssen daher die Spezifika der Unionsrechtsordnungen beachtet werden.<sup>249</sup> Das bedeutet nicht, dass strafrechtliche Prinzipien *an sich* in der EU keine Bedeutung mehr haben. Im Gegenteil: Als Ausdruck grundlegender Überzeugungen, wann und wie sich Strafe gegenüber Individuen rechtfertigen lässt, müssen sie auch für die Entwicklung des EU-Strafrechts berücksichtigt werden. Dafür ist es aber erforderlich, diese Prinzipien für den EU-Kontext zu transponieren. Insbesondere die Beiträge von *Schaut*,<sup>250</sup> *Reinbacher*,<sup>251</sup> *Meyer*,<sup>252</sup> *Hüttemann*,<sup>253</sup> *Sieber*,<sup>254</sup> *Satzger*<sup>255</sup> sowie der *European Criminal Policy Initiative*<sup>256</sup> liefern in dieser Hinsicht bereits wichtige Beiträge.

Die Suche nach Grundsätzen und Prinzipien für das EU-Strafrecht und deren Entwicklung stellt auch zukünftig eine wichtige Aufgabe für die Strafrechtswissenschaft dar. Methodisch sind dafür verschiedene Zugänge denkbar. So besteht eine Möglichkeit darin, Strafrechtsprinzipien induktiv aus den Mitgliedsstaaten heraus zu gewinnen. Gerade durch rechtsvergleichende Untersuchungen der Prinzipien und ihrer Bedeutung in den Mitgliedsstaaten ließen sich Gemeinsamkeiten und Unterschiede zutage fördern und davon ausgehend eigene europäische entwerfen. Eine weitere Möglichkeit wäre ein deduktives Vorgehen, bei dem beispielsweise aus strafrechtsphilosophischer Perspektive Ideale bestimmt werden, aus denen sich dann Schlüsse für die Strafrechtsentwicklung ziehen lassen. Induktive und deduktive Ansätze schließen sich dabei nicht aus. Die verschiedenen Ansätze teilen als gemeinsame Voraussetzung für ihren Erfolg, dass sie offen und anschlussfähig für eine kritische Reflexion im europäischen Austausch sind.<sup>257</sup>

---

<sup>249</sup> So z. B. *Sieber*, ZStW 2009, 1, der die spezifischen Ziele des europäischen Strafrechts in den Mittelpunkt stellt; auch *Gaede* gibt zu bedenken, dass nationale Argumente zu rechtspolitischen Forderungen einzelner Mitgliedsstaaten herabgesetzt würden, anstatt zwingende rechtliche Argumente zu liefern, vgl. *Gaede*, ZStW 2003, 845 (853).

<sup>250</sup> *Schaut*, Europäische Strafrechtsprinzipien.

<sup>251</sup> *Reinbacher*, Strafrecht im Mehrebenensystem.

<sup>252</sup> *Meyer*, Strafrechtsgenese in Internationalen Organisationen.

<sup>253</sup> *Hüttemann*, Principles and Perspectives of European Criminal Procedure.

<sup>254</sup> *Sieber*, ZStW 2009, 1.

<sup>255</sup> *Satzger*, in: Böse, Europäisches Strafrecht (EnzEuR XI), § 2, Rn. 77 ff.

<sup>256</sup> *European Criminal Policy Initiative*, ZIS 2009, 707 ff.; *European Criminal Policy Initiative*, ZIS 2013, 430 ff.

<sup>257</sup> Vgl. so auch *Ambos*, ZIS 2020, 452 (459 f.), der u. a. einen „ergebnisoffene[n] Diskurs mit fremden Rechtsordnungen (statt Selbst-Referenzialität)“, „verstärkte Kommunikation

Eine zweite Erkenntnis ist, dass die Frage der Legitimation des EU-Strafrechts an Bedeutung gewinnt. Mit dem Voranschreiten der Integration nehmen auch die Auswirkungen auf Individuen zu. Das lange Zeit praktizierte Modell, Legitimität gegenüber den Individuen in erster Linie über die nationale Ebene zu sichern und diesen Rahmen daher vor (zu starken) europäischen Einflüssen zu schützen, stößt zunehmend an Grenzen. In einem integrierten europäischen Strafrechtssystem, in dem die Mitgliedsstaaten untereinander und mit der EU immer mehr verschränkt sind, kann die Legitimationsfrage nicht länger (ausschließlich) national gelöst werden. Für die Wissenschaft stellt sich daher die Aufgabe, Konzepte zu entwickeln, wie sich bei der (weiteren) Entwicklung des integrierten EU-Strafrechtssystems Legitimität gegenüber Individuen sichern lässt. Insbesondere die Studien von *Wieczorek*,<sup>258</sup> *Nuotio*,<sup>259</sup> *Meyer*,<sup>260</sup> *Turner*<sup>261</sup> sowie von *Elholm*<sup>262</sup> und *Peršak/Štrus*<sup>263</sup> zeigen, dass die Wissenschaft in jüngerer Zeit damit begonnen hat.

Die Beiträge verdeutlichen auch, dass Legitimität unterschiedlich verstanden und konzeptualisiert werden kann. Strafrechtsphilosophische, politikwissenschaftliche und sozialwissenschaftliche bzw. kriminologische Ansätze stehen nebeneinander. Auch zukünftig ist es wünschenswert und notwendig, die Vielfältigkeit eines Legitimitätskonzepts als etwas Positives zu begreifen. Sie lässt Raum, um zu erkunden, wie und in welchen Facetten die interdisziplinäre Legitimationsforschung für das EU-Strafrecht gewinnbringend sein könnte. Gerade wenn man bedenkt, dass auch innerhalb der politik- und sozialwissenschaftlichen sowie der (strafrechts-)philosophischen Diskussionen sehr unterschiedliche Verständnisse von Legitimität existieren, besteht hier ein großes Potenzial für interdisziplinär informierte Rechtsforschung.<sup>264</sup> In jedem Fall ist es erforderlich, sich mit den Voraussetzungen einer legitimen Strafrechtsentwicklung in der europäischen Integration grundlegend auseinanderzusetzen.

---

in englischer Sprache“ und eine „problemorientierte Rechtsvergleichung“ fordert; *Ambos*, GA 2016, 177 ff.; *Ambos*, in: Tiedemann/Sieber/Satzger/Burchard/Brodowski, Die Verfassung moderner Strafrechtspflege – Erinnerung an Joachim Vogel, S. 321; vgl. auch bereits *Vogel*, JZ 2012, 25; für eine transnationale Strafrechtswissenschaft wirbt auch *Hörnle*, in: Tiedemann/Sieber/Satzger/Burchard/Brodowski, Die Verfassung moderner Strafrechtspflege – Erinnerung an Joachim Vogel, S. 289.

<sup>258</sup> *Wieczorek*, The Legitimacy of EU Criminal Law.

<sup>259</sup> *Nuotio*, New Journal of European Criminal Law 2020, 20.

<sup>260</sup> *Meyer*, Strafrechtsgenese in Internationalen Organisationen.

<sup>261</sup> *Turner*, Am. J. Comp. L 2012, 555.

<sup>262</sup> *Elholm*, in: Peršak, Legitimacy and Trust in Criminal Law, Policy and Justice: Norms, Procedures, Outcomes, S. 71.

<sup>263</sup> *Peršak/Štrus*, in: Peršak, Legitimacy and Trust in Criminal Law, Policy and Justice: Norms, Procedures, Outcomes, S. 89.

<sup>264</sup> Siehe für einen möglichen Ausgangspunkt aus der Strafrechtsphilosophie *Hörnle*, Straftheorien.

Die wissenschaftliche Begleitung des EU-Strafrechts erfordert konzeptionelle Ansätze, so die dritte Erkenntnis, d. h. ein Denken in übergreifenden Zusammenhängen.<sup>265</sup> Ein aussichtsreicher Zugang erscheint dafür, die Entwicklung des EU-Strafrechts primär aus der Perspektive der Individuen und ihren Erwartungen an Strafrecht in der EU zu betrachten.<sup>266</sup> Mit Strafrecht wird oft die Erwartung verbunden, dass es einerseits Freiheit und andererseits Sicherheit garantieren soll. Bei einer Übertragung auf die EU-Ebene sind aber mehrere Dinge zu beachten. Erstens ist es erforderlich, bei den mit Strafrecht verbundene Interessen die spezifisch europäische Dimension zu berücksichtigen, wofür insbesondere *Siebers* Überlegungen bereits einen wichtigen Beitrag darstellen.<sup>267</sup> Zweitens lassen große Begriffe wie Freiheit und Sicherheit eine Vielzahl sehr unterschiedlicher Verständnisse und dahinterstehender Interessen zu.<sup>268</sup> Drittens kann der Fokus auf die Gegenüberstellung von Freiheit und Sicherheit verschleiern, dass auch andere Interessen, wie z. B. Gleichheit, für ein strafrechtliches System aus Perspektive der Individuen relevant sein können.<sup>269</sup> Schließlich ist zu bedenken, dass auch die Gruppe der Individuen gerade in pluralen Gesellschaften sehr heterogene Interessen, Vorstellungen und Erwartungen an Strafrecht haben kann.

Das EU-Strafrecht aus Perspektive der Individuen zu denken, kann daher verschiedene Schlussfolgerungen nach sich ziehen. So erfordert eine effektive Umsetzung des Interesses nach *Freiheit*, angeklagte und beschuldigte Personen in Strafverfahren zu schützen. Angesichts der wachsenden transnationalen Dimen-

---

<sup>265</sup> Vgl. zu dieser Forderung auch *Groning*, Eur. J. Crime Crim. L. & Crim. Just. 2010, 115 (137): „And, as things stand now, there seems to be more of a European system deficit than of a European criminal justice system“; ähnlich auch *Mylonopoulos*, ZStW 2011, 633 demzufolge „die strafrechtlichen Vorschriften des EU-Rechts nicht mehr wie bisher disparat und voneinander losgelöst sein dürfen, sondern in ein System eingebettet werden müssen, um in Einklang zueinander und zu den allgemeinen Prinzipien des Europäischen Rechts und der gemeinsamen europäischen Verfassungsüberlieferungen zu stehen.“

<sup>266</sup> Vgl. ähnlich *Reinbacher*, Strafrecht im Mehrebenensystem, S. 804. Die steigende Bedeutung von Individuen im EU-Strafrecht hebt besonders auch Mitsilegas hervor vgl. *Mitsilegas*, Yearbook of European Law 2012, 319 („slow emergence of the Individual“); *Mitsilegas*, EU Criminal Law after Lisbon, Kapitel 5 und 6.

<sup>267</sup> vgl. *Sieber*, ZStW 2009, 1 (2 ff.).

<sup>268</sup> Dies lässt sich anhand einiger Beispiele verdeutlichen: Freiheit kann einerseits als Freiheit *vor* Strafrecht (z. B. durch effektiven grundrechtlichen Schutz vor den eingriffintensiven Zwangsmaßnahmen), andererseits aber als Freiheit *durch* Strafrecht (z. B. durch Pönalisierung von Verhaltensweisen, die die Ausübung von Freiheit gefährden) verstanden werden. Gerade in der EU wird Freiheit auch eng mit Freizügigkeit verbunden. Da (aus zumindest aus Sicht der EU) die Angst vor Kriminalität ein Hindernis für die Ausübung der Freizügigkeit darstellen kann, wird der Kriminalitätsbekämpfung (Garantie von Sicherheit) eine freiheitsermöglichende Funktion zugeschrieben.

<sup>269</sup> Zur verfassungs- und strafrechtlichen Gleichheit als Dimension von Strafgerechtigkeit vgl. *Singelstein*, in: Bäcker/Burchard, Strafverfassungsrecht, S. 223; zum strafverfassungsrechtlichen Diskriminierungsverbot aufgrund von „Rasse“ *Barskanmaz*, in: Bäcker/Burchard, Strafverfassungsrecht, S. 281.

sion der Strafverfolgung muss dafür auch der grund- und individualrechtliche Schutz in Strafverfahren europäisch entwickelt werden.<sup>270</sup> Straf- und strafverfahrensrechtliche Regelungen sind aber auch für Individuen von Bedeutung, die nicht selbst in einem Strafverfahren beschuldigt oder angeklagt sind. So betrifft der Ausbau einer europäischen Sicherheitsarchitektur mit interoperablen Datenbanken eine viel größere Anzahl an Personen als nur diejenigen, die am Ende (möglicherweise) angeklagt werden. Auch *Sicherheit* und andere Interessen lassen sich aus der Perspektive von Individuen weiter ausdifferenzieren. Der Überblick zeigt, dass die Entwicklung des Straf- und Strafverfahrensrechts in der EU bei Weitem keine Thematik ist, die sich auf einzelne Personen oder Sachfragen reduzieren lässt. Die Interessen von Individuen in das Zentrum zu rücken, bedeutet eine Vielzahl potenziell relevanter Gesichtspunkte einzubeziehen. Konzeptionelle Ansätze helfen dabei, diese zueinander in ein Verhältnis zu setzen.

Eine vierte Erkenntnis ist schließlich, dass die Integration als dynamischer Prozess verläuft, der von wissenschaftlicher Seite eine zeitlich schritthaltende Begleitung erfordert. Die stetigen Veränderungen der gesellschaftlichen (und rechtlichen) Realitäten verlangen danach, bisherige Annahmen und Zusammenhänge fortlaufend kritisch zu reflektieren. Dabei steht die Frage im Fokus, inwiefern die bisherigen normativen Leitlinien auch bei sich verändernden gesellschaftlichen Bedingungen tragfähig sind. Auch wenn grundlegende Betrachtungen mit dem Anspruch verbunden sind, selbst bei realpolitischen Veränderungen eine gewisse Kontinuität aufzuweisen,<sup>271</sup> bedarf es nichtsdestotrotz einer ständig neuen kritischen Evaluation, welche Prämissen fortbestehen sollten und an welcher Stelle bisherige Annahmen, Positionen und Argumente neu geordnet, gewichtet oder anders arrangiert werden müssen. Hierfür bietet sich eine dynamische Integrationsbetrachtung an.

---

<sup>270</sup> Vgl. u. a. die dafür positiv hervorzuhebenden Ansätze von *Hüttemann*, *Principles and Perspectives of European Criminal Procedure*; *European Criminal Policy Initiative*, ZIS 2013, 430 ff.

<sup>271</sup> So argumentieren beispielsweise *Fletcher/Löff/Gilmore*, *EU Criminal Law and Justice*, S. 4, dass ihre Ausführungen auch bei Eintritt des Reformvertrages Relevanz behalten würden, soweit es um „more principled discussions as to the proper role of the EU in the provision of criminal justice“ gehe. Ob das wirklich zutrifft, muss im Einzelfall gesehen werden. Prinzipiell erscheint es aber möglich.

## D. Zwischenfazit

Die Integration des Straf- und Strafverfahrensrechts folgt keiner kriminalpolitischen Konzeption. Blickt man auf ihre historische Entwicklung, lässt sich dies zu Beginn des Europäisierungsprozesses damit erklären, dass europäisches Strafrecht lange Zeit nur aus vereinzelt Formen grenzüberschreitender Zusammenarbeit bestand. Ab den 1990er Jahren begann sich dies aber durch die einsetzende Integration des Strafrechts in den Rahmen der EU zu verändern. Der quantitative und qualitative Bedeutungszuwachs des entstehenden EU-Strafrechts hätte Anlass gegeben, sich von politischer Seite prospektiv Gedanken zur Gestaltung des neuen Rechts- und Politikbereichs zu machen. Tatsächlich folgten Integrationschritte aber in erster Linie reaktiv, wenn ein kriminalpolitischer Handlungsbedarf ausreichend hohen externen Druck auf die Mitgliedsstaaten erzeugte, die ansonsten auf den Erhalt ihrer Souveränität bedacht waren. Diese Form der Integration führte zu Fehlentwicklungen, die eine Gefahr für die Legitimität des EU-Strafrechts darstellten. Der Vertrag von Lissabon hat eine neue Phase in der Strafrechtsintegration eingeleitet. In dieser Phase sind zwar einzelne politische Maßnahmen zu beobachten, die den Fehlentwicklungen begegnen sollen; ein übergreifendes Konzept existiert allerdings weiterhin nicht.

Die Strafrechtswissenschaft registrierte die Gefahren und verfolgte Ansätze in verschiedene Richtungen, wie diesen begegnet werden könnte. Auch wenn von diesen Ansätzen wichtige Impulse für die Diskussion ausgehen und sie auch zukünftig Relevanz behalten, eignet sich weder die Strategie, Strafrecht so weit wie möglich national zu halten (Richtung 1) noch der Versuch, die freiheitsrechtliche Dimension des Strafrechts allein über die EMRK zu sichern (Richtung 2) als Lösung für die Zukunft. Angesichts des gewichtigen Integrationsfortschritts speziell post-Lissabon ist es stattdessen notwendig, EU-spezifische Ansätze zu verfolgen (Richtung 3). Es bedarf einer Diskussion, die sich grundlegend mit den Zielen, Formen und Leitlinien der Strafrechtsgestaltung befasst. Dafür sollte die Integration übergreifend und konzeptionell in den Blick genommen werden. Wesentlich ist die Frage, wie den hohen Anforderungen hoheitlichen Handelns im Strafrecht gegenüber den europäischen Bürger\*innen unter den Bedingungen einer fortschreitenden Integration Rechnung getragen werden kann. Auch wenn dafür mittlerweile einige Ansätze existieren, besteht nach wie vor eine Diskrepanz zwischen dem faktischen Ausmaß und der Bedeutung des EU-Strafrechts einerseits und dem nur geringen Umfang von grundlegenden, übergreifenden und konzeptionellen Überlegungen zu Entwicklungsperspektiven dieses Rechts-



bereichs andererseits. Im *zweiten* und *dritten Teil* dieser Untersuchung wird ein möglicher Ansatz dafür vorgestellt.

## *Zweiter Teil*

# Annäherung an EU-Strafverfassungsrecht

Der zweite Teil nähert sich einem Vorschlag für einen konzeptionellen Ansatz zur europäischen Integration des Straf- und Strafverfahrensrechts an. Wie schon die Bezeichnung zum Ausdruck bringt, steht bei strafverfassungsrechtlichen Ansätzen die Verbindung zweier grundsätzlich eigenständiger Rechtsbereiche, Strafrecht und Verfassungsrecht, im Zentrum. In nationalen Strafrechtsdiskursen wird die Verbindung bereits verschiedentlich thematisiert. Nach hier vertretener Ansicht verspricht eine Übertragung auf die EU, der Entwicklung des Strafrechts in der europäischen Integration einen konzeptionellen Rahmen zu geben und so eine legitime Gestaltung des Rechts- und Politikbereichs zu ermöglichen. Die Übertragung strafverfassungsrechtlichen Denkens auf die EU erfordert aber, die Spezifika der Unionsrechtsordnung zu beachten und spezielle Anpassungen vorzunehmen. Vorbereitend zu einem eigenen Vorschlag, wie das strafverfassungsrechtliche Denken in der EU konkreter aussehen könnte (dazu der dritte Teil), wendet sich dieser Teil zunächst dem Ansatz des Strafverfassungsrechts an sich sowie den Möglichkeiten einer Übertragung auf die EU zu. Der erste Abschnitt (A.) führt in den Begriff und das Konzept „EU-Strafverfassungsrecht“ ein. Der zweite Abschnitt (B.) befasst sich mit der zentralen Herausforderung, die sich bei der Übertragung strafverfassungsrechtlichen Denkens auf die EU stellt: (Wie) ist ein EU-Strafverfassungsrecht ohne (formale) EU-Verfassung möglich?



## A. Einführung

EU-Strafverfassungsrecht ist ein strafrechtswissenschaftlicher Ansatz, um die europäische Integration des Straf- und Strafverfahrensrechts zu betrachten. Um zu verstehen, was sich hinter dem Begriff verbirgt, hilft es, die Bestandteile des Kompositums, also „EU“, „Strafverfassung“ und „Recht“, separiert zu betrachten. Zunächst widmet sich der Abschnitt der Frage, warum bei konzeptionellen Zugängen zum EU-Strafrecht eine rechtliche bzw. rechtswissenschaftliche Herangehensweise sinnvoll sein kann (I.). Darauffolgend werden die Herkunft und verschiedene Bedeutungsfacetten von Strafverfassungsrecht dargestellt (II.). Schließlich wird angedeutet, warum die Übertragung der Perspektive aus dem nationalen Kontext auf den der EU, die Herleitung eines *EU*-Strafverfassungsrechts, ein Gewinn sein könnte und welche Herausforderungen sich dabei stellen (III.).

### I. EU-Strafverfassungsrecht: ein rechtswissenschaftlicher Ansatz zur Integration

EU-Strafverfassungsrecht ist ein konzeptioneller Ansatz zur europäischen Integration des Strafrechts aus der Perspektive der Rechtswissenschaft. Auch wenn die Rechtswissenschaft nicht die einzige wissenschaftliche Disziplin ist, die für eine konzeptionelle Betrachtung infrage kommt, bietet sie sich aus mindestens zwei Gründen an. Der erste ist, dass die europäische Integration ein in ihrer Geschichte wesentlich durch Recht und rechtliche Institutionen geprägter Prozess ist. Um sich mit der Rolle des Rechts in der Integration (ggf. auch kritisch<sup>1</sup>) auseinanderzusetzen, ist ein rechtswissenschaftlicher Zugang sinnvoll (dazu 1.). Dass Recht in der Integration eine wesentliche Rolle eingenommen *hat*, rechtfertigt für sich genommen allerdings noch nicht den Schluss, dass dies auch (zu-

---

<sup>1</sup> Auch eine kritische Analyse setzt voraus, sich differenziert mit den inhärenten Logiken des Rechts auseinanderzusetzen. Eine reine Außenperspektive (beispielsweise der Sozialwissenschaft), die das Recht nur als Blackbox behandeln kann, könnte einen rechtlichen Zugang insofern nicht ersetzen. Zu den Wechselwirkungen zwischen Prozessen und Funktionslogiken innerhalb des Rechts und außerrechtlichen Faktoren, vgl. *Banakar*, Normativity in Legal Sociology, S. 44–45, 47; *Banakar*, Merging law and sociology. Beyond the dichotomies of socio-legal research.

künftig) so sein *sollte*. Es bedarf daher einer Begründung, warum es auch normativ wünschenswert ist, Recht bei einem konzeptionellen Vorschlag zur zukünftigen Gestaltung der europäischen Integration des Straf- und Strafverfahrensrechts eine zentrale Stellung einzuräumen. Nach hier vertretener Ansicht (und das bildet den zweiten Grund) dient Recht mehreren Funktionen, die im Hinblick auf eine legitime Fortentwicklung des EU-Strafrechts förderlich sind (dazu 2.). Damit sie zum Tragen kommen, ist ein bestimmtes Rechtsverständnis notwendig.

### 1. Recht in der Integration (deskriptiv)

Eine rechtswissenschaftliche Auseinandersetzung mit der Integration des Straf- und Strafverfahrensrechts bietet sich zunächst an, da Recht den Prozess wesentlich geprägt hat. Politisch wurde die besondere Bedeutung von Recht in der Integration früh von *Walter Hallstein*, dem ersten Präsidenten der Europäischen Kommission, in Form der „Rechtsgemeinschaft“ propagiert.<sup>2</sup> Wissenschaftlich fand die Zentralität des Rechts insbesondere im einflussreichen Ansatz der *Integration through Law (ItL)* Ausdruck.<sup>3</sup> Die *ItL*-Ansätze legten dar, wie in institutioneller Hinsicht der EuGH und somit ein klassisches Organ der Judikative durch seine Rechtsprechung wesentlich zur Entwicklung der Europäischen Gemeinschaften (und später der EU) beigetragen hat.<sup>4</sup> Vielfach wurde dem EuGH dabei attestiert, durch ein gewisses Maß an Rechtsfortbildung als „Motor der Integration“<sup>5</sup> gewirkt zu haben.<sup>6</sup> Bemerkenswert ist, dass der EuGH sich trotz

<sup>2</sup> Vgl. dazu *Mayer*, in: Schuppert/Pernice/Halter, Europawissenschaft, S. 429; historisch *Vaucher*, *L'union par le droit. L'invention d'un programme institutionnel pour l'Europe*, S. 47 ff.; zu Hallsteins Rolle insb. *Pernice*, in: Zuleeg, *Der Beitrag Walter Hallsteins zur Zukunft Europas*, S. 56 ff.; vgl. kritisch zum Begriff der „Rechtsgemeinschaft“ von *Bogdandy*, in: Franzius/Mayer/Neyer, *Die Neuerfindung Europas: Bedeutung und Gehalte von Narrativen für die europäische Integration*, S. 67, der stattdessen für die Verwendung des Begriffs des „europäischen Rechtsraums“ plädiert; vgl. zu aktuellen Herausforderungen auch *Vofßkuhle*, in: Stock/Markschies/Hauer, *Zukunftsort: EUROPA*, S. 135.

<sup>3</sup> Vgl. *Cappelletti u. a.*, *Integration Through Law: Europe and the American Federal Experience*; vgl. weiter *Weiler*, *Yale L.J.* 1991, 2403; *Craig/De Búrca*, *The Evolution of EU Law*; *Craig/De Búrca*, *EU Law*; *Weatherill*, *Law and Integration in the European Union*; *Sandholtz/Stone Sweet*, *European Integration and Supranational Governance*.

<sup>4</sup> Besondere Bedeutung hatten insofern schon die frühen Entscheidungen in *van Gend & Loos* und *Costa/ENEL*, die die Transformation des europäischen Rechts vom klassischen Völkerrecht hin zu einem eigenen, verfassungsähnlichen Recht einleiteten, vgl. dazu *Halter*, in: Bieling/Lerch, *Theorien der Europäischen Integration*, S. 399 (401 ff.); vgl. grundlegend zur Bedeutung des EuGH *Mancini*, *Common Market L. Rev.* 1989, 595; *Lenaerts*, *The American Journal of Comparative Law* 1990, 205 (208 ff.).

<sup>5</sup> Vgl. u. a. *Alter*, *Establishing the Supremacy of European Law*; *Weiler*, *Comparative Political Studies* 1994, 510; *Höreth*, *Die Selbstautorisierung des Agenten: Der Europäische Gerichtshof im Vergleich zum U.S. Supreme Court*.

<sup>6</sup> Eine mögliche Begründung für den großen Einfluss des EuGH ist, dass die Vielzahl von

seiner nur eingeschränkten Möglichkeiten in der dritten Säule auch im Hinblick auf die Integration des Straf- und Strafverfahrensrechts immer wieder als wichtiger Impulsgeber hervorgetan hat. So lassen sich die Urteile in den Rechtssachen „Griechischer Mais“ (1989)<sup>7</sup> und zum Umweltschutz (2005 und 2007)<sup>8</sup> nicht hinwegdenken, will man die Integration in ihrem Verlauf nachvollziehen.<sup>9</sup>

Die Bedeutung des Rechts in der Integration aber ausschließlich mit der Rolle des EuGH erklären zu wollen, greift zu kurz.<sup>10</sup> Auch wenn die gerichtliche Interpretation des bestehenden Rechts einen maßgeblichen Effekt auf den europäischen Einigungsprozess hatte, war für diesen Prozess ebenso charakteristisch, dass in regelmäßigen Abständen neues Recht gesetzt wurde. Für den europäischen Einigungsprozess war prägend, dass die Mitgliedsstaaten ihre Verhandlungsergebnisse in Form von Verträgen (Rom, Maastricht, Amsterdam, Nizza und schließlich Lissabon) festhielten. Die Integration ist daher auch deswegen mit Recht verknüpft, weil sie sich in der Form des Primär- und Sekundärrechts manifestiert. Recht tritt dabei nicht nur als Ergebnis von politischen Aushandlungsprozessen in Erscheinung, sondern prägt bereits den Prozess der Rechtssetzung. Allgemein ist in der „Sphäre“ der Politik das Denken in Rechtskategorien sehr (kritische Stimmen würden sagen *zu* sehr) verbreitet.<sup>11</sup> Das liegt zum einen daran, dass viele an der Rechtssetzung beteiligte Personen eine rechtliche

---

teilweise einander entgegenstehender Interessen der immer weiter anwachsenden Gemeinschaft souveräner Staaten die politische Entscheidungsfindung erschwerte. Mit dem Gerichtshof und der rechtlichen Streitbeilegung einen (vermeintlich) neutralen und rationalen Entscheidungsmodus zu haben, der einmal gefundene Kompromisse garantierte, könnte auch für die Staaten Anziehungskraft gehabt haben. Insbesondere die Einbindung nationaler Judikative durch den Mechanismus des Vorabentscheidungsverfahrens etablierte eine Entscheidungsstruktur, die ergänzend zur politischen Integration den Ausbau einer Gemeinschaftsrechtsordnung förderte, vgl. insgesamt *Weiler*, *Journal of Common Market Studies* 1993, 417 (423 ff.). Zusätzlich kann eine internationale Gemeinschaft die Handlungsspielräume von Staaten (insb. deren Exekutiven) stärken, weswegen ein Anreiz besteht, diese und den Prozess der Integration zu unterstützen, vgl. dazu *Halter*, in: *Bieling/Lerch*, *Theorien der Europäischen Integration*, S. 399 (insb. 404 ff.); *Moravcsik*, *Center for European Studies*, Working Paper Series No. 52, Harvard University 1994; zur Bedeutung des Vorabentscheidungsverfahrens vgl. *Skouris*, *EuGRZ* 2008, 343.

<sup>7</sup> EuGH, Urteil vom 21. September 1989, C-68/88, *Griechischer Mais*, vgl. dazu bereits *Erster Teil*, B., II., 1., a) (Fn. 21 mit weiteren Nachweisen).

<sup>8</sup> EuGH, Urteil vom 13. September 2005, C-176/03, *Kommission v Rat*; EuGH, Urteil vom 23. Oktober 2007, C-440/05, *Kommission v. Rat (Ship Pollution)*, vgl. dazu bereits *Erster Teil*, B., II., 2., a) (insb. Fn. 47 mit weiteren Nachweisen).

<sup>9</sup> Vgl. für den Zusammenhang zwischen den Urteilen des EuGH und Art. 83 Abs. 1 und 2 AEUV *Mitsilegas*, *EU Criminal Law after Lisbon*, S. 57 ff.

<sup>10</sup> Ein solcher Erklärungsansatz übersähe auch, dass die Wirkmächtigkeit des EuGH und seiner Entscheidungen stets davon abhing, dass die mitgliedsstaatlichen Exekutiven, Legislativen und Judikative die Interpretationen des EuGH akzeptieren und befolgen, vgl. dazu *Weiler*, *Journal of Common Market Studies* 1993, 417.

<sup>11</sup> Vgl. speziell für verfassungsrechtliche Vorgaben *Tushnet*, *Michigan Law Review* 1995, 245 (247); *Hailbronner*, *Der Staat* 2014, 425 (441 f.).

Ausbildung erfahren haben und rechtliche Kategorien ihr professionelles Denken und Handeln beeinflussen. Es liegt zum anderen aber auch an dem weit verbreiteten Gedanken, dass Gesetze einer verfassungsrechtlichen Überprüfung standhalten müssen und daher oft vorausschauend „rechtssicher“ gestaltet werden.<sup>12</sup>

Trotz der insgesamt bedeutenden Stellung des EuGH und des Rechts ist der Prozess der Integration selbstverständlich nicht *nur* rechtlich geprägt (gewesen). Gerade in der Strafrechtsintegration hat der Rückblick bereits deutlich gezeigt, wie groß der Einfluss der Mitgliedsstaaten und ihrer politischen Interessen war. Integrationsschritte waren oft davon abhängig, dass gesellschaftliche Umwandlungen oder Ereignisse einen externen Druck und ein politisches Klima für Veränderungen schufen.<sup>13</sup> Die Integration folgte daher nicht ausschließlich aus dem Recht. Nichtsdestotrotz haben Recht, rechtliche Institutionen und Logiken für die Integration des Straf- und Strafverfahrensrechts eine wichtige, wenn auch nicht allein maßgebliche Rolle gespielt, die sich durch den vorliegend verfolgten rechtswissenschaftlichen Zugang reflektieren lässt.

## 2. *Recht für die Integration (normativ)*

Dass Recht in der bisherigen Integration eine bedeutende Stellung hatte, heißt nicht, dass dies auch für die zukünftige Gestaltung so sein sollte.<sup>14</sup> Auch eine rechtliche Herangehensweise impliziert das nicht automatisch, sondern kann auch zu dem Schluss kommen, dass Recht zur Beantwortung einer Frage unergiebig oder sogar ungeeignet ist. Der hier entwickelte Vorschlag des EU-Strafverfassungsrechts misst Recht bei der Entwicklung eines konzeptionellen Rahmens eine wichtige Bedeutung zu. Dieses Vorgehen lässt sich begründen, erfordert aber eine Präzisierung des Verständnisses von Recht, seinen Potenzialen und Grenzen.

Nach dem hier zugrunde gelegten Verständnis ist die Gestaltung der Integration im Straf- und Strafverfahrensrecht zu großen Teilen eine politische Aufgabe. Sie erfordert demokratische Festlegungen und lässt sich nicht aus dem bereits bestehenden positiven Recht ableiten. Gerade ein positivistisch rechtswissen-

<sup>12</sup> Dazu auch Fn. zuvor.

<sup>13</sup> Zu denken ist beispielsweise an die sich insgesamt wandelnde Bedrohung durch eine Zunahme von Formen der transnationalen Kriminalität oder die Anschläge vom 11. September 2001 als konkreten Anlässen, in dessen Folge Sicherheitsmaßnahmen auf der EU-Ebene ausgebaut wurden, vgl. dazu ausführlicher *Erster Teil*, B., II. und III.

<sup>14</sup> Ein Verweis darauf, dass die Frage der zukünftigen Gestaltung einen normativen Kern hat und die Rechtswissenschaft als normative Disziplin für ihre Beantwortung *prima facie* günstig erscheint (vgl. zur Rechtswissenschaft als einer normativen Disziplin z. B. *Jestaedt*, in: Hilgendorf/Joerden, Handbuch Rechtsphilosophie, S. 254 [254 f.]), reicht allein als Begründung noch nicht aus, da die Rechtswissenschaft nicht die einzige Disziplin ist, die normativ arbeitet. Auch aus der Perspektive der Philosophie oder Politikwissenschaft lassen sich *Sol-lens*-Aussagen gewinnen.

schaftlicher Zugang kann dementsprechend nicht beantworten, welche Maßnahmen konkret getroffen werden sollten oder welcher Kurs (eher repressiv oder eher liberal) insgesamt oder bei einzelnen Fragen vorzugswürdig ist. Der Aussagegehalt des positiven Rechts sollte diesbezüglich nicht überdehnt werden, um demokratische Räume nicht zu verengen. Recht kann aber auch eine für demokratische Prozesse produktive Funktion einnehmen. In den folgenden Abschnitten geht es darum, EU-Strafverfassungsrecht so zu konzipieren, dass es demokratische Spielräume anerkennt und entsprechende Entscheidungsfindungen fördert, statt sie durch eigene Festlegungen zu besetzen. Vorbereitend lassen sich bereits an dieser Stelle abstrakt einige Facetten des Verhältnisses von demokratisch gesetztem positivem Recht und Demokratie beleuchten.<sup>15</sup>

a) *Demokratiefördernde Eigenschaften von Recht*

Eine erste demokratiefördernde Eigenschaft von Recht ist, dass es eine Form bietet, einmal ausgehandelte demokratische Entscheidungen festzuhalten und sie dadurch faktisch umsetzbar zu machen.<sup>16</sup> In der EU trifft das grundsätzlich für das europäische Primär- und Sekundärrecht sowie für nationales Recht zur Umsetzung europäischer Vorgaben zu, auch wenn die demokratische Rückbindung institutionell unterschiedlich ausgestaltet ist und der Legitimationszusammenhang dementsprechend variiert.<sup>17</sup> Eine weitere Eigenschaft demokratischen, positiven Rechts ist, dass es einen Anknüpfungspunkt für Diskurse liefert. Recht ermöglicht es, über die Gestaltung der europäischen Integration zu diskutieren. Es ist einerseits Ergebnis, andererseits Ausgangspunkt für Deliberation darüber, wie die Integration verlaufen soll. Recht lässt sich als eine Art „Zwischenergebnis“ in einem fortlaufenden demokratischen Prozess beschreiben. Rechtliche Normen erfüllen die Aufgabe den Status Quo zu konservieren, beinhalten gleich-

---

<sup>15</sup> Sowohl Demokratie als auch Recht sind voraussetzungsvolle Begriffe, die auf (sehr) verschiedene Weise verstanden werden können. Dementsprechend variieren auch die Ansichten zu ihrem Verhältnis. Trotz insofern teils festzustellender großer Unterschiede, beschäftigt das Verhältnis viele Theoretiker\*innen aus unterschiedlichen Disziplinen, vgl. z. B. aus soziologischer Perspektive *Luhmann*, *Die Politik der Gesellschaft*, S. 390 f. Zwar betont *Luhmann*, dass das Rechtssystem und das politische System getrennt operieren, zwischen ihnen bestehe aber eine strukturelle Kopplung. Vgl. aus philosophischer Perspektive z. B. *Habermas*, *Faktizität und Geltung: Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*.

<sup>16</sup> Vgl. zu dem Anspruch des Rechts auf Durchsetzung *Habermas*, *Faktizität und Geltung: Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*, S. 106, demzufolge das Recht zugleich „Wissenssystem und Handlungssystem“ ist. *Habermas* diskurstheoretische Demokratiekonzeption prägen auch die folgenden Überlegungen; vgl. für Überlegungen zu einer diskurstheoretischen Strafgesetzgebungslehre *Vogel*, in: *Schünemann*, *Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 15. Mai 2001*, S. 105 (110 ff.).

<sup>17</sup> Vgl. zur dualen Legitimationsstruktur der EU von *Bogdandy*, in: von *Bogdandy/Bast*, *Europäisches Verfassungsrecht: Theoretische und dogmatische Grundzüge*, S. 13; von *Achenbach*, *Demokratische Gesetzgebung in der Europäischen Union*.



zeitig in ihrer normativen Dimension aber immer auch etwas Fragendes und Suchendes: Wie sind die Normen zu verstehen, auszulegen oder in einer konkreten Situation anzuwenden? Aber auch: Wie könnten sie alternativ gestaltet werden?<sup>18</sup> Die fragende Dimension ist mit einer Aufgabenzuweisung verbunden: Sie kann an die Judikative gerichtet sein, ist aber keineswegs darauf reduziert. Sowohl was die Auslegung der Normen als auch was deren Neugestaltung betrifft, richtet sich der Auftrag an die gesamte Gesellschaft, an Politik und Wissenschaft.<sup>19</sup>

Recht hat schließlich die Aufgabe, funktionsfähige und legitimitätsstiftende demokratische Prozesse zu ermöglichen.<sup>20</sup> Es definiert einen formalen Rahmen der Zuständigkeitsverteilung und anwendbarer Verfahren und fungiert als Mechanismus zur Konfliktlösung. Eine besonders wichtige Funktion von Recht liegt darin, die Bedingungen zu garantieren, die für einen demokratischen Prozess Voraussetzungen sind. Neben den Verfahrensaspekten gehört dazu insbesondere, dass bestimmte Grundrechte gewahrt werden, die eine Teilhabe an Demokratie erst ermöglichen und die notfalls auch gegen den Mehrheitswillen geschützt werden müssen.<sup>21</sup> Dieser Aspekt hat auch gerade für straf- und strafverfahrensrechtliche Regelungen Bedeutung, da Strafrecht repressiv zur Unterdrückung der politischen Opposition eingesetzt werden kann.<sup>22</sup>

---

<sup>18</sup> Vgl. *Rosenstock u. a.*, in: Boulanger/Rosenstock/Singelstein, Interdisziplinäre Rechtsforschung: Eine Einführung in die geistes- und sozialwissenschaftliche Befassung mit dem Recht und seiner Praxis, S. 3 (24): „Wichtiger noch als die Rolle als Lieferant von Wissensbeständen ist jedoch die Funktion der Rechtsforschung, Zweifel zu säen und zu pflegen. So sehr es zu den Bedingungen der Lösung von Rechtsfällen gehört, nicht zu zweifeln, so sehr braucht die Fähigkeit zu Reflexion und Kritik des Rechts das Bewusstsein, dass alles auch anders sein könnte“; vgl. auch *Baer*, in: Grundmann/Kloepfer/Paulus/Schröder/Werle, Festschrift 200 Jahre Juristische Fakultät der Humboldt-Universität zu Berlin, S. 920 (928); insgesamt auch *Möllers*, Die Möglichkeit der Normen: über eine Praxis jenseits von Moralität und Kausalität.

<sup>19</sup> Vgl. in diesem Sinne speziell für die Interpretation von Verfassungsrecht *Häberle*, JZ 1975, 297; dabei kann höherrangiges Recht wiederum inhaltlich Orientierung bieten (in der EU z. B. in Form der europäischen Werte), vgl. dazu *Calliess*, JZ 2004, 1033.

<sup>20</sup> In der politischen Theorie lässt sich dieser Zusammenhang in dem Verhältnis von Demokratie zu einer verfassungsgemäßen Ordnung fassen; vgl. besonders einflussreich *Ely*, Democracy and Distrust; für den Zusammenhang zwischen Demokratie und Konstitutionalismus auch *Tully*, The Modern Law Review 2002, 204; *Habermas*, in: Hubig, Cognitio humana – Dynamik des Wissens und der Werte, S. 188; *Habermas*, Faktizität und Geltung, S. 167 ff.. Aus deutscher staatsrechtlicher Perspektive versucht *Gerstenberg* die wechselseitige Bedingtheit zu konzeptualisieren, siehe *Gerstenberg*, Bürgerrechte und deliberative Demokratie: Elemente einer pluralistischen Verfassungstheorie, S. 27 ff.

<sup>21</sup> *Habermas*, in: Hubig, Cognitio humana – Dynamik des Wissens und der Werte, S. 188 (190 f.).

<sup>22</sup> Vgl. dazu im Zusammenhang mit der EMRK *Erster Teil, C., II., 2., c), bb), (3)*.

b) Demokratiegefährdende Eigenschaften von Recht

Umgekehrt muss bei einem rechtlichen Zugang zur Integration aber berücksichtigt werden, dass Recht auch ein Hindernis für Demokratie sein kann.<sup>23</sup> Eine zu weitgehende Orientierung am Recht kann sich zulasten demokratischer Entscheidungsräume auswirken. Der Vorteil eines gemeinsamen Anknüpfungspunktes und einer Bündelung politischer Kontroversen im Recht hat als potenzielle Kehrseite den Nachteil, dass der Raum der eigentlich freien demokratischen Gestaltung als bereits zu stark rechtlich vorgegeben wahrgenommen wird. Allein durch seine Existenz kann Recht den Anschein erwecken, bereits eine Lösung für zukünftige Fragestellungen bereitzuhalten. Die im Recht festgehaltenen Begriffe und Konzepte können den Diskurs festlegen und hinderlich dafür sein, Zusammenhänge neu und alternativ zu denken. Dass der institutionelle Prozess der Rechtssetzung oft von Jurist\*innen geprägt ist, erhöht das Risiko dafür.<sup>24</sup>

Speziell in der EU sollte die Gefahr einer sehr aus rechtlicher Sicht gedachten Integration ernst genommen werden. Historisch hat für die Legitimation der Europäischen Gemeinschaften die Einhaltung von Rechtsstaatlichkeit im Verhältnis zu Demokratie eine wichtigere Rolle gespielt als innerhalb der Nationalstaaten. Die EG waren ursprünglich als ein Zusammenschluss konzipiert, der auf effektive wirtschaftliche Zusammenarbeit ausgerichtet war. Für die ihnen übertragenen Befugnisse war zwar eine rechtsstaatliche Kontrolle erforderlich, weswegen die EG sich als Rechtsgemeinschaft verstanden. Eine politische oder demokratische Gemeinschaft war hingegen lange nicht beabsichtigt.<sup>25</sup> Erst mit Anwachsen der Kompetenzen der neu gegründeten EU wuchs die Erkenntnis, dass die Entscheidungen auf der EU-Ebene ergänzend zur rechtsstaatlichen Kontrolle auch ein Mindestmaß an demokratischer Legitimation erforderten. Nach wie vor war aber die Vorstellung verbreitet, dass die EU keine verteilungs- oder wertebasierten Entscheidungen trafe, die eine Abwägung verschiedener Interessen und Präferenzen notwendig gemacht hätten, sondern lediglich für alle vorteilhafte Politikziele verfolge.<sup>26</sup> Im Vordergrund der (demokratischen) Legitimation der

---

<sup>23</sup> Neben demokratiehinderlichen Eigenschaften lässt sich Recht auch aus anderen Gründen kritisch sehen, vgl. für eine grundlegende Kritik am Recht z. B. *Fischer-Lescano*, KJ 2014, 171; aus dekolonialer Perspektive *Theurer/Kaleck*, Dekoloniale Rechtskritik und Rechtspraxis; *Buckel*, KJ 2016, 289; zur Rolle der deutschen Rechtswissenschaft siehe *Dann u. a.*, (Post)Koloniale Rechtswissenschaft.

<sup>24</sup> Ein Beispiel dafür ist, dass sich an der Rechtssetzung beteiligte Personen „in vorauseilendem Gehorsam“ zu stark an (verfassungs-)rechtlichen Vorgaben ausrichten und den politischen Entscheidungsspielraum dadurch (künstlich) verengen, vgl. zu diesem Aspekt *Hailbronner*, *Der Staat* 2014, 425 (441 f.).

<sup>25</sup> Vgl. *Majone*, *European Law Journal* 2002, 5 (6); der die EU als einen „regulatory state“ sieht, vgl. auch *Majone*, *Regulating Europe*.

<sup>26</sup> Wirtschaftlich war damit in erster Linie eine Steigerung des Wohlstandes gemeint, von der alle profitieren würden. Eine auch normative Fundierung dieser Sichtweise findet sich z. B. bei *Majone* (vgl. u. a. *Majone*, *European Law Journal* 2002, 5) oder bei *Moravcsik* (vgl. u. a. *Moravcsik*, *Journal of Common Market Studies* 2002, 603; *Moravcsik*, *Government and*

EU stand daher, diese Ziele möglichst effektiv zu erreichen und nicht Strukturen auf- und auszubauen, die eine demokratische Entscheidung darüber, welche Ziele genau verfolgt werden, erlaubt hätten.<sup>27</sup>

Mit den weiterwachsenden Möglichkeiten der EU, das Leben von Individuen zu beeinflussen, bleibt die Beachtung rechtsstaatlicher Anforderungen auch zukünftig selbstverständlich von großer Bedeutung. Gerade für die Strafrechtsintegration ist ein wirksamer grundrechtlicher Schutz aufgrund der oft mit strafrechtlichen Maßnahmen verbundenen hohen Eingriffsintensität wichtig. Gleichzeitig muss jedoch darauf Acht gegeben werden, Legitimation nicht nur über die Einhaltung rechtsstaatlicher Anforderungen oder die möglichst effektive Erreichung allgemein geteilter Ziele, wie beispielsweise einer effektiven Verbrechensbekämpfung im Strafrecht, zu gewähren. Die EU trifft häufig Entscheidungen, die eine Abwägung verschiedener Positionen erfordern. Im Strafrecht muss insofern anerkannt werden, dass Freiheit und Sicherheit (sowie andere Interessen) auch in Spannung zueinander geraten können, die sich nicht durch eine Steigerung der Effektivität auflösen lässt. Gerade hier erscheint es wichtig, demokratische Strukturen und Mehrheitsentscheidungen *durch das Recht* zu fördern.<sup>28</sup>

### 3. Zwischenergebnis

Ein rechtswissenschaftlicher Zugang ist aus zwei Gründen sinnvoll. Zum einen kann er sich mit der besonderen Rolle, die Recht bisher allgemein, aber auch speziell in der Integration des Straf- und Strafverfahrensrechts eingenommen hat, differenziert unter Berücksichtigung innerrechtlicher Logiken auseinandersetzen. Zum anderen ist es auch mit Blick auf die Zukunft erstrebenswert, Recht eine zentrale Rolle für die (auch) politische Aufgabe der Gestaltung der Strafrechtsintegration zuzuerkennen. Es erfordert aber eine Auseinandersetzung damit, welche Funktionen Recht sinnvoll einnehmen kann und welche Spannungsfelder zu beachten sind. Für das EU-Strafverfassungsrecht ist besonders das Verhältnis von Recht zu Demokratie wichtig. Recht hat mehrere Eigenschaften, die

---

Opposition 2004, 336); vgl. zusammenfassend zu den Autoren und einer (überzeugenden) Gegenauffassung *Follesdall/Hix*, *Journal of Common Market Studies* 2006, 533 (537–541); vgl. zum „democratic deficit“ der EU auch *Jensen*, *Living Reviews in Democracy* 2009, 1.

<sup>27</sup> Diese beiden Dimensionen lassen sich wieder als Input- und Output-Legitimität demokratischer Herrschaft fassen; siehe zu den Begriffen bereits *Erster Teil*, B., I.

<sup>28</sup> Insbesondere post-Lissabon ist auch eine stärkere Politisierung und Demokratisierung der EU zu erkennen, was u. a. durch die stärkere Rolle des Europäischen Parlaments zum Ausdruck kommt (vgl. dazu *Erster Teil*, B., II., 3., a), aa)). Die Diskussion um die sog. „Spitzenkandidaten“, einem Vorstoß des Parlaments, demzufolge der oder die Präsident\*in der Kommission zukünftig aus der Partei stammen soll, die bei der Europawahl am meisten Stimmen erreichen konnte, zeigt, dass das Parlament seine Rolle nicht nur darin sieht, alle EU-Bürger\*innen gemeinschaftlich zu vertreten, sondern politische Alternativen anbieten möchte; vgl. zur Bedeutung der Spitzenkandidaten für das politische System der EU *Christiansen*, *West European Politics* 2016, 992.

Demokratie positiv fördern können. Eine zu stark rechtliche Integration weist aber das Risiko auf, demokratische Entscheidungsräume zu verengen.

## II. EU-Strafverfassungsrecht: Herkunft und Facetten strafverfassungsrechtlichen Denkens

*Strafverfassungsrecht* kann auf zwei unterschiedliche Weisen verstanden werden. Zum einen bietet es einen Oberbegriff für wissenschaftliche Ansätze, die sich mit dem Verhältnis von Straf- und Verfassungsrecht auseinandersetzen (*Strafverfassungsrecht im weiteren Sinne*, dazu 1.). Zum anderen verweist Strafverfassungsrecht auf eine bestimmte Denktradition, die auf den Strafrechtswissenschaftler *Joachim Vogel* zurückgeht und gerade in den letzten Jahren an Bedeutung gewonnen hat (*Strafverfassungsrecht im engeren Sinne*).<sup>29</sup> Da das Strafverfassungsrecht im engeren Sinne für das hier im Zentrum stehende EU-Strafverfassungsrecht viele wichtige Anknüpfungspunkte bietet, wird detaillierter auf seine Charakteristika eingegangen (dazu 2.). Abschließend folgt eine Diskussion zu den übergreifenden Potenzialen des strafverfassungsrechtlichen Ansatzes (dazu 3.).

### 1. Strafverfassungsrecht (im weiteren Sinne)

Das Verhältnis von Verfassungsrecht und Strafrecht hat über Jahrzehnte sowohl die Rechtspraxis als auch die Rechtswissenschaft beschäftigt.<sup>30</sup> Die Bezüge werden in verschiedenen Ländern mit unterschiedlichen Verfassungs- und Strafrechtstraditionen auf verschiedene Weise thematisiert.<sup>31</sup> Der folgende Überblick ausgewählter strafverfassungsrechtlicher Ansätze in Spanien, den USA und in Deutschland erhebt nicht den Anspruch, die Spannbreite an möglichen Verständnissen umfassend wiedergeben zu können.<sup>32</sup> Der Überblick verdeutlicht primär

---

<sup>29</sup> Gärditz spricht von einer „Begriffsprägung der letzten Dekade“, siehe Gärditz, in: Bäcker/Burchard, *Strafverfassungsrecht*, S. 15 (22). Auch die Bezeichnung „Strafverfassungsrecht“ geht auf *Vogel* zurück. Inhaltlich wurde der Ansatz maßgeblich von *Matthias Jahn* und *Christoph Burchard* entwickelt (vgl. dazu ausführlich unter 2.).

<sup>30</sup> In der Rechtspraxis befassen sich zum einen Verfassungsgerichte mit dem Verhältnis, wenn sie zu Verfassungsfragen Stellung beziehen, die das Strafrecht betreffen. Zum anderen sind in der Praxis aber auch die ordentlichen Gerichte mit dem Verhältnis befasst, da für sie eine Pflicht zur verfassungskonformen Auslegung besteht; vgl. *Kuhlen*, *Die verfassungskonforme Auslegung von Strafgesetzen*, S. 8.

<sup>31</sup> Vgl. *Nieto Martin*, *New Journal of European Criminal Law* 2019, 28 (28): „The relationship between criminal law and constitutional law has been the subject of much attention by doctrine in several European Union countries“; vgl. auch *Herlin-Karnell*, *Vienna Journal on International Constitutional Law* 2019, 1, die die verfassungsrechtlichen Bezüge speziell des Strafprozessrechts in verschiedenen europäischen Ländern in den Blick nimmt.

<sup>32</sup> Die Auswahl von Spanien und Deutschland erklärt sich dadurch, dass sie zwei große und einflussreiche Mitgliedsstaaten der EU repräsentieren, deren Verfassungs- und Straf-

zwei Aspekte. Er zeigt zum einen, dass strafverfassungsrechtliches Denken unterschiedliche Formen annehmen kann und zum anderen, dass es sich um einen international anschlussfähigen Ansatz handelt, der nicht mit einer bestimmten Rechtstradition oder einem speziellen (straf-)rechtswissenschaftlichen Diskurs verbunden ist. Letzteres macht das Konzept für eine gemeinsame Diskussion in der EU besonders attraktiv.

#### a) Spanien

Ein Ausdruck für die enge Verbindung von Strafrecht und Verfassung in Spanien ist, dass Strafrecht oft als eine *Constitución en negativo*, also eine „Negativverfassung“<sup>33</sup>, bezeichnet wird.<sup>34</sup> Während die Verfassung *positiv* die wesentlichen Bedingungen des Zusammenlebens festlegt, regelt das Strafgesetzbuch *negativ* welche Sanktionen bei Verstößen gegen diese Regelungen des Zusammenlebens folgen. Die Bezeichnung des Strafgesetzbuchs als Negativverfassung ist nicht nur in der Wissenschaft anzutreffen, sondern findet sich auch in den Erwägungsgründen und der Präambel zum *Código Penal* wieder.<sup>35</sup> Dort heißt es:

„Das Strafgesetzbuch nimmt im gesamten System eine herausragende Stellung ein, so dass es nicht ohne Grund als eine Art ‚negative Verfassung‘ angesehen wird. Das Strafgesetzbuch muss die Grundwerte und Prinzipien des gesellschaftlichen Zusammenlebens schützen [...].“<sup>36</sup>

---

rechtsordnungen sich teilweise unterscheiden. Darüber hinaus wird auch z. B. in der italienischen Strafrechtswissenschaft das Verhältnis von Straf- und Verfassungsrecht thematisiert und insgesamt als eng eingeschätzt, vgl. speziell aus der jüngeren Zeit den Tagungsband *Dodaro/Mancuso*, Uguaglianza, proporzionalità e solidarietà nel costituzionalismo penale contemporaneo; *Dolcini*, *Rivista italiana di diritto e procedura penale* 2019, 4. Die wissenschaftlichen Abhandlungen befassen sich oft mit der Kommentierung (verfassungs-)gerichtlicher Entscheidungen, insb. des italienischen Verfassungsgerichts (*corte costituzionale*), teilweise aber auch des EuGH. Vgl. mit Fokus auf dem Legalitätsprinzip z. B. *Pellizzone*, *Principio di legalità penale e diritto costituzionale: problematiche attuali*; siehe auch *Manes*, *Diritto penale contemporaneo* 2012, 99; früher schon *Vassalli*, *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*. Zusätzlich auch die USA einzubeziehen, mag vor dem Hintergrund des europäischen Fokus der Untersuchung zunächst überraschen. Neben der allgemein nach wie vor großen Bedeutung des US-amerikanischen Rechtsdiskurses für europäische Debatten spricht für die Einbeziehung, dass es die Anschlussfähigkeit und Verbreitung strafverfassungsrechtliche Ansätze in common-law Systemen unterstreicht. Die von *Herlin-Karnell* in den Blick genommenen Länder folgen der civil-law Tradition, vgl. *Herlin-Karnell*, *Vienna Journal on International Constitutional Law* 2019, 1. Die USA weisen zudem als föderales System mit im Strafrecht weitgehend selbstständigen Gliedstaaten gewisse Ähnlichkeiten zu der hier im Zentrum stehenden EU auf.

<sup>33</sup> Die Übersetzungen stammen vom Autor selbst.

<sup>34</sup> Vgl. dazu *Rodríguez Mourullo*, *Revista Jurídica* 2003, 311; dort findet sich auch das Bild, dass „jede Verfassung mit einem Strafgesetzbuch unter dem Arm geboren wird“ („cada Constitución nace con un Código Penal bajo el brazo“).

<sup>35</sup> Siehe „exposición de motivos“ zum Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

<sup>36</sup> „[El Código Penal] ocupa un lugar preeminente en el conjunto del ordenamiento, hasta

In der spanischen (straf-)rechtswissenschaftlichen Diskussion wird der Zusammenhang der beiden Rechtsgebiete hervorgehoben. *Teresa Aguado Correa* betont, dass die spanische Strafrechtswissenschaft (ähnlich wie die italienische und entgegen der deutschen) „dem wichtigen Verhältnis [...] die gebührende Aufmerksamkeit geschenkt“ habe.<sup>37</sup> Grundsätzlich herrscht Einigkeit darüber, dass die Kriminalpolitik in einem demokratischen Prozess vom Parlament festgelegt werden sollte.<sup>38</sup> Aus der Verfassung würden sich aber für die Rechtsetzung und Rechtsanwendung einige Vorgaben ergeben.<sup>39</sup> So bestünde für die Judikative stets eine Pflicht zur verfassungskonformen Auslegung.<sup>40</sup> Für die Legislative wird in der Verfassung ein Rahmen gesehen, der eine „Orientierungsfunktion“ erfüllt.<sup>41</sup> Auch aus den Grundrechten würden sich spezielle Anforderungen ergeben:<sup>42</sup> Zum einen dürfen Strafgesetze nicht den Kern der Grundrechte verletzen; zum anderen kann es zum Schutz der Grundrechte aber auch erforderlich sein, bestimmte Verhaltensweisen, die eine Gefahr für Grundrechte darstellen, strafrechtlich zu ahnden, wodurch dem Gesetzgeber bei der Entkriminalisierung Grenzen gesetzt seien. Allgemein müssten bei der Gesetzgebung verfassungs-

---

el punto de que, no sin razón, se ha considerado como una especie de ‚Constitución negativa‘. El Código Penal ha de tutelar los valores y principios básicos de la convivencia social. [...]“

<sup>37</sup> Vgl. *Aguado Correa*, El principio de proporcionalidad en derecho penal: „En nuestro país, al igual que ha ocurrido en Italia y a diferencia de lo sucedido en Alemania, la doctrina penal ha prestado la atención merecida a esta importante relación entre el Derecho penal, la Constitución y el Derecho constitucional“; sie verweist umfassend auf Literatur, vgl. aus der Auswahl z. B. *Barbero Santos*, Política y Derecho penal en España; aus der deutschen Diskussion hebt sie allerdings die Untersuchung von *Tiedemann*, in: *Arens/Denck/Frank/Grewel/Hesse/Löwisch*, 40 Jahre Grundgesetz: Der Einfluss des Verfassungsrechts auf die Entwicklung der Rechtsordnung, S. 155 ff. hervor.

<sup>38</sup> *Escrivá Gregori*, *Revista de Sociología* 1980, 141; *Rodríguez Mourullo*, *Revista Jurídica* 2003, 311; so auch *Muñoz Conde*, in: *Antón/Samaniego*, *Estudios sobre el Código Penal de 1995 (Parte General)*, S. 435, der es als Aufgabe des Strafrechtsgesetzgebers sieht, strafrechtliche Rechtsgüter zu definieren. Die Verfassung gibt dafür nur einen groben Rahmen vor, verpflichtet aber nicht dazu, alle Verfassungswerte mit den Mitteln des Strafrechts zu schützen.

<sup>39</sup> *Rodríguez Mourullo*, *Revista Jurídica* 2003, 311 sieht Anforderungen auf allen Ebenen der Strafbarkeitsprüfung (Tatbestand, Rechtswidrigkeit und Schuld); vgl. auch *Muñoz Conde*, in: *Antón/Samaniego*, *Estudios sobre el Código Penal de 1995 (Parte General)*, S. 435; speziell mit Fokus auf materiellen Grenzen für den Gesetzgeber *Fossas Espadaler*, *Revista Española de Derecho Constitucional* 2015, 305.

<sup>40</sup> *Escrivá Gregori*, *Revista de Sociología* 1980, 141 (147 f.); *Gómez de la Torre u. a.*, *Leciones de derecho penal*, S. 34 ff.

<sup>41</sup> Vgl. *Escrivá Gregori*, *Revista de Sociología* 1980, 141 (147 ff.); auch in diesem Sinne *Muñoz Conde*, in: *Antón/Samaniego*, *Estudios sobre el Código Penal de 1995 (Parte General)*, S. 435 der das Verfassungsrecht als Rahmen sieht, innerhalb dessen das Strafrecht grds. frei ist, welche Rechtsgüter strafrechtlich geschützt werden sollten.

<sup>42</sup> *Fossas Espadaler*, *Revista Española de Derecho Constitucional* 2015, 305 (317).

rechtliche Prinzipien wie das Legalitätsprinzip, die Rechtssicherheit oder auch der Ultima-ratio-Grundsatz beachtet werden.<sup>43</sup>

In der spanischen Diskussion wird teilweise auch von einem „*derecho penal constitucional*“ (*Verfassungsstrafrecht*) gesprochen.<sup>44</sup> Der Begriff stammt bereits aus den 1990er Jahren, wurde aber erst jüngst wieder und da unter Bezugnahme auf die jüngere deutsche Diskussion von *García de la Torre* aufgegriffen.<sup>45</sup> *García de la Torre* verweist auf einige Beiträge aus den letzten Jahren,<sup>46</sup> kommt aber zu dem Schluss, dass „das Verfassungsstrafrecht vorerst nur ein in der Strafrechtslehre informell verwendeter Begriff [ist], dem es an tiefgreifender Reflexion mangelt und der lediglich die Erwartungen einer kleinen Gruppe von Strafrechtlern und Rechtsphilosophen an das Begrenzungspotential der Grundrechte beschreibt.“<sup>47</sup>

## b) USA

Auch wenn die USA auf eine mehr als 200-jährige Verfassungstradition zurückblicken, lässt sich eine intensivere Auseinandersetzung mit der Bedeutung der Verfassung für das Strafrecht erst in der zweiten Hälfte des 20. Jahrhunderts feststellen. Zum einen lässt sich das damit erklären, dass die US-Verfassung (einschließlich der *Bill of Rights*) lange Zeit nicht für Strafverfahren in den Bundesstaaten anwendbar war.<sup>48</sup> Zum anderen besaß auch der *Supreme Court* bis 1891

<sup>43</sup> *Escrivá Gregori*, *Revista de Sociologia* 1980, 141; vgl. auch *Rodríguez Mourullo*, *Revista Jurídica* 2003, 311 der auch noch die Menschenwürde sowie das notwendige Ziel der Resozialisierung von Strafe als verfassungsrechtliche Grenzen für den Gesetzgeber nennt; zum Ultima-ratio-Prinzip als verfassungsrechtliche Grenze vgl. *García de la Torre*, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez* 2021, 131.

<sup>44</sup> Vgl. bereits *Gómez de la Torre u. a.*, *Lecciones de derecho penal*, S. 34 ff.; vgl. auch *Aguado Correa*, *El principio de proporcionalidad en derecho penal*, „Constitución y derecho penal“, die zwar davon spricht, dass „derecho penal constitucional“ in der spanischen Strafrechtswissenschaft verwendet wird, gleichzeitig aber feststellt, dass die Mehrheit den Begriff nicht nutzt, auch wenn die Prämissen weitestgehend geteilt werden.

<sup>45</sup> *García de la Torre*, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez* 2021, 131 (142 f.); zitiert die Beiträge von *Jahn*, in: *Tiedemann/Sieber/Satzger/Burchard/Brodowski*, *Die Verfassung moderner Strafrechtspflege – Erinnerung an Joachim Vogel*, S. 63; *Burchard*, in: *Tiedemann/Sieber/Satzger/Burchard/Brodowski*, *Die Verfassung moderner Strafrechtspflege – Erinnerung an Joachim Vogel*, S. 27 (vgl. dazu unter 2.).

<sup>46</sup> Dazu zählt er *Demetrio Crespo*, *El Derecho penal del Estado de Derecho entre el espíritu de nuestro tiempo y la Constitución*; *Quintera Olivares*, *Derecho penal constitucional*; *Arroyo Zapatero*, in: *Demetrio Crespo/Rodríguez Yagüe*, *Curso de Derecho penal. Parte General*, S. 143.

<sup>47</sup> Im Original: „[E]l Derecho penal constitucional es por el momento tan solo un término que la Doctrina penal utiliza de modo informal, el cual carece de reflexiones profundas y tan solo describe las expectativas que un pequeño grupo de penalistas y filósofos del Derecho tienen puestas en el potencial limitador de los Derechos Fundamentales [...]“, *García de la Torre*, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez* 2021, 131.

<sup>48</sup> Vgl. *Amar*, *Am. Crim. L. Rev.* 1995, 1123 (1124).

keine Zuständigkeit als allgemeine Berufungsinstanz für Strafsachen.<sup>49</sup> Erst in den 1960ern unter der Ägide von Judge *Warren* rückte das Thema verfassungsrechtlicher Rechte im Strafprozess in den Fokus der Aufmerksamkeit am *Supreme Court*.<sup>50</sup> Die stärkere Thematisierung in der Verfassungsrechtspraxis zog nach sich, dass das Verhältnis von Strafrecht und Verfassung auch in der Forschung und Ausbildung an Bedeutung gewann.<sup>51</sup>

Sowohl in der Ausbildung als auch in der wissenschaftlichen Diskussion werden die Bezüge oft nach Rechtsbereichen getrennt behandelt, was zumindest Teile der Literatur kritisch sehen.<sup>52</sup> Das Problem an der Aufspaltung in verschiedene innerrechtliche Diskurse, beispielsweise in einen verfassungsrechtlichen und einen strafprozessualen Diskurs zu den relevanten Verfassungsartikeln, wird dadurch verschärft, dass die Kommunikation zwischen den Diskursen schwach ausgeprägt ist.<sup>53</sup> In der US-amerikanischen Diskussion wird auch zwischen materiellem Strafrecht (als *criminal constitutional law* bezeichnet)<sup>54</sup> und Strafprozessrecht (als *constitutional criminal procedure* bezeichnet)<sup>55</sup> differenziert.<sup>56</sup> Wäh-

---

<sup>49</sup> *Sager*, Harvard Law Rev. 1981, 17 (53 [speziell Fn. 105]); *Amar*, Boston Univ. Law Rev. 1985, 205 (222); *Amar*, Am. Crim. L. Rev. 1995, 1123 (1124–25).

<sup>50</sup> Vgl. *Amar*, Am. Crim. L. Rev. 1995, 1123 (1125), dem zufolge der Warren Court innerhalb kürzester Zeit aus dem vierten, fünften und sechsten Verfassungszusatz die „foundations of modern constitutional procedure“ entwickelt hätte. Der liberale Ausbau von Beschuldigtenrechten wäre in der Folgezeit allerdings unter Präsident Nixon und einer Verschiebung am Supreme Court (Burger and Rehnquist-Court) revidiert und durch eine „law and order“ orientiertere, die Strafverfolgung privilegierende Agenda ersetzt worden; vgl. zur Entwicklung auch *Dubber*, in: Duff/Farmer/Marshall/Tadros, *The Trial on Trial: Volume 1: Truth and Due Process*, S. 85 (86).

<sup>51</sup> Zur Rolle in der Ausbildung siehe *Amar*, Yale L.J. 1991, 1131 (1131 f.).

<sup>52</sup> So kritisiert *Amar*, dass die *Bill of Rights* nicht holistisch, sondern in einzelne Bestimmungen aufgeteilt unterrichtet werden würde. Als Beispiel nennt er, dass der erste, neunte und zehnte Verfassungszusatz in einem Kurs zur Einführung in das Verfassungsrecht behandelt würden, der sechste, achte und große Teile des fünften als Strafprozessrecht, der siebte als Zivilprozessrecht usw. Der Ansatz, Verfassungsbestimmungen isoliert zu betrachten, statt die wechselseitigen Beziehungen und Bezugnahmen in den Blick zu nehmen, ziehe sich auch durch die wissenschaftliche Auseinandersetzung, vgl. *Amar*, Yale L.J. 1991, 1131 (1131 f.); vgl. auch *Gutman*, S. Cal. L. Rev. 1980, 295.

<sup>53</sup> Vgl. *Stuntz*, Mich. L. Rev. 1994, 1016 (1016–17): „[T]he literatures of criminal procedure and constitutional law do not speak to one another, and the cases do not cite each other.“; *Stuntz* weist allerdings auf Ausnahmen hin, wie z. B. *Seidman*, C. Law Review 1992, 673; *Wasserstrom/Seidman*, Geo. L. J. 1988, 19.

<sup>54</sup> Die Bedeutung für das materielle Strafrecht wird kontrovers diskutiert, vgl. bereits *Hart*, Law and Contemporary Problems 1958, 401; *Packer*, Sup. Ct. Rev. 1962, 107; *Packer*, S. Cal. L. Rev. 1970, 490; vgl. dazu insgesamt *Dubber*, Hastings Law Journal 2004, 509 (517 ff.); kritisch *Bilionis*, Mich. Law Rev. 1998, 1269.

<sup>55</sup> So beispielsweise bei *Dripps*, William & Mary Law Review 2001, 1 (1); *Fleissner*, Merc. L. Rev. 1996, 1485 (1485).

<sup>56</sup> Teilweise wird auch die Strafrechtvollstreckung aus verfassungsrechtlicher Perspektive analysiert (constitutional prison law), vgl. dazu *Guterman*, BYU Law Rev. 1992, 857; *Singer*, Buff. L. Rev. 1971, 669.



rend das materielle Recht insgesamt als noch (zu) wenig verfassungsrechtlich durchdrungen wahrgenommen wird, ist die Einschätzung für das Strafprozessrecht diametral entgegengesetzt.<sup>57</sup> So konstatiert beispielsweise *Dubber*, dass das Strafprozessrecht so stark verfassungsrechtlich determiniert sei, dass man einfaches und verfassungsrechtliches Strafprozessrecht im Grunde synonym verwenden könne.<sup>58</sup>

Ein wesentlicher Teil der Forschung setzt sich mit der Frage der inhaltlichen Bestimmung der Verfassungsartikel und ihrer Verfassungszusätze auseinander, die einen strafrechtlichen Bezug haben. Großes Gewicht kommt insoweit der Analyse der verfassungsrechtlichen Rechtsprechung des *Supreme Courts* zu.<sup>59</sup> Dabei werden insbesondere zwei Aspekte der Verfassungsrechtsprechung von Seiten der Wissenschaft kritisch gesehen. Die Rechtsprechung sei, erstens, hochgradig kasuistisch und folge keinen klaren Linien oder Prinzipien. Stattdessen würden die Entscheidungen von wechselnden Mehrheiten am *Supreme Court* und sich damit ändernden Präferenzen für mehr oder weniger Verteidigungsrechte abhängen.<sup>60</sup> Zweitens treffe der *Supreme Court* zu detaillierte Vorgaben, die sich nicht (zwingend) aus dem Verfassungstext ergäben. *Akhil Reed Amar* schlussfolgert daraus, dass eine neue Konzeptionalisierung notwendig sei und bietet eine alternative Interpretation zu den maßgeblichen Verfassungsbestimmungen des 4.,<sup>61</sup> 5.,<sup>62</sup> und 6.<sup>63</sup> Verfassungszusatzes an.<sup>64</sup>

---

<sup>57</sup> So z. B. bei *Dubber*, *Hastings Law Journal* 2004, 509 (509–510), der die einseitige Fokussierung auf das Prozessrecht bemängelt und eine stärkere Auseinandersetzung des Verfassungsrechts mit Verbrechen und Strafe als materieller Seite fordert. Bestrafung insgesamt könne nur dann Legitimität beanspruchen, wenn alle ihre Aspekte, d.h. Definition der Strafnormen (materielles Recht) und ihre Durchsetzung (Strafprozessrecht und Vollstreckung) auch einzeln legitim wären.

<sup>58</sup> *Dubber*, in: *Duff/Farmer/Marshall/Tadros, The Trial on Trial: Volume 1: Truth and Due Process*, S. 85 (86); für eine stärkere Trennung der Vorgaben für das Strafprozessrecht aus der Verfassung und aus dem einfachen Recht wirbt bereits *Friendly*, *Cal. Law Rev.* 1965, 929.

<sup>59</sup> Vgl. hervorstehend die Untersuchungen von *Amar*, *The Constitution and Criminal Procedure*; *Amar*, *Yale L.J.* 1991, 1131; *Amar*, *Am. Crim. L. Rev.* 1995, 1123; *Amar*, *Harvard Law Rev.* 1994, 757; *Amar/Lettow*, *Mich. Law Rev.* 1995, 857.

<sup>60</sup> *Dubber*, in: *Duff/Farmer/Marshall/Tadros, The Trial on Trial: Volume 1: Truth and Due Process*, S. 85 (87); *Amar*, *Am. Crim. L. Rev.* 1995, 1123 (1125 ff.).

<sup>61</sup> *Amar*, *Harvard Law Rev.* 1994, 757.

<sup>62</sup> *Amar/Lettow*, *Mich. Law Rev.* 1995, 857.

<sup>63</sup> *Amar*, *Geo. Law J.* 1996, 641.

<sup>64</sup> Vgl. insgesamt *Amar*, *The Constitution and Criminal Procedure*; Ausgangspunkt für *Amars* Überlegungen ist, dass die derzeitige Interpretation der Verfassungsbestimmungen schuldige Angeklagte ungerechtfertigt privilegiere. Schutz durch die Verfassung müsse darauf ausgerichtet sein, unschuldige Angeklagte zu schützen, statt Schuldige ungerechtfertigt zu begünstigen. Um diesem Anliegen Rechnung zu tragen, wirbt er für eine Reinterpretation. Dabei schlägt *Amar* u. a. vor, auch unrechtmäßig erlangte Beweismittel in Strafverfahren zuzulassen. Staatliches Fehlverhalten solle dann im Wege zivilrechtlicher Schadensersatzklagen oder administrativer Verfahren sanktioniert werden. Seine aus liberaler strafrechtswissenschaftlicher Perspektive provokanten Thesen deuten an, wie weit der Raum für ver-

In der US-amerikanischen Diskussion existiert noch ein weiterer wissenschaftlicher Ansatz, der sich zwar mit dem Verhältnis von Straf- und Verfassungsrecht, nicht jedoch mit konkreten Verfassungsartikeln und Entscheidungen des *Supreme Courts* befasst. Verfassungsrechtliche bzw. genauer verfassungstheoretische Überlegungen spielen auch in der grundlegenden Diskussion um die Rolle von Straf- und Strafverfahrensrecht in liberalen Gesellschaften eine Rolle. Ein hervorstechendes Beispiel hierfür ist *Malcom Thorburns* „*public law account*“ zum Strafrecht.<sup>65</sup> Für *Thorburn* steht die Frage im Zentrum, wie strafrechtliche Regelungen legitimiert werden können, wobei er Legitimität explizit öffentlich-rechtlich versteht. Das heißt, dass Strafrecht als Teil des öffentlichen Rechts grundsätzlich, wie auch alle anderen hoheitlichen Maßnahmen, gegenüber den betroffenen Bürger\*innen gerechtfertigt werden muss. *Thorburn* konzipiert seinen *public law account* in Abgrenzung zu der in der amerikanischen Strafrechtstheorie verbreiteten Position des *legal moralism*.<sup>66</sup> Während *legal moralism* die Nähe zwischen strafrechtlichen und moralischen Verfehlungen betont,<sup>67</sup> argumentiert *Thorburn* für eine dezidiert öffentlich-rechtliche Sicht, die die Unterschiede zwischen dem Staat und den Bürger\*innen bei der Durchsetzung von fundamentalen Interessen betont. Der Staat dürfe legitim Gewalt anwenden, wohingegen Bürger\*innen sich gegenseitiges moralisches Fehlverhalten nur vorwerfen könnten.<sup>68</sup> Beim Strafrecht gehe es nicht darum, dass der Staat Bürger\*innen ein moralisches Fehlverhalten vorwirft, sondern darum, dass er die Bedingungen garantiert, die es Bürger\*innen erlauben, als „*free moral agents*“ selbst Entscheidungen zu treffen.<sup>69</sup>

---

fassungsrechtliche Argumentation reichen kann; kritisch zu *Amars* Vorschlägen, die Rechte von Beschuldigten national zu vereinheitlichen und zurückzustufen *Dripps*, N.C. L. Rev. 1995, 1559; vgl. auch kritisch zu den Vorschlägen *Steiker*, Harvard Law Rev. 1994, 820.

<sup>65</sup> *Thorburn*, in: Duff/Green, *Philosophical Foundations of Criminal Law*, S. 21; vgl. dazu auch *Hörnle*, GA 2023, 1 (11 f.). Auch wenn *Thorburn* ihn selbst als „öffentlich-rechtlich“ (public law account) titulierte, ließe sich sein Ansatz als verfassungsrechtlich spezifizieren.

<sup>66</sup> Vertreten u. a. von *Antony Duff* und *John Gardener*, die auf die bis dahin einflussreiche Konzeptionalisierung von *H. L. A. Hart* reagierten. *Hart* hatte versucht, die lange bestehenden gegenseitigen Positionen zwischen utilitaristischen und redistributiven Theorien zu vereinigen, vgl. *Hart*, *Proceedings of the Aristotelian Society* 1959, 1; zur Kritik an retributiven Positionen, vgl. *Hart*, *Law, Liberty, and Morality*, S. 65. Auch wenn *Hart* weiter eine zentrale Rolle in der Entwicklung von Strafrechtstheorie zuerkannt wird, bezweifeln Vertreter des neuen *legal moralism*, dass *Hart* die Vereinigung zwischen retributiven und utilitaristischen Positionen tatsächlich gelingt, vgl. dazu z. B. *Gardner*, in: *Punishment and Responsibility: Essays in the Philosophy of Law*, (xxv).

<sup>67</sup> Straftaten lassen sich demnach als Verletzung von interpersonalen Moralansprüchen fassen, die folglich auch moralphilosophisch diskutiert werden können. Strafverfahren würden dafür ein besonders formalisiertes Forum darstellen; vgl. *Thorburn*, in: Duff/Green, *Philosophical Foundations of Criminal Law*, S. 21 (26 ff.); mit Nachweisen zu *Duff*, *Trials and Punishments*; und zu *Gardner*, in: *Punishment and Responsibility: Essays in the Philosophy of Law*, (xlix).

<sup>68</sup> *Thorburn*, in: Duff/Green, *Philosophical Foundations of Criminal Law*, S. 21 (41).

<sup>69</sup> *Thorburn*, in: Duff/Green, *Philosophical Foundations of Criminal Law*, S. 21 (42): „Ac-

## c) Deutschland

In Deutschland setzte eine intensivere Auseinandersetzung mit den Bezügen zwischen Strafrecht und Verfassungsrecht bis auf wenige frühe Ausnahmen erst in den 1990er-Jahren ein.<sup>70</sup> Speziell die Untersuchungen von *Tiedemann*,<sup>71</sup> *Lagodny*,<sup>72</sup> *Appel*,<sup>73</sup> *Hörnle*,<sup>74</sup> *Roxin*<sup>75</sup> und *Stächel*<sup>76</sup> stellten wichtige Diskussionsbeiträge zum Verhältnis von Strafrecht und Verfassung dar, die auch heute noch von hoher Relevanz sind. Verfassungsrechtliche Perspektiven auf das Strafrecht und Untersuchungen zu den Bezügen der beiden Rechtsbereiche sind auch in jüngerer Zeit zu beobachten.<sup>77</sup> Nichtsdestotrotz lässt sich insgesamt bisher nicht davon sprechen, dass verfassungsrechtliche Ansätze zum Strafrecht die deutsche strafrechtswissenschaftliche Diskussion dominieren würden. Für die insgesamt noch geringe verfassungsrechtliche Thematisierung strafrechtlicher Fragen existieren mehrere Gründe. Während von Seiten der Verfassungsrechtswissenschaft oft (noch) eine gewisse Zurückhaltung gegenüber dem Strafrecht und seinen Eigenheiten vorzuherrschen scheint,<sup>78</sup> wird von strafrechtlicher Seite eine zu starke

---

ording to this picture, the state (through its officials) is not concerned with the moral rightness of our conduct tout court. Just as before, it remains up to each of us to make sure that we act morally. The state's concern is with ensuring the conditions within which it is even possible for us each to make moral choices without thereby undermining our own status as the equal of those around us.“

<sup>70</sup> Vgl. zur Entwicklung *Jahn*, in: Tiedemann/Sieber/Satzger/Burchard/Brodowski, Die Verfassung moderner Strafrechtspflege – Erinnerung an Joachim Vogel, S. 63 (76 ff.); *Brodowski*, Die Evolution des Strafrechts, S. 36 ff.; *Bäcker/Burchard*, in: Bäcker/Burchard, Strafverfassungsrecht, S. 1 (1); vgl. auch *Greco*, in: Brunhöber/Höffler/Kaspar/Reinbacher/Vormbaum, Strafrecht und Verfassung, S. 13 (15 ff.); *Greco* weist allerdings mit *Sax*, in: Bettermann/Neumann, Die Grundrechte, Band III/2, S. 909 (923 ff., 935 ff.); und *Hamann*, Grundgesetz und Strafgesetzgebung, S. 14 ff. auf zwei frühe Ausnahmen hin.

<sup>71</sup> *Tiedemann*, Verfassungsrecht und Strafrecht.

<sup>72</sup> *Lagodny*, Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte.

<sup>73</sup> *Appel*, Verfassung und Strafe.

<sup>74</sup> *Hörnle*, Grob anstößiges Verhalten.

<sup>75</sup> Z. B. *Roxin*, in: Hassemer, In dubio pro libertate: Festschrift für Klaus Volk zum 65. Geburtstag, S. 601.

<sup>76</sup> *Stächel*, Strafgesetzgebung im Verfassungsstaat.

<sup>77</sup> Vgl. (als Auswahl) *Brunhöber u. a.*, Strafrecht und Verfassung; *Kaspar*, Verhältnismäßigkeit und Grundrechtsschutz im Präventionsstrafrecht; *Bäcker*, Kriminalpräventionsrecht; *Gärditz*, Staat und Strafrechtspflege. Braucht die Verfassungstheorie einen Begriff von Strafe?; *Gärditz*, in: Böse, Europäisches Strafrecht (EnzEuR XI), § 6; *Wilfert*, Strafe und Strafgesetzgebung im demokratischen Verfassungsstaat; *Nettesheim*, Verfassungsrecht und Unternehmenshaftung; *Burchard*, Die Konstitutionalisierung der gegenseitigen Anerkennung; *Wolff*, Der Einzelne in der offenen Staatlichkeit. Grundgesetzlicher Grundrechtsschutz in der zwischenstaatlichen Kooperation; *Bäcker/Burchard*, Strafverfassungsrecht; zu diesem Strafverfassungsrecht ieS noch sogleich unter 2. Zudem sind viele Aufsätze erschienen, vgl. u. a. *Gärditz*, Der Staat 2010, 331; *Gärditz*, JZ 2016, 641; *Prittowitz*, ZStW 2017, 390; *Greco*, in: Brunhöber/Höffler/Kaspar/Reinbacher/Vormbaum, Strafrecht und Verfassung, S. 13.

<sup>78</sup> Vgl. dazu *Gärditz*, Staat und Strafrechtspflege. Braucht die Verfassungstheorie einen

verfassungsrechtliche Vereinnahmung und dadurch bedingte Verflachung der Diskussion befürchtet.<sup>79</sup> Die *intra*-disziplinären Grenzen innerhalb der rechtswissenschaftlichen Fakultäten erschweren eine integrierte und wechselseitig bezugnehmende Diskussion zusätzlich.<sup>80</sup>

Ähnlich zu der US-amerikanischen Diskussion besteht ein deutlicher Unterschied der verfassungsrechtlichen Durchdringung zwischen materiellem und formellem Strafrecht.<sup>81</sup> Das Strafprozessrecht weist eine enge Verbindung auf, was sich in Bezeichnungen des Strafverfahrensrechts als „angewandtes Verfassungsrecht“<sup>82</sup> oder als „Seismograph der Staatsverfassung“<sup>83</sup> widerspiegelt. Der enge Bezug lässt sich damit erklären, dass das Strafprozessrecht an vielen Stellen das Verhältnis von Bürger\*innen zur Hoheitsgewalt in besonders grundrechtssensiblen Situationen regelt.<sup>84</sup> Inwieweit das Grundgesetz auch für das materielle Strafrecht Relevanz entfaltet, wird in der deutschen Diskussion hingegen unterschiedlich beurteilt. Ein Teil der Literatur geht davon aus, dass aus dem Grundgesetz wenig folge, was eine philosophisch fundierte Strafrechtsdogmatik nicht ohnehin schon – und zwar in differenzierterer Weise – thematisieren würde.<sup>85</sup> Dem wird entgegengehalten, dass in modernen, demokratischen Verfassungs-

---

Begriff von Strafe?, S. 9 ff.; Gegenbeispiele wie bei *Wolff*, Der Einzelne in der offenen Staatlichkeit. Grundgesetzlicher Grundrechtsschutz in der zwischenstaatlichen Kooperation bestätigen die Regel.

<sup>79</sup> So z. B. *Greco*, in: Brunhöber/Höffler/Kaspar/Reinbacher/Vormbaum, Strafrecht und Verfassung, S. 13 (30); vgl. dazu noch unter *Zweiter Teil*, A., II., 3., a).

<sup>80</sup> Vgl. zur ähnlichen Kritik in den USA *Stuntz*, Mich. L. Rev. 1994, 1016 (1016 f.), siehe unter Fn. 53; so auch *Bäcker/Burchard*, in: Bäcker/Burchard, Strafverfassungsrecht, S. 1 (1 f.), deren Band eine stärkere Vernetzung der Teildisziplinen anstrebt.

<sup>81</sup> So auch *Bäcker/Burchard*, Strafverfassungsrecht, S. 1.

<sup>82</sup> *Jahn*, in: Tiedemann/Sieber/Satzger/Burchard/Brodowski, Die Verfassung moderner Strafrechtspflege – Erinnerung an Joachim Vogel, S. 63 (67) mit vielen weiteren Nachweisen; an anderer Stelle bezeichnet *Jahn* es auch als „geronnenes Verfassungsrecht“, siehe *Jahn*, JuS 2005, 1057.

<sup>83</sup> *Roxin/Schünemann*, Strafverfahrensrecht, § 2.

<sup>84</sup> Die StPO beinhaltet z. B. Regelungen zu Ermittlungsmaßnahmen wie einer Blutentnahme (§ 81a StPO). Deren Rechtmäßigkeit hängt davon ab, ob sich der Eingriff in das Grundrecht auf körperliche Unversehrtheit aus Art. 2 GG grundrechtlich rechtfertigen lässt. Auch strafprozessuale Regeln zu den Rechten und Pflichten einer angeklagten Person im Hauptverfahren weisen oft Bezüge zu spezifischen Grundrechten des GG auf (z. B. sichert Art. 103 Abs. 2 GG Anspruch auf rechtliches Gehör, das Recht auf ein faires Verfahren wird in Art. 20 Abs. 3 in Verbindung mit den Freiheitsrechten und Art. 1 GG angelegt gesehen, siehe BVerfG, Beschluss des Zweiten Senats vom 7. Dezember 2011, 2 BvR 2500/09, 1857/10 (Wohnraumüberwachung), Rn. 111).

<sup>85</sup> Ein oft kontrovers diskutierter Punkt ist das Verhältnis der strafrechtswissenschaftlichen Rechtsgutstheorie und des Ultima-ratio-Grundsatz zum verfassungsrechtlichen Verhältnismäßigkeitsprinzip. Vgl. statt vieler *Schünemann*, ZIS 2016, 654; ebenfalls für eine Orientierung an „legitimem“ Strafrecht in der strafrechtswissenschaftlichen Debatte gegenüber einer bloß „verfassungskonformen“ Ausrichtung *Greco*, in: Brunhöber/Höffler/Kaspar/Reinbacher/Vormbaum, Strafrecht und Verfassung, S. 13.

staaten die Strafrechtspflege nicht (mehr) durch außerrechtliche, vorpositive Vorstellungen der Strafrechtswissenschaft determiniert sein dürfe.<sup>86</sup> Der Gesetzgeber sei grundlegend frei, die Strafrechtspflege auszugestalten. Für ihn würden dabei einerseits *nur*, andererseits aber auch *gerade* die Anforderungen der Verfassung einen Rahmen setzen.<sup>87</sup>

#### d) Zwischenergebnis

Der Blick in verschiedene Rechtsordnungen und -traditionen offenbart, dass der Ansatz, Strafrecht und Verfassungsrecht zusammenzudenken, weder neu noch eine nationale Eigenheit eines Landes oder eines spezifischen rechtswissenschaftlichen Diskurses ist. Die Zusammenhänge zwischen Verfassungsrecht einerseits und dem formellen wie materiellen Strafrecht andererseits beschäftigen sowohl Rechtspraxis als auch Rechtsforschung in unterschiedlichen Ländern. Auch wenn die Frage des Vergleichs nicht im Fokus stand, scheinen zwischen den Ländern viele Parallelen zu existieren.<sup>88</sup> In den wissenschaftlichen Diskussionen

---

<sup>86</sup> Darauf laufen (viele) rechtsguttheoretische Ansätze aber hinaus, vgl. kritisch dazu *Stuckenberg*, ZStW 2017, 349; *Appel*, Verfassung und Strafe, S. 329 ff.; *Lagodny*, Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte, S. 143 ff.; *Gärditz*, JZ 2016, 641 (647); *Burchard*, Die Konstitutionalisierung der gegenseitigen Anerkennung, S. 5–6; dazu differenzierend *Hörnle*, Grob anstößiges Verhalten, der zufolge allein der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit nicht ausreicht, um der besonderen Natur von Kriminalstrafe gerecht zu werden (S. 22–40). Nichtsdestotrotz sei die Verfassung nicht irrelevant, da sich aus ihr materielle Rahmenbedingungen für die inhaltliche Gestaltung des Strafrechts durch den Gesetzgeber ableiten ließen. Für einen Vorschlag ausgehend von den Grundrechtsschranken in Art. 2 Abs. 1 GG siehe insb. S. 43 ff.

<sup>87</sup> Vertreter\*innen dieser Position versuchen teilweise, strafrechtswissenschaftliche Prinzipien verfassungsrechtlich zu deuten (für den Ultima-ratio-Grundsatz z. B.: *Jahn/Brodowski*, JZ 2016, 969; *Jahn/Brodowski*, ZStW 2017, 363); Sie sehen aber auch insgesamt weite(re) Spielräume des Gesetzgebers weniger als ein Problem, da die Zuweisung an die Legislative eine demokratische Entscheidung bedeutet (vgl. zur „Demokratizität des Strafrechts“ *Gärditz*, JZ 2016, 641; *Gärditz*, Der Staat 2010, 331). Letzterem Argument würde *Schünemann* allerdings entgegenhalten, dass Demokratie nicht einfach mit parlamentarischer Entscheidung gleichgesetzt werden könne, sondern einen fundierten Diskurs über die Möglichkeiten und Grenzen des Strafrechts in der Strafrechtswissenschaft voraussetze, vgl. *Schünemann*, ZIS 2016, 654 (659 f.); vgl. für einen zwischen den Polen liegenden Vorschlag für ein diskurstheoretisches Modell der Strafgesetzgebungslehre *Vogel*, in: *Schünemann*, Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 15. Mai 2001, S. 105; dazu auch *Hörnle*, Grob anstößiges Verhalten, S. 41–43, die den überzeugenden Einwand erhebt, dass auch legalistische und diskurstheoretische Ansätze zur Legitimation voraussetzen, dass die demokratisch legitimierten Entscheidungsträger\*innen Entscheidungen auf einer Grundlage treffen, da die Entscheidungen sonst willkürlich wären. Für diese Entscheidungsgrundlage wären materielle Prinzipien unerlässlich, bei deren Ausarbeitung die Strafrechtswissenschaft einen Beitrag leisten kann.

<sup>88</sup> Als Gemeinsamkeit wird z. B. länderübergreifend bemängelt, dass die innerdisziplinären Grenzen einen wünschenswerten gemeinsamen Dialog zum Verhältnis von Strafrecht und Verfassungsrecht erschweren. Auch die deutliche Trennung zwischen einerseits wenig vom

lassen sich zudem verschiedene Zugänge zu dem Verhältnis beobachten. Auf der einen Seite stehen Ansätze, die eng am positiven Verfassungsrecht angelehnt sind. Sie setzen sich mit den Interpretationen der Verfassungsartikel auseinander, wobei sie oft die Rechtsprechung der Verfassungsgerichte oder Höchstgerichte einbeziehen. Auf der anderen Seite stehen verfassungstheoretische Zugänge, die bei der Befassung mit dem Strafrecht weniger die Verfassungsnormen in den Blick nehmen, sondern wissenschaftliche Konzepte der politischen Theorie und der Verfassungstheorie nutzen.

## 2. Strafverfassungsrecht (im engeren Sinne)

Für die vorliegende Untersuchung hat ein spezifischer Ansatz, das Verhältnis von Verfassungs- und Strafrecht zu verstehen, besondere Bedeutung. Er lässt sich als Strafverfassungsrecht im engeren Sinne (ieS) bezeichnen.

### a) Einführung

Strafrechtverfassungsrecht ieS zählt vermutlich noch immer nicht zu den etablierten Termini in der strafrechtswissenschaftlichen Diskussion.<sup>89</sup> Gerade in den letzten Jahren hat seine Bedeutung aber deutlich zugenommen. Ein erst jüngst im August 2022 erschienener Sammelband mit dem Titel „Strafverfassungsrecht“ sowie die 2023 veröffentlichte Habilitationsschrift von *Dominik Brodowski*, in der Strafverfassungsrecht eine zentrale Stellung einnimmt, unterstreichen, dass das Konzept an Einfluss und Verbreitung gewinnt.<sup>90</sup> Die Bezeichnung „Strafverfassungsrecht“ stammt von dem deutschen Strafrechtsprofessor *Joachim Vogel*.<sup>91</sup> *Vogel* selbst konnte das Strafverfassungsrecht nicht mehr nach seinen Vorstellungen näher ausgestalten. Seine Grundhaltungen zum Strafrecht und zu dessen Rolle in modernen, demokratischen, konstitutionellen und europäisch-offenen Gesellschaften haben das Konzept aber maßgeblich geprägt.<sup>92</sup> Dass *Vogels* Den-

---

Verfassungsrecht durchdrungenem materiellen Strafrecht und einer andererseits sehr starken Prägung des Strafprozessrechts ist nicht einem wissenschaftlichen Diskurs exklusiv. Unterschiede lassen sich z. B. beim Beginn der Auseinandersetzung ausmachen.

<sup>89</sup> So zumindest 2016 noch *Jahn/Brodowski*, JZ 2016, 969 (970); *Burchard*, in: Tiedemann/Sieber/Satzger/Burchard/Brodowski, Die Verfassung moderner Strafrechtspflege – Erinnerung an Joachim Vogel, S. 27 (28).

<sup>90</sup> *Bäcker/Burchard*, Strafverfassungsrecht; *Brodowski*, Die Evolution des Strafrechts – Strafverfassungsrechtliche, europastrafrechtliche und kriminalpolitische Wirkungen auf Strafgesetzgebung, S. 36 ff.

<sup>91</sup> So *Burchard*, in: Tiedemann/Sieber/Satzger/Burchard/Brodowski, Die Verfassung moderner Strafrechtspflege – Erinnerung an Joachim Vogel, S. 27 (27). Er nennt Strafverfassungsrecht einen „dieser‘ Vogel’schen Begriffe“.

<sup>92</sup> Die Grundzüge *Vogels* Denken zum europäischen Strafrecht und einige Ansätze, wie er das Strafverfassungsrecht versteht und welche Potenziale er darin sieht, lassen sich in einer Reihe von Publikationen nachvollziehen, vgl. u. a. *Vogel*, StV 1996, 110; *Vogel*, ZStW 2004, 400; *Vogel*, JZ 2005, 801; *Vogel*, Maastricht Journal of European and Comparative Law 2005,

ken das Strafverfassungsrecht auch nach seinem Tod prägt, lässt sich unter anderem darauf zurückführen, dass sein akademischer Schüler *Christoph Burchard* sich das Ziel gesetzt hat, Strafverfassungsrecht im „offenen und weiterdenkenden Dialog mit ihm [Vogel]“ zu entwickeln.<sup>93</sup> Auch wenn *Burchard* nicht der einzige Autor ist, der sich der Konturierung strafverfassungsrechtlichen Denkens zuwendet,<sup>94</sup> konzentriert sich die nachfolgende Darstellung darauf, sein Verständnis zu skizzieren.<sup>95</sup> Denn *Burchards* grundlegender Ansatz und die von ihm betonte Offenheit des Strafverfassungsrechts für transnationale Entwicklung bieten für das in dieser Untersuchung verfolgte Ziel wichtige Anknüpfungspunkte.<sup>96</sup>

#### b) *Burchard* (2016)

Aus *Burchards* Verständnis lassen sich einige Charakteristika (dazu aa)) sowie potenzielle Vorteile des Strafverfassungsrechts (dazu bb)) hervorheben.

#### aa) Charakteristika

##### (1) Strafrechtswissenschaftlicher „Schlüsselbegriff“

*Burchard* konzipiert Strafverfassungsrecht nicht als einen dogmatischen, sondern als einen (straf-)rechtswissenschaftlichen „Schlüsselbegriff“.<sup>97</sup> Strafverfas-

125; *Vogel*, JZ 2012, 25; *Vogel*, in: Heger/Kelker/Schramm, Festschrift für Kristian Kühl zum 70. Geburtstag, S. 635.

<sup>93</sup> *Burchard*, in: Tiedemann/Sieber/Satzger/Burchard/Brodowski, Die Verfassung moderner Strafrechtspflege – Erinnerung an Joachim Vogel, S. 27 (27).

<sup>94</sup> Ein zweiter früher, wichtiger und grundlegender Beitrag zum Strafverfassungsrecht (ieS) stammt von *Jahn*, in: Tiedemann/Sieber/Satzger/Burchard/Brodowski, Die Verfassung moderner Strafrechtspflege – Erinnerung an Joachim Vogel, S. 63. Wie der Titel des Beitrags „Strafverfassungsrecht. Das Grundgesetz als Herausforderung für die Dogmatik des Straf- und Strafverfahrensrechts“ bereits andeutet, steht im Zentrum von *Jahns* Beitrag die Frage, welche Anforderungen das deutsche Grundgesetz für das Strafrecht stellt. Für die hier anvisierte Übertragung des Denkens auf den EU-Kontext ist speziell dieser Fokus nicht relevant. Die grundlegenden Überlegungen *Jahns* zum Strafverfassungsrecht decken sich weitestgehend mit denen von *Burchard*, sodass auf eine gesonderte Darstellung verzichtet und stattdessen an einzelnen Stellen verwiesen wird. vgl. auch *Jahn/Brodowski*, JZ 2016, 969; *Jahn/Brodowski*, ZStW 2017, 363; sowie die Beiträge in *Bäcker/Burchard*, Strafverfassungsrecht; siehe auch jüngst *Brodowski*, Die Evolution des Strafrechts, S. 36 ff.

<sup>95</sup> Siehe bereits den frühen, grundlegenden Beitrag von *Burchard*: „Strafverfassungsrecht – Vorüberlegungen zu einem Schlüsselbegriff“ in: Tiedemann/Sieber/Satzger/Burchard/Brodowski, Die Verfassung moderner Strafrechtspflege – Erinnerung an Joachim Vogel, S. 27. *Burchard* setzt sich auch an anderer Stelle mit den Merkmalen des Strafverfassungsrechts auseinander, vgl. *Burchard*, in: Kuhl/Asholt, Strafbegründung und Strafeinschränkung als Argumentationsmuster, S. 21 (insb. 37–40); *Burchard*, StV 2019, 637; *Burchard*, Die Konstitutionalisierung der gegenseitigen Anerkennung (speziell dazu noch *Zweiter Teil*, B., II., 1.) und jüngst *Bäcker/Burchard*, in: Bäcker/Burchard, Strafverfassungsrecht, S. 1.

<sup>96</sup> Vgl. dazu noch *Zweiter Teil*, B. und *Dritter Teil*.

<sup>97</sup> *Burchard*, in: Tiedemann/Sieber/Satzger/Burchard/Brodowski, Die Verfassung moderner Strafrechtspflege – Erinnerung an Joachim Vogel, S. 27 (28); dazu auch *Brodowski*, Die Evolution des Strafrechts, S. 45 ff.

sungsrecht sei nicht darauf ausgerichtet, für eine konkrete Rechtsfrage eine Antwort zu geben, sondern ziele darauf ab, strafrechtswissenschaftliche Diskurse zu ordnen und Erkenntniswege zu weisen.<sup>98</sup> Strafverfassungsrecht erhebe nach *Burchards* Verständnis zudem nicht den Anspruch, bisherige strafrechtswissenschaftliche Zugänge zu ersetzen, sondern solle als komplementäre Perspektive verstanden werden.<sup>99</sup> *Burchard* definiert Strafverfassungsrecht als „jenen Teil des Verfassungsrechts [...], der das Strafrecht zum Gegenstand hat und dieses rechtsgrundsätzlich regelt.“<sup>100</sup> Das Strafverfassungsrecht stelle eine höherrangige Rechtsschicht dar, die der Setzung und Durchsetzung von Strafrecht einen (verfassungsrechtlichen) Rahmen setze. *Burchard* geht es (wie bereits *Vogel*) somit im Kern um eine verfassungsrechtliche „Fundierung und Einhegung der nationalen wie auch der europäischen Strafrechtspflege“ in all ihren Phasen.<sup>101</sup>

## (2) Intradisziplinäres Verständnis

Für *Burchard* ist Strafverfassungsrecht davon geprägt, innerhalb der Rechtswissenschaft über die disziplinären Binnengrenzen hinwegzudenken.<sup>102</sup> Da das Strafverfassungsrecht einen Teil des Verfassungsrechts darstelle, müsse es auch verfassungsrechtlich gedacht werden. Das bedeute aber nicht, dass sich diese Aufgabe exklusiv an die Verfassungsrechtswissenschaft richten würde. *Burchard* sieht auch die Strafrechtswissenschaft in der Verantwortung, die rechtsgrundsätzliche Konturierung des einfachen (Straf-)Rechts voranzutreiben. Es erfordere allerdings eine Öffnung des Straf- in Richtung des öffentlichen Rechts. *Burchard* zufolge ermöglicht diese Öffnung der Strafrechtswissenschaft, bei Grundfragen der Herrschaftslegitimation auf derselben normhierarchischen Ebene wie z. B. die Verfassungsrechtswissenschaft mitdiskutieren zu können.<sup>103</sup> *Burchard* betont in diesem Zusammenhang, dass sich aus der notwendigen verfassungs-

<sup>98</sup> Siehe Fn. zuvor.

<sup>99</sup> *Burchard*, in: Tiedemann/Sieber/Satzger/Burchard/Brodowski, Die Verfassung moderner Strafrechtspflege – Erinnerung an Joachim Vogel, S. 27 (60 [Fn. 110]); so auch *Burchard*, Die Konstitutionalisierung der gegenseitigen Anerkennung, S. 3 (Fn. 4).

<sup>100</sup> *Burchard*, in: Tiedemann/Sieber/Satzger/Burchard/Brodowski, Die Verfassung moderner Strafrechtspflege – Erinnerung an Joachim Vogel, S. 27 (28–29). Eine ähnliche Definition findet sich in demselben Band bei *Jahn*, in: Tiedemann/Sieber/Satzger/Burchard/Brodowski, Die Verfassung moderner Strafrechtspflege – Erinnerung an Joachim Vogel, S. 63. Strafverfassungsrecht ist ihm zufolge die „Summe derjenigen Rechtssätze, die die Anforderungen an ein rechtsstaatliches materielles Strafrecht und Strafverfahrensrecht unter der Geltung einer höherrangigen Verfassung [in diesem Fall des deutschen Grundgesetzes] beschreiben.“

<sup>101</sup> *Burchard*, in: Tiedemann/Sieber/Satzger/Burchard/Brodowski, Die Verfassung moderner Strafrechtspflege – Erinnerung an Joachim Vogel, S. 27 (29) mit Verweis zu *Vogel*.

<sup>102</sup> Dazu und zum Folgenden *Burchard*, in: Tiedemann/Sieber/Satzger/Burchard/Brodowski, Die Verfassung moderner Strafrechtspflege – Erinnerung an Joachim Vogel, S. 27 (29).

<sup>103</sup> *Burchard*, in: Tiedemann/Sieber/Satzger/Burchard/Brodowski, Die Verfassung moderner Strafrechtspflege – Erinnerung an Joachim Vogel, S. 27 (49); *Burchard*, Die Konstitutionalisierung der gegenseitigen Anerkennung, S. 5–6.



rechtlichen Öffnung des Strafrechts auch eine Verantwortung ergebe, da die Argumente, sobald sie den strafrechtswissenschaftlichen Diskurs verlassen, auch für andere Zwecke als die ursprünglich intendierten gebraucht werden können.<sup>104</sup> *Burchard* zufolge gehört es zu den verfassungsrechtlichen Eigenrationalitäten, dass Argumente politisiert und für andere Ziele instrumentalisiert werden.<sup>105</sup> Auf solche Umdeutungen strafverfassungsrechtlicher Argumente sollte die Strafrechtswissenschaft achten.<sup>106</sup>

Bei der Bestimmung des Strafverfassungsrechts differenziert *Burchard* zwischen zwei Dimensionen, die das intradisziplinäre Rechtsverständnis konkretisieren. Auf der einen Seite sei das verfassungsdogmatisch zu bestimmende „Straf“-Element des Strafverfassungsrechts zu sehen.<sup>107</sup> Die Abgrenzung der Strafverfassung zu anderen Teilverfassungen erfolge nicht sachlogisch durch ein (vermeintliches) „Wesen“ oder eine „Natur“ des Strafs, sondern verfassungsgesellschaftlich, wozu *Burchard* kompetenzrechtliche, praktikable und folgenorientierte Erwägungen zählt.<sup>108</sup> Auf der anderen Seite stehe das verfassungstheoretisch festzulegende „Verfassungsrechts“-Element.<sup>109</sup> *Burchard* wirbt insoweit anstelle eines etatistischen für ein funktionales und plurales Verfassungsverständnis.<sup>110</sup> Mit funktional meint *Burchard*, dass nicht nur ein Staat, sondern „jedes dauerhafte Arrangement einer politisch institutionalisierten, durch einfaches Recht wirkenden Herrschaftsgewalt der Organisation, Limitation und Legitimation durch ein höherrangiges Recht bedarf“.<sup>111</sup> Strafverfassungsrecht(e) sei(en) daher auch jenseits des Nationalstaates vorstellbar.

<sup>104</sup> *Burchard*, in: Tiedemann/Sieber/Satzger/Burchard/Brodowski, Die Verfassung moderner Strafrechtspflege – Erinnerung an Joachim Vogel, S. 27 (54 f.); vgl. insgesamt *Burchard*, in: Kuhl/Asholt, Strafbegründung und Strafeinschränkung als Argumentationsmuster, S. 21 (dabei speziell 32 ff.).

<sup>105</sup> *Burchard*, in: Kuhl/Asholt, Strafbegründung und Strafeinschränkung als Argumentationsmuster, S. 21 (39–40), der mehrere Beispiele für einen „dual-use“ strafrechtlicher Argumente nennt. So kann beispielsweise die ursprünglich intendierte strafrechtslimitierende Stoßrichtung von Rechtsgutstheorien umgekehrt werden, wenn man kriminalpolitisch beliebig Rechtsgüter (wie z. B. die „Integrität des sportlichen Wettbewerbs“ zur Begründung eines strafrechtlichen Dopingverbots) „erfinde[t]“ (26 f.).

<sup>106</sup> *Burchard*, in: Kuhl/Asholt, Strafbegründung und Strafeinschränkung als Argumentationsmuster, S. 21 (40).

<sup>107</sup> *Burchard*, in: Tiedemann/Sieber/Satzger/Burchard/Brodowski, Die Verfassung moderner Strafrechtspflege – Erinnerung an Joachim Vogel, S. 27 (29).

<sup>108</sup> *Burchard*, in: Tiedemann/Sieber/Satzger/Burchard/Brodowski, Die Verfassung moderner Strafrechtspflege – Erinnerung an Joachim Vogel, S. 27 (30–33).

<sup>109</sup> Vgl. mit Nachweisen zu entsprechenden Ansätzen aus der Verfassungstheorie *Burchard*, in: Tiedemann/Sieber/Satzger/Burchard/Brodowski, Die Verfassung moderner Strafrechtspflege – Erinnerung an Joachim Vogel, S. 27 (34–37).

<sup>110</sup> *Burchard*, in: Tiedemann/Sieber/Satzger/Burchard/Brodowski, Die Verfassung moderner Strafrechtspflege – Erinnerung an Joachim Vogel, S. 27 (34).

<sup>111</sup> *Burchard*, in: Tiedemann/Sieber/Satzger/Burchard/Brodowski, Die Verfassung moderner Strafrechtspflege – Erinnerung an Joachim Vogel, S. 27 (34 f.).

### (3) Europäische Offenheit

Das funktionale Verfassungsverständnis ermöglicht es *Burchard*, sein Konzept von Strafverfassungsrechts auch jenseits von Staaten zu denken.<sup>112</sup> Strafverfassungsrecht bezeichne nicht nur einen (bestimmten) Teil der nationalen Verfassungen (in Deutschland des GG), sondern könne auch darüber hinaus in der EMRK oder dem Primärrecht der EU angelegt sein.<sup>113</sup> *Burchard* weist darauf hin, dass allein die Existenz eines transnationalen Strafverfassungsrechts noch nichts darüber aussage, inwieweit und aus welchem Grund das nationale Strafrecht an die transnationalen Vorgaben gebunden sei.<sup>114</sup> Dies erfordere einer gesonderten Betrachtung. Zwischen der EMRK und EU könnten auch Unterschiede bestehen. Zur Lösung des Verhältnisses der verschiedenen Strafverfassungsrechte favorisiert *Burchard* insgesamt das Modell eines *konstitutionellen Rechtspluralismus*.<sup>115</sup> Insgesamt hat die europäische Offenheit einen großen Stellenwert im strafverfassungsrechtlichen Verständnis von *Burchard*.<sup>116</sup>

### (4) Korridor- und Spielraumdenken

Ein weiteres für *Burchards* Verständnis von Strafverfassungsrecht charakteristisches Merkmal ist schließlich, dass es ein Denken in Korridoren und Spielräumen

---

<sup>112</sup> *Burchard*, in: Tiedemann/Sieber/Satzger/Burchard/Brodowski, Die Verfassung moderner Strafrechtspflege – Erinnerung an Joachim Vogel, S. 27 (34–37); vgl. dazu weiter auch *Burchard*, in: Kuhl/Asholt, Strafbegründung und Strafeinschränkung als Argumentationsmuster, S. 21 (37–40); *Burchard*, Die Konstitutionalisierung der gegenseitigen Anerkennung, S. 9 ff.

<sup>113</sup> *Burchard* zufolge ist es schon im Begriff des Strafverfassungsrechts angelegt, „dass das Strafrecht keine ‚unlösbare Bindung an den Staat eingegangen‘ ist“ vgl. *Burchard*, in: Tiedemann/Sieber/Satzger/Burchard/Brodowski, Die Verfassung moderner Strafrechtspflege – Erinnerung an Joachim Vogel, S. 27 (41).

<sup>114</sup> *Burchard*, in: Tiedemann/Sieber/Satzger/Burchard/Brodowski, Die Verfassung moderner Strafrechtspflege – Erinnerung an Joachim Vogel, S. 27 (35).

<sup>115</sup> *Burchard* stützt sich auf die Ansätze von *Baquero Cruz*, *Kumm*, *Poiaras Maduro* und *Walker*, vgl. *Burchard*, in: Tiedemann/Sieber/Satzger/Burchard/Brodowski, Die Verfassung moderner Strafrechtspflege – Erinnerung an Joachim Vogel, S. 27 (36, inb. Fn. 33). Auch unter Einbeziehung von *Wendels* Gedanken der Permeabilität hält *Burchard* folgende Merkmale für wichtig: Es bedarf einer heterarchischen statt hierarchischen Ordnung der Strafverfassungsrechte; sie sind durch gegenseitige Öffnung und Durchdringungen geprägt; und Konflikte, die das System nicht verarbeiten kann, da es die jeweiligen Ansprüche der Rechtsordnungen infrage stellen würde, werden dadurch gelöst, dass sie praktisch vermieden werden (u. a. durch wechselseitigen Dialog, gegenseitige Rücksichtnahme etc.), dazu (36–37); vgl. dazu auch *Burchard*, Die Konstitutionalisierung der gegenseitigen Anerkennung, S. 20 ff.

<sup>116</sup> Die Bedeutung der europäischen Dimension betont *Burchard* auch an anderer Stelle, wenn er für Strafverfassungsrechtsvergleichung wirbt, vgl. dazu *Burchard*, Zeitschrift für rechtswissenschaftliche Forschung 2017, 277 (305 ff.): Danach ist es bei rechtsvergleichenden Untersuchungen zum Strafrecht auch wichtig, die jeweiligen verfassungsrechtlichen Anforderungen in den Vergleich miteinzubeziehen.

darstellt.<sup>117</sup> Strafverfassungsrecht sei nicht darauf ausgerichtet, Fragen abschließend zu beantworten, sondern erkenne ausdrücklich an, dass aus (straf-)verfassungsrechtlicher Perspektive unterschiedliche Ergebnisse zulässig sein können.<sup>118</sup> Statt diese Korridore oder Spielräume selbst zu füllen, weise das Strafverfassungsrecht diese Aufgabe der Legislative, Judikative oder Exekutive zu.<sup>119</sup> Aufgrund seiner normhierarchisch höheren Stellung setze das Strafverfassungsrecht der Gestaltung der Strafrechtspflege durch die staatlichen Gewalten gewisse äußere Grenzen. Diese verfassungsrechtlichen Grenzen seien nicht strafrechtsspezifisch;<sup>120</sup> die Strafrechtspflege müsse aber die allgemeinen Anforderungen an eine legitime Ausübung von Hoheitsgewalt erfüllen.<sup>121</sup> Daraus folge zum einen eine inhaltliche Orientierung, da die Strafrechtspflege sich nicht außerhalb eines verfassungsrechtlich zulässigen Korridors bewegen dürfe. Zum anderen gehe es dem Strafverfassungsrecht aber auch darum, positiv Gestaltungsspielräume zuzuweisen.<sup>122</sup> Die Aufgabe des Strafverfassungsrecht liege *Burchard* zufolge somit nicht nur in der „Ausgrenzung des Verfassungswidrigen“, sondern auch im „Einhegen des Verfassungskonformen“.<sup>123</sup> Strafverfassungsrecht beinhalte immer eine institutionelle Zuweisung, wer Entscheidungen zu strafrechtlichen Fragen treffe.<sup>124</sup> Es sei daher nicht nur mit der inhaltlichen, sondern auch der institutionellen Dimension der Gestaltung der Strafrechtspflege befasst.<sup>125</sup> *Burchard* be-

<sup>117</sup> *Burchard*, in: Tiedemann/Sieber/Satzger/Burchard/Brodowski, Die Verfassung moderner Strafrechtspflege – Erinnerung an Joachim Vogel, S. 27 (49 ff.).

<sup>118</sup> *Burchard*, in: Tiedemann/Sieber/Satzger/Burchard/Brodowski, Die Verfassung moderner Strafrechtspflege – Erinnerung an Joachim Vogel, S. 27 (51).

<sup>119</sup> *Burchard*, in: Tiedemann/Sieber/Satzger/Burchard/Brodowski, Die Verfassung moderner Strafrechtspflege – Erinnerung an Joachim Vogel, S. 27 (50).

<sup>120</sup> *Burchard* wendet sich insbesondere dagegen, dass dem Strafrecht generell eine Eingriffsintensität innewohnt, die es kategorisch von anderen Rechtsbereichen unterscheidet (39). Er sieht zudem nur wenig Raum für spezielle Grenzen, die aus einer „Kulturgebundenheit“ des Strafrechts resultieren (39 f.). Strafverfassungsrecht trage daher zur „Normalisierung des Strafrechts“ bei, vgl. insgesamt *Burchard*, in: Tiedemann/Sieber/Satzger/Burchard/Brodowski, Die Verfassung moderner Strafrechtspflege – Erinnerung an Joachim Vogel, S. 27 (37–41).

<sup>121</sup> *Burchard*, in: Tiedemann/Sieber/Satzger/Burchard/Brodowski, Die Verfassung moderner Strafrechtspflege – Erinnerung an Joachim Vogel, S. 27 (37 f.).

<sup>122</sup> *Burchard* spricht von einer „Grenzziehungen für verfassungskonformes Strafrecht nach innen wie nach außen hin“ und konkretisiert, dass Strafverfassungsrecht „nicht nur als Ausgrenzung des Verfassungswidrigen, sondern auch als das Einhegen des Verfassungskonformen verstanden werden [sollte]“, vgl. *Burchard*, in: Tiedemann/Sieber/Satzger/Burchard/Brodowski, Die Verfassung moderner Strafrechtspflege – Erinnerung an Joachim Vogel, S. 27 (49).

<sup>123</sup> *Burchard*, in: Tiedemann/Sieber/Satzger/Burchard/Brodowski, Die Verfassung moderner Strafrechtspflege – Erinnerung an Joachim Vogel, S. 27 (49).

<sup>124</sup> Das kann die Verteilung von Argumentations- und Nachweislasten, Behauptungs- und Einschätzungsprärogativen beinhalten, vgl. *Burchard*, in: Tiedemann/Sieber/Satzger/Burchard/Brodowski, Die Verfassung moderner Strafrechtspflege – Erinnerung an Joachim Vogel, S. 27 (50).

<sup>125</sup> *Burchard*, in: Tiedemann/Sieber/Satzger/Burchard/Brodowski, Die Verfassung moder-

zeichnet Strafverfassungsrecht insofern als einen „demokratischen, gewaltenteilungstheoretisch aufgeladenen [...] Denkstil“.<sup>126</sup>

*Burchard* hebt hervor, dass Strafrecht die Abwägung einer Vielzahl von Positionen und teils widerstreitenden Interessen erfordere, auf die es in pluralen und demokratischen Gesellschaften keine eindeutigen oder wissenschaftlich „richtigen“ Antworten gebe.<sup>127</sup> Strafverfassungsrecht ziele daher nicht darauf ab, definitive Festlegungen in Form eines metaphysischen „Richtig“ oder „Falsch“ zu treffen.<sup>128</sup> Vielmehr gehe es darum, anzuerkennen, dass die konkrete Ausgestaltung der Strafrechtspflege eine kriminalpolitische Aufgabe sei.<sup>129</sup> Sie erfordere Kompromisse, die zeit- und kontextabhängig zu unterschiedlichen Entscheidungen führen können.<sup>130</sup> Die Rolle des Strafverfassungsrechts bestehe darin, Gestaltungsspielräume des verfassungsrechtlich Möglichen zu definieren und Wege für die Abwägung widerstreitender Belange und Güter verfassungsrechtlich zu strukturieren.<sup>131</sup> Strafverfassungsrechtliches Denken sei insgesamt durch eine abwägende Herangehensweise gekennzeichnet, die darauf abziele, verschiedene (straf-)verfassungsrechtliche Belange im Wege praktischer Konkordanz in Ausgleich zu bringen.<sup>132</sup> Diese Suche nach Ausgleich könne parallel zum strafrechtswissenschaftlichen Verständnis des Bestimmtheitsgebots als Optimierungsgebots

---

ner Strafrechtspflege – Erinnerung an Joachim Vogel, S. 27 (45, 50); zur Veranschaulichung verweist *Burchard* auf die Inzest-Entscheidung des BVerfG, in der das BVerfG dem Gesetzgeber einen weiten Spielraum zuerkennt, der nicht durch zusätzliche Erfordernisse (wie z. B. kriminalpolitische Evidenzbasierungen) begrenzt ist.

<sup>126</sup> *Burchard*, in: Tiedemann/Sieber/Satzger/Burchard/Brodowski, Die Verfassung moderner Strafrechtspflege – Erinnerung an Joachim Vogel, S. 27 (42).

<sup>127</sup> *Burchard*, in: Tiedemann/Sieber/Satzger/Burchard/Brodowski, Die Verfassung moderner Strafrechtspflege – Erinnerung an Joachim Vogel, S. 27 (51).

<sup>128</sup> *Burchard*, in: Tiedemann/Sieber/Satzger/Burchard/Brodowski, Die Verfassung moderner Strafrechtspflege – Erinnerung an Joachim Vogel, S. 27 (51); *Burchard*, Die Konstitutionalisierung der gegenseitigen Anerkennung, S. 6.

<sup>129</sup> *Burchard*, in: Tiedemann/Sieber/Satzger/Burchard/Brodowski, Die Verfassung moderner Strafrechtspflege – Erinnerung an Joachim Vogel, S. 27 (51); *Burchard* verweist diesbezüglich auf die grundlegende Arbeit von *Lagodny*, Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte, S. 511 ff.

<sup>130</sup> *Burchard*, in: Tiedemann/Sieber/Satzger/Burchard/Brodowski, Die Verfassung moderner Strafrechtspflege – Erinnerung an Joachim Vogel, S. 27 (51); das wird auch im europäischen Vergleich unterstrichen, da sich Strafrechtsordnungen unterscheiden und daher andere Kompromisse darstellen, dazu *Burchard*, Die Konstitutionalisierung der gegenseitigen Anerkennung, S. 6.

<sup>131</sup> *Burchard*, in: Kuhli/Asholt, Strafbegründung und Strafeinschränkung als Argumentationsmuster, S. 21 (38 f.); *Burchard*, Die Konstitutionalisierung der gegenseitigen Anerkennung, S. 5–6; *Burchard*, in: Tiedemann/Sieber/Satzger/Burchard/Brodowski, Die Verfassung moderner Strafrechtspflege – Erinnerung an Joachim Vogel, S. 27 (49 ff.).

<sup>132</sup> *Burchard*, in: Tiedemann/Sieber/Satzger/Burchard/Brodowski, Die Verfassung moderner Strafrechtspflege – Erinnerung an Joachim Vogel, S. 27 (45–48) veranschaulicht dies anhand des Bestimmtheitsgrundsatzes, der strafverfassungsrechtlich aus Art. 103 Abs. 2 GG folgt und strafrechtswissenschaftlich im Gesetzlichkeitsprinzip verankert ist.

verstanden werden. Die Konsequenzen könnten sich aber durchaus unterscheiden, da das strafrechtswissenschaftliche Verständnis oft als „Optimalisierungsgebot“ und somit weniger offen für Relativierung durch andere konkurrierende (Verfassungs-)Belange aufgefasst werde.<sup>133</sup>

*bb) Vorteile*

*Burchard* sieht mehrere Vorteile im strafverfassungsrechtlichen Denken. Zunächst verspreche die normative Offenheit des Strafverfassungsrechts eine hohe Anschlussfähigkeit für alle relevanten Akteure („stake-holder“).<sup>134</sup> Die Einbindung sichere, dass Veränderungen in der Strafrechtspflege auch theoretisch abgebildet werden können. *Burchard* hebt zudem hervor, dass aus der strafverfassungsrechtlichen Zurückhaltung, nicht auf alle Fragen definitive Antworten zu geben, sondern Handlungsspielräume der staatlichen Gewalten (z. B. in Form von Einschätzungsprärogativen) explizit anzuerkennen, sogar eine diskursive Stärkung der Strafrechtswissenschaft resultieren könne.<sup>135</sup> Die Strafrechtswissenschaft wäre so gezwungen, ihren (vielfach kritisch gesehenen) „wissenschaftlichen ‚Wahrheits‘anspruch“ gegenüber dem Strafgesetzgeber und der Judikative zurückzunehmen und argumentativ zu überzeugen, wobei sie deutlich zwischen verfassungsrechtlich Möglichem und kriminalpolitisch Wünschenswertem differenzieren sollte.<sup>136</sup> Eine so agierende, „sendungsbewusste“ und „sendungsbereite“ Strafrechtswissenschaft,<sup>137</sup> die ihre eigene Rolle akzeptiert und sich nicht in Konkurrenz zu beispielsweise demokratisch legitimierten Institutionen sieht, erscheine ihm gestärkt.<sup>138</sup> Schließlich sieht *Burchard* als dritten Vorteil, dass Strafverfassungsrecht eine Außenansicht auf das Strafrecht biete.<sup>139</sup> Die strafverfassungsrechtliche Perspektive sei zwar rechtsintern, gleichzeitig aber strafrechtsextern, und folge eigenen – verfassungsrechtlichen – Rationalitäten. Sie sei daher in der Lage, eine Kontrollfunktion für das Strafrecht, im Sinne eines Systems von *checks & balances* zu erfüllen.<sup>140</sup>

<sup>133</sup> *Burchard*, in: Tiedemann/Sieber/Satzger/Burchard/Brodowski, Die Verfassung moderner Strafrechtspflege – Erinnerung an Joachim Vogel, S. 27 (46 f.).

<sup>134</sup> *Burchard*, in: Tiedemann/Sieber/Satzger/Burchard/Brodowski, Die Verfassung moderner Strafrechtspflege – Erinnerung an Joachim Vogel, S. 27 (53 f.).

<sup>135</sup> *Burchard*, in: Tiedemann/Sieber/Satzger/Burchard/Brodowski, Die Verfassung moderner Strafrechtspflege – Erinnerung an Joachim Vogel, S. 27 (54–57).

<sup>136</sup> *Burchard*, in: Tiedemann/Sieber/Satzger/Burchard/Brodowski, Die Verfassung moderner Strafrechtspflege – Erinnerung an Joachim Vogel, S. 27 (55).

<sup>137</sup> *Burchard*, in: Tiedemann/Sieber/Satzger/Burchard/Brodowski, Die Verfassung moderner Strafrechtspflege – Erinnerung an Joachim Vogel, S. 27 (54).

<sup>138</sup> *Burchard*, in: Tiedemann/Sieber/Satzger/Burchard/Brodowski, Die Verfassung moderner Strafrechtspflege – Erinnerung an Joachim Vogel, S. 27 (55 f.).

<sup>139</sup> *Burchard*, in: Tiedemann/Sieber/Satzger/Burchard/Brodowski, Die Verfassung moderner Strafrechtspflege – Erinnerung an Joachim Vogel, S. 27 (57–60).

<sup>140</sup> Als Beispiele nennt *Burchard* hierfür innerhalb des Staates die Rechtsprechung des BVerfG zur Nötigung im Rahmen von Sitzblockaden (58–59), außerhalb des Staates sowohl

*c) Zwischenergebnis*

Strafverfassungsrecht i.e.S. bezeichnet einen bestimmten wissenschaftlichen Ansatz zum Verhältnis von Straf- und Verfassungsrecht. Im Anschluss an *Vogel* hat insbesondere *Burchard* wesentliche Linien dieses strafverfassungsrechtlichen Denkens vorgezeichnet. Drei Eigenschaften des Verständnisses von *Burchard* sind mit Blick auf das Ziel dieser Untersuchung besonders hervorzuheben: erstens die europäische Offenheit des Konzepts (Strafverfassungsrecht ist nicht zwingend an eine *staatliche* Verfassung gekoppelt); zweitens das Potenzial des Strafverfassungsrechts, einfaches Strafrecht zu legitimieren; und drittens, dass es sich um einen demokratischen und gewaltenteilungstheoretisch aufgeladenen Denkstil handelt.

*3. Übergreifende Würdigung strafverfassungsrechtlichen Denkens*

Die Ausführungen haben bereits eine Reihe von Potenzialen des strafverfassungsrechtlichen Denkens gezeigt. Die Hinwendung des Strafrechts zum Verfassungsrecht wird teilweise aber auch kritisch gesehen. Diese Kritik ist für die vorliegende Untersuchung in zweierlei Hinsicht wichtig. Zum einen trägt sie dazu bei, die Grenzen strafverfassungsrechtlicher Ansätze zu bestimmen und transparent zu machen, wodurch (vorbeugend) verhindert werden kann, Strafverfassungsrecht mit nicht einlösbaren Erwartungen zu überziehen. Zum anderen ermöglicht die Kritik, auf potenzielle Schwachstellen des strafverfassungsrechtlichen Ansatzes einzugehen und ihn entsprechend zu schärfen. Gerade für die ohnehin notwendige Umformulierung des Strafverfassungsrechts für die EU ist letztgenannter Aspekt wichtig.

*a) Kritik an strafverfassungsrechtlichen Ansätzen*

Exemplarisch lassen sich die Einwände an einem Beitrag von *Luis Greco* nachvollziehen, der die wesentlichen Argumente treffend auf den Punkt bringt.<sup>141</sup> *Greco* beobachtet, dass strafrechtliche Sachprobleme vermehrt im Gewand des Verfassungsrechts diskutiert werden und warnt vor falschen Versprechungen dieses Ansatzes.<sup>142</sup> Im Ausgangspunkt definiert er die Aufgabe der Strafrechtswissenschaft so, aus den bestehenden Gesetzen „das Beste zu machen“ und sich nicht

---

die Rechtsprechung des EGMR (z. B. Rs. Jalloh) als auch des EuGH (59 f.) *Burchard*, in: Tiedemann/Sieber/Satzger/Burchard/Brodowski, Die Verfassung moderner Strafrechtspflege – Erinnerung an Joachim Vogel, S. 27 (58 ff.).

<sup>141</sup> Siehe *Greco*, in: Brunhöber/Höffler/Kaspar/Reinbacher/Vormbaum, Strafrecht und Verfassung, S. 13.

<sup>142</sup> *Greco* fokussiert sich auf das materielle Strafrecht und klammert das Strafprozessrecht aus, siehe *Greco*, in: Brunhöber/Höffler/Kaspar/Reinbacher/Vormbaum, Strafrecht und Verfassung, S. 13 (13 [Fn. 1]).

darauf zu beschränken, zu eruieren was „gilt“. <sup>143</sup> Konkret folgt daraus, das Kriterium der Legitimität von Strafrecht als normativen Fixpunkt zu sehen. Für ihn besteht die „verfassungsrechtliche Orientierung der Strafrechtswissenschaft“ <sup>144</sup> darin, dass strafrechtliche Probleme verfassungsrechtlich diskutiert werden und nicht mehr im Strafrecht, sondern im Verfassungsrecht nach Lösungen gesucht werde. *Greco* kritisiert diese Verschiebung, da die damit verbundenen Hoffnungen entweder nicht einlösbar wären oder aber einen (zu) hohen Preis hätten.

Der erste aus *Greco*s Sicht nur scheinbare Gewinn einer Verfassungsorientierung könne in einer Steigerung der Verbindlichkeit gesehen werden. <sup>145</sup> Die Überführung der vormals „nur“ naturrechtlich oder philosophisch fundierten Grundsätze in das positive Recht hätte *Greco* zufolge zwar den Vorteil, dass es positivrechtlich verbindlich und zwangsweise durchsetzbar wäre. <sup>146</sup> *Greco* gibt aber zu bedenken, dass die rechtliche Verbindlichkeit davon abhängt, ob die zuständige Instanz (im Falle des GG das BVerfG) die in der Wissenschaft ausgearbeiteten strafverfassungsrechtlichen Vorschläge auch anerkennt. <sup>147</sup> Selbst wenn strafverfassungsrechtliche Prinzipien rechtliche Verbindlichkeit erlangen würden, sei dieser Vorteil *Greco* zufolge teuer erkauft. Bei der Übersetzungsleistung strafrechtlicher Prinzipien in die Sprache des Verfassungsrechts würde Wesentliches verloren- oder untergehen. <sup>148</sup>

Die Kritik lässt sich einerseits so deuten, dass sie sich auf die konkrete Übersetzung in der deutschen Verfassungsrechtsprechung durch das BVerfG bezieht. Die Kritik kann andererseits aber auch so verstanden werden, dass sie nicht nur auf die konkrete Übersetzung durch das BVerfG abzielt, sondern grundlegend an der Übersetzbarkeit zweifelt. Auch wenn *Greco* mit der Rechtsprechung des BVerfG nicht vollkommen übereinstimmen dürfte, scheint sich seine Kritik nicht nur gegen eine konkret fehlerhafte Umsetzung (also Kritik erster Teil) zu richten, sondern grundsätzlich infrage zu stellen, ob die Übersetzung überhaupt gelingen kann. <sup>149</sup> Diese Kritik ist für das hier verfolgte Anliegen, die strafverfassungsrecht-

---

<sup>143</sup> Vgl. *Greco*, in: Brunhöber/Höffler/Kaspar/Reinbacher/Vormbaum, Strafrecht und Verfassung, S. 13 (14).

<sup>144</sup> *Greco*, in: Brunhöber/Höffler/Kaspar/Reinbacher/Vormbaum, Strafrecht und Verfassung, S. 13 (15).

<sup>145</sup> *Greco*, in: Brunhöber/Höffler/Kaspar/Reinbacher/Vormbaum, Strafrecht und Verfassung, S. 13 (20 ff.).

<sup>146</sup> *Greco*, in: Brunhöber/Höffler/Kaspar/Reinbacher/Vormbaum, Strafrecht und Verfassung, S. 13 (20–21).

<sup>147</sup> *Greco* geht diesbezüglich auf die Rechtsgutslehre ein, der eine Anerkennung durch das BVerfG (zumindest formal) verwehrt geblieben ist, vgl. *Greco*, in: Brunhöber/Höffler/Kaspar/Reinbacher/Vormbaum, Strafrecht und Verfassung, S. 13 (21 f.).

<sup>148</sup> *Greco* exemplifiziert dies anhand des Bestimmtheitsgebots, des Ultima-ratio-Grundsatzes und des Schuldprinzips, vgl. *Greco*, in: Brunhöber/Höffler/Kaspar/Reinbacher/Vormbaum, Strafrecht und Verfassung, S. 13 (22 f.).

<sup>149</sup> *Greco*, in: Brunhöber/Höffler/Kaspar/Reinbacher/Vormbaum, Strafrecht und Verfassung, S. 13 (23).

liche Perspektive für den EU-Kontext fruchtbar zu machen, relevanter. Während es einzelne (potenzielle) Fehlentscheidungen nicht vermögen, den grundsätzlichen Mehrwert einer spezifischen Denkart zu unterminieren, würden prinzipielle Zweifel an der Machbarkeit der Übersetzung genau das nach sich ziehen.

Auf dieser grundsätzlichen Ebene stellt sich das Problem folgendermaßen dar. *Greco* ist der Auffassung, dass Strafrecht und Verfassungsrecht von unterschiedlichen Erkenntnisinteressen geleitet seien:<sup>150</sup> Strafrecht sei *positiv* auf die Suche nach der „bestmöglichen Lösung“ ausgerichtet; Verfassungsrecht hingegen definiere nur *negativ* die Grenzen des verfassungsrechtlich Zulässigen. Anders formuliert strebt also das Strafrecht (bzw. die Strafrechtswissenschaft) nach einer anspruchsvollen Lösung eines (komplexen) Problems, während das Verfassungsrecht – umgekehrt vorgehend – sich darauf reduziere, gewisse Lösungsmöglichkeiten wegen ihrer Unvereinbarkeit mit der Verfassung auszuschließen. Diese Differenzierung der Erkenntnisinteressen ist laut *Greco* nicht zufällig. Hinter ihr stecke ein politischer Grund: Das Verfassungsrecht sei im Gegensatz zum Strafrecht vielmehr in das „Spannungsverhältnis von Rechtsstaat und Demokratie“ eingebunden.<sup>151</sup> Institutionell gibt *Greco* zu bedenken, dass die Strafrechtswissenschaft (im Gegensatz zu Verfassungsgerichten) keine Machtposition inne habe, sondern auf die Überzeugungskraft ihrer Argumente angewiesen sei.<sup>152</sup>

Die zweite unerfüllte Versprechung einer Verfassungsorientierung sieht *Greco* darin, dass sie die Argumente transparenter und überprüfbarer mache und sie vereinfache.<sup>153</sup> *Greco* ist der Auffassung, diese Hoffnung sei trügerisch. Der Text von Verfassungen würde aus sich selbst heraus regelmäßig keine definitiven Antworten liefern, sondern interpretiert werden müssen.<sup>154</sup> Diese Interpretation beziehe in aller Regel außergesetzliche, überpositive und damit schließlich doch oft philosophische Überlegungen mit ein.<sup>155</sup> Das sei grundsätzlich auch nicht

<sup>150</sup> Vgl. dazu und zum Folgenden *Greco*, in: Brunhöber/Höffler/Kaspar/Reinbacher/Vormbaum, Strafrecht und Verfassung, S. 13 (24 f.).

<sup>151</sup> *Greco*, in: Brunhöber/Höffler/Kaspar/Reinbacher/Vormbaum, Strafrecht und Verfassung, S. 13 (24).

<sup>152</sup> *Greco*, in: Brunhöber/Höffler/Kaspar/Reinbacher/Vormbaum, Strafrecht und Verfassung, S. 13 (25). Zudem ist *Greco* der Überzeugung, dass nur eine funktionierende Strafrechtswissenschaft ein entsprechendes Gegengewicht zur „Macht der labilen gesetzgeberischen und verfassungsrichterlichen Mehrheiten ermöglicht.“

<sup>153</sup> Die zuvor aufwendig hergeleiteten Einsichten (sei es unter Rückgriff auf philosophisch oder naturrechtliche Überlegungen) könnten nun nach der Überführung in verbindliches (Verfassungs-)Recht positivrechtlich begründet werden. Statt auf eine unbestimmte und unbestimmbare Auswahl an Erkenntnisquellen anzuknüpfen, deren Prämissen nicht von allen geteilt werden, könne der Verfassungstext einen verbindlichen und allgemein akzeptierten Anknüpfungspunkt für die Lösung strafrechtlicher Fragen bieten, vgl. *Greco*, in: Brunhöber/Höffler/Kaspar/Reinbacher/Vormbaum, Strafrecht und Verfassung, S. 13 (26).

<sup>154</sup> *Greco*, in: Brunhöber/Höffler/Kaspar/Reinbacher/Vormbaum, Strafrecht und Verfassung, S. 13 (26–27).

<sup>155</sup> *Greco*, in: Brunhöber/Höffler/Kaspar/Reinbacher/Vormbaum, Strafrecht und Verfassung, S. 13 (27).



schlecht, da eine rein verfassungsdogmatische Lösung wesentliche Dimensionen der verhandelten Fragestellungen außer Acht lassen würde. Dieser generelle Befund zur Verfassungsauslegung habe auch spezifisch für das Strafrecht Konsequenzen. Anschließend an den ersten Kritikpunkt schlage sich aber hier das unterschiedliche Erkenntnisinteresse des Verfassungsrechts nieder.<sup>156</sup> Problematisch sei, dass gewisse strafrechtliche Maximen und Prinzipien nicht in der Sprache des Verfassungsrechts darstellbar seien. In der Folge würden wichtige Gesichtspunkte außer Acht gelassen, sodass insgesamt eine „Verflachung des Diskussionsniveaus“<sup>157</sup> eintrete.

*Greco*s dritter Einwand schließt an den zweiten an. Wieder stellt er sich einer bestimmten Vorstellung oder Erwartung entgegen, die befürwortende Stimmen einer Verfassungsorientierung damit verbinden (könnten). Diese Erwartung könne darin bestehen, dass eine verfassungsrechtliche Argumentation nicht nur die Transparenz und Überprüfbarkeit steigere, sondern schließlich wie eine Art Trumpfkarte alle anderen Argumente wegen des Vorrangs der Verfassung besiege.<sup>158</sup> Willkommene Effekte dessen seien, dass Strafrechts- und Verfassungsdogmatik harmonisiert werden, was zur Einheitlichkeit der Rechtsordnung beitrage; und dass zusätzliche Rechtsschutzmöglichkeiten (in Form der Verfassungsbeschwerde) eröffnet seien.<sup>159</sup> Auch diese (vermeintlichen) Vorzüge seien aber teuer erkauft: Zum einen ergebe sich hier (wie auch schon zuvor) die Situation, dass die neue Stringenz zulasten der Tiefe strafrechtlicher Argumentation gehe. Feingliedrige Differenzierungen der Strafrechtsdogmatik würden aufgeweicht, wenn man alles in der Sprache des Verfassungsrechts verhandle, die viele Gesichtspunkte des strafrechtlichen Denkens nicht abbilden und deswegen nicht berücksichtigen könne.<sup>160</sup> *Greco* attestiert der verfassungsgerichtlichen Lösung eine nur „formelle“ Stringenz, die rein positivistisch, normhierarchisch begründet sei.<sup>161</sup> Strafrechtswissenschaftliche „materielle“ Stringenz schaffe hingegen eine andere Legitimität, da sie Inhalt und Qualität des Arguments miteinbeziehe.<sup>162</sup> Hinzutretend warnt *Greco* davor, dass eine zu stark verfassungsrechtliche Aufladung der Argumentation zur einer „Konstitutionalisierung des einfa-

---

<sup>156</sup> *Greco*, in: Brunhöber/Höffler/Kaspar/Reinbacher/Vormbaum, Strafrecht und Verfassung, S. 13 (28 f.).

<sup>157</sup> *Greco*, in: Brunhöber/Höffler/Kaspar/Reinbacher/Vormbaum, Strafrecht und Verfassung, S. 13 (30).

<sup>158</sup> *Greco*, in: Brunhöber/Höffler/Kaspar/Reinbacher/Vormbaum, Strafrecht und Verfassung, S. 13 (30).

<sup>159</sup> *Greco*, in: Brunhöber/Höffler/Kaspar/Reinbacher/Vormbaum, Strafrecht und Verfassung, S. 13 (31).

<sup>160</sup> *Greco*, in: Brunhöber/Höffler/Kaspar/Reinbacher/Vormbaum, Strafrecht und Verfassung, S. 13 (32–34).

<sup>161</sup> *Greco*, in: Brunhöber/Höffler/Kaspar/Reinbacher/Vormbaum, Strafrecht und Verfassung, S. 13 (33).

<sup>162</sup> *Greco*, in: Brunhöber/Höffler/Kaspar/Reinbacher/Vormbaum, Strafrecht und Verfassung, S. 13 (33).

chen Rechts“ führe; mit der Folge einer „Immunisierung“ gegenüber einer Weiterentwicklung und/oder Änderung durch den Gesetzgeber oder die Wissenschaft.<sup>163</sup>

b) *Stellungnahme*

Insgesamt formuliert *Greco* eine fundierte, nachvollziehbare und in Teilen auch berechtigte Kritik an bestimmte Erwartungen, die mit strafverfassungsrechtlichem Denken verbunden werden *könnten*. Sie führen aber im Ergebnis nicht zu einer prinzipiellen Ablehnung strafverfassungsrechtlicher Ansätze. Viele Kritikpunkte zielen auf (vermeintliche) Erwartungen ab, die nicht zwingend mit strafverfassungsrechtlichen Ansätzen verbunden sind. Es kommt daher zum einen auf das konkrete Verständnis und die Konstruktion von strafverfassungsrechtlichen Ansätzen und zum anderen auf die Hoffnungen an, die man damit verbindet. Einem großen Teil von *Greco*s Kritikpunkten lässt sich nach hier vertretener Ansicht bei dem hier im Fokus stehenden EU-Strafverfassungsrecht Rechnung tragen.<sup>164</sup>

Der einzig grundlegende und daher schon vorab zu thematisierende Aspekt ist, dass *Greco* den hinter einem verfassungsorientierten Vorgehen stehenden normativen Erwägungen ein nur geringes Gewicht beizumessen scheint. Für ihn bedeutet Verfassungsorientierung nur eine formal-juristische, positivistische Verflachung der Diskussion gegenüber dem tiefen, Komplexität akzeptierenden Denkstil der Strafrechtswissenschaft. Dass die Verfassungsorientierung aber eine wichtige *eigene* Funktion erfüllt, die philosophische, dogmatische, kriminologische oder sonstige strafrechtswissenschaftliche Ansätze nicht abdecken und auch nicht abdecken können, tritt dabei zu weit in den Hintergrund. *Greco* scheint zu befürchten, dass die strafverfassungsrechtliche Perspektive andere *ersetzen* soll. Hier angedacht (und so auch bei anderen Stimmen zu finden) ist aber ein komplementäres Modell, in dem die strafverfassungsrechtliche Perspektive zu anderen strafrechtswissenschaftlichen *hinzutritt*.

Die von *Greco* thematisierten unterschiedlichen Erkenntnisinteressen und Prämissen zeigen, dass strafrechtswissenschaftliche und strafverfassungsrechtliche Zugänge unterschiedliche Ziele verfolgen, die aber nach hier vertretener Ansicht keineswegs im Widerspruch zueinander stehen. Strafverfassungsrecht zielt darauf ab, einen Raum des (straf-)verfassungsrechtlich Möglichen zu definieren und befasst sich auch mit der Frage, *wer* diese Räume füllen sollte. Wie sie konkret zu füllen sind, wird durch das Strafverfassungsrecht *ieS* nicht im Detail vorgegeben. Zum einen ist damit eine gewaltenteilungstheoretische Zuweisung zwischen Legislative, Exekutive und Judikative verbunden. Zum anderen geht damit aber auch eine Aufgabenteilung in der (Strafrechts-)Wissenschaft einher.

---

<sup>163</sup> *Greco*, in: Brunhöber/Höffler/Kaspar/Reinbacher/Vormbaum, Strafrecht und Verfassung, S. 13 (31 und 32).

<sup>164</sup> Vgl. dazu noch *Dritter Teil*, insb. A.

Dort, wo das Strafverfassungsrecht aufhört, muss mithilfe anderer strafrechtlicher Zugänge ermittelt werden, wie der Raum des verfassungsrechtlich Möglichen kriminalpolitisch *sinnvoll* gefüllt werden kann.<sup>165</sup> Für die Auslegung bestehender Normen bleibt die Dogmatik ohnehin ein aussichtsreicher Zugang. Die Strafrechtswissenschaft kann aber auch Vorschläge zur (alternativen) Rechtsgestaltung unterbreiten, wobei kriminologische, philosophische oder rechtsvergleichende Ansätze wertvolle Erkenntnisse liefern können.

In jedem Fall sind die in der Wissenschaft erarbeiteten Vorschläge aber für ihre Rechtsgeltung davon abhängig, dass sie in die Praxis umgesetzt werden. Strafverfassungsrecht befasst sich mit der Frage, wie diese Umsetzung so gelingen kann, dass sie verfassungsrechtlichen Anforderungen standhält. Von besonderer Bedeutung ist dafür das von *Greco* nicht als sonderlich wichtig eingeschätzte Demokratieprinzip. Seiner Auffassung nach habe Demokratie „für die große liberale Tradition der deutschen Strafrechtswissenschaft [...] eine bestenfalls untergeordnete Rolle“ gespielt.<sup>166</sup> Für einen wissenschaftlichen Erkenntnisgewinn zu strafrechtlichen Fragen ist der Rekurs z. B. auf (moral-)philosophische Überlegungen sicher ergiebig. Auch aus Sicht der Kriminalpolitik sind Forschungsansätze in diese Richtung wichtig, da sich so wissenschaftlich fundierte Vorschläge für eine sinnvolle Kriminalpolitik unterbreiten lassen. Die Legitimation strafrechtlicher Eingriffe kann in demokratischen Gesellschaften aber nicht *ausschließlich* philosophisch-wissenschaftlich begründet werden.

Gerade wenn man davon ausgeht, dass viele Fragen nicht nur eine mögliche Lösung zulassen, sondern die Beantwortung von persönlichen Interessen, Präferenzen und Überzeugungen abhängt, ist es erforderlich, sich Gedanken über (formale) Entscheidungsstrukturen für deren konstruktive Verarbeitung zu machen. Auch innerhalb wissenschaftlicher Diskurse lässt sich beobachten, wie weit Ansichten zu derselben Frage auseinandergehen können. Die Strafrechtswissenschaft ist, wie *Greco* richtig hervorhebt, auf der Suche nach der bestmöglichen Antwort und strebt nach einem möglichst hohen Grad an Rationalität und argumentativer Überzeugungskraft.<sup>167</sup> Nichtsdestotrotz gelangt sie selten zu einer einheitlichen Auffassung. Im Unterschied zur politischen Rechtsgestaltung muss sie Konflikte zwischen unterschiedlichen wissenschaftlichen Standpunkten aber auch nicht auflösen. Widerstreitende Positionen können in der (Strafrechts-)Wissenschaft über Jahr(zehnt)er koexistieren. Eine demokratische Gesellschaft ist hingegen – auch wenn Vielfalt für sie ein wichtiges normatives Ideal darstellt – bei vielen Fragen darauf angewiesen, gemeinsam verbindliche Stan-

---

<sup>165</sup> Die Strafrechtswissenschaft kann auch dafür Vorschläge zu materiellen Leitlinien aus dem Verfassungsrecht (z. B. den Grundrechten) herleiten, vgl. dazu den Ansatz bei *Hörnle*, Grob anstößiges Verhalten, siehe dazu oben unter Fn. 86 und Fn. 87.

<sup>166</sup> *Greco*, in: Brunhöber/Höffler/Kaspar/Reinbacher/Vormbaum, Strafrecht und Verfassung, S. 13 (25) mit zahlreichen Nachweisen.

<sup>167</sup> *Greco*, in: Brunhöber/Höffler/Kaspar/Reinbacher/Vormbaum, Strafrecht und Verfassung, S. 13 (24).

dards in Form allgemeiner Gesetze festzulegen. Das erfordert, konfligierende Interessen, Präferenzen und Überzeugungen abzuwägen.<sup>168</sup>

Da sich bei der Abwägung oft nicht ein richtiges (Abwägungs-)Ergebnis erreichen lässt, muss neben der Suche nach materieller Legitimation über eine möglichst richtige Entscheidung, *auch* Legitimation über das Verfahren erreicht werden (prozedurales Verständnis). Mit und durch die Verfassung einen Rahmen aufzuzeigen, der demokratische Entscheidungsfindung fördert und strukturiert, stellt demnach keinen rein formalen Akt dar, sondern weist einen Weg zu einem demokratisch legitimen Strafrecht. Man kann sogar so weit gehen, dass Legitimation über das demokratische Verfahren gerade im Strafrecht von besonders hoher Bedeutung ist, da philosophischen oder strafrechtstheoretischen Begründungsansätzen zur Legitimation von Strafrecht zumindest bisher eine überzeugende Übersetzung in die Rechtsgeltung verwehrt geblieben ist.<sup>169</sup>

Mit der Forderung nach einer stärkeren Berücksichtigung demokratischer Entscheidungen ist nicht gemeint, dass strafrechtliche Regelungen allein deswegen legitim wären, weil sie zu einem bestimmten Zeitpunkt formal von einer Mehrheit gestützt wurden. Das ergibt sich schon daraus, dass eine komplexe Herrschaftsform wie Demokratie nicht allein auf Mehrheitsentscheidung reduziert werden kann. Die demokratie- wie verfassungstheoretische Frage der Ausgestaltung von Demokratie und ihrem Verhältnis zu anderen (Verfassungs-)Prinzipien muss auch mit Blick auf die Gestaltung der Strafrechtspflege differenziert beantwortet werden.<sup>170</sup> Diesbezüglich dürften zwar keine „richtigen“ Ergebnisse möglich sein, da auch die Ausgestaltung des Verfahrensmodells Abwägungen erfordert.<sup>171</sup> Das bedeutet aber umgekehrt nicht, dass eine Auseinan-

---

<sup>168</sup> Das kann auch Interessen miteinschließen, die außerhalb des Strafrechts im engeren Sinne liegen. So ist z. B. die Frage, wie viel Steuergeld für ein Kriminaljustizsystem zur Verfügung steht, für die Praxis höchst bedeutsam. Es handelt sich aber nicht um eine Frage, mit der sich die Strafrechtswissenschaft besonders intensiv befassen würde oder für die sie eine wissenschaftlich eindeutige Antwort finden könnte.

<sup>169</sup> So *Stuckenberg*, ZStW 2017, 349 (353); *Kubiciel*, in: Zabel, Strafrechtspolitik: Über den Zusammenhang von Strafgesetzgebung, Strafrechtswissenschaft und Strafgerechtigkeit, S. 99 (102 f.).

<sup>170</sup> Das Spannungsverhältnis verfassungsrechtlicher Prinzipien lässt sich zweifelsfrei auch im positiven Verfassungsrecht feststellen. Es lässt sich aber (wie gerade dargelegt) auch verfassungs- oder demokratiethoretisch fassen. *Greco*s Befürchtung einer „Provinzialisierung der Diskussion und ihres Ertrags“, wenn die Strafrechtswissenschaft den Blick auf die Verfassung als „Widerspiegelung kontingenter Entscheidungen von zeit- und ortsgebundenen Mehrheiten“ ausrichtet, scheint daher nicht in jedem Fall durchzuschlagen; vgl. dazu *Greco*, in: Brunhöber/Höffler/Kaspar/Reinbacher/Vormbaum, Strafrecht und Verfassung, S. 13 (35 und 36).

<sup>171</sup> So kann man z. B. grundsätzlich ein Modell mit größeren Freiräumen für demokratische Mehrheitsentscheidung favorisieren, bei dem aus den Grundrechten oder der Rechtsstaatlichkeit nur wenige konkrete Anforderungen folgen. Man kann umgekehrt aber auch ein Modell für vorzugswürdig halten, dass aus rechtsstaatlicher und/oder grundrechtlicher Sicht enge Grenzen des demokratischen Spielraums ableitet. Grundrechtliche Kriminalisierungs-

dersetzung mit diesen Fragen von Seiten der Strafrechtswissenschaft nicht sinnvoll wäre. Strafverfassungsrecht scheint für eine Thematisierung ein aussichtsreicher Zugang zu sein.

### III. In Richtung eines *EU*-Strafverfassungsrechts?

Ob und wie ein *EU*-Strafverfassungsrecht denkbar und sinnvoll ist, wird detaillierter erst in den kommenden Abschnitten behandelt. An dieser Stelle lassen sich aber bereits zwei dafür wesentliche Aspekte andeuten. Das strafverfassungsrechtliche Denken weist einige Charakteristika auf, die es nicht nur im nationalen Rahmen, sondern auch für die *EU* zu einem gewinnbringenden Ansatz machen (dazu 1.). Erforderlich ist es dafür aber, das strafverfassungsrechtliche Denken spezifisch für den *EU*-Kontext zu modifizieren (dazu 2.).

#### 1. Potenziale

*EU*-Strafverfassungsrecht kann dazu beitragen, der weiteren kriminalpolitischen Gestaltung des *EU*-Strafrechts einen Rahmen zu setzen. Die Identifikation leitender *EU*-strafverfassungsrechtlicher Prinzipien bietet normative Orientierung und hilft die bisher oft disparat wirkende *EU*-Kriminalpolitik neu auszurichten. Diese Neuausrichtung ist wichtig, da sie einen ansonsten drohenden Legitimationsverlust verhindert, der daraus resultieren könnte, dass wichtige legitimitätsstiftende Prinzipien (weiter) nicht (ausreichend) berücksichtigt werden. Die verfassungsrechtliche Perspektive, in deren Zentrum die Frage der Legitimation von Hoheitsgewalt gegenüber Bürger\*innen steht, scheint dafür ein aussichtsreicher Zugang.<sup>172</sup> Zwar ist der (straf-)verfassungsrechtliche Ansatz nicht die einzige Möglichkeit, um Kriterien zur Legitimation von Strafe und (europäischem) Strafrecht zu gewinnen; umgekehrt ist aber nicht von der Hand zu weisen, dass in demokratisch und konstitutionell verfassten Gesellschaften verfassungsrechtliche Anforderungen bei der Setzung und Anwendung von Strafrecht gegenüber Individuen nicht außer Acht gelassen werden dürfen. Diese Anforderungen grundsätzlich auch an die *EU* zu stellen, ist angesichts der enorm gestiegenen Bedeutung des *EU*-Strafrechts für Individuen geboten.

---

pflichten oder strafrechtswissenschaftlich entwickelte Konzepte, wie beispielsweise die Rechtsgutstheorie, sind Beispiele dafür, wie sich kriminalpolitische Räume der Mehrheitsentscheidung enger fassen lassen, um anderen Prinzipien Ausdruck zu verleihen. Eindeutige Antworten, welches Modell „besser“ ist oder wie ein angemessener Ausgleich erreicht werden kann, wird es nicht geben, da sie von demokratietheoretisch unterschiedlichen Prämissen ausgehen; vgl. z. B. zu der wechselseitigen Abhängigkeit von Demokratie und Grundrechten bereits *Erster Teil*, A., I., 2.

<sup>172</sup> Vgl. zur Notwendigkeit *Erster Teil*, C., III., 2.

Strafverfassungsrecht ist auch deshalb ein vielversprechender Ansatz, da er dem Erfordernis konzeptionellen Denkens entspricht.<sup>173</sup> Für ihn kennzeichnend ist in Normhierarchien zu denken, die eine Ordnung der Einzelmaßnahmen auf dem Gebiet des Strafrechts möglich macht und deren Eingliederung in das Gesamtsystem der EU fördert. Potenziell auftretende Konflikte lassen sich mit Blick auf eine höhere Ebene einheitlich lösen, wodurch sich ein höheres Maß an Kohärenz sicherstellen lässt. Für strafverfassungsrechtliche Ansätze ist darüber hinaus charakteristisch, dass unterschiedliche Prinzipien in ein Verhältnis zueinander gesetzt werden müssen.<sup>174</sup> Auch dieser Aspekt scheint für das entstehende EU-Strafrecht von hoher Bedeutung. Bei der Gestaltung der Strafrechtspflege in der EU müssen verschiedene legitimitätsstiftende Parameter gleichzeitig beachtet werden. So würde es ein Problem darstellen, wenn grund- und menschenrechtliche Standards, z. B. für Beschuldigte in Strafverfahren, nicht effektiv geschützt werden. Gleichermaßen entstünde allerdings eine Gefahr, wenn EU-Strafrecht vollkommen auf eine demokratische Rückbindung verzichten würde. Die besondere Herausforderung besteht darin, nicht nur einem dieser Interessen Rechnung zu tragen, sondern die relevanten Gesichtspunkte zu identifizieren und sie in einen gemeinsamen Rahmen zu integrieren.<sup>175</sup> Hierfür ist ein konzeptioneller Ansatz hilfreich, da er den Blick auf die größeren Linien und ihre Verbindung erlaubt. Schließlich muss auch das Verhältnis des EU-Strafrechts zu anderen Politikfeldern und Interessen in der EU geregelt werden. Ein Verfassungsrechtsdenken scheint auch hierfür hilfreich.

EU-Strafverfassungsrecht kann darüber hinaus der Forderung Rechnung tragen, *europäisch* über das EU-Strafrecht nachzudenken.<sup>176</sup> Erforderlich ist es dafür allerdings, EU-Strafverfassungsrecht an einen gesamteuropäischen Begriff von Verfassung anzuknüpfen. Eine strafverfassungsrechtliche Perspektive, die exklusiv die Sicht einer mitgliedstaatlichen Verfassung auf das EU-Strafrecht zugrunde legen würde, ist zwar nicht generell unwichtig.<sup>177</sup> Für eine als notwendig

<sup>173</sup> Vgl. zu dieser Forderung *Erster Teil, C., III., 2.*

<sup>174</sup> Ein klassisches Beispiel dafür ist das Verhältnis von Demokratie und Rechtsstaatlichkeit. Im Verfassungsrecht wird für diesen nicht eindeutig auflösbaren Konflikt eine Lösung über „praktische Konkordanz“ diskutiert, was in der deutschen Verfassungsrechtsdogmatik für dieses konkrete Verhältnis u. a. zum „Wesentlichkeitsgrundsatz“ führt. Auch Prinzipientheorien befassen sich mit dem Verhältnis, vgl. zu EU-strafverfassungsrechtlichen Prinzipien und ihrem Verhältnis noch *Dritter Teil, B.*

<sup>175</sup> Die Interessen können teilweise konträr laufen. Beispielsweise könnte ein maximal verstandener europaweiter Grundrechtsschutz mehr Vereinheitlichung vonnöten machen und dadurch den Raum für Vielfalt und für demokratische Entscheidungsfindung reduzieren. Die EU unterscheidet sich wie gesehen beispielsweise vom EGMR dadurch, keine auf den Schutz von Menschenrechten spezialisierte Institution zu sein, weswegen der Interessenausgleich hier anders verlaufen kann; vgl. zu einem Vorschlag zum Umgang mit dieser Herausforderung noch *Dritter Teil, C.*

<sup>176</sup> Vgl. zu dieser Forderung *Erster Teil, C., III., 2.*

<sup>177</sup> Ein Beispiel hierfür aus der Rechtspraxis ist das Lissabon-Urteil des BVerfG. Auch wissenschaftlich lässt sich untersuchen, welche Vorgaben nationales Verfassungsrecht für die

erachtete gemeinsame europäische Diskussion ist sie aber nicht geeignet, da sie in nationalspezifischen Logiken und Rationalitäten verhaftet bleibt. Aus ihr lassen sich nur Anforderungen ableiten, die den jeweiligen Staat und seine Vertreter\*innen binden. Eine mitgliedsstaatliche Verfassung entfaltet weder faktisch noch diskursiv Bindung für die EU und ihre Institutionen oder für andere Mitgliedsstaaten. Ein EU-Strafverfassungsrecht muss daher auf der Ebene der EU ansetzen und dort einen gesamteuropäischen strafverfassungsrechtlichen Rahmen finden, der sowohl für die EU als auch für alle Mitgliedsstaaten Bindung entfaltet.

## 2. Herausforderungen

Damit ist die wichtigste Herausforderung bereits angedeutet. Im Gegensatz zu dem Kontext, aus dem strafverfassungsrechtliches Denken ursprünglich stammt, ist die EU kein souveräner Nationalstaat mit einer formalen Verfassung. Es stellt sich daher die Frage, ob und wie ein EU-Strafverfassungsrecht möglich ist. Nach hier vertretener Ansicht stellt das Fehlen einer formalen Verfassung kein prinzipielles Hindernis für strafverfassungsrechtliches Denken im Kontext der EU dar. Diese These wird dadurch gestützt, dass sich mit der Europäische Verfassungsrechtslehre bzw. Verfassungsrechtswissenschaft mittlerweile bereits ein eigenes Forschungsfeld innerhalb der Europarechtswissenschaft entwickelt hat.<sup>178</sup> Auch erste unionsverfassungsrechtliche Ansätze zum Strafrecht aus den letzten Jahren zeigen, dass der hier verfolgte Zugang nicht vollkommen alleinsteht.<sup>179</sup> Erforderlich ist es aber, das strafverfassungsrechtliche Denken spezifisch für den EU-Kontext anzupassen. Eine einfache Übertragung ist nicht möglich. Stattdessen müssen die Spezifika der Unions(verfassungs)rechtsordnung differenziert betrachtet werden.

---

Gestaltung der Integration im Strafrecht setzt, für das GG vgl. *Gärditz*, in: Böse, Europäisches Strafrecht (EnzEuR XI), § 6.

<sup>178</sup> Vgl. dazu *Zweiter Teil*, B., I.

<sup>179</sup> Vgl. dazu *Zweiter Teil*, B., II.

## B. EU-Strafverfassungsrecht ohne (formale) EU-Verfassung?

Die Europäische Union hat auch 2023 keine oder zumindest keine formale Verfassung. Der Entwurf zu einer Verfassung für die EU ist nach den ablehnenden Referenden in Frankreich und den Niederlanden 2005 sogar explizit gescheitert. Der Diskussion zu einem EU-Strafverfassungsrecht ist dadurch allerdings nicht der Boden entzogen. Die politische Entscheidung gegen den Verfassungsentwurf kann nicht damit gleichgesetzt werden, dass eine wissenschaftliche Auseinandersetzung mit der EU in verfassungsrechtlicher Form ausgeschlossen wäre.<sup>1</sup> Im Gegenteil zeigt die seit mehr als zwei Jahrzehnten unter dem Topos „Europäisches Verfassungsrecht“<sup>2</sup> intensiv geführte Diskussion, dass ein Denken in Kategorien und Begrifflichkeiten des Verfassungsrechts für die EU sowohl möglich als auch verbreitet ist.<sup>3</sup> Die vorliegende Untersuchung verfolgt nicht das Ziel,

---

<sup>1</sup> Ähnlich argumentieren *von Bogdandy/Bast*, in: von Bogdandy/Bast, *Europäisches Verfassungsrecht*, S. 1, denen zufolge ein verfassungsrechtlicher Ansatz zum Unionsrecht „nicht den Segen der Politik“ braucht. Ihnen zufolge könne über die Frage „ob die Verträge, auf denen die Union beruht, Verfassungscharakter besitzen [...] ein gubernatives Organ nicht autoritativ entscheiden“ (1–2). Umgekehrt lässt sich dann auch sagen, dass selbst wenn der Verfassungsentwurf angenommen worden wäre, man zwar begrifflich von einer EU-Verfassung hätte sprechen können, auch dann aber noch substantiell erhebliche Unterschiede zwischen der EU-Verfassung und ihren nationalen Pendanten bestanden hätten. Es ist daher wohl präziser zu sagen, dass die EU keine Verfassung hat, die den nationalen gleicht.

<sup>2</sup> So der Titel bei *von Bogdandy/Bast*, *Europäisches Verfassungsrecht*; vgl. (als Auswahl) *Schütze*, *European Constitutional Law*; *Lenaerts/van Nuffel*, *EU Constitutional Law*; *de Búrca/Weiler*, *The Worlds of European Constitutionalism*; *Weiler/Wind*, *European constitutionalism beyond the state*; als Aufsätze vgl. bereits *Weiler*, *Journal of Common Market Studies* 1997, 97; *Weiler/Trachtman*, *Nw. J. Int'l L. & Bus.* 1996, 354; *Brunkhorst*, *ARENA Working Papers* (No. 14) 2003.

<sup>3</sup> Ob die EU eine Verfassung hat oder eine benötigt, dürfte maßgeblich davon abhängen, welches Vorverständnis von Verfassung zugrundegelegt wird und welche Erwartung damit verbunden werden; vgl. zu den unterschiedlichen Verfassungsverständnissen *Schütze*, in: *Masterman/Schütze*, *The Cambridge Companion to Comparative Constitutional Law*, S. 40 ff.; auch dürfte eine Rolle spielen, aus welcher Perspektive nach Antworten gesucht wird; vgl. zu der Bedeutung der Perspektive *Tuori*, in: *Masterman/Schütze*, *The Cambridge Companion to Comparative Constitutional Law*, S. 521 (521–523). *Tuori* nennt als Faktoren sowohl den rechtsdisziplinären Hintergrund (insb. Verfassungsrecht, Verwaltungsrecht oder Völkerrecht) sowie das Rechtssystem, das zur Referenz herangezogen wird (nationalstaatliches oder eben europäisches Recht).



einen Beitrag zu der in der Staats- und Verfassungstheorie, Politikwissenschaft und politischen Philosophie geführten Debatte über die Existenz und Möglichkeiten einer unionalen Verfassung zu liefern,<sup>4</sup> sondern fokussiert sich auf das EU-Strafverfassungsrecht.

EU-Strafverfassungsrecht setzt nach hier vertretener Ansicht das Bestehen einer formalen Verfassung nicht voraus;<sup>5</sup> dem Ansatz liegt aber die implizite Annahme zugrunde, dass zumindest ein Denken in den Begrifflichkeiten und Mustern des Verfassungsrechts für das EU-Strafrecht sinnvoll sein kann. Von dieser Prämisse geht die Untersuchung aus. Sie knüpft an Diskussionen an, die zumindest der Übertragung verfassungsrechtlicher Terminologien, Ideen, Konzepte und Argumentationsansätzen nicht grundlegend ablehnend gegenüberstehen. Die Übertragung dieses Denkens fördert zum einen Parallelen zutage, offenbart zum anderen aber auch Unterschiede zwischen dem nationalen und europäischen Kontext. Nur eine differenzierte Analyse, die Ähnlichkeiten und Unterschiede berücksichtigt, kann sicherstellen, dass die Übertragung strafverfassungsrechtlichen Denkens für die EU kontextsensibel und dadurch gewinnbringend geschieht.<sup>6</sup>

Das Fehlen einer formalen EU-Verfassung erfordert es, EU-Strafverfassungsrecht im Vergleich zu nationalen Ansätzen unterschiedlich zu konstruieren. Nach hier vertretener Ansicht gibt es dafür nicht einen eindeutigen Weg, sondern es kommen verschiedene Möglichkeiten in Betracht. Der Abschnitt beginnt damit, zwei Varianten vorzustellen, wie sich ein EU-Strafverfassungsrecht verstehen und konstruieren lässt (dazu I.). Im darauffolgenden Abschnitt werden erste bereits existente Ansätze zu strafverfassungsrechtlichem Denken in der EU den zwei zuvor gebildeten Kategorien zugeordnet (dazu II.). Im abschließenden Abschnitt folgt eine Diskussion der Vor- und Nachteile der beiden Varianten (dazu III.) Es ist nicht Ziel der Diskussion, eine der Möglichkeiten als klar überlegen zu identifizieren, sondern für einen differenzierten Blick auf die jeweiligen Potenziale und Risiken zu werben. Dies erlaubt, im *dritten Teil* das eigene Verständnis zu verorten.

---

<sup>4</sup> Vgl. u. a. *Habermas*, Zur Verfassung Europas – Ein Essay.

<sup>5</sup> Siehe zu den Möglichkeiten der Konstruktion sogleich unter I.

<sup>6</sup> In der Notwendigkeit der Anpassung kann auch eine Chance liegen, da sie erlaubt, ein EU-Strafverfassungsrecht so zu konzipieren, dass es gegenüber dem nationalen Kontext sogar spezifische Vorteile aufweist.

## I. Möglichkeiten für ein EU-Strafverfassungsrecht

Der Blick auf nationale Strafrechtsdiskurse hat gezeigt, dass nicht ein einheitlicher strafverfassungsrechtlicher Ansatz existiert, sondern verschiedene Zugänge möglich sind.<sup>7</sup> Eine erste Variante ist es, Strafverfassungsrecht rechtspositivistisch zu verstehen.<sup>8</sup> Danach bezeichnet Strafverfassungsrecht einen bestimmten Teil des positiven Verfassungsrechts. Zur näheren inhaltlichen Bestimmung des Strafverfassungsrechts werden bei dieser Variante die Normen des positiven Rechts rechtlich oder rechtsdogmatisch ausgelegt und interpretiert.<sup>9</sup> Eine zweite Variante besteht darin, Strafverfassungsrecht als ein abstraktes, wissenschaftliches Konzept zu verstehen. Der Inhalt ergibt sich bei dieser Variante aus verfassungstheoretischen Überlegungen. Übertragen auf die EU lassen sich diese Varianten folgendermaßen übersetzen.<sup>10</sup>

### 1. Primärrecht als (funktionales) Verfassungsrecht (Variante 1)

EU-Strafverfassungsrecht kann als Teil des positiv gesetzten Primärrechts der EU verstanden werden, dessen Inhalt durch rechtsdogmatische Auslegung zu bestimmen ist. Für ein solches Verständnis spricht *prima facie*, dass das Primärrecht den höchsten Rang innerhalb der Unionsrechtsordnung genießt und dass es inhaltlich wie funktional nationalen Verfassungen in vielen Teilen ähnelt. Zudem hat der EuGH das Primärrecht bereits früh als „Verfassungsurkunde“ bezeichnet.<sup>11</sup> Auch wenn es noch einer genaueren Bestimmung bedürfte, welche Normen

---

<sup>7</sup> Vgl. dazu *Zweiter Teil*, A., II.

<sup>8</sup> Diese Differenzierung knüpft an die Unterscheidung zwischen rechtsinternen (bzw. rechtspositiven oder rechtsdogmatischen) und rechtsexternen (bzw. interdisziplinär offenen oder grundlegenden) konzeptionellen Ansätzen an, vgl. dazu bereits *Erster Teil*, A., II.

<sup>9</sup> Vgl. zum Verständnis eines rechtsdogmatischen Vorgehens bereits *Erster Teil*, A., II. und näher sogleich unter I.

<sup>10</sup> Zu beachten ist allerdings, dass wissenschaftliche Ansätze, die das Primärrecht als Anknüpfungspunkt wählen, die Einbeziehung verfassungstheoretischer Überlegungen nicht ausschließen. So kann die dogmatische Auslegung eines bestimmten positiv gesetzten Rechtsbegriffs des EUV oder AEUV oder auch des nationalen Verfassungsrechts durch verfassungstheoretische Konzepte oder Vorverständnis beeinflusst werden (zur Veranschaulichung dienen die Ausführungen des BVerfG zum Demokratieprinzip im Lissabon-Urteil, bei dem deutlich ein verfassungstheoretisches Vorverständnis von Demokratie durchscheint). Ein (eng) am Primärrecht angelegter, dogmatischer Zugang zum Strafverfassungsrecht lässt sich daher nicht als rein-rechtlich (in Abgrenzung zu theoretisch) fassen. Vor diesem Hintergrund sollte auch die Zuordnung der Ansätze verschiedener Autor\*innen im folgenden Abschnitt (II.) nicht statisch verstanden werden. Statt rein rechtlich oder rein theoretisch vorzugehen, weisen sie teilweise Verbindungen auf. Die Kategorisierung erfüllt aber den Zweck, verschiedene Schattierungen und Möglichkeiten der Anknüpfung aufzuzeigen, innerhalb derer sich der hier vertretene Ansatz verorten lässt.

<sup>11</sup> EuGH, Urteil vom 23. April 1985, C-294/83, *Parti écologiste Les Verts v. Europäisches Parlament*, Rn. 23; vgl. aus der großen Auswahl an Kommentierungen nur *Lenaerts*, in:

des Primärrechts tatsächlich „Verfassungsrang“ haben, ließe sich zumindest auf den ersten Blick das derzeit geltende Primärrecht der EU in der Fassung vom Vertrag von Lissabon als EU-Verfassungsrecht bezeichnen. Dazu gehören die Normen des EUV und des AEUV, auch wenn sie in verschiedenen als solchen bezeichneten „Verträgen“ geregelt sind.<sup>12</sup> Ebenfalls dazu zählt die Charta der Grundrechte der EU, die rechtlich gleichrangig zu den Verträgen ist.<sup>13</sup>

Während die Identifikation relevanter Verfassungsnormen noch verhältnismäßig einfach erscheint, bereitet die Bestimmung, was ein *rechtsdogmatisches* Vorgehen kennzeichnet, größere Schwierigkeiten. Dogmatik wird allgemein als das gesehen, „was Juristen machen“.<sup>14</sup> Dabei wird aber weder einheitlich beurteilt, was Dogmatik *ist*, noch welche Anforderungen und/oder Erwartungen damit verknüpft sind.<sup>15</sup> Einem zumindest verbreiteten Verständnis nach ist Rechtsdogmatik darauf ausgerichtet, das positive Recht begrifflich-systematisch zu durchdringen und durch Prinzipienbildung dessen korrekten Gebrauch in der Praxis zu ermöglichen.<sup>16</sup> Wichtig ist zum einen, dass die Sinnerschließung *innerhalb* einer Rechtsordnung verläuft, die Normen also nicht selbst infrage gestellt werden (dürfen).<sup>17</sup> Zum anderen ist bedeutsam, dass ein enger Bezug zur Rechtspraxis gesucht wird.<sup>18</sup>

---

Maduro, Miguel Poiaras/Azoulai, Loïc, The Past and Future of EU Law: The classics of EU Law Revisited on the 50th anniversary of the Rome Treaty; *Walker*, in: Maduro, Miguel Poiaras/Azoulai, Loïc, The Past and Future of EU Law: The classics of EU Law Revisited on the 50th anniversary of the Rome Treaty; oder auch EuGH (Große Kammer), Urteil vom 3. September 2008, C-402/05 P und C-415/05 P, Kadi, Rn. 281, 285.

<sup>12</sup> Art. 1 EUV: [...] Grundlage der Union sind dieser Vertrag und der Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union (im Folgenden „Verträge“). Beide Verträge sind rechtlich gleichrangig. [...], dazu *Pechstein*, in: Streinz, EUV/AEUV, Art. 1 EUV, Rn. 16–18.

<sup>13</sup> Siehe Art. 6 Abs. 1 EUV; dazu *Streinz/Michl*, in: Streinz, EUV/AEUV, Art. 6 EUV, Rn. 1; siehe auch *Kingreen*, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, Art. 6 EUV, Rn. 9 ff.

<sup>14</sup> *Lennartz*, Dogmatik als Methode, S. 182.

<sup>15</sup> Vgl. zu diesen Feststellung und möglichen Verständnissen die gesammelten Beiträge und dabei insb. die von *Lepsius*, *Eifert* und *Waldhoff* in: *Kirchhof u. a.*, Was weiß Dogmatik?; für eine soziologische Perspektive vgl. *Boulanger*, in: Boulanger/Rosenstock/Singelstein, Interdisziplinäre Rechtsforschung: Eine Einführung in die geistes- und sozialwissenschaftliche Befassung mit dem Recht und seiner Praxis, S. 173 (176–180); vgl. insgesamt auch *Lennartz*, Dogmatik als Methode.

<sup>16</sup> Vgl. zu einem ähnlichen Verständnis *Rosenstock u. a.*, in: Boulanger/Rosenstock/Singelstein, Interdisziplinäre Rechtsforschung: Eine Einführung in die geistes- und sozialwissenschaftliche Befassung mit dem Recht und seiner Praxis, S. 3 (3–4); vgl. auch *Alexy*, Theorie der Grundrechte, S. 23, der dies als die analytische Dimension der Rechtsdogmatik bezeichnet; differenziert zu den Aufgaben einer prinzipienorientierten Rechtsdogmatik von *Bogdandy*, in: von Bogdandy/Bast, Europäisches Verfassungsrecht: Theoretische und dogmatische Grundzüge, S. 13 (17 ff.).

<sup>17</sup> Vgl. auch *Waldhoff*, in: Kirchhof/Magen/Schneider, Was weiß Dogmatik?, S. 17 (27): „Dogmatik ist damit stets rechtsnormakzessorisch und kann sich im demokratischen Verfassungsstaat nicht gegen klare Entscheidungen des Gesetzgebers wenden“; vgl. auch *Alexy*, Theorie der Grundrechte, S. 25 ff.

<sup>18</sup> Vgl. zur Rechtsdogmatik z. B. *Jestaedt*, in: Kirchhof/Magen/Schneider, Was Weiß Dog-

Für ein so verstandenes EU-Strafverfassungsrecht bedeutet das, die positiven Normen des Primärrechts (also aktuell den Vertrag von Lissabon, bestehend aus dem EUV, AEUV sowie der Grundrechtecharta) als Fixpunkte der strafverfassungsrechtlichen Konzeption zu setzen. In einem primärrechtlichen EU-Strafverfassungsrecht hätten die positiv gesetzten Normen verbindlichen Charakter und dürften selbst nicht infrage gestellt werden. Innerhalb des Normgerüsts würden allerdings Spielräume existieren, die sich durch Auslegung mithilfe der Rechtsdogmatik füllen ließen, um das EU-Strafverfassungsrecht zu konkretisieren. Die Grenzen des EU-Strafverfassungsrechts wären aber abschließend durch die Normen des Primärrechts markiert. Das positive Primärrecht würde den höchsten und wesentlichen Bezugspunkt für das EU-Strafverfassungsrecht darstellen. Je nachdem, ob man auch die Interpretationen des EuGH als zwingend bindend sieht, lässt sich der Ansatz als „EuGH-positivistisch“ oder „primärrechtspositivistisch“ noch näher spezifizieren.<sup>19</sup>

## 2. Entwicklung aus der Verfassungstheorie (Variante 2)

Alternativ ist es möglich, EU-Strafverfassungsrecht als ein theoretisches Konzept zu sehen und dessen Inhalt anhand verfassungstheoretischer Überlegungen zu bestimmen. Aufgrund des reichen Bestandes verfassungsrechtlicher Theorien kommen dabei inhaltlich viele Optionen in Betracht. Sie lassen sich grob danach unterteilen, wie eng oder weit sie sich an rechtlich gesetzten Normen oder einem spezifischen (rechtlichen) Kontext orientieren. Das Konzept des *Europäischen*

---

matik?, S. 117 (118): „Einerseits Herzstück der Wissenschaft vom Recht, fungiert sie andererseits als Anleitung für die professionalisierte Rechtspraxis in Gestalt namentlich der Rechtsprechung, die sie ihrerseits befruchtet und fortbildet. Anhand von Dogmatik löst man Fälle, über die Dogmatik kommuniziert die Rechtspraxis mit der Rechtswissenschaft“; vgl. auch Möllers, in: Voßkuhle/Eifert/Möllers, Grundlagen des Verwaltungsrechts (Band I), § 2, Rn. 35 ff.; kritisch zu der daraus resultierenden Überschneidung von Rechtserkenntnis- und Rechtserzeugungsquelle Lepsius, in: Kirchhof/Magen/Schneider, Was weiß Dogmatik?, S. 40 (42 ff.).

<sup>19</sup> Gerade in der EU ist allerdings zu berücksichtigen, dass sich der Einfluss des EuGH insgesamt nur schwer wegdenken lässt, um die Rechtsentwicklung und Wirkungsweise des Unionsrechts zu verstehen. Tragende Grundsätze wie die unmittelbare Anwendbarkeit oder der Vorrang des Unionsrechts, aber auch die Entwicklung des Grundrechtsschutzes sind das Ergebnis justizieller Rechtsinterpretation. Speziell für das EU-Strafrecht bildet auch die Vorschrift des Art. 83 Abs. 2 AEUV ein Beispiel, wie EuGH-Rechtsprechung primärrechtlich kodifiziert wird; vgl. dazu Mitsilegas, EU Criminal Law after Lisbon: „The Lisbon Treaty constitutionalises the Court’s case-law [konkret spricht er von C-176-03 Kommission v. Rat] on competences in the field of substantive criminal law [...]“. Auch wenn einige der justiziellen Doktrinen in positives Recht überführt wurden (so bspw. die Grundrechte in der Charta), wäre ein vollkommenes Ausblenden der Rechtsprechung des EuGH kaum möglich. Der primärrechtspositivistische Zugang unterscheidet sich vom EuGH-positivistischen demnach darin, dass er nicht alle Entscheidungen des EuGH als gesetzt versteht, sondern im Einzelnen guckt, inwiefern die Urteile (und Gründe) überzeugen.

*Verfassungsverbundes*<sup>20</sup> ist ein Beispiel, das spezifisch für den EU-Kontext konzipiert ist und bei dem rechtliche Normen eine wichtige Rolle einnehmen (dazu a)). Es ist jedoch auch denkbar, EU-Strafverfassungsrecht weiter losgelöst von der EU oder konkreten Normen (z. B. aus einer allgemeinen verfassungsrechtlichen Gerechtigkeitstheorie) zu entwickeln (dazu b)).

#### a) *Europäischer Verfassungsverbund*

Für ein EU-Strafverfassungsrecht scheint insbesondere das wissenschaftliche Konzept eines *Europäischen Verfassungsverbundes* aussichtsreich. Wie der Name schon andeutet, handelt es sich beim *Europäischen Verfassungsverbund* um einen kontextspezifischen Vorschlag der Verfassungstheorie. Das maßgeblich von *Ingolf Pernice* geprägte Konzept hat wissenschaftlich in der deutschen und europäischen Verfassungsdiskussion großen Anklang gefunden<sup>21</sup> und wurde auch von der Rechtspraxis aufgegriffen.<sup>22</sup> Um zu verdeutlichen, warum und inwiefern es für die Überlegungen zu einem EU-Strafverfassungsrecht aufschlussreich sein kann, werden an dieser Stelle zunächst ausgewählte Grundzüge des Konzepts zusammengefasst und im Anschluss die sich daraus ergebenden Konsequenzen dargestellt.

#### aa) *Grundzüge des Europäischen Verfassungsverbundes*

Bei dem *Europäischen Verfassungsverbund* handelt es sich nicht um eine eigenständige Rechtsordnung, sondern um ein analytisches Konzept, das es ermöglicht, die Vielzahl der (Verfassungs-)Rechtsordnungen in der EU und ihre wechselseitigen Beziehungen in ihrer Gesamtheit zu erfassen. Dafür sucht es eine Ab-

<sup>20</sup> Vgl. zu dem maßgeblich von *Ingolf Pernice* entwickelten Konzept die gesammelten Beiträge *Pernice*, *Der Europäische Verfassungsverbund*, näher dazu sogleich.

<sup>21</sup> Vgl. für einen Überblick Fn. zuvor; im englischsprachigen Kontext wird es unter dem Begriff „multilevel constitutionalism“ gefasst, der sich wiederum an das politikwissenschaftliche Konzept von „multilevel governance“ anlehnt, vgl. zum multilevel constitutionalism *Pernice*, *Common Market L. Rev.* 1999, 703 ff.; *Pernice*, *European Constitutional Law Review* 2015, 541; *Pernice*, *European Law Review* 2002, 511; *Mayer/Wendel*, in: Avbelj/Komárek, *Constitutional Pluralism in the European Union and Beyond*, S. 127; und zur Verteidigung insb. gegen die Kritik von *Jestaedt* in: Krause/Veelken/Viewig, *Recht der Wirtschaft und der Arbeit in Europa. Gedächtnisschrift für W. Blomeyer*, S. 637 und *Jestaedt*, in: Calliess, *Verfassungswandel im europäischen Staaten- und Verfassungsverbund. Göttinger Gespräche zum deutschen und europäischen Verfassungsrecht*, S. 93) sowie gegen die Kritik von *Barents*, in: Avbelj/Komárek, *Constitutionalism Pluralism in the European Union and Beyond*, S. 153 siehe *Pernice*, in: Calliess, *Verfassungswandel im europäischen Staaten- und Verfassungsverbund. Göttinger Gespräche zum deutschen und europäischen Verfassungsrecht*, S. 61.

<sup>22</sup> So der Präsident des EuGH, *Koen Lenaerts*, in seinem Vorwort zu *Pernice*, *Der Europäische Verfassungsverbund*, S. 6, der zum einen das Gutachten 2/13 des EuGH vom 18. Dezember 2014 und zum anderen die BVerfG-Entscheidung zum europäischen Haftbefehl (BVerfGE 140, 317, 338) nennt.

kehr von dem in der Staats- und Europarechtswissenschaft lange verbreiteten Fokus auf die Frage, inwiefern die EU Staatlichkeit erlangen könne. Alternativ baut das Konzept des *Europäischen Verfassungsverbundes* auf der Prämisse auf, dass Verfassungen nicht an Staatlichkeit gebunden seien oder diese voraussetzen. Dadurch wird es möglich, auch jenseits des Staates (wie hier konkret für die EU) über Verfassungen und Verfassungsrecht nachzudenken.<sup>23</sup> Das dem *Europäischen Verfassungsverbund* zugrundeliegende Verständnis von Verfassung lässt sich als *funktional* beschreiben.<sup>24</sup> Verfassungen haben danach primär vier Funktionen, die in der originären Konstitutionalisierung, der Legitimation, der Organisation sowie der Be- und Abgrenzung öffentlicher Gewalt gegenüber den Bürger\*innen liegen. Historisch betrachtet haben die Nationalstaaten diese Funktionen wahrgenommen. Daraus folgt jedoch nicht, dass es sich um eine untrennbare oder denklogisch notwendige Verbindung handeln würde. Die vier Verfassungsfunktionen lassen sich sowohl auf nationaler als auch auf überstaatlicher Ebene verwirklichen.<sup>25</sup> Dabei ist keine exklusive Zuweisung zu einer Hierarchieebene notwendig. Die Funktionen können auf verschiedenen Ebenen gleichzeitig Ausdruck finden.

Ein Grundgedanke des *Europäischen Verfassungsverbundes* ist, dass die Perspektive der Bürger\*innen bei der Konstruktion der europäischen Verfassungsrechtsarchitektur entscheidend sein sollte. Die Bürger\*innen sind als Individuen frei, sich zusammenzuschließen, kollektiv Ziele zu definieren und zu deren Verwirklichung Befugnisse und Aufgaben auf unterschiedliche Institutionen und Ebenen zu übertragen. Gerade für Herausforderungen, die eine zunehmend überstaatliche bis globale Dimension aufweisen, kann es sich dafür anbieten, nicht nur den nationalen Rahmen zu nutzen, sondern Aufgaben der europäischen Ebene zuzuweisen.<sup>26</sup> Es lässt sich als Ausdruck eines selbstbestimmten Aktes der EU-Bürger\*innen deuten, wenn sie sich dafür durch einen Vertrag zusammenschließen.<sup>27</sup> Sie sind dann gleichermaßen Legitimationssubjekt der miteinan-

---

<sup>23</sup> Vgl. mit vielen Nachweisen Pernice, in: Die deutsche Staatsrechtslehre in der Zeit des Nationalsozialismus. Europäisches und nationales Verfassungsrecht. Der Staat als Wirtschaftssubjekt und Auftraggeber: Berichte und Diskussionen auf der Tagung der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer in Leipzig vom 4. bis 6. Oktober 2000, S. 148 (151); Pernice Unterfangen lässt sich im Anschluss an Habermas' „postnationale Konstellation“, vgl. Habermas, in: Die postnationale Konstellation: Politische Essays, (91 ff.), daher als Ansatz beschreiben, auch eine „postnationale Verfassungstheorie“ zu entwerfen, die die „etatistische Verengung“ überwindet, siehe Pernice (154).

<sup>24</sup> Vgl. Pernice, Der Europäische Verfassungsverbund, S. 492 ff.

<sup>25</sup> Pernice, in: Die deutsche Staatsrechtslehre in der Zeit des Nationalsozialismus, S. 148 (160).

<sup>26</sup> Pernice, European Law Review 2002, 511 (514).

<sup>27</sup> Pernice, in: Die deutsche Staatsrechtslehre in der Zeit des Nationalsozialismus, S. 148 (167); Pernice wendet sich dagegen, dass die unbestrittene völkerrechtliche Entstehung der EU, in der die Staaten eine entscheidende Rolle gespielt haben, seiner Idee einer Verfassungsgebung durch die Bürgerinnen entgegenstünden (168–172).

der verflochtenen nationalen Ebene als Staatsbürger\*innen und der EU-Ebene als Unionsbürger\*innen.

Essenziell für das Konzept des *Europäischen Verfassungsverbundes* ist schließlich, dass die verschiedenen Ebenen (national und europäisch) eine „materielle Einheit“ bilden.<sup>28</sup> Zwar dienen die Ebenen teils unterschiedlichen Funktionen und besitzen supranationale wie intergouvernementale Elemente; sie sind aber miteinander verknüpft und jeweils aufeinander angewiesen.<sup>29</sup> Ein wesentliches Element des Verbundes ist folglich die Verschränkung der Verfassungsebenen und ihre wechselseitige Stabilisierung.<sup>30</sup> Zwischen der nationalen und europäischen Ebene besteht kein grundsätzliches Über-/Unterordnungsverhältnis.<sup>31</sup> Vielmehr sind sie als institutionelles und funktionales Gesamtsystem zu sehen.<sup>32</sup> Dem *Europäischen Verfassungsverbund* schadet es grundsätzlich nicht, dass zwischen den nationalen Verfassungsverständnissen Unterschiede existieren,<sup>33</sup> solange bestimmte Demokratie-, Grundrechts- und Rechtsstaatsanforderungen gewährleistet werden. Ein wichtiges Merkmal des Europäischen Verfassungsverbundes ist schließlich sein Prozesscharakter.<sup>34</sup> Die europäische Verfassungsordnung ist nicht primär als Ergebnis eines (abgeschlossenen) Aushandlungsprozesses zu sehen, sondern vollzieht sich immer wieder neu als Prozess der Konstitutionalisierung der Bürger\*innen zueinander.

#### *bb) Konsequenzen für ein EU-Strafverfassungsrecht*

Ähnlich wie bei dem zuvor geschilderten primärrechtsbasierten Ansatz (unter 1.) bietet der *Europäische Verfassungsverbund* einen Weg, über Strafverfassungsrecht in der EU nachzudenken und dabei die Staatszentriertheit zu überwinden. Im Unterschied zu einem primärrechtlichen Ansatz ist die Anknüpfung an den „Verbund“ aber weniger stark von einer Zentralisierung auf die EU-Ebene charakterisiert, da der *Europäische Verfassungsverbund* die nationale verfassungsrecht-

<sup>28</sup> Pernice, in: Die deutsche Staatsrechtslehre in der Zeit des Nationalsozialismus. S. 148 (172).

<sup>29</sup> Pernice, Der Europäische Verfassungsverbund, S. 507 ff.

<sup>30</sup> Deutlich wird das durch die nationalverfassungsrechtlichen Strukturklauseln und die europäische Homogenitätsklausel (Art. 6 EUV), vgl. Pernice, in: Die deutsche Staatsrechtslehre in der Zeit des Nationalsozialismus, S. 148.

<sup>31</sup> Pernice, in: Die deutsche Staatsrechtslehre in der Zeit des Nationalsozialismus, S. 148 (185).

<sup>32</sup> Vgl. Pernice, in: Die deutsche Staatsrechtslehre in der Zeit des Nationalsozialismus, S. 148 (153).

<sup>33</sup> Sie akzentuieren unterschiedlich, wer im Mittelpunkt der Verfassung steht, ob sie etwas Beständiges/Gegebenes oder etwas Werdendes/Schöpferisches darstellen (so insb. in England) und was ihr Verhältnis zu Staatlichkeit ist, vgl. Pernice, in: Die deutsche Staatsrechtslehre in der Zeit des Nationalsozialismus, S. 148 (156 ff.).

<sup>34</sup> Pernice, in: Die deutsche Staatsrechtslehre in der Zeit des Nationalsozialismus, S. 148 (165 ff.); oder (unter vielen anderen Stellen) Pernice, Der Europäische Verfassungsverbund, S. 500.

liche Perspektive inkludiert. Teil der „EU-Verfassung“ und damit auch potenziell des EU-Strafverfassungsrechts wären nicht nur die Normen des Primärrechts, sondern ein übergreifender, pluraler „Verfassungsverbund“, zu dem neben dem Primärrecht auch Bestimmungen aus den nationalen Verfassungen zählen. Bei der Konstruktion der strafverfassungsrechtlichen Perspektive wäre das Wechselspiel und die gegenseitige Abhängigkeit der primärrechtlichen und nationalverfassungsrechtlichen Normen zu reflektieren.

Nicht nur in Bezug auf die relevanten Normen würde eine Anknüpfung des EU-Strafverfassungsrechts an den *Europäischen Verfassungsverbund* eine Weitung bedeuten. Da es sich um ein theoretisches Konzept handelt, wäre auch die methodische Bestimmung des EU-Strafverfassungsrechts offener. Statt einer Festlegung auf rechtsdogmatische Auslegung des positiven Rechts könnten bei der Konstruktion des EU-Strafverfassungsrechts auch Erkenntnisse der Verfassungstheorie stärker einbezogen werden. Das für den *Europäischen Verfassungsverbund* kennzeichnende Denken aus der Perspektive der Bürger\*innen kann für das EU-Strafverfassungsrecht relevant sein. Es könnte einen Weg weisen, weniger auf die Interessen der Staaten zu achten, sondern stattdessen von der Sicht der Bürger\*innen auszugehen, welche Aufgaben sie in einem europäischen Strafverfassungsverbund welcher Ebene zuweisen wollen.

#### b) Alternative verfassungstheoretische Anknüpfungen

EU-Strafverfassungsrecht ließe sich auch unabhängig von dem konkreten Vorschlag des *Europäischen Verfassungsverbundes* aus der Verfassungstheorie heraus entwickeln. Beispielsweise kommen dafür verfassungstheoretische Überlegungen zu Gerechtigkeitsidealen oder allgemein zur verfassungsrechtlichen Legitimation hoheitlichen Handelns (im Strafrecht) in Betracht. Ein so erarbeiteter theoretischer Entwurf könnte als Maßstab für eine Analyse des bestehenden EU-Strafrechts dienen.

## II. Bisherige EU-strafverfassungsrechtliche Ansätze

Strafverfassungsrechtliche Ansätze im Kontext der EU sind ein noch neues und daher vergleichsweise kleines Phänomen. Mit einer Ausnahme stammen sie alle aus der Zeit nach dem Vertrag von Lissabon. Doch gerade in der jüngeren Zeit nimmt die Aufmerksamkeit für EU-verfassungsrechtliche Perspektiven auf das Strafrecht zu. Die meisten der insgesamt noch kleinen Anzahl an strafverfassungsrechtlichen Ansätzen zur EU lassen sich als primärrechtsorientiert (Variante 1) kategorisieren. Auch wenn sie andere Elemente miteinbeziehen, steht im Zentrum der Analysen von *Joachim Vogel*, *Christoph Burchard*, *Dominik Brodowski*, *Jacob Öberg* und (teilweise) *Ester Herlin-Karnell* das Primärrecht als Verfassungsrecht der EU, das die Autor\*innen anhand juristischer Methodik auslegen (dazu 1.). Es sind aber auch erste verfassungstheoretische Ansätze (Variante 2) zu verzeichnen (dazu 2.).



### 1. Primärrechtliches EU-Strafverfassungsrecht

#### a) Vogel (2005)

Ein erster strafverfassungsrechtlicher Ansatz, der sich auf das Primärrecht der EU konzentriert, stammt von *Joachim Vogel* aus dem Jahr 2005.<sup>35</sup> *Vogel* machte sich anlässlich des Entwurfs für einen Verfassungsvertrag der EU Gedanken zu einem verfassungsrechtlichen Rahmen für das „integrierte europäische Strafrechtssystem“.<sup>36</sup> *Vogel* zufolge setzt sich das integrierte System aus einer mitgliedstaatlichen und einer EU-Ebene zusammen, die auf verschiedene Weisen miteinander interagieren.<sup>37</sup> Das Strafrechtssystem benötige einen *eigenen* – also europäischen – verfassungsrechtlichen Rahmen, der der Strafrechtspflege in der EU gewisse Grenzen setze. Diesen Rahmen bezeichnet *Vogel* als eine „*criminal law constitution (Strafrechtsverfassung)*“.<sup>38</sup> Die Merkmale einer Strafrechtsverfassung definiert *Vogel* zunächst abstrakt:<sup>39</sup> Eine Strafrechtsverfassung enthalte *erstens* einen Katalog von Grundrechten und Grundprinzipien eines Strafrechtssystems.<sup>40</sup> Sie umfasse *zweitens* einen Katalog von Kompetenzen im Bereich des Strafrechts, der die Befugnisse zur Gesetzgebung, Strafverfolgung, Rechtsprechung und zur Vollstreckung regelt. *Drittens* beinhalte eine Strafrechtsverfassung prozessuale Vorschriften, die die Ausübung dieser Kompetenzen regeln. Gerade

<sup>35</sup> *Vogel*, Maastricht Journal of European and Comparative Law 2005, 125; vgl. andeutungsweise auch schon *Vogel*, GA 2003, 314 (333).

<sup>36</sup> *Vogel*, Maastricht Journal of European and Comparative Law 2005, 125 (127–137).

<sup>37</sup> Vgl. *Vogel*, Maastricht Journal of European and Comparative Law 2005, 125 (130–135). Ein erstes wesentliches Element der Interaktion ist Kooperation zwischen den Mitgliedsstaaten. Verglichen mit anderen Formen der Rechtshilfe nimmt die Kooperation in der EU allerdings eine besondere Form an, da sie nicht mehr auf einer freien souveränen Entscheidung der Staaten beruht, sondern zu einem EU-Bereich wird (130–132). Ein zweites Element ist Koordination (132–133). Um die Kooperation effektiver zu gestalten, existieren dafür auf der Ebene der EU eigene Institutionen (besonders Europol, Eurojust und OLAF, und – zukünftig – die Europäische Staatsanwaltschaft). *Vogel* nennt als drittes Element die Harmonisierung (133–35). Sie sei allerdings nur möglich, wenn gewisse Kriterien erfüllt wären. Konkret nennt er dafür eine transnationale Dimension, die Schwere der Verbrechen, ob unionseigene Interesse betroffen sind oder eine Annexkompetenz besteht. Und schließlich als vierte Form die Zentralisierung und Vereinheitlichung, wofür *Vogel* aber nur zur Bekämpfung von Straftaten zulasten der finanziellen Interessen der Union Bedarf sieht (135).

<sup>38</sup> *Vogel*, Maastricht Journal of European and Comparative Law 2005, 125 (135 f.).

<sup>39</sup> Vgl. zu den Elementen *Vogel*, Maastricht Journal of European and Comparative Law 2005, 125 (137 f.). Spezifisch für diesen Teil ließe sich *Vogels* Ansatz auch als verfassungstheoretisch einordnen. Da aber erstens die theoretische Herleitung der vier Merkmale nicht im Vordergrund der Publikation steht und zweitens *Vogel* im Weiteren davon ausgeht, dass die Strafverfassung im Primärrecht der Union angelegt sein soll, scheint es sinnvoll, ihn der ersten Kategorie primärrechtspositiver Ansätze zuzuordnen.

<sup>40</sup> *Vogel* zählt dazu den Grundsatz „nulla poena sine lege“, „ne bis in idem“ und das Recht auf rechtliches Gehör. Für die effektive Garantie dieser Rechte muss es Rechtsmittel und ein Gericht geben.

für die Gesetzgebung bilde die demokratische Zurechenbarkeit eine entscheidende Voraussetzung. Und *viertens* sähe sie Institutionen vor, die für die Strafrechtspflege zuständig seien.

Nach *Vogels* Verständnis stellt bereits das Primärrecht in der Fassung des Vertrages von Nizza *inhaltlich* eine (Strafrechts-)Verfassung dar.<sup>41</sup> Dieser attestiert er allerdings hinsichtlich aller vier identifizierten Bestandteile signifikante Defizite.<sup>42</sup> Positiv hingegen beurteilt *Vogel* den Entwurf zum Verfassungsvertrag für die EU. Gerade die darin anvisierte Abschaffung der Säulenstruktur und die Inklusion eines verbindlichen Grundrecht katalogs sind zwei Elemente, die die Strafrechtsverfassung aus *Vogels* Sicht wesentlich stärken.<sup>43</sup> Durch diese beiden Neuerungen bedingt, sieht *Vogel* im Verfassungsentwurf einen weit entwickelten Grundrechtsschutz, eine klare Kompetenzverteilung sowie, durch das nun prinzipiell anwendbare ordentliche Gesetzgebungsverfahren und die explizite Verankerung der Institutionen im Verfassungstext, auch in verfahrenstechnischer und institutioneller Hinsicht eine zufriedenstellende Lösung.<sup>44</sup>

b) *Burchard (2017, 2019)*

Ebenfalls als primärrechtsorientiert lässt sich *Christoph Burchards* Zugang zu einem europäischen Strafrechtsverfassungsrecht beschreiben. So bezeichnet *Burchard* in einem Aufsatz aus 2017 explizit das „strafrechtsspezifische Unionsprimärrecht (insb. die Art. 82 ff. AEUV sowie Art. 47 ff. EuGRC) als EU-Strafrechtsverfassungsrecht“.<sup>45</sup> Ein ähnliches Verständnis liegt auch *Burchards* Habilitationsschrift zugrunde.<sup>46</sup> Im Zentrum seiner Untersuchung steht mit Art. 82 Abs. 1 UA 2 lit. a

---

<sup>41</sup> „[T]here can hardly be any doubt that the present primary treaty law – EU- and EC-Treaty – amounts to a substantive constitution for the European Community and Union“, siehe *Vogel*, *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 2005, 125 (139).

<sup>42</sup> Als Hauptproblem sah er die Säulenstruktur, die zunächst schon Schwierigkeiten bereitete, den relevanten verfassungsrechtlichen Rahmen überhaupt zu identifizieren (139). Weiter bemängelte er, dass Grundrechte nicht Teil des Vertrages sind und auch demokratische Legitimation und justizieller Rechtsschutz erhebliche Lücken aufwiesen (140 f.). Auch die Kompetenzen waren ihm zufolge unklar bestimmt (141 f.). Zuletzt wiesen die Regelungen zu Verfahren (Aufteilung nach Handlungsformen) und Institutionen (OLAF nicht primärrechtlich angelegt) Defizite auf (141 f.), vgl. insgesamt *Vogel*, *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 2005, 125 (139 ff.).

<sup>43</sup> *Vogel*, *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 2005, 125 (143).

<sup>44</sup> Dazu *Vogel*, *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 2005, 125 (144–147).

<sup>45</sup> *Burchard*, *Zeitschrift für rechtswissenschaftliche Forschung* 2017, 277 (305 [Fn. 138]).

<sup>46</sup> *Burchard*, Die Konstitutionalisierung der gegenseitigen Anerkennung; auch wenn die Arbeit erst 2019 erschienen ist, kann im Verhältnis zu den bereits thematisierten Beiträgen (insb. *Burchard*, in: Tiedemann/Sieber/Satzger/Burchard/Brodowski, Die Verfassung moderner Strafrechtspflege – Erinnerung an Joachim Vogel, S. 27; *Burchard*, *Zeitschrift für rechtswissenschaftliche Forschung* 2017, 277, siehe *Zweiter Teil*, A., II., 2.) nicht von einer zeitlich nachgelagerten Fortentwicklung seiner Gedanken gesprochen werden, da die Habilitationsschrift bereits Ende 2014 fertiggestellt und in ihrem ursprünglichen Zustand publiziert

AEUV eine Norm des Primärrechts. *Burchard* verfolgt das Ziel, für den darin geregelten Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung strafverfassungsrechtliche Anforderungen zu definieren, die sich aus dem Unionsprimärrecht ergeben.<sup>47</sup> Auch insoweit bezeichnet *Burchard* das Primärrecht der EU (konkret in der Fassung vom Lissabon-Vertrag) als das „funktionale Verfassungsrecht der Europäischen Union“.<sup>48</sup> Im Vergleich zu *Vogel*, bei dem die Frage im Fokus stand, inwiefern die Bestimmungen des Primärrechts *insgesamt* die Anforderungen als Strafverfassung erfüllen,<sup>49</sup> geht *Burchard* in seiner Untersuchung mehr ins Detail. Der von ihm geforderte verfassungsrechtliche Ansatz strebt durch eine wissenschaftliche Auseinandersetzung mit dem Primärrecht der Art. 82 ff. AEUV und darauf aufbauender Sekundärrechtsakte eine schärfere Konturierung des „im Entstehen begriffenen EU-Strafverfassungsrechts der Europäischen Union“ an.<sup>50</sup>

Seine Herangehensweise beschreibt *Burchard* im Kern als „dogmatisch“, d. h. es geht ihm um die Auslegung und Ordnung des geltenden Primärrechts.<sup>51</sup> Einleitend betont er, dass der Begriff der Dogmatik voraussetzungsvoll und umstritten sei, weswegen er sein eigenes Verständnis präzisiert. Zusammengefasst versteht er Dogmatik als einen Prozess, Sinn und Bedeutung des geltenden Rechts zu erschließen, wofür bestehende Wissensbestände (insb. aus der Recht-

---

wurde, vgl. *Burchard*, Die Konstitutionalisierung der gegenseitigen Anerkennung, Vorwort des Autors.

<sup>47</sup> *Burchard*, Die Konstitutionalisierung der gegenseitigen Anerkennung, S. 4 ff. *Burchard* entwickelt im dritten Teil seiner Arbeit eine „Theorie der beschränkt-beschränkten gegenseitigen Anerkennung“ (29), vgl. ausführlich Kapitel 7–9. Grob lassen sich seine Gedanken in drei Punkten zusammenfassen: Erstens. Ein Schlüsselbegriff für *Burchard* ist der der „Garantieverantwortung“. Sie unterteilt sich in eine grundrechtliche (dazu Kapitel 7) und eine mitgliedstaatlich-identitätswahrende (dazu Kapitel 9 C.) Komponente. Die Garantieverantwortung bezeichnet die Verantwortung dafür, dass die Anerkennung als Akt öffentlicher Gewalt weder Grundrechte noch die Identität der Mitgliedsstaaten verletzt. Sie liegt grundsätzlich bei der EU, die ein System für die gegenseitige Anerkennung entwerfen muss, das den Anforderungen Rechnung trägt. Zweitens. Aus dem Prinzip der gegenseitigen Anerkennung folgt keine rechtsprinzipielle, primärrechtliche angelegte Pflicht, strafrechtliche Entscheidungen anderer Mitgliedsstaaten automatisch anzuerkennen. Es existiert also kein zwingendes Gebot einer unbeschränkten Anerkennung (dazu Kapitel 8). Drittens. Für den Akt der Anerkennung als sekundärrechtlich gebotene Umsetzung des Unionsrechts bestehen allgemeine unionsverfassungsrechtliche Anforderungen (insb. Grundrechte zu wahren). Der *Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts* kann aber auch nicht funktionieren, wenn Mitgliedsstaaten die Anerkennung aus beliebigen Gründen verweigern könnten. Die Beschränkung der gegenseitigen Anerkennung darf daher selbst nicht unbeschränkt sein. Erforderlich ist es, Anerkennungsschranken unionsverfassungsrechtlich zu definieren (dazu Kapitel 9).

<sup>48</sup> *Burchard*, in: Tiedemann/Sieber/Satzger/Burchard/Brodowski, Die Verfassung moderner Strafrechtspflege – Erinnerung an Joachim Vogel, S. 27 (3, 9 ff.).

<sup>49</sup> Das beurteilt er sowohl für die Fassung von Nizza als auch für den Entwurf zum Verfassungsvertrag (s. o.).

<sup>50</sup> *Burchard*, Die Konstitutionalisierung der gegenseitigen Anerkennung, S. 4.

<sup>51</sup> Vgl. auch zum Folgenden *Burchard*, Die Konstitutionalisierung der gegenseitigen Anerkennung, S. 33 (Fn. 1).

sprechung und Forschung) systematisiert und analysiert werden. *Burchard* erkennt an, dass in diesen Prozess subjektive Elemente hineinspielen können.<sup>52</sup> Sofern sie aber an anerkannte Legitimationsmaßstäbe anknüpfen und diese transparent machen, können die subjektiven Einschätzungen intersubjektiv anschlussfähig werden. Ein „gutes“ dogmatisches Arbeiten zeichne sich dadurch aus, dass die Schlüsse intersubjektiv vermittelbar sind. Letzteres zeige sich darin, ob sie in der Wissenschaft, Praxis und Politik akzeptiert würden.<sup>53</sup>

Um dem definierten Legitimationserfordernis Rechnung zu tragen, spezifiziert *Burchard* welche Methoden er bei der Auslegung des Primärrechts verwendet. Er kombiniert hier drei Zugänge, um zu große „blinde Flecken“ zu verhindern, die bei einer isolierten Anwendung der Methoden drohen würde.<sup>54</sup> In erster Linie verfolgt *Burchard* einen „unionsverfassungsrechtsprinzipiellen“<sup>55</sup> Zugang, den er durch funktional rechtsvergleichende<sup>56</sup> und kriminalpolitikwissenschaftliche<sup>57</sup> ergänzt. Der unionsverfassungsrechtsprinzipielle Ansatz lässt sich in drei Aspekte aufschlüsseln. *Burchard* geht von einem bestimmten Verständnis von Konstitutionalisierung aus, das seinen Schwerpunkt auf *Herrschaftsformung* legt.<sup>58</sup> Im Zentrum steht für *Burchard* weniger die „Demokratisierung der Rechtszeugung“ als die „Verrechtlichung der politischen Herrschaftsausübung“.<sup>59</sup>

---

<sup>52</sup> *Burchards* Formulierung suggeriert, dass er das für den Ausnahmefall hält („die eigenen Einschätzungen des ‚Dogmatikers‘ [dürften] allemal bei un- oder unterbestimmtem Recht zum Tragen kommen), vgl. *Burchard*, Die Konstitutionalisierung der gegenseitigen Anerkennung, S. 33 (Fn. 70). Inwiefern diese Einschätzung zutrifft, hängt davon ab, ab wann und durch was man Recht für ausreichend bestimmt hält. Gerade im Verfassungsrecht sind offene, interpretationsbedürftige Normen eher die Regel als die Ausnahme. Zwar sind sie oft durch gerichtliche Interpretationen (feststehende dogmatische Figuren) näher bestimmt. Der gerichtlichen Interpretation kann aber nicht allgemein zugesprochen werden, selbst Gesetzeskraft zu entfalten.

<sup>53</sup> *Burchard*, Die Konstitutionalisierung der gegenseitigen Anerkennung, S. 33–34.

<sup>54</sup> *Burchard*, Die Konstitutionalisierung der gegenseitigen Anerkennung, S. 34.

<sup>55</sup> *Burchard*, Die Konstitutionalisierung der gegenseitigen Anerkennung, S. 34–52.

<sup>56</sup> Er vergleicht die gegenseitige Anerkennung im Strafrecht mit Instrumenten gegenseitiger Anerkennung in anderen Rechtsbereichen (wie dem Binnenmarkt). Als *tertium comparationis* identifiziert *Burchard* Relationskonflikte vgl. *Burchard*, Die Konstitutionalisierung der gegenseitigen Anerkennung, S. 52–62.

<sup>57</sup> Die kriminalpolitikwissenschaftliche Erschließung dient *Burchard* zur besseren Beschreibung und zur Erklärung der gegenseitigen Anerkennung und somit zur „Verstärkung der juristischen Dogmatik“ (64). *Burchard* geht dabei von einem handlungstheoretischen Grundverständnis europäischer Kriminalpolitik aus, das Akteure und ihre Interessen in ihr Zentrum nimmt, vgl. *Burchard*, Die Konstitutionalisierung der gegenseitigen Anerkennung, S. 62–65.

<sup>58</sup> *Burchard*, Die Konstitutionalisierung der gegenseitigen Anerkennung, S. 35–38. Er knüpft damit an eine in der Verfassungsrechtswissenschaft existente Differenzierung zwischen zwei Verfassungstraditionen an, wovon eine herrschaftsbegründend und die andere als herrschaftsformend bezeichnet wird, vgl. *Möllers*, in: von Bogdandy/Bast, Europäisches Verfassungsrecht: Theoretische und dogmatische Grundzüge, S. 227 (229 ff.); mit weiteren Nachweisen in Fn. 9 (229).

<sup>59</sup> Vgl. *Burchard*, Die Konstitutionalisierung der gegenseitigen Anerkennung, S. 36–38,

Diese Verrechtlichung treibt er, zweitens, primär durch einen (verfassungs-)prinzipienbasierten Ansatz voran.<sup>60</sup> An *Armin von Bogdandy* anschließend versteht er unter Prinzipien des Unionsverfassungsrechts primärrechtliche Normen, „die eine normativ formende Funktion für das Ganze der Unionsrechtsordnung haben und [die,] die wesentlichen ordnenden und limitierenden und damit mutatis mutandis auch legitimierenden Grundlagen festlegen.“<sup>61</sup> Aus diesen beiden Aspekten folgt der dritte. In *Burchards* verfassungsrechtlichem Ansatz spielt Demokratie, u. a. verkörpert in der herrschaftsbegründenden Verfassungstradition, eine nur untergeordnete Rolle. Er versucht das Zurückstellen des Demokratieprinzips durch die „Stärkung rechtsstaatlicher, grundrechtlicher und föderaler Elemente“ zu kompensieren.<sup>62</sup> *Burchard* verfolgt somit eine rechtsinterne Binnenkonstitutionalisierung, die das Primärrecht der EU durch Prinzipienbildung ordnen und systematisieren will. Dabei können außerhalb des Rechts liegende Erkenntnisse in Form von Argumenten zur Auslegung des geltenden Rechts einbezogen werden, deren Verbindlichkeit sich letztlich danach beurteilt, ob sie intersubjektiv überzeugen und Anschluss finden.<sup>63</sup> *Burchard* geht es im Kern um eine eigene, dogmatische Auslegung des Primärrechts.

---

der *Möllers*, in: von Bogdandy/Bast, *Europäisches Verfassungsrecht: Theoretische und dogmatische Grundzüge*, S. 227 (265) wörtlich zitiert (36).

<sup>60</sup> *Burchard*, *Die Konstitutionalisierung der gegenseitigen Anerkennung*, S. 38–40.

<sup>61</sup> *Burchard*, *Die Konstitutionalisierung der gegenseitigen Anerkennung*, S. 39; mit Verweis auf *von Bogdandy*, in: von Bogdandy/Bast, *Europäisches Verfassungsrecht: Theoretische und dogmatische Grundzüge*, S. 13 (27); allerdings mit dem Unterschied, dass bei *von Bogdandy* der Aspekt der Herrschaftsbegründung eine wichtigere Stellung zukommt. *Burchard* betont zwar einerseits, dass Prinzipien flexibel, also konkretisierungsfähig und -bedürftig seien, wirbt aber andererseits auch dafür, Ideale festzulegen, um bei der Konkretisierung (und ggf. notwendigen Abwägungen) eine klare Zielvorgabe vor Augen zu haben (39). Er weist zudem daraufhin, dass Prinzipien in die juristische Argumentationslehre strahlen, insbesondere indem sie Begründungslasten verteilen (40).

<sup>62</sup> Vgl. dazu *Burchard*, *Die Konstitutionalisierung der gegenseitigen Anerkennung*, S. 40–47. Zur Begründung führt er an, dass dem Strafrecht – entgegen häufiger vertretener Meinung – keine demokratieprinzipielle Sonderrolle zukäme (41–43). Zudem möchte er der „Aporie der europäischen Demokratiedebatte“ einen „pragmatische[n] Ausweg“ weisen (43–47).

<sup>63</sup> *Burchards* Ansatz lässt sich mit Blick auf die angedeutete Differenzierung (vgl. Fn. 19) auch insoweit näher spezifizieren, als dass er nicht (streng) EuGH-positivistisch, sondern primärrechtspositivistisch vorgeht. Er setzt sich zwar mit Urteilen des EuGH auseinander, setzt diese aber nicht absolut, sondern kritisiert sie bei Bedarf auch: „Das Unionsrecht wird also gerade nicht sklavisch mit der Rechtsprechung des EuGH gleichgestellt [...]“, siehe *Burchard*, *Die Konstitutionalisierung der gegenseitigen Anerkennung*, S. 23. *Burchard* sieht es insb. kritisch, wenn der EuGH nicht hinreichend auf die nationalen Verfassungen oder die EMRK Rücksicht nimmt. So kritisiert er, dass der EuGH in vielen Urteilen die gegenseitige Anerkennung für grundsätzlich unbeschränkt hält (7). Ein weiteres Beispiel für Kritik am EuGH ist, dass der Gerichtshof in seinen Urteilen seine Rechtsauslegung dadurch zu verstärken versucht, dass er einen (nicht vorhandenen) Prinzipiencharakter proklamiert und damit Argumentationslasten (ungebührend) verteilt (40).

c) *Brodowski (2022)*

Mit strafverfassungsrechtlichem Denken im Mehrebenensystem der EU setzt sich auch *Dominik Brodowski* in einem Beitrag aus 2022 auseinander.<sup>64</sup> Für *Brodowski* ist Strafverfassungsrecht nicht auf nationales Verfassungsrecht begrenzt, sondern kann auch aus anderen Rechtsordnungen resultieren. Als Strafverfassungsrecht gilt für ihn zunächst jedes Recht, das „dem ‚einfachen‘ Strafrecht in seiner Entwicklung und seiner Anwendung (Rahmen-)Vorgaben setzt.“<sup>65</sup> Auf die europäische Rechtsordnung bezogen folgt daraus, dass neben dem europäischen Primärrecht (AEUV, EUV und Grundrechtecharta) auch das europäische Sekundärrecht als Strafverfassungsrecht zu betrachten sei, da es den nationalen Strafgesetzgeber rechtlich verpflichte.<sup>66</sup> Grundsätzlich kommen daneben auch völkerrechtliche Vorgaben als Strafverfassungsrecht in Betracht. *Brodowski* zufolge muss allerdings unterschieden werden, inwieweit das Völkerrecht den nationalen Strafgesetzgeber zwingend binde und inwiefern man von einem für Strafverfassungsrecht charakteristischen Über-Unterordnungsverhältnis sprechen könne.<sup>67</sup> Während beim Großteil völkerrechtlicher Übereinkünfte aufgrund der einseitigen Kündigungsmöglichkeit des nationalen Gesetzgebers („treaty override“) keine zwingende rechtliche Bindung existiere, stelle die EMRK einen Sonderfall dar.<sup>68</sup> Zwar sei auch die EMRK im Ausgangspunkt völkervertraglich begründet; die Möglichkeiten zur Lösung von den Garantien sind für den nationalen Gesetzgeber aber stark eingeschränkt.<sup>69</sup> Daraus ergibt sich für *Brodowski*, dass neben dem EU-Primär- und Sekundärrecht auch die EMRK einen integralen Bestandteil eines europäischen Strafverfassungsrechts darstelle.<sup>70</sup> *Brodowski* geht damit insgesamt von einem positivistischen Verständnis aus, das allerdings durch die Einbeziehung von Sekundärrecht und der EMRK in zwei Richtungen geweitet ist.

---

<sup>64</sup> *Brodowski*, in: Bäcker/Burchard, Strafverfassungsrecht, S. 139.

<sup>65</sup> *Brodowski*, in: Bäcker/Burchard, Strafverfassungsrecht, S. 139 (140).

<sup>66</sup> *Brodowski*, in: Bäcker/Burchard, Strafverfassungsrecht, S. 139 (140); siehe dazu auch *Brodowski*, Die Evolution des Strafrechts, S. 118 ff. Auch wenn *Brodowski* anerkennt, dass die Bezeichnung des Sekundärrechts als Strafverfassungsrechtsrecht begrifflich nicht leichtfällt, da sich das Sekundärrecht vom Unionsverfassungsrecht (dem Primärrecht) unterscheidet, kommt es ihm entscheidend auf die rechtliche Bindungswirkung für den nationalen Strafgesetzgeber an (118). *Brodowski* differenziert zwischen unterschiedlich starker Prädetermination des nationalen Strafrechts durch sekundärrechtliche Vorgaben (stark im Strafanwendungsrecht und der Vermögensabschöpfung; weniger stark im Allgemeinen Teil).

<sup>67</sup> *Brodowski*, in: Bäcker/Burchard, Strafverfassungsrecht, S. 139 (145).

<sup>68</sup> Vgl. *Brodowski*, in: Bäcker/Burchard, Strafverfassungsrecht, S. 139 (141–145).

<sup>69</sup> Zu den Gründen *Brodowski*, in: Bäcker/Burchard, Strafverfassungsrecht, S. 139 (144 f.).

<sup>70</sup> *Brodowski*, in: Bäcker/Burchard, Strafverfassungsrecht, S. 139 (145 f.).

d) *Öberg* (2017)

Einen am Primärrecht ausgerichteten verfassungsrechtlichen Ansatz zum EU-Strafrecht verfolgt auch *Jacob Öberg*.<sup>71</sup> In seiner monografischen Untersuchung „Limits to EU Powers“ geht es *Öberg* darum, Ausübungsschranken für EU-Kompetenzen herzuleiten, was er anhand der (lange Zeit umstrittenen) Kompetenz der EU, strafrechtliche Sanktionen zu erlassen, ausführt.<sup>72</sup> Eine wesentliche Bedeutung komme der Auslegung der unionsverfassungsrechtlichen Prinzipien der begrenzten Einzelermächtigung, der Subsidiarität und der Verhältnismäßigkeit aus Art. 5 EUV im Allgemeinen sowie Art. 83 Abs. 2 AEUV im Speziellen zu.<sup>73</sup> *Öberg* kritisiert, dass die bisherige Kompetenzausübungsschranken weder justiziell noch politisch ausreichend berücksichtigt werden und versucht daher Kriterien zu gewinnen, die eine engmaschigere *rechtliche* Kontrolle des Unionsgesetzgebers ermöglichen.<sup>74</sup> Institutionell befürwortet er dafür eine stärkere Rolle der EU-Judikative bei der Überprüfung der Kompetenzschranken, für die er konkret eine Form des „strict procedural review“ entwickelt.<sup>75</sup>

Auch in weiteren Publikationen befasst sich *Öberg* mit der Interpretation primärrechtlicher Normen, die Kompetenzen im Straf- und dabei speziell Strafprozessrecht regeln.<sup>76</sup> Dabei zieht sich insgesamt das Argument für eine stärkere justizielle Kontrolle von Kompetenzausübungsschranken durch. So plädiert *Öberg* auch mit Bezug auf Art. 82 Abs. 2 AEUV (unter besonderer Berücksichtigung des Subsidiaritätsprinzips) für ein enges Kompetenzverständnis: Harmonisierung im Strafprozessrecht sei danach nur zulässig, wenn der Unionsgesetzgeber darlegen könne, damit ein legitimes Ziel im Sinne des Art. 82 Abs. 2 AEUV zu verfolgen.<sup>77</sup> Zusätzlich müsse der EU-Gesetzgeber substantiiert darlegen, dass dieses Ziel nicht allein auf Ebene der Mitgliedsstaaten erreichbar sei (dafür müsse ein Marktversagen vorliegen) und dass die EU es besser lösen könne.<sup>78</sup> *Öbergs* Ansatz lässt sich übergreifend als primärrechtspositivistisch be-

<sup>71</sup> *Öberg*, Limits to EU Powers.

<sup>72</sup> *Öberg*, Limits to EU Powers.

<sup>73</sup> *Öberg*, Limits to EU Powers; zu den ersten vgl. Kapitel 2, zu Art. 83 Abs. 2 vgl. Kapitel 4, Abschnitt 3.

<sup>74</sup> *Öberg*, Limits to EU Powers, Einführung, II. und III.

<sup>75</sup> Siehe dazu *Öberg*, Limits to EU Powers, Part I, besonders Kapitel 3 und 4. Ebenfalls dazu mit Verweisen auf das EU-Strafrecht *Öberg*, European Constitutional Law Review 2017, 248 (255 ff.).

<sup>76</sup> *Öberg*, in: Ouwerkerk/Altena/Öberg/Miettinen, The Future of EU Criminal Justice Policy and Practice, S. 225; *Öberg*, ECLR 2015, 19; *Öberg*, European Constitutional Law Review 2020, 33; *Harding/Öberg*, Maastricht Journal of European and Comparative Law 2021, 192.

<sup>77</sup> Erforderlich ist dafür, dass es die gegenseitige Anerkennung erleichtert und eine grenzüberschreitende Dimension hat. Die Etablierung eines übergreifenden, EU-weiten Ideals von Fairness im Strafverfahren wäre daher kein legitimes Ziel, *Öberg*, ECLR 2015, 19 (40 ff.); zur restriktiven Auslegung von Art. 82 Abs. 2 AEUV siehe auch *Öberg*, European Constitutional Law Review 2020, 33 (38 ff.).

<sup>78</sup> Entsprechend dieser Kriterien befindet *Öberg*, dass die EU-Richtlinien zum Opfer-

zeichnen. Ihm geht es darum, eine Auslegung des Primärrechts vorzuschlagen, die von der tatsächlichen Praxis des EuGH aber abweicht.

e) *Herlin-Karnell (2014, 2012)*

Primärrechtsorientiert ist auch ein Beitrag von *Ester Herlin-Karnell* aus 2014 mit dem Titel „Constitutional Principles in the EU Area of Freedom, Security and Justice“.<sup>79</sup> *Herlin-Karnell* erkundet darin, welche verfassungsrechtlichen Prinzipien den *Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts* formen und ob sich diese Prinzipien von den allgemeinen unionsverfassungsrechtlichen Prinzipien unterscheiden. Das für sie grundlegende Prinzip, auf dem alle anderen verfassungsrechtlichen Prinzipien aufbauen, ist die Rechtsstaatlichkeit („rule of law“) aus Art. 2 EUV sowie die damit eng verknüpften Prinzipien der begrenzten Einzelmächtigung und der Legalität.<sup>80</sup> *Herlin-Karnell* diskutiert auch das Prinzip des gegenseitigen Vertrauens, das ihr zufolge nach zwar eine eminente Funktion bei der Herstellung des *Raums der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts* hat, da es eine unabdingbare Voraussetzung für die Instrumente der gegenseitigen Anerkennung (primärrechtlich verankert in Art. 67 Abs. 3 und Art. 82 Abs. 1 AEUV) darstelle.<sup>81</sup> Gegenseitiges Vertrauen sei aber mit dem Problem behaftet, vage und schwer feststellbar zu sein, weswegen es sich als eigenständiges verfassungsrechtliches Prinzip nicht (ideal) eigne. *Herlin-Karnell* thematisiert darüber hinaus die Prinzipien der Effektivität, der Verhältnismäßigkeit sowie der Subsidiarität.<sup>82</sup>

Eine nicht leicht einzuordnende Studie ist schließlich *Herlin-Karnells* „The Constitutional Dimension of European Criminal Law“ (2012).<sup>83</sup> Im Zentrum ihrer Analyse steht das Prinzip der Effektivität. *Herlin-Karnell* hinterfragt dessen Eignung als Verfassungsprinzip für die Integration des Strafrechts. Dabei geht sie detailliert auf die rechtlichen Normen und das Verständnis des EuGH von Effektivität (speziell in C-176/03 *Kommission v. Rat*) ein.<sup>84</sup> *Herlin-Karnells* Ansatz erschöpft sich aber nicht darin, auf der Basis des geltenden Rechts zu argumentieren. Ihr Ziel ist es, einen generellen theoretischen Rahmen zu konzipieren, der

---

schutz oder zur Unschuldsvermutung den Kriterien nicht standhalten, vgl. *Öberg*, *European Constitutional Law Review* 2020, 33 (47–52); *Öberg*, *ECLR* 2015, 19 (33 ff.).

<sup>79</sup> *Herlin-Karnell*, in: *Arcazazo/Murphy*, *EU Security and Justice Law: After Lisbon and Stockholm*, S. 38.

<sup>80</sup> *Herlin-Karnell*, in: *Arcazazo/Murphy*, *EU Security and Justice Law: After Lisbon and Stockholm*, S. 38 (40 f.).

<sup>81</sup> Vgl. *Herlin-Karnell*, in: *Arcazazo/Murphy*, *EU Security and Justice Law: After Lisbon and Stockholm*, S. 38 (41 f.).

<sup>82</sup> *Herlin-Karnell*, in: *Arcazazo/Murphy*, *EU Security and Justice Law: After Lisbon and Stockholm*, S. 38 (44 ff.). Gerade beim Prinzip der Effektivität sieht sie Gefahren, die aus dem konkreten Verständnis der EuGH resultieren. Nichtsdestotrotz vermutet sie, dass das Prinzip auch zukünftig eine wesentliche Rolle spielen wird.

<sup>83</sup> *Herlin-Karnell*, *The Constitutional Dimension of European Criminal Law*.

<sup>84</sup> *Herlin-Karnell*, *The Constitutional Dimension of European Criminal Law*, Kapitel 4.



eine Analyse von „Effektivität“ im EU-Strafrecht ermöglicht.<sup>85</sup> Diese theoretische Anknüpfung erlaubt es *Herlin-Karnell*, auch das Primärrecht selbst (konkret die Neuerungen, die der Vertrag von Lissabon einführt) näher zu analysieren, ohne dabei einen Zirkelschluss zu begehen.<sup>86</sup> Ihre Analyse mündet in dem Fazit, dass das Prinzip der Effektivität allein nicht für die Entwicklung des EU-Strafrechts ausreicht.<sup>87</sup> *Herlin-Karnell* hebt daher zum Schluss den Bedarf für eine normative Diskussion zur Frage hervor, welche Art von Strafrecht in Europa gewollt sei.<sup>88</sup>

## 2. Verfassungstheoretische Anknüpfung

EU-Strafverfassungsrecht aus der Verfassungstheorie heraus zu entwickeln, wurde bisher noch wenig verfolgt. Einige Ansätze lassen sich aber erkennen.

### a) Europäischer (Straf-) Verfassungsverbund

Das Konzept des *Europäischen Verfassungsverbundes* hat bereits im Zusammenhang von EU-strafverfassungsrechtlichen Ansätzen Erwähnung gefunden. *Burchard*, der generell die europäische Offenheit des Strafverfassungsrechts betont,<sup>89</sup> befasst sich auch mit dem Verhältnis der verschiedenen Strafverfassungsrechte in Europa. Er favorisiert diesbezüglich das Modell eines „Strafverfassungsverbund[es]“, in dem die „konkurrierenden in extremo auch konfligierenden Strafverfassungsrechte (im und jenseits des Staates) [nicht] gegeneinander auszuspielen sind“.<sup>90</sup> Der Verbund stehe dafür, dass die an sich selbstständigen Strafver-

<sup>85</sup> *Herlin-Karnell*, *The Constitutional Dimension of European Criminal Law*, S. 4, im Detail Kapitel 4, II.

<sup>86</sup> Das Risiko eines Zirkelschlusses bestünde, wenn sie Primärrecht am Maßstab des Primärrechts selbst bewerten würde. Siehe für die Analyse *Herlin-Karnell*, *The Constitutional Dimension of European Criminal Law*, Kapitel 7. Sie geht dabei insb. auf das „Notbremse“-Verfahren, die sich andeutende Differenzierung zwischen einem allgemeinen und einem besonderen Teil des Strafrechts im AEUV, die Rolle des EuGH sowie die Unionsbürgerschaft ein.

<sup>87</sup> Das liegt ihr zufolge in erster Linie daran, dass Effektivität mehrere Facetten hat. Effektivität kann sowohl als Mechanismus zur Durchsetzung von EU-Politikzielen verstanden werden, als auch in einer verfassungsrechtlichen Dimension die Funktion erfüllen, Kompetenzen zwischen der EU und den Mitgliedsstaaten zu verteilen (dazu Kapitel 3 und 4). Hinsichtlich letzterem bietet Effektivität (zumindest wie es vom EuGH insbesondere in C-176/03 *Kommission v. Rat* interpretiert wird) *Herlin-Karnell* zufolge wenig Trennschärfe. Auch stellt ein zu stark auf Effektivität ausgerichteter Ansatz fundamentale Unionsgrundsätze wie das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung infrage. Für das Strafrecht ist das aufgrund der untrennbaren Verbindung mit dem Legalitätsprinzip ein besonderes Problem.

<sup>88</sup> *Herlin-Karnell*, *The Constitutional Dimension of European Criminal Law*, S. 238–239.

<sup>89</sup> Sie folgt aus einem funktionalen Verfassungsverständnis, vgl. *Burchard*, in: *Tiedemann/Sieber/Satzger/Burchard/Brodowski*, *Die Verfassung moderner Strafrechtspflege – Erinnerung an Joachim Vogel*, S. 27 (34 ff.); siehe dazu auch bereits *Zweiter Teil*, A., II., 2., b), aa), (3).

<sup>90</sup> *Burchard*, in: *Tiedemann/Sieber/Satzger/Burchard/Brodowski*, *Die Verfassung moderner Strafrechtspflege – Erinnerung an Joachim Vogel*, S. 27 (36).

fassungsrechte miteinander verschränkt und verbunden seien, sich füreinander öffnen und wechselseitig durchdringen.<sup>91</sup> Zur Ordnung des Verhältnisses plädiert *Burchard* dafür, theoretische Ansätze zum konstitutionellen Rechtspluralismus zu nutzen, die darin bestehen, Vorrangverhältnisse nicht letztverbindlich zu klären, sondern durch Dialog und ein gegenseitiges aufeinander Zubewegen zu lösen.<sup>92</sup>

Der Verbundgedanke findet auch in *Burchards* Habilitation Erwähnung.<sup>93</sup> Obwohl es *Burchard* primär um die unionsrechtsinterne „Binnenkonstitutionalisierung“, also die Einhegung der gegenseitigen Anerkennung in das Unionsverfassungsrecht, geht,<sup>94</sup> stellt sich für ihn auch die Frage des Verhältnisses zwischen Unionsverfassungsrecht, der EMRK und den nationalen Verfassungsordnungen, die jeweils eigene „Strafverfassungsrechte“ haben. Der europäische Verfassungsverbund bildet für *Burchard* einen Bezugspunkt, um die gegenseitige Anerkennung über die Binnenkonstitutionalisierung in einer „Metakonstitutionalisierung“ einzubetten.<sup>95</sup> Dabei versteht *Burchard* den europäischen Verfassungsverbund allerdings ausdrücklich nur als „Metapher“, der eine Kommunikation zum komplexen Phänomen sich teilweise überlagernder, wechselseitig aufeinander beziehender und sich durchdringender Verfassungsordnungen auf dem europäischen Territorium ermöglichen solle.<sup>96</sup>

Zusammenfassend lässt sich sagen, dass der Verbundgedanke bereits im Zusammenhang mit Ansätzen zu einem europäischen Strafverfassungsrecht Beachtung findet, bisher aber noch kein eigener konzeptionell daran anknüpfender Vorschlag ausgearbeitet wurde.

### b) Weitere Ansätze

Ein vom *Europäischen Verfassungsverbund* gänzlich unabhängiger verfassungstheoretischer Ansatz zum EU-Strafrecht findet sich in einer jüngeren Monografie von *Herlin-Karnell* aus dem Jahr 2019.<sup>97</sup> In dieser befasst sie sich mit dem *Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts* aus der Perspektive der politi-

---

<sup>91</sup> *Burchard*, in: Tiedemann/Sieber/Satzger/Burchard/Brodowski, Die Verfassung moderner Strafrechtspflege – Erinnerung an Joachim Vogel, S. 27 (36).

<sup>92</sup> *Burchard* verweist diesbezüglich auf die Ansätze bei *Baquero Cruz, Kumm, Poiares Maduro* und *Walker*, vgl. *Burchard*, in: Tiedemann/Sieber/Satzger/Burchard/Brodowski, Die Verfassung moderner Strafrechtspflege – Erinnerung an Joachim Vogel, S. 27 (36–37 [Fn. 33]).

<sup>93</sup> *Burchard*, Die Konstitutionalisierung der gegenseitigen Anerkennung, S. 19, 51.

<sup>94</sup> *Burchard*, Die Konstitutionalisierung der gegenseitigen Anerkennung, S. 19.

<sup>95</sup> *Burchard*, Die Konstitutionalisierung der gegenseitigen Anerkennung, S. 19.

<sup>96</sup> Vgl. *Burchard*, Die Konstitutionalisierung der gegenseitigen Anerkennung, S. 19 (Fn. 70). Aus diesem Grund geht er auch explizit nicht näher auf das genaue Verständnis (z. B. von *Pernice*) ein.

<sup>97</sup> *Herlin-Karnell*, The Constitutional Structure of Europe's Area of 'Freedom, Security and Justice' and the Right to Justification.

schen Theorie und politischen Philosophie.<sup>98</sup> *Herlin-Karnell* erkundet, wie sich der *Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts*, statt wie bisher primär um Sicherheitsinteressen strukturiert zu sein, konzeptionell neu denken lasse. Im Mittelpunkt ihrer normativen Überlegungen steht dabei das Konzept von „Gerechtigkeit“ (‘justice’). Um ihr Verständnis von Gerechtigkeit näher zu spezifizieren, greift sie auf Überlegungen der politischen Theorie zurück. Speziell im Anschluss an die Arbeiten von *Rainer Forst* entwickelt sie die Konzepte von „justice as non-domination“<sup>99</sup> und dem „Recht auf Rechtfertigung“<sup>100</sup> für den EU-Kontext fort, wobei sie Letzteres mit dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz verbindet.<sup>101</sup> Ausgehend von ihren theoretischen Überlegungen nimmt sie zwei konkrete Phänomene im *Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts* näher in den Blick: die Migrationskrise und den Kampf gegen Terrorismus.<sup>102</sup>

### III. Diskussion der vorgestellten Varianten

Sowohl primärrechtliche als auch verfassungstheoretische Ansätze weisen jeweils Vor- und Nachteile auf. Nach hier vertretener Ansicht ist es weder erforderlich noch zielführend, einen der beiden Zugänge als in jedem Fall vorzugswürdig auszuweisen. EU-Strafverfassungsrecht lässt verschiedene Ausgestaltungen zu, die nicht in Konkurrenz zueinanderstehen (müssen). Ob ein primärrechtlicher oder ein verfassungstheoretischer Zugang günstiger ist und wie dieser näher ausgestaltet wird, sollte abhängig vom konkreten Untersuchungsgegenstand und Untersuchungsziel bestimmt werden. Die folgende Diskussion verfolgt vor diesem Hintergrund nicht das Ziel, die Ansätze gegeneinanderzustellen und allgemein zu hierarchisieren. Vielmehr geht es darum, durch die Auseinandersetzung

---

<sup>98</sup> *Herlin-Karnell*, The Constitutional Structure of Europe’s Area of ‘Freedom, Security and Justice’ and the Right to Justification; einige der Überlegungen sind bereits zuvor zu finden, siehe dazu *Herlin-Karnell*, in: *Herlin-Karnell/Klatt*, Constitutionalism Justified, S. 265; *Herlin-Karnell*, Transnational Legal Theory 2017, 79; *Herlin-Karnell*, Europe’s Area of Freedom, Security and Justice Through the Prism of Constitutionalism: Why the EU Needs a Grammar of Justice to Improve its Legitimacy, WZB Discussion Paper, No. SP IV-801.

<sup>99</sup> *Herlin-Karnell*, The Constitutional Structure of Europe’s Area of ‘Freedom, Security and Justice’ and the Right to Justification, insb. Kapitel 2.

<sup>100</sup> *Herlin-Karnell*, The Constitutional Structure of Europe’s Area of ‘Freedom, Security and Justice’ and the Right to Justification, insb. Kapitel 3; hier nimmt sie Anschluss an *Rainer Forst* (insb. *Forst*, Das Recht auf Rechtfertigung).

<sup>101</sup> Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit könne dazu beitragen, die teils konträren Interessen im *Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts* zum Ausgleich zu bringen, vgl. *Herlin-Karnell*, The Constitutional Structure of Europe’s Area of ‘Freedom, Security and Justice’ and the Right to Justification, vgl. Kapitel 4.

<sup>102</sup> *Herlin-Karnell*, The Constitutional Structure of Europe’s Area of ‘Freedom, Security and Justice’ and the Right to Justification, dazu Kapitel 5 und 6.

mit den Vor- und Nachteilen eine differenzierte Festlegung für den Einzelfall zu ermöglichen. Was sich daraus für das in dieser Untersuchung verfolgte Ziel, einen konzeptionellen Vorschlag zur Strafrechtsintegration insgesamt zu entwerfen, ergibt, wird im *dritten Teil* behandelt.

Der folgende Abschnitt nimmt zunächst ein primärrechtliches Verständnis (1.) und sodann eine verfassungstheoretische Anknüpfung in den Blick (2.). Die Nuancen der einzelnen Ansätze, die Autor\*innen mit Blick auf das Strafverfassungsrecht vornehmen, werden in der Diskussion an den entsprechenden Stellen berücksichtigt. Dass der Schwerpunkt der Diskussion auf dem primärrechtlichen Verständnis liegt, erklärt sich dadurch, dass der Großteil der bisherigen strafverfassungsrechtlichen Ansätze diese Richtung verfolgt.<sup>103</sup>

### 1. Primärrechtliches EU-Strafverfassungsrecht

#### a) Vorteile

Für eine Anknüpfung des Strafverfassungsrechts an das Primärrecht der EU lassen sich mindestens vier Gründe identifizieren.

##### aa) Primärrecht als (funktionales) Verfassungsäquivalent

Das Primärrecht der EU weist trotz seiner völkerrechtlichen Entstehung und seiner Bezeichnung als „Verträge“ gerade nach dem Vertrag von Lissabon viele Ähnlichkeiten zu nationalem Verfassungsrecht auf. Dies lässt eine primärrechtliche Anknüpfung naheliegend erscheinen. Formal beansprucht das Primärrecht vergleichbar zu nationalem Verfassungsrecht eine normhierarchisch höchstrangige Stellung. Sie gilt zum einen gegenüber europäischem Sekundärrecht, zum anderen aber – zumindest aus Sicht des EuGH – auch gegenüber jeglichem nationalen Recht.<sup>104</sup> Das Primärrecht ist wie nationale Verfassungen vor Änderungen besonders geschützt.<sup>105</sup> Auch materiell enthält das Primärrecht viele Bestimmungen, die zu solchen in nationalen Verfassungen äquivalent sind.<sup>106</sup> Die Ähnlichkeiten betreffen dabei nicht nur einzelne Elemente, sondern auch Funktionen, die das Primärrecht für die EU ausübt.<sup>107</sup>

<sup>103</sup> Vgl. die Darstellung unter *Zweiter Teil*, B., I., 2., a).

<sup>104</sup> Vgl. grundlegend EuGH, Urteil vom 17. Dezember 1970, C-11/70, Internationale Handelsgesellschaft, Rn. 2 ff.

<sup>105</sup> Vgl. Art. 48 EUV, der ähnlich wie in nationalen Verfassungen hohe Hürden für eine Änderung der Verträge, konkret sogar Einstimmigkeit, vorsieht.

<sup>106</sup> Dazu gehören insb. Normen, die die Werte und Ziele der EU festlegen, die ihren Aufbau und ihre Institutionen beschreiben, die die Kompetenzen und Verfahren für die Gestaltung der Politikbereiche betreffen oder die übergeordneten Grundsätze, wie insb. Grundrechte, definieren (vgl. insb. Art. 2 ff. EUV).

<sup>107</sup> Dass der EuGH schon früh beim Primärrecht von einer „Verfassungsurkunde“ sprach, vgl. EuGH, Urteil vom 23. April 1985, C-294/83, Parti écologiste Les Verts v. Europäisches Parlament, Rn. 23, hatte damit zu tun, dass nach Auffassung des EuGH keine Hoheitsgewalt

Die Ähnlichkeiten des EU-Primärrechts zu nationalem Verfassungsrecht wird von den oben aufgeführten Autor\*innen primärrechtlicher Ansätze auch spezifisch mit Blick auf das Strafverfassungsrecht hervorgehoben. So betont *Vogel*, dass die von ihm allgemein als wesentlich für ein Strafverfassungsrecht identifizierten Elemente, zu denen er Grundrechte/Grundprinzipien, eine Kompetenzordnung, prozessuale Regelungen und Institutionen zählt, sich parallel zum nationalen Kontext zunehmend auch im Primärrecht der EU finden lassen.<sup>108</sup> Auch wenn sich *Vogels* Analyse konkret auf die Verträge von Nizza bzw. den Verfassungsentwurf bezieht, lassen sich aus ihr auch für den Vertrag von Lissabon Schlüsse ziehen. Die positiven Merkmale, die er dem Verfassungsentwurf bescheinigt, wie die Auflösung der Säulenstruktur und die Einführung eines verbindlichen Grundrechtekatalogs, existieren auch im Lissabon-Vertrag.<sup>109</sup> Auch *Burchard* begründet seinen primärrechtlichen Zugang damit, dass das Primärrecht ein funktionales Verfassungsäquivalent darstelle.<sup>110</sup>

#### *bb) Hohe rechtliche Verbindlichkeit*

Das EU-Strafverfassungsrecht im positiven Primärrecht zu verankern, hat auch den Vorteil, einer hohen Verbindlichkeit, Durchsetzbarkeit und dadurch Geltung.<sup>111</sup> Ein positivistisch verstandenes EU-Strafverfassungsrecht wäre nicht nur ein abstraktes, gedankliches Konstrukt, sondern als geltendes Recht ein grundsätzlich auch justiziables Ordnungsrahmen. Er wäre sowohl für die EU-Institutionen als auch die Mitgliedsstaaten in all ihren Gewalten rechtlich bindend. Beim Erlass oder bei der Anwendung von Sekundärrechtsakten und sonstigem Handeln im Anwendungsbereich der EU müssten die handelnden Stellen die Vorgaben, die aus dem EU-Strafverfassungsrecht folgen, zwingend berücksichtigen. Ein positivistisches Verständnis schafft hierfür eine einheitliche Grundlage,

---

ungebunden sein könnte. Das Gemeinschaftsrecht müsse daher diese klassischerweise Verfassungen zugeschriebene Funktion übernehmen.

<sup>108</sup> *Vogel*, Maastricht Journal of European and Comparative Law 2005, 125 (insb. 139 ff.); vgl. die Darstellung unter *Zweiter Teil*, B., II., 1., a).

<sup>109</sup> Das lässt sich u. a. damit erklären, dass viele Teile des Verfassungsentwurfs aus 2004 trotz dessen Scheiterns übernommen worden sind. Dieser allgemeine Befund trifft auch auf das Strafrecht zu. Viele Vorschriften wurden wortgleich aus dem Entwurf übernommen. Substantiell zieht die durch die Auflösung der Säulenstruktur vorangetriebene Etablierung des Strafrechts als normalen Politikbereich der EU, für das größtenteils die allgemeinen Vorschriften, Verfahren und Prinzipien des Unionsrechts Anwendung finden, sowie die nun verbindliche GR-Charta mit spezifisch strafrechtlichen Grundrechten, eine weitere Annäherung an nationale Verfassungen nach sich.

<sup>110</sup> Vgl. *Burchard*, Die Konstitutionalisierung der gegenseitigen Anerkennung, S. 9, 35 ff. *Burchard* verweist darauf, dass die These, das Primärrecht sei das funktionale Verfassungsrecht der EU, auch in der modernen europäischen wie nationalen Verfassungsrechtstheorie vorherrsche (9).

<sup>111</sup> Vgl. zur Bedeutung dieser Eigenschaft von Recht für Demokratie bereits *Zweiter Teil*, A., I., 2., a).

die für alle Staaten rechtlich bindend ist und folglich auch durch die Kommission oder den EuGH durchgesetzt werden kann.<sup>112</sup>

*cc) Normhierarchische Ordnung*

Eine Anknüpfung des EU-Strafverfassungsrechts am positiven Primärrecht der EU verspricht zudem einen Gewinn an Kohärenz. Das Primärrecht als normhierarchisch höchstes Recht erlaubt es, das normhierarchisch darunter liegende einfache Recht auszurichten, zu ordnen und zu strukturieren. Gerade für die bisher oft unsystematische Form der Integration des Straf- und Strafverfahrensrechts scheint darin ein Gewinn zu liegen.<sup>113</sup> Die Existenz eines übergeordneten, bindenden Rechtsrahmens trägt zur Kohärenz des europäischen Strafrechts bei und weist einen Weg, potenzielle Normkonflikte einheitlich und schlüssig aufzulösen.

*dd) Förderung anschlussfähiger Diskurse*

Eine Ausrichtung am positiven Primärrecht scheint schließlich für die Funktion von Recht besonders geeignet, anschlussfähige Diskurse zu ermöglichen und zu fördern. Das gilt zunächst für demokratische Diskurse. Wie angedeutet kann Recht dazu dienen, demokratisch ausgehandelte Kompromisse festzuhalten und damit gleichzeitig einen Anknüpfungspunkt für die Entwicklung neuer zukünftiger Vorstellungen zu setzen.<sup>114</sup> Das positive Primärrecht scheint geeignet, beide Funktionen zu bedienen. Zum einen kommt in den Vorschriften des Primärrechts zum Ausdruck, was die Mitgliedsstaaten als Repräsentanten ihrer jeweiligen Staatsbürger\*innen als Basis der europäischen Zusammenarbeit vereinbart haben.<sup>115</sup> Die Wirksamkeit des Vertrags von Lissabon erforderte, dass die Mitgliedsstaaten entsprechend ihrer jeweiligen nationalen verfassungsrechtlichen Vorschriften dem Vertrag zustimmten und ihn ratifizierten. Sowohl die im Primärrecht zum Ausdruck kommenden Ziele einer gemeinschaftlichen Strafrechtspolitik als auch der dafür vereinbarte Rahmen lassen sich daher demokratisch zurückführen.

Die primärrechtliche Verankerung bietet auch die Möglichkeit, wissenschaftliche Diskurse zur Integration des Straf- und Strafverfahrensrechts zu stärken. EU-Strafverfassungsrecht in den Normen des Primärrechts anzusetzen, hat den Vorteil, einen klar sichtbaren, gemeinsamen Anknüpfungspunkt für eine gesam-

---

<sup>112</sup> Darum geht es z. B. *Öberg*, der eine stärkere justizielle Kontrolle der primärrechtlichen Kompetenznormen im Strafrecht (und ihren Ausübungsschranken) durch den EuGH befürwortet, siehe *Zweiter Teil*, B., II., 1., d).

<sup>113</sup> Vgl. zur bisherigen Integration *Erster Teil*, B., I.-III.

<sup>114</sup> Vgl. dazu *Zweiter Teil*, A. I. 2., a).

<sup>115</sup> Auch das Europäische Parlament als Vertretung der EU-Bürger\*innen stimmte dem Vertrag von Lissabon zu (20. Februar 2008). Da das Parlament aber selbst nicht Vertragspartei war und auch die Zustimmung keine rechtliche Bedeutung hatte, ist die Rückbindung *formal* nur über die Mitgliedsstaaten als Vertreter ihrer Staatsbürger\*innen gewährleistet.

teuropäische Diskussion zu bieten. Das gilt besonders für eine pan-europäische rechtswissenschaftliche Diskussion. Unabhängig von nationalen Spezifika sind das Primärrecht sowie die konkretisierenden Urteile des EuGH für alle in der EU gleich und damit besonders anschlussfähig. Das gilt auch für die Form der Inhaltsbestimmung. Die rechtliche Auslegung des Primärrechts weist potenziell eine gemeinsame europäische Methode, wie über die weitere Gestaltung der Integration gesprochen werden kann. Die rechtliche Auslegung des Primärrechts erfolgt grundsätzlich autonom und für die EU einheitlich.<sup>116</sup> Für eine gemeinsame europäische Diskussion zum Inhalt des Strafverfassungsrechts scheint dies hilfreich, da es potenziell divergierende Verständnisse in den Mitgliedsstaaten zusammenführen kann.

Die primärrechtliche Anknüpfung, die sich auf die unionsrechtliche Auslegung konzentriert, bietet schließlich auch Vorteile mit Blick auf die diskursive Verknüpfung von Rechtswissenschaft und Praxis.<sup>117</sup> So kann der oft der Rechtsdogmatik zugeschriebene Vorteil einer engen Praxisverbindung auch für das EU-Strafverfassungsrecht nützlich sein. Der gemeinsame Bezugspunkt der primärrechtlichen Normen von Praxis und Forschung vereinfacht den Transfer wissenschaftlicher Erkenntnisse in die Rechtsprechung.<sup>118</sup> So kann die rechtswissenschaftliche Forschung unter Hinzuziehung empirischer oder theoretischer Erkenntnisse und Überlegungen Interpretationsangebote für Normen unterbreiten, auf die die Rechtspraxis bei der Entscheidung konkreter Fälle zurückgreifen kann.<sup>119</sup> Ohne den gemeinsamen Bezugspunkt wäre es für die Richter\*innen schwieriger, relevante Forschungsergebnisse einzubeziehen.

---

<sup>116</sup> Die Rechtstraditionen der Mitgliedsstaaten finden dabei Berücksichtigung. Dies erklärt sich schon dadurch, dass die Unionsrechtsordnung von Menschen geprägt worden ist und noch immer geprägt wird, deren professionelle rechtliche Sozialisierung national verschieden erfolgt ist. Die Rechtstraditionen der Mitgliedsstaaten spiegelt sich daher in den Institutionen, Verfahren, Arbeitsweisen und Methoden im Umgang mit Recht wider. Es ist aber nicht eine spezifische Rechtstradition, die sich allein durchgesetzt hätte, sondern in der Summe eine eigene EU-Tradition.

<sup>117</sup> Vgl. *Waldhoff*, in: Kirchhof/Magen/Schneider, Was weiß Dogmatik?, S. 17 (27), der der Dogmatik „eine außerordentlich hohe Verständigungsfähigkeit unter Juristen“ gerade im Vergleich zu Geistes- und Sozialwissenschaften bescheinigt.

<sup>118</sup> Vgl. dazu *Hassemer*, in: Kirchhof/Magen/Schneider, Was weiß Dogmatik?, S. 3 (9).

<sup>119</sup> Für das Gelingen einer eng verzahnten Diskussion spielt das Medium des juristischen Kommentars eine wichtige Rolle. Nach positiven Normen sortiert enthalten die Kommentare wissenschaftlich fundierte Interpretationsangebote, die von der Rechtspraxis herangezogen werden. Die enge Verbindung zwischen Praxis und Wissenschaft spiegelt sich auch darin wider, dass sich die Autor\*innen oft gemischt aus Praxis und Wissenschaft zusammensetzen. Vgl. zu dieser Gattung *Kästle-Lamparter*, Welt der Kommentare, der einleitend feststellt, dass die „hohe Bedeutung von Kommentaren [...] mit einem relativen „Reflexionsdefizit“ der Rechtswissenschaft“ kontrastiert (6); kritisch dazu *Henne*, Betrifft Justiz 2006, 352; vgl. auch *Häberle*, Verfassungslehre als Kulturwissenschaft, S. 521 ff.

*b) Einschränkung der Vorteile bzw. Nachteile*

Der positive erste Eindruck eines primärrechtlichen Verständnisses zum EU-Strafverfassungsrecht muss bei näherer Betrachtung zumindest teilweise eingeschränkt werden. Der (vermeintliche) Vorteil einer hohen diskursiven Anschlussfähigkeit ist weniger eindeutig als er zunächst wirkt (dazu aa)). Zudem folgt aus den zweifelsfrei bestehenden Parallelen zwischen Primärrecht und nationalem Verfassungsrecht nicht, dass das Primärrecht vollumfänglich äquivalent zu nationalen Verfassungen wäre. Die weiterhin bestehenden Unterschiede erfordern eine differenzierte Betrachtung der Potenziale des Primärrechts als Strafverfassungsrecht zu fungieren (dazu bb)).

*aa) Relativierung der diskursiven Anschlussfähigkeit*

Der Vorteil einer hohen diskursiven Anschlussfähigkeit ist in zwei Richtungen zu relativieren.

*(1) Tatsächliche Konzentrationswirkung?*

Zum einen ist fraglich, wie weit die erhoffte Zusammenführung verschiedener Ansätze durch die Festlegung eines gemeinsamen Bezugspunktes wirklich trägt. Grund für Zweifel ergeben sich daraus, dass die Festlegung auf das positive Recht und ein rechtliches oder dogmatisches Vorgehen mehr Gemeinsamkeit suggeriert, als es faktisch bietet. Für eine erfolgreiche Zusammenführung spricht zunächst, dass das Primärrecht einen klaren und einheitlichen Bezugspunkt darstellt. Demgegenüber besteht für den Umgang mit dem Primärrecht kein einheitliches europäisches Verständnis oder gar eine konzertierte europäische Methode.<sup>120</sup> Welche Auslegungsmethoden herangezogen werden können und wie sie sich zueinander verhalten, ist trotz teils langer Historie schon national nicht abschließend geklärt.<sup>121</sup>

Für das europäische Recht ist die Frage noch weniger beantwortet. Hier bilden sich erst erste Ansätze einer europäischen Methodenlehre heraus.<sup>122</sup> Ein einheitlicher Kanon von Auslegungsmethoden und eine Festlegung, wie sie sich zueinander verhalten, existiert aber bisher nicht. Es ist daher zweifelhaft, ob die Festlegung auf ein rechtliches Vorgehen wirklich in relevanter Weise Gemeinsamkeiten schafft. Vergleicht man die bisherigen primärrechtlichen Ansätze zu einem EU-Strafverfassungsrecht tritt die Breite des Spektrums im Umgang mit dem

---

<sup>120</sup> Vgl. (mit weiteren Nachweisen) *Spieker*, EU Values Before the Court, Einleitung (im Erscheinen).

<sup>121</sup> Vgl. für eine Zusammenfassung der Kritik an juristischer Methodenlehre *Hassemer*, in: Kirchhof/Magen/Schneider, Was weiß Dogmatik?, S. 3 (6 f.): „Dies liege daran, dass sie keine Meta-Theorie habe: keine Anweisung, in welchen Konstellationen und Fällen man welche ihrer vier (oder sieben) Anweisungen anzuwenden habe“ (6).

<sup>122</sup> Vgl. z. B. die Beiträge in: *Riesenhuber*, Europäische Methodenlehre.



Primärrecht deutlich zutage.<sup>123</sup> Dieser methodische Pluralismus ist grundsätzlich zu begrüßen. Er ermöglicht, relevante empirische und theoretische Erkenntnisse aus der Soziologie, Philosophie, Psychologie, Geschichtswissenschaft und anderen wissenschaftlichen Disziplinen für eine fundierte Auseinandersetzung mit dem geltenden Recht zu nutzen.<sup>124</sup> Die Vielfältigkeit zeigt aber, dass sich die erhoffte Zusammenführung und eine damit idealerweise einhergehende wechselseitige Bezugnahme unterschiedlicher Ansätze zum EU-Strafverfassungsrecht allein durch die Festlegung auf das Primärrecht und rechtliche Methodik als weniger tragfähig erweisen könnten, als es zunächst scheint.<sup>125</sup> Die Prämissen und Verständnisse scheinen auch innerhalb eines europäischen Rechtsdiskurses (zumindest bisher) nicht einheitlich zu sein.

Auch das beispielsweise von *Burchard* favorisierte *dogmatische* Vorgehen bietet hierfür (zumindest bisher) keine geeignete Lösung. Wie *Burchard* selbst hervorhebt, ist Dogmatik ein voraussetzungsvoller Begriff, der einer Konkretisierung bedarf.<sup>126</sup> Gerade für den EU-Kontext muss zudem berücksichtigt werden, dass Dogmatik vielfach als „deutscher Sonderweg“<sup>127</sup> gesehen wird. Dogmatik bietet daher keinen universellen oder auch nur europäischen methodischen Standard, der einem transnationalen Rechtsdiskurs klare Konturen verleihen könnte. Das führt auch zu der Schlussfolgerung, dass der beschriebene Vorteil einer dogmatischen Thematisierung, ein intensiver Austausch zwischen Rechtswissenschaft und Rechtspraxis, keine Selbstverständlichkeit ist. Dieser Austausch scheint von besonderen Voraussetzungen abzuhängen, die in Deutschland charakteristisch sind, so aber nicht in anderen Rechtsordnungen oder auf der europäischen Ebene existieren.<sup>128</sup> Wenn überhaupt handelt es sich bei dem Aus-

---

<sup>123</sup> Allein *Burchard* greift bei der Auslegung auf drei Methoden zurück (unionsverfassungsrechtsprinzipielle, funktional-rechtsvergleichende und kriminalpolitische), die jeweils noch konkretisierungsbedürftig sind, vgl. *Burchard*, Die Konstitutionalisierung der gegenseitigen Anerkennung, S. 34 ff.

<sup>124</sup> Wichtig ist dabei nur, die eigene Auswahl und die zugrunde gelegten Kriterien transparent zu machen, um aus der (subjektiven) Wahl eine intersubjektiv Anknüpfungsfähigkeit herzustellen; ein positives Beispiel dafür *Burchard*, Die Konstitutionalisierung der gegenseitigen Anerkennung, S. 33 f. Der transparente Umgang damit kann zur Etablierung einer europäischen Methodenlehre im Recht beitragen.

<sup>125</sup> Praktisch wird diese Sorge dadurch unterstrichen, dass zumindest die hier vorgestellten Autor\*innen noch wenig aufeinander Bezug nehmen.

<sup>126</sup> *Burchard*, Die Konstitutionalisierung der gegenseitigen Anerkennung, S. 33.

<sup>127</sup> Vgl. *Kirchhof u. a.*, Was weiß Dogmatik?, V (Vorwort); so auch *Lepsius*, in: *Kirchhof/Magen/Schneider*, Was weiß Dogmatik?, S. 40 (47–48), der herausarbeitet, dass die Trennung zwischen Praxis und (Rechts-)Wissenschaft in anderen Ländern viel stärker ausgeprägt ist, was sich auch sprachlich niederschlägt (z. B. existiert in der romanischen Rechtstradition ein Gegensatz zwischen „doctrine“/„dottrina“ einerseits und „jurisprudence“/„giurisprudenza“ andererseits). Diesen Aspekt hebt *Waldhoff*, in: *Kirchhof/Magen/Schneider*, Was weiß Dogmatik?, S. 17 (30 f.) positiv hervor.

<sup>128</sup> Dies ausdrücklich anerkennend *Waldhoff*, in: *Kirchhof/Magen/Schneider*, Was weiß Dogmatik?, S. 17 (31).

tausch zwischen Wissenschaft und Praxis um ein anzustrebendes Ideal für die Zukunft, das aber noch etabliert werden müsste.

(2) *Risiken einer disziplinären Verengung*

Zum anderen muss bedacht werden, dass die Fokussierung auf geschriebenes Recht und rechtliche Methodik neben den (vielleicht nur erhofften) Vorteilen einer Konzentration auch mit Nachteilen verbunden sein kann. Die Auslegung positiven Rechts gerade mithilfe der Rechtsdogmatik gilt als Proprium der Rechtspraxis und der Rechtswissenschaft. Versucht man die Diskussion über die Zukunft der Strafrechtsintegration im positiven Recht und dessen Auslegung zu bündeln, erreicht man (im Idealfall) einen intensive(re)n Austausch zwischen Jurist\*innen in Praxis und Wissenschaft in Europa. Gleichzeitig grenzt man den Kreis der an der Diskussion Beteiligten damit aber tendenziell auf Personen ein, die rechtlich versiert sind. Rechtspraxis und Rechtswissenschaft haben zwar keinen exklusiven Anspruch auf das Recht und dessen Auslegung.<sup>129</sup> Zumindest in der Tendenz lässt sich aber sagen: Je stärker der Fokus auf der Auslegung positiver Normen anhand von juristischer Methodik liegt, desto weniger anschlussfähig erweist sich die Diskussion für andere wissenschaftliche Disziplinen oder gar einen gesamtgesellschaftlichen Diskurs.<sup>130</sup>

Eine monodisziplinär rechtliche Thematisierung ist nicht *per se* ein Problem. Die rechtsinterne, dogmatische Erschließung des positiven Rechts erfüllt generell wichtige Funktionen, da sie z. B. eine kohärente Anwendung des Rechts in der Praxis sichert. Spezifisch mit Blick auf das EU-Strafverfassungsrecht ist eine rein rechtliche bzw. rechtswissenschaftliche Auseinandersetzung aber mit Risiken be-

---

<sup>129</sup> Das ergibt sich schon allein daraus, dass Recht eine Handlungsform der Politik darstellt, vgl. zu dieser Verknüpfung *Zweiter Teil, A., I., 1.* Auch in der Wissenschaft existieren sozialwissenschaftliche, politikwissenschaftliche, philosophische und viele weitere Ansätze, die sich mit Recht befassen und zeigen, dass Diskurse über das Recht kein ausschließlich Rechtswissenschaftler\*innen vorbehaltenes Feld ist, vgl. *Rosenstock u. a.*, in: Boulanger/Rosenstock/Singelstein, *Interdisziplinäre Rechtsforschung: Eine Einführung in die geistes- und sozialwissenschaftliche Befassung mit dem Recht und seiner Praxis*, S. 3, die aber konstatieren, dass die Erforschung des Rechts aus sozialwissenschaftlicher Perspektive in Deutschland eine nur geringe Bedeutung hat (3).

<sup>130</sup> Gerade die Rechtsdogmatik wird daher oft als Gegenstück zu interdisziplinärer Rechtsforschung gesehen, vgl. *Lepsius*, in: Kirchhof/Magen/Schneider, *Was weiß Dogmatik?*, S. 40 (51), demzufolge ein dogmatischer Anspruch „die Rechtswissenschaft gegen theoretische Überlegungen oder Einflüsse aus den Nachbarwissenschaften abschirmt.“; vgl. auch *Stark*, *Interdisziplinarität der Rechtsdogmatik*, S. 1–2, der viele Nachweise für diese Sicht in Fn. 3 zusammenfasst. Auch wenn diese Gegenüberstellung mit guten Gründen inhaltlich bezweifelt werden kann (vgl. dazu *Stark*), entfaltet allein die verbreitete Wahrnehmung bereits eine Wirkung. Das gilt gerade, wenn man die institutionelle Dimension mitberücksichtigt. Rechtsdogmatische Diskurse finden wissenschaftlich fast ausschließlich an rechtswissenschaftlichen Fakultäten statt. Die interdisziplinären Schnittstellen von Recht mit anderen Disziplinen betreffen meist gerade nicht „Dogmatik“, da dieser Bereich institutionell besonders geschlossen erscheint.

haftet. Das liegt zum einen daran, dass es sich um *Verfassungsrecht* und damit eine besondere Rechtsmaterie handelt. Allgemein zeichnen sich Verfassungsnormen häufig durch einen hohen Grad an Abstraktion und Generalität aus. Im Unterschied zu beispielweise einer Norm des materiellen Strafrechts sind Verfassungsbestimmungen in der Regel nicht darauf angelegt, einen Lebenssachverhalt bereits abschließend zu regeln, sondern bestimmen lediglich einen Rahmen, der durch das einfache Recht näher konkretisiert wird. Das Verhältnis von Recht und Politik stellt sich daher anders als in einfachrechtlichen Normen dar. Normen des einfachen Rechts bringen zeitlich kontingente demokratische Präferenzen zum Ausdruck und können prinzipiell jederzeit bei sich ändernden politischen Mehrheiten durch den demokratisch legitimierten Gesetzgeber geändert werden. Verfassungsnormen spiegeln hingegen einen übergreifenden gesellschaftlichen Konsens wider, dem ein Großteil der Bürger\*innen trotz unterschiedlicher Präferenzen in den einzelnen Politikfeldern in der Regel zustimmen würde.<sup>131</sup> Gerade im Verfassungsrecht besteht bei einem dogmatischen Vorgehen das Risiko, die Aussagekraft des Rechts zu überdehnen und dadurch den Raum politischer und demokratischer Festlegung zu weitgehend einzuschränken.<sup>132</sup> Um dies zu verhindern, ist ein kritischer und reflektierter Umgang mit den Potenzialen und Grenzen zwingend erforderlich.<sup>133</sup> Zudem kann die Festlegung auf dogmatische Auslegung des bestehenden Rechts dazu führen, dass andere Möglichkeiten Recht weiterzuentwickeln, wie z. B. das bestehende Recht infrage zu stellen und nach alternativen Regelungen zu suchen, weniger stark berücksichtigt werden.<sup>134</sup>

Die Gefahren eines dogmatischen Ansatzes liegen zum anderen in den Spezifika der Unionsrechtsordnung begründet. Gerade in den primärrechtlichen Normen, die das Strafrecht betreffen (Art. 82 ff. AEUV), kommt deutlich zum Ausdruck, dass das Unionsrecht nicht auf die Bildung eines abschließenden Gesamtsystems angelegt ist.<sup>135</sup> Der EU werden nur einzelne Kompetenzen übertragen, wenn die Mitgliedsstaaten ein Problem nicht oder nicht mehr zufriedenstel-

<sup>131</sup> Formal zeigt sich dies darin, dass Verfassungsnormen unter qualifizierten Änderungsanforderungen stehen. In der EU erfordert eine Änderung des Primärrechts sogar Einstimmigkeit (Art. 48 EUV).

<sup>132</sup> Vgl. von Bogdandy, in: von Bogdandy/Bast, Europäisches Verfassungsrecht: Theoretische und dogmatische Grundzüge, S. 13 (20); vgl. zu dieser Gefahr bei Recht allgemein bereits *Zweiter Teil*, A., I., 2., b).

<sup>133</sup> Vgl. für positives Beispiel die Auseinandersetzung mit (s)einer prinzipienorientierten Rechtsdogmatik bei von Bogdandy, in: von Bogdandy/Bast, Europäisches Verfassungsrecht: Theoretische und dogmatische Grundzüge, S. 13 (17 ff.); differenziert zu den Möglichkeiten und Grenzen der Verfassungsdogmatik auch *Jestaedt*, Die Verfassung hinter der Verfassung; zu den Anforderungen „guter“ Dogmatik vgl. *Waldhoff*, in: Kirchhof/Magen/Schneider, Was weiß Dogmatik?, S. 17.

<sup>134</sup> Diese Möglichkeit ist zudem praktisch erschwert, da das Primärrecht aufgrund des Einstimmigkeitserfordernisses schwer änderbar ist (vgl. Art. 48 EUV).

<sup>135</sup> Vgl. zu diesem Aspekt noch *Zweiter Teil*, B., III., 1., b), bb), (2).

lend auf der nationalen Ebene lösen können. EU-Strafrecht hat daher einen punktuellen oder fragmentarischen Charakter. Der Versuch Normen zu systematisieren, die somit bei ihrem Erlass nicht auf die Bildung eines einheitlichen Gesamtsystems angelegt waren, riskiert rechtliche Zusammenhänge zu konstruieren, die explizit nicht gewollt waren. Auch diesbezüglich scheint es nicht generell ausgeschlossen zu sein, dass ein reflektierter Umgang mit den Spezifika des Primärrechts den beschriebenen Gefahren Rechnung tragen kann. Insgesamt lässt sich aber festhalten, dass die monodisziplinäre Thematisierung mit besonderen Herausforderungen verbunden ist.

*bb) EU-Primärrecht (vollumfänglich) national-verfassungsäquivalent?*

Eine zweite Einschränkung betrifft die Annahme, dass das Primärrecht wie nationales Verfassungsrecht als Strafverfassungsrecht fungieren kann.<sup>136</sup> Trotz der eindeutigen und mit dem Vertrag von Lissabon noch weiter zunehmenden Parallelen existieren zwischen dem Primärrecht und nationalem Verfassungsrecht noch gewichtige Unterschiede. Diese Unterschiede ziehen zwar nicht nach sich, dass das Primärrecht *grundsätzlich* nicht als Verfassungsrecht behandelt werden könnte. Erforderlich ist aber eine differenzierte Betrachtung. Mit Blick auf die Konzeption eines EU-Strafverfassungsrechts bedeutet das, nicht vorschnell aufgrund zu beobachtender Gemeinsamkeiten darauf zu schließen, dass ein primärrechtliches EU-Strafverfassungsrecht das gleiche (normative) Potenzial entfaltet wie entsprechend positivistische Ansätze, die an nationale Verfassungen anknüpfen. Dafür bedarf es einer tiefergehenden Auseinandersetzung.

*(1) Normhierarchische Stellung*

Der erste von insgesamt vier für das Strafverfassungsrecht relevanten Unterschieden ist, dass der Vorteil einer klaren normhierarchischen Ordnung für das Primärrecht verglichen mit nationalen Verfassungen weniger weit trägt. Nationales Verfassungsrecht beansprucht innerhalb der eigenen Rechtsordnung grundsätzlich den höchsten Rang. Dieser Rang gilt in föderalen Staaten in aller Regel auch gegenüber föderal gesetztem Recht.<sup>137</sup> Im Vergleich dazu ist die Situation des Primärrechts differenzierter zu betrachten. Das Primärrecht der EU weist eine übergeordnete Stellung gegenüber europäischem Sekundär- und Tertiärrecht auf und eignet sich somit für eine rechtsinterne Ordnung des EU-Rechts. Komplizierter ist die Situation allerdings im Verhältnis zu nationalem (Verfassungs-)Recht.

Das normhierarchische Verhältnis zwischen Primärrecht und nationalem Recht ist nicht abschließend geklärt. Vielmehr stehen sich hier miteinander unvereinbare Ansprüche gegenüber. Aus der Sicht des EuGH genießt jegliches Eu-

<sup>136</sup> Vgl. zu diesem Argument *Zweiter Teil*, B., III., 1., a), aa).

<sup>137</sup> In Deutschland z. B.: Art. 31 GG („Bundesrecht bricht Landesrecht“).

ropanrecht (also grundsätzlich auch Sekundärrecht) einen *Anwendungsvorrang* gegenüber nationalem Recht, der sich auch auf das nationale Verfassungsrecht bezieht.<sup>138</sup> Bei diesem Vorrangverhältnis handelt es sich aber *erstens* „nur“ um einen Anwendungs- und keinen Geltungsvorrang.<sup>139</sup> Dieser Anwendungsvorrang steht *zweitens* unter der Bedingung, dass es zu einer Normüberschneidung kommen muss, was erfordert, dass der Anwendungsbereich des Unionsrechts eröffnet sein muss. Schließlich muss *drittens* beachtet werden, dass es sich bei dem Anwendungsvorrang um einen unionsrechtsintern formulierten Anspruch handelt, der aus der Perspektive der mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen nicht nur abstrakt bestreitbar ist, sondern auch faktisch insbesondere von den nationalen (Verfassungs-)Gerichten regelmäßig infrage gestellt wird.<sup>140</sup> Gerade das Strafrecht hat sich in der Vergangenheit als Domäne hervorgetan, in der der Konflikt zur Frage des Vorrangs offen hervortritt.<sup>141</sup> Auch wenn in den konkreten Fällen letztlich Lösungen zwischen den Gerichten gefunden wurden,<sup>142</sup> ist das Verhältnis der Rechtsordnung nicht allgemein geklärt. Im Gegenteil scheint die Unionsrechtsordnung gerade davon charakterisiert, dieses Spannungsverhältnis nicht final durch Etablierung einer klaren Hierarchie klären zu können oder zu wollen.<sup>143</sup>

Das Primärrecht genießt somit keinen unbedingten oder unbestrittenen Status als normhierarchisch höchstrangiges Recht in der EU. Ein daran anknüpfendes EU-Strafverfassungsrecht eignet sich somit zunächst nur für eine „Binnenkonstitutionalisierung“ des sekundären EU-Rechts.<sup>144</sup> Es ist aber zweifelhaft, inwie-

<sup>138</sup> Vgl. bereits EuGH, Urteil vom 17. Dezember 1970, C-11/70, Internationale Handelsgesellschaft, Rn. 3 f. EuGH (Große Kammer), Urteil vom 26. Februar 2013, C-399/11, Melloni, (59 ff.).

<sup>139</sup> Vgl. dazu Ruffert, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, Art. 1 AEUV, Rn. 18 ff.

<sup>140</sup> Vgl. stellvertretend nur BVerfG, Urteil des Zweiten Senats vom 21. Juni 2016, 2 BvR 2728/13 (u. a.), OMT-Urteil, Rn. 144: „Das Unionsrecht bleibt – auch soweit es als autonome (Teilrechts-)Ordnung verstanden wird – von der vertraglichen Ermächtigung abhängig“; vgl. zu der damit verbundenen Frage der Letztentscheidungskompetenz nur Pracht, Residualkompetenzen des Bundesverfassungsgerichts.

<sup>141</sup> So z. B. in den Vorlagen in EuGH (Große Kammer), Urteil vom 26. Februar 2013, C-399/11, Melloni, Rn. 60; oder EuGH, Urteil vom 8. September 2015, C-105/14, Taricco I; aus Sicht des deutschen Bundesverfassungsgerichts vgl. insoweit dessen Entscheidung in BVerfG, Beschluss des Zweiten Senats vom 15. Dezember 2015, 2 BvR 2735/14 (Europäischer Haftbefehl); vgl. dazu Burchard, ZaöRV 2016, 527.

<sup>142</sup> Vgl. z. B. EuGH (Große Kammer), Urteil vom 5. Dezember 2017, C-42/17, Taricco II (M.A.S. und M.B.); auch Aranyosi und Căldăraru kann als Reaktion des EuGH auf die kritische Haltung der mitgliedstaatlichen Gerichte gewertet werden, die ein Absinken des Grundrechtsschutzes durch Melloni befürchteten und in der Folge den Vorrang des Unionsrechts infrage stellten (insb. Europäischer Haftbefehl II).

<sup>143</sup> Vgl. zu dem Verhältnis Wendel, Permeabilität im europäischen Verfassungsrecht, S. 14 ff.

<sup>144</sup> So entsprechend das Ziel bei Burchard, Die Konstitutionalisierung der gegenseitigen Anerkennung, S. 19 ff.

fern es einen darüber hinaus gehenden umfassenden Ordnungsrahmen bietet, Strafrecht insgesamt im Mehrebenensystem der EU zu regeln. Der Anwendungsvorrang stellt in erster Linie eine Lösung für das Verhältnis von nationalen zu EU-Normen im Anwendungsbereich des EU-Rechts dar. Hinzukommt, dass die Heterogenität verschiedener miteinander im Konflikt stehender Ansprüche in der europäischen Rechtsordnung für ein positivistisches Verständnis ein zusätzliches Hindernis darstellen. Ein positivistischer Ansatz eignet sich daher nicht uneingeschränkt dafür, das gesamte Strafrecht in der EU zu ordnen.

(2) „Überkonstitutionalisierung“

Ein zweiter für das Strafverfassungsrecht relevanter Unterschied zwischen nationalem Verfassungsrecht und dem Primärrecht hängt mit der sog. „Überkonstitutionalisierung“ des Primärrechts zusammen.<sup>145</sup> Ein positivistisches Verständnis des EU-Strafverfassungsrechts ist mit der Beschränkung konfrontiert, dass es nicht selbst als Maßstab für das Primärrecht fungieren kann, ohne dabei einen Zirkelschluss zu begehen. Intuitiv scheint diese „Beschränkung“ ein inhärentes Merkmal jeglichen strafverfassungsrechtlichen Denkens und daher nicht wirklich eine (relevante) Beschränkung zu sein. Auch im nationalen Kontext ist ein positivistisch verstandenes Strafverfassungsrecht zwar in der Lage, Vorgaben für die Setzung und Anwendung des einfachen Strafrechts zu machen; aus dem Strafverfassungsrecht lassen sich jedoch keine Anforderungen für das Strafverfassungsrecht selbst herleiten.<sup>146</sup> Im nationalen Kontext invalidiert diese „Beschränkung“ nicht grundsätzlich die Vorzüge.

Im Falle der EU wirkt die Limitation allerdings deutlich stärker, wodurch sich auch die Bewertung des Potenzials eines positivistischen Ansatzes ändert. Der Grund dafür ist, dass EU-Strafrecht sich wesentlich mehr im Primärrecht manifestiert als sich nationales Strafrecht im nationalen Verfassungsrecht ausdrückt. Dies ist auf die sog. „Überkonstitutionalisierung“ des Unionsrechts zu-

---

<sup>145</sup> Vgl. zur These der Überkonstitutionalisierung des Unionsrechts *Grimm*, *Leviathan* 2015, 325 (328 ff.).

<sup>146</sup> Ein Zirkelschluss lässt sich nur vermeiden, wenn man innerhalb des Verfassungsrechts Normhierarchien sieht. In Deutschland lässt sich das über die Ewigkeitsklausel (Art. 79 Abs. 3 GG) für bestimmte Vorschriften des GG (u. a. Art. 1 und Art. 20) begründen. Diese Idee könnte man auch auf den EU-Kontext übertragen. (Verfassungs-)theoretisch ist das nicht nur abstrakt vorstellbar, sondern wird wissenschaftlich bereits diskutiert, vgl. *Spieker*, *Common Market L. Rev.* 2020, 361 (388). Problematisch daran ist aber, dass sich positivistisch betrachtet eine Normhierarchie innerhalb des Primärrechts nur schwer aus dem Recht selbst plausibilisieren lässt. Eine Norm wie Art. 79 Abs. 3 GG fehlt. Intuitiv mag es zwar einleuchten, Grundrechte, Strukturprinzipien, eine Kompetenzordnung und Verfahren als wichtig zu erachten. Letztlich speist sich dieses intuitive Verständnis aber nicht aus dem Unionsrecht, sondern einer impliziten Übertragung von Vorstellungen aus dem nationalen Kontext. Dagegen ist *per se* nichts einzuwenden. Es sollte aber berücksichtigt werden, dass es sich um einen theoretischen Entwurf handelt, der in das Primärrecht hineingetragen wird und nicht (zwingend) aus dem positiven Recht folgt.

rückzuführen. Die prominent von *Dieter Grimm* vorgetragene Kritik, dass das Unionsrecht zu viele Fragen im Primärrecht regele und sie dadurch der politischen Gestaltung entziehe, lässt sich auch im Strafrecht beobachten.<sup>147</sup> So enthalten die Art. 82 ff. AEUV viele Regelungen, die man in einer nationalen (Straf-)Verfassung vergeblich suchen würde, da diese Fragen dort im einfachen Strafrecht geregelt sind. Das europäische Primärrecht stellt somit keinen abstrakten Rahmen zur freien Gestaltung einer Kriminalpolitik in einem europäischen Rechtsraum dar, sondern enthält selbst bereits detaillierte Festlegungen zum Inhalt des EU-Strafrechts.<sup>148</sup>

Das Primärrecht bietet hierfür viele Beispiele. So weist Art. 82 Abs. 2. AEUV der EU-Legislative Kompetenzen im prozessualen Strafrecht zu, die u. a. die Zulässigkeit von Beweismitteln und die Rechte von Beschuldigten oder von Opfern betreffen. Diese, dem ersten Eindruck nach weitreichende Kompetenz, ist bei näherer Betrachtung in mehrfacher Hinsicht eingegrenzt: Zusätzlich zur Festsetzung der Rechtsform auf Richtlinien, die nur „Mindestvorschriften“ erlauben und dabei die Unterschiede der Rechtsordnungen und -traditionen der Mitgliedsstaaten berücksichtigen müssen, ist ein legislatives Vorgehen überhaupt nur möglich, „[s]oweit dies zur Erleichterung der gegenseitigen Anerkennung gerichtlicher Urteile und Entscheidungen und der polizeilichen und justiziellen Zusammenarbeit in Strafsachen mit grenzüberschreitender Dimension erforderlich ist“. Daraus folgt nicht nur, dass die gegenseitige Anerkennung als tragender Grundsatz primärrechtlich gesetzt und von einer strafverfassungsrechtlichen Analyse ausgenommen wäre,<sup>149</sup> sondern auch dass die EU-Legislative im Strafprozessrecht nicht allgemein ermächtigt ist, die Konturen von (auch nur speziell europäisierten) Strafverfahren zu gestalten. Sie ist dabei an die primärrechtlichen Vorgaben gebunden, die inhaltlich deutlich über das hinausgehen, was nationales Strafverfassungsrecht für die Gestaltung des Straf- und Strafverfahrensrechts vorgibt.<sup>150</sup> Die „Überkonstitutionalisierung“ des Primärrechts hat somit einerseits zur Folge, dass ein beträchtlicher Teil des EU-Strafrechts nicht von einem EU-Strafverfassungsrecht erfasst werden würde, und andererseits, dass das EU-Strafverfassungsrecht selbst einen sehr detaillierten Charakter hätte.

---

<sup>147</sup> Die Übertragung ist zunächst analytisch gemeint. Ob man die Kritik auch normativ für überzeugend hält, ob man also die „Überkonstitutionalisierung“ für ein Problem hält, ist an dieser Stelle nicht zu entscheiden.

<sup>148</sup> Ein solcher abstrakter Rahmen hieße nicht, dass automatisch alles auf der EU-Ebene einheitlich geregelt sein müsste. Ein EU-Rahmen könnte der mitgliedsstaatlichen Ebene auch weite Spielräume belassen.

<sup>149</sup> Das stellt bereits Art. 82 Abs. 1 AEUV klar.

<sup>150</sup> Vgl. für eine Analyse der Harmonisierungskompetenz des Art. 82 Abs. 2 z. B. *Öberg*, ECLR 2015, 19, der für eine enge Interpretation aus Subsidiaritätserwägungen wirbt. *Öberg* hebt hervor, dass die EU (konkret also der Sekundärrechtsgesetzgeber) kein allgemeines Mandat hätte, seine Vorstellung eines gerechten Strafverfahrens und des Verhältnisses zwischen Interessen der Strafverfolgung und Verteidigung durchzusetzen (dazu insb. seine Zusammenfassung).

*(3) Fragmentarischer Charakter und zeitliche Kontingenz*

Zwei weitere, miteinander verbundene Unterschiede des Primärrechts im Vergleich zu vielen nationalen Verfassungen lassen sich unter den Stichworten des *fragmentarischen Charakters* und der *zeitlichen Kontingenz* des EU-Primärrechts zusammenfassen.<sup>151</sup> Die beschriebene Überkonstitutionalisierung hat nicht nur die Immunisierung eines gewichtigen Teils des EU-Strafrechts zur Folge, sondern verdeutlicht auch, dass das Primärrecht zumindest ursprünglich ein völkerrechtlicher Vertrag war. Die detaillierten Vorgaben für einzelne Politikbereiche erklären sich daraus, dass sie aus politischen Kompromissen zwischen den Mitgliedsstaaten hervorgegangen sind.<sup>152</sup> In den europäischen Verträgen von Rom, Maastricht, Amsterdam und Nizza bis hin zu Lissabon spiegelt sich allgemein und auf spezifische Politikbereiche bezogen wider, welche Aufgaben und Herausforderungen die Mitgliedsstaaten zum jeweiligen Zeitpunkt als wesentlich erachteten und inwieweit sie sich auf eine europäische Zusammenarbeit einigen konnten. Verglichen mit vielen nationalen Verfassungen führt das zu zwei Unterschieden (dazu (a)), die verschiedene Schlussfolgerungen für ein EU-Strafverfassungsrecht zulassen (dazu (b) und (c)).

*(a) Unterschiede*

Das Primärrecht der EU hat einen *fragmentarischen* Charakter.<sup>153</sup> Es enthält zwar Bestimmungen, die die Regelung einer speziellen Frage oder eines Aufgabenbereichs der EU zuweisen, die Kompetenzen sind aber stets begrenzt und enthalten in der Regel kein allgemeines Mandat, einen Politikbereich umfassend zu gestalten. Gerade im Strafrecht zeigt sich dieser fragmentarische Charakter besonders deutlich. Obwohl die Kompetenzen durch den Vertrag von Lissabon wesentlich geweitet wurden,<sup>154</sup> sind sie noch immer auf bestimmte Aspekte des Straf- und Strafverfahrensrechts begrenzt und vom Vorliegen besonderer Voraussetzungen abhängig.<sup>155</sup> Nationale Verfassungen charakterisiert hingegen der

<sup>151</sup> Zu berücksichtigen ist, dass nicht alle nationalen Verfassungen der Mitgliedsstaaten gleich sind, sondern auch Beispiele für Verfassungen existieren, die sich im Zeitverlauf stärker verändern oder unterschiedlich weitgehende Anforderungen aufstellen, vgl. für eine Übersicht die Länderberichte in *von Bogdandy u. a.*, Handbuch Ius Publicum Europaeum: Band I – Grundlagen und Grundzüge staatlichen Verfassungsrechts.

<sup>152</sup> Die Bezeichnung der Mitgliedsstaaten als „Herren der Verträge“ unterstreicht ihre zentrale Bedeutung, vgl. zur Bezeichnung bereits BVerfG, Urteil vom 12. Oktober 1993, 2 BvR 2134, 2159/92, Maastricht (BVerfGE 89, 155); BVerfG, Urteil vom 30. Juni 2009, 2 BvE 2/08 (u. a.), Lissabon-Urteil; sie ist auch in der Literatur häufig zu lesen, vgl. z. B. *Wessels*, Integration 2002, 83; *Everling*, in: Beyerlin/Bothe/Hofman/Petersmann, Recht zwischen Umbruch und Bewahrung: Völkerrecht, Europarecht, Staatsrecht (Festschrift für Rudolf Bernhardt), S. 1161.

<sup>153</sup> *Böse*, in: Böse, Europäisches Strafrecht (EnzEuR XI), § 1, Rn. 1.

<sup>154</sup> Vgl. zur Kompetenzlage post-Lissabon mit weiteren Nachweisen *Erster Teil*, B., II., 3., a), aa)

<sup>155</sup> Zusätzlich zu den speziellen Voraussetzungen der Art. 82 AEUV ff. sind die besonderen



Anspruch, die rechtliche und politische Ordnung grundsätzlich abschließend zu regeln. Sie definieren dafür einen allgemeinen Rahmen und weisen die konkrete Gestaltung vertikal und horizontal den verschiedenen Staatsgewalten zu. Diese können sich zwar entscheiden, Aufgaben auf die europäische Ebene zu übertragen und somit die eigene Hoheitsgewalt in begrenztem Maße zu beschränken.<sup>156</sup> Der Anspruch nationaler Verfassungen, dass sie alle Hoheitsgewalt gegenüber den Bürger\*innen legitimieren, bleibt dabei aber erhalten.

Der zweite Unterschied liegt darin, dass die europäischen Verträge zeitlich kontingenter Natur sind. Die zeitliche Kontingenz hängt damit zusammen, dass die europäische Integration auf eine dynamische Entwicklung angelegt ist.<sup>157</sup> Ihre Zielsetzung, „einen immer engeren Zusammenschluß der europäischen Völker zu schaffen“, findet rechtlich bereits in den Römischen Verträgen Ausdruck und ist bis heute im Vertrag von Lissabon an prominenter Stelle festgehalten.<sup>158</sup> Die Integration vollzieht sich daher nicht nur innerhalb eines einmal gesetzten primärrechtlichen Rahmens durch Rechtsinterpretation und Sekundärrechtssetzung. Vielmehr bildet das Primärrecht selbst einen Teil dieser dynamischen Entwicklung. In den Verträgen bestimmen die Mitgliedsstaaten, stets unter Berücksichtigung der jeweiligen politischen und gesellschaftlichen Situation, welche Aufgaben eine europäische Zusammenarbeit erfordert und in welchem Umfang und welcher Form diese Zusammenarbeit erfolgen kann. Auch das zeigt sich gerade in der Integration des Straf- und Strafverfahrensrechts.<sup>159</sup> Zwar können

---

und allgemeinen Kompetenzausübungsregeln (vgl. Art. 5 Abs. 3 und 4 AEUV sowie Art. 67 AEUV) zu beachten. Vgl. speziell zu den Anforderungen des Grundsatzes der Subsidiarität im Strafrecht *Öberg*, Limits to EU Powers; *Öberg*, in: Ouwerkerk/Altena/Öberg/Miettinen, The Future of EU Criminal Justice Policy and Practice, S. 225.

<sup>156</sup> Sie lassen sich als „Verfassungen mit punktuellen Limitationen“ beschreiben. Das Primärrecht der EU wäre demgegenüber, selbst wenn man ihm in Bereichen einen Verfassungscharakter zuerkennen würde, eher eine „punktueller Verfassung“.

<sup>157</sup> *Ipsen* hat daher das Unionsrecht als „Wandelverfassung“ beschrieben, vgl. bereits *Ipsen*, Der Staat 1985, 325 (326, 332); *Ipsen*, in: Schwarze, Der Europäische Gerichtshof als Verfassungsgericht und Rechtsschutzinstanz, S. 29 (32); vgl. dazu auch *Brunkhorst*, *Leviathan* 2002, 530 (532).

<sup>158</sup> Vgl. Art. 1 EUV: „Dieser Vertrag stellt eine neue Stufe bei der Verwirklichung einer immer engeren Union der Völker Europas dar [...]“.

<sup>159</sup> Der historische Rückblick hat bereits gezeigt, welche große Bedeutung die Vertragsrevisionen und dabei speziell die Verträge von Maastricht, Amsterdam und Lissabon für die Entwicklung des EU-Strafrechts hatten, vgl. dazu *Erster Teil*, B., I.-III. In den jeweiligen Verträgen spiegelt sich der zeitliche Kontext und die Herausforderungen wider, die die Mitgliedsstaaten für den Bereich des Strafrechts gesehen haben. So ist bereits der Vertrag von Maastricht, der Strafrecht überhaupt erst zu einem Politikfeld der EG erhob, Ausdruck der zum Ende der 1980er reifenden Erkenntnis, dass die veränderten gesellschaftlichen Bedingungen eine stärkere Zusammenarbeit bei der Kriminalitätsbekämpfung erforderten. Auch die umfassenden Erweiterungen in Amsterdam, Nizza und schließlich Lissabon lassen sich darauf zurückführen, dass der jeweils zuvor gesteckte Rahmen nicht mehr zur Bewältigung der Probleme auszureichen schien.

auch nationale Verfassungen in Reaktion auf gesellschaftliche Veränderungen angepasst werden und stehen nicht grundsätzlich für alle Zeiten fest;<sup>160</sup> die europäischen Verträge heben sich aber besonders dadurch hervor, nicht nur änderbar, sondern strukturell auf Veränderung angelegt zu sein.<sup>161</sup> Dass die Verträge in den letzten Jahrzehnten regelmäßig umfassend reformiert wurden, lässt sich daher nicht als Manko oder als Reaktion auf nicht vorhergesehene äußere Entwicklungen deuten, sondern kann als ein inhärentes Element des Integrationsprozesses gesehen werden.

*(b) Mögliche Schlussfolgerungen*

Für ein primärrechtliches EU-Strafverfassungsrecht lassen sich daraus zwei mögliche Schlüsse ziehen. Eine erste Möglichkeit ist, die zeitliche Kontingenz des Primärrechts und seine Unterschiede zum nationalen Verfassungsrecht anzuerkennen und den normativen Anspruch an das EU-Strafverfassungsrecht daran anzupassen. Ein primärrechtsorientiertes Strafverfassungsrecht könnte danach nicht als allgemeiner Maßstab für die Integration des Straf- und Strafverfahrensrechts insgesamt fungieren, sondern wäre auf eine Ordnung entsprechend der derzeit gültigen Fassung des Primärrechts (samt seiner geschilderten Besonderheiten) begrenzt. Das hieße, dass das EU-Strafverfassungsrecht bei Änderungen oder einer möglichen umfassenden Neugestaltung des Primärrechts neu konstruiert werden müsste.

Die zweite Möglichkeit besteht darin, speziell dem Vertrag von Lissabon eine neue Stufe von Verfassungsqualität zu attestieren. Das Argument wäre folgendes: Der Vertrag von Lissabon hebt sich von den bisherigen Verträgen ab und stellt nicht mehr „nur“ einen zeitlich kontingenten Ausdruck eines momentanen Integrationsstandes dar, sondern bildet *erstmal*s eine EU-(Straf-)Verfassung.<sup>162</sup> Neben den ähnlichen Elementen und Funktionen im Vergleich zu nationalen Verfassungen sprechen besonders zwei Erwägungen dafür. Die erste ist, dass der Lissabon-Vertrag substanziell viele Bestimmungen des Entwurfs für den Verfas-

---

<sup>160</sup> Rechtliche Änderungen stehen dabei unter qualifizierten Anforderungen. In Deutschland erfordert eine Änderung des Grundgesetzes beispielsweise eine 2/3-Mehrheit in Bundestag und Bundesrat. Verfassungen enthalten teilweise auch Bestimmungen, die bestimmte Merkmale absolut schützen, wie in Deutschland der Art. 79 III GG.

<sup>161</sup> Der Unterschied spiegelt sich in der Entwicklung der vergangenen Jahrzehnte wider: In den nationalen Verfassungsordnungen der Mitgliedsstaaten lassen sich zwar Anpassungen einzelner Vorschriften beobachten, ihren grundlegenden Charakter behalten sie dabei aber bei. Das europäische Primärrecht hat hingegen eine bemerkenswerte Transformation durchlaufen: Über ihren Verlauf hat sich ihr Charakter von ursprünglich völkerrechtlich geprägter und sektoral beschränkter Zusammenarbeit bis zu einem rechtlichen Ordnungsrahmen entwickelt, der in vielerlei Hinsicht dem von Staaten ähnelt.

<sup>162</sup> So kann man den Ansatz bei *Vogel* deuten, vgl. *Vogel*, Maastricht Journal of European and Comparative Law 2005, 125, der allerdings konkret den EU-Verfassungsentwurf vor Augen hat. Berücksichtigt man seine Begründung, dürfte sich eine ähnliche Schlussfolgerung für den Vertrag von Lissabon ergeben.

sungsvertrag übernommen hat.<sup>163</sup> Die zweite ist, dass es aufgrund der politischen Gegebenheiten unwahrscheinlich erscheint, dass alsbald eine neue Vertragsrevision in Angriff genommen wird. Aufgrund dieser Situation mag man, um einen Stillstand in der Integration zu verhindern, eine wissenschaftliche und justizielle Entwicklung und Stärkung der Verfassungsdimension für wünschenswert (wenn nicht gar notwendig) erachten.<sup>164</sup>

(c) *Einschätzung bzw. Stellungnahme*

Ein Verständnis von EU-Strafverfassungsrecht nach der ersten vorgestellten Deutung (Primärrecht als momentaner Ausdruck des Integrationsstandes) ist zweifelsfrei möglich und verspricht je nach Fragestellung auch einen Gewinn. Es eignet sich insbesondere für die Ordnung von Sekundärrechtsakten entsprechend der aktuell gültigen Vorgaben des (höherrangigen) Primärrechts. Die zweite vorgestellte Deutung (Vertrag von Lissabon als EU-Verfassung) sieht sich hingegen Bedenken ausgesetzt. Zunächst kann man infrage stellen, inwiefern die Umdeutung bzw. Entwicklung des Primärrechts als Unionsverfassung durch Wissenschaft und Justiz demokratisch legitim erscheint. Auch wenn die Normen faktisch dem Verfassungsentwurf ähneln, ist die Verabschiedung *als Verfassungsrecht* explizit an den Referenden in Frankreich und den Niederlanden gescheitert. Auch substantiell bestehen Zweifel, inwiefern sich der Vertrag von Lissabon tatsächlich als (*Straf-*) *Verfassung* anbietet. Auch wenn er mit Blick auf das Strafrecht eine weitere Stärkung der Kompetenzen mit sich gebracht und strukturell wichtige Veränderungen eingeführt hat, stellt er keine grundsätzliche Abkehr von den bisher charakteristischen Merkmalen dar.<sup>165</sup> Noch immer sieht der Vertrag kein allgemeines Mandat vor, eine europäische Kriminalpolitik zu gestalten, sondern definiert in den Art. 82 ff. AEUV spezifische Konstellationen, in denen die Mitgliedsstaaten eine europäische Zusammenarbeit für erforderlich gehalten haben.<sup>166</sup> Schließlich ist zu bedenken, dass auch wenn das aktuelle politische Klima eine Vertragsrevision nicht wahrscheinlich erscheinen lässt, dies zumindest mittel- und langfristig nicht ausgeschlossen ist.

<sup>163</sup> Vgl. für einen Vergleich des Vertrags von Lissabon mit dem Verfassungsvertragsentwurf *Herlin-Karnell*, *European Journal of Law Reform* 2008, 321 (322 ff.).

<sup>164</sup> Auch in der Vergangenheit hat gerade der EuGH oft eine wichtige Rolle als „Motor der Integration“ gespielt, wenn politische Stagnation einsetzte (vgl. dazu *Zweiter Teil*, A., I., 1.). Dafür lassen sich auch normativ Gründe anführen. Insbesondere kann die Stärkung der verfassungsrechtlichen Dimension zu Demokratisierung und einem verbesserten Grundrechtsschutz beitragen. Dazu, wie Justiz und Rechtswissenschaft an der Entstehung und Demokratisierung einer europäischen Gesellschaft mitwirken können, vgl. *von Bogdandy*, *Strukturwandel des öffentlichen Rechts*.

<sup>165</sup> Vgl. u. a. *Hecker*, in: *Ambos*, *Europäisches Strafrecht post-Lissabon*, S. 13 (13–15), vgl. zu den Kontinuitäten im Vertrag von Lissabon auch bereits *Erster Teil*, B., II., 3., a).

<sup>166</sup> Materiell existiert hier eine Begrenzung auf bestimmte Deliktsbereiche (typisch mit grenzüberschreitendem Bezug) und prozessual geht es darum, ein Kooperationsmodell effektiv auszugestalten, das auf dem Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung justizieller Entscheidungen beruht, vgl. dazu bereits den Abschnitt zuvor.

#### (4) Unterschiede im „legitimatorischen Potenzial“

Schließlich besteht ein wichtiger Unterschied zwischen Primärrecht und nationalem Verfassungsrecht in seinem „legitimatorischen Potenzial“. Mit dem legitimatorischen Potenzial ist die Eigenschaft von Verfassungsrecht gemeint, einfaches Recht zu legitimieren. Nach hier vertretener Ansicht liegt darin der größte Gewinn strafverfassungsrechtlicher Ansätze. Anstatt eine philosophische oder metaphysische Begründung dafür zu liefern, wann Strafe und Strafrecht legitim sind, zielt das Strafverfassungsrecht darauf ab, Anforderungen dafür zu formulieren, wie der Erlass und die Durchsetzung von Strafrecht *verfassungsrechtlich* legitimiert werden können.<sup>167</sup> Bei einer Übertragung strafverfassungsrechtlichen Denkens auf die EU geht es nach hier vertretener Ansicht darum, auch diese normative Erwartung zu transponieren. Das EU-Strafverfassungsrecht soll der Gestaltung des Strafrechts in der EU einen Rahmen setzen und dadurch zu einer aus verfassungsrechtlicher Perspektive legitimen Integration des Straf- und Strafverfahrensrecht beitragen.<sup>168</sup>

Würde auf den Transfer dieser Erwartung verzichtet, wäre die Funktion des EU-Strafverfassungsrechts darauf beschränkt, das einfache Strafrecht entsprechend formal höherrangiger Vorgaben normhierarchisch zu ordnen. In diese Richtung scheint der Ansatz von *Brodowski* zu gehen. Für *Brodowski* ist Strafverfassungsrecht jedes Recht, das „dem ‚einfachen‘ Strafrecht seiner Entwicklung und seiner Anwendung (Rahmen-)Vorgaben setzt“.<sup>169</sup> Ein solches Verständnis kann im Kontext der EU sinnvoll sein, da die normhierarchische Ordnung zu einer Steigerung interner Kohärenz im europäisch-strafrechtlichen Mehrebenensystem beitragen kann. Es stellt sich aber die Frage, ob die Bezeichnung als *Strafverfassungsrecht* ideal ist. Dagegen spricht, dass mit dem Begriff der Verfassung eine normative Erwartung der Legitimation verbunden ist, die noch nicht aus der bloß normhierarchischen Ordnung hervorgeht.

Es stellt sich daher die Frage, ob und inwieweit das Primärrecht der EU die mit dem Verfassungsbegriff verbundene Erwartung trägt, einfaches (Straf-)Recht verfassungsrechtlich zu legitimieren. Nach hier vertretener Ansicht *kann* das Primärrecht verfassungsrechtliche Legitimation liefern. Dieser Zusammenhang muss aber im Einzelfall begründet und verfassungstheoretisch hergeleitet wer-

---

<sup>167</sup> So ausdrücklich *Burchard*, in: Tiedemann/Sieber/Satzger/Burchard/Brodowski, Die Verfassung moderner Strafrechtspflege – Erinnerung an Joachim Vogel, S. 27 (29), vgl. dazu *Zweiter Teil*, A., II., 2., b., aa); vgl. zum Verhältnis zu philosophischen Ansätzen *Zweiter Teil*, A., II., 3., b).

<sup>168</sup> So bei *Burchard*, Die Konstitutionalisierung der gegenseitigen Anerkennung, S. 36: „Konstitutionalisierung bezeichnet den Vorgang, dass das einfache, d.h. das Sekundär- und Tertiärrecht von einem Unionsverfassungsrecht zusehends eingeht, namentlich also geordnet, limitiert und (in den Maßen des Legitimationspotenzials des Unionsverfassungsrechts) auch legitimiert werden soll“; vgl. auch *Vogel*, *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 2005, 125 (147).

<sup>169</sup> Vgl. *Brodowski*, in: Bäcker/Burchard, Strafverfassungsrecht, S. 139 (140).

den. Er trifft somit nicht pauschal für das gesamte Primärrecht zu. Hierin liegt ein wesentlicher Unterschied zu nationalen Verfassungen. Dort gilt, dass eine Strafnorm, die im Einklang mit den Normen des positiven Verfassungsrechts steht, verfassungsrechtlich legitimiert ist. Es bedarf keiner darüber hinausgehenden Begründung, ob das Verfassungsrecht ausreichend Legitimität vermitteln kann. Das legitimatorische Potenzial ergibt sich formal aus der Qualität als Verfassungsnorm, da diese Ausdruck der verfassungsgebenden Gewalt ist.

Dieser Zusammenhang lässt sich nicht einfach auf das Primärrecht der EU übertragen. Sicher ist richtig, dass das Primärrecht sowohl im Hinblick auf seinen Inhalt als auch seine Funktionen viele Parallelen zu nationalen Verfassungen aufweist.<sup>170</sup> Den Verfassungsbegriff von Staaten zu lösen und ihn auf die EU zu übertragen, scheint vor diesem Hintergrund sinnvoll. In einer analytisch-deskriptiven Verwendung kann er dazu beitragen, Gemeinsamkeiten, aber auch weiterhin bestehende Unterschiede zutage zu fördern. Allein daraus, dass der Verfassungsbegriff in dieser Verwendung für die EU einen Mehrwert bietet oder dass sich bestimmte gemeinsame Funktionen oder Inhalte beobachten lassen, folgt allerdings noch nicht, dass das Primärrecht als „vollwertige“ Verfassung behandelt werden könnte.<sup>171</sup>

Mit Blick auf das Strafverfassungsrecht ergibt sich daraus, dass deskriptiv festzustellende Ähnlichkeiten zwischen Primärrecht und nationalem Verfassungsrecht (Existenz eines Grundrechtskatalogs, einer Kompetenzordnung, Verfahren zur Rechtssetzung) nicht die Annahme rechtfertigen, dass auch die normative Erwartung, Strafverfassungsrecht legitimiere das einfache Strafrecht, für das Primärrecht allgemein zuträfe. Ein positivistischer Ansatz zum EU-Strafverfassungsrecht trägt daher weniger weit als ein entsprechendes Verständnis im nationalen Kontext. Zwar *kann* das Primärrecht einfaches Strafrecht legitimieren. Die legitimierende Wirkung folgt aber nicht automatisch daraus, dass eine strafrechtliche Norm im Einklang mit formalem Primärrecht steht. Stattdessen ist eine Auseinandersetzung auf einer verfassungstheoretischen Ebene mit der Frage erforderlich, ob und inwieweit das Primärrecht strafverfassungsrechtliche Legitimation verleihen kann.

Diesbezüglich stellt sich die schwierige Frage, wie das legitimatorische Potenzial begründet werden kann. Bisher existieren keine abstrakten Kriterien, die festlegen, unter welchen Voraussetzungen (Straf-)Verfassungsrecht einfaches Strafrecht legitimiert. Die Bestimmung verkompliziert sich dadurch, dass sich auch durch Rekurs auf die verfassungstheoretische Diskussion die Frage nicht eindeutig beantworten lässt, da auch dort keine allgemein akzeptierten Kriterien existieren, wann Recht die normative Erwartung trägt, um als Verfassungsrecht

<sup>170</sup> Darauf stellt insb. *Vogel*, Maastricht Journal of European and Comparative Law 2005, 125 ab. Die funktionale Ähnlichkeit betont auch *Burchard*, Die Konstitutionalisierung der gegenseitigen Anerkennung; vgl. zu beiden *Zweiter Teil*, B., II., 1., a) und b).

<sup>171</sup> Dazu auch *Möllers*, in: von Bogdandy/Bast, Europäisches Verfassungsrecht: Theoretische und dogmatische Grundzüge, S. 227 (244 ff.).

zu gelten. Dies hängt vom zugrunde gelegten Verfassungskonzept ab. Der Mangel an eindeutigen (wissenschaftlichen) Kriterien lässt nur den Schluss zu, dass der Fokus auf einer fundierten Begründung für die legitimierende Wirkung liegen muss. Nach hier vertretener Auffassung erscheint es wichtig, im Anschluss an die Forderung von Möllers, nicht vorschnell vom Faktischen auf das Normative zu schließen, sondern einen „anspruchs- und gehaltvollen Verfassungsbegriff“ für die EU zu entwickeln. Auf das Strafverfassungsrecht übertragen bedeutet das, EU-*Strafverfassung* nicht auf bestimmte Elemente oder Funktionen zu reduzieren oder den aktuellen Status Quo der Integration im Primärrecht mit der Strafverfassung gleichzusetzen. Stattdessen sollte das Ziel sein, ein anspruchsvolles Konzept von Strafverfassung für die EU zu entwickeln.

Dabei müssen – wiederum im Anschluss an die Forderung von Möllers – verschiedene Traditionslinien, die dem Begriff „Verfassung“ historisch anhaften, berücksichtigt und einbezogen werden.<sup>172</sup> Das meint zum einen eine *herrschaftsbegründende* Tradition, in deren Zentrum die demokratische Politisierung der Rechtserzeugung steht; und zum anderen eine *herrschaftsformende*, die auf eine Verrechtlichung bereits bestehender Herrschaft abzielt. Eine vorschnelle Verengung auf eines der beiden Verständnisse (insb. ein zu rechtliches, auf Herrschaftsformung konzentriertes) wäre kritisch zu sehen.<sup>173</sup> Für das Strafverfassungsrecht

---

<sup>172</sup> Vgl. zu den Traditionslinien Möllers, in: von Bogdandy/Bast, *Europäisches Verfassungsrecht: Theoretische und dogmatische Grundzüge*, S. 227 (229 ff.). Möllers überträgt beide auf die EU und differenziert dabei zwischen drei Ebenen. Die erste Ebene ist eine verfassungstheoretische (250–255). Auf dieser Ebene ist die Idee der verfassungsgebenden Gewalt als Ausprägung der Herrschaftsbegründung angesiedelt. Hier scheint die EU Möllers zufolge noch unterentwickelt, was weniger am Fehlen gesellschaftlicher Vorbedingungen (etwa eines homogenen *demos*) liegt, als daran, dass keine Mechanismen existieren, die egalitär demokratisch Herrschaft legitimieren könnten. Die zweite Ebene ist eine normativ-juristische (255–265). Auf dieser Ebene wird das Primärrecht als „formelle Verfassung“ behandelt, die insbesondere durch die Eigenschaften der Verschriftlichung und des Vorrangs geprägt sind. Auch dieser Ebene stellt Möllers ein wenig zufriedenstellendes Zeugnis aus. Aus verfassungstheoretischer Perspektive wäre sowohl die Funktion der Urkundlichkeit als auch die des Vorrangs nur unzureichend umgesetzt: Die Verträge seien „unterformalisiert“ (Bindung bei der Rechtserzeugung) und gleichzeitig „übermaterialisiert“ (zu viele Regelungen sind verbindlich im Primärrecht getroffen und nicht dem demokratischen Prozess überantwortet), vgl. zu letzterem Aspekt (265). Schließlich sieht Möllers eine deskriptive Ebene (265–271), die sich der Konstitutionalisierung als Ausprägung der Verrechtlichung (Herrschaftsformung) zuwendet. Hierzu zählt Möllers Prinzipien- und Strukturbildung; aber auch die Bindung an die Grundrechtecharta nennt er als ein Element.

<sup>173</sup> Speziell für rechtliche Ansätze sollte hierfür Möllers Sorge einer zu einseitigen Fokussierung auf die Traditionslinie der „Herrschaftsformung“ ernst genommen werden, vgl. Möllers, in: von Bogdandy/Bast, *Europäisches Verfassungsrecht: Theoretische und dogmatische Grundzüge*, S. 227 (270 ff.). Möllers zufolge sind Systematisierung und Strukturierung in einer zersplitterten Rechtsordnung wie der EU wichtig und eignen sich, die Legitimation des EU-Rechts zu erhöhen (270). Möllers gibt aber zu bedenken, dass ein Konstitutionalisierungskonzept, das sich einseitig auf eine Fortentwicklung entlang von Rechtsprinzipien fokussiert, dazu tendiert, Prozesse als unveränderlich zu begreifen (270 f.) Eine Rechtentwick-

scheint es auch denkbar, dass die Verfassungsfrage einschließlich des legitimatorischen Potenzials nicht zwingend pauschal beantwortet werden muss. Abstufungen und Differenzierungen, die beispielsweise nach Rechtsbereichen innerhalb des Primärrechts unterscheiden, scheinen argumentativ begründbar. Inwiefern die Begründungen im Einzelnen tragfähig sind,<sup>174</sup> lässt sich nicht allgemein beantworten. Insgesamt lässt sich aber festhalten, dass primärrechtsbasierte Ansätze vor der Herausforderung stehen, nicht nur einen kritischen Strafverfassungsbegriff entwickeln zu müssen (diese Anforderung gilt auch für theoretische Ansätze). Primärrechtspositivistische Ansätze müssen auch darlegen können, dass das Primärrecht der EU (oder zumindest die für sie relevanten Teile) diese Anforderungen bereits erfüllen.

### c) Zwischenergebnis

Für ein primärrechtspositivistisches Verständnis von EU-Strafverfassungsrecht lassen sich eine Reihe von Argumenten identifizieren, deren Überzeugungskraft bei näherer Betrachtung jedoch teilweise eingeschränkt werden muss bzw. denen auch Nachteile gegenüberstehen. Die Nachteile führen zwar nach hier vertretener Auffassung nicht dazu, dass das Primärrecht generell nicht als (Straf-)Verfassungsrecht in Betracht käme. Die Potenziale und Grenzen eines primärrechtspositivistischen EU-Strafverfassungsrechts unterscheiden sich aber von einem positivistischen Verständnis von Strafverfassungsrecht im nationalen Kontext und erfordern eine differenzierte Betrachtung.

---

lung entlang juristischer Prinzipien riskiert daher, die Bedeutung demokratischer Festlegungen und demokratischer Verantwortbarkeit für die Rechtsentwicklung aus den Augen zu verlieren. Was das Problem verschärft, ist, dass die Wahl des Konstitutionalisierungskonzeptes eng mit der Rolle zusammenhängt, die der Rechtswissenschaft im Prozess der Konstitutionalisierung zukommt (272 f.). Hier droht eine Voreingenommenheit. Betont man das Element der Herrschaftsformung durch die juristische System- und Prinzipienbildung sowie deren Ausdifferenzierung, wächst die Bedeutung der Rechtswissenschaft. Demgegenüber ist ihre Stellung zurückgenommener, wenn bei der Konstitutionalisierung größeres Gewicht auf der Herrschaftsbegründung liegt. Da die Rechtswissenschaft kein Mandat zur legitimen Rechtserzeugung hat, muss sie sich – Möllers zufolge – davor hüten, ein Konzept der Konstitutionalisierung zu favorisieren, das ihre eigene Stellung stärkt: „Für das Problem der Kopplung von Politik und Recht auf der Ebene der Europäischen Union kann die verfassungstheoretische Empfehlung nicht einfach ‚Recht‘ lauten.“ (273).

<sup>174</sup> Vgl. für einen Versuch Burchard, Die Konstitutionalisierung der gegenseitigen Anerkennung, S. 37–38. Burchard ist der Auffassung, dass sein Verständnis, das den Aspekt der „Herrschaftsformung“ in den Mittelpunkt rückt, nicht weniger Legitimationspotenzial entfaltet als ein auf die Herrschaftsbegründung abstellendes Konstitutionalisierungsverständnis. Er stellt daher explizit eine Demokratisierung zurück und versucht das durch besondere Betonung anderer Elemente zu kompensieren. Speziell für den von ihm behandelten Bereich der Rechtshilfe scheinen gute Gründe dafür zu sprechen. Das bedeutet aber nicht, dass dieser Schluss auch allgemein für das Strafverfassungsrecht angezeigt wäre. Gerade die Sorge Möllers (Fn. zuvor) gilt es hier im Blick zu behalten.

## 2. Verfassungstheoretische Anknüpfung

Alternativ zu dem primärrechtspositivistischen Verständnis lässt sich EU-Strafverfassungsrecht auch verfassungstheoretisch verstehen. Die Vielzahl potenzieller Anknüpfungspunkte für ein EU-Strafverfassungsrecht innerhalb der Verfassungstheorie erschwert eine generelle Diskussion ihrer Vor- und Nachteile.<sup>175</sup> Es lassen sich dennoch übergreifend einige Charakteristika verfassungstheoretischer Ansätze identifizieren, die gerade im Vergleich zu einem primärrechtlichen Vorgehen tendenziell begünstigend oder negativ für ein EU-Strafverfassungsrecht wirken dürften.

### a) Vorteile

Ein erster allgemeiner Vorteil einer verfassungstheoretischen Anknüpfung ist, dass sie eine größere Flexibilität bei der Entwicklung des EU-Strafverfassungsrechts zulässt. Im Unterschied zur strikten Bindung an gesetzte Normen erlaubt die theoretische Anknüpfung, EU-Strafverfassungsrecht frei(er) zu gestalten. Das gilt zum einen für die Auswahl passender theoretischer Entwürfe oder Ideen, da für die Verfassungstheorie zentrale Begriffe wie Gerechtigkeit, Demokratie, Föderalismus usw. unterschiedlich konzeptualisiert werden können. Aus diesem Spektrum passende Verständnisse herauszugreifen und sie für die EU fruchtbar zu machen, verspricht wertvolle Einsichten. Solch verfassungstheoretische Zugänge können sich sowohl auf einzelne Bereiche und Fragestellungen innerhalb des EU-Strafrechts beziehen oder auch den Rechts- und Politikbereich insgesamt in den Blick nehmen.<sup>176</sup> Zum anderen gilt die größere Flexibilität auch für den (methodischen) Umgang mit bestehenden Theorieangeboten. Hier existiert im Vergleich zur Festlegung auf rechtliche Auslegung eine größere Offenheit, Anpassungen an den einzelnen Konzepten vorzunehmen, verschiedene Ansätze miteinander zu verbinden oder gänzlich neue Modelle zu entwickeln.

Ein zweiter, mit dem ersten verknüpfter, allgemeiner Vorteil eines verfassungstheoretischen Ansatzes besteht in der hohen interdisziplinären Anschlussfähigkeit. Im Gegensatz zur rechtsdogmatischen Auslegung positiver Normen ist der Bereich der Verfassungstheorie generell davon geprägt, viele Schnittstellen zu anderen wissenschaftlichen Disziplinen aufzuweisen. Insbesondere die politische Theorie und Philosophie setzen sich mit oft ähnlichen Fragen auseinander. Für ein verfassungstheoretisches EU-Strafverfassungsrecht hieße das, nicht zwingend auf einen innerrechtswissenschaftlichen Diskurs beschränkt zu bleiben,

---

<sup>175</sup> Verfassungstheorie umfasst ein breites Spektrum von Verständnissen, die inhaltlich und methodisch teils große Unterschiede aufweisen. Sie variieren z. B. mit Blick darauf, ob sie deskriptiv oder normativ sind oder ob sie nah an Normen oder einem bestimmten Kontext entwickelt wurden oder abstrakter sind, siehe für einen Überblick dazu, was Verfassungstheorie umfasst, insgesamt die Beiträge in: *Deppenheuer/Grabenwarter*, Verfassungstheorie.

<sup>176</sup> So z. B. bei *Herlin-Karnell*, The Constitutional Structure of Europe's Area of 'Freedom, Security and Justice' and the Right to Justification.



sondern bewusst die Verbindung zu anderen wissenschaftlichen Disziplinen zu suchen.

Ein verfassungstheoretischer Ansatz erlaubt zudem, zwischen der Maßstabs- und der Bewertungsebene klar zu trennen. Ein aus der Verfassungstheorie heraus entwickeltes EU-Strafverfassungsrecht wäre somit nicht mit dem oben diskutierten Problem eines primärrechtlichen Ansatzes konfrontiert, nicht als Maßstab für eine wesentliche Ebene der Integration (dem Primärrecht) fungieren zu können.<sup>177</sup> Primärrecht, Sekundärrecht und mitgliedstaatliches Recht ließen sich als Ausdruck der Integration an einem abstrakt entwickelten EU-Strafverfassungsrecht beurteilen, ohne dass die Gefahr eines Zirkelschlusses bestünde. Als theoretischer Rahmen wäre das EU-Strafverfassungsrecht auf einer anderen Ebene als das positive Recht angelegt.

### b) Nachteile

Allgemein liegt eine der größten Herausforderungen bei verfassungstheoretischen Ansätzen darin, sie in die Praxis zu übersetzen. Verfassungstheoretische Überlegungen können oft sinnvolle Vorschläge liefern, deren hoher Abstraktionsgrad ihre praktische Relevanz aber häufig einschränkt. Ebenfalls nachteilig ist, dass theoretische Entwürfe teilweise die faktischen Bedingungen nicht ausreichend berücksichtigen. Im Abstrakten können dadurch Vorstellungen zugrunde gelegt werden, die in der empirischen Realität nicht zutreffen. Das kann dazu führen, dass die theoretischen Konzepte inhaltlich relevante Gesichtspunkte außer Acht lassen. Es kann auch nach sich ziehen, dass die demokratische Rückbindung vernachlässigt wird,<sup>178</sup> ein Aspekt, dem für die Legitimität von Strafrecht große Bedeutung zukommt.<sup>179</sup>

Zusätzlich zu den allgemeinen Nachteilen existieren für die einzelnen verfassungstheoretischen Ansätze spezifische Kritikpunkte. Das diskutierte Konzept des *Europäischen Verfassungsverbundes* sieht sich unter anderem der Kritik konzeptioneller Unschärfe ausgesetzt, da es nicht klar differenziert, wo genau sich der Verbund verorten lasse und ob er eine oder mehrere Verfassungen bezeichne.<sup>180</sup> Auch das dem Verfassungsverbund zugrunde liegende *funktionale* Verfassungsverständnis wird kritisch gesehen, da es das normative Potenzial des Konzepts einer Verfassung stark relativiert bzw. es sogar ganz aufgibt.<sup>181</sup> Wenn man

<sup>177</sup> Vgl. zu dieser Gefahr *Zweiter Teil*, B., III., 1., b), bb), (2).

<sup>178</sup> Vgl. für die wichtige Brückenfunktion des positiven Rechts, um gesellschaftliche Wirklichkeit und Theorie zu verbinden *Zweiter Teil*, A., I., 2., a).

<sup>179</sup> Vgl. zu dieser Bedeutung insb. *Zweiter Teil*, A., II., 3., b).

<sup>180</sup> Möllers, in: von Bogdandy/Bast, *Europäisches Verfassungsrecht: Theoretische und dogmatische Grundzüge*, S. 227 (248); vgl. ausführlich zur Kritik verfassungstheoretischer Ungenauigkeit Jestaedt, in: Krause/Velken/Viewig, *Recht der Wirtschaft und der Arbeit in Europa. Gedächtnisschrift für W. Blomeyer*, S. 637 (645 ff.).

<sup>181</sup> Vgl. zur Kritik Möllers, in: von Bogdandy/Bast, *Europäisches Verfassungsrecht: Theoretische und dogmatische Grundzüge*, S. 227 (246–249).

alles, was in der EU deskriptiv vorzufinden ist, mit dem Begriff der „Verfassung“ bzw. des „Verfassungsverbundes“ gleichsetzt, lassen sich keine normativen Anforderungen mehr daraus herleiten. Der „Begriff der Verfassung [würde] zum Synonym für den Status Quo der Integration“ werden.<sup>182</sup> Durch die Gleichsetzung des normativen Maßstabs und des Anschauungsobjekts immunisiert ein solches Verfassungsverständnis vor Kritik.<sup>183</sup>

#### c) Zwischenergebnis

Auch ein verfassungstheoretisches Verständnis hat somit Vorzüge und Nachteile. Die Abstraktion von positiv gesetzten Normen eröffnet zwar eine größere Freiheit in der Auseinandersetzung, geht aber tendenziell mit einem Verlust an praktischer Verknüpfung einher.

### IV. Zwischenergebnis

Ein EU-Strafverfassungsrecht ist auch ohne die Existenz einer EU-Verfassung denkbar, es sind allerdings Anpassungen für den spezifischen Kontext der EU erforderlich. Dafür kommen zwei Varianten in Betracht, für die jeweils auch schon (erste) strafverfassungsrechtliche Ansätze existieren. Auf der einen Seite stehen positivistische Ansätze, die das Primärrecht als das (funktionale) Verfassungsrecht der EU behandeln und auf eine rechtsinterne Erschließung des Inhalts abzielen. Auf der anderen Seite stehen verfassungstheoretische Ansätze. Beide Varianten haben jeweils Vor- und Nachteile, sodass keine von ihnen allgemein vorzugswürdig erscheint. Statt eines einheitlichen Verständnisses bietet es sich an, die Merkmale des jeweiligen Verständnisses im Einzelfall festzulegen, abhängig vom konkret in den Blick genommenen Gegenstand der Untersuchung (z. B. nur dem Rechtshilferecht, dem materiellen Strafrecht allgemein etc.), dem dortigen Stand der Integration (Regelungsanzahl und Reglungsdichte) und dem Erkenntnisinteresse der Untersuchung. Diese Spezifikation kann sowohl das Vorgehen bei der Konstruktion (z. B. dem Umgang mit positiven Normen) als auch die inhaltlichen Schwerpunkte (z. B. einen demokratischen oder grundrechtlichen Fokus) betreffen.

---

<sup>182</sup> Möllers, in: von Bogdandy/Bast, Europäisches Verfassungsrecht: Theoretische und dogmatische Grundzüge, S. 227 (246).

<sup>183</sup> Vgl. zu der Kritik aber Pernice, in: Der Europäische Verfassungsverbund, S. 1426 (1134 [Fn. 22]): „Verfassung ‚ist‘ nicht, entgegen dem Verständnis bei Möllers (ebd., Fn. 115), ‚der Herrschaftszusammenhang von Union und Mitgliedstaaten‘, sondern eine auf das ständige ‚Sich-Vertragen‘ der Bürgerinnen und Bürger gegründete rechtlich verbindliche und damit normativ geprägte Ordnung“.

## C. Zwischenfazit

Die Annäherung über das strafverfassungsrechtliche Denken im nationalen Kontext und über die Betrachtung der Möglichkeiten für eine Übertragung auf die EU hat zwei zentrale Erkenntnisse zutage gefördert. Sie hat zum einen gezeigt, dass strafverfassungsrechtliches Denken nicht nur im nationalen Kontext einen sinnvollen Ansatz zur wissenschaftlichen Begleitung der Strafrechtsentwicklung darstellt, sondern grundsätzlich auch auf den EU-Kontext übertragen werden kann. Erste bereits bestehende Forschungsansätze unterstreichen die Potenziale strafverfassungsrechtlichen Denkens in der EU. Die Annäherung hat zum anderen auf Herausforderungen aufmerksam gemacht, die sich bei der Übertragung stellen. Das Fehlen einer formalen EU-Verfassung stellt nach hier vertretener Ansicht kein prinzipielles Hindernis für strafverfassungsrechtliche Ansätze dar, erfordert aber spezifische Anpassungen. EU-Strafverfassungsrecht kann unterschiedliche Formen annehmen, die mit Blick auf den Gegenstand und das Ziel der Untersuchung festgelegt werden sollten. Einen Vorschlag zu unterbreiten, wie EU-Strafverfassungsrecht spezifisch für das Ziel dieser Untersuchung verstanden und konstruiert werden sollte, ist Ziel des dritten Teils.

### *Dritter Teil*

## EU-Strafverfassungsrecht als übergreifender Ansatz zur Strafrechtsintegration

Der folgende dritte Teil befasst sich mit der Entwicklung eines eigenen Verständnisses für ein EU-Strafverfassungsrecht. Kurz gesagt geht es darum, EU-Strafverfassungsrecht als einen übergreifenden und konzeptionellen Ansatz zur wissenschaftlichen Begleitung der Strafrechtsintegration zu konstruieren. Der hier in Grundzügen vorgestellte Ansatz soll dabei helfen, Zielvorstellungen, Maßstäbe und Kriterien zu entwickeln, die der politischen Gestaltung des Straf- und Strafverfahrensrechts im Prozess der Integration Orientierung und der wissenschaftlichen Begleitung einen Analyse- und Bewertungsrahmen geben. Übergreifend meint dabei zum einen, dass das hier entworfene EU-Strafverfassungsrecht nicht auf einen bestimmten Teilbereich des EU-Strafrechts fokussiert ist, sondern grundsätzlich das gesamte Straf- und Strafverfahrensrecht abdecken soll. Übergreifend meint zum anderen, dass der EU-strafverfassungsrechtliche Ansatz zeitlich nicht auf den aktuellen primärrechtlichen Stand der Integration (konkret des Vertrages von Lissabon) begrenzt sein soll, sondern auch darüber hinaus das Ziel verfolgt, Wege für eine legitime Weiterentwicklung von Strafrecht in der EU aufzuzeigen. Der Teil beginnt damit, Leitlinien vorzustellen, wie der EU-strafverfassungsrechtliche Ansatz verstanden und konstruiert werden sollte (A.). Der zweite Abschnitt wendet sich der Identifikation EU-strafverfassungsrechtlicher Leitprinzipien zu (B.). Der dritte zeigt anhand drei ausgewählter Vorschläge, welche konkret(er)en Schlüsse aus dem EU-Strafverfassungsrecht gezogen werden können (C.).



## A. Vorstellung des neuen EU- strafverfassungsrechtlichen Ansatzes

Für das Ziel, EU-Strafverfassungsrecht als einen übergreifenden Ansatz für die europäische Integration des Straf- und Strafverfahrensrechts zu konzipieren, ist ein spezifisches Verständnis erforderlich, das sich von bisherigen Ansätzen im nationalen und EU-Kontext unterscheidet.<sup>1</sup> Der hier unterbreitete Vorschlag ist, EU-Strafverfassungsrecht zwar von positiven Normen ausgehend zu entwickeln, es dabei aber nicht als einen bestimmten Teil des positiven Rechts selbst zu verstehen. EU-Strafverfassungsrecht sollte stattdessen als ein vom positiven Recht grundsätzlich abstrahiertes, wissenschaftlich gestaltbares Konzept verstanden werden. EU-Strafverfassungsrecht lässt sich auch als eine bestimmte Perspektive oder als eine Denkweise beschreiben, um die Strafrechtsintegration auf konzeptioneller Ebene in den Blick zu nehmen. Für dieses Verständnis von EU-Strafverfassungsrecht lassen sich *Leitlinien* identifizieren, die dem hier vorgestellten Ansatz klarere Konturen verleihen.

### I. Umgang mit positiven Verfassungsnormen

Für das hier entworfene Verständnis von EU-Strafverfassungsrecht bietet sich ein *normorientiertes* und *rechtsgrundlegendes* Vorgehen am besten an, welches die Vorteile eines primärrechtlichen und verfassungstheoretischen Verständnisses miteinander verbindet. Auch wenn die Merkmale der normorientierten und rechtsgrundlegenden Herangehensweise sich teilweise überschneiden, werden sie getrennt vorgestellt.

---

<sup>1</sup> Weit verbreitet ist es, Strafverfassungsrecht als einen Teil des positiven Verfassungsrechts zu verstehen und dessen Inhalt rechtsintern durch eine dogmatische Auslegung der positiven Normen zu bestimmen (vgl. für den nationalen Kontext *Zweiter Teil*, A., II., 2. und für die EU *Zweiter Teil*, B., II., 1.). Eine andere Möglichkeit ist es, die strafverfassungsrechtliche Perspektive nicht an Normen, sondern an Überlegungen der Verfassungstheorie anzuknüpfen. Die Bestimmung des Inhalts ist in diesem Fall weniger festgelegt, sondern kann abhängig von dem konkreten Ansatz unterschiedlich ausfallen. Wie gesehen lassen sich für beide Zugänge jeweils Vor- und Nachteile ausmachen (vgl. zur Diskussion *Zweiter Teil*, B., III.). Das hier entwickelte Verständnis versteht sich daher nicht in Opposition zu anderen strafverfassungsrechtlichen Ansätzen in der EU, sondern möchte diese ergänzen.

### 1. Normorientiertes Vorgehen

Eine normorientierte Konstruktion bedeutet, dass der EU-strafverfassungsrechtliche Ansatz von Normen des positiven Rechts ausgehend entwickelt wird. Diese Herangehensweise grenzt sich von der alternativen Möglichkeit ab, EU-Strafverfassungsrecht allein aus Überlegungen der Verfassungstheorie zu gestalten.

#### a) Charakteristika

Bei einer normorientierten Herangehensweise zum EU-Strafverfassungsrecht stellt sich zunächst die Frage, welche Normen herangezogen werden sollten. Im nationalen Kontext bezeichnet das *Strafverfassungsrecht* die Normen der Verfassung, die das Strafrecht betreffen.<sup>2</sup> In der EU ist ein entsprechendes Verständnis nicht gleichermaßen möglich, da sie keine formale Verfassung hat. Trotz einiger Unterschiede und der Bezeichnung als „Verträge“ bietet es sich aber an, die Normen des europäischen Primärrechts heranzuziehen. Die Ausführungen haben gezeigt, dass das Primärrecht sowohl bei einer funktionalen Betrachtung als auch im Hinblick auf seine Elemente nationalem (Straf-)Verfassungsrecht zumindest ähnelt.<sup>3</sup> Ein sinnvoller Ausgangspunkt für die Konstruktion des EU-Strafverfassungsrechts sind daher die Normen des EUV, AEUV und der Grundrechtecharta.

Dabei sind zunächst die Vorschriften zu berücksichtigen, die das Strafrecht explizit betreffen. Eine zentrale Vorschrift bildet dafür Art. 67 AEUV, der allgemein die Leitlinien für den *Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts* definiert.<sup>4</sup> Speziell für das Strafrecht sind weiter die Vorschriften der Art. 82 ff. AEUV zu beachten.<sup>5</sup> In der EU-Grundrechtecharta enthalten besonders die justiziellen Rechte der Art. 47 ff. GRCh spezifisch strafrechtsrelevante Garantien.<sup>6</sup>

<sup>2</sup> Burchard, in: Tiedemann/Sieber/Satzger/Burchard/Brodowski, Die Verfassung moderner Strafrechtspflege – Erinnerung an Joachim Vogel, S. 27 (28–29).

<sup>3</sup> Ergänzend zu der formalen Qualität einer normhierarchisch höherrangigen Stellung enthält das Primärrecht inhaltlich viele Bestimmungen, die für das Strafverfassungsrecht typische Elemente – Kompetenzverteilung, Verfahren zur Rechtssetzung, Institutionen, ein Grundrechtskatalog – betreffen. Gerade der Vertrag von Lissabon hat die Verfassungsdimension gestärkt, vgl. zu den Ähnlichkeiten *Zweiter Teil*, B., III., 1., a).

<sup>4</sup> Art. 67 Abs. 1 AEUV konkretisiert die bereits in der Präambel des EU-Vertrages zum Ausdruck kommende und in Art. 3 Abs. 2 EUV als Ziel der EU ausgegebene Vorgabe, den Bürgerinnen und Bürgern einen *Raum der Freiheit der Sicherheit und des Rechts* ohne Binnengrenzen zu bieten, vgl. dazu Heger, ZIS 2009, 406 (408–410); vgl. zu Art. 67 AEUV auch Monar, in: von Bogdandy/Bast, Europäisches Verfassungsrecht: Theoretische und dogmatische Grundzüge, S. 749 (789 ff.); vgl. dazu Weiß/Satzger, in: Streinz, EUV/AEUV, Art. 67 AEUV; Suhr, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, Art. 67 AEUV.

<sup>5</sup> Für einen Überblick Heger, ZIS 2009, 406 (410 ff.); vgl. dazu Satzger, in: Streinz, EUV/AEUV, Art. 82 und Art. 83 AEUV.

<sup>6</sup> Für einen Überblick zu den europäischen Grundrechten im Strafverfahren siehe Gaede,

Für die Konstruktion des EU-strafverfassungsrechtlichen Ansatzes sind darüber hinaus aber noch weitere Normen des europäischen Primärrechts relevant. Strafverfassungsrechtliches Denken allgemein prägt, dass innerhalb einer Verfassung zentrale Prinzipien wie Demokratie, Rechtsstaatlichkeit, Gewaltenteilung oder föderale Elemente eine leitende Funktion haben. Das gilt auch für das EU-Strafverfassungsrecht. Art. 67 und Art. 82 ff. AEUV sowie die Bestimmungen der Grundrechtecharta sollten als Teil eines allgemeinen unionsverfassungsrechtlichen Gesamtbilds gesehen werden.<sup>7</sup> Die hierfür grundlegenden Werte und Prinzipien der Unions(verfassungs)rechtsordnung enthält der EUV.<sup>8</sup>

Nach hier vertretener Ansicht bietet es sich für die Entwicklung des EU-Strafverfassungsrechts darüber hinaus an, im Anschluss an das Konzept des *Europäischen Verfassungsverbundes* auch die mitgliedstaatliche Verfassungsebene einzubeziehen.<sup>9</sup> Schon grundsätzlich scheint der *Europäische Verfassungsverbund* einen sinnvollen theoretischen Entwurf zu bieten, um das mehrlagige spezifische System der europäischen Rechtsordnung als *Verfassungsordnung* zu verstehen.<sup>10</sup> Die Einbeziehung der mitgliedstaatlichen Perspektive ist aber gerade für den Bereich des Strafrechts von hervorgehobener Bedeutung. Aus eu-

---

in: Böse, *Europäisches Strafrecht* (EnzEuR XI), § 3, Rn. 61 ff. vgl. auch *Blanke*, in: *Calliess/Ruffert, EUV/AEUV*, Art. 47 GRCh.

<sup>7</sup> Vgl. ähnlich mit Blick auf strafverfassungsrechtliche Prinzipien *Burchard*, in: *Tiedemann/Sieber/Satzger/Burchard/Brodowski, Die Verfassung moderner Strafrechtspflege – Erinnerung an Joachim Vogel*, S. 27 (41), Fn. 50. *Burchard* bemerkt, dass sich Strafverfassungsrechtprinzipien an übergeordneten allgemeinen Prinzipien des Verfassungsrechts (Demokratie, Rechtsstaatlichkeit, Föderalismus, Grund- und Menschenrechte) ausrichten bzw. in deren Lichte auszulegen sind.

<sup>8</sup> Das betrifft zunächst Art. 2 EUV, der die Werte festhält, auf denen sich die Union gründet und zu denen u. a. die Achtung der Menschenwürde, Freiheit, Demokratie, Gleichheit, Rechtsstaatlichkeit und die Wahrung der Menschenrechte gehören. Aus strafverfassungsrechtlicher Perspektive weiter relevant dürften der Art. 3 EUV (insb. Abs. 2) sein, der die Zielsetzungen der Union betrifft, die Art. 4 und 5 EUV, da sie allgemein das Verhältnis zwischen der EU und den Mitgliedsstaaten regeln (daher ist auch die Kompetenzverteilung in Art. 2 ff. AEUV zu berücksichtigen), Art. 6 EUV wegen der Grundrechtsbindung sowie Art. 9 ff. EUV (demokratische Grundsätze) und die Art. 13 ff. EUV (zu den Institutionen) sein, vgl. zu vielen Neuerungen durch den Vertrag von Lissabon den Überblick von *Heger*, *ZIS* 2009, 406 (407–409); vgl. zu Unionsrechtsordnung als Verfassungsrechtsordnung von *Bogdandy*, in: von *Bogdandy/Bast, Europäisches Verfassungsrecht: Theoretische und dogmatische Grundzüge*, S. 13; zum Unionsverfassungsrechtsdenken auch *Burchard*, in: *Tiedemann/Sieber/Satzger/Burchard/Brodowski, Die Verfassung moderner Strafrechtspflege – Erinnerung an Joachim Vogel*, S. 27 (27 ff. [mit weiteren Nachweisen]).

<sup>9</sup> Vgl. zur Darstellung *Zweiter Teil*, B., I., 2., a) (mit weiteren Nachweisen).

<sup>10</sup> Der *Europäische Verfassungsverbund* begreift die Verschränkung der Ebenen und das Fehlen einer klaren Hierarchie nicht als Defizit, sondern als Charakteristikum der EU-Rechtsordnung. Die Ebenen bilden eine „materielle Einheit“ (vgl. Fn. zuvor). Damit verbunden ist auch, dass der *Europäische Verfassungsverbund* nicht versucht, die Unionsrechtsordnung durch klare Hierarchie zu ordnen, sondern föderale und plurale Elemente als ihr Kernstück zu begreifen.



roparechtlicher Perspektive folgt die Notwendigkeit zur Einbeziehung u. a. aus Art. 67 Abs. 1 AEUV, der die Achtung der „*verschiedenen Rechtsordnungen und -traditionen der Mitgliedsstaaten*“ (Hervorhebung hier) im *Raum der Freiheit der Sicherheit und des Rechts* verlangt.<sup>11</sup> Aus mitgliedersstaatlicher Perspektive spricht für eine Berücksichtigung, dass viele der mitgliedersstaatlichen Vorbehalte gegenüber einer zu weitgehenden Integration des Strafrechts mit Verweis auf nationale Verfassungsbestimmungen begründet werden.<sup>12</sup> Für eine differenzierte Auseinandersetzung mit diesen Argumenten bietet es sich an, die nationalen Verfassungsperspektiven in die wissenschaftliche Betrachtung miteinzuschließen.

Für die Konstruktion des EU-Strafverfassungsrechts sind somit die Normen des Primärrechts und der Grundrechtecharta sowie der nationalen Verfassungen relevant. Mit der Identifikation wesentlicher Normen ist allerdings noch nicht beantwortet, wie mit diesen umgegangen werden sollte. Die Bezeichnung *normorientiert* deutet bereits an, dass eine Orientierung und somit keine zwingende Bindung vorgeschlagen wird. Genauer lässt sich das hier favorisierte Vorgehen als *rechtsgrundlegend* fassen (dazu unter 2.). Ehe aber näher darauf eingegangen wird, was ein rechtsgrundlegendes Vorgehen kennzeichnet, sollen die Gründe erläutert werden, die für ein normorientiertes Vorgehen sprechen. Sie hängen eng mit den bereits identifizierten Vorzügen eines primärrechtlichen Verständnisses eines EU-Strafverfassungsrechts zusammen.<sup>13</sup>

#### b) Gründe für das normorientierte Vorgehen

Insgesamt trägt die Normorientierung der besonderen Stellung von Recht in der Integration Rechnung.<sup>14</sup> Diese Stellung ist nicht nur deskriptiv zu beobachten, sondern lässt sich auch normativ begründen.<sup>15</sup> Insbesondere die enge Verzahnung und wechselseitige Abhängigkeit, die Recht im Verhältnis zu Demokratie hat, sprechen dafür, den positiven Normen weiterhin Bedeutung zuzuerkennen. Dies sichert eine hohe Vernetzung und Anschlussfähigkeit zwischen positivem Recht und EU-Strafverfassungsrecht – und zwar in beide Richtungen. Ausgehend vom positiven Recht hin zum EU-Strafverfassungsrecht trägt ein normorientiertes Vorgehen dazu bei, dass demokratische Präferenzen, die im positiven Recht zum Ausdruck kommen, auf der Maßstabebene Berücksichtigung finden. EU-Straf-

<sup>11</sup> Vgl. zu diesem Aspekt Heger, ZIS 2009, 406 (409 f.), der darin einen besonderen Schutz zum Erhalt von Vielfalt strafrechtlicher und strafprozessualer Kriminaljustizsysteme sieht.

<sup>12</sup> Vgl. paradigmatisch die Begründung des BVerfG im Lissabon-Urteil (dazu *Erster Teil, C., I., 1.*).

<sup>13</sup> Vgl. dazu ausführlich *Zweiter Teil, B., III., 1., a.*

<sup>14</sup> Es ist daher keine grundsätzliche Entscheidung gegen ein verfassungstheoretisches Vorgehen. Im Gegenteil ist es für die Diskussion, wie die Strafrechtsintegration zukünftig verlaufen sollte, wünschenswert, Überlegungen aus der Verfassungstheorie auf den EU-Kontext zu übertragen. Sowohl die Anknüpfung an Verfassungstheorie als auch an Normen haben allerdings jeweils Vor- und Nachteile. Ein klares Vorrangverhältnis existiert nicht.

<sup>15</sup> Vgl. dazu *Zweiter Teil, A., I., 1. und 2.*

verfassungsrecht wird somit nicht rein abstrakt „am Reißbrett“ entworfen, sondern geht von realen politischen und gesellschaftlichen Bedingungen aus.<sup>16</sup> Zwar können die Normen kritisch reflektiert werden (dazu unter 2.), der normorientierte Ansatz sichert aber, dass die wissenschaftliche Auseinandersetzung faktische Verhältnisse und demokratische Präferenzen wahr- und ernstnimmt. EU-Strafverfassungsrecht als konzeptioneller Vorschlag zeigt sich auf der Maßstabsebene responsiv. Der Bezug zu positiven Normen trägt schließlich dem Umstand Rechnung, dass auch potenzielle Vorschläge zur Neu- oder Umgestaltung des Rechts am bestehenden Recht ansetzen.

Umgekehrt vom EU-Strafverfassungsrecht hin zum positiven Recht erlaubt der Bezug zu positiv gesetzten Normen, dass wissenschaftliche, aus dem EU-Strafverfassungsrecht resultierende Erkenntnisse einfacher in den rechtspraktischen, politischen und schließlich auch gesellschaftlichen Diskurs zurückstrahlen können. Die Auseinandersetzung mit den Normen schafft einen gemeinsamen diskursiven Anknüpfungspunkt. Das gilt auch, wenn deren Wertungen nicht als absolut verstanden, sondern kritisch reflektiert werden. Das normorientierte Vorgehen weist insoweit gegenüber rein theoretischen Ansätzen einen Vorteil auf. Aufgrund ihres hohen Abstraktionsgrades bleiben theoretische Überlegungen oft isoliert. Ein normorientiertes EU-Strafverfassungsrecht kann theoretische Erkenntnisse mit faktisch geltenden Normen verknüpfen und dadurch Verbindungslinien und mögliche Zusammenhänge aufzeigen. Es erfüllt damit eine Übersetzungsfunktion zwischen Theorie und Praxis. Theoretische Gesichtspunkte lassen sich so in politische und rechtsanwendungsorientierte Diskurse integrieren.

Die Normorientierung ist schließlich auch deshalb vorteilhaft, weil sie einen gemeinsamen Anknüpfungspunkt für eine gesamteuropäische rechtswissenschaftliche Diskussion bietet. Die positiven Normen bilden einen für alle einheitlichen Bezugsrahmen.<sup>17</sup> Dabei sollte man sich im Umgang mit Normen, insbesondere wie weitgehend man ihre Bindungswirkung versteht, nicht auf ein dogmatisches Verständnis festlegen, sondern größere Freiheit zuzulassen.<sup>18</sup> Auch ist eine gewisse Öffnung bei der Auswahl der relevanten Normen sinnvoll.<sup>19</sup> Die

---

<sup>16</sup> Auch dafür ist der *Europäische Verfassungsverbund* ein Gewinn, da der theoretische Entwurf eng an politische und rechtliche Entwicklungen angelehnt ist.

<sup>17</sup> Vgl. dazu *Zweiter Teil*, B., III., 1., a), dd). Zwar hat die Diskussion gezeigt, dass die Hoffnung auf eine Zusammenführung verschiedener Ansätze zwischen den verschiedenen europäischen Rechtsdiskursen einerseits und zwischen Praxis und Wissenschaft andererseits allein durch Festlegung auf das Primärrecht nicht so tragfähig ist, wie es zunächst den Eindruck erweckte (vgl. dazu *Zweiter Teil*, B., III., 1., b), aa)). Umgekehrt heißt das aber nicht, dass nicht zumindest eine gewisse Zusammenführung möglich ist. Die Sorge, dass dieser Vorteil zu teuer erkaufte wäre, da mit ihm der gravierende Nachteil einer diskursiven Verengung verbunden wäre (vgl. dazu *Zweiter Teil*, B., III., 1., b), aa), (2)), trifft für den hier vorgestellten Ansatz nicht, oder zumindest nicht gleichermaßen zu, da der Umgang mit den Normen nicht auf ein dogmatisches Vorgehen beschränkt wird, dazu sogleich unter 2.

<sup>18</sup> Zu dem hier favorisierten rechtsgrundlegenden Vorgehen sogleich unter 2.

<sup>19</sup> Die hier favorisierte Einbeziehung der nationalen Verfassungsebene (siehe *Zweiter Teil*,

Anknüpfung an einen gemeinsamen Bezugsrahmen verspricht aber zumindest eine gewisse Konzentration der vorhandenen Ansätze und kann somit für eine grenzüberschreitende, europäische Diskussion gewinnbringend sein.

## 2. Rechtsgrundlegendes Vorgehen

Für die Konstruktion des EU-Strafverfassungsrechts bietet sich nach hier vertretener Auffassung eine *rechtsgrundlegende* Herangehensweise an. Rechtsgrundlegend bedeutet, dass keine zwingende Bindung an die Normen des positiven Rechts besteht, sondern diese kritisch unter Hinzuziehung außerhalb liegender Erkenntnisse reflektiert werden können. Es geht somit nicht um eine *rechtsinterne* Erschließung und Systematisierung, sondern um eine rechtswissenschaftliche Auseinandersetzung mit dem geltenden Recht. Das vorgeschlagene rechtsgrundlegende Vorgehen grenzt sich vor allem von einem rechtsdogmatischen Vorgehen ab.<sup>20</sup>

### a) Charakteristika

Rechtsdogmatische und rechtsgrundlegende Ansätze eint, dass sie sich mit positiv gesetzten Normen auseinandersetzen. Sie unterscheiden sich aber darin, wie eng sie die Bindung verstehen.<sup>21</sup> Für das EU-Strafverfassungsrecht heißt das konkret, dass die positiv gesetzten Normen des Primärrechts, der Charta sowie der nationalen Verfassungen bei der Konstruktion der Perspektive von hoher Relevanz sind (sie *orientiert* sich an ihnen). Sie bilden jedoch keine zwingenden und/oder die einzigen Grenzen und sind daher nicht mit dem EU-Strafverfassungsrecht gleichzusetzen. Wenn die Normen keine definitiven Grenzen markieren, ist eine *rechtsinterne* (dogmatische) Sinnermittlung, die sich auf Zusammenhänge zwischen den Normen fokussiert, nicht zielführend.<sup>22</sup>

---

C., I., 1., a), aa)) nimmt zwar etwas an Klarheit, die genannten Vorteile überwiegen aber diesen (in Kauf zu nehmenden) Nachteil.

<sup>20</sup> So auch bereits in *Erster Teil, A., II.* Die hier gewählte Differenzierung zwischen rechtsgrundlegend zu rechtsdogmatisch ähnelt dem Ansatz bei von Bogdandy/Bast, in: von Bogdandy/Bast, *Europäisches Verfassungsrecht*, S. 1 (1), die ihr Verfassungsrechtsverständnis allerdings als „rechtswissenschaftlich“ bezeichnen: „Diesem Titel liegt ein rechtswissenschaftlicher, nicht ein positivrechtlicher Begriff des Verfassungsrechts zugrunde. Er bezeichnet die Fragestellung dieses Bandes und den diskursiven Raum, in den er sich stellt.“ (1). Was vorliegend als rechtsgrundlegend bezeichnet wird, weist auch gewisse Parallelen zu dem auf, was Burchard als strafrechtswissenschaftlichem „Schlüsselbegriff“ bezeichnet (vgl. dazu *Zweiter Teil, A., II., 2., b), aa), (1)*). Da die Bezeichnungen allerdings sehr unterschiedlich konnotiert sind, bieten sie sich nicht als alleiniges Abgrenzungskriterium an.

<sup>21</sup> Vgl. zur Unterscheidung zwischen rechtsinternen (dogmatischen) und rechtsexternen (grundlegenden) konzeptionellen Ansätzen bereits *Erster Teil, A., II.*

<sup>22</sup> Es würde sich auch die Fragen stellen, welche Normen überhaupt einzubeziehen wären. Durch die Wahl, im Anschluss an das wissenschaftliche Konzept des *Europäischen Verfassungsverbundes* auch die nationale Verfassungsebene zu berücksichtigen, bestünde die Her-

Am Beispiel des Grundsatzes der Subsidiarität lässt sich veranschaulichen, was den hier favorisierten rechtsgrundlegenden von einem rechtsdogmatischen Ansatz mit Blick auf das EU-Strafverfassungsrecht unterscheidet. Art. 5 Abs. 1 EUV legt fest, dass sich die Zuständigkeiten der Union nach dem Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung richtet und dass dabei der Grundsatz der Subsidiarität zu berücksichtigen ist. Art. 5 Abs. 3 EUV führt näher aus, was der Grundsatz der Subsidiarität bedeutet. Bei einer rechtspositivistischen und dogmatischen Herangehensweise wäre das Subsidiaritätsprinzip fester Bestandteil des EU-Strafverfassungsrechts, allein weil es im Primärrecht steht. Seine Bedeutung würde sich aus einer Auseinandersetzung mit dem rechtlichen Gehalt, wie es im Primärrecht angelegt ist, ergeben.<sup>23</sup> Ein rechtsgrundlegender Ansatz würde auch bei Art. 5 Abs. 1 und 3 EUV ansetzen. Ob und in welcher Form der Grundsatz der Subsidiarität aber als Bestandteil in dem EU-straferfassungsrechtlichen Ansatz integriert werden sollte, wäre abhängig von einer rechtsgrundlegenden Auseinandersetzung mit dem Prinzip. Allein eine positivistische Begründung würde nicht ausreichen. Vielmehr wäre danach zu fragen, welche normativen Ideale hinter dem Grundsatz der Subsidiarität stehen und welche Bedeutung er in einem strafverfassungsrechtlichen Kontext hat.<sup>24</sup>

#### b) Gründe für den rechtsgrundlegenden Ansatz

Ein rechtsgrundlegendes Verständnis ist vorzuziehen, da es den Spezifika des EU-Kontexts und der Zielsetzung, eine übergreifende Perspektive zu gestalten, am besten Rechnung trägt. Die Ursache liegt darin, dass sich das EU-Primärrecht trotz wachsender Ähnlichkeiten nach wie vor von nationalem (Straf-)Verfassungsrecht unterscheidet.<sup>25</sup> Diese Unterschiede limitieren das Potenzial des Primärrechts, einen übergreifenden Rahmen für die Strafrechtsintegration zu bieten. Ein dogmatisches Verständnis, das die Normen als definitive Grenzen behandelt und deren Inhalt rechtsintern zu ermitteln versucht, wäre nicht in der Lage, die dem Primärrecht anhaftenden Beschränkungen zu überwinden.<sup>26</sup> EU-

---

ausforderung, ein Normgefüge rechtsintern zu systematisieren, dass sich aus verschiedenen Kodifikationen zusammensetzt, die zudem auch nicht als einheitliches Verfassungsdokument gedacht waren.

<sup>23</sup> Abhängig vom konkreten Ansatz sind nicht nur die Normen in ihrer im Gesetzestext geschriebenen Form als absolut anzusehen, sondern auch ihre Interpretation durch die dafür zuständigen Institutionen, im Falle des Primärrechts also des EuGH, vgl. zu dieser Unterscheidung zwischen primärrechtspositivistisch und EuGH-positivistisch *Zweiter Teil*, B., I., 1.

<sup>24</sup> Konkret lässt sich der Grundsatz der Subsidiarität als Ausdruck des normativen Integrationsideals lesen, in der EU Vielfalt zu wahren. Aus strafverfassungsrechtlicher Sicht ist es auch möglich, den Grundsatz der Subsidiarität als demokratieförderndes Prinzip zu interpretieren, vgl. dazu noch unter *Dritter Teil*, B., III.

<sup>25</sup> Vgl. dazu ausführlich *Zweiter Teil*, B., III., 1., b., bb).

<sup>26</sup> Vgl. dazu *Zweiter Teil*, B., III., 1., b).

Strafverfassungsrecht als wissenschaftliches Konzept zu verstehen, dessen Inhalt sich aus einer rechtsgrundlegenden Auseinandersetzung ergibt, hat insbesondere folgende Vorteile:

*aa) Maßstab für alle Ebenen der Strafrechtsintegration*

Zunächst kann ein so verstandenes EU-Strafverfassungsrecht als Maßstab für Entwicklungen auf allen Ebenen dienen, auf denen sich die Integration vollzieht. Die Lösung vom positiven Recht hat zur Folge, dass das EU-Strafverfassungsrecht in der Lage ist, neben dem europäischen Sekundärrecht auch das Primärrecht analytisch zu erfassen, ohne dabei zirkulär zu argumentieren.<sup>27</sup> Da viele Entscheidungen zur Gestaltung des EU-Strafrechts bereits auf der Ebene des Primärrechts getroffen werden,<sup>28</sup> ist es von besonderer Bedeutung, diese Ebene in wissenschaftliche Betrachtungen einzubeziehen. Auch zukünftig ist damit zu rechnen, dass die Entwicklung des EU-Strafrechts maßgeblich im Primärrecht Ausdruck findet.<sup>29</sup> Ein rechtsgrundlegender Ansatz kann auch mit dem bei einer dogmatischen Herangehensweise nicht eindeutig zu klärenden Hierarchieverhältnis zwischen Primärrecht und nationalem (Verfassungs-)Recht besser umgehen.<sup>30</sup> Die entgegengesetzten, aber jeweils aus ihrer eigenen Logik heraus geltend gemachten Ansprüche des Vorrangs lassen sich nur unter Heranziehung von außerhalb des formalen Rechts liegenden, theoretischen Gesichtspunkten schlüssig lösen.<sup>31</sup> Ein rechtsgrundlegend konstruiertes EU-Strafverfassungsrecht kann dabei helfen, indem es den Fokus auf wesentliche Kriterien lenkt statt innerhalb einer (positiven) Rechtslogik verhaftet zu bleiben. Ein rechtsgrundlegendes Vorgehen hat auch den Vorteil, bei Änderungen des Primärrechts grundsätzlich weiter Bestand zu haben und nicht von dessen formaler Geltung abzuhängen.

<sup>27</sup> Vgl. zu diesem Risiko *Zweiter Teil, B., III., 1., b., bb), (2)*.

<sup>28</sup> So legt beispielsweise Art. 82 Abs. 1 AEUV für das Strafprozessrecht auf das Prinzip der gegenseitigen Anerkennung fest. Sekundärrechtsakte gemäß Art. 82 Abs. 2 AEUV dürfen nur erlassen werden, „soweit dies zur Erleichterung der gegenseitigen Anerkennung [...] erforderlich ist“. Für das materielle Strafrecht definiert (und begrenzt) Art. 83 Abs. 1 AEUV die Kriminalitätsbereiche, in denen die EU tätig werden darf.

<sup>29</sup> Das ist zum einen durch umfassende Revisionen des Primärrechts möglich. Zum anderen ist es aber auch im Primärrecht angelegt, dass bestimmte Änderungen getroffen werden. So eröffnet Art. 83 Abs. 1 UA 3 AEUV die folgende Möglichkeit: „Je nach Entwicklung der Kriminalität kann der Rat einen Beschluss erlassen, in dem andere Kriminalitätsbereiche bestimmt werden, die die Kriterien dieses Absatzes erfüllen [...]“.

<sup>30</sup> Vgl. zu dem Verhältnis *Zweiter Teil, B., III., 1., b., bb), (1)*.

<sup>31</sup> So speziell für die Frage des Schutzes von Grundrechten im integrierten europäischen Raum *Eckes, Amsterdam Centre for European Law and Governance Working Paper Series 2017, 1 (3, 21 ff.)*.

*bb) Größere Spielräume der inhaltlichen Gestaltung*

EU-Strafverfassungsrecht rechtsgrundlegend zu konzipieren, macht eine freiere inhaltliche Gestaltung des Ansatzes möglich. Für das hier verfolgte Ziel, einen übergreifenden, langfristigen Rahmen für die Integration des Straf- und Strafverfahrensrechts zu entwerfen, liegt darin ein Vorteil, da sich so den dem Primärrecht inhärenten Grenzen besser Rechnung tragen lässt. Eine dieser Grenzen ist die beschränkte Aussagekraft des Primärrechts für die mittel- bis langfristige Gestaltung des EU-Strafrechts. Zumindest historisch war das Primärrecht immer davon geprägt, einen zeitlich kontingenten Integrationsstand auszudrücken, der bei sich ändernden gesellschaftlichen Bedingungen und Herausforderungen auf der Ebene des Primärrechts dynamisch angepasst wurde. Die Verträge von Maastricht, Amsterdam und Nizza spiegeln dies in der historischen Entwicklung wider.<sup>32</sup>

Auch nach dem Vertrag von Lissabon sieht das Primärrecht keinen allgemeinen, abstrakten Rahmen vor, der es erlauben würde, umfassend eine europäische Kriminalpolitik zu gestalten.<sup>33</sup> Eine Vorschrift wie Art. 67 AEUV erscheint zwar auf den ersten Blick wie ein übergreifender programmatischer Auftrag, einen *Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts* zu gestalten.<sup>34</sup> Bezieht man die folgenden konkretisierenden Normen aber ein, wird deutlich, dass die Möglichkeiten der übergreifenden Gestaltung äußerst begrenzt sind. Die strafrechtspezifischen Konkretisierungen der Art. 82 ff. AEUV legen bereits primärrechtlich spezifisch fest, unter welchen Voraussetzungen und in welchem Umfang eine Verlagerung von Strafrecht auf die EU-Ebene erforderlich und möglich ist.<sup>35</sup> Ob diese fragmentarischen und zeitlich kontingenten Wertungen bereits eine Aussage zur mittel- bis langfristigen Gestaltung der Strafrechtsintegration enthalten, ist zumindest fraglich.<sup>36</sup>

Für einen rechtsgrundlegenden Ansatz spricht zudem, dass sich das normativ-kritische Potenzial eines EU-Strafverfassungsrechts umfassender entwickeln lässt.<sup>37</sup> Grundsätzlich lassen sich zwar auch aus dem positiven Primärrecht normative Anforderungen ableiten. Bei einem entsprechend konstruierten EU-Strafverfassungsrecht müssten die normativen Anforderungen aber bereits zwingend im positiven Recht angelegt sein – oder sich zumindest argumentativ plausibel in die Normen projizieren lassen. Hierbei setzen juristische Auslegungsregeln aber gewisse Grenzen. Ein rechtsgrundlegender Ansatz ist bei der Entwick-

<sup>32</sup> Vgl. dazu *Erster Teil*, B., II., 2.

<sup>33</sup> Damit ist nicht gemeint, dass zwangsläufig alles auf der EU-Ebene geregelt werden müsste. Eine europäische Kriminalpolitik kann auch gerade darin bestehen, föderale Spielräume zu definieren.

<sup>34</sup> Die Zielsetzung eines RFSR ist auch nicht neu, sondern wurde bereits durch den Vertrag von Amsterdam in das Primärrecht aufgenommen, vgl. dazu *Erster Teil*, B., II., 2., a).

<sup>35</sup> Vgl. speziell zum Aspekt der „Überkonstitutionalisierung“ *Zweiter Teil*, B., III., 1., b), bb), (2).

<sup>36</sup> Vgl. dazu *Zweiter Teil*, B., III., 1., b), bb), (3).

<sup>37</sup> Zu dem normativen Ansatz der Untersuchung vgl. *Erster Teil*, A., II.

lung des normativen Potenzials freier, da er auch andere aus strafverfassungsrechtlicher Sicht relevante Kriterien integrieren kann, die sich nicht (oder zumindest nicht klar) aus einer Auslegung des bestehenden Rechts ergeben. EU-Strafverfassungsrecht kann dadurch normativ höhere Anforderungen stellen, die zur Wahrung einer legitimen Entwicklung des EU-Strafrechts wichtig sind.

cc) *Thematisierung auf der rechtsprinzipiellen Ebene*

Ein rechtsgrundlegender Ansatz bietet die Möglichkeit, die Frage der zukünftigen Gestaltung der Strafrechtsintegration auf einer dafür günstigen (rechts-)prinzipiellen Ebene zu thematisieren.<sup>38</sup> Das gilt besonders für die Erwartung an das Strafverfassungsrecht, einfaches Strafrecht zu legitimieren.<sup>39</sup> Im nationalen Kontext ergibt sich diese Legitimation bereits aus einem rechtspositivistischen Verständnis: Eine Strafrechtsnorm, die im Einklang mit dem positiven Strafverfassungsrecht steht, ist allein dadurch aus strafverfassungsrechtlicher Perspektive legitimiert. Eine zusätzliche rechtsprinzipielle Diskussion erübrigt sich, da die positiven nationalen Verfassungen Hoheitsgewalt grundsätzlich abschließend regeln. Wie gesehen trifft dieser Zusammenhang nicht gleichermaßen pauschal für das EU-Primärrecht zu.<sup>40</sup> Aufgrund der Unterschiede des Primärrechts im Vergleich zu nationalem Verfassungsrecht führt allein positivistische Primärrechtskonformität nicht zu einer gleichermaßen starken verfassungsrechtlichen Legitimation des einfachen (Straf-)Rechts. Vielmehr ist es im Einzelfall erforderlich, verfassungstheoretisch zu begründen, inwiefern das Primärrecht die normative Erwartung, einfaches Strafrecht zu legitimieren, trägt. Ein rechtsgrundlegender Ansatz weist dafür einen günstigeren Weg, da er den Fokus direkt auf die wesentliche Frage lenkt, welche Voraussetzungen für verfassungsrechtlich legitimes Strafrecht im europäischen Mehrebenensystem rechtsprinzipiell bestehen.<sup>41</sup>

<sup>38</sup> Ein rechtspositivistisches Vorgehen könnte hingegen keine Antworten auf einer rechtsprinzipiellen Ebene liefern. Eine – letztlich beliebige – Rechtssetzung kann keine Legitimation schaffen, die prinzipiell nicht zur Verfügung steht, vgl. dazu bereits Meyer, Demokratieprinzip und Europäisches Strafrecht, S. 12. Ein positivistischer Zugang ist daher mit der Gefahr behaftet, von Bedingungen auszugehen, die mit der gesellschaftlichen Wirklichkeit oder z. B. (demokratie-)theoretischen Voraussetzungen nicht korrespondieren. Ohne eine fundierte Rückbindung an außerrechtliche Kategorien besteht die Sorge, dass das Recht isoliert bleibt.

<sup>39</sup> Vgl. dazu bereits *Zweiter Teil, A., II., 3.* und detailliert auch zu den folgenden Punkten *Zweiter Teil, B., III., 1., b), bb), (4).*

<sup>40</sup> Vgl. dazu und zum Folgenden ausführlich *Zweiter Teil, B., III., 1., b), bb), (4).* Das Primärrecht weist zwar ähnliche Funktionen und Elemente wie nationale Verfassungen auf und hat sich auch beim Aspekt der *Herrschaftsformung* den nationalen Verfassungen angenähert. Insbesondere bezüglich der *Herrschaftsbegründung* weist das Primärrecht der EU aber nach wie vor Defizite gegenüber nationalem Verfassungsrecht auf. Das führt zu der Schlussfolgerung, dass ein EU-Strafverfassungsrecht nicht gleichermaßen von den Vorbedingungen zehren kann, die im nationalen positiven Verfassungsrecht bereits angelegt sind.

<sup>41</sup> Er befreit darüber hinaus auch von der Notwendigkeit zu prüfen, ob diese Voraussetzungen bereits im Primärrecht bestehen.

Durch die Lösung vom (aktuell gültigen) Primärrecht bietet sich dieser Zugang zudem dafür an, Bedingungen für eine auch mittel- und langfristig legitime Entwicklung zu definieren.

*dd) Erhöhung der wissenschaftlich diskursiven Anschlussfähigkeit*

Ein vierter Vorteil ist schließlich, dass ein rechtsgrundlegender Ansatz eine diskursive Verengung auf eine rein innerrechtliche Diskussion vermeidet.<sup>42</sup> Eine solche Verengung wäre bei der Frage nach der zukünftigen Ausrichtung der Strafrechtsintegration besonders problematisch, da diese nicht exklusiv rechtlich oder rechtswissenschaftlich beantwortet werden sollte. Zum einen sollte innerhalb der Wissenschaft eine interdisziplinäre Vernetzung gesucht werden, zum anderen handelt es sich um gesellschaftlich zu debattierende Richtungsentscheidungen. Ein rein-rechtlicher Zugang wäre mit der Gefahr behaftet, die Möglichkeiten für Gestaltungsalternativen in der Strafrechtsintegration zu stark zu verengen. Insbesondere ein rechtsdogmatisches Vorgehen erlaubt nur eine Weiterentwicklung innerhalb der durch das positive Primärrecht festgelegten Korridore.<sup>43</sup> Es lässt aber nicht zu, die Normen und damit verbunden die Korridore bei der Suche nach Alternativen selbst infrage zu stellen. Ein rechtsgrundlegender Ansatz, der sich kritisch mit den Normen auseinandersetzt und dabei auch (theoretische) Konzepte und Überlegungen außerhalb des positiven Rechts aufgreift, hat den Vorteil, eine höhere Anschlussfähigkeit für andere wissenschaftliche Disziplinen und idealerweise, zumindest mittelbar, für einen öffentlichen Diskurs zu bieten.<sup>44</sup>

### 3. Zwischenergebnis

EU-Strafverfassungsrecht sollte als wissenschaftliches Konzept verstanden werden, dessen Inhalt nicht deckungsgleich mit dem positiven Primärrecht ist. Bei der inhaltlichen Bestimmung bietet sich ein normorientiertes und rechtsgrundlegendes Vorgehen an. Das bedeutet, dass positiv gesetzte Normen (konkret des EUV, AEUV, der GR-Charta sowie nationale Verfassungsbestimmungen) zwar einen wichtigen Ausgangspunkt, nicht jedoch abschließende Grenzen bilden. Um strafverfassungsrechtliche Anforderungen an die EU-Strafrechtspflege herzuleiten, geht es somit nicht um eine rechtsinterne, dogmatische Sinnerschließung, sondern eine kritische Reflexion der bestehenden Normen. Ein auf diese Weise verstandenes EU-Strafverfassungsrecht eignet sich am besten für die hier verfolgte Zielsetzung, eine übergreifende Integrationsperspektive zu entwerfen.

---

<sup>42</sup> Vgl. zu dieser Gefahr bereits *Zweiter Teil*, B., III., 1., b), aa), (2).

<sup>43</sup> Hinzukommt, dass die zugeschriebenen Vorteile eines rechtsdogmatischen Vorgehens für eine innerrechtswissenschaftliche Diskussion auch zweifelhaft erscheinen. Die mit Dogmatik oft assoziierte Hoffnung auf eine enge Verbindung zwischen Wissenschaft und Praxis oder einer im Vorgehen geeinten gesamteuropäisch rechtswissenschaftlichen Diskussion scheinen schwer einzulösen zu sein (vgl. dazu *Zweiter Teil*, B., III., 1., b), aa), (1)).

<sup>44</sup> Vgl. dazu noch *Dritter Teil*, B., II., 2., b).



## II. Weitere Leitlinien der Gestaltung

Über das normorientierte und rechtsgrundlegende Vorgehen hinaus lassen sich weitere Merkmale benennen, die das EU-strafverfassungsrechtliche Denken leiten sollten. Ideen aus der nationalen strafrechtswissenschaftlichen Diskussion (insb. des Strafverfassungsrechts im engeren Sinne<sup>45</sup>) bieten dafür wichtige Anknüpfungspunkte, müssen aber spezifisch für den EU-Kontext und die Zielsetzung dieser Untersuchung angepasst und weiterentwickelt werden. Der folgende Abschnitt unterbreitet dafür Vorschläge und entwirft weitere Leitlinien für das EU-strafverfassungsrechtliche Denken. Diese Leitlinien konturieren zum einen das Denken inhaltlich, betreffen zum anderen aber auch institutionelle Voraussetzungen, um eine größere gesamteuropäische wissenschaftliche Debatte zu ermöglichen und zu fördern. Leitlinien EU-strafverfassungsrechtlichen Denkens zu skizzieren, hat somit nicht nur das Ziel, die Grundlage für die in Abschnitt B. und C. folgenden eigenen Schlüsse zu legen, sondern kann auch für weitere Forschungsanstrengungen (und potenziell andere Schlussfolgerungen) einen Ausgangspunkt bieten.

### 1. Intradisziplinär-dialogisches Vorgehen

Strafverfassungsrechtliches Denken ist allgemein dadurch geprägt, an der Schnittstelle von zwei innerhalb der Rechtswissenschaften getrennten Teildisziplinen anzusetzen. Im nationalen Kontext ist es darauf gerichtet, die Anforderungen zu ermitteln, die sich aus dem Verfassungsrecht für die Ausgestaltung des (einfachen) Strafrechts ergeben.<sup>46</sup> Für das EU-Strafverfassungsrecht bietet sich nach hier vertretener Ansicht eine Übertragung dieses intradisziplinären Ansatzes an.<sup>47</sup> Statt aber einseitig vom Verfassungsrecht auf das Strafrecht zu blicken,

<sup>45</sup> Vgl. zu dieser Eingrenzung *Zweiter Teil*, A., II., 2.

<sup>46</sup> Vgl. dazu *Zweiter Teil*, A., II., 1. und 2., b), aa), (2).

<sup>47</sup> Man kann infrage stellen, ob im Ausgangspunkt die Vorstellung innerhalb der Rechtswissenschaften eigenständiger Teildisziplinen, die ein „intradisziplinäres“ Vorgehen überhaupt erst notwendig machen, sinnvoll und daher fortführungswürdig ist. Dagegen spricht, dass die Aufteilung als künstlich gesehen werden kann. Zwar lassen sich zwischen Strafrecht, Zivilrecht und öffentlichem Recht gewisse thematische Schwerpunkte identifizieren und auch methodisch haben sich Spezifika entwickelt. Ob die intradisziplinären Grenzen nicht zu einem Großteil eher institutionell gewachsen als substantiell (zwingend) erforderlich sind, lässt sich aber zumindest überlegen. Dass die intradisziplinären Grenzen im innereuropäischen Vergleich nicht einheitlich verlaufen, scheint die Sichtweise zu stützen. Für die Beibehaltung der Bezeichnung *intradisziplinär* spricht aber, dass die Teildisziplinen, selbst wenn sie künstlich sein sollten, doch allein durch ihr faktisches Bestehen Wirkung entfalten. So haben sich über die Zeit eigene Diskussionen und inhaltliche Prämissen entwickelt. Sicher ist es richtig, dass man über diese Spezifika in ein gemeinsames, übergreifendes Gespräch kommen sollte. Die Anerkennung, dass intradisziplinäre Grenzen, wenn auch künstlich, so doch existent sind, scheint als Ausgangspunkt auch für eine EU-Diskussion aber sinnvoll.

wird für das EU-Strafverfassungsrecht ein *intradisziplinär-dialogisches Vorgehen* vorgeschlagen. Es zeichnet sich durch zwei Besonderheiten aus.

a) *Beteiligung weiterer rechtlicher Teildisziplinen*

Die erste Besonderheit betrifft die zu beteiligenden innerrechtswissenschaftlichen Teildisziplinen. Während im nationalen Kontext die Verbindung zwischen Verfassungsrecht einerseits und Strafrecht andererseits im Zentrum steht, ist es für das EU-Strafverfassungsrecht nach hier vertretener Ansicht erforderlich, weitere Teildisziplinen der Rechtswissenschaft einzubeziehen. Das EU-Strafrecht stellt sich allgemein als eine „intradisziplinäre Querschnittsmaterie“ zwischen Strafrecht, Verfassungsrecht, Europarecht und sogar völkerrechtlichen Grundlagen dar.<sup>48</sup> Eine Diskussion zum EU-Strafverfassungsrecht sollte all diese Disziplinen beteiligen und dabei auch beachten, dass sie sich teilweise auch intern noch weiter ausdifferenzieren. So existieren innerhalb der Verfassungsrechtswissenschaft sowohl staatsorientierte als auch europäische Verfassungsrechtsansätze, die sich in ihren Prämissen und Standpunkten teils erheblich unterscheiden.<sup>49</sup> Beide Perspektiven liefern für das EU-Strafverfassungsrecht potenziell relevante Aspekte. Auch die EMRK nimmt mit Blick auf das Strafrecht innerhalb des Völkerrechts einen Sonderstatus ein, der bei der Einbeziehung des Völkerrechts als Rechtsdisziplin berücksichtigt werden sollte.<sup>50</sup> In Gegensatz zum nationalen Kontext existiert in der EU zudem nicht *ein* Strafrecht, im Sinne einer einheitlichen, klar als solcher identifizierbaren Kodifikation. Das EU-Strafrecht gliedert sich stattdessen in 27 einzelne Strafrechtsordnungen (mit jeweils um sie kreisenden und insgesamt noch wenig vernetzten strafrechtswissenschaftlichen Diskursen<sup>51</sup>), die um spezifisch transnationale Elemente auf der Ebene der EU selbst ergänzt werden.

Das rechtsgrundlegende Vorgehen erfordert zudem, sog. Rechtsgrundlagenfächer wie Rechtsphilosophie, Rechtssoziologie oder Rechtstheorie einzubeziehen. Diese können zwar auch als *interdisziplinäre* Öffnungen der Rechtswissenschaft gegenüber anderen wissenschaftlichen Disziplinen gesehen werden (zur Interdisziplinarität noch unter b)). Institutionell haben die Grundlagenfächer aber einen (mehr oder weniger) festen Platz an juristischen Fakultäten und werden dem folgend oft auch von Rechtswissenschaftler\*innen betrieben, sodass

---

<sup>48</sup> Vgl. *Ambos*, Internationales Strafrecht, § 9, Rn. 18; ähnlich *Hecker*, Europäisches Strafrecht, § 1, Rn. 9.

<sup>49</sup> Ein Beispiel dafür bietet die kontrovers diskutierte Frage, ob ein homogenes *demos* zwingend erforderlich ist, vgl. dazu bereits *Erster Teil*, C., I., 2., b) (insb. die Fußnoten 40, 41, 51 und 52 mit Nachweisen).

<sup>50</sup> Vgl. zur Bedeutung der EMRK für das Strafrecht bereits *Erster Teil*, C., II.

<sup>51</sup> Es existieren allerdings auch positive Beispiele für eine stärkere Verknüpfung; vgl. nur als Auswahl *Nelken/Hamilton*, Research Handbook of Comparative Criminal Justice; *Dubber/Hörnle*, Criminal Law. A Comparative Approach; *Hörnle*, in: Tiedemann/Sieber/Satzger/Burchard/Brodowski, Die Verfassung moderner Strafrechtspflege – Erinnerung an Joachim Vogel, S. 289; *Ambos*, GA 2016, 177; *Vogel*, JZ 2012, 25.

ihre Einbeziehung auch als intradisziplinäres Element verstanden werden kann. Die Einbeziehung von Grundlagen kann auch für nationale strafverfassungsrechtliche Ansätze sinnvoll sein. Da sich aber für das hier entwickelte EU-Strafverfassungsrecht ein positivistisches Vorgehen nicht eignet und stattdessen ein rechtsgrundlegendes Vorgehen vorzugswürdig ist, gewinnt die Integration von Rechtsgrundlagenfächern noch zusätzlich an Bedeutung.

#### b) Intradisziplinär dialogisch

Die zweite Besonderheit ist, dass EU-Strafverfassungsrecht nach hier vertretener Auffassung in einem intradisziplinären *Dialog* konstruiert werden sollte. EU-Strafverfassungsrecht sollte nicht als reine Außenansicht verstanden werden, bei der aus der Perspektive des europäischen Verfassungsrechts einseitig Anforderungen an die Gestaltung des (einfachen) Strafrechts in der EU gestellt werden. Vorzugswürdig ist es stattdessen, die unterschiedlichen innerrechtlichen Disziplinen in einen wechselseitigen Dialog miteinander zu bringen und so gemeinsam die Konturen des EU-Strafverfassungsrechts zu zeichnen. Der Auftrag, das EU-Strafverfassungsrecht mitzugestalten, richtet sich somit auch explizit an die (nationale) Strafrechtswissenschaft. Dadurch besteht für sie die Möglichkeit, sich auf der Ebene der EU in die Diskussion zur Gestaltung des europäischen Strafrechts einzubringen, statt – wie in der Vergangenheit zu beobachten war – die Errungenschaften des modernen, liberalen Strafrechts gegenüber expansiven EU-Tendenzen auf der nationalen Ebene zu verteidigen.<sup>52</sup>

Das dialogische Verständnis ist gerade im Kontext der EU vorteilhaft. Im nationalen Rahmen nimmt Strafverfassungsrecht eine externe Kontrollfunktion für das (einfache) Strafrecht ein.<sup>53</sup> Da kein Strafrecht außerhalb des verfassungsrechtlich vorgegebenen Rahmens stehen darf, erscheint es dort plausibel, den Fokus auf die Frage zu legen, welche Anforderungen sich aus verfassungsrechtlicher Sicht für das Strafrecht stellen. Das schließt zwar eine Beteiligung der Strafrechtswissenschaft bei der Festlegung des Strafverfassungsrechts nicht zwingend aus;<sup>54</sup> im Vordergrund steht aber die Sichtweise des Verfassungsrechts, die von eigenen Denkrationalitäten geprägt ist und bei deren Ermittlung institutionell Verfassungsrechtswissenschaft und Verfassungsgerichte ein großes Gewicht haben.

<sup>52</sup> Zur Darstellung dieser Richtung in der Strafrechtswissenschaft und einer Diskussion, warum ihr Lösungspotenzial speziell bei Voranschreiten der europäischen Integration begrenzt ist, siehe bereits *Erster Teil, C., I., 1. und 2.*

<sup>53</sup> Zu dieser Checks-and-Balances-Funktion vgl. *Burchard*, in: Tiedemann/Sieber/Satzger/Burchard/Brodowski, *Die Verfassung moderner Strafrechtspflege – Erinnerung an Joachim Vogel*, S. 27 (58 ff.).

<sup>54</sup> So auch schon allgemein für das Strafverfassungsrecht *Burchard*, in: Tiedemann/Sieber/Satzger/Burchard/Brodowski, *Die Verfassung moderner Strafrechtspflege – Erinnerung an Joachim Vogel*, S. 27 (29).

Auch in der EU ist die verfassungsrechtliche Perspektive zweifelsfrei wichtig, um das EU-Strafverfassungsrecht zu konturieren. Das EU-Strafverfassungsrecht sollte aber nach hier vertretener Ansicht weniger als ein primär verfassungsrechtliches Konzept, das nur inhaltlich das Strafrecht betritt, sondern als ein insgesamt interdisziplinäres Querschnittskonzept verstanden werden. EU-Strafverfassungsrecht ist nach dem hier dargelegten Verständnis nicht ein Teil des (positiven) EU-Verfassungsrechts, für dessen Auslegung die Verfassungsrechtswissenschaft und Verfassungsrechtspraxis automatisch einen Vorzug hat. Um die Potenziale als übergreifende Integrationsperspektive weiter zu entfalten, sollte EU-Strafverfassungsrecht als *zwischen* den Disziplinen liegend verstanden werden. Statt eines unidirektionalen Blicks vom Verfassungsrecht auf das Strafrecht ist dafür ein wechselseitig dialogisches Vorgehen aussichtsreicher.

Der wissenschaftliche Dialog erfordert, sich gegenseitig auf die jeweils anderen Perspektiven einzulassen und einander verstehen zu wollen. Es bedeutet nicht, dass die eigenen Konzepte, Prämissen und Vorstellungen aufgegeben werden müssten oder sollten. Im Gegenteil besteht das Ziel des Dialoges darin, diese Konzepte, Prämissen und Vorstellungen zu erklären und sicherzustellen, dass sie Berücksichtigung finden. Speziell für die Strafrechtswissenschaft folgt daraus die Aufgabe, sich zu überlegen, wie sie ihre Prinzipien und deren Bedeutung verfassungsrechtlich vermitteln kann; nicht jedoch, dass sie diese zugunsten bereits bestehender verfassungsrechtlicher Konzepte oder Prinzipien aufgeben müsste.

Umgekehrt ist aus der Perspektive des (europäischen) Verfassungsrechts eine Offenheit erforderlich, sich auf die strafrechtliche Sicht und Denkart einzulassen und die eigenen Annahmen des EU-Verfassungsrechts nicht zu verabsolutieren. Gerade in der EU besteht dafür ein besonderes Risiko. Die allgemeinen Prinzipien des EU-Rechts haben sich historisch unabhängig vom Strafrecht entwickelt und waren daher ursprünglich nicht für diesen Rechtsbereich angelegt. Erst als der EuGH 2005 entschied, dass die allgemeinen Prinzipien des Unionsrechts auch im *Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts* (RFSR) Anwendung finden, begann sich dies zu ändern.<sup>55</sup> Der Vertrag von Lissabon hat die Separierung des Strafrechts formal aufgehoben, sodass die Prinzipien des Unionsrechts nun auch eindeutig nach dem Primärrecht für den RFSR gelten. Inwiefern sie aber auch für das Strafrecht angemessen sind, ist damit nicht beantwortet. Gerade für den Grundsatz der Effektivität bestehen insoweit Zweifel.<sup>56</sup> Essenziell für einen produktiven Austausch der Disziplinen ist es, die jeweiligen Prämissen offenzulegen und grundlegend darüber nachzudenken, was verfassungsrechtli-

---

<sup>55</sup> Siehe EuGH, Urteil vom 16. Juni 2005, C-105/03, Pupino; vgl. zur Entscheidung bereits *Erster Teil*, B., II., 2., a) und c), aa).

<sup>56</sup> Vgl. für eine überzeugende Kritik an der (einfachen) Überführung von Effektivität in den *Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts* Herlin-Karnell, *The Constitutional Dimension of European Criminal Law*; vgl. für weitere Prinzipien und inwiefern sie Bedeutung im RFSR haben sollten auch Herlin-Karnell, in: Arcarazo/Murphy, *EU Security and Justice Law: After Lisbon and Stockholm*, S. 38.

che und strafrechtliche Argumentationsmuster und Prinzipien bisher trennt und was ihnen gemeinsam ist.

Der intradisziplinäre Dialog stellt nach hier vertretener Auffassung ein günstiges Forum dar, um differenzierte Antworten auf die Kernfrage der Strafrechtsintegration zu gewinnen: Hat Strafrecht eine Sonderstellung, die eine besondere Behandlung in der Integration erforderlich macht?<sup>57</sup> Historisch lässt sich die Sonderstellung eindeutig nachvollziehen.<sup>58</sup> Die unterschiedliche geschichtliche Entwicklung des Strafrechts im Vergleich zu vielen anderen Rechts- und Politikbereichen der EU spiegelt sich auch nach wie vor im Primärrecht wider. Dies beantwortet aber nicht die Frage, ob diese Sonderstellung normativ und auch mit Blick auf die Zukunft sinnvoll ist. EU-Strafverfassungsrecht als intradisziplinären Dialog zu verstehen, bietet sich zur Thematisierung dieser Frage besonders an. Zu berücksichtigen ist dabei auch, dass sich die Antwort über die Zeit mit sich wandelnden gesellschaftlichen und politischen Rahmenbedingungen ändern kann.<sup>59</sup> Das Ziel des intradisziplinären Dialogs und dem übergeordnet auch des EU-Strafverfassungsrechts allgemein sollte darin liegen, von (pauschalen) Behauptungen der Sonderstellung zu einer differenzierten Auseinandersetzung zu gelangen, warum, wann, in welchen Bereichen und unter welchen Voraussetzungen Strafrecht besonders behandelt werden sollte und was daraus konkret für die Aufgabenteilung zwischen EU- und mitgliedstaatlicher Ebene erfolgt.

Ziel des intradisziplinären Dialogs ist es nicht, die Zuständigkeitsverteilung zwischen EU und ihren Mitgliedsstaaten im Strafrecht (abschließend) festzulegen. Ob und inwieweit eine strafrechtliche Frage besser auf der mitgliedstaatlichen oder der EU-Ebene geregelt wird, ist keine Frage, die sich wissenschaftlich eindeutig beantworten lässt. Ein wissenschaftlicher Konsens, wie Strafrecht in der EU zukünftig ausgestaltet werden sollte, wäre weder realistisch noch erstrebenswert, da die Antwort zumindest auch von individuellen Vorstellungen und Präferenzen abhängt. Eine Verlagerung auf die Ebene der EU kann beispielsweise vorzugswürdig sein, wenn eine möglichst effektive Bekämpfung einer bestimmten Form typisch transnationaler Kriminalität gewünscht ist, aber nachteilig erscheinen, wenn man einen stärkeren Fokus auf den Erhalt nationaler Freiräume legt, um so beispielsweise kulturell oder historisch gewachsene spezifische Vorstellungen besser berücksichtigen zu können. Als wissenschaftlicher Ansatz, in den verschiedene Perspektiven einfließen, kann EU-Strafverfassungsrecht aber dazu beitragen, Kriterien zu entwickeln, die eine fundierte(re) Beur-

---

<sup>57</sup> So auch die zentrale Fragestellung bei *Brodowski*, in: Bäcker/Burchard, Strafverfassungsrecht, S. 139; zur Sonderstellung des Strafrechts aus demokratischer Perspektive allgemein *Gärditz*, in: Bäcker/Burchard, Strafverfassungsrecht, S. 15.

<sup>58</sup> Vgl. dazu *Erster Teil*, B., I.-III.

<sup>59</sup> Vgl. zur zunehmenden Normalisierung des Strafrechts infolge sich verändernder gesellschaftlicher Bedingung (wie z. B. der Kriminalitätsentwicklung) bereits *Erster Teil*, B., II., 2. und 3. Zu den Auswirkungen gesellschaftlicher Veränderungen auf die Bedeutung von Demokratie vgl. insb. *Erster Teil*, C., I., 2., b), cc).

teilung der Verteilung ermöglichen. Diese Kriterien erfüllen nicht nur für die Wissenschaft, sondern auch für die politische Diskussion zur Gestaltung der Strafrechtsintegration eine wichtige Orientierungsfunktion.

### c) Zwischenergebnis

Ziel des EU-strafverfassungsrechtlichen, intradisziplinären Dialogs ist es, eine fundierte wissenschaftliche Auseinandersetzung zur Rolle des Strafrechts in der Integration zu fördern. Durch die Zusammenführung verschiedener Perspektiven lassen sich idealerweise gemeinsame EU-strafverfassungsrechtliche Kriterien herleiten, die differenzierte wissenschaftliche (und ggf. auch politische) Antworten erlauben, wie eine Frage mit Strafrechtsbezug im Mehrebenensystem der EU geregelt werden sollte. Dieses Vorgehen bietet sich gerade für das vorgeschlagene rechtsgrundlegende Verständnis von Strafverfassungsrecht im Kontext der EU an, da ein so verstandenes EU-Strafverfassungsrecht keine Autorität daraus ziehen kann, Teil des positiven Verfassungsrechts zu sein.

## 2. Interdisziplinäre Offenheit

EU-Strafverfassungsrecht sollte neben der intradisziplinären Vernetzung auch als offen für *interdisziplinäre* Einflüsse verstanden werden. Erforderlich ist das insbesondere aufgrund des vorgeschlagenen rechtsgrundlegenden Vorgehens: Sich nicht ausschließlich auf die positive Setzung von Normen zu stützen, zieht nach sich, dass sich die Auseinandersetzung zu verfassungsrechtlichen Anforderungen an legitimes Strafrecht auf eine prinzipielle und theoretische Ebene verschiebt. Im Verfassungsrecht lässt sich auch im nationalen Kontext in besonderem Maße beobachten, dass theoretische Überlegungen benachbarter wissenschaftlicher Disziplinen, insbesondere der Politikwissenschaft, politischen Theorie und Philosophie, Eingang in rechtswissenschaftliche Argumente finden. Klassische Verfassungskonzepte wie „Demokratie“ oder „Rechtsstaatlichkeit“ lassen sich nicht allein positivistisch anhand des Normtextes bestimmen.<sup>60</sup> Um die abstrakten Begriffe zu konkretisieren, ist es notwendig, Überlegungen einzubeziehen, was Demokratie als Herrschaftsform ausmacht und welche Anforderungen sich daraus ergeben.<sup>61</sup> Dieser schon allgemein für das Verfassungsrecht prägende Gedanke wirkt sich auch auf das Strafverfassungsrecht aus.

Im Kontext der EU ist die interdisziplinäre Offenheit sogar von noch gesteigerter Bedeutung. Auch wenn man die EU-Rechtsordnung als Verfassungs-

---

<sup>60</sup> So auch *Greco*, in: Brunhöber/Höffler/Kaspar/Reinbacher/Vormbaum, Strafrecht und Verfassung, S. 13 (27); vgl. dazu *Zweiter Teil*, A., II., 3., a).

<sup>61</sup> Dass Vorverständnisse, die auf theoretischen Vorstellungen und Konzepten aus anderen Disziplinen aufbauen, die Interpretation des Verfassungsrechts beeinflussen, lässt sich auch anhand des Lissabon-Urteil des BVerfG nachvollziehen, vgl. zur Kritik der keinesfalls zwingenden Annahmen des BVerfG zu „Demokratie“ und „Kultur“ *Erster Teil*, C., I., 2.

rechtsordnung sieht, ist unbestritten, dass sie sich von nationalen Verfassungen unterscheidet. Dadurch bedingt ist auch die wissenschaftliche Diskussion zur speziellen Architektur der EU-Verfassungsrechtsordnung noch deutlich mehr im Fluss.<sup>62</sup> Verglichen mit dem nationalen Kontext kann insoweit noch weniger von gefestigten Positionen gesprochen werden. Die EU ist kein Gebilde, das sich in nationale Muster konstitutioneller Demokratie klar einordnen lässt, sondern verlangt ein spezielles Verständnis von Verfassung, Demokratie, Rechtsstaatlichkeit und wie deren Verhältnis zueinander zu bestimmen ist. Diese Fragen werden in Verfassungsrechtswissenschaft, Politikwissenschaft und Philosophie intensiv diskutiert. Bei der Gestaltung des EU-Strafverfassungsrechts sollte diese interdisziplinäre Diskussion berücksichtigt werden. Das erfordert insbesondere, fortlaufend kritisch zu hinterfragen, ob und inwieweit Gedanken und Konzepte aus dem nationalen Kontext auf die EU übertragbar sind und welche Rolle die spezifische Einbettung in einen solch transnationalen Verfassungsrahmen spielt.

### 3. Europäische Thematisierung

EU-Strafverfassungsrecht weist einen möglichen Weg, wie über die Zukunft des EU-Strafrechts europäisch diskutiert werden kann.<sup>63</sup> Die Anknüpfung an einen gemeinsamen Bezugspunkt auf der Ebene der EU ermöglicht es, Argumente aus potenziell 27 verschiedenen, sonst weitgehend separierten wissenschaftlichen Diskursen zusammenzuführen.<sup>64</sup> Da sich sowohl nationale Verfassungsverständnisse allgemein als auch deren jeweilige Bedeutung für das Strafrecht unterscheiden, verspricht die länderübergreifende Thematisierung neue Erkenntnisse. Als hilfreich erweist sich dafür, dass strafverfassungsrechtliches Denken in verschiedenen nationalen Strafrechtsdiskursen bereits existiert und das EU-Strafverfassungsrecht somit schon an bestehende wissenschaftliche Denktraditionen anknüpfen kann.<sup>65</sup> Die gesamteuropäische Thematisierung wird auf der einen

---

<sup>62</sup> Lange Zeit kreiste sie um die Frage, inwiefern der Verfassungsbegriff überhaupt jenseits des Staats Verwendung finden könnte oder sollte, vgl. dazu beispielhaft die Diskussion zwischen *Habermas* und *Grimm* um die Jahrtausendwende *Grimm*, Die Verfassung und die Politik: Einsprüche in Störfällen; *Habermas*, in: Die postnationale Konstellation: Politische Essays; dazu auch *Thiel*, in: Biegi/Förster/Otten/Philipp, Demokratie, Recht und Legitimität im 21. Jahrhundert, S. 163; Mittlerweile hat sich die Diskussion eher dahin verschoben, wie das Verfassungskonzept für die EU sinnvoll zu nutzen ist, vgl. zu den diversen Ansätzen z. B. von *Bogdandy/Bast*, Europäisches Verfassungsrecht; *Lenaerts/van Nuffel*, EU Constitutional Law; *Häberle/Kotzur*, Europäische Verfassungslehre (vgl. auch bereits *Zweiter Teil*, B. am Anfang).

<sup>63</sup> Es entspricht somit der im *Ersten Teil*, C., III., 2. identifizierten Anforderung an wissenschaftliche Ansätze zur Integration des Straf- und Strafverfahrensrechts.

<sup>64</sup> Vgl. zu den Potenzialen bereits *Zweiter Teil*, B., III., 1., a), dd); zu den Herausforderungen *Zweiter Teil*, B., III., 1., b), aa) und zu der hier vorgeschlagenen Lösung eines rechtsgrundlegenden Vorgehens *Dritter Teil*, A., I., 2., b), dd).

<sup>65</sup> Zwar sind die nationalen Verständnisse mit dem hier vorgeschlagenen nicht deckungs-

Seite Gemeinsamkeiten zwischen den (straf-)verfassungsrechtlichen Vorstellungen in den Mitgliedsstaaten zeigen. Wenn sich ein gesamteuropäischer Konsens abzeichnet, werden diese strafverfassungsrechtlichen Anforderungen generell bei der Gestaltung der Strafrechtsintegration auf der EU-Ebene zu berücksichtigen sein. Auf der anderen Seite werden sich auch Unterschiede zwischen den national geprägten strafverfassungsrechtlichen Vorstellungen offenbaren.<sup>66</sup> Auch diese Unterschiede lassen sich berücksichtigen, wofür aber potenziell alternative Formen in Betracht gezogen werden können.<sup>67</sup>

#### 4. EU-Strafverfassungsrecht als Prinzipiendenken

Strafverfassungsrechtliche Ansätze sind allgemein dadurch charakterisiert, dass Prinzipien (oder auch Werte) des Verfassungsrechts eine wichtige Rolle einnehmen. Aufgrund ihrer normhierarchisch höherrangigen Stellung machen sie für die Gestaltung des einfachen Strafrechts verbindliche Vorgaben. Auch das EU-Strafverfassungsrecht sollte verfassungsrechtlichen Prinzipien eine zentrale Stellung einräumen. Aufgrund des vorgeschlagenen rechtsgrundlegenden Vorgehens lässt sich die höhere Stellung der Prinzipien zwar nicht allein rechtsintern (positivistisch) begründen; auch ein rechtsgrundlegender Ansatz ist aber in der Lage, Über-Unterordnungsverhältnisse zu berücksichtigen, die im Recht durch Normhierarchien ausgedrückt werden. Bei der Konstruktion des EU-Strafverfassungsrechts geht es somit darum, übergeordnete strafverfassungsrechtliche Prinzipien zu identifizieren, die als Fixpunkte das konzeptionelle Denken über die Strafrechtsintegration leiten.<sup>68</sup> Die EU-strafverfassungsrechtlichen Prinzipien können sich mit ihren nationalen Pendanten überschneiden; sie sind aber nicht zwingend deckungsgleich, sondern müssen die Spezifika der EU beachten. Gerade bei der näheren Konkretisierung der strafverfassungsrechtlichen Prinzipien dürften sich Unterschiede zeigen.<sup>69</sup>

Mit der Orientierung an verfassungsrechtlichen Prinzipien eng verbunden ist ein weiteres generelles Charakteristikum strafverfassungsrechtlichen Denkens, nämlich das Erfordernis einer abwägenden Herangehensweise.<sup>70</sup> Verfassungs-

---

gleich; einer Anknüpfungsfähigkeit steht das aber nicht im Wege; vgl. zu den Ansätzen in den Mitgliedsstaaten *Zweiter Teil, A., II., 1. und 2.*

<sup>66</sup> Zum Beispiel muss die in Deutschland als eng eingeschätzte Verbindung zwischen strafrechtlichem Schuldprinzip und der Menschenwürde (Art. 1 Abs. 1 GG) in anderen Ländern nicht als gleichermaßen eng gesehen werden.

<sup>67</sup> Vgl. detaillierter zu den Möglichkeiten noch *Dritter Teil, C.*

<sup>68</sup> Vgl. für erste Vorschläge *Dritter Teil, B.*

<sup>69</sup> Sowohl auf der nationalen als auch der EU-Ebene wird abstrakt Demokratie ein wichtiges strafverfassungsrechtliches Prinzip sein. Die konkrete Ausgestaltung des demokratischen Modells und die Anforderungen, die an demokratisch legitimes Strafrecht zu stellen sind, dürften sich aber u. a. aufgrund unterschiedlicher gesellschaftlicher Bedingungen (z. B. einer erst entstehenden europäischen Öffentlich o. ä.) oder institutioneller Möglichkeiten unterscheiden.

<sup>70</sup> Vgl. dazu *Zweiter Teil, A., II., 2., b), aa), (4).*



rechtliche Prinzipien müssen zueinander in ein Verhältnis gesetzt, abgewogen und in einen angemessenen Ausgleich gebracht werden. Auch für das EU-Strafverfassungsrecht sollte das abwägende Denken nach hier vertretener Ansicht ein leitendes Merkmal sein. Im Vergleich zum nationalen Kontext sind dabei zwei Besonderheiten zu beachten. Zum einen müssen bei der Abwägung der strafverfassungsrechtlichen Prinzipien die Spezifika des Verfassungskontextes der EU berücksichtigt werden. Da EU-strafverfassungsrechtliche Prinzipien schon für sich genommen nicht deckungsgleich zu den nationalen sind, muss auch ihr Verhältnis zueinander gesondert bestimmt werden. Vorschnelle Übertragungen von Schlüssen aus dem nationalen Rahmen sollten entsprechend vermieden werden. Zum anderen kann sich auch das Vorgehen beim Abwägen in der EU eigenen Maximen folgen. So ist es nicht zwingend, dass die Abwägung EU-strafverfassungsrechtlicher Prinzipien sich am Grundsatz der „praktischen Konkordanz“ orientiert.<sup>71</sup> Auch wenn sich der Grundsatz in der deutschen Verfassungsrechtswissenschaft und Praxis als hilfreich erwiesen haben mag, um mit der Kollision von Verfassungsprinzipien umzugehen, muss dies nicht automatisch auch für das EU-Strafverfassungsrecht gelten.<sup>72</sup>

### 5. Korridor- und Spielraumdenken

Sinnvoll für den Kontext der EU ist es auch, EU-Strafverfassungsrecht im Anschluss an *Burchard* als ein Denken in Korridoren und Spielräumen zu verstehen.<sup>73</sup> EU-Strafrecht muss verschiedene Interessen, wie z. B. nach Freiheit und Sicherheit oder nach Einheit und Vielfalt, berücksichtigen. Auch wenn sich die Interessen nicht immer antagonistisch gegenüberstehen, so kann doch im Einzelfall eine Abwägung zur Festlegung ihres genauen Verhaltens zueinander erforderlich sein. EU-Strafverfassungsrecht sollte nach hier vertretener Auffassung nicht darauf abzielen, definitive Lösungen für diese Abwägungen, z. B. in Form konkreter Handlungsanweisungen an den kriminalpolitischen Gesetzgeber, vor-

<sup>71</sup> Dazu grundlegend *Hesse*, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland: „[V]erfassungsrechtlich geschützte Rechtsgüter müssen in der Problemlösung einander so zugeordnet werden, dass jedes von ihnen Wirklichkeit gewinnt. Wo Kollisionen entstehen, darf nicht in vorschneller „Güterabwägung“ oder gar abstrakter „Wertabwägung“ eines auf Kosten des anderen realisiert werden. Vielmehr stellt das Prinzip der Einheit der Verfassung die Aufgabe einer Optimierung: beiden Gütern müssen Grenzen gezogen werden, damit beide zu optimaler Wirksamkeit gelangen können.“ (Rn. 72); dazu *Schladebach*, Der Staat 2014, 263; verbreitet ist die Vorstellung von *Alexy*, Prinzipien als „Optimierungsgebote“ zu verstehen, vgl. *Alexy*, Theorie der Grundrechte, S. 75 ff. *Alexy* selbst sieht sein Abwägungsmodell als Entsprechung zum Prinzip der praktischen Konkordanz (152).

<sup>72</sup> Siehe für eine Kritik am Prinzip der praktischen Konkordanz *Fischer-Lescano*, KJ 2008, 166.

<sup>73</sup> Vgl. dafür besonders *Burchard*, in: Tiedemann/Sieber/Satzger/Burchard/Brodowski, Die Verfassung moderner Strafrechtspflege – Erinnerung an Joachim Vogel, S. 27 (49 ff.), vgl. dazu *Zweiter Teil*, A., II., 2., b), dd).

zugeben. Es sollte stattdessen anerkennen, dass die konkrete Abwägungsentscheidung in aller Regel nicht wissenschaftlich „richtig“ getroffen werden kann, sondern eine politische Dimension hat, die letztendlich demokratisch entschieden werden sollte.<sup>74</sup>

Nach hier vertretener Auffassung liegt das Potenzial des EU-Strafverfassungsrechts darin, der kriminalpolitischen Gestaltung der Strafrechtsintegration einen Rahmen (oder eben einen Korridor oder Spielraum) zu setzen. Dieser Rahmen ist zum einen inhaltlich zu verstehen: Strafverfassungsrecht bietet Orientierung, was aus (straf-)verfassungsrechtlicher Sicht zulässig ist und damit (verfassungsrechtliche) Legitimität beanspruchen kann. Der Rahmen ist zum anderen aber auch formal und institutionell zu verstehen. Er befasst sich mit der Frage, wem die Aufgabe der Gestaltung übertragen wird. Anknüpfend an *Burchard* ist es somit sinnvoll, auch das EU-Strafverfassungsrecht als einen demokratisch und gewaltenteilungstheoretisch aufgeladenen Denkstil zu begreifen.<sup>75</sup>

Für das EU-Strafverfassungsrecht müssen im Vergleich zum nationalen Kontext allerdings wiederum EU-spezifische Besonderheiten beachtet werden. Eine solche Besonderheit ist, dass sich das Modell der Gewaltengliederung in der EU von dem in vielen Nationalstaaten unterscheidet. Statt einer organischen Trennung, bei der die Aufgaben der Rechtsprechung, Rechtssetzung und Rechtsdurchführung auf verschiedene Institutionen verteilt sind,<sup>76</sup> existiert in der EU ein funktionales Verständnis von Gewaltengliederung.<sup>77</sup> Nicht nur werden danach legislative und exekutive Aufgaben generell von mehreren Institutionen

---

<sup>74</sup> Vgl. hierzu bereits *Zweiter Teil, A., II., 3., b*). Das schließt selbstverständlich nicht aus, dass die Strafrechtswissenschaft Vorschläge für eine z. B. aus kriminologischer, philosophischer oder auch ökonomischer Sicht sinnvolle Kriminalpolitik unterbreiten kann.

<sup>75</sup> *Burchard*, in: Tiedemann/Sieber/Satzger/Burchard/Brodowski, Die Verfassung moderner Strafrechtspflege – Erinnerung an Joachim Vogel, S. 27 (42).

<sup>76</sup> Die Modelle der Nationalstaaten variieren allerdings mit Blick darauf, wie strikt die Trennung zwischen den Institutionen gezogen werden. Ein Beispiel für ein Modell mit rigider Trennung, das oft mit der Vorstellung von *Montesquieu* verbunden wird, lässt sich in der ersten Verfassung der USA beobachten, vgl. dazu *Brown*, *University of Pennsylvania Law Review* 1991, 1513 (1534); auch heute ist die Trennung in den USA noch relativ stark ausgeprägt (vgl. Art. 1, 2 und 3 der US-Verfassung), wobei sich aber auch einige Verknüpfungen zwischen den Institutionen ausmachen lassen, vgl. *Clark*, *Willamette L.J.* 1974, 1 (3). In vielen europäischen Staaten ist die Trennung weniger stark ausgeprägt. Das hängt u. a. damit zusammen, dass mit der Aufteilung von Staatsaufgaben auf verschiedene Institutionen auch andere normative Ziele als nur eine gegenseitige Kontrolle (*checks & balances*) verfolgt werden. Die Aufteilung von Aufgaben auf verschiedene Institutionen mit jeweils eigenen Funktionslogiken kann z. B. ein effektiveres Regieren ermöglichen. Die verschiedenen Institutionen können auch die Interessen in einer pluralen Gesellschaft besser abbilden und verarbeiten, vgl. insgesamt *Möllers*, *Gewaltengliederung*, S. 68; *Lenaerts/Verhoeven*, in: Joerges/Dehousse, *Good Governance in Europe's Integrated Market*, S. 35 (41).

<sup>77</sup> Art. 14 ff. EUV; vgl. dazu *Lenaerts*, *Common Market L. Rev.* 1991, 11; *Bast*, in: von Bogdandy/Bast, *Europäisches Verfassungsrecht: Theoretische und dogmatische Grundzüge*, S. 489 (503 ff.).

gemeinsam wahrgenommen.<sup>78</sup> Das institutionelle Gleichgewicht variiert auch abhängig vom Politikbereich und noch konkreter dem spezifischen Kompetenztitel. Gerade im Straf- und Strafverfahrensrecht lässt sich dies nachvollziehen, da in der Entwicklung der Rat als Vertretung der mitgliedstaatlichen Regierungen stets eine besonders wichtige Stellung hatte, wohingegen Kommission, Parlament und EuGH lange Zeit nur eingeschränkte Rechte hatten.<sup>79</sup> Auch nach dem Vertrag von Lissabon zeigt sich z. B. in der Rolle des Europäischen Rates oder den weiterhin besonderen Gesetzgebungsverfahren, dass das institutionelle Gefüge im Verhältnis zu anderen Politikbereichen noch immer Spezifika aufweist.<sup>80</sup> Für das EU-Strafverfassungsrecht folgt daraus, dass Annahmen aus dem nationalen Rahmen nicht einfach auf die EU übertragen werden können. Notwendig ist stattdessen eine tiefere Auseinandersetzung mit den Spezifika der EU-Institutionen und ihres institutionellen Gleichgewichts im Strafrecht.

Mindestens ebenso wichtig wie die Unterschiede im institutionellen Gleichgewicht auf EU-Ebene zu thematisieren, ist es, dass sich das EU-Strafverfassungsrecht mit der vertikalen Dimension der Gewaltengliederung in der EU befasst. Nach hier vertretener Ansicht liegt gerade darin eine wichtige Aufgabe für das EU-Strafverfassungsrecht. Es kann strafverfassungsrechtliche Korridore festlegen, die verschiedene Möglichkeiten zulassen, wie Strafrecht im Mehrebenensystem der EU zwischen der zentralen europäischen und der föderalen mitgliedstaatlichen Ebene verteilt werden kann.<sup>81</sup> Auch bezüglich der Zuständigkeitsverteilung zielt das EU-Strafverfassungsrecht somit nicht darauf ab, definitive Festlegungen zu treffen. Ob eine strafrechtliche Frage zentral oder dezentral geregelt werden sollte, lässt sich wissenschaftlich (in aller Regel) nicht eindeutig klären, sondern hängt von der demokratischen Abwägung verschiedener Interessen und Präferenzen ab.<sup>82</sup> Eine EU-strafverfassungsrechtliche Thematisierung kann aber sicherstellen, dass sich die Abwägung an strafverfassungsrechtlich relevanten Kriterien orientiert und dass das Ergebnis der Abwägung innerhalb eines Korridors verfassungsrechtlich zulässiger Entscheidungen liegt.

Das hier vorgeschlagene rechtsgrundlegende Verständnis führt zu einer weiteren Besonderheit des EU-Strafverfassungsrechts. Im Unterschied zu einem po-

---

<sup>78</sup> Ein Beispiel hierfür bietet das ordentliche Gesetzgebungsverfahren (Art. 294 AEUV), an dem sowohl Kommission, Parlament und Rat beteiligt sind.

<sup>79</sup> Vgl. *Erster Teil*, B., II., 2.

<sup>80</sup> Der Europäische Rat legt nicht nur die strategischen Leitlinien fest (Art. 68 AEUV), sondern kann im Rahmen des „Notbremse“-Verfahrens (Art. 82 Abs. 3 und Art. 83 Abs. 3 AEUV) sogar in einem laufenden Gesetzgebungsverfahren eingeschaltet werden, um sich mit einem konkreten Richtlinienentwurf zu befassen. Angesichts seiner allgemeinen Funktion, zwar allgemeine politische Ziele und Prioritäten festzulegen, dabei aber explizit „nicht gesetzgeberisch tätig“ zu werden (siehe Art. 15 Abs. 1 EUV), ist diese Funktion ein bemerkenswerter Ausdruck eines speziellen institutionellen Gleichgewichts im EU-Strafrecht, vgl. dazu und zu Beispielen für besondere Gesetzgebungsverfahren *Erster Teil*, B., II., 3., a), bb).

<sup>81</sup> Vgl. zu dieser Frage auch *Reinbacher*, Strafrecht im Mehrebenensystem.

<sup>82</sup> Vgl. *Dritter Teil*, A., II., 1., b).

sitivistischen Verständnis lassen sich bei dem rechtsgrundlegenden Vorgehen keine eindeutigen Aussagen zu den *positiv-(verfassungs-)rechtlichen* Grenzen der kriminalpolitischen Korridore treffen, da dies die Auslegung des geltenden positiven Primärrechts erfordern würde.<sup>83</sup> Rechtsgrundlegend definierte Korridore eignen sich daher nicht für trennscharfe Beurteilungen, ob eine Maßnahme rechtmäßig ist. Ein rechtsgrundlegend konzipiertes EU-Strafverfassungsrecht liefert aber Erkenntnisse, die auf einer anderen Ebene liegen. Die Korridore des verfassungsrechtlich Möglichen werden nicht dogmatisch, sondern unter Hinzuziehung verfassungstheoretischer und rechtsprinzipieller Überlegungen bestimmt. Das kann z. B. umfassen, Voraussetzungen zu klären, die vorliegen müssen, damit ein demokratischer Prozess (ausreichende) Legitimation für strafrechtliche Normsetzung bietet.<sup>84</sup> Das hier vorgestellte rechtsgrundlegend verstandene EU-Strafverfassungsrecht liefert somit nicht weniger, sondern andere Erkenntnisse.

### 6. Zwischenergebnis

Das hier vorgestellte EU-Strafverfassungsrecht zeigt einen Weg auf, die Rolle des Strafrechts in der Integration und Perspektiven zur weiteren Gestaltung in einem konstruktiven intradisziplinären Dialog zu diskutieren. Es bietet damit eine Alternative zum Status Quo, in dem sich die rechtlichen Teildisziplinen aufgrund unterschiedlicher Ausgangspunkte und Prämissen oft unvereinbar gegenüberstehen, ohne miteinander in einen Austausch zu kommen. Auch wenn sich durch das EU-Strafverfassungsrecht nicht alle Widersprüche der Perspektiven auflösen lassen, kann es zumindest dazu beitragen, eine gemeinsame Debatte zu den relevanten Fragen anzustoßen. Die jeweiligen Standpunkte werden nicht nur aus dem eigenen Verständnis heraus behauptet, sondern in einer gegenseitig besser verständlichen Weise artikuliert, begründet und idealerweise letztlich in Einklang

---

<sup>83</sup> Auch ein rechtspositivistischer, dogmatischer Ansatz der Wissenschaft würde zwar die gleiche Perspektive und Methode wie (Verfassungs-)Gerichte zugrunde legen, könnte aber keine *verbindlichen* Auskünfte über die Verfassungsmäßigkeit geben, da es sich noch immer um eine bestimmte Normauslegung aus der Wissenschaft handeln würde. Aus diesem Grund schiene es auch für einen entsprechenden Zugang aus der Wissenschaft besser, lediglich von „verfassungsrechtlich (un-)problematisch“ zu sprechen, statt eine Maßnahme oder Entscheidung für „verfassungswidrig zu erklären“. Inhaltlich ist damit aber nicht die Aussage verbunden, dass die Rechtswissenschaft ihre Kontrolldichte oder ihre (alternativen) Interpretationsangebot zurückhaltend formulieren müsste oder sollte. Im Gegenteil: Da sie im Unterschied beispielsweise zur Verfassungsgerichtsbarkeit keine faktische Machtposition innehat, kann sie ihre Vorschläge selbstbewusst auch z. B. gegenüber der Legislative kommunizieren, ohne in Konflikt mit der rechtsstaatlich gebotenen Gewaltenteilung zu kommen. Vgl. auch zu dem Unterschied einer sich mit dem Verfassungsrecht auseinandersetzen (Straf-)Rechtswissenschaft und den Verfassungsgerichten *Hörnle*, Grob anstößiges Verhalten, S. 33 f.

<sup>84</sup> Vgl. z. B. für diskurstheoretische Voraussetzungen *Habermas*, Faktizität und Geltung, S. 169 ff.

miteinander gebracht. Es erlaubt damit, die Rolle des Strafrechts in der Integration sowohl grundsätzlich als auch in Einzelfragen auf eine solide(re) wissenschaftliche Grundlage zu stellen.

Die hier vorgeschlagene interdisziplinäre Offenheit des EU-Strafverfassungsrechts, die die intradisziplinäre Vernetzung ergänzt, soll gewährleisten, dass aktuelle Entwicklungen in der politikwissenschaftlichen, verfassungstheoretischen und philosophischen Diskussion zur Frage des Verfassungscharakters der EU berücksichtigt werden. Die ständige Rückbindung an diese Diskussionen und Berücksichtigung ihrer Erkenntnisse ist gerade im Kontext der EU notwendig, da die Verfassungsrechtsordnung der EU im Vergleich zu den nationalstaatlichen Verfassungen noch weniger gefestigt erscheint. Bei der Ausgestaltung des EU-Strafverfassungsrechts sollte zudem darauf geachtet werden, die verschiedenen nationalen Perspektiven in einer gesamteuropäischen Diskussion zu bündeln, anstatt (weiter) an national spezifischen Sichtweisen festzuhalten. Schließlich sollte das EU-Strafverfassungsrecht als ein abwägendes Prinzipiendenken verstanden werden, das nicht darauf angelegt ist, Abwägungsentscheidungen selbst zu treffen, sondern kriminalpolitische Handlungsspielräume für demokratische Festlegungen zu definieren.

## B. EU-strafverfassungsrechtliche Leitprinzipien

In dem hier vorgestellten Verständnis eines EU-Strafverfassungsrechts nehmen Prinzipien eine wichtige Stellung ein.<sup>1</sup> Als Fixpunkte sollen sie normative Orientierung geben und als Basis für die Entwicklung konkreter wissenschaftlicher Kriterien und Maßstäbe dienen. Entsprechend der im vorherigen Abschnitt vorgeschlagenen Leitlinien, insbesondere einem normorientierten und rechtsgrundlegenden Vorgehen, werden in diesem Abschnitt erste wichtige EU-strafverfassungsrechtliche *Leitprinzipien* entworfen. Damit sind Prinzipien gemeint, die das EU-strafverfassungsrechtliche Denken insgesamt leiten sollen. Um dieser Anforderung zu entsprechen, zeichnen sich die Leitprinzipien durch einen hohen Grad an Generalität und Abstraktion aus.

Dies wirft die Frage auf, ob und wie sich aus abstrakten Prinzipien wie „Rechtsstaatlichkeit“, „Demokratie“ oder „föderaler Vielfalt“ konkrete(re) Vorgaben ableiten lassen, die eine strafverfassungsrechtlich legitime Ausgestaltung der Strafrechtsintegration gewährleisten können. Nach hier vertretener Ansicht lässt sich auch die weitere Konkretisierung anhand der vorgestellten Leitlinien für das EU-strafverfassungsrechtliche Denken vornehmen.<sup>2</sup> Sie sollte also von positiven Normen des EU-Primärrechts und nationalen Verfassungen ausgehen und sich rechtsgrundlegend in einem intradisziplinären Dialog, der offen für interdisziplinäre Einflüsse ist und eine europäische Vernetzung sucht, auseinandersetzen.<sup>3</sup> Bei der Konkretisierung geben die in diesem Abschnitt identifizierten Leitprinzipien inhaltliche Orientierung. Wichtig ist, dass stets das Verhältnis der Prinzipien zueinander bedacht werden muss und ggf. durch eine abwägende Herangehensweise ein Ausgleich zwischen ihnen gesucht wird.<sup>4</sup> Dass bei dieser Aus-

---

<sup>1</sup> Grundlegend zu den verfassungsrechtlichen Prinzipien des Unionsrechts von *Bogdandy*, in: von Bogdandy/Bast, *Europäisches Verfassungsrecht: Theoretische und dogmatische Grundzüge*, S. 13; vgl. auch *Tridimas*, *The General Principles of EU Law*; vgl. zu verfassungsrechtlichen Prinzipien im Strafrecht generell *Berger*, in: *Dubber/Hörnle, The Oxford Handbook*, S. 422.

<sup>2</sup> Für einen eigenen Vorschlag vgl. noch *Dritter Teil, C., II.*, wo anhand des Grundsatzes der Waffengleichheit veranschaulicht wird, wie eine EU-strafverfassungsrechtliche Neuinterpretation in Form eines *Grundrechtsprinzips* der EU-Waffengleichheit aussehen kann; vgl. zu den Leitlinien insgesamt *Dritter Teil, A.*

<sup>3</sup> Vgl. zu dem Vorschlag eines normorientierten und rechtsgrundlegenden Vorgehens *Dritter Teil, A., I.*; zu dem Vorschlag eines intradisziplinären Dialogs *Dritter Teil, A., II., 1.*; zu dem Vorschlag interdisziplinärer Offenheit *Dritter Teil, A., II., 2.* und zu dem Vorschlag europäischer Vernetzung *Dritter Teil, A., II., 3.*

<sup>4</sup> Vgl. dazu *Dritter Teil, A., II., 4.*

einandersetzung nicht stets übereinstimmende Ergebnisse zum Gehalt der Prinzipien herauskommen werden, ist angesichts der Vielzahl von Perspektiven nicht nur erwartbar, sondern in einem pluralen Rechtsdiskurs sogar wünschenswert. Die Auswahl relevanter Prinzipien und ihre Konkretisierung kann auch abhängig vom konkret in den Blick genommen Bereich oder Phänomen des EU-Strafrechts variieren. Dennoch ist zu erwarten, dass sich in dem Diskurs gewisse Schnittmengen zu den Inhalten der Prinzipien herauskristallisieren.

Aus diesen Erwägungen folgt, dass die vorliegende Untersuchung die Aufgabe der Konkretisierung der Prinzipien des EU-Strafverfassungsrechts nicht allein bewerkstelligen kann. Sie kann nur einen Beitrag aus der Perspektive eines primär rechtswissenschaftlich, im deutschen Straf-, Verfassungs- und EU-Rechtsdenken sozialisierten Forschers einbringen. Auch wenn es der Ansatz der Untersuchung ist, sowohl über die nationalen als auch die intra- und interdisziplinären Grenzen hinwegzublicken, kann dadurch nicht der Anspruch einer multiperspektivischen Diskussion eingelöst werden. Aus diesem Grund ist der Anspruch der folgenden Überlegungen zu den EU-strafverfassungsrechtlichen Prinzipien folgendermaßen zu präzisieren: Es geht hier in erster Linie darum, in das Vorgehen der Konkretisierung einzuführen. Neben der Identifikation wichtiger Prinzipien (dazu I.) geht es dabei auch darum, sich mit ihrem Verhältnis zueinander auseinanderzusetzen. Letzteres lässt sich anhand eines aus EU-strafverfassungsrechtlicher Sicht wichtigen Ziels, der Gewährleistung eines effektiven EU-weiten Grundrechtsschutz im Strafrecht, der demokratisch und föderal offen ausgestaltet sein sollte, veranschaulichen (dazu II.).

## I. Herleitung EU-strafverfassungsrechtlicher Leitprinzipien

### 1. Prinzip der Rechtsstaatlichkeit und der Grundrechte

Ein erstes aus EU-strafverfassungsrechtlicher Perspektive wichtiges Leitprinzip sollte die Rechtsstaatlichkeit und damit eingeschlossen die Wahrung von Grundrechten darstellen.

#### a) Normorientierte Herleitung

Art. 2 EUV statuiert, dass sich die EU auf den Werten der Achtung der Menschenwürde, Freiheit, Demokratie, Gleichheit, Rechtsstaatlichkeit und der Wahrung der Menschenrechte gründet.<sup>5</sup> Rechtsstaatlichkeit stellt für die EU einen so fundamentalen Grundsatz dar, weil der Schutz aller anderen Grundwerte davon abhängt, dass sie mithilfe des Rechts durchgesetzt werden können. Die besondere

<sup>5</sup> Trotz der sprachlich an eine Präambel erinnernden Formulierung (auf Werten gründen) ist Art. 2 EUV auf rechtliche Verbindlichkeit angelegt, vgl. dazu *Spieker*, *EU Values Before the Court*, Kapitel 2 (im Erscheinen).

Bedeutung der Rechtsstaatlichkeit hat der EuGH in jüngster Vergangenheit angesichts rechtsstaatlicher Probleme in einigen Mitgliedsstaaten hervorgehoben.<sup>6</sup> Für das EU-Strafrecht ist die Einhaltung von Rechtsstaatlichkeit u. a. deswegen von entscheidender Bedeutung, da sie Grundlage für ein gegenseitiges Vertrauen ist, auf dem die Mechanismen der gegenseitigen Anerkennung aufbauen.<sup>7</sup>

Ein wichtiges Element von Rechtsstaatlichkeit ist die effektive Gewährleistung von Grund- und Menschenrechten.<sup>8</sup> Für die Grundrechte stellt aus dem allgemeinen Unionsverfassungsrecht Art. 6 EUV die zentrale Norm dar. Aus Art. 6 Abs. 1 EUV folgt nicht nur, dass die Charta der Grundrechte der EU (im Folgenden: Charta) rechtliche Verbindlichkeit erlangt, sondern auch, dass sie normhierarchisch den gleichen Rang wie das Primärrecht einnimmt. Aus strafverfassungsrechtlicher Sicht stellt die Existenz eines verbindlichen, schriftlichen und normhierarchisch auf der höchsten Stufe stehenden Grundrechtskatalogs eine wesentliche Errungenschaft der EU dar.<sup>9</sup> Art. 6 Abs. 3 EUV statuiert, dass über die Charta hinaus auch die Grundrechte aus der EMRK und aus den gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedsstaaten als „allgemeine Grundsätze“ Teil des Unionsrechts sind.<sup>10</sup> Speziell mit Blick auf das Strafrecht ergibt sich die besondere Bedeutung der Grundrechte EU-primärrechtlich aus Art. 67 Abs. 1 AEUV, demzufolge die EU „einen Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts [bildet], in dem die Grundrechte und die verschiedenen Rechtsordnungen und -traditionen der Mitgliedsstaaten geachtet werden.“ Art. 67 Abs. 1 AEUV lässt sich im Verhältnis zu Art. 6 Abs. 3 EUV sogar als Erweiterung lesen. Art. 67 Abs. 1 AEUV schützt nämlich nicht nur die Grundrechte, „wie sie sich aus den *gemeinsamen* Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten ergeben“ (Hervorhebung hier), sondern fordert die Achtung der *verschiedenen* Rechtsordnungen der Mitgliedsstaaten, wozu grundsätzlich auch nationale Grundrechte gehören.<sup>11</sup> Sie sind im *Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts* somit auch dann zu achten, wenn sie (noch) nicht zum Kreis der

---

<sup>6</sup> EuGH, Urteil vom 16. Februar 2022, C-156/21, Ungarn v. Parlament und Rat; dazu *Fisicaro*, *European Constitutional Law Review* 2022, 334; für einen Überblick über die jüngeren Entwicklungen der Rechtsstaatlichkeit aus der Perspektive des EuGH *Pech/Kochenov*, *Respect for the Rule of Law in the Case Law of the European Court of Justice: A Casebook Overview of Key Judgments since the Portuguese Judges Case*.

<sup>7</sup> Vgl. jüngst EuGH (Große Kammer), Urteil vom 24. Juni 2019, C-619/18, Kommission v. Polen, Rn. 43; EuGH, Urteil vom 27. Februar 2018, C-64/16, Associação Sindical dos Juizes Portugueses, Rn. 30.

<sup>8</sup> Die Wahrung von Menschenrechten ist auch explizit in Art. 2 EUV genannt.

<sup>9</sup> Vgl. so auch *Vogel*, *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 2005, 125 (137f., 145).

<sup>10</sup> Zudem sieht Art. 6 Abs. 2 EUV vor, dass die EU der EMRK beitrifft. Nach dem negativen Gutachten des EuGH scheint der Beitritt aber zumindest in nächster Zeit nicht absehbar, siehe EuGH, Gutachten vom 18. Dezember 2014, 2/13, Beitritt zur EMRK; vgl. dazu *De Wittel/Imamovic*, *European Law Review* 2015, 683.

<sup>11</sup> So bereits *Heger*, *ZIS* 2009, 406 (410).



„gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen“ der Mitgliedsstaaten zählen. Auch die Einbeziehung der nationalen Verfassungsperspektive spricht dafür, dass Grundrechte normativ eine zentrale Stellung einnehmen sollten, da sie fest in den Verfassungen der Mitgliedsstaaten verankert sind.<sup>12</sup>

### b) Rechtsgrundlegende Betrachtung

Eine rechtsgrundlegende Betrachtung stützt das Argument, dass Rechtsstaatlichkeit und Grundrechte Fixpunkte des EU-Strafverfassungsrechts bilden sollten. Aus verfassungstheoretischer Perspektive stellt die Einräumung individueller, besonders geschützter Rechte ein wesentliches Merkmal zur Legitimation hoheitlicher Gewalt dar.<sup>13</sup> Da das Strafrecht von einer hohen Eingriffsintensität geprägt ist, kommt dem individuellen Schutz vor ungerechtfertigten oder zu weitgehenden Sanktionen eine wichtige Rolle zu. Gerade die speziellen Justizgrundrechte tragen der vulnerablen Stellung Rechnung, in der sich Individuen im Verhältnis zum Staat im Bereich des Strafrechts befinden.<sup>14</sup> Durch die Integration des Straf- und Strafverfahrensrechts bilden sich neue grundrechtliche Gefährdungslagen heraus,<sup>15</sup> für die entsprechende Antworten erforderlich sind.<sup>16</sup> Grundrechte können auch über den Schutz von angeklagten und beschuldigten Personen hinaus Bedeutung für die Strafrechtsintegration haben. Aus ihnen können sich potenziell Pflichten für den Gesetzgeber ergeben, bestimmte Verhaltensweisen, die Grundrechte bedrohen, strafrechtlich zu verbieten bzw. Zuwider-

<sup>12</sup> Vgl. für einen Überblick die Länderberichte in von *Bogdandy u. a.*, Handbuch Ius Publicum Europaeum: Band I – Grundlagen und Grundzüge staatlichen Verfassungsrechts.

<sup>13</sup> Vgl. z. B. zur Bedeutung subjektiver Rechte in demokratischen Verfassungsstaaten *Habermas*, in: Hubig, *Cognitio humana – Dynamik des Wissens und der Werte*, S. 188 (188 ff.).

<sup>14</sup> Vgl. zu den Justizgrundrechten in der EU *Paeffgen*, ZStW 2007, 275.

<sup>15</sup> Zutreffend *Gaede*, in: Böse, *Europäisches Strafrecht (EnzEuR XI)*, § 3, Rn. 6 ff.

<sup>16</sup> Gerade zum Schutz von Beschuldigtenrechten vor den neuen Gefahren durch die Transnationalisierung der Strafverfolgung existieren bereits mehrere Untersuchungen. Besonders hervorzuheben ist zunächst ein von *Jörg Arnold* durchgeführtes Projekt namens „Europäische Strafverteidigung“ (veröffentlicht in: *Arnold*, *Grenzüberschreitende Strafverteidigung in Europa*; *Arnold*, StV 2015, 588; *Arnold*, StV Forum 2013, 54; *Arnold*, HRRS 2008, 10). Auf der Grundlage von Interviews mit Strafverteidiger\*innen analysiert *Arnold* darin praktische und theoretische Probleme, die sich durch die Europäisierung des Strafverfahrens ergeben. Er konstatiert ein Ungleichgewicht zwischen der Stärkung der Strafverfolgung und der Verteidigung und fordert ein Umdenken und grundlegende Reformen, um dem entgegenzuwirken. Ebenfalls einer empirischen Herangehensweise folgt das von *Taru Spronken* geleitete Projekt „Effective defence rights in the EU and access to justice: investigating and promoting best practice“ (vgl. *Spronken u. a.*, *Effective Criminal Defence in Europe*). Ziel war es, zu untersuchen, inwiefern in verschiedenen europäischen Ländern ein Zugang zu effektiver Strafverteidigung besteht oder wie ein solcher garantiert werden könnte; vgl. dazu *Spronken*, *An EU-wide Letter of Rights*. Schließlich existiert ein von *Thomas Weigend* geleitetes Projekt, in dem das Recht auf Verteidigung rechtsvergleichend untersucht wird (vgl. *Weigend u. a.*, *Strafverteidigung vor neuen Herausforderungen*).

handlungen zu verfolgen.<sup>17</sup> Normative Fixpunkte des EU-strafverfassungsrechtlichen Denkens sollten daher Rechtsstaatlichkeit und Grundrechte sein.<sup>18</sup>

## 2. Demokratieprinzip

Ein weiteres EU-strafverfassungsrechtliches Leitprinzip sollte das Demokratieprinzip sein.

### a) Normorientierte Herleitung

Die Bedeutung von Demokratie für die EU ergibt sich bei einer normorientierten Herangehensweise im Primärrecht (neben zahlreichen Erwähnungen in der Präambel) unionsverfassungsrechtlich ebenfalls aus Art. 2 EUV sowie Art. 10 EUV.<sup>19</sup> Obwohl Demokratie speziell in den Art. 67 ff. sowie Art. 82 ff. AEUV keine explizite Erwähnung findet, machen zwei Merkmale im relevanten *Titel V* des Vertrages von Lissabon deutlich, dass die Anforderungen an die Berücksichtigung von Demokratie für den *Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts* gestiegen sind. Zum einen sieht der Vertrag von Lissabon für einen Großteil der Kompetenzen in den Art. 67 ff. AEUV das ordentliche Gesetzgebungsverfahren vor. Statt der lange vorherrschenden rein intergouvernementalen und daher stark exekutiv-lastigen Gestaltung der Politik in diesem Bereich, folgt aus der nun grundsätzlich gleichrangigen Stellung des Europäischen Parlaments bei vielen Gesetzgebungsakten, dass die demokratische Vertretung der EU-Bürger\*innen ein größeres Gewicht hat.<sup>20</sup> Zum anderen hat der Lissabon-Vertrag sowohl allgemein als auch spezifisch für den *Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts* die Rolle nationaler Parlamente gestärkt.<sup>21</sup> Die Dualität weist auf ein Spezifikum des demokratischen Modells im Mehrebenensystem der EU hin: Demokratische Rückbindung wird nicht nur jeweils auf nationaler und EU-Ebene gesucht, sondern es bestehen auch Verknüpfungen, wie man beispielsweise an der Einbindung nationaler Parlamente in EU-Gesetzgebungsverfahren erkennen

---

<sup>17</sup> Vgl. dazu *Erster Teil, C.*, II., 2.

<sup>18</sup> Speziell für die Grundrechte auch *Bäcker*, in: *Bäcker/Burchard, Strafverfassungsrecht*, S. 169 (172 ff.). Inwiefern das derzeitige System diese Anforderung bereits zufriedenstellend erfüllt, kann aus einer rechtsgrundlegenden Perspektive allerdings bezweifelt werden.

<sup>19</sup> Siehe insb. Art. 10 Abs. 1 EUV: „Die Arbeitsweise der Union beruht auf der repräsentativen Demokratie.“ Siehe auch Art. 10 Abs. 2 EUV: „Die Bürgerinnen und Bürger sind auf Unionsebene unmittelbar im Europäischen Parlament vertreten. [...]“

<sup>20</sup> Vgl. zur Bedeutung von *Achenbach*, *Demokratische Gesetzgebung in der Europäischen Union*.

<sup>21</sup> Vgl. insb. Art. 69 AEUV: „Die nationalen Parlamente tragen bei Gesetzgebungsvorschlägen und -initiativen, die im Rahmen der Kapitel 4 und 5 vorgelegt werden, Sorge für die Achtung des Subsidiaritätsprinzips nach Maßgabe des Protokolls über die Anwendung der Grundsätze der Subsidiarität und Verhältnismäßigkeit.“ Die nationalen Parlamente werden auch in Art. 70, 71, 85 Abs. 1 AEUV erwähnt.

kann.<sup>22</sup> Auch auf nationaler Verfassungsebene stellt das Demokratieprinzip in jedem Mitgliedsstaat einen wesentlichen Grundsatz der Verfassungsordnung dar.<sup>23</sup>

*b) Rechtsgrundlegende Betrachtung*

Nach hier vertretener Auffassung folgt die hohe Bedeutung von Demokratie als normativem Fixpunkt des EU-Strafverfassungsrechts auch aus einer rechtsgrundlegenden Betrachtung. Dies erfordert allerdings, sich mit einigen Argumenten auseinanderzusetzen, die Zweifel an der besonderen Bedeutung von Demokratie für das Strafrecht allgemein und speziell das EU-Strafrecht aufkommen lassen.

*aa) Zweifel an der Zentralität von Demokratie für das EU-Strafverfassungsrecht*

Der erste von zwei Gründen für Zweifel ist, dass allgemein die Bedeutung von Demokratie für das Strafrecht nicht einheitlich beurteilt wird. Zumindest in der deutschen Strafrechtswissenschaft existiert eine stark liberale Prägung, die sich besonders auf die Sicherung individueller Freiheit fokussiert und die Bedeutung von Demokratie demgegenüber gering(er) einschätzt.<sup>24</sup> Die Bedeutung von Demokratie für das Strafrecht wird aber nicht nur wenig(er) stark beachtet, sondern von Teilen der deutschen Strafrechtswissenschaft sogar mit einem gewissen Misstrauen gesehen.<sup>25</sup> Ein Ausdruck dieses Misstrauens lässt sich darin sehen, dass Teile der Strafrechtswissenschaft großes Gewicht darauf legen, kriminalpolitische Spielräume (eng) zu begrenzen.<sup>26</sup>

<sup>22</sup> Siehe Fn. zuvor. Auch die Rolle des Rates als Mitgesetzgeber im ordentlichen Gesetzgebungsverfahren spiegelt die duale Struktur wider, da sich der Rat aus Vertreter\*innen zusammensetzt, die über die nationale Ebene als Regierung demokratisch legitimiert sind.

<sup>23</sup> Vgl. auch hier für einen Überblick die Länderberichte in *von Bogdandy u. a.*, Handbuch Ius Publicum Europaeum: Band I – Grundlagen und Grundzüge staatlichen Verfassungsrechts.

<sup>24</sup> So heißt es beispielsweise bei *Greco*, dass „für die große liberale Tradition der deutschen Strafrechtswissenschaft die Demokratie eine bestenfalls untergeordnete Rolle“ spielt, *Greco*, in: Brunhöber/Höffler/Kaspar/Reinbacher/Vormbaum, Strafrecht und Verfassung, S. 13 (25). *Greco* listet einige Ausnahmen von strafrechtswissenschaftlichen Ansätzen im materiellen Strafrecht auf, in denen Demokratie behandelt wird (siehe Fn. 73).

<sup>25</sup> Teilweise wird der deutschen Strafrechtswissenschaft sogar eine „verstörende Demokratieferne“ attestiert, vgl. *Stuckenberg*, GA 2011, 653 (658); vgl. insgesamt *Amelung*, in: Hefendehl, Roland/von Hirsch/Wohlens, Die Rechtsgutstheorie, S. 155 (163); ebenfalls kritisch (aus verfassungsrechtlicher Perspektive) *Gärditz*, Der Staat 2010, 331 (332 ff.); *Wilfert*, Strafe und Strafgesetzgebung im demokratischen Verfassungsstaat, S. 2; vgl. dazu auch *Brunhöber*, in: Bäcker/Burchard, Strafverfassungsrecht, S. 53 (56 f.).

<sup>26</sup> Ein klassisches Beispiel ist die Diskussion, inwiefern eine strafrechtliche „Rechtsgutstheorie“ dem Gesetzgeber Grenzen bei der Kriminalisierung setzt, vgl. für einen Überblick zur Diskussion *Hefendehl u. a.*, Die Rechtsgutstheorie: Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel?; ergänzend dazu *Hefendehl*, GA 2007, 2.

Eine mögliche Erklärung für dieses Misstrauen gegenüber demokratischen Prozessen könnte in der Kombination von zwei Annahmen und Vorverständnissen liegen: einerseits einem Demokratieverständnis, das Demokratie in erster Linie als Mehrheitsentscheidung versteht; und andererseits einem Menschen- und Gesellschaftsbild, in dem die Individuen (stark) punitive Einstellungen haben. Diese Annahmen zusammengenommen nähren die Sorge vor einem *penal populism* oder einer „Tyrannei“ einer straflustigen Mehrheit.<sup>27</sup> Vor diesem Hintergrund scheint die Bewahrung der liberalen Errungenschaften individueller Freiheit eine zentrale Aufgabe der Strafrechtswissenschaft zu sein. Sie müsste Freiheit tendenziell *gegen* die demokratischen Präferenzen einer straflustigen Mehrheitsgesellschaft verteidigen. Für das EU-Strafverfassungsrecht kann man aus einer solchen Sichtweise die Schlussfolgerung ziehen, dass die Bedeutung von Demokratie als normativem Fixpunkt von vornherein als im Verhältnis zu den liberalen Freiheitsgrundrechten untergeordnet eingestuft werden sollte.

Selbst wenn man Demokratie im nationalen Kontext für wichtig erachtet, lässt sich noch aus einem zweiten Grund daran zweifeln, ob sie auch ein essenzieller Teil eines EU-Strafverfassungsrechts sein sollte. Der Grund für diese Zweifel liegt in den Eigenheiten der EU begründet. Es stellt sich zum einen die Frage, ob der Anspruch demokratischer Entscheidungsfindung spezifisch für die Strafrechtsgestaltung in der EU überhaupt erforderlich ist; und zum anderen, ob und inwieweit sich dieser Anspruch praktisch verwirklichen ließe. Gegen die Erforderlichkeit könnte sprechen, dass in der Strafrechtsintegration nur Ziele verfolgt werden würden, die für alle vorteilhaft wären und nicht auf der Abwägung verschiedener Interessen basieren.<sup>28</sup> Eine effektive Bekämpfung der Gefahren durch Terrorismus, der Schutz der Umwelt oder die Berücksichtigung von Opferinteressen in Strafverfahren erwecken den Anschein allgemein erstrebenswerter Anliegen. Die zu diesen Zwecken ergehenden Maßnahmen könnten daher weniger als andere politische Entscheidungen auf klassisch demokratische (Mehrheits-) Entscheidung angewiesen sein.

Schließlich stellt sich die Frage, ob und inwiefern sich demokratische Entscheidungsfindung – sofern man sie denn für erforderlich hält – in der EU überhaupt verwirklichen ließe. Die notorische Diskussion zum demokratischen Defizit bzw. zur Demokratiefähigkeit der EU wirkt sich auch auf das EU-Strafverfassungsrecht aus.<sup>29</sup> Burchard veranlasst sie dazu, das Demokratieprinzip in seinen Überlegungen zu einer strafverfassungsrechtlichen Perspektive im Kontext

---

<sup>27</sup> Vgl. zum *penal populism* u. a. Pratt, *Penal Populism*; Roberts u. a., *Penal Populism and Public Opinion. Lessons from Five Countries*; Freiberg/Gelb, *Penal Populism, Sentencing Councils and Sentencing Policy*.

<sup>28</sup> Vgl. zu dieser Vorstellung der EU als regulativem Staat, der nicht auf demokratische (Input-)Legitimation angewiesen sei, insb. Majone, *European Law Journal* 2002, 5 (6), dazu bereits Zweiter Teil, A., I., 2., b).

<sup>29</sup> Vgl. dazu nur Follesdall/Hix, *Journal of Common Market Studies* 2006, 533, vgl. auch bereits (mit weiteren Nachweisen) Zweiter Teil, A., I., 2., b).

der EU zurückzustellen<sup>30</sup> und stattdessen kompensatorisch andere verfassungsrechtliche Ziele wie Rechtsstaatlichkeit, Grundrechte und Föderalismus stärker in das Zentrum zu rücken.<sup>31</sup> Zur Begründung führt *Burchard* an, dass der kompensatorische Ansatz einen pragmatischen Ausweg für die „(im Wesentlichen: ideologischen) Demokratieaporien auf europäischer Ebene“ weise.<sup>32</sup> Auch *Bäcker* hält das Demokratieprinzip für wenig geeignet, um als normativer Fixpunkt des EU-Strafverfassungsrechts zu fungieren.<sup>33</sup> Die Konzeptionen von Demokratie unterschieden sich in den Mitgliedsstaaten stark und im Gegensatz zu Grundrechten ließen sich keine materiellen Anforderungen daraus herleiten.<sup>34</sup>

#### *bb) Entkräftung der Zweifel*

Auch wenn die genannten Argumente einen berechtigten Kern in sich tragen, rechtfertigen sie nach hier vertretener Ansicht nicht den Schluss, Demokratie als normative Zielvorgabe in einem EU-Strafverfassungsrecht generell auszuschließen oder als weniger wichtig zu betrachten.<sup>35</sup> Für eine zentrale Berücksichtigung von Demokratie spricht zunächst, dass Maßnahmen in der Strafrechtsintegration – ob auf der EU-Ebene oder der nationalstaatlichen – hoheitliche Maßnahmen darstellen, die der Sicherung der Grundlage eines friedlichen gesellschaftlichen Zusammenlebens dienen und dafür gegebenenfalls weitreichende Eingriffe in die freie Lebensführung Einzelner vorsehen. Was genau zur Grundlage eines friedlichen Zusammenlebens gehört und ob und wie das Strafrecht diese Grund-

<sup>30</sup> Sein Verständnis von Konstitutionalisierung ist nicht auf Demokratisierung der Rechts-erzeugung, sondern auf eine Verrechtlichung im Sinne einer normhierarchischen Ordnung des einfachen Rechts im Verhältnis zum Unionsverfassungsrecht angelegt, vgl. *Burchard*, Die Konstitutionalisierung der gegenseitigen Anerkennung, S. 36. *Burchard* begründet im Folgenden, warum die (inner-)rechtliche (und justizielle) Formung eines „pouvoir constitué“ legitimatorisch nicht weniger Potenzial entfaltet als eine außerrechtliche Bezugnahme auf das „pouvoir constituant“, vgl. 37–38.

<sup>31</sup> Dazu *Burchard*, Die Konstitutionalisierung der gegenseitigen Anerkennung, S. 47–51.

<sup>32</sup> *Burchard*, Die Konstitutionalisierung der gegenseitigen Anerkennung, S. 41 ff. *Burchard* führt aus, dass sich aus demokratietheoretischer Sicht keine Sonderstellung des Strafrechts ergeben würde, für strafrechtliche Maßnahmen in der EU also normale demokratische Legitimitätsanforderungen gälten (41–44). Da sich aber erstens das demokratische Modell der EU von dem der Mitgliedsstaaten unterscheidet und der Begründungszusammenhang daher anders formuliert werden müsste (was seit Langem umstritten ist) und zweitens diese Begründungsansätze auch wenn nur das vertikale, nicht aber das für die gegenseitige Anerkennung ebenfalls essenzielle horizontale Verhältnis betreffen, kann für *Burchard* demokratische Herrschaftsbegründung nur auf einer „höheren (personalen, temporalen, symbolischen) Abstraktionsstufe“ gesucht werden (47, 44–47). Folglich würde der Versuch, Akte eines bereits verfassten demokratischen Gemeinwesens an ein vorgestelltes „pouvoir constituant“ zurückzuführen, defizitär bleiben (47).

<sup>33</sup> *Bäcker*, in: *Bäcker/Burchard*, Strafverfassungsrecht, S. 169 (172 f.).

<sup>34</sup> *Bäcker*, in: *Bäcker/Burchard*, Strafverfassungsrecht, S. 169 (173).

<sup>35</sup> Vgl. auch bereits die Ausführungen in *Zweiter Teil*, A., II., 3., b).

lage schützen sollte, lässt sich nicht universal beantworten, sondern bedarf der demokratischen Aushandlung in der jeweiligen Gesellschaft.<sup>36</sup>

Sicherlich lassen sich konkrete Entscheidungen oder auch größere Entwicklungen in der Kriminalpolitik aus Sicht der Strafrechtswissenschaft kritisieren. Darin liegt auch eine wichtige Kontrollfunktion. Eine allgemeine Demokratieskepsis scheint aber nach hier vertretener Ansicht nicht gerechtfertigt, da sie auf zweifelhaften Annahmen fußt. Zum einen ist die Vorstellung übermäßig punitiver Individuen, die die liberale Dimension des Strafrechts *generell* nicht berücksichtigen und zu (unverhältnismäßig) hohen Sanktionen tendieren, weder theoretisch zwingend noch empirisch (eindeutig) belegt.<sup>37</sup> Eine Demokratisierung strafrechtlicher Entscheidungen bedeutet daher nicht automatisch eine Bedrohung des liberalen Fundaments des Strafrechts. Es bestehen auch Einwände gegen ein Demokratieverständnis, das die Bedeutung von Demokratie allein als „Herrschaft durch Mehrheitsentscheidung“ versteht. Bei Demokratie handelt es sich ideengeschichtlich um ein vielschichtiges Konzept mit diversen Facetten.<sup>38</sup> Mehrheitsentscheidungen stellen zwar ein wichtiges Merkmal dar; der Schutz von Minderheiten, allgemein und auch spezifisch in ihrem Potenzial zur Mehrheit zu werden, genießt aber ebenfalls eine zentrale Stellung.<sup>39</sup> Die Nennung von Demokratie als abstraktem Ideal eines EU-Strafverfassungsrechts trifft zunächst noch keine Aussage darüber, wie Demokratie im EU-Strafrecht zu verwirklichen

---

<sup>36</sup> Vgl. Pawlik, Normbestätigung und Identitätsbalance, S. 42 ff.: „Der verfassungsrechtlich vorgegebene Gestaltungsspielraum des Strafgesetzgebers ist ihr [der freiheitstheoretische reflektierten Verbrechenslehre] nicht etwa ein unvermeidbares Übel, sondern vielmehr genuiner und schätzenswerter Ausdruck bürgerlicher Freiheit“; vgl. auch Wilfert, Strafe und Strafgesetzgebung im demokratischen Verfassungsstaat, S. 82: „In Strafgesetzen drückt sich daher ebenso wie in anderen Gesetzen die momentane und vorläufige Wertepreferenz der Mehrheit aus“; Gärditz, Der Staat 2010, 331 (347); grundlegend dazu auch Gärditz, in: Bäcker/Burchard, Strafverfassungsrecht, S. 15; die besondere Bedeutung des Demokratieprinzips für die Legitimation von Strafrecht betont auch das BVerG im Lissabon-Urteil: „Die Pönalisierung sozialen Verhaltens ist aber nur eingeschränkt aus europaweit geteilten Werten und sittlichen Prämissen normativ ableitbar. Die Entscheidung über strafwürdiges Verhalten, über den Rang von Rechtsgütern und den Sinn und das Maß der Strafandrohung ist vielmehr in besonderem Maße dem demokratischen Entscheidungsprozess überantwortet.“ (Rn. 253); dazu bereits *Erster Teil, C., I.*

<sup>37</sup> Im Gegenteil sprechen jüngste empirische Forschungsergebnisse eines rechtsvergleichenden und interdisziplinären Forschungsprojektes unter der Leitung von *Kirstin Drenkhahn* (Freie Universität Berlin), *Fabien Jobard* (u. a. Centre Marc Bloch Berlin) und *Tobias Singelstein* (Ruhr-Universität Bochum bzw. seit 2022 Goethe-Universität Frankfurt am Main) mit dem Titel „Strafkulturen auf dem Kontinent“ gegen die Annahme, dass Individuen generell besonders punitive Einstellungen haben (<https://gepris.dfg.de/gepris/projekt/322994647>). Die Ergebnisse des Projektes sollen 2023 veröffentlicht werden.

<sup>38</sup> Vgl. für einen (geschichtlichen) Überblick über die Vielfalt von Vorstellungen und Theorien zu Demokratie nur *Schmidt*, Demokratietheorien; sowie *Cunningham*, Theories of Democracy.

<sup>39</sup> So auch *Wilfert*, Strafe und Strafgesetzgebung im demokratischen Verfassungsstaat, S. 82 f.

ist. Sie formuliert zunächst nur den Anspruch, dass das Prinzip Beachtung finden sollte. Wichtig ist dies auch, da die gesellschaftliche Rückbindung einen wichtigen Faktor für die Effektivität eines Strafrechtssystems darstellt.<sup>40</sup> Die Vielzahl unterschiedlicher demokratischer Verständnisse und demokratietheoretischer Modelle zu erkunden und zu prüfen, inwiefern sie im Prozess der Strafrechtsintegration demokratische Legitimität vermitteln können, ist eine wichtige Aufgabe für zukünftige EU-straferfassungsrechtliche Forschungsansätze.

Es muss auch der Vorstellung entgegengetreten werden, dass speziell im Kontext der EU demokratische Entscheidungsfindung nicht oder weniger wichtig sei, da es im EU-Strafrecht nur um die Effektivierung und Optimierung der Erreichung kriminalpolitischer Ziele gehe, die ohnehin von allen geteilt würden und daher keiner Abwägung von Interessen bedürften. Sicher handelt es sich beispielsweise bei der Gewährleistung von Sicherheit um ein wichtiges Interesse, dem in der Strafrechtsintegration Rechnung getragen werden muss. Die Existenz dieses Interesses sollte aber nicht verschleiern, dass die konkrete Umsetzung immer die Abwägung mit anderen, ebenfalls relevanten und für eine legitime Strafrechtsgestaltung bedeutsamen Interessen erfordert. So kann eine Steigerung der Sicherheit beispielsweise durch den Ausbau verschiedener Datenbanken und einer Erhöhung ihrer Interoperabilität erreicht werden, da den Strafverfolgungsbehörden so mehr Informationen zur Verfügung stehen. Damit verbunden sind jedoch z. B. Einschränkungen der Privatsphäre aller EU-Bürger\*innen, die bei der Abwägung berücksichtigt werden müssen.

Ein anderes Beispiel bietet die stärkere Berücksichtigung von Opferinteressen in Strafverfahren, einem Anliegen, dem intuitiv ein Großteil der Bürger\*innen grundsätzlich zustimmen dürfte.<sup>41</sup> Auch wenn die Anerkennung bestimmter Rechte für Opfer nicht zwangsläufig mit einer Verschlechterung der Position angeklagter oder beschuldigter Personen verbunden sein muss, lässt sich umgekehrt auch nicht ausschließen, dass sich die Ausweitung der Beteiligungsrechte im Strafverfahren auf die Verfahrensbalance auswirken *kann*. Dies steht einer Änderung der Strafprozessordnungen nicht entgegen, erfordert aber eine Abwägung und letztendlich eine demokratisch legitimierte Entscheidung. Sogar das Ziel der effektiven Terrorismusbekämpfung suggeriert mehr Eindeutigkeit als sich bei näherem Hinsehen dahinter verbirgt. So ist schon die Definition des

---

<sup>40</sup> Ein rein abstrakt entworfenenes, z. B. philosophisch hergeleitetes oder technokratisches Strafrecht wäre demgegenüber mit der Gefahr behaftet, in einer Gesellschaft nicht auf ausreichend Akzeptanz zu stoßen. Die Möglichkeit als Bürger\*in an der Strafgesetzgebung mitzuwirken zu können und so darüber zu entscheiden, welche Verhaltensweisen mit welcher Strafe bedroht werden, kann zu einer höheren Identifikation und dadurch einer höheren Bereitschaft zur Normeinhaltung beitragen. Letzteres ist essenziell für das Funktionieren eines Kriminaljustizsystems.

<sup>41</sup> Vgl. für den Opferschutz *Henderson*, *Stanford Law Review* 1985, 938: „Unfortunately, the symbolic strength of the term ‚victim’s‘ rights overrides careful scrutiny: Who could be anti-victim?“.

Terrorismusbegriffs und damit eine einhellige Vorstellung, was überhaupt das zu bekämpfende Phänomen sein soll, umstritten.<sup>42</sup> Auch die zur Terrorismusbekämpfung ergriffenen Maßnahmen – wie z. B. eine Ausweitung der materiellen Strafbarkeit durch Kriminalisierung von vorbereitenden Handlungen oder ein Ausbau der Befugnisse von Strafverfolgungsbehörden – betreffen immer auch andere, ebenfalls schützenswerte Freiheits- und Gleichheitsinteressen, deren Verhältnis zueinander sich unterschiedlich bewerten lässt.

Die Beispiele an dieser Stelle zielen nicht darauf ab, bestimmte Entscheidungen in der bisherigen Integration inhaltlich zu kritisieren. Sie sollen lediglich zeigen, dass die Gestaltung der Strafrechtsintegration (auch) eine politische und daher demokratisch zu entscheidende Aufgabe ist, welche die Abwägung verschiedener, teils konfligierender Interessen erfordert. Die politische Dimension des EU-Strafrechts hat mit dessen Ausbau noch zugenommen und muss bei der weiteren Gestaltung der Integration berücksichtigt werden.<sup>43</sup> Sowohl für die Frage, wieviel Sicherheit gewollt ist und inwieweit dafür Einschränkungen der Freiheit aber auch und z. B. der Gleichheit in Kauf genommen werden müssen, als auch für die Frage, wie sich Einheit und Vielfalt spezifisch im EU-Strafrecht zueinander verhalten sollten, existieren keine eindeutigen Antworten. Die Steigerung der Effektivität bietet *allein* keine geeignete Lösung, da Optimierung nur mit Blick auf ein bereits fest gesetztes Ziel hin verfolgt werden kann.<sup>44</sup> Es ist daher notwendig, zunächst die Ziele zu definieren, welchen Kurs die Integration des Strafrechts insgesamt, aber auch in Detailfragen nehmen sollte. Diese Richtungsentscheidungen erfordern Abwägungen, die von individuellen, politisch oder moralisch geprägten Präferenzen abhängen. Um hier zu gesellschaftlichen Einigungen zu kommen, stellt demokratische Deliberation und Entscheidungsfindung einen geeigneten Weg dar, da auf diese Weise Legitimation der Entscheidungen (auch) durch das Verfahren erreicht wird.<sup>45</sup>

Schließlich ist auch zu dem immer wieder vorgebrachten Einwand, demokratische Anforderungen ließen sich im Kontext der EU ohnehin nicht – oder nur eingeschränkt – umsetzen, Folgendes zu sagen. Die Entscheidung in einer kon-

---

<sup>42</sup> In Extremform zeigt dies die jüngst in Deutschland geführte Diskussion, ob auch disruptive Demonstrationsformen zur Durchsetzung klimapolitischer Ziele als „Terrorismus“ gefasst werden können. Auch wenn es sich dabei „nur“ um eine politische Forderung handelte, die nicht von der Rechtswissenschaft aufgegriffen wurde, lässt sich das grundsätzliche Problem daran festmachen. Vgl. zur Forderung nach einem *strafrechtlichen* Terrorismusbegriff *Cancio Melià*, in: Petzsche/Heger/Metzler, Terrorismusbekämpfung in Europa im Spannungsfeld zwischen Freiheit und Sicherheit, S. 157.

<sup>43</sup> Vgl. insgesamt zur Politisierung der EU *Zürn*, Politische Vierteljahresschrift 2006, 242.

<sup>44</sup> „Die Logik der Politik jenseits des Nationalstaats verändert diesen Prozess. Die Logik der effektiven Problemlösung wird nämlich von der Logik des legitimen Regierens zunehmend dominiert“, so *Zürn*, Politische Vierteljahresschrift 2006, 242; vgl. auch *Zürn u. a.*, Politische Ordnungsbildung wider Willen – ein Forschungsprogramm zu transnationalen Konflikten und Institutionen, S. 25 ff.

<sup>45</sup> Zu diesem Aspekt bereits *Zweiter Teil, A., II., 3., b.*



kreten Ausgestaltung der EU-strafverfassungsrechtlichen Perspektive (z. B. für einen Teilbereich) Demokratie zurückzustellen und sich stattdessen kompensatorisch auf andere verfassungsrechtliche Prinzipien zu konzentrieren, kann im Einzelfall begründbar sein.<sup>46</sup> Daraus folgt aber nicht, dass Demokratie *generell* in einem EU-Strafverfassungsrecht keine wichtige normative Zielsetzung darstellen sollte.<sup>47</sup> Der normative Anspruch sollte nicht allgemein herabgesetzt werden, weil Probleme in der praktischen Umsetzung auftreten.<sup>48</sup> EU-strafverfassungsrechtliches Denken sollte auf die Formulierung von Idealen abzielen, d. h. grundsätzlich normativ hohe Anforderungen stellen.<sup>49</sup> Es ist daher nicht verwunderlich, dass die Ziele oft nicht bereits erreicht sind und die Umsetzung eine Herausforderung darstellt. Konkret mit Blick auf das Ziel der Demokratie kann das auch bedeuten, den institutionellen Rahmen als reformbedürftig zu kritisieren. Deswegen aber auf Demokratie als normative Zielvorgabe zu verzichten, wäre angesichts der legitimatorischen Bedeutung nicht richtig.

### c) Zwischenfazit

Demokratie sollte als ein zentraler normativer Fixpunkt des EU-Strafverfassungsrechts betrachtet werden. Dabei ist es aber wichtig, darauf zu achten, Demokratie zunächst als abstraktes Prinzip zu verstehen und es nicht bereits mit (übermäßig) spezifischen Vorstellungen zu verbinden. Insbesondere sollte vermieden werden, Vorstellungen zu Demokratie und ihrer Bedeutung für das Strafrecht aus dem nationalen Kontext auf die EU zu projizieren.<sup>50</sup> Wie demokratischen Anforderungen an die Strafrechtsgestaltung im Mehrebenensystem der EU entsprochen werden kann und welche Standards dafür überhaupt anzulegen sind, bedarf einer grundlegenden Auseinandersetzung, bei der eine Vielzahl von demokratietheoretischen Konzepten und Modellen einbezogen werden kann und sollte.<sup>51</sup> Das EU-Strafverfassungsrecht ist für diese Auseinandersetzung

<sup>46</sup> Dieses Vorgehen entspricht der Offenheit des hier vertretenen Verständnisses von EU-Strafverfassungsrecht, das abhängig vom Kontext und der Zielstellung des Projektes angepasst werden kann und sollte, vgl. zu dieser Schlussfolgerung *Zweiter Teil*, B., IV.

<sup>47</sup> Sie wird nur z. B. bei *Burchards* Ansatz zur gegenseitigen Anerkennung (s. o.) nicht verfolgt. Die Bezeichnung als „kompensatorisch“ verdeutlicht aber bereits, dass etwas an anderer Stelle Fehlendes ausgeglichen wird, vgl. *Burchard*, Die Konstitutionalisierung der gegenseitigen Anerkennung, S. 47 ff.

<sup>48</sup> Vgl. *Möllers*, Demokratie – Zumutungen und Versprechen, S. 12.

<sup>49</sup> Vgl. zu der Forderung EU-Strafverfassungsrecht normativ anspruchsvoll zu entwickeln und nicht vorschnell vom Faktischen auf das Normative zu schließen *Zweiter Teil*, B., III., 1., b), bb), (4).

<sup>50</sup> Darunter leidet aber oft die bisherige Auseinandersetzung zur Demokratiefähigkeit der EU; vgl. mit Blick auf das Strafrecht dazu bereits die Diskussion im *Ersten Teil*, C., I., 2. und die Schlussfolgerungen unter 3. Ein positives Gegenbeispiel liefert *Meyer*, Demokratieprinzip und Europäisches Strafrecht.

<sup>51</sup> Speziell mit Blick auf das Strafrecht zur Vielfalt demokratischer Konzepte z. B. *Wilfert*, Strafe und Strafgesetzgebung im demokratischen Verfassungsstaat. Die Auseinandersetzung

ideal, da es einen Dialog zwischen der Strafrechtswissenschaft und ihren Überlegungen zur straftheoretischen Legitimation von Strafe mit anderen Disziplinen, die sich schwerpunktmäßig mit demokratietheoretischen (Legitimations-) Modellen befassen, fördert.<sup>52</sup> Das hier vorgeschlagene normorientierte Vorgehen ermöglicht es, die Ergebnisse dieser Diskussion wieder mit positiven Normen zu verknüpfen.

### 3. Offenheit für föderale Vielfalt

Ein drittes EU-strafverfassungsrechtliches Leitprinzip sollte Offenheit für föderale Vielfalt sein.

#### a) Normorientierte Herleitung

Primärrechtlich findet die Vorstellung der EU als pluralem Raum an verschiedenen Stellen Ausdruck.<sup>53</sup> Am prägnantesten formuliert findet sich die Bedeutung föderaler Vielfalt in Art. 4 Abs. 2 EUV. Dort heißt es: „Die Union achtet die Gleichheit der Mitgliedstaaten vor den Verträgen und ihre jeweilige nationale Identität, die in ihren grundlegenden politischen und verfassungsmäßigen Strukturen einschließlich der regionalen und lokalen Selbstverwaltung zum Ausdruck kommt [...]“. Allgemein unionsverfassungsrechtlich wird die föderale Vielfalt durch den Grundsatz der begrenzten Einzelermächtigung (Art. 5 Abs. 1 und 2 EUV) sowie die flankierenden Prinzipien der Subsidiarität (Art. 5 Abs. 3 EUV) und der Verhältnismäßigkeit (Art. 5 Abs. 4 EUV) sichergestellt.<sup>54</sup> Nach dem

---

schließt ein, neben input-legitimatorischen auch output-legitimatorische Überlegungen zu berücksichtigen und beide in ein Verhältnis zueinander zu setzen. EU-Strafrechtsintegration kann sich so z. B. nicht allein danach ausrichten sollte, wie Präferenzen von Bürger\*innen am weitreichendsten Berücksichtigung finden können. Auf den ersten Blick würde das zwar dafür sprechen, möglichst viel auf der niedrigeren nationalen Ebene zu regeln, da dort bessere Bedingungen für demokratische Partizipation existieren. Ein allein input-orientiertes Strafrecht wäre mit der Gefahr behaftet, die ausgehandelten Ergebnisse nicht garantieren zu können, da die Ebene, auf der die Entscheidungen ausgehandelt wurden, nicht in der Lage ist, sie auch umzusetzen.

<sup>52</sup> Innerhalb der Rechtswissenschaften insb. die (europäische) Verfassungsrechtswissenschaft oder Verfassungstheorie; außerhalb insb. die Politikwissenschaft, dabei politische Theorie und Philosophie; vgl. zu dem Charakteristikum EU-strafverfassungsrechtlichen Denkens intradisziplinär dialogisch und interdisziplinär offen zu sein *Zweiter Teil, C., II., 2., a) und b)*.

<sup>53</sup> Schon in Art. 2 EUV wird „Pluralismus“ als gemeinsames gesellschaftliches Merkmal genannt. In Art. 3 Abs. 3 EUV (der Binnenmarktzielsetzung) heißt es: „[Die EU] wahrt den Reichtum ihrer kulturellen und sprachlichen Vielfalt und sorgt für den Schutz und die Entwicklung des kulturellen Erbes Europas [...]“.

<sup>54</sup> Vgl. insgesamt dazu *Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, Art. 5 EUV*. Die Grundsätze der Subsidiarität und Verhältnismäßigkeit werden durch das Protokoll Nr. 2 (Protokoll über die Anwendung der Grundsätze der Subsidiarität und der Verhältnismäßigkeit) vom 16. Dezember 2004 (Amtsblatt der EU C-310/209) näher geregelt.

Grundsatz der begrenzten Einzelermächtigung kann die EU als zentrale Ebene in einem Politikbereich nur tätig werden, wenn sie dafür eine in den Verträgen niedergelegte Zuständigkeit hat. Das bedeutet, dass nationale Vielfalt den Standard bildet und erst eine explizite Übertragung von Kompetenzen ein zentrales und einheitliches Vorgehen auf EU-Ebene ermöglicht. Die Prinzipien der Subsidiarität und der Verhältnismäßigkeit bestätigen diese Grundtendenz. Für den Fall, dass eine geteilte Zuständigkeit besteht, legt das Subsidiaritätsprinzip eine Auslegungsmaxime der Kompetenznorm fest, die föderale Vielfalt bevorzugt: Zunächst ist die nationale, regionale oder sogar lokale Ebene aufgerufen, ein bestimmtes Ziel zu erreichen. Nur wenn sich das Ziel auf den niedrigeren Ebenen nicht verwirklichen lässt, sondern aufgrund des Umfangs oder der Wirkung ein EU-weit einheitliches Vorgehen notwendig erscheinen lässt, kann die EU tätig werden. Bei der Ausübung der Kompetenz sichert das Verhältnismäßigkeitsprinzip, dass die EU-Ebene so wenig invasiv wie möglich ist und föderale Spielräume, z. B. durch die Wahl einer Richtlinie statt einer Verordnung, geschützt werden.

Für das Straf- und Strafprozessrecht betont das Primärrecht die Bedeutung föderaler Vielfalt in besonders ausgeprägter Weise. Gleich zu Beginn und damit an prominenter Stelle statuiert Art. 67 Abs. 1 EUV, dass im *Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts* „die Grundrechte und die verschiedenen Rechtsordnungen und -traditionen der Mitgliedsstaaten geachtet werden.“<sup>55</sup> Verwirklicht wird dieser Gedanke durch verschiedene Mechanismen. So sind die Kompetenztitel der Art. 82 Abs. 2 und Art. 83 Abs. 1 und 2 AEUV von vornherein bei der Wahl der Rechtsform von Sekundärrechtsakten auf die Festlegung von Mindestvorschriften durch Richtlinien begrenzt.<sup>56</sup> Ein weiteres Beispiel für die besondere Berücksichtigung nationaler Vielfalt stellt das in Art. 82 Abs. 3 und Art. 83 Abs. 3 AEUV vorgesehene sog. „Notbremse“-Verfahren dar.<sup>57</sup>

#### b) Rechtsgrundlegende Betrachtung

Die Einbeziehung föderaler Vielfalt als normativer Zielvorgabe in einem EU-Strafverfassungsrecht ist auch aus rechtsgrundlegender Betrachtung wünschenswert. Das seit dem Jahr 2000 die EU leitende Motto „in Vielfalt geeint“ bringt zum Ausdruck, welch hohen Stellenwert die Wahrung von Vielfalt auch in einem voranschreitenden europäischen Einigungsprozess hat. Europäische Integration bedeutet demnach nicht, schrittweise alle Entscheidungen zu zentralisieren, sondern ein System zu bauen, in dem Entscheidungs- und Gestaltungsaufgaben zwischen den Ebenen verteilt werden. Auch für das Straf- und Strafverfahrensrecht gilt es daher Antworten darauf zu finden, wo Einheit und ein zentrales Vorgehen sinnvoll sind und wo umgekehrt auch Räume für föderale Vielfalt bestehen können.

<sup>55</sup> Obwohl Art. 67 Abs. 1 AEUV an sich bereits für die folgenden Artikel gilt, wiederholt Art. 82 Abs. 2 AEUV den Grundsatz explizit.

<sup>56</sup> Verordnungen sind demgegenüber nur im Rahmen von Art. 82 Abs. 1 AEUV möglich.

<sup>57</sup> vgl. bereits *Erster Teil*, B., II., 3., a), bb).

Nach hier vertretener Ansicht ist für das Strafrecht ein Verständnis sinnvoll, dass auf *Offenheit für* und weniger auf den *Erhalt von* föderaler Vielfalt ausgerichtet ist. Aus der Sicht des EU-Strafverfassungsrechts sollte es primär darum gehen, Räume zu definieren, die national und ggf. sogar regional unterschiedliche Entscheidungen für strafrechtliche Fragen zuzulassen. Demgegenüber sollte föderale Vielfalt weniger als ein Bestandsschutz für historisch gewachsene Unterschiede um ihrer selbst willen interpretiert werden. Föderale Vielfalt zu gewährleisten, bedeutet daher nicht, dass bestehende Unterschiede zwischen den Strafrechtssystemen der Mitgliedsstaaten als Selbstzweck zwingend erhalten werden müssten oder sollten.

Dieses Verständnis ergibt sich aus einer Auseinandersetzung damit, warum föderale Vielfalt im Strafrecht gewahrt werden sollte. Grundsätzlich erscheinen zwei Gründe dafür möglich. Der erste, für den primärrechtlich der Begriff der „Tradition“ in Art. 67 Abs. 1 AEUV herangezogen werden kann, sieht in der Wahrung bestehender Vielfalt einen eigenständigen Wert. Strafrechtsordnungen haben sich in Europa zumindest in den letzten zwei Jahrhunderten national unterschiedlich entwickelt.<sup>58</sup> Die Unterschiede im materiellen und prozessualen Strafrecht lassen sich (zumindest teilweise) mit national-spezifischen historischen Begebenheiten und/oder kulturellen Prägungen erklären. Dem ersten Verständnis nach sollte man diese Unterschiede schützen, weil sie Ausdruck der Vielfalt sind, die Europa als pluralen Raum auszeichnet. Die zweite, hier in den Vordergrund gestellte Deutung, sieht föderale Vielfalt in einem engen Zusammenhang zu Demokratie.<sup>59</sup> Schützenswert sind nach dieser Deutung nicht die Unterschiede als solche, sondern die *Möglichkeit*, sich in demokratischen Verfahren für unterschiedliche Optionen zu entscheiden. Diese auf den ersten Blick womöglich marginal wirkende Differenzierung kann für die Strafrechtsintegration erhebliche Auswirkungen haben. Der entscheidende Unterschied zur ersten Deutung besteht darin, dass die Wahl für „mehr“ oder „weniger“ europäische Lösungen im Strafrecht nicht bereits durch historische und/oder kulturelle Begebenheiten determiniert ist, sondern dass die Entscheidungen dazu in demokratischen Prozessen festgelegt werden können und sollen.

Unterschiede in den Straf- und Strafprozessordnungen der EU-Mitgliedsstaaten lassen sich nicht ausschließlich durch ihre historisch und/oder kulturell geprägte Entwicklung erklären. Wie erläutert spiegeln Strafgesetze die Ergebnisse von gesellschaftlichen Aushandlungsprozessen wider, in denen individuelle politische und moralische Präferenzen eine wichtige Rolle spielen.<sup>60</sup> Auch aktuelle soziale Umfeldfaktoren, z. B. wie verbreitet bestimmte Kriminalitätserschei-

---

<sup>58</sup> Vgl. zur historischen Entwicklung der Nationalisierung Sieber, in: Sieber/Satzger/von Heintschel-Heinegg, Europäisches Strafrecht, Einführung, Rn. 20 ff.

<sup>59</sup> Diese Deutung ist ein Beispiel dafür, dass die Bestimmung des Verhältnisses EU-strafverfassungsrechtlicher Prinzipien nicht immer erfordert, sie gegeneinander abzuwägen, sondern dass sie sich auch produktiv begünstigen können.

<sup>60</sup> Vgl. *Dritter Teil*, B., I., 2., b), bb).

nungen sind und wie diese wahrgenommen werden, können die Einstellungen und Erwartungen von Individuen zum Strafrecht beeinflussen. Schon innerhalb der einzelnen Mitgliedsstaaten gehen die Vorstellungen, was eine gute Kriminalpolitik ist, ob sie eher repressiv oder liberal sein sollte etc., daher auseinander. Bedenkt man, dass die EU mehr als 400 Millionen Einwohner\*innen hat und 27 Staaten mit unterschiedlichen sozialen Begebenheiten umfasst, liegt es auf der Hand, dass sich die Pluralität von Einstellungen noch erhöht. So kann die besondere Verbreitung organisierter Kriminalität in einem Mitgliedsstaat (oder sogar einer spezifischen Region) das Leben der dort wohnenden oder beruflich tätigen Menschen stark beeinträchtigen. Dies kann dazu führen, dass die Menschen dort Maßnahmen zur Kriminalitätsbekämpfung für notwendig erachten, die in anderen Ländern nicht gleichermaßen erforderlich erscheinen (oder aus anderen Gründen nicht gewollt sind).

Statt europaweiter Einheitlichkeit bietet es sich in einem pluralen europäischen Raum an, unterschiedliche Präferenzen in der Ausgestaltung der Kriminalpolitik zu berücksichtigen. Aus demokratischer Sicht ergibt es dafür Sinn, Räume für föderal unterschiedliche Entscheidungen offenzulassen, die den spezifischen Kontexten abgestimmter Rechnung tragen können. Die Dezentralisierung führt auch dazu, dass die Interessen und Präferenzen der Betroffenen mehr Berücksichtigung erfahren: Je kleiner der Kreis der an der Entscheidung Beteiligten, desto größer ihr jeweiliges Mitspracherecht und Stimmgewicht. Aus demokratischer Perspektive ist dezentrale Entscheidungsfindung daher begrüßenswert.

Wichtig ist es auch zu berücksichtigen, dass die Präferenzen der Bürger\*innen sich nicht nur föderal unterscheiden, sondern sich auch zeitlich verändern können. So kann sich beispielsweise in einem Mitgliedsstaat, dessen Bevölkerung über Jahrzehnte eine repressivere Grundausrichtung der Kriminalpolitik mit einem weitgehenderen Einsatz von Strafrecht als Mittel sozialer Steuerung befürwortet hat, die Stimmung ändern und stattdessen demokratisch ein Kurs der Liberalisierung beschlossen werden.<sup>61</sup> Nach dem hier anvisierten Verständnis einer Offenheit für föderale Vielfalt sind beide demokratischen Präferenzen *grundsätzlich* schützenswert. Der Fokus liegt daher nicht darauf, föderal bestehende Unterschiede in den Strafrechtssystemen zwingend zu bewahren, sondern stattdessen das Potenzial für föderal unterschiedliche, aber stets wandelbare demokratische Präferenzen zu erhalten. Diese Deutung schließt den Erhalt bestehender Unterschiede keinesfalls aus. Die föderalen Entscheidungen können auch darin bestehen, dass historisch und/oder kulturell gewachsene Spezifika beibehalten werden sollen. Sie müssen aber demokratisch ausgedrückt werden.

---

<sup>61</sup> Vgl. z. B. zu modernen Tendenzen in der deutschen Kriminalpolitik *Heinrich*, KriPoZ 2017, 4, der seit den 1990er Jahren in Deutschland einen Trend zur Kriminalisierung statt Liberalisierung sieht (4–5).

Für die EU kommt hinzu, dass inhaltliche Fragen der Strafrechtsgestaltung oft mit der föderalen Frage ihrer Bewerkstelligung zusammenhängen. Die Verteilung, welche Fragen föderal und welche auf der EU-Ebene geregelt werden, ist bis zu einem gewissen Grad selbst politischer Natur und sollte daher (auch) demokratisch entschieden werden. Um transnationale Kriminalität effektiv bekämpfen zu können, kann sich ein Mitgliedsstaat entscheiden, mit anderen enger zusammenzuarbeiten. Es ist grundsätzlich eine demokratisch offene Entscheidung, welche Befugnisse und Entscheidungen besser auf der EU-Ebene liegen sollen und welche auf der nationalstaatlichen bzw. sogar darunter liegenden Ebenen.<sup>62</sup> Dabei ist zu berücksichtigen, dass die Entscheidung der Verlagerung selbst zeitlich kontingent ist. Zur Wahrung der Offenheit für föderale Vielfalt sollte es daher prinzipiell auch möglich sein, einmal an die EU übertragene Entscheidungsgewalt wieder zurück auf die niedrigeren Ebenen zu holen. Die so entstehende dynamische Integration ist als Ausdruck sich zeitlich wandelbarer demokratischer Präferenzen zu sehen.

Zusammenfassend lässt sich sagen, dass die Offenheit für föderale Vielfalt ein Leitprinzip des EU-Strafverfassungsrechts darstellen sollte. Nach dem hier vertretenen Verständnis bedeutet diese Offenheit, dass Vielfalt weniger in ihrem Bestand als in ihrer demokratischen Möglichkeit geschützt werden sollte. Der plurale Raum der EU zeichnet sich dadurch aus, dass unterschiedliche Vorstellungen zum Strafrecht existieren können. Ziel sollte es sein, föderale Spielräume zu erhalten, in denen die unterschiedlichen Vorstellungen in demokratischen Verfahren zum Ausdruck gebracht und möglichst bürgernah entschieden werden können. Diese Entscheidungen betreffen grundsätzlich auch die Frage, wann und wo mehr Konvergenz einer europäischen Kriminalpolitik wünschenswert ist bzw. wo umgekehrt auch Raum für vielfältige Lösungen (fort-)bestehen sollte. Wichtig ist darauf zu achten, dass die Festlegungen demokratisch revidierbar bleiben und dass andere EU-strafverfassungsrechtliche Prinzipien den demokratischen Festlegungen gewisse Grenzen setzen.<sup>63</sup>

#### 4. Weitere Leitprinzipien

Die vorgeschlagenen EU-strafverfassungsrechtlichen Leitprinzipien sind nicht als eine abschließende Aufzählung zu verstehen, sondern lassen sich um weitere ergänzen. Gerade die weiteren in Art. 2 EUV genannten EU-Werte bieten potenzielle Anknüpfungspunkte für eine EU-strafverfassungsrechtliche Entwicklung. So könnte beispielsweise der Aspekt der *Gleichheit* (Art. 2 EUV) ein im Kontext der EU besonders zu berücksichtigender strafverfassungsrechtlicher Wert sein.

---

<sup>62</sup> Dabei sind allerdings gewisse Grenzen zu berücksichtigen. Das hier vorgeschlagene EU-Strafverfassungsrecht zielt darauf ab, zur Entwicklung von Korridoren für die Frage der Zuständigkeitsverteilung beizutragen, vgl. zu diesem Aspekt *Dritter Teil, A., II., 5.*

<sup>63</sup> Vgl. zu dem Verhältnis der Prinzipien noch *Dritter Teil, B., II.*

Allgemein EU-(verfassungs)rechtlich nimmt Gleichheit gerade auch wegen der besonderen Bedeutung des Schutzes vor Diskriminierung (z. B. Art. 2 und Art. 21 EUV) in der und für die EU eine wichtige Stellung ein.<sup>64</sup> Speziell für das Strafrecht scheint Art. 67 Abs. 1 AEUV zwar auf den ersten Blick für den *Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts* die typische Gegenüberstellung von Freiheit und Sicherheit wiederzugeben. Man kann den Artikel daher so interpretieren, dass das Recht ein Mittel darstellt, um Freiheit und Sicherheit zu gewährleisten und zueinander in Ausgleich zu bringen.<sup>65</sup> Eine alternativ mögliche Deutung ist aber, dass das Recht einen eigenständigen normativen Wert hineinträgt. Konkret könnte es bedeuten, dass neben Freiheit und Sicherheit auch *Gleichheit* als Ausprägung von Recht und Gerechtigkeit ein zu berücksichtigendes und in die Gleichung einzubeziehendes Prinzip ist. Im nationalen Rahmen existieren bereits Ansätze dazu, wie sich verfassungs- und strafrechtliche Gleichheit als Dimensionen von Strafgerechtigkeit darstellen.<sup>66</sup> Dieser Aspekt kann im Kontext der EU weiter erkundet werden, wobei die Spezifika der Unionsrechtsordnung besonders zu berücksichtigen wären.

Es stellt sich darüber hinaus die Frage, wie mit Topoi wie Kultur oder Historie umgegangen werden sollte, die den bisherigen strafrechtlichen Integrationsdiskurs wesentlich geprägt haben.<sup>67</sup> Nach hier vertretener Ansicht sind sie für die Integration des Straf- und Strafverfahrensrecht nicht *per se* irrelevant, sollten aber keine eigenständigen EU-strafverfassungsrechtlichen Prinzipien darstellen. Der Grund dafür ist nicht, dass sich für eine Berücksichtigung im EU-Strafverfassungsrecht keine Ansatzpunkte im positiven Recht finden ließen. Denn zum einen würde das ihrer Berücksichtigung aufgrund des favorisierten rechtsgrundlegenden Verständnisses ohnehin nicht zwingend entgegenstehen. Zum anderen könnte man auch (eine entsprechende Begründung vorausgesetzt) Stützen dafür im EU-Primärrecht und auf der nationalen Verfassungsebene finden.<sup>68</sup>

Der Grund, der gegen eine Anerkennung als EU-strafverfassungsrechtliche Leitprinzipien spricht, ist vielmehr substantieller Natur. Würde man Kultur oder Historie als eigenständige EU-strafverfassungsrechtliche Prinzipien sehen, die auf der gleichen Ebene wie Demokratie, Rechtsstaatlichkeit, Grundrechte oder föderale Vielfalt liegen, müssten sie gegebenenfalls in einen Ausgleich zueinander gebracht werden, da die Abwägung der verfassungsrechtlichen Prinzipien ein für

<sup>64</sup> Vgl. insgesamt *Muir*, EU Equality Law: The First Fundamental Rights Policy of the EU.

<sup>65</sup> In diese Richtung *Heger*, Integration 2022, 188 (188).

<sup>66</sup> *Singelstein*, in: Bäcker/Burchard, Strafverfassungsrecht, S. 223; zum strafverfassungsrechtlichen Diskriminierungsverbot aufgrund der Rasse *Barskanmaz*, in: Bäcker/Burchard, Strafverfassungsrecht, S. 281.

<sup>67</sup> Vgl. dazu *Erster Teil, C., I.*

<sup>68</sup> So kann z. B. der Begriff der „Tradition“ in Art. 67 Abs. 1 als Schutz historisch gewachsener Unterschiede interpretiert werden. Auch für die Wahrung von Kultur lassen sich im Primärrecht Normen finden (so z. B. in Art. 3 Abs. 3 EUV: „Sie [die Union] wahrt den Reichtum ihrer kulturellen [...] Vielfalt [...].“

das EU-strafverfassungsrechtliche Denken prägendes Wesensmerkmal darstellt.<sup>69</sup> Das würde beispielweise die Frage aufwerfen, ob eine bestimmte Strafrechtskultur demokratischer Entscheidungsfindung Grenzen setzen kann. Diesbezüglich würde sich aber bereits ein Erkenntnisproblem stellen: Wer und anhand welcher Methode bestimmt, was die (nationale) Strafrechtskultur ausmacht? Im Übrigen hat auch der Blick auf andere wissenschaftliche Disziplinen gezeigt, dass gerade „Kultur“ ein höchst voraussetzungsvolles und in seinen Möglichkeiten umstrittenes Konzept ist.<sup>70</sup> Auch wenn die Bezüge zwischen Strafrecht und Kultur weiter erforscht werden sollten, scheint die Anerkennung von Kultur als eigenständigem *normativen* Prinzip aufgrund der konzeptionellen Unbestimmtheit nicht sinnvoll.

Überzeugender ist es, anzuerkennen, dass Kultur und Historie zwar weiterhin Berücksichtigung in der Strafrechtsintegration finden können, dafür aber in anderen EU-strafverfassungsrechtlichen Prinzipien aufgehen müssen. Ein möglicher Weg dafür ist, dass sie demokratisch artikuliert werden. So können beispielsweise nationale Unterschiede in Strafverfahrensordnungen einen historischen oder kulturell bedingten Ursprung haben. Wenn eine Gesellschaft sich mehrheitlich dafür ausspricht, an einem historisch gewachsenen inquisitorischen Verfahrensmodell festhalten zu wollen, ist das als demokratischer Ausdruck aus EU-strafverfassungsrechtlicher Sicht relevant. Darüber hinaus können Kultur und Historie auch als erklärende Variablen gewinnbringend sein, um die Unterschiede in den strafrechtlichen Ordnungen oder in den Einstellungen der Bürger\*innen im pluralen europäischen Raum sowie dafür bestehende Gründe besser zu verstehen.<sup>71</sup>

### 5. Zwischenergebnis

Rechtsstaatlichkeit, Grundrechte, Demokratie und Offenheit für föderale Vielfalt können als Leitprinzipien eines EU-Strafverfassungsrechts fungieren. Zwar scheinen sie zunächst aufgrund ihres hohen Abstraktionsgrads wenig geeignet, um aus ihnen konkrete Vorgaben abzuleiten; die Abstraktion erweist sich bei näherer Betrachtung aber sogar als Vorteil. Die Prinzipien bieten einen geeigneten gedanklichen Orientierungs- und Ausgangspunkt für nähere Konkretisierungen, die entsprechend den vorgeschlagenen Leitlinien entwickelt werden sollten. Hierfür Demokratie, Grundrechte, Rechtsstaatlichkeit und föderale Vielfalt zunächst als abstrakte Prinzipien zu verstehen, ermöglicht eine intensive Auseinandersetzung mit ihnen, bei der bisherige Verknüpfungen und Vorannahmen, z. B. dass die nationale Ebene *per se* den aus demokratischer Sicht vorzugswürdigen

---

<sup>69</sup> Vgl. dazu *Zweiter Teil*, C., II., 3., b).

<sup>70</sup> Vgl. dazu *Erster Teil*, C., I., 2., b), bb), (2).

<sup>71</sup> Vgl. für einen differenzierten Blick auf kulturelle Hintergründe der verschiedenen europäischen Strafverfahrensordnungen *Hörnle*, ZStW 2006, 801.



Rahmen darstellt, hinterfragt werden können. Diese Offenheit ist nach hier vertretener Ansicht sinnvoll, um aus den Prinzipien anspruchsvolle Anforderungen für die Integration des Straf- und Strafverfahrensrechts herzuleiten. Auf diese Weise verstandene EU-strafverfassungsrechtliche Prinzipien eignen sich auch mit Blick auf die Dynamik der Integration, da sie nicht darauf ausgerichtet sind, einen Status Quo zu erhalten, sondern sich responsiv zu gesellschaftlichen Veränderungen zeitlich schritthaltend weiterentwickeln lassen.

## II. Herausforderung der Konkretisierung: Demokratischer und föderaler Grundrechtsschutz im EU-Strafrecht

Wie einleitend hervorgehoben liegt eine besondere Herausforderung darin, die EU-strafverfassungsrechtlichen Prinzipien zu konkretisieren. Wichtig ist es dafür, sich mit dem Verhältnis der Prinzipien zueinander auseinanderzusetzen. Ausgehend vom Anliegen eines effektiven EU-Grundrechtsschutzes im Strafrecht wird im Folgenden gezeigt, wie Grundrechte, Demokratie und föderale Vielfalt zusammenhängen und welche Herausforderungen sich in diesem Zusammenhang stellen.

### 1. Bedeutung der Grundrechte

Strafrechtliche Maßnahmen sind häufig mit einer hohen grundrechtlichen Eingriffsintensität für Individuen verbunden, weswegen für sie hohe Legitimationsanforderungen bestehen.<sup>72</sup> Die grundrechtliche Schutzbedürftigkeit zeigt sich insbesondere bei beschuldigten und angeklagten Personen, deren individuelle Freiheit gegen die strukturell überlegene Strafverfolgung durch spezifische Rechte geschützt wird. Mit dem Voranschreiten der Integration werden die Möglichkeiten einer transnationalen Strafverfolgung dynamisch ausgebaut, wodurch auch stetig neue grundrechtliche Gefährdungslagen entstehen.<sup>73</sup> Bürger\*innen sehen sich nicht mehr nur mit Strafverfolgungsbehörden ihres Staates konfrontiert, sondern stehen einem zunehmenden integrierten europäischen Strafrechtssystem gegenüber, das von einem Zusammenwirken verschiedener Ebenen charakterisiert ist.<sup>74</sup> Aus den EU-strafverfassungsrechtlichen Prinzipien der Rechtsstaatlichkeit und des Grundrechtsschutzes ergibt sich die Herausforderung, einen effektiven unionsweiten Grundrechtsschutz für angeklagte und beschuldigte Personen im Straf- und Strafverfahrensrecht zu gewährleisten.<sup>75</sup>

---

<sup>72</sup> Für das deutsche GG *Brunhöber*, in: Bäcker/Burchard, Strafverfassungsrecht, S. 53 (insb. 63 ff.).

<sup>73</sup> Vgl. *Gaede*, in: Böse, Europäisches Strafrecht (EnzEuR XI), § 3, Rn. 10.

<sup>74</sup> Zu dieser Bezeichnung bereits *Vogel*, Maastricht Journal of European and Comparative Law 2005, 125 (127); *Hecker*, in: Ambos, Europäisches Strafrecht post-Lissabon, S. 13 (14).

<sup>75</sup> *Gaede*, in: Böse, Europäisches Strafrecht (EnzEuR XI), § 3, Rn. 5 ff.

Aus EU-straferfassungsrechtlicher Sicht zeigt sich, dass allein ein nationaler grundrechtlicher Individualrechtsschutz nicht (mehr) ausreicht, um die Freiheitsdimension des Strafrechts zu gewährleisten. Erstens sind nationale Grundrechte nicht immer anwendbar, da das Unionsrecht einen Anwendungsvorrang genießt.<sup>76</sup> Die Ausweitung des EU-Strafrechts speziell, aber auch des EU-Rechts allgemein hat zur Folge, dass immer mehr Fallgestaltungen unionsrechtlich geregelt sind und sich der Anwendungsbereich nationaler Grundrechte verkleinert. Intuitiv mag man geneigt sein, den Anwendungsvorrang für das Problem zu halten: Sollte gerade im Straf- und Strafverfahrensrecht der so bedeutsame Grundrechtsschutz wirklich hinter die möglichst effektive Erreichung von Zielen in Unionsrechtsakten zurücktreten?<sup>77</sup> Auch wenn das Anliegen des Grundrechtsschutzes aus EU-straferfassungsrechtlicher Sicht geteilt wird, existiert ein Grund, warum die Durchbrechung des Anwendungsvorrangs durch nationale Grundrechte keinen geeigneten Lösungsweg darstellt. Es ist ein prinzipiell schützenswerter demokratischer Ausdruck kollektiver Freiheit der EU-Bürger\*innen, der EU bestimmte Politikziele zu übertragen, wozu auch die Aufgabe gehört, einen *Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts* zu schaffen. Die Erreichung der demokratisch vereinbarten Ziele wäre gefährdet, wenn Mitgliedsstaaten aus grundrechtlichen Erwägungen *beliebig* ausscheren könnten.<sup>78</sup> Ein nationaler Grundrechtsschutz hat zudem zweitens das Problem, dass er für viele der neuen transnationalen Gefährdungslagen keinen ausreichenden Schutz bieten kann. Sofern man nicht grundsätzlich aus dem auf gegenseitiger Anerkennung basierenden Kooperationssystem austreten will, müssten Standards auf EU-Ebene formuliert werden, um ihre Einhaltung auch in den anderen Mitgliedsstaaten zu garantieren.<sup>79</sup>

Daraus folgt, dass der grundrechtliche Schutz im integrierten europäischen Strafrechtssystem *europäisch* gedacht werden muss. Nach hier vertretener An-

<sup>76</sup> Vgl. zum Vorrang des Unionsrechts auch vor nationalem Verfassungsrecht bereits EuGH, Urteil vom 17. Dezember 1970, C-11/70, Internationale Handelsgesellschaft; mit Blick auf das Strafrecht EuGH (Große Kammer), Urteil vom 26. Februar 2013, C-399/11, Melloni; insgesamt zum Vorrang und seiner Bedeutung im EU-Strafrecht Hecker, Europäisches Strafrecht, § 9; zu den Auswirkungen auf mitgliedstaatliche Strafvorschriften Heger, in: Böse, Europäisches Strafrecht (EnzEuR XI), § 5, Rn. 84 ff.

<sup>77</sup> So die Auffassung des EuGH in der Rs. Melloni, wonach es den nationalen Behörden und Gerichten zwar prinzipiell gestattet sein soll, höhere Grundrechtsstandards im Strafrecht als die der Charta zu gewährleisten (vgl. so auch Art. 53 GRCh); dies aber nur insoweit, dass „der Vorrang, die Einheit und die Wirksamkeit des Unionsrechts“ dadurch nicht beeinträchtigt werden, vgl. EuGH (Große Kammer), Urteil vom 26. Februar 2013, C-399/11, Melloni, Rn. 60. Da das Unionsrecht auch jegliches Sekundärrecht umfasst, genießt die effektive Erreichung von EU-Politikzielen dieser Interpretation nach einen sehr weiten Vorrang; vgl. zum dem Urteil mit weiteren Nachweisen bereits *Erster Teil*, B., II., 3., a), aa).

<sup>78</sup> Vgl. Gaede, in: Böse, Europäisches Strafrecht (EnzEuR XI), § 3, Rn. 6.

<sup>79</sup> Vgl. zu den Vorbedingungen des Systems der gegenseitigen Anerkennung u. a. Möstl, Common Market L. Rev. 2010, 405.

sicht kann diese Aufgabe nicht darauf beschränkt sein, EU-weit grundrechtliche Mindeststandards zu etablieren.<sup>80</sup> Aus EU-strafverfassungsrechtlicher Perspektive ergibt sich eine darüber hinausgehende Anforderung, ein mehrdimensionales System grundrechtlichen Schutzes zu schaffen, in dem für alle strafrechtlichen Fallgestaltungen (rein innerstaatlich, mit transnationalem Bezug oder zukünftig gar supranational-europäisch) ein grundsätzlich *hohes* grundrechtliches Niveau garantiert werden sollte. Dafür bietet es sich an, parallel zur Strafverfolgung auch die Grundrechte integrativ zu entwickeln.<sup>81</sup> Dieser von *Matthias Bäcker* formulierte Vorschlag sieht vor, dass der europäische Grundrechtsschutz nicht entweder auf der nationalen oder der EU-Ebene liegen sollte, sondern beide Ebenen zu einem „Kontrollverbund“ verknüpft werden müssen.<sup>82</sup>

## 2. Lösungsmöglichkeiten

Eine Lösung könnte darin liegen, die EU-Grundrechte, insb. wie sie in der Charta der Grundrechte niedergelegt sind, so zu interpretieren, dass sie den Bürger\*innen möglichst viele und weitreichende Grundrechte bieten. Aus grund- und menschenrechtlicher Perspektive scheint dieser Weg zunächst attraktiv. Inhaltlich lassen sich die grundrechtlichen Gewährleistungen der Charta so auslegen, dass sie auch für die EU-spezifischen Gefährdungslagen, die aus der Strafrechtsintegration resultieren, einen qualitativ hochwertigen Schutz bieten. Wenn bei der Konturierung auch die nationalen Grundrechtstraditionen sowie die EMRK-Garantien berücksichtigt werden, wäre sichergestellt, dass der EU-Grundrechtsschutz fest im europäischen Mehrebenensystem verankert ist. Dies wird nicht nur primärrechtlich vom EU-Recht gefordert (vgl. Art. 6 Abs. 3 EUV und Art. 67 Abs. 1 AEUV), sondern entspricht auch bereits der justiziellen Praxis. Formal würden die Gewährleistungen der Grundrechtecharta im Anwendungsbereich des Unionsrechts Anwendungsvorrang genießen.<sup>83</sup> Nimmt man beide Faktoren zusammen, wäre auf diese Weise ein EU-weit einheitlicher, hoher grund- und menschenrechtlicher Schutz gewährleistet.

Aus EU-strafverfassungsrechtlicher Perspektive ist der dargestellte Vorschlag allerdings nach hier vertretener Ansicht ungeeignet. Der Grund dafür liegt, kurz gesagt, darin, dass die EU kein reiner Menschenrechts-, sondern ein Verfassungsraum ist.<sup>84</sup> Daraus folgt, dass auch ein wichtiges Anliegen wie der Schutz von

---

<sup>80</sup> Vgl. zu den Unterschieden zwischen EMRK und EU sowie den Gründen bereits ausführlich *Erster Teil, C., II., 2.* Weder reichen Mindeststandards aus, um die individualrechtliche Legitimation von Strafrecht in der EU zu gewährleisten, noch passt das auf Einzelfallkorrektur angelegte System für den erforderlichen Systembau. Nichtsdestotrotz bilden EMRK und die Rechtsprechung des EGMR für die Strafrechtsentwicklung in der EU auch zukünftig eine wichtige, externe menschenrechtliche Kontrollinstanz.

<sup>81</sup> Vgl. *Bäcker*, in: *Bäcker/Burchard, Strafverfassungsrecht*, S. 169 (169 f.).

<sup>82</sup> Vgl. *Bäcker*, in: *Bäcker/Burchard, Strafverfassungsrecht*, S. 169 (172 ff.).

<sup>83</sup> Auch dies entspricht der derzeit geltenden Rechtslage (vgl. zum Vorrang Fn. 77).

<sup>84</sup> Vgl. zu diesem Argument bereits *Erster Teil, C., II., 2., c), bb), (3)*.

individuellen Rechten im Strafrecht in der EU nicht allein *menschenrechtlich*, d. h. über unanfechtbare Garantien, die jedem Menschen universell zustehen und gerichtlich durchgesetzt werden, interpretiert werden kann. Stattdessen ist ein Verständnis des Individualrechtsschutzes in Form von kontextspezifischen *Grundrechten* erforderlich, bei denen auch andere für das EU-strafverfassungsrechtliche Denken essenzielle Prinzipien wie Demokratie und Offenheit für föderale Vielfalt Berücksichtigung finden. Das Problem an dem soeben vorgestellten Vorschlag ist, dass er zu einer zunehmenden Unitarisierung des Grundrechtsschutzes beitragen und dadurch föderale und demokratische Präferenzen verdrängen würde. Im Anwendungsbereich des Unionsrechts würden die Charta-Gewährleistungen Vorrang gegenüber den nationalen Grundrechten und den einfachen Rechten aus den nationalen Strafprozessordnungen genießen. Nationale Regelungen hätten damit nur noch in rein innerstaatlichen Fallgestaltungen Relevanz. Die weite Interpretation des Anwendungsbereichs der Charta und die zu beobachtende Ausdehnung des Unionsrechts führen dazu, dass rein innerstaatliche Fallgestaltungen immer seltener werden dürften.<sup>85</sup>

Problematisch ist dies, weil die strafverfahrensrechtlichen Vorschriften (und auch nationale Verfahrensgrundrechte) kontextspezifische und zeitlich kontingente Festlegungen enthalten, wie das dem Strafprozess allgemein unterliegende Spannungsverhältnis zwischen effektiver Strafverfolgung und dem Schutz individueller Rechte aufgelöst werden sollte. Verlagert man die Frage der Reichweite von Beschuldigtenrechten auf die EU-Ebene und in die Grundrechte-Charta, können demokratische und föderale Präferenzen weniger berücksichtigt werden. Zum einen haben auf der EU-Ebene individuelle Präferenzen ein geringeres Stimmgewicht. Zum anderen würde durch die Verschiebung in die Grundrechtecharta auch eine demokratisch problematische „Konstitutionalisierung des einfachen [Strafprozess-]Rechts“ stattfinden.<sup>86</sup> Änderungen der Rechte von beschuldigten oder angeklagten Personen wären sowohl der europäischen als auch den nationalen Legislativen weitgehend entzogen, da sie eine Änderung der EU-Grundrechte erfordern würden.

Zu bedenken wäre weiter, dass die zentrale und einheitliche Regelung von Verfahrensgarantien durch EU-Grundrechte wie ein Fremdkörper in die nationalen Strafprozessordnungen hineinwirken würde. Das oft fein abgestimmte System, das Wahrheitsfindung und Schutz von individuellen Freiheitsinteressen in Ausgleich zu bringen sucht, würde dadurch drohen in Disbalance zu geraten. In der Folge könnte ein externer Druck entstehen, auch andere Regelungen (z. B. zur Verwertbarkeit von Beweisen, zu Fragerechten der Staatsanwaltschaft etc.) anzupassen, um auf die Verschiebung zu reagieren.<sup>87</sup> Zumindest mittelfristig

<sup>85</sup> Hinzukommt, dass je spezifischere Konturen die EU-Grundrechte erlangen, desto eher drohen Wertungswidersprüche zu den Bestimmungen in den Strafprozessordnungen aufzutreten.

<sup>86</sup> So bei *Greco*, in: Brunhöber/Höffler/Kaspar/Reinbacher/Vormbaum, Strafrecht und Verfassung, S. 13 (31), der sich allerdings mit dem materiellen Strafrecht auseinandersetzt.

<sup>87</sup> Detaillierte Regelungen zur Verwertbarkeit von Beweisen, zu Aussageverweigerungs-

dürfte dies dazu führen, dass die Strafprozessordnungen insgesamt justiziell vereinheitlicht werden würden. EU-strafverfassungsrechtlich wäre die zunächst attraktiv wirkende Erhöhung des Grundrechtsschutzes durch vorrangig anwendbare, einheitliche EU-Standards (zu) teuer erkaufte.

Spannungen zwischen Grundrechtsschutz, Demokratie und föderaler Vielfalt treten nicht nur bei der Frage des Schutzes von angeklagten oder beschuldigten Personen in Strafverfahren auf. Auch für das materielle Strafrecht hat der zu entwickelnde EU-Grundrechtsschutz Bedeutung. Zum einen können die EU-Grundrechte nationalen Legislativen Grenzen der Kriminalisierung setzen. Ein Verhalten, das durch EU-Grundrechte geschützt ist, darf auch nicht von einer demokratischen Mehrheit in einem Mitgliedsstaat dadurch unmöglich gemacht werden, dass es mit Kriminalstrafe bedroht wird. Spezifisch für die EU stellt sich die Frage, inwiefern dieser Gedanke auch für die Grundfreiheiten gilt, ob also ein Staat ein Verhalten mit Strafe bedrohen kann, das in enger Verbindung mit der Ausübung einer Grundfreiheit steht. Aus Sicht des EU-Strafverfassungsrechts wird die Antwort nicht eindeutig ausfallen. Einerseits ist den Grundfreiheiten ein gewisser unionsverfassungsrechtlicher Charakter nicht abzuspüren. Andererseits würde eine Auslegung der Grundfreiheiten als Trumpfkarten, die kriminalpolitische Spielräume zur Kriminalisierung stark begrenzen, der hohen Bedeutung von Demokratie im EU-Strafverfassungsrecht nicht ausreichend gerecht.

Darüber hinaus stellt sich EU-strafverfassungsrechtlich die Frage, ob und inwiefern aus EU-Grundrechten für die Legislative die Pflicht erwachsen kann, bestimmte Verhaltensweisen strafrechtlich zu ahnden. Neben der im Strafrecht meist im Vordergrund stehenden Abwehrfunktion von Grundrechten, nämlich Bürger\*innen vor übermäßig harten Eingriffen von Seiten des Staates zu schützen, kann Strafrecht umgekehrt auch ein Mittel sein, um die freie Ausübung von Grundrechten zu ermöglichen.<sup>88</sup> Staaten können mithilfe des Strafrechts ein friedliches Zusammenleben in einer Gesellschaft sicherstellen, das es den Bürger\*innen ermöglicht, von ihren grundrechtlich geschützten Rechten frei Gebrauch zu machen. In der EU hat dieser Gedanke noch eine transnationale Erweiterung erfahren. Strafrecht dient dort (auch) der Funktion, dass EU-Bürger\*innen von ihren Freizügigkeitsrechten Gebrauch machen können, ohne dabei Angst vor Kriminalität haben zu müssen.<sup>89</sup>

---

rechten oder Befugnissen von Ermittlungspersonen lassen sich letztlich auf die größere Frage zurückbeziehen, ob insgesamt eine eher repressivere oder liberalere Kriminalpolitik bevorzugt wird. Für diese Abwägung grundsätzlich zum einen föderale Vielfalt offenzulassen und zum anderen sie einfachgesetzlich und damit (einfacher) demokratisch änderbar auszugestalten, sprechen aus EU-strafverfassungsrechtlicher Sicht gute Gründe. Ein zentralisierter, vereinheitlichter EU-Grundrechtsschutz würde die Unterschiede mittelfristig nivellieren und föderale und demokratische Festlegungen weitgehend einschränken.

<sup>88</sup> Vgl. z. B. *Fossas Espadaler*, *Revista Española de Derecho Constitucional* 2015, 305 (317).

<sup>89</sup> *Vogell/Schneider*, in: *Europäisches Strafrecht (EnzEuR XI)*, § 7, Rn. 23.

Eine EU-straferfassungsrechtliche Spannungslage kann bei der Frage entstehen, ob aus den EU-Grundrechten sogar *Pflichten* zur Kriminalisierung oder zur strafrechtlichen Verfolgung von Verhaltensweisen erwachsen können. Der Gedanke, dass Staaten positive (Schutz-)Pflichten gegenüber ihren Bürger\*innen haben, Grundrechte auch durch Strafrecht zu schützen, ist nicht neu.<sup>90</sup> Die Diskussion zur möglichen Existenz eines eigenen Grundrechts auf Sicherheit, für das sich gerade auf der europäischen Ebene in Art. 5 EMRK und Art. 6 GRCh auch positivrechtliche Anknüpfungspunkte finden lassen, kann in diese Richtung gedeutet werden.<sup>91</sup> Aus EU-straferfassungsrechtlicher Perspektive lässt sich zwar nicht eindeutig beantworten, ob ein solches Grundrecht auf Sicherheit besteht oder bestehen sollte. Zumindest hinsichtlich der Frage der strafrechtlichen Schutzpflichten lässt sich aber sagen, dass prinzipiell kein zwingender Grund besteht, Grundrechte auf eine Abwehrfunktion zu beschränken. Gleichzeitig ist aber eine gewisse Vorsicht geboten, aus der prinzipiellen grundrechtlichen Schutzbedürftigkeit eines Verhaltens direkt auf das Bestehen einer grundrechtlichen *Pflicht* der Legislative zur Kriminalisierung zu schließen. Damit wäre nämlich zum einen eine Verengung des politischen und damit demokratischen Raums verbunden, über die so wesentliche Frage zu entscheiden, welche Verhaltensweise mit Strafrecht sanktioniert werden sollten. Zum anderen wäre, wenn man diese Pflicht aus den EU-Grundrechten ableitet, auch eine EU-weite Harmonisierung die Folge, die sich zulasten föderaler Vielfalt auswirkt. Im Einzelfall kann dies zwar dennoch zum Schutz von Menschenrechten geboten sein. Aus EU-straferfassungsrechtlicher Sicht gilt es hier aber, klar zwischen möglicherweise kriminalpolitisch Wünschenswertem und verfassungsrechtlich Gebotenen zu differenzieren.

---

<sup>90</sup> Auch der EGMR leitet aus den Menschenrechten in Ausnahmefällen positive Verpflichtungen der Vertragsstaaten her, das Strafrecht einzusetzen, vgl. dafür z. B. EGMR, Urteil vom 26. März 1985 – 8978/80 (X und Y ./. die Niederlande), Rn. 27; EGMR (Große Kammer), Urteil vom 4. Dezember 2003 – 39272/98 (M.C. ./. Bulgarien), Rn. 153; *Gaede*, in: Knauer/Kudlich/Scheider, Münchener Kommentar zur StPO und EMRK, Art. 2 EMRK, Rn. 16–20; *Maugeri*, New Journal of European Criminal Law 2013, 374 (395 ff.); für die deutsche Diskussion z. B. *Lagodny*, Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte, S. 256 ff.; *Wilfert*, Strafe und Strafgesetzgebung im demokratischen Verfassungsstaat, S. 33 ff.

<sup>91</sup> So andeutungsweise der EuGH (Große Kammer), Urteil vom 8. April 2014, C-293/12 und C-594/12, Digital Rights Ireland Ltd v. Minister for Communications, Marine and Natural Resources u. a., Rn. 42: „[...] Im Übrigen ist insoweit festzustellen, dass nach Art. 6 der Charta jeder Mensch nicht nur das Recht auf Freiheit, sondern auch auf Sicherheit hat“; vgl. auch *Heger*, Integration 2022, 188 (193–195); sowie insgesamt zum Recht auf Freiheit und Sicherheit auf europäischer Ebene *Heger*, in: Heselhaus/Nowak, Handbuch der Europäischen Grundrechte, § 18, der einen weiteren Bedeutungszuwachs erwartet (Rn. 85); grundlegend in der deutschen Diskussion *Isensee*, Das Grundrecht auf Sicherheit: Zu den Schutzpflichten des freiheitlichen Verfassungsstaates.

*3. Zwischenergebnis*

Die Herausforderung einen strafrechtlichen Grundrechtsschutz in der EU zu gestalten, zeigt, wie die EU-strafverfassungsrechtlichen Prinzipien zusammenhängen. Allein nationale Grundrechte bieten in dem zunehmend integrierten europäischen Strafrechtssystem keinen ausreichenden Schutz mehr. Umgekehrt ist es aber auch keine (valide) Alternative, nationale Grundrechte durch einen einheitlichen, zentralen EU-Grundrechtsschutz zu ersetzen. Unabhängig davon, dass eine Unitarisierung der Grundrechte realpolitisch kaum durchsetzbar wäre, wäre dies aus Sicht des EU-Strafverfassungsrechts auch normativ nicht wünschenswert. EU-Strafverfassungsrecht kennzeichnet ein abwägendes Denken, in dem Prinzipien nicht verabsolutiert, sondern miteinander in Ausgleich gebracht werden müssen. Daraus ergibt sich, dass in der EU ein grundrechtlicher Schutz gestaltet werden muss, der Raum für föderale Vielfalt wahrt und demokratische Konkretisierungen zulässt.

## C. EU-strafverfassungsrechtliches Denken konkret

Der abschließende Abschnitt wendet sich der Frage zu, wie sich EU-Strafverfassungsrecht konkreter denken lässt. Dafür werden drei Vorschläge entworfen, die verschiedene Facetten beleuchten sollen. Der erste Vorschlag setzt nah am derzeit geltenden Recht an. Es geht darum, bestehende Integrationsmechanismen, wie den Grundsatz der Subsidiarität, *Opt-Ins* und *Opt-Outs* oder das „Notbremse“-Verfahren, EU-strafverfassungsrechtlich zu re-interpretieren (dazu I.). Der zweite Vorschlag zeigt exemplarisch am Grundsatz der Waffengleichheit, wie Grundrechte aus der EU-Charta als EU-strafverfassungsrechtliche *Grundrechtsprinzipien* weiterentwickelt werden können, um so das Ziel des Grundrechtsschutzes mit föderalen und demokratischen Gesichtspunkten in Einklang zu bringen (dazu II.). Der dritte Vorschlag setzt auf der institutionellen Ebene an. Durch die Etablierung sog. „Grundrechtsräte“ wird ein potenzieller Weg gezeigt, wie sich bei der justiziellen Grundrechtsentwicklung demokratische und föderale Elemente besser einbeziehen lassen (dazu III.).

### I. Vorschlag 1: Re-Interpretation bestehender Integrationsmechanismen

Die Frage des Verhältnisses von Einheit und Vielfalt durchzieht die europäische Integration des Straf- und Strafverfahrensrechts seit ihrem Beginn. Das EU-Recht hält mehrere Mechanismen bereit, die der Verarbeitung dieses Spannungsverhältnisses dienen. Ein für die Integration in ihrer Entwicklung zentrales Strukturprinzip stellt das Prinzip der Subsidiarität dar. Dieses in Art. 5 Abs. 1 und Abs. 3 EUV positivrechtlich verankerte Prinzip ist grundsätzlich auch für die Integration des Straf- und Strafverfahrensrechts maßgeblich (dazu 1.). Neben den allgemeinen Grundsätzen war die Strafrechtsintegration stets von ergänzenden Sonderregeln geprägt, die dem stark ausgeprägten mitgliedstaatlichen Bedürfnis nach Wahrung von Autonomie Rechnung tragen sollten.<sup>1</sup> Auch wenn der

---

<sup>1</sup> So z. B. das lange bestehende Einstimmigkeitserfordernis, vgl. dazu *Baker*, *European Journal of Criminology* 2010, 187 (204 f.); vgl. insgesamt *Erster Teil*, B., II., 2., c), bb) und 3., c), bb). Auch die Annahme eines strafrechtsspezifischen Schonungsgrundsatzes aus Art. 4 Abs. 2 EUV kann als Ausdruck des besonderen Autonomieinteresses gesehen werden, vgl. dazu *Satzger*, *Die Europäisierung des Strafrechts*, S. 166 ff.



Vertrag von Lissabon eine weitgehende Normalisierung des Straf- und Strafverfahrensrechts im Verhältnis zu anderen Politikfeldern der EU zur Folge hatte, haben einige der speziellen autonomieschonenden Mechanismen überlebt bzw. in neuer Gestalt Ausdruck erhalten.<sup>2</sup> Sowohl die *Opt-Ins* und *Opt-Outs* als auch das „Notbremse“-Verfahren stehen paradigmatisch für die nach wie vor existierenden Souveränitätsvorbehalte der Mitgliedsstaaten im *Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts* (dazu 2.).<sup>3</sup>

### 1. Der Grundsatz der Subsidiarität

Der Grundsatz der Subsidiarität bietet, zumindest wenn man ihn EU-strafverfassungsrechtlich interpretiert, einen geeigneten Mechanismus, um das hier vorgeschlagene Verständnis von Offenheit für (demokratisch) föderale Vielfalt umzusetzen. Allgemein verleiht der Grundsatz der Subsidiarität dem normativen Gedanken Ausdruck, dass Entscheidungen möglichst bürgernah getroffen werden sollten.<sup>4</sup> Aus dem Grundsatz folgt aber keine unbedingte Zuweisung an die jeweils niedrigste Ebene. Das Subsidiaritätsprinzip knüpft die Zuweisung an ein Kriterium: Die Entscheidung ist nur insoweit so bürgernah wie möglich zu treffen, wie sich das Ziel ausreichend auf der niedrigen Ebene verwirklichen lässt. Sollte die niedrigere Ebene nicht in der Lage sein, die Herausforderung zu bewerkstelligen, verschiebt sich die Entscheidung auf die nächsthöhere Ebene.

Dieses Kriterium kann EU-strafverfassungsrechtlich konkretisiert werden. Das heißt zunächst, die politische und insofern demokratische Natur der Fragestellung anzuerkennen. Ob ein Ziel auf einer niedrigeren Ebene ausreichend verwirklicht werden kann, ist keine Frage, die sich ausschließlich technisch beantworten lässt. Sie hängt zunächst davon ab, wie man das Ziel bestimmt und dann, welchen Grad der Verwirklichung man für ausreichend hält. Auf das EU-Strafrecht bezogen, lässt sich dieser Zusammenhang so formulieren: Ob ein bestimmtes Verhalten mit den Mitteln des Strafrechts verfolgt werden sollte (Bestimmung des Ziels) und inwieweit die niedrigere Ebene in der Lage ist, die strafrechtliche Verfolgung ausreichend sicherzustellen (Grad der Verwirklichung)

<sup>2</sup> Zu den differenzierten Beteiligungsformen im RFSR *Monar*, in: von Bogdandy/Bast, Europäisches Verfassungsrecht: Theoretische und dogmatische Grundzüge, S. 749 (773 ff.).

<sup>3</sup> Vgl. zum „Notbremse“-Verfahren *Hecker*, Europäisches Strafrecht, § 8, Rn. 34–36; *Böse*, in: Böse, Europäisches Strafrecht (EnzEuR XI), § 4, Rn. 22; *Heger*, ZIS 2009, 406 (414 f.); *Suhr*, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, Art. 83 AEUV, Rn. 31 ff. *Öberg*, European Law Review 2021, 506, vgl. dazu schon *Erster Teil*, B., 3., a), bb) zu den *Opt-Ins* und *Opt-Outs* *Monar*, in: Dyson/Sepos, Which Europe? The Politics of Differentiated Integration, S. 279 (280 ff.), vgl. dazu auch *Erster Teil*, B., II., 3., c), bb).

<sup>4</sup> Vgl. für das Privatrecht *Grundmann*, in: Riesenhuber, Europäische Methodenlehre, S. 243, Rn. 20: „Das Subsidiaritätsprinzip, radikal verstanden, gibt Entscheidungsmacht primär den Betroffenen selbst“; vgl. auch *Häberle*, Archiv des öffentlichen Rechts 1994, 169; *Follesdal*, Global Constitutionalism 2013, 37; *Waschkuhn*, Was ist Subsidiarität? Ein sozialphilosophisches Ordnungsprinzip; für das EU-Strafrecht, z. B. *Öberg*, ECLR 2015, 19.

sind Fragen, die zumindest auch eine politische Dimension aufweisen. Für die politische Frage sind individuelle Präferenzen zur Kriminalpolitik von Bedeutung, die sich am besten in demokratischen Verfahren ausdrücken lassen.

Ein Beispiel hierfür bietet die Diskussion, ob „Hetze und Hasskriminalität“ als Kriminalitätsbereiche in Art. 83 Abs. 1 UA 2 AEUV aufgenommen werden sollten.<sup>5</sup> Da beide die Grundwerte der EU berühren, kann man ein konsequentes Vorgehen – konkret durch die Strafverfolgung entsprechender Handlungen – befürworten. Aus dem Blickwinkel der Subsidiarität betrachtet spricht für die EU-Ebene, dass Hass und Hetze oft im Internet verbreitet werden und daher eine transnationale Dimension aufweisen. Sollten die Nationalstaaten bei der Strafverfolgung an territoriale Grenzen stoßen, wäre die effektive Zielerreichung gefährdet. Die Aufnahme von Hetze und Hasskriminalität als Kriminalitätsbereiche gem. Art. 83 Abs. 1 UA 2 AEUV könnte sich als hilfreicher Schritt erweisen, da er es der EU erlauben würde, unter den Voraussetzungen von Art. 83 Abs. 1 und Abs. 2 AEUV weitere legislative Schritte zu erlassen, um die EU-weite Strafverfolgung zu stärken.

Zu einem abweichenden Ergebnis könnte man allerdings gelangen, wenn das politische Ziel bzw. die Mittel zu dessen Erreichung anders formuliert werden. So kann eine Gesellschaft zwar grundsätzlich der Ansicht sein, dass man *hate-speech* bekämpfen sollte, eine Stärkung der (grenzüberschreitenden) Strafverfolgung als Reaktion darauf aber ablehnen. Hetze und Hass lassen sich grundsätzlich auch mit außerhalb des Strafrechts liegenden Maßnahmen (wie z. B. einer besseren Regulierung von Plattformen, präventiver Aufklärungsarbeit und/oder zivilrechtlichen Sanktionen für Zuwiderhandlungen) bekämpfen. Fasst eine Gesellschaft das Ziel dementsprechend weit als „Bekämpfung von Hass und Hetze *allgemein*“ oder entscheidet sie sich sogar bewusst gegen ein strafrechtliches Vorgehen, so würde die Antwort, ob eine Verlagerung auf die EU-Ebene zur effektiven Erreichung des Ziels erforderlich ist, anders ausfallen.

Ziel an dieser Stelle ist es nicht, zu der konkreten Frage Stellung zu beziehen. Es geht lediglich darum zu verdeutlichen, dass die Bestimmung der Subsidiarität im EU-Strafrecht Abwägungen erfordert, die aus EU-strafverfassungsrechtlicher Sicht *auch* demokratisch getroffen werden sollten. Raum für föderale, demokratische Vielfalt zu schaffen, kann insofern grundsätzlich auch bedeuten, dass föderale Einheiten beschließen, bestimmte Verhaltensweisen nicht mit den Mitteln des Strafrechts verfolgen zu wollen oder zumindest eine Verlagerung auf die EU-Ebene nicht für erforderlich zu halten.

Dabei sind aber wiederum Grenzen zu beachten. Den Grundsatz der Subsidiarität EU-strafverfassungsrechtlich zu konkretisieren, beinhaltet nämlich auch, andere strafverfassungsrechtliche Zielvorgaben – wie Rechtsstaatlichkeit

<sup>5</sup> Vgl. für einen Vorschlag dafür die Mitteilung der Kommission vom 9. Dezember 2021 zur Erweiterung der Liste der EU-Straftatbestände um Hetze und Hasskriminalität (COM(2021) 777 final); vgl. insgesamt dazu *Peršak*, Criminal Law Forum 2022, 85.

und Grundrechtsschutz – zu berücksichtigen. Wie ein Ziel definiert wird und welchen Grad man (noch) für ausreichend hält, um die Lösung auf einer niedrigen Ebene zu belassen, hängt nicht nur von demokratischen Präferenzen einer Mehrheit in bestimmten Gesellschaften ab. Aus EU-strafverfassungsrechtlicher Sicht können unter anderem Grundrechte den demokratischen Entscheidungsraum begrenzen. So darf die Entscheidung für eine niedrigere oder höhere Ebene nicht dazu führen, dass die (Grund-)Rechte von Dritten verletzt werden. Wenn man, um auf das oben genannte Beispiel zurückzukommen, zur effektiveren Strafverfolgung von Hasskriminalität Kompetenzen auf die EU-Ebene verlagert, müssen dabei die Auswirkungen auf Grundrechte bedacht werden. So sollten z. B. die Implikationen für das Grundrecht auf freie Meinungsäußerung berücksichtigt werden. Gerade bei Erweiterungen der Möglichkeiten der Strafverfolgungsbehörden muss zudem kritisch geprüft werden, wie sich dies auf die in Strafverfahren gebotene Balance auswirkt. Es kann unter Umständen erfordern, auch die Rechte von beschuldigten oder angeklagten Personen zu stärken. Falls der nationale Rahmen dafür nicht ausreicht, ist auch hier eine entsprechende Übertragung von Kompetenzen auf die EU-Ebene geboten. Aus einer EU-strafverfassungsrechtlichen Konkretisierung des Subsidiaritätsprinzips folgt somit, dass auch eine substantielle, grundrechtliche Dimension einbezogen werden sollte.

## 2. *Opt-Ins und Opt-Outs und das „Notbremse“-Verfahren*

Aus EU-strafverfassungsrechtlicher Sicht ergibt sich bei der Beurteilung dieser Mechanismen ein gemischtes Bild. Positiv zeigen die Mechanismen, dass sich die Spannungslagen unionsrechtsintern verarbeiten lassen. *Opt-Ins*, *Opt-Outs* oder das „Notbremse“-Verfahren eröffnen den Mitgliedsstaaten die Möglichkeit, sich an einzelnen Maßnahmen und größeren Schritten der Strafrechtsintegration nicht zu beteiligen, ohne dass sie sich dafür in Widerspruch zur EU-Rechtsordnung begeben müssten oder dass sie damit eine weitere Integration insgesamt verhindern würden.<sup>6</sup> Im Gegensatz zu den lange Zeit in der Strafrechtsintegration existenten Einstimmigkeitserfordernissen können die übrigen Staaten nämlich nun im Wege einer „Verstärkten Zusammenarbeit“ strafrechtliche Maßnahmen weiterverfolgen.<sup>7</sup> *Opt-ins*, *Opt-outs* oder das „Notbremse“-Verfahren schaffen

---

<sup>6</sup> Abzugrenzen sind die beschriebenen Möglichkeiten, die aus Perspektive des Unionsrechts zulässig sind, von der aus Sicht nationaler Verfassungsgerichte im Notfall erforderlichen „Identitäts-“ oder „Ultra-vires“-Kontrolle. Letztere sind vom Unionsrecht nicht vorgesehen, sondern werden aus national-verfassungsrechtlicher Sicht gegen das Unionsrecht in Stellung gebracht, sollte dieses „ausbrechen“ und die zugewiesenen Kompetenzen überschreiten bzw. nationale Identitäten nicht ausreichend wahren; vgl. zur Bedeutung von verfassungsgerichtlichen Identitätskontrollen für den Grundrechtsschutz Gaede, in: Böse, Europäisches Strafrecht (EnzEuR XI), § 3, Rn. 8, 37 ff.

<sup>7</sup> Vgl. aus dem Primärrecht Art. 82 Abs. 3 Abs. 3 UA 2 und Art. 83 Abs. 3 UA 2 AUEV.

somit einen legalen Weg, um mitgliedstaatliche Autonomieinteressen zu schützen, ohne die Strafrechtsintegration insgesamt zu blockieren. Die beschriebenen Mechanismen bergen allerdings auch negative Seiten, da sie zu einer Fragmentierung des europäischen Binnenrechtsraums führen.<sup>8</sup> Diese ist nicht nur hinderlich für eine effektive justizielle Zusammenarbeit zum Zweck der Strafverfolgung, sondern kann auch eine Gefahr für die Garantie EU-weit einheitlicher Mindestgarantien im Straf- und Strafverfahrensrecht darstellen.<sup>9</sup>

Für die grundsätzlich wünschenswerte Vielfalt des europäischen Rechtsraums stellt die Fragmentierung, zumindest bis zu einem gewissen Grad, einen in Kauf zu nehmenden Preis dar. EU-strafverfassungsrechtlich lässt sich aber konkretisieren, unter welchen Voraussetzungen eine Fragmentierung hinnehmbar erscheint. Fragmentierung ist nach hier vertretener Ansicht tendenziell dann zu rechtfertigen, wenn sich ein Zusammenhang zu EU-strafverfassungsrechtlichen Prinzipien herstellen lässt, also z. B., wenn sie Resultat prinzipiell schützenswerter demokratischer Präferenzen ist. Um diesen Zusammenhang zu gewährleisten, müssen die Mechanismen spezifisch EU-strafverfassungsrechtlich interpretiert werden. Demnach darf die Wahl eines Mitgliedsstaates, sich an einer Maßnahme nicht zu beteiligen, nicht in seinem freien politischen Ermessen stehen, sondern sollte kriteriengeleitet anhand der EU-strafverfassungsrechtlichen Prinzipien bestimmt und begründet werden. Da die Prinzipien einen Ausgleich verlangen, der sich auch zeitlich wandeln kann, liegt der Fokus nicht (allein) auf einer inhaltlich richtigen Bestimmung, sondern verschiebt sich (auch) auf das Verfahren, wie Mitgliedsstaaten zu einer Erlaubnis für „Vielfalt“ gelangen. EU-strafverfassungsrechtlich stellen sich spezifische Anforderungen, die teilweise über die derzeitige Umsetzung im Primärrecht und dessen Auslegung hinausgehen.

Zunächst lässt sich zwischen den drei genannten Mechanismen differenzieren, da sie von unterschiedlichen Regel-Ausnahme-Verhältnissen ausgehen. Auf der einen Seite des Spektrums liegen weitreichende Ausnahmeregelungen, die es einem Mitgliedsstaat erlauben, sich generell nicht an Maßnahmen zur Sicherstellung im *Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts* zu beteiligen, es sei denn, er entscheidet sich aktiv dafür (so bei der Variante *opt-in*). Diese Option privilegiert die nationale Ebene sehr weit und dürfte aus EU-strafverfassungsrechtlicher Sicht nur schwer zu rechtfertigen sein, weil sie den für die europäische Ebenen streitenden Interessen nur ein geringes Gewicht zukommen lässt. Aus Per-

---

Die Möglichkeit für eine Verstärkte Zusammenarbeit existiert auch für die Gründung einer Europäischen Staatsanwaltschaft (siehe Art. 86 Abs. 3 UA 3 AEUV); vgl. dazu bereits *Erster Teil*, B., II., 3., a), aa).

<sup>8</sup> Zur zunehmenden Komplexität und Fragmentierung vgl. *Monar*, *Journal of Common Market Studies* 2001, 747 (761).

<sup>9</sup> Vgl. zu den Risiken der Fragmentierung auch *Monar*, *Integration* 2008, 379 (396), demzufolge sie „zu Lasten der Glaubwürdigkeit des RFSR als grundlegendes Vertrags- und Integrationsziel“ geht. *Monar* hebt darüber hinaus hervor, dass die interne Differenzierung auch die Stellung der EU in der internationalen Zusammenarbeit schwächt.

spektive des EU-Strafverfassungsrechts balancierter wirkt demgegenüber die strukturelle Umkehr: Ein Mitgliedsstaat nimmt in der Regel an den Maßnahmen teil, es sei denn, er klärt im Ausnahmefall, dass er an einer spezifischen Maßnahme (oder auch nur Teilen davon<sup>10</sup>) nicht teilnehmen möchte (so bei den Varianten *opt-out* bzw. dem „Notbremse“-Verfahren).

Auf den ersten Blick könnte man denken, dass diese Lösung zu stark in die andere Richtung tendiert und die europäische Ebene zu weit privilegiert. Allerdings muss der rechtliche Kontext mitbedacht werden. Zumindest wenn man an dem die bisherige Integration prägenden Grundsatz der Subsidiarität festhält (siehe zuvor für eine EU-strafverfassungsrechtliche Konkretisierung), hängt die Verlagerung einer strafrechtlichen Kompetenz auf die EU immer davon ab, ob sich die Aufgabe dort effektiver verwirklichen lässt. Es existiert somit strukturell eine Vermutung für die niedrigere Ebene. Bei legislativen Sekundärrechtsakten ist die Kommission daran gebunden, den Gesichtspunkt der föderalen Vielfalt in ihrem Vorschlag zu berücksichtigen.<sup>11</sup> *Opt-outs* oder „Notbremsen“ sind daher ohnehin nur in Ausnahmefällen notwendig, in denen die Kommission ihre Pflicht zur Berücksichtigung der föderalen Vielfalt nicht ausreichend nachkommt – oder die Mitgliedsstaaten zumindest dieser Ansicht sind. In diesen Fällen hängt die Bewertung, inwieweit die Mechanismen für europäische Konvergenz streiten, primär davon ab, welche Anforderungen man an die Mitgliedsstaaten stellt, um ihre Ansicht zu substantiieren.

Aus EU-strafverfassungsrechtlicher Sicht sollten an diese Möglichkeit nach hier vertretener Auffassung höhere Anforderungen gestellt werden, als das Primärrecht derzeit fordert. So genügt bei der „Notbremse“ gem. Art. 82 Abs. 3 UA 2 und Art. 83 Abs. 3 UA 2 AEUV, dass ein Mitgliedsstaat der „Auffassung“ ist, dass eine Richtlinie grundlegende Aspekte seiner Strafrechtsordnung berührt. Mehrheitlich wird diese Formulierung so interpretiert, dass den Mitgliedsstaaten dabei eine nicht überprüfbare Einschätzungsprärogative zukommt, die nur bei einem Missbrauch als Blockadeinstrument oder politisches Druckmittel nicht greifen soll.<sup>12</sup> Um zu verhindern, dass die Einräumung föderaler Vielfalt nicht ausschließlich politischen Opportunitäten folgt, sondern sich aus den EU-strafverfassungsrechtlichen Kriterien ergibt, sollten nach hier vertretener Ansicht gewisse Begründungs- und Darlegungsanforderungen gestellt werden, die eine Aus-

---

<sup>10</sup> Vgl. zu dieser Form des „Rosinen-Picken[s]“ Heger, KriPoZ 2022, 273 (282). Brons sieht auch die Möglichkeit, dass Mitgliedsstaaten die Umsetzung von Harmonisierungsakten in Teilen verweigern können, wenn dies ihren nationalen Rechtsordnungen widerspäche, vgl. Brons, Binnendissonanzen im AT, S. 547 f. Dabei rekurriert sie auf Art. 67 Abs. 1 AEUV, das Subsidiaritätsprinzip und ansonsten drohende Umsetzungsdefizite, weil die Strafverfolgungsbehörden systemwidrige Regelungen nur zögerlicher anwenden würden.

<sup>11</sup> So für das geltende Recht, insb. Art. 67 Abs. 1 AEUV, Heger, KriPoZ 2022, 273 (281 f.).

<sup>12</sup> So Hecker, Europäisches Strafrecht, § 8, Rn. 36; Böse, in: Böse, Europäisches Strafrecht (EnzEuR XI), § 4, Rn. 22; Heger, ZIS 2009, 406 (414). Unterschiedlich wird hingegen beurteilt, ob eine Begründung erforderlich ist (dafür Böse, dagegen Hecker und Heger).

einandersetzung mit den aus EU-strafverfassungsrechtlicher Sicht wesentlichen Kriterien und den für europäische Konvergenz streitenden Interessen erkennen lassen. Demzufolge dürfte beispielsweise ein „Notbremse“-Verfahren nur eingeleitet werden, wenn sich die nationalen Vorbehalte EU-strafverfassungsrechtlich substantiieren lassen.<sup>13</sup>

Nationalen Besonderheiten in den Straf- und Strafprozessordnungen ist dadurch nicht prinzipiell der Schutz entzogen. Ihre Schutzwürdigkeit darf aber nicht schlicht behauptet werden. Ein national-strafrechtlicher „Sonderweg“, beispielsweise zum strafrechtlichen Umgang mit Sterbehilfe, kann sich EU-strafverfassungsrechtlich u. a. dadurch rechtfertigen lassen, dass der betroffene Staat darlegen kann, dass sich in den nationalen Regeln ein aktueller demokratischer Konsens widerspiegelt.<sup>14</sup> Gerade ein Verweis auf parlamentarische Debatten könnte dafür wichtige Anhaltspunkte liefern.<sup>15</sup> Auch zum Schutz eines national-spezifischen Grundrechtsverständnisses kommen diese Mechanismen infrage.<sup>16</sup> Allein ein Verweis darauf, dass eine EU-Maßnahme bestimmte, historisch gewachsene Eigenheiten einer nationalen Strafrechtsordnung tangiert, würde aus Sicht des EU-Strafverfassungsrechts als Grund aber nicht ausreichen. Erforderlich wäre stattdessen eine Begründung, warum diese historisch gewachsenen Spezifika auch heute noch von Bedeutung sind.<sup>17</sup>

<sup>13</sup> Diese Interpretation ist enger als die derzeitige primärrechtliche Formulierung. Nach Art. 82 Abs. 3 UA 2 und Art. 83 Abs. 3 UA 2 AEUV greift die „Notbremse“ nicht nur, wenn (national-)verfassungsrechtliche Gründe dagegensprechen, sondern allgemein, wenn „grundlegende Aspekte der [nationalen] Strafrechtsordnung“ berührt würden; vgl. dazu auch *Heger*, *KriPoZ* 2022, 273 (281).

<sup>14</sup> Für eine differenzierte Auseinandersetzung mit den Spezifika der eigenen nationalen Lösung ist gerade der rechtsvergleichende Blick auf Lösungen in anderen Straf- und Verfassungsrechtsordnungen erforderlich; vgl. speziell für Sterbehilfe *Hörnle*, *JZ* 2020, 872. *Hörnle* sieht im niederländischen Umgang mit Sterbehilfe, der darin besteht, Sterbehilfe prinzipiell zuzulassen, dabei aber durch Überprüfungspflichten der Gefahr einer Fremdbestimmung entgegenzuwirken, ein Modell, das auch für die deutsche rechtspolitische Diskussion relevant sein kann, u. a. da es den vom BVerfG formulierten verfassungsrechtlichen Vorgaben besser entspricht als die derzeitige Gesetzeslage im Strafrecht (879). Ein rechtsvergleichendes Vorgehen wie bei *Hörnle* bietet sich auch für andere strafrechtliche Fragestellungen an.

<sup>15</sup> Vgl. für einen institutionellen Vorschlag, wie parlamentarische Diskussion zu (spezifischen) Grundrechtsinterpretationen gestärkt werden kann, noch unter *Dritter Teil*, C., III.

<sup>16</sup> So z. B. *Gaede*, in: Böse, *Europäisches Strafrecht* (EnzEuR XI), § 3, Rn. 101 f. *Gaede* betont, dass in dem „Notbremse“-Verfahren auch ein Vehikel für die stärkere Berücksichtigung von Grundrechten erblickt werden kann. Der Umgang mit Grundrechten im materiellen und formellen Strafrecht lässt sich als Element der „grundlegenden Aspekte der eigenen Strafrechtspflege“ interpretieren. Mitgliedsstaaten haben so die Chance, bestimmte, dazu konträre Pläne auf EU-Ebene zu verhindern oder zumindest dafür Sorge zu tragen, dass die eigenen Strafrechtssysteme nicht davon betroffen sind.

<sup>17</sup> Eine mögliche Begründung dafür könnte sein, dass die nationalen Spezifika einen gesellschaftlich breit geteilten Konsens ausdrücken. Dies könnte z. B. in Deutschland für die Beteiligung von Schöffen an Strafverfahren gelten, vgl. zu Schöffen und Jury-Beteiligung in verschiedenen europäischen Staaten *Hörnle*, *ZStW* 2006, 801 (814 ff.).

Schließlich stellt sich die Frage, ob und ggf. wie und von wem eine Kontrolle mitgliedstaatlicher Entscheidungen für *Opt-outs* oder eine „Notbremse“ erfolgt. Aus Sicht des EU-Strafverfassungsrechts scheint auf der einen Seite eine gewisse justizielle Kontrolle erforderlich, um sicherzustellen, dass die Entscheidung sich an Kriterien orientiert, die EU-strafverfassungsrechtlich als wichtig erachtet werden.<sup>18</sup> Auf der anderen Seite sollte aber der weiterhin vorhandene politische Charakter der Entscheidungen berücksichtigt werden. Gerichte sollten daher darauf achten, demokratische Korridore zu schützen und die darin getroffenen Festlegungen nicht durch eigene zu ersetzen. Eine mögliche Lösung könnte in einer primär prozeduralen Kontrolle liegen, die das Vorliegen einer schlüssigen Begründung, die EU-strafverfassungsrechtliche Kriterien berücksichtigt, in den Mittelpunkt stellt. In jedem Fall erforderlich wird die Suche nach einem konstruktiven Dialog sein, bei dem die beteiligten Akteure die EU-strafverfassungsrechtlichen Werte und Maximen grundsätzlich anerkennen und nach dem bestmöglichen Ausgleich suchen.<sup>19</sup>

### 3. Zwischenergebnis

Die Mechanismen, die bisher in der Integration genutzt wurden, um Spannungslagen zu lösen, können auch aus Sicht des EU-Strafverfassungsrechts nützlich sein, müssen dafür aber EU-strafverfassungsrechtlich gedeutet werden. Insbesondere eine stärkere Orientierung an den strafverfassungsrechtlichen Kriterien sowie Begründungserfordernisse scheinen dafür sinnvoll. Übergreifend teilen die Mechanismen die Eigenschaft, dass sie eine vorwiegend *bewahrende* Ausrichtung haben. EU-strafverfassungsrechtlich betrachtet ist das *per se* nicht negativ, da eine strafverfassungsrechtlich legitime Ausgestaltung der Strafrechtsintegration auch vom Erhalt bestehender nationaler Spielräume abhängt. Nichtsdestotrotz ist es auch wichtig, die *positive* Gestaltung des EU-Rahmens in den Blick zu nehmen. Dafür können die folgenden beiden Vorschläge einen Weg weisen.

---

<sup>18</sup> Ob beispielweise die Argumentation des bulgarischen Verfassungsgerichts, die bulgarische Verfassung gehe zwingend von einem binären Geschlechtsverständnis aus und stehe daher der Umsetzung einer Konvention entgegen, die durch die Verwendung des Begriffs „Gender“ die Existenz sozialer Geschlechter betont (vgl. dazu insgesamt Heger, KriPoZ 2022, 273 [273 f., 280 ff.]), einer EU-strafverfassungsrechtlichen Kontrolle standhalten könnte, scheint äußerst fraglich.

<sup>19</sup> Hierbei handelt es sich weniger um eine rechtlich durchsetzbare Pflicht, sondern eher eine Vorbedingung, die in der EU z. B. im Loyalitätsgebot (Art. 4 Abs. 3 EUV) rechtlich Ausdruck findet. Ähnlich formuliert Burchard Bedingungen für eine konstruktive Zusammenarbeit im konstitutionellen Rechtspluralismus, vgl. Burchard, in: Tiedemann/Sieber/Satzger/Burchard/Brodowski, Die Verfassung moderner Strafrechtspflege – Erinnerung an Joachim Vogel, S. 27 (37).

## II. Vorschlag 2: EU-strafverfassungsrechtliche Grundrechtsprinzipien (am Beispiel der Waffengleichheit in Strafverfahren)

Ein weiterer Vorschlag besteht darin, spezifische *EU-Grundrechtsprinzipien* für das Straf- und Strafverfahrensrecht zu konzipieren.<sup>20</sup> Kurz gesagt ist die Idee, dass die EU-Grundrechte nicht nur als individuelle, justizielle Rechte verstanden werden sollten, deren Inhalt sich größtenteils mit den Garantien der EMRK deckt, sondern dass sie sich sowohl in ihren Funktionen als auch in ihrem Inhalt neu interpretieren lassen. Nach hier vertretener Ansicht können diese neu konstruierten EU-Grundrechtsprinzipien einen Beitrag zu der oben identifizierten Herausforderung leisten, ein System europäischen Grundrechtsschutzes zu entwerfen, das Grundrechte, Demokratie und föderale Vielfalt vereint.<sup>21</sup> Zur Veranschaulichung der Idee soll der Grundsatz der Waffengleichheit in Strafverfahren dienen.<sup>22</sup>

### 1. Auswahl der Waffengleichheit

Der Grundsatz der Waffengleichheit in Strafverfahren bietet sich aufgrund einiger Merkmale besonders dafür an, die Potenziale EU-eigener Grundrechtsprinzipien zu veranschaulichen. Der erste Vorteil ist, dass der Grundsatz fest in der europäischen Grund- und Menschenrechtstradition verankert ist.<sup>23</sup> Seit meh-

---

<sup>20</sup> Grundrechtsprinzipien tragen auch zu einer Konkretisierung der entworfenen EU-strafverfassungsrechtlichen Leitprinzipien bei, dazu *Dritter Teil, B., I.*

<sup>21</sup> Vgl. ausführlich zur Darstellung der Herausforderung *Dritter Teil, B., II., 1. und 2.*

<sup>22</sup> Der hier entwickelte Vorschlag knüpft an eine Idee von *Sabine Gless* an, die ebenfalls für eine EU-spezifische Umformulierung des Grundsatzes der Waffengleichheit wirbt, vgl. *Gless, StV 2013, 317*. Auch wenn sie ihr Verständnis nur kurz ausführt (ihr Beitrag hat insgesamt weniger als zehn Seiten), enthält es viele wichtige Anknüpfungspunkte, die den Anstoß für die folgenden Überlegungen im Haupttext gegeben haben. Insbesondere ihr Fokus auf die Legislative oder der konkrete Vorschlag, ein in Art. 47 GRCh verankertes „*defense rights mainstreaming*“ einzuführen, wonach die EU verpflichtet wäre, bei jeder Maßnahme zu prüfen, wie sie sich auf die Strafverteidigung und die Waffengleichheit auswirkt (323), sind nach hier vertretener Ansicht sinnvolle Vorstöße.

<sup>23</sup> Speziell im Hinblick auf Art. 6 EMRK vgl. *Sidhu, The Concept of Equality of Arms in Criminal Proceedings under Article 6 of the European Convention on Human Rights*, zum Hintergrund des Prinzips (9–74), für einen Überblick über wesentliche Charakteristika (75–113); *Wasek-Wiaderek, The Principle of ‚Equality of Arms‘ in Criminal Procedure Under Article 6 of the European Convention on Human Rights and its Functions in Criminal Justice of Selected European Countries – A Comparative View*, insb. S. 23–32, 39–42, 50–54; *Trechsel, Human Rights in Criminal Proceedings*, S. 94–102; *Ambos, ZStW 2003, 583 (592 ff.)*; *Stavros, The Guarantees for Accused Persons under Article 6 of the European Convention on Human Rights: An Analysis of the Application of the Convention and a Comparison with other Instruments*, S. 52 ff.; *van Dijk/Viering*, in: *van Dijk/van Hoof/van Rijn/Zwaak, Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, (580 ff.); *Summers, Fair Trials –*



renen Jahrzehnten wird Waffengleichheit als eine elementar wichtige Ausprägung des Fair-trial-Grundsatzes (Art. 6 EMRK bzw. Art. 47 GRCh) gesehen.<sup>24</sup> Waffengleichheit basiert dabei auf der Vorstellung, dass zwischen den sich gegenüberstehenden Prozessparteien eine Ausgewogenheit herrschen soll, die ein faires Verfahren ermöglicht. Der EGMR präzisiert dies für Strafverfahren so, dass sowohl die Strafverfolgungs- als auch die Strafverteidigungsseite angemessene Gelegenheiten haben müssen, ihren Fall unter Bedingungen darzulegen, die sie nicht wesentlich gegenüber der Gegenseite benachteiligen.<sup>25</sup> Auch wenn der Grundsatz der Waffengleichheit nicht in allen europäischen Strafrechtsordnungen von ihrem Beginn an existierte, so ist er durch die EMRK mittlerweile doch zu einem etablierten Element europäischer Grund- und Menschenrechtstradition gereift und prinzipiell mit allen strafprozessualen Modellen (inquisitorisch und adversatorisch) vereinbar.<sup>26</sup> Dies macht die Waffengleichheit zu einem attraktiven Ausgangspunkt für eine EU-strafverfassungsrechtliche Weiterentwicklung.

Ein zweiter Vorteil von Waffengleichheit speziell für den pluralen europäischen Raum ist die Möglichkeit, das Prinzip *relativ* zu verstehen. Statt absolut festzusetzen, welche Rechte eine angeklagte oder beschuldigte Person haben muss (z. B. Anspruch auf unentgeltliche Unterstützung durch einen Dolmetscher (Art. 6 Abs. 3 lit. e EMRK) oder das Recht, Fragen an Belastungszeugen zu

---

The European Criminal Procedural Tradition and the European Court of Human Rights, S. 101–112; *Harris u. a.*, Law of the European Convention on Human Rights, S. 413 ff.; zur Bedeutung des Prinzips außerhalb des europäischen Kontexts *Fedorova*, The Principle of Equality of Arms in International Criminal Proceedings; *Bengüsu*, The Principle of Equality of Arms in International Criminal Justice; *Negri*, International Criminal Law Review 2005, 513 (522 ff.); *Silver*, Wis. L. Rev. 1990, 1007 (1032–1041).

<sup>24</sup> Es findet sich sowohl in Art. 6 Abs. 1 EMRK und der konkretisierenden Rechtsprechung des EGMR als auch in Art. 47 GRCh wieder.

<sup>25</sup> Vgl. u. a. „under the principle of equality of arms, as one of the features of the wider concept of a fair trial, each party must be afforded a reasonable opportunity to present his case under conditions that do not place him at a disadvantage vis-à-vis his opponent“ EGMR, Urteil vom 22. Februar 1996 – 17358/90 (Bulut ./. Österreich), Rn. 47; EGMR (Große Kammer), Urteil vom 12. Mai 2005 – 46221/99 (Öcalan ./. Türkei), Rn. 140; EGMR, Urteil vom 18. März 1997 – 22209/93 (Foucher ./. Frankreich), Rn. 34; EGMR, Urteil vom 26. Januar 2017 – 60802/09 (Faig Mammadov ./. Azerbaijan), Rn. 19.

<sup>26</sup> So auch *Summers*, Fair Trials – The European Criminal Procedural Tradition and the European Court of Human Rights, S. 104: „Although the term „equality of arms“ is perhaps more commonly associated with certain legal systems, it is clear that the Court [ECtHR] does not believe this principle to be culturally specific“; vgl. grundsätzlich zur Unterscheidung inquisitorischer und adversatorischer Strafverfahrensmodelle *Langer*, in: Dubber/Hörnle, The Oxford Handbook of Criminal Law, S. 887; *Billis*, Die Rolle des Richters im adversatorischen und im inquisitorischen Beweisverfahren: Modelltheoretische Ansätze, englisches und deutsches Beweisführungssystem, internationalrechtliche Dimensionen, S. 62–140; *Esser*, in: Schroeder/Kudratov, Die strafprozessuale Hauptverhandlung zwischen inquisitorischem und adversatorischem Modell: eine rechtsvergleichende Analyse am Beispiel des deutschen und des zentralasiatischen Strafprozessrechts, S. 11, vgl. auch die anderen Beiträge in dem Band.

stellen (Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK), bestimmt sich die Reichweite der Rechte nach der Waffengleichheit grundsätzlich im Verhältnis zu den Rechten und Möglichkeiten der anderen Partei.<sup>27</sup> Auf Strafverfahren bezogen bedeutet dies, dass je stärker und umfassender die Möglichkeiten der Strafverfolgung sind, desto weiter muss auch der Schutz der beschuldigten oder angeklagten Personen reichen. Diese relative Natur lässt größeren Raum für föderal unterschiedliche Ausgestaltungen. Nationale Strafprozessordnungen können bestimmte Rechte oder Befugnisse, die einer Partei zustehen sollen, grundsätzlich beibehalten; sie müssen nur insgesamt darauf achten, dass die Balance zwischen den Parteien gewahrt bleibt.

Ein dritter Vorteil des Grundsatzes der Waffengleichheit ist, dass er nicht (zwingend) an einen bestimmten zeitlichen Abschnitt eines Strafverfahrens gebunden ist. Im Gegensatz zu vielen strafprozessualen Rechten, die erst im gerichtlichen Hauptverfahren Anwendung finden, lässt sich der Grundsatz der Waffengleichheit so verstehen, dass er z. B. auch schon im Ermittlungsverfahren eine Ausgewogenheit der Parteiinteressen fordert. Gerade für Maßnahmen des EU-Strafrechts, die häufig die Befugnisse von Strafverfolgungsbehörden zu einem frühen Zeitpunkt im Verfahren erweitern,<sup>28</sup> ist ein zeitlich weit fassbares Prinzip wie die Waffengleichheit sinnvoll, um Unausgewogenheiten, die sich auf das Hauptverfahren auswirken, ggf. frühzeitig zu kompensieren.

## 2. Waffengleichheit in der EU neu gedacht

### a) Notwendigkeit für EU-spezifische Umformulierung

Die hier anvisierte Neugestaltung der Waffengleichheit sollte EU-spezifisch erfolgen. Das bedeutet sowohl eine Abgrenzung zu nationalen Verständnissen als auch zur Konzeption der EMRK. Dass nationale Strafrechtsprinzipien nicht *einfach* an die EU angelegt werden können, sondern einer Umformulierung bedürfen, hat die Strafrechtswissenschaft bereits verschiedentlich hervorgehoben.<sup>29</sup> Die Spezifika der Unionsrechtsordnung erfordern auch auf der Maßstabsebene eine Transferleistung, die die weiterhin wichtigen, aber ursprünglich für den nationalen Kontext entwickelten strafrechtswissenschaftlichen Prinzipien weiterdenkt.<sup>30</sup> Dieser Anpassungsbedarf trifft gleichermaßen auf die hier im Fokus

<sup>27</sup> Vgl. auch *Summers*, Fair Trials – The European Criminal Procedural Tradition and the European Court of Human Rights, S. 104.

<sup>28</sup> Vgl. für einen Überblick zu EU-Instrumenten, die bereits das Ermittlungsverfahren betreffen *Hauck*, in: Böse, Europäisches Strafrecht (EnzEuR XI), § 11, Rn. 88 ff.

<sup>29</sup> Vgl. u. a. *Schaut*, Europäische Strafrechtsprinzipien, S. 20 ff.; *Satzger*, in: Böse, Europäisches Strafrecht (EnzEuR XI), § 2, Rn. 55 ff. *European Criminal Policy Initiative*, ZIS 2009, 707; *European Criminal Policy Initiative*, ZIS 2013, 430; *Hüttemann*, Principles and Perspectives of European Criminal Procedure; für einen Überblick *Erster Teil*, C., III., 1., a).

<sup>30</sup> Vgl. für Vorschläge für das materielle Recht u. a. *Schaut*, Europäische Strafrechtsprinzipien; für Prinzipien des Strafprozessrechts *Hüttemann*, Principles and Perspectives of European Criminal Procedure.

stehenden strafverfassungsrechtlichen Grundrechtsprinzipien zu, auch wenn sie sich an einigen Stellen von strafrechtswissenschaftlichen Prinzipien unterscheiden.<sup>31</sup>

Die EU-spezifische Neugestaltung bedeutet auch eine Abgrenzung zur EMRK.<sup>32</sup> Wie dargelegt sollten nach hier vertretener Auffassung die unterschiedlichen Aufgaben der EMRK und des EGMR einerseits und der EU und ihren Institutionen andererseits bei der Gestaltung eines europäischen Grundrechtsschutzes berücksichtigt werden.<sup>33</sup> Dem EGMR kommt eine externe menschenrechtliche Kontrollfunktion zu, durch die sichergestellt wird, dass die primär verpflichteten Vertragsstaaten einen Mindeststandard von Menschenrechten im Strafrecht nicht unterschreiten.<sup>34</sup> Tun sie dies dennoch, stellt der EGMR Vertragsverletzungen im Einzelfall fest und verpflichtet die Mitgliedsstaaten zu deren Behebung. Die EU muss demgegenüber ein eigenes System entwickeln, das die „strukturelle Verschiebung der Gleichgewichte“ zwischen Strafverfolgung und Strafverteidigung im *Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts* berücksichtigt.<sup>35</sup> Die EU ist selbst ein kriminalpolitischer Akteur mit eigenen Institutionen der Strafverfolgung. Eine externe menschenrechtliche Kontrolle ist daher für sie zweifelsfrei wichtig. Unabhängig davon, muss sie aber auch intern für eine grundrechtssensible Strafrechtsgestaltung Sorge tragen. Hinzu kommt, dass die EU einen Verfassungsraum darstellt, der einerseits von anderen Vorbedingungen im Vergleich zum Europarat ausgehen kann, andererseits aber auch verschiedene (straf-)verfassungsrechtliche Zielvorgaben vereinen muss.<sup>36</sup>

#### b) Verankerung in der Grundrechte-Charta

Für die neue EU-spezifische Waffengleichheit ist es zunächst wichtig, dass sie formal in der Charta der Grundrechte der EU (konkret in Art. 47 GRCh) angesiedelt sein sollte.<sup>37</sup> Zum einen lässt sich dadurch zum Ausdruck bringen, dass

<sup>31</sup> Vgl. generell zur Abgrenzung eines strafverfassungsrechtlichen Prinzipien Denkens im Vergleich zum strafrechtswissenschaftlichen Prinzipien Denken *Burchard*, in: Tiedemann/Sieber/Satzger/Burchard/Brodowski, Die Verfassung moderner Strafrechtspflege – Erinnerung an Joachim Vogel, S. 27 (42 ff.). *Burchard* zufolge erfordert strafrechtswissenschaftliches Prinzipien Denken regelmäßig einen rechtsstaatlichen und Komplexität reduzierenden Stil, währenddessen strafverfassungsrechtliche Prinzipien von einem demokratischen, gewaltenteilungstheoretisch aufgeladenen und Komplexität akzeptierenden Denkstil charakterisiert sind (42).

<sup>32</sup> Diese Notwendigkeit betont auch *Gless*, StV 2013, 317 (318), der zufolge sich die Aufgaben der EMRK bzw. des EGMR und der EU bzw. des EuGH unterscheiden.

<sup>33</sup> Vgl. zu dieser These und den folgenden Überlegungen ausführlich *Erster Teil, C., II., 2.*

<sup>34</sup> Vgl. *Erster Teil, C., II., 2., a).*

<sup>35</sup> So *Gless*, StV 2013, 317 (318 ff.); zur strukturellen Kräfteverschiebung und ihren Elementen (319–322).

<sup>36</sup> Vgl. dazu *Dritter Teil, B., II., 2.*

<sup>37</sup> Das entspricht bereits der derzeitigen Rechtslage, vgl. z. B. EuGH, Urteil vom 16. Oktober 2019, C-189/18, *Glencore Agriculture Hungary Kft*, Rn. 61, wo der EuGH betont,

EU-Standards inhaltlich über die Gewährleistungen der EMRK hinausgehen können. Trotz der auch zukünftig wünschenswerten gegenseitigen Bezugnahme und Beeinflussung der beiden europäischen Grundrechtsregime, ist die Herausbildung EU-eigener Grundrechtsstandards ein wichtiger Schritt, um einen qualitativ hochwertigen Schutz im Strafrecht zu gewährleisten.<sup>38</sup> Zum anderen führt die formale Anknüpfung an die GR-Charta dazu, dass die EU-Waffengleichheit als Unionsrecht in dessen Anwendungsbereich *Vorrang* genießt.<sup>39</sup> Daran ist positiv, dass die EU-grundrechtlichen Standards eine weite Wirkung haben. Um allerdings zu verhindern, dass damit eine (unerwünschte) Unitarisierung des europäischen Grundrechtsschutzes beim EuGH einhergeht, muss die Frage des Vorrangs EU-strafverfassungsrechtlich differenzierter betrachtet werden.

Einen möglichen Lösungsansatz für ein *föderales* Grundrechtsverständnis im europäischen Raum bietet das vom Bundesverfassungsgericht jüngst vorgeschlagene Konzept der „Grundrechtsvielfalt“.<sup>40</sup> Grundrechtsvielfalt bildet ein wesentliches Element in der neuen Positionierung des BVerfG zu den seit Langem zwischen ihm und dem EuGH kontrovers diskutierten Fragen des Anwendungsbereichs der Charta und ihres Vorrangs.<sup>41</sup> Abweichend zu seiner bisherigen Position geht das BVerfG nicht länger von einem Exklusivitätsverhältnis (entweder Charta *oder* GG) aus, sondern erkennt an, dass Charta und GG parallel anwendbar sein können, weswegen das BVerfG der Charta nun auch einen weite(re)n Anwendungsbereich zugestehen kann.<sup>42</sup> Sie ist nun (ähnlich zur Position des EuGH<sup>43</sup>) für alle Fallgestaltungen anwendbar, für die das Unionsrecht einen

---

dass der Grundsatz der Waffengleichheit ein „integraler Bestandteil des in Art. 47 der Charta verankerten Grundsatzes“ auf individuellen Rechtsschutz ist; oder EuGH, Urteil vom 17. Juli 2014, C-169/14, Sánchez Morcillo und Abril García, Rn. 49. Sowohl die Folgen der formalen Anknüpfung als auch das Verständnis von Waffengleichheit sollen aber EU-strafverfassungsrechtlich neugestaltet werden (vgl. dazu den folgenden Haupttext).

<sup>38</sup> Dass die Gewährleistungen der Charta über die der EMRK hinausgehen können, ist auch explizit im Primärrecht festgeschrieben, vgl. Art. 53 GRCh.

<sup>39</sup> Vgl. dazu und den folgenden beiden Gedanken *Dritter Teil, B., II., 2.*

<sup>40</sup> BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 6. November 2019, 1 BvR 16/13 (Recht auf Vergessen I), 1. Leitsatz (a und b); vgl. zu den möglichen Auswirkungen auf das deutsche Strafrecht *Heger/Huthmann, ZStW 2021, 777.*

<sup>41</sup> Vgl. zur Entwicklung (mit weiteren Nachweisen) *Heger/Huthmann, ZStW 2021, 777 (782 ff.).*

<sup>42</sup> BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 6. November 2019, 1 BvR 16/13 (Recht auf Vergessen I), Rn. 44. *Wendel* spricht von der Umstellung von einem „dualistischen Trennungsmodell“ auf ein „kooperatives Verflechtungsmodell“, vgl. *Wendel, JZ 2020, 157 (160)*; Zuvor hatte das BVerfG eine aus seiner Sicht zu weitreichende Anwendung der Charta dadurch eingeschränkt, dass deren Anwendungsbereich nur dann eröffnet sein sollte, wenn die Fallgestaltung durch das Unionsrecht „determiniert“ wäre, vgl. BVerfG, Urteil des Ersten Senats vom 24. April 2013, 1 BvR 1215/07 (Antiterrordatei), Rn. 88.

<sup>43</sup> Für die Anwendbarkeit der Grundrechtecharta aus unionsrechtlicher Perspektive ist bis heute das Urteil in EuGH (Große Kammer), Urteil vom 26. Februar 2013, C-617/10, Åkerberg Fransson wesentlich. Darin hat der EuGH den Anwendungsbereich der Charta in Art. 51 GRCh, der hinsichtlich der Bindung der Mitgliedsstaaten von „Durchführung des

„hinreichend gehaltvollen Rahmen setzt“.<sup>44</sup> Für das Strafrecht trifft das aufgrund der beschriebenen Entwicklungen im prozessualen wie materiellen Bereich für wachsend mehr Fallgestaltungen zu.<sup>45</sup> Aus EU-strafverfassungsrechtlicher Sicht ist die weite Interpretation des Anwendungsbereichs zu unterstützen, da sie dazu führt, dass die GR-Charta die europäische Strafrechtsentwicklung umfassend überwölbt und immer weniger Konstellationen sich ihrem Einfluss entziehen.

Interessant ist der vom BVerfG angedeutete Weg aber vor allem, weil er für die nun regelmäßig anzutreffende Situation einer parallelen Anwendbarkeit von Grundrechtecharta und nationalen Grundrechten einen Weg andeutet, wie eine vollkommene Unitarisierung des Grundrechtsschutzes verhindert werden kann. Das geschieht durch eine neue Art den Vorrang zu interpretieren. Das BVerfG unterscheidet zwischen zwei Konstellationen.<sup>46</sup> Die Grundrechte der Charta genießen bei Handlungen der Mitgliedsstaaten, die unionsrechtlich vollständig vereinheitlichte Regelungen betreffen, Anwendungsvorrang vor den nationalen Grundrechten.<sup>47</sup> Für das Strafrecht dürfte das angesichts des derzeitigen Integrationsstandes (zumindest noch) die Ausnahme sein.<sup>48</sup> Die zweite Konstellation, die vorliegend von besonderem Interesse ist, trifft zu, wo das Unionsrecht den Mitgliedsstaaten „fachrechtliche Gestaltungsspielräume einräumt“.<sup>49</sup> Hier soll in der Regel „Grundrechtsvielfalt“ herrschen.<sup>50</sup> Für das BVerfG bedeutet Grundrechtsvielfalt, dass statt eines klaren Vorrangs der grundsätzlich anwendbaren

---

Unionsrechts“ spricht, weit ausgelegt. Sie soll für alle „unionsrechtlich geregelten Fallgestaltungen“ anwendbar sein, siehe Rn. 19.

<sup>44</sup> BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 6. November 2019, 1 BvR 16/13 (Recht auf Vergessen I), Rn. 44.

<sup>45</sup> Vgl. im Detail wann die Charta aktuell schon Anwendung findet und welche Entwicklungspotenziale sich andeuten *Heger/Huthmann*, ZStW 2021, 777 (795 ff.).

<sup>46</sup> Eine dritte Konstellation liegt vor, wenn EU-Organe handeln. Da dort nationale Grundrechte nicht anwendbar sind, stellt sich die Vorrangfrage nicht. Die Situation ist unstrittig ausschließlich durch die Grundrechtecharta geregelt. Hier kann es aber trotzdem zu interessanten Abgrenzungsfragen kommen, wenn man beispielsweise an das „Doppelhut-Modell“ der neuen Delegierten Europäischen Staatsanwält\*innen denkt, vgl. zu dem Modell *Hecker*, Europäisches Strafrecht, § 13, Rn. 43; vgl. auch *Schramm*, JZ 2014, 749 (754); *Zöller/Bock*, in: Böse, Europäisches Strafrecht (EnzEuR XI), § 22, Rn. 21.

<sup>47</sup> BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 6. November 2019, 1 BvR 276/17 (Recht auf Vergessen II), Rn. 42. Kompensiert wird diese Erweiterung des Unionsrechts aber institutionell dadurch, dass das Bundesverfassungsgericht selbst die Charta prüft (vgl. dazu den 1. Leitsatz).

<sup>48</sup> Die für die Strafrechtsintegration typischen Mindestvorgaben sind nicht auf vollständige Vereinheitlichung angelegt. Potenzial für eine abschließende EU-Regelung bietet aber Art. 82 Abs. 1 AEUV, vgl. für den Stand im Prozessrecht *Heger/Huthmann*, ZStW 2021, 777 (806 f.).

<sup>49</sup> BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 6. November 2019, 1 BvR 16/13 (Recht auf Vergessen I), 1. Leitsatz b).

<sup>50</sup> BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 6. November 2019, 1 BvR 16/13 (Recht auf Vergessen I), 1. Leitsatz b).

Unionsgrundrechte eine Vermutung dahingehend besteht, dass die nationalen Grundrechte das Schutzniveau der Charta „mitgewährleisten“ und es föderal spezifisch ausgestalten.<sup>51</sup> Die nationalen Grundrechte konkretisieren diesem Verständnis nach den Rahmen, den die Charta vorgibt und sind daher bis auf Ausnahmefälle, in denen die Mitgewährleistung widerlegt wird, weiter der maßgebliche Standard.

Das Modell der Grundrechtsvielfalt scheint prinzipiell auch aus EU-strafverfassungsrechtlicher Sicht und konkret mit Blick auf das EU-eigene Grundrechtsprinzip der Waffengleichheit gewinnbringend. Nach hier vertretener Ansicht ist es dafür aber erforderlich, das Verständnis des BVerfG an mehreren Stellen zu modifizieren. Das betrifft zunächst die Trennung bzw. Trennbarkeit der beiden beschriebenen Konstellationen. Statt einer dichotomen Festlegung, dass immer entweder fachrechtliche Gestaltungsfreiheit und folglich Grundrechtsvielfalt oder aber unionsrechtliche Determinierung und folglich ein Vorrang der Charta herrscht, bietet sich ein graduelles Verständnis an.<sup>52</sup> Danach kann es Situationen geben, in denen die Spielräume für föderale Grundrechtskonkretisierungen größer sind, und Bereiche, in denen das Unionsrecht einen engeren Rahmen setzt. Für das Prinzip der Waffengleichheit gilt danach, dass sein Gehalt, wie er in der Charta und der Rechtsprechung des EuGH geregelt ist, an Bedeutung gewinnt, wenn nationale Strafverfahren stärker von EU-Regelungen betroffen sind. Ist das Strafverfahren hingegen primär national und höchstens peripher von EU-Einflüssen tangiert, existiert mehr Raum für ein spezifisch nationales Verständnis von Waffengleichheit.

Darüber hinaus sollte nicht in allen Situationen, in denen Grundrechtsvielfalt gilt, *direkt* auf eine Anwendung nationaler Grundrechte geschlossen werden. Dies geschieht aber, wenn man wie das BVerfG die Vermutung der Mitgewährleistung weit interpretiert.<sup>53</sup> Aus EU-strafverfassungsrechtlicher Perspektive er-

---

<sup>51</sup> Vgl. zur argumentativen Herleitung BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 6. November 2019, 1 BvR 16/13 (Recht auf Vergessen I), Rn. 48 ff. Das Bundesverfassungsgericht erhebt die „Vielgestaltigkeit des europäischen Grundrechtsschutzes“ gar zum „Strukturprinzip der Union“ (Rn. 54).

<sup>52</sup> Auf die Schwierigkeit des bundesverfassungsgerichtlichen Verständnisses weist auch *Wendel* hin, vgl. *Wendel*, Grundrechtswende zur Jahreswende. Ob das Unionsrecht eine Frage abschließend regelt, kann eine schwierige Auslegungsfrage darstellen. Ob die vom Bundesverfassungsgericht z. B. hinsichtlich des Europäischen Haftbefehls suggerierte Eindeutigkeit, vgl. BVerfG, Beschluss vom 1. Dezember 2020 – 2 BvR 1845/18 und 2100/18 (Europäischer Haftbefehl III), Rn. 35, wirklich zutrifft ist, erscheint zumindest fraglich.

<sup>53</sup> Vgl. zur Auslegung des BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 6. November 2019, 1 BvR 16/13 (Recht auf Vergessen I), Rn. 55 ff. Es stützt die Vermutung auf die „übergreifende Verbundenheit des Grundgesetzes und der Charta in einer gemeinsamen europäischen Grundrechtstradition“ (Rn. 56). Eine Widerlegung der Vermutung steht unter der hohen Voraussetzung, dass „konkrete und hinreichende Anhaltspunkte“ existieren, dass dadurch das grundrechtliche Schutzniveau der Charta ausnahmsweise nicht gewährleistet ist (Rn. 63 ff.).

scheint es stattdessen sinnvoller, sich näher mit den Unterschieden der Grundrechtsordnungen auseinanderzusetzen. Ob und inwieweit ein national-grundrechtliches Verständnis von Waffengleichheit eine adäquate Konkretisierung des Rahmens darstellt, den die Charta vorgibt, bedarf einer inhaltlichen Auseinandersetzung. In der institutionellen Rechtspraxis sollte dafür ein Dialog zwischen den Höchstgerichten mit dem Ziel gesucht werden, eine anspruchsvolle grundrechtliche Rahmenordnung zu schaffen, die Raum für föderale Konkretisierung zulässt. Der Vorschlag der Rahmenordnung ähnelt der Margin-of-appreciation-Doktrin des EGMR.<sup>54</sup> Durch das hier entworfene EU-Strafverfassungsrecht lassen sich Rahmen und Spielräume aber kriteriengeleitet festlegen und so einer häufig gegenüber dem EGMR vorgetragenen Kritik, die Einräumung von Spielräumen folge keinen klaren Regeln, vorbeugen.<sup>55</sup>

Zusammengefasst führt die Verankerung des EU-eigenen Grundsatzes der Waffengleichheit in der Charta dazu, dass der grundrechtliche Schutz durch den Anwendungsvorrang des Unionsrechts gestärkt ist. In Anlehnung an das vom BVerfG entwickelte Konzept der Grundrechtsvielfalt bietet es sich allerdings an, den Vorrang nicht absolut zu verstehen, sondern Pluralität im EU-Grundrechtsschutz zuzulassen. Ein so verstandener Grundsatz der Waffengleichheit trägt sowohl den EU-strafverfassungsrechtlichen Anforderungen eines hohen EU-weiten Grundrechtsschutzes als auch der Offenheit für föderale Vielfalt Rechnung.

### c) Doppelcharakter als individuelles Grundrecht und Strukturprinzip

Waffengleichheit als EU-eigenes Grundrechtsprinzip zu konzipieren, kann auch zu einer Stärkung der demokratischen Gestaltung des europäischen Grundrechtsschutzes beitragen. Das gelingt, indem man dem Grundsatz der Waffengleichheit einen Doppelcharakter zuerkennt. Zum einen erfüllt er die weiterhin wichtige Funktion, als Grundrecht für Individuen in Strafverfahren zu dienen. Jede beschuldigte oder angeklagte Person in einem Strafverfahren in der EU kann sich auf das Grundrecht der Waffengleichheit berufen. Ihr steht danach grundsätzlich ein justiziell einklagbares Recht zu, gegenüber der Strafverfolgung in einem konkreten Strafverfahren nicht unangemessen benachteiligt zu werden.<sup>56</sup> Die neue EU-Waffengleichheit hat aber noch eine zweite Dimension als ein

<sup>54</sup> Vgl. dazu *Legg*, The Margin of Appreciation in International Human Rights Law Deference and Proportionality; *Arai-Takahashi*, The Margin of Appreciation Doctrine and the Principle of Proportionality in the Jurisprudence of the ECHR.

<sup>55</sup> Vgl. z. B. zur Kritik, dass die für die Margin-of-appreciation-Doktrin wichtige Analyse, ob ein europäischer Konsens vorliegt, sich nicht ausreichend an transparenten Kriterien ausrichtet *Wildhaber u. a.*, Human Rights Law Journal 2013, 248.

<sup>56</sup> Was genau dieses Recht beinhaltet (z. B. Umfang der Akteneinsicht, Rechte Beweise vorzubringen, Expert\*innen vorzuladen etc.) hängt zum einen davon ab, welches Grundrecht im spezifischen Fall anwendbar ist (national oder Charta) und zum anderen, wie das jeweils zuständige Gericht das Grundrecht der Waffengleichheit auslegt.

grundrechtliches Strukturprinzip.<sup>57</sup> Als solches adressiert es primär die europäische und die nationalen Legislativen.<sup>58</sup> Sie trifft die Verpflichtung, die Strafrechtsintegration so auszugestalten, dass dabei auf einen angemessenen Ausgleich zwischen den Befugnissen der Strafverfolgung und der Strafverteidigung Acht gegeben wird.<sup>59</sup> Die politische Gestaltung ist demnach daran gebunden, sich nicht einseitig auf den Ausbau der Sicherheitskomponente zu konzentrieren und die freiheitssichernde Funktion von Strafrecht der Judikative zu überlassen. Sicher hat der Schutz von Individuen vor übermäßigen strafrechtlichen Eingriffen in ihre Freiheit eine justizielle Dimension; das darf aber nicht dazu führen, dass die politische Gestaltungsaufgabe des Schutzes vollkommen in den Hintergrund rückt. Für die Legitimität des integrierten europäischen strafrechtlichen Systems wäre es eine Gefahr, wenn der Sicherheitsausbau legislativ erfolgt, der Freiheitsschutz hingegen (fast ausschließlich) im Verantwortungsbereich der Judikative liegt.<sup>60</sup>

Die EU-Waffengleichheit in ihrer Dimension als Strukturprinzip kann zu einer stärkeren legislativen Ausgewogenheit beitragen. Bei (zukünftigen) Maßnahmen in der Strafrechtsintegration müsste stets berücksichtigt werden, welche potenziellen Auswirkungen diese auf die Balance zwischen Strafverfolgung und Strafverteidigung in Strafverfahren haben.<sup>61</sup> Sowohl hinsichtlich der konkreten Ausgestaltung als auch der genauen Balance wahrt Waffengleichheit in ihrer Dimension als Strukturprinzip aber demokratische und föderale Spielräume. Das bedeutet, dass sie für unterschiedliche Konkretisierungen offenbleibt. Gerade hier erweist sich der *relative* Charakter der Waffengleichheit als besonders geeignet. Statt konkrete materielle Garantien zu fordern und so womöglich systemirritierend in die nationalen Strafprozessrechtsordnungen einzugreifen, lässt sie auf nationalstaatlicher Ebene unterschiedliche Herangehensweisen, Waffengleichheit zu verwirklichen, zu.<sup>62</sup> Die EU-Waffengleichheit als Strukturprinzip

---

<sup>57</sup> Vgl. zu der Diskussion, inwiefern sich Rechte („rights“) und Prinzipien („principles“) in der Charta der Grundrechte unterscheiden *Hilson*, Maastricht Journal of European and Comparative Law 2008, 193; *Guðmundsdóttir*, Common Market L. Rev. 2015, 685; *Lock*, Common Market L. Rev. 2019, 1201.

<sup>58</sup> Vgl. *Gless*, StV 2013, 317 (323), die von einer positiven Verpflichtung der europäischen Legislative zur „strukturierten Herstellung von Waffengleichheit“ spricht.

<sup>59</sup> Vgl. auch *Gaede*, in: Böse, Europäisches Strafrecht (EnzEuR XI), § 3, Rn. 10, dem zufolge der Grundrechtsschutz in Strafverfahren „insb. durch eine anspruchsvollere europäische und nationale Gesetzgebung zu bewältigen“ sei.

<sup>60</sup> Neben der Schwierigkeit, das Verhältnis der Interessen demokratisch zu bestimmen, wäre ein Problem an einer solchen Aufgabenteilung, dass die Judikative primär auf nachträgliche Kontrolle statt auf vorausschauende Gestaltung ausgerichtet ist.

<sup>61</sup> So auch der Vorschlag eines „*defense rights mainstreaming*“ von *Gless*, StV 2013, 317 (323).

<sup>62</sup> So kann beispielsweise das Verteidigungsrecht auf ein Kreuzverhör in einem adversatorischen Verfahrensmodell zur Herstellung von Waffengleichheit erforderlich sein, wohingegen in einem inquisitorischen Verfahren ein angemessenes Gleichgewicht durch andere Mechanismen hergestellt werden kann.



gewährt den demokratisch legitimierten Gesetzgebern sowohl auf der nationalen als auch der EU-Ebene Einschätzungsprärogativen. Waffengleichheit als Strukturprinzip fordert primär eine Berücksichtigungspflicht und gibt einen (weiten) grundrechtlichen Rahmen vor, der auch in Form einfachen Rechts (und somit zeitlich kontingente Präferenzen besser berücksichtigen könnend) unterschiedlich gefüllt werden kann.

Auf der Ebene der EU könnte beispielsweise beschlossen werden, dass eine weitere Erleichterung des Beweistransfers zwischen den Mitgliedsstaaten erforderlich ist. Das Europäische Parlament und der Rat können gemäß Art. 82 Abs. 2 lit. a AEUV Mindestvorschriften erlassen. Die EU-Waffengleichheit würde dem nicht entgegenstehen, sondern nur verlangen, dass sowohl auf Ebene der EU als auch der Nationalstaaten darüber reflektiert wird, wie sich die Erleichterungen auf die Verfahrensbalance auswirken und ob bzw. welche ausgleichenden Maßnahmen für die Strafverteidigung erforderlich sind. Teilweise wird es notwendig sein, einen Ausgleich auf Unionsebene herzustellen, teilweise können aber auch nationale Maßnahmen Abhilfe schaffen.<sup>63</sup> Wenn die Maßnahmen auf nationaler Ebene liegen, können sie im europäischen Vergleich auch divergieren, um den Unterschieden der strafverfahrensrechtlichen Modelle Rechnung zu tragen.

### 3. Zwischenergebnis

Wie das Beispiel der Waffengleichheit zeigt, kann die Genese spezifischer EU-Grundrechtsprinzipien dazu beitragen, die Anliegen eines unionsweit hohen grundrechtlichen Schutzes mit demokratischen und föderalen Elementen in Einklang zu bringen. Indem man dem Grundsatz der Waffengleichheit einen Doppelcharakter zuerkennt, liegt die Aufgabe der Ausgestaltung eines strafrechtlichen Grundrechtsschutzes im *Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts* nicht exklusiv bei der Judikative und nicht zentralisiert beim EuGH. Waffengleichheit kann föderal vielseitig ausgestaltet werden und adressiert als Strukturprinzip sowohl die europäische als auch die nationalen Legislativen. In der Integration des Straf- und Strafverfahrensrechts sollte auf einen angemessenen Ausgleich zwischen Strafverfolgungs- und Verteidigungsinteressen geachtet, Freiheits- und Sicherheitsinteressen sollten insgesamt demokratisch transnational weiterentwickelt werden.

---

<sup>63</sup> Ein Ausgleich auf europäischer Ebene wird insbesondere dann erforderlich sein, wenn Maßnahmen auf nationaler Ebene die Verschiebung der Balance nicht (mehr) kompensieren können. Gerade bei einem Ausbau der transnationalen Möglichkeiten, Beweise zu erheben und zu transferieren, kann es erforderlich sein, schon frühzeitig in diesem Verfahrensstadium Verteidigungsinteressen stärker zu berücksichtigen. Die Rechte der Strafverteidigung in Hauptverfahren eines Mitgliedsstaates zu stärken, käme womöglich zu spät, um die strukturelle Balanceverschiebung noch auszugleichen. Vorschläge zu einer europäisch institutionalisierten Form der Verteidigung (Eurodefensor, Ombudspersonen) könnten dafür gewinnbringend sein, um dem Grundsatz der EU-Waffengleichheit zu entsprechen, vgl. zu den Vorschlägen *Rackow*, in: Böse, Europäisches Strafrecht (EnzEuR XI), § 24, Rn. 20 ff.

### III. Vorschlag 3: „Grundrechtsräte“

Der dritte Vorschlag betrifft die institutionelle Ebene. Das sich aus EU-strafverfassungsrechtlicher Sicht ergebende Spannungsfeld zwischen einem effektiven, unionsweiten Grundrechtsschutz im Strafrecht einerseits und dem Erhalt bzw. der Förderung demokratischer und föderaler Spielräume andererseits kann auf verschiedene Weisen gelöst werden. Ein möglicher Ansatz ist es, die Gestaltung des europäischen Grundrechtsschutzes im Mehrebenensystem nicht nur als justizielle, sondern auch als Aufgabe der Legislative zu sehen. Der soeben unterbreitete Vorschlag, EU-spezifische Grundrechtsprinzipien zu entwerfen, die auch die Legislative adressieren, stellt dafür einen möglichen Weg dar. Ein zusätzlicher zweiter Ansatz besteht darin, zu überlegen, ob und wie sich die weiterhin notwendige und wünschenswerte Entwicklung des europäischen Grundrechtsschutzes durch die Judikative demokratisch und föderal denken lässt. Die Einrichtung von „Grundrechtsräten“ kann dafür einen Lösungsweg bieten.

#### *1. Problembeschreibung bzw. Aufgabenstellung*

Bevor näher auf die Bedeutung und Funktion von Grundrechtsräten eingegangen wird, ist es sinnvoll, das zugrunde liegende Problem zu beschreiben, zu dessen Lösung Grundrechtsräte beitragen sollen. Eine entscheidende Herausforderung liegt aus EU-strafverfassungsrechtlicher Perspektive darin, ein System unionsweit effektiven Grundrechtsschutzes im Straf- und Strafverfahrensrecht zu entwickeln. Diese Aufgabe hat sowohl eine rechtliche als auch politische Dimension, was sich institutionell darin widerspiegelt, dass sowohl Legislative als auch Judikative diese Aufgabe wahrnehmen sollten. Die Legislative trägt die Verantwortung, darauf zu achten, dass das integrierte strafrechtliche Mehrebenensystem der EU Grundrechte ausreichend berücksichtigt. Dafür trifft sie auf nationaler und/oder europäischer Ebene Regelungen, die den grundrechtlichen Rahmen einfachgesetzlich ausgestalten. Gleichzeitig steht aber auch fest, dass Gerichte, insb. der EuGH und nationale Verfassungs- und Höchstgerichte, weiterhin eine zentrale Rolle beim strafrechtlichen Grundrechtsschutz einnehmen werden und einnehmen sollen. Nicht zuletzt die hohe Bedeutung von Rechtsstaatlichkeit im EU-Strafverfassungsrecht erfordert es, dass Individuen sich vor Gerichten auf spezifische grundrechtliche Garantien berufen können.<sup>64</sup>

Der Grundrechtsschutz durch die Judikative besteht aus verschiedenen Elementen. Eines davon ist es, Grundrechte auf einzelne Fallkonstellationen anzuwenden. Das heißt beispielweise zu prüfen, ob das Recht auf Waffengleichheit einer angeklagten Person in einem konkreten Strafverfahren verletzt wurde.

---

<sup>64</sup> Das gilt auch oder gerade dann, wenn die (nationale) Legislative ihrer Aufgabe, den Grundrechten einfachgesetzlich in den Strafprozessordnungen Geltung zu verschaffen, nicht (ausreichend) nachgekommen ist. Die Gewaltenteilung als Element von Rechtsstaatlichkeit sichert eine gegenseitige Kontrolle von Institutionen bei der Ausübung von Hoheitsgewalt.

Grundrechte zeichnen sich allerdings oft durch einen hohen Abstraktionsgrad aus.<sup>65</sup> Es ist daher zunächst notwendig, aus den abstrakten Bestimmungen durch gerichtliche Interpretation konkretere Maßstäbe herzuleiten, um diese dann auf einzelne Fallgestaltungen anwenden zu können. Diese „Maßstabsbildung“ stellt ein zweites wichtiges Element des Grundrechtsschutzes dar.<sup>66</sup> Sie ist von besonderer Bedeutung, da die Maßstäbe die genauen Gewährleistungen von Grundrechten über den konkreten Einzelfall hinaus abstrakt und allgemeinverbindlich festlegen.

Aus EU-strafverfassungsrechtlicher Sicht ist es grundsätzlich sinnvoll die Aufgabe der Maßstabsbildung institutionell weiter bei der Judikative anzusiedeln. Ähnlich der Living-instrument-Doktrin des EGMR bietet es sich an, die EU-Grundrechte der Charta dynamisch zu interpretieren und weiterzuentwickeln, um einen zeitgemäßen hohen grundrechtlichen Schutz in der Strafrechtsintegration zu gewährleisten.<sup>67</sup> Das vorgeschlagene Modell der Grundrechtsvielfalt lässt föderale Spielräume für unterschiedliche Konkretisierungen der Maßstäbe zu. Dass die europäischen Gerichte in einen Dialog treten, scheint auch bei der Frage der Maßstabsentwicklung wünschenswert. Aus EU-strafverfassungsrechtlicher Sicht ergibt sich aber auch die Forderung, dass dabei demokratische Gesichtspunkte miteinbezogen werden. Die interpretative Konkretisierung der Grundrechte sollte keine exklusiv verfassungsgerichtliche Aufgabe sein.<sup>68</sup> Es stellt sich somit die Herausforderung, nach Wegen zu suchen, wie sich bei der Aufgabe der grundrechtlichen Maßstabsbildung demokratische Präferenzen berücksichtigen lassen.

## 2. Grundrechtsräte: Ursprung, Gestaltungsmöglichkeiten und Potenziale

Die Etablierung von *Grundrechtsräten* kann hierfür einen Weg weisen. Ursprünglich stammt die Idee aus der Frühphase der Konstitutionalisierung in Frankreich und den USA. Dort sollten Verfassungsjurys in regelmäßigen Abständen zusammentreten und für jede Generation die Inhalte der Verfassung überprüfen, überarbeiten und neu festlegen.<sup>69</sup> Im Gegensatz zu den historischen Vorbildern soll es

<sup>65</sup> Zum Beispiel lautet die Formulierung von Art. 47 Abs. 2 GRCh: „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.“

<sup>66</sup> Vgl. für das Bundesverfassungsgericht *Lepsius*, in: *Das entgrenzte Gericht: Eine kritische Bilanz nach sechzig Jahren Bundesverfassungsgericht*, S. 159 (161 ff.).

<sup>67</sup> Vgl. zur Living-instrument-Doktrin u. a. *Letsas*, in: *Føllesdal/Peters/Ulfstein, Constituting Europe: The European Court of Human Rights in a National, European and Global Context*, S. 106 ff.; *Theil*, *European Public Law* 2017, 587; *Mowbray*, *Human Rights Law Review* 2005, 57.

<sup>68</sup> Grundsätzlich zur Forderung einer pluralistischen Verfassungsinterpretation *Häberle*, *JZ* 1975, 297.

<sup>69</sup> Vgl. dazu die verschiedenen Vorschläge von Verfassungstheoretikern wie *Emmanuel-*

bei dem hier favorisierten Modell der Grundrechtsräte nicht darum gehen, in regelmäßigen Abständen einen gänzlich neuen Katalog von strafrechtsrelevanten Grundrechten festzulegen. Im Zentrum der zu etablierenden Grundrechtsräte sollte die Aufgabe stehen, über die Interpretation der Grundrechte und ihrer Bedeutung für das Strafrecht in einem offenen und pluralen Austausch zu diskutieren. Grundrechtsräte bieten ein Forum, um auch außerhalb der zur Entscheidung letztbefugten Gerichte darüber zu deliberieren, wie die Maßstabbildung der Grundrechte aussehen sollte. Die Letztentscheidung von Grundrechtsfragen wäre weiterhin den dazu legitimierten nationalen (Verfassungs-)Gerichten für die nationalen Grundrechte bzw. dem EuGH für die EU-Grundrechte vorbehalten.

Mit Blick auf die Strafrechtsintegration bietet es sich an, Grundrechtsräte sowohl auf der mitgliedersstaatlichen Ebene als auch der EU-Ebene zu etablieren und einen wechselseitigen Dialog der Räte untereinander herzustellen. Bei der Zusammensetzung sind verschiedene Möglichkeiten vorstellbar. Die Grundrechtsräte können sich zum Beispiel aus den Mitgliedern der Parlamente bilden. Zusätzlich zu den regulären Sitzungswochen und ihrer „klassisch“ legislativen Tätigkeit würden sich die Abgeordneten in einem festgesetzten Zeitraum konzentriert und ausschließlich mit den Grundrechten befassen. Die Grundrechtsräte in einem bereits etablierten und institutionell mit eigenen Rechten ausgestatteten Verfassungsorgan anzusiedeln, hat sicher Vorteile, insbesondere im Hinblick auf Fähigkeit zur Repräsentanz, rechtliche Verbindlichkeit und Wahrnehmbarkeit. Grundsätzlich denkbar erscheint es aber auch, die Mitglieder auf andere Weise zu bestimmen. Da ein wesentlicher Gedanke hinter den Grundrechtsräten ist, eine Diskussion auch *unter* der Schwelle einer formellen Grundrechtsänderung zu fördern, sollte die Bedeutung formaler Kompetenzen der Räte nicht überschätzt werden. Für den Erfolg wichtiger erscheint es, dass in einem offenen Rahmen unterschiedliche Standpunkte geäußert und gehört werden und dass eine gesamtgesellschaftlich rückgebundene Auseinandersetzung stattfindet. Die Ergebnisse – Konsense, Dissense, generell die Pluralität der Sichtweisen – sollten sichtbar festgehalten werden. Die primäre Funktion der Grundrechtsräte liegt darin, die Aufgabe der Interpretation von Grundrechten in einer offenen, pluralistischen Weise sicherzustellen und somit *auch* dem politischen Charakter Ausdruck zu verleihen.

Aus EU-strafverfassungsrechtlicher Perspektive können Grundrechtsräte einen Beitrag zur Demokratisierung justizieller Maßstabbildung bei Grundrechten leisten. Sie ermöglichen es, dass der EuGH bzw. nationale Verfassungs- und Höchstgerichte bei der Interpretation der Grundrechte aktuelle demokratische Präferenzen miteinbeziehen können. Speziell für den EuGH und die ihm über-

---

Joseph Sieyès und Marquis de Condorcet in Frankreich oder Thomas Paine in den USA, Sieyès, in: Lembcke/Weber, Was ist der Dritte Stand, S. 331 (339–341); zu den letzteren beiden vgl. mit entsprechenden Nachweisen die Darstellung bei Rosanvallon, Demokratische Legitimität: Unparteilichkeit, Reflexivität, Nähe, S. 177 f.

tragene Aufgabe, die Unionsgrundrechte zu interpretieren, bietet die Möglichkeit sich mit den Ergebnissen der Grundrechtsräte auseinanderzusetzen erhebliches Potenzial. Es erlaubt ihm u. a. ein Bild über die föderale Vielfalt der Grundrechtsverständnisse zu gewinnen. Für die aus Sicht des EU-Strafverfassungsrechts elementar wichtige Aufgabe, einen unionsweit hohen Grundrechtsstandard zu entwickeln, ist die demokratische und föderale Rückbindung nicht nur abstrakt wünschenswert, sondern für ein reibungsloses Funktionieren auch eine Voraussetzung. Konflikte mit nationalen Verfassungsgerichten über die Auslegung von Grundrechten prägen die Strafrechtsintegration seit jeher. Diese Unstimmigkeiten können zur Folge haben, dass Instrumente des europäischen Strafrechts von den Mitgliedsstaaten nicht umgesetzt werden; mit der Konsequenz, dass die auf Unionsebene vereinbarten Ziele nicht (oder nicht wirksam) erreicht werden. Der EuGH ist insofern besonders auf die Akzeptanz seiner Interpretationen angewiesen. Auf nationale, demokratisch artikulierte Präferenzen Bezug nehmen zu können, kann seine Auslegung ggf. auch gegenüber nationalen Verfassungsgerichten stärken.

## Zusammenfassung

Die vorliegende Untersuchung befasst sich mit der übergreifenden Gestaltung des Straf- und Strafverfahrensrechts in der europäischen Integration. Sie weist auf den Bedarf für konzeptionelle Ansätze hin und unterbreitet mit dem *EU-Strafverfassungsrecht* einen möglichen Vorschlag dafür.

Es lassen sich folgende wesentliche Ergebnisse festhalten:

1. Ausgangspunkt war die These, dass die Integration des Straf- und Strafverfahrensrechts bisher keiner politischen Konzeption folgt.<sup>1</sup> Historisch lässt sich dies dadurch erklären, dass eine Europäisierung dieses souveränitätssensiblen Rechts- und Politikbereichs von den Mitgliedsstaaten lange Zeit nicht gewollt war. Statt prospektiv ein kriminalpolitisches Konzept zu verfolgen und einzelne Maßnahmen daran auszurichten, erfolgten Europäisierungsschritte reaktiv und selektiv, wenn gesellschaftliche oder rechtliche Entwicklungen in anderen Bereichen (insb. im Zusammenhang mit dem Binnenmarkt) einen ausreichend hohen externen Integrationsdruck erzeugten. Das Fehlen übergreifender, konzeptioneller Leitgedanken lässt sich in der frühen Phase der Europäisierung noch begründen. Mit Voranschreiten der Integration im Rahmen der neu gegründeten EU nach dem Vertrag von Maastricht sind damit aber zunehmend Gefahren verbunden: Nicht nur abstrakt stellt sich angesichts des quantitativen und qualitativen Bedeutungsanstiegs des EU-Strafrechts die Frage, wie diese neue Dimension hoheitlichen Handelns gegenüber den Individuen legitimiert werden kann; die reaktive und selektive Form der Integration führt auch zu konkreten Fehlentwicklungen, die eine grundrechtssensible und demokratische Ausgestaltung bedrohen. Eine kriminalpolitische Konzeption hätte schon in dieser Phase helfen können, die für die Legitimation wichtigen Faktoren in den Mittelpunkt zu stellen, Fehlentwicklungen frühzeitig zu erkennen und eine übergreifende Orientierung für einzelne Maßnahmen zu geben, existierte aber nicht.

2. Der Vertrag von Lissabon markiert in der Integration des Straf- und Strafverfahrensrechts eine (weitere) Zäsur.<sup>2</sup> Er vertieft und erweitert die Möglichkeiten des EU-Strafrechts und trägt zu dessen Etablierung als einem eigenständigen Politik- und Rechtsbereich bei. Die jüngst erfolgte Gründung einer Europäischen Staatsanwaltschaft zeigt, dass die Rechtsentwicklung weiter dynamisch fort-

---

<sup>1</sup> Dazu *Erster Teil*, B.

<sup>2</sup> Dazu *Erster Teil*, B., II., 3.

schreitet. Angesichts der stetigen Zunahme transnationaler Herausforderungen, die in der Vergangenheit oft Implikationen für das Strafrecht hatten, scheint auch mit Blick auf die Zukunft ein Abschluss des Prozesses der Strafrechtsintegration nicht absehbar. Im Gegenteil: Vorschläge, wie beispielsweise der, das Mandat der Europäischen Staatsanwaltschaft auf zusätzliche Delikte auszuweiten, deuten darauf hin, dass das EU-Strafrecht weiter im Umfang wachsen und an Bedeutung zunehmen wird. Eine kriminalpolitische Konzeption zur übergeordneten Gestaltung des Rechtsbereiches ist dennoch nicht zu erkennen.

3. Auch in der Strafrechtswissenschaft nehmen konzeptionelle Ansätze zur Strafrechtsintegration bislang lediglich eine geringe Rolle ein.<sup>3</sup> Statt sich übergreifend mit Zielen und Grundlagen des EU-Strafrechts zu befassen, standen lange Zeit Untersuchungen zu einzelnen Maßnahmen des EU-Strafrechts und zu deren Auswirkungen auf die nationalen Strafrechtsordnungen im Fokus. In Reaktion auf die Fehlentwicklungen, die aufgrund der Konzeptionslosigkeit zu beobachten sind, lassen sich drei Richtungen wissenschaftlicher Ansätze ausmachen. Sie unterscheiden sich im Hinblick auf die aufgezeigten Lösungswege. Eine erste Richtung sucht die Lösung über einen möglichst weitgehenden Erhalt des nationalen Strafrechts; eine zweite Richtung wendet sich der europäischen Ebene zu und fokussiert sich auf die EMRK; eine dritte Richtung setzt spezifisch bei der EU selbst an. Die in dieser Untersuchung vertretene These ist, dass die ersten beiden Richtungen zwar wichtige Impulse für den Diskurs zu übergreifenden Überlegungen zum EU-Strafrecht liefern, sich aber für konzeptionelle Gedanken zur zukünftigen Entwicklung des EU-Strafrechts nicht anbieten.<sup>4</sup> Weder die Strategie, Strafrecht so weit wie möglich national zu halten, noch der Versuch, die freiheitsrechtliche Dimension des Strafrechts allein über die EMRK zu sichern, eignen sich, um die Legitimität des Strafrechts im Prozess der europäischen Integration zu garantieren. Speziell post-Lissabon erscheint es stattdessen notwendig, eine spezifisch auf die EU fokussierte Diskussion zu führen, die sich grundlegend und übergreifend mit den Perspektiven des Rechtsbereiches befasst. In Auseinandersetzung mit den bisher vorliegenden EU-spezifischen Ansätzen lassen sich vier Eckpunkte (europäisch, konzeptionell, legitimitätsorientiert und dynamisch) für weitere Forschungsansätze identifizieren.<sup>5</sup>

4. Als ein möglicher Vorschlag wird die Idee eines *EU-Strafverfassungsrechts* vorgestellt und diskutiert.<sup>6</sup> Bereits aus der Bezeichnung ist erkennbar, dass sich strafverfassungsrechtliche Ansätze mit der Verbindung zweier grundsätzlich eigenständiger Rechtsbereiche, dem Strafrecht und dem Verfassungsrecht, befassen und damit an einer innerhalb der Rechtswissenschaft *intradisziplinären* Schnittstelle ansetzen. Eine Annäherung an strafverfassungsrechtliche Ansätze offenbart, dass sie in unterschiedlichen Rechtsordnungen und (straf-)rechtswis-

---

<sup>3</sup> Dazu *Erster Teil*, C.

<sup>4</sup> Dazu *Erster Teil*, C., I. und II.

<sup>5</sup> Dazu *Erster Teil*, C., III., 2.

<sup>6</sup> Dazu *Zweiter Teil*, A.

senschaftlichen Diskursen verbreitet sind, dabei aber nicht immer einheitlich verstanden werden. Oft wird das Strafverfassungsrecht als ein bestimmter Teil des positiven Verfassungsrechts gesehen, der Vorgaben für die Ausgestaltung des (einfachen) Strafrechts aufstellt; teilweise existieren aber auch verfassungstheoretische Verständnisse. Ein für diese Untersuchung besonders relevanter Ansatz zu Strafverfassungsrecht geht auf *Joachim Vogel* zurück und wurde unter anderem von *Christoph Burchard* weiterentwickelt.<sup>7</sup> Dieses spezielle Verständnis von Strafverfassungsrecht bietet nicht nur eine sinnvolle Perspektive, um auf die nationale Strafrechtsentwicklung zu blicken, sondern kann auch als Ausgangspunkt für eine europäische Weiterentwicklung dienen.

5. Bei der Übertragung strafverfassungsrechtlichen Denkens auf die EU stellt sich die Herausforderung, dass die EU auch 2023 keine formale Verfassung besitzt.<sup>8</sup> Nach der in dieser Untersuchung vertretenen Ansicht steht das Fehlen einer formalen Verfassung den Überlegungen zu einem EU-Strafverfassungsrecht nicht prinzipiell im Weg. Es erfordert aber, sich bei der Übertragung mit den Besonderheiten der Unionsrechtsrechtsordnung auseinanderzusetzen und den strafverfassungsrechtlichen Ansatz spezifisch anzupassen. Für ein EU-Strafverfassungsrecht kommen zwei mögliche Varianten in Betracht. So ist es möglich, das positive Primärrecht als (Straf-)Verfassungsrecht der EU zu sehen und Anforderungen an die Strafrechtsgestaltung durch rechtsdogmatische Auslegung der relevanten Normen zu erhalten. Eine Alternative besteht darin, EU-Strafverfassungsrecht verfassungstheoretisch zu entwickeln. Beide Varianten haben jeweils Vor- und Nachteile, weswegen nach der hier vertretenen Ansicht eine Festlegung auf ein einheitliches Verständnis weder sinnvoll noch erforderlich ist. Wie EU-Strafverfassungsrecht konkret verstanden wird, kann stattdessen u. a. abhängig von dem in den Blick genommenen Gegenstand und dem Untersuchungsziel spezifisch festgelegt werden.

6. Für das Ziel dieser Untersuchung, einen Vorschlag für einen konzeptionellen Ansatz zur übergreifenden Betrachtung der Strafrechtsintegration zu unterbreiten, bietet sich ein bestimmtes Verständnis des EU-Strafverfassungsrechts an.<sup>9</sup> EU-Strafverfassungsrecht sollte als wissenschaftlicher Ansatz verstanden werden, der eine spezifische Blickweise auf die Integration des Straf- und Strafverfahrensrechts einnimmt. Im Unterschied zu einem sowohl im nationalen als auch EU-Kontext verbreiteten Verständnis ist das hier entworfene EU-Strafverfassungsrecht nicht positivistisch als Teil des bestehenden Verfassungsrechts zu sehen, sondern setzt auf einer grundsätzlich vom positiven Recht zu abstrahierenden Ebene an. Ein so verstandenes EU-Strafverfassungsrecht kann dazu beitragen, Ziele, Maßstäbe und Kriterien zu entwickeln, die der politischen und rechtlichen Gestaltung der Strafrechtsintegration Orientierung bieten und für die

---

<sup>7</sup> Dazu *Zweiter Teil, A., II., 2.*

<sup>8</sup> Dazu *Zweiter Teil, B.*

<sup>9</sup> Dazu insgesamt *Dritter Teil.*



strafrechtswissenschaftliche Begleitung kriteriengeleitete Analysen und Bewertungen ermöglichen.

7. Das hier vorgeschlagene EU-Strafverfassungsrecht bedarf der näheren Ausgestaltung und Konkretisierung. Diese Untersuchung zielt in erster Linie darauf ab, den EU-straferfassungsrechtlichen Ansatz in seinen Grundzügen zu entwickeln. Die vorgeschlagenen Leitlinien sollen bei der Aufgabe der Konkretisierung als ein (methodischer) Rahmen dienen. Bisherige Ansätze zu Straferfassungsrecht aus dem nationalen Kontext bieten für diese Leitlinien Anknüpfungspunkte, müssen aber EU-spezifisch modifiziert werden. Die entwickelten Leitlinien konturieren zum einen das Denken inhaltlich, betreffen zum anderen aber auch institutionelle Voraussetzungen für eine notwendige breitere wissenschaftliche Diskussion.

8. Eine erste Leitlinie für die Konstruktion betrifft den Umgang mit dem positiven Verfassungsrecht der EU. Nach hier vertretener Ansicht bietet sich ein *normorientiertes* und *rechtsgrundlegendes* Vorgehen an.<sup>10</sup> Das bedeutet, dass es sinnvoll ist, sich an den positiven Normen des europäischen Verfassungsrechts zu orientieren, sie aber nicht als abschließende Grenzen zu verstehen. Es geht somit nicht um eine rechtsinterne, dogmatische Sinnerschließung, sondern eine rechtswissenschaftlich kritische Auseinandersetzung mit dem positiven Recht. Zu den aus EU-straferfassungsrechtlicher Sicht relevanten Normen zählt in erster Linie das europäische Primärrecht einschließlich der Grundrechtecharta. In Anlehnung an das Konzept des *Europäischen Verfassungsverbundes* bietet es sich darüber hinaus an, auch die Ebene des nationalen Verfassungsrechts einzubeziehen.

9. Als weitere Leitlinie erscheint es vorzugswürdig, den Ansatz des EU-Straferfassungsrechts in einem *europäischen, intradisziplinär dialogischen* und *interdisziplinär offenen* Vorgehen zu entwickeln.<sup>11</sup> Die Anknüpfung an einen gemeinsamen Bezugspunkt auf der Ebene der EU ermöglicht es zunächst, Argumente aus potenziell 27 verschiedenen, sonst weitgehend separierten wissenschaftlichen Diskursen zu verknüpfen. Die vorgeschlagene intradisziplinär dialogische Form weist einen Weg, die Teildisziplinen, welche oft aus ihren eigenen Prämissen heraus argumentieren, in einen konstruktiven Dialog zur Rolle des Strafrechts in der Integration zu bringen. Die beabsichtigte interdisziplinäre Offenheit des EU-Straferfassungsrechts sichert, dass aktuelle Entwicklungen in der politikwissenschaftlichen, verfassungstheoretischen und philosophischen Diskussion zur Frage des Verfassungscharakters der EU Berücksichtigung finden.

10. Leitend für das hier vorgeschlagene EU-Straferfassungsrecht ist ein abwägendes Prinzipien- und Spielraumdenken. Der EU-straferfassungsrechtliche Ansatz zielt darauf ab, anhand übergeordneter Prinzipien Spielräume oder Korridore aufzuzeigen, die sich kriminalpolitisch unterschiedlich ausgestalten lassen.<sup>12</sup> Es sollte daher als ein demokratischer Denkstil verstanden werden, der die

---

<sup>10</sup> Dazu *Dritter Teil, A., I.*

<sup>11</sup> Dazu *Dritter Teil, A., II., 1.–3.*

<sup>12</sup> Dazu *Dritter Teil A., II., 4. und 5.*

politische Natur vieler Fragestellungen im Zusammenhang mit der Strafrechtsintegration berücksichtigt. Wie das Verhältnis zwischen Einheit und Vielfalt oder zwischen Freiheit, Sicherheit und Recht konkret ausgestaltet wird, erfordert die Abwägung verschiedener Interessen und Präferenzen. Statt diese Abwägung selbst vorzunehmen, ist das EU-Strafverfassungsrecht darauf ausgerichtet, Korridore des verfassungsrechtlich Möglichen zu definieren und sich mit der institutionellen Dimension zu befassen, wer die Fragen entscheiden sollte.

11. Wichtige, nicht abschließend zu verstehende Leitprinzipien für das EU-Strafverfassungsrecht bilden Rechtsstaatlichkeit und Grundrechte, das Demokratieprinzip sowie die Offenheit für föderale Vielfalt.<sup>13</sup> Diese abstrakten Prinzipien strukturieren das EU-strafverfassungsrechtliche Denken und bilden daher den gedanklichen Ausgangspunkt. Um konkrete Anforderungen für die Ausgestaltung der EU-Strafrechtspflege zu gewinnen, müssen die Prinzipien allerdings näher konkretisiert werden, wofür die vorgeschlagenen Leitlinien einen Weg weisen. Ein besonders wichtiges Kennzeichen des EU-strafverfassungsrechtlichen Denkens ist es dabei, stets das Verhältnis der leitenden Prinzipien zueinander zu berücksichtigen. Anhand der Entwicklung eines europäischen Grundrechtsschutzes, der auch föderale und demokratische Anforderungen einbezieht, lässt sich dies nachvollziehen.<sup>14</sup>

12. Die Re-Interpretation bestehender Integrationsmechanismen (wie z. B. der Subsidiaritätsgrundsatz, Opt-In und Opt-Out-Regelungen oder das „Notbremse“-Verfahren), die Entwicklung eigener EU-strafverfassungsrechtlicher Grundrechtsprinzipien (Beispiel Grundsatz der Waffengleichheit) sowie die Einrichtung von „Grundrechtsräten“ zeigen in drei Facetten exemplarisch, was aus dem strafverfassungsrechtlichen Denken konkret(er) folgen kann.<sup>15</sup>

---

<sup>13</sup> Dazu *Dritter Teil, B., I.*

<sup>14</sup> Dazu *Dritter Teil, B., II.*

<sup>15</sup> Dazu *Dritter Teil, C.*



## Literaturverzeichnis

- Abel, Richard L.*, Law Books and Books about Law, *Stanford Law Review* 1973, 175–228.
- Abu-Lughod, Lila*, Writing against Culture, in: Oaks, Timothy S./Price, Patricia L., *The cultural geography reader*, London/New York 2008, 62–71.
- Accetti, Carlo Invernizzi*, Claude Lefort: Democracy as the Empty Place of Power, in: Breugh, Martin/Holman, Christopher/Magnusson, Rachel/Mazzocchi, Paul/Penner, Devin (Hrsg.), *Thinking Radical Democracy*, Toronto 2018, 121–140.
- von *Achenbach, Jelena*, *Demokratische Gesetzgebung in der Europäischen Union: Theorie und Praxis der dualen Legitimationsstruktur europäischer Hoheitsgewalt*, Heidelberg/New York/Dordrecht/London 2014.
- Aguado Correa, Teresa*, *El principio de proporcionalidad en derecho penal*, Madrid 1999.
- Albrecht, Peter-Alexis*, Europäischer Strafrechtsraum: Ein Albtraum?, *ZRP* 2004, 1–4.
- , *Die vergessene Freiheit: Strafrechtsprinzipien in der europäischen Sicherheitsdebatte*, 3. Auflage, Berlin 2011.
- Albrecht, Peter-Alexis/Braum, Stefan*, Kontingentes „Europäisches Strafrecht“ in actio: Schwerpunkte, Konturen, Defizite, *KritV* 2001, 312–348.
- Albrecht, Peter-Alexis/Braum, Stefan/Frankenberger, Günther/Günther, Klaus/Naucke, Wolfgang/Simitis, Spiros*, 11 Thesen zur Entwicklung rechtsstaatlicher Grundlagen europäischen Strafrechts, *KritV* 2001, 279–289.
- Alexy, Robert*, *Theorie der Grundrechte*, 9. Auflage, Berlin 2020.
- Alter, Karen J.*, *Establishing the Supremacy of European Law: The Making of an International Rule of Law in Europe*, Oxford 2003.
- Amar, Akhil Reed*, A Neo-Federalist View of Art. III: Separating the Two Tiers of Federal Jurisdiction, *Boston Univ. Law Rev.* 1985, 205–272.
- , *The Bill of Rights as a Constitution*, *Yale L.J.* 1991, 1131–1210.
- , *Fourth Amendment First Principles*, *Harvard Law Rev.* 1994, 757–819.
- , *The Future of Constitutional Criminal Procedure*, *Am. Crim. L. Rev.* 1995, 1123–1140
- , *Sixth Amendments First Principles*, *Geo. Law J.* 1996, 641–712.
- , *The Constitution and Criminal Procedure: First Principles*, New Haven/London 1998.
- Amar, Akhil Reed/Lettow, Renée B.*, *Fifth Amendments First Principles: The Self-Incrimination Clause*, *Mich. Law Rev.* 1995, 857–927.
- Ambos, Kai*, *Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte und die Verfahrensrechte: Waffengleichheit, partizipatorisches Vorverfahren und Art. 6 EMRK*, *ZStW* 2003, 583–637.
- , *Is the Development of a Common Substantive Criminal Law for Europe Possible?*, *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 2005, 173–191.
- , *Zur Zukunft der deutschen Strafrechtswissenschaft: Offenheit und diskursive Methodik statt selbstbewusster Provinzialität*, *GA* 2016, 177–194.
- , *Zur Zukunft der deutschen Strafrechtswissenschaft: Offenheit und diskursive Methodik statt selbstbewusster Provinzialität*, in: Tiedemann, Klaus/Sieber, Ulrich/Satzger, Helmut/Burchard, Christoph/Brodowski, Dominik (Hrsg.), *Die Verfassung moderner Strafrechtspflege*, 2016, 321–348.

- , Internationales Strafrecht, 5. Auflage, München 2018.
- , Zukunft der deutschen Strafrechtswissenschaft?, ZIS 2020, 452–462.
- Ambos, Kail/Rackow, Peter*, Erste Überlegungen zu den Konsequenzen des Lissabon-Urteils des Bundesverfassungsgerichts für das Europäische Strafrecht, ZIS 2009, 379–405.
- , Rspr. zum Europäischen Strafrecht 2018–3/2020, NStZ 2020, 397–401.
- Amelung, Knut*, Der Begriff des Rechtsguts in der Lehre vom strafrechtlichen Rechtsgüterschutz, in: Hefendehl, Roland/von Hirsch, Andrew/Wohlers, Wolfgang (Hrsg.), Die Rechtsgutstheorie, Baden-Baden 2003, 155–182.
- Appadurai, Arjun*, *Modernity at Large: Cultural Dimensions of Globalization*, Minnesota 1996.
- Appel, Ivo*, *Verfassung und Strafe: Zu den verfassungsrechtlichen Grenzen staatlichen Strafens*, Berlin 1998.
- Arai-Takahashi, Yutaka*, *The Margin of Appreciation Doctrine and the Principle of Proportionality in the Jurisprudence of the ECHR*, Antwerp/Oxford/New York 2001.
- Armada, Inés/Weyembergh, Anne*, The Mutual Recognition Principle and EU Criminal Law, in: Fletcher, Maria/Herlin-Karnell, Ester/Matera, Claudio (Hrsg.), *The European Union as an Area of Freedom, Security and Justice*, London/New York 2017, 111–136.
- Arnold, Jörg*, Vorschläge zur Verbesserung des Schutzes des Strafverteidigers: Auf dem Weg zu einem europäischen Strafverteidiger?, HRRS 2008, 10–23.
- , Auf dem Weg zu einem Europäischen Strafverteidiger?, StV Forum 2013, 54–62.
- , Grenzüberschreitende Strafverteidigung in Europa: Praktische Erfahrungen und theoretische Überlegungen anhand von Interviews mit Strafverteidigerinnen und Strafverteidigern, Berlin 2015.
- , Verteidigung in grenzüberschreitenden Strafverfahren in Europa – Einige Überlegungen zu Wissenschaft und Praxis, StV 2015, 588–597.
- Arnold, Matthew*, *Culture and Anarchy: An Essay in Political and Social Criticism*, London 1869.
- Arroyo Zapatero, Luis*, Derecho penal y Constitución (II), in: Demetrio Crespo, Eduardo/Rodríguez Yagüe, Cristina (Hrsg.), *Curso de Derecho penal. Parte General*, 3, Barcelona 2016, 143–162.
- Ashworth, Andrew/Horder, Jeremy*, *Principles of Criminal Law*, 7. Auflage, Oxford 2013.
- Avruch, Kevin*, *Culture & Conflict Resolution*, Washington 1998.
- Bäcker, Matthias*, *Kriminalpräventionsrecht. Eine rechtsetzungsorientierte Studie zum Polizeirecht, zum Strafrecht und zum Strafverfahrensrecht*, Tübingen 2015.
- , Zur Europäisierung des Strafverfassungsrechts. Kommentar zum Beitrag von Dominik Brodowski, in: Bäcker, Matthias/Burchard, Christoph (Hrsg.), *Strafverfassungsrecht*, Tübingen 2022, 169–178.
- Bäcker, Matthias/Burchard, Christoph* (Hrsg.), *Strafverfassungsrecht*, Tübingen 2022.
- , Einführung, in: Bäcker, Matthias/Burchard, Christoph (Hrsg.), *Strafverfassungsrecht*, Tübingen 2022, 1–14.
- Baer, Susanne*, Interdisziplinäre Rechtsforschung. Was uns bewegt., in: Grundmann, Stefan/Kloepfer, Michael/Paulus, Christoph G./Schröder, Rainer/Werle, Gerhard (Hrsg.), *Festschrift 200 Jahre Juristische Fakultät der Humboldt-Universität zu Berlin*, Berlin/New York 2010, 920–936.
- Baker, Estella*, *Governing through Crime – The Case of the European Union*, *European Journal of Criminology* 2010, 187–213.
- Baker, Estella/Harding, Christopher*, From past imperfect to future perfect? A longitudinal study of the Third Pillar, *European Law Review* 2009, 25–54.

- Banakar, Reza*, Merging law and sociology. Beyond the dichotomies of socio-legal research, Berlin/Wisconsin 2003.
- , Normativity in Legal Sociology. Methodological Reflections on Law and Regulation in Late Modernity, Heidelberg/New York/Dordrecht/London 2015.
- Barbero Santos, Marino*, Política y Derecho penal en España, Madrid 1977.
- Barents, René*, The Fallacy of European Multilevel Constitutionalism, in: Avbelj, Matej/Komárek, Jan (Hrsg.), Constitutionalism Pluralism in the European Union and Beyond, Oxford/Portland, Oregon 2012, 153–184.
- Barskanmaz, Cengiz*, Das strafverfassungsrechtliche Diskriminierungsverbot aufgrund der Rasse. Kommentar zum Beitrag von Tobias Singelnstein, in: Bäcker, Matthias/Burchard, Christoph (Hrsg.), Strafverfassungsrecht, Tübingen 2022, 281–296.
- Bast, Jürgen*, Handlungsformen, in: von Bogdandy, Armin/Bast, Jürgen (Hrsg.), Europäisches Verfassungsrecht: Theoretische und dogmatische Grundzüge, 2. Auflage, Heidelberg 2009, 489–557.
- Bengüsu, Özge*, The Principle of Equality of Arms in International Criminal Justice, Cambridge 2018.
- Berger, Benjamin L.*, Constitutional Principles, in: Dubber, Markus D./Hörnle, Tatjana (Hrsg.), The Oxford Handbook, Oxford 2014, 422–444.
- Besselink, Leonard F. M.*, Sovereignty, criminal law and the new European context, in: Alldridge, Peter/Brandts, Chrisje (Hrsg.), Personal Autonomy, the Private Sphere and the Criminal Law, Oxford 2001, 93–115.
- Besson, Samantha*, The Erga Omnes Effect of Judgments of the European Court of Human Rights: What's in a Name?, in: Besson, Samantha (Hrsg.), La Cour européenne des droits de l'homme après le Protocole 14, Paris/Genf 2021, 125–175.
- Bhabha, Homi K.*, The Location of Culture, 2. Auflage, London/New York 2004.
- Bickel, Alexander M.*, The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics, Indianapolis 1962.
- Bilionis, Louis*, Process, the Constitution, and Substantive Criminal Law, Mich. Law Rev. 1998, 1269–1334.
- Billis, Emmanouil*, Die Rolle des Richters im adversatorischen und im inquisitorischen Beweisverfahren: Modelltheoretische Ansätze, englisches und deutsches Beweisführungssystem, internationalrechtliche Dimensionen, Berlin 2015.
- , The European Court of Justice: A „Quasi-Constitutional Court“ in Criminal Matters? The Taricco Judgment and its Shortcomings, New Journal of European Criminal Law 2016, 20–38.
- Biondi, Andrea/Mastroianni, Roberto*, Joined Cases C-387/02, C-391/02 and C-403/02, Berlusconi and others, Common Market L. Rev. 2006, 553–569.
- Bitzilekis, Nikolaos/Kaiafa-Gbandi, MarialSymeonidou-Kastanidou, Elisavet*, Theorie der genuinen europäischen Rechtsgüter, in: Schünemann, Bernd (Hrsg.), Ein Gesamtkonzept für die europäische Strafrechtspflege (A programme for European Criminal Justice), Köln 2006.
- Blanke, Herrmann-Josef*, Art. 47 GRCh, in: Calliess, Christian/Ruffert, Matthias (Hrsg.), EUV/AEUV, 6. Auflage, München 2022.
- Bodin, Jean*, Les six livres de la République (deutsche Übersetzung: Über den Staat [1986]), Paris 1576.
- de Boer, Nik*, Addressing Rights Divergences under the Charter: Melloni, Common Market L. Rev. 2013, 1083–1104.
- , Judging European Democracy: National Constitutional Review of European Law and its Democratic Legitimacy, Amsterdam 2018.

- von *Bogdandy, Armin*, Grundprinzipien, in: von *Bogdandy, Armin/Bast, Jürgen* (Hrsg.), *Europäisches Verfassungsrecht: Theoretische und dogmatische Grundzüge*, 2. Auflage, Heidelberg 2009, 13–71.
- , Von der technokratischen Rechtsgemeinschaft zum politisierten Rechtsraum – Probleme und Entwicklungslinien in der Grundbegrifflichkeit des Europarechts, in: *Franzius, Claudio/Mayer, Franz C./Neyer, Jürgen* (Hrsg.), *Die Neuerfindung Europas: Bedeutung und Gehalte von Narrativen für die europäische Integration*, Baden-Baden 2019, 67–89.
- , *Strukturwandel des öffentlichen Rechts: Entstehung und Demokratisierung der europäischen Gesellschaft*, Berlin 2022.
- von *Bogdandy, Armin/Bast, Jürgen*, Der verfassungsrechtliche Ansatz und das Unionsrecht, in: von *Bogdandy, Armin/Bast, Jürgen* (Hrsg.), *Europäisches Verfassungsrecht*, 2. Auflage, Heidelberg 2009, 1–9.
- von *Bogdandy, Armin/Bast, Jürgen* (Hrsg.), *Europäisches Verfassungsrecht: Theoretische und dogmatische Grundzüge*, 2. Auflage, Heidelberg 2009.
- von *Bogdandy, Armin/Cruz Villalón, Pedrol/Huber, Peter Michael*, *Handbuch Ius Publicum Europaeum: Band I – Grundlagen und Grundzüge staatlichen Verfassungsrechts*, Heidelberg 2007.
- Bonelli, Matteo*, The Taricco saga and the consolidation of judicial dialogue in the European Union: CJEU, C-105/14 Ivo Taricco and others, ECLI:EU:C:2015:555; and C-42/17 M.A.S., M.B., ECLI:EU:C:2017:936 Italian Constitutional Court, Order no. 24/2017, *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 2018, 357–373.
- Böse, Martin*, Das Prinzip der gegenseitigen Anerkennung in der transnationalen Strafrechtspflege der EU – Die „Verkehrsfähigkeit“ strafgerichtlicher Entscheidungen, in: *Momsen, Carsten/Bloy, René/Rackow, Peter* (Hrsg.), *Fragmentarisches Strafrecht: Beiträge zum Strafrecht, Strafprozessrecht und zur Strafrechtsvergleichung – für Manfred Maiwald aus Anlass seiner Emeritierung, verfasst von seinen Schülern, Mitarbeitern und Freunden*, Frankfurt am Main 2003, 233–250.
- , Die Zuständigkeit der Europäischen Gemeinschaft für das Strafrecht. Zugleich Anmerkung zu EuGH Urteil vom 13.09.2005 – Rs. C-176/03, GA 2006, 211–224.
- , Die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zum Vertrag von Lissabon und ihre Bedeutung für die Europäisierung des Strafrechts, *ZIS* 2010, 76–91.
- , 13. Kapitel: Rechtsschutz durch EU-Recht, in: *Sieber, Ulrich/Satzger, Helmut/von Heintschel-Heinegg, Bernd* (Hrsg.), *Europäisches Strafrecht*, 2. Auflage, Baden-Baden 2014.
- , § 1 Einleitung, in: *Böse, Martin* (Hrsg.), *Europäisches Strafrecht (EnzEuR XI)*, 2. Auflage, Baden-Baden 2020.
- , § 4 Kompetenzen der Union auf dem Gebiet des Straf- und Strafverfahrensrechts, in: *Böse, Martin* (Hrsg.), *Europäisches Strafrecht (EnzEuR XI)*, 2. Auflage, Baden-Baden 2020.
- , § 28 Ausblick, in: *Böse, Martin* (Hrsg.), *Europäisches Strafrecht (EnzEuR XI)*, 2. Auflage, Baden-Baden 2020.
- Böse, Martin/Meyer, Frank*, Die Beschränkung nationaler Strafgewalten als Möglichkeit zur Vermeidung von Jurisdiktionskonflikten in der Europäischen Union, *ZIS* 2011, 336–344.
- Böse, Martin/Meyer, Frank/Schneider, Anne*, *Conflicts of jurisdiction in criminal matters in the European Union*, Baden-Baden 2014.
- Boulanger, Christian*, Die Soziologie juristischer Wissensproduktion Rechtsdogmatik als soziale Praxis, in: *Boulanger, Christian/Rosenstock, Julika/Singelstein, Tobias* (Hrsg.),

- Interdisziplinäre Rechtsforschung: Eine Einführung in die geistes- und sozialwissenschaftliche Befassung mit dem Recht und seiner Praxis, Wiesbaden 2019, 173–192.
- Brady, Hugo*, Seven Sins of Stockholm, Centre for European Reform 2010.
- Braum, Stefan*, Das „Corpus Juris“ – Legitimität, Erforderlichkeit und Machbarkeit, JZ 2000, 493–500.
- , Europäische Strafgesetzlichkeit, Frankfurt am Main 2003.
- , Aufbruch oder Abbruch europäischer Strafverteidigung, StV 2003, 576–581.
- Brodowski, Dominik*, Strafrechtsrelevante Entwicklungen in der Europäischen Union – ein Überblick, ZIS 2010, 376–386.
- , Sonderstellung des Strafrechts aus der europäischen Mehrebenenperspektive, in: Bäcker, Matthias/Burchard, Christoph (Hrsg.), Strafverfassungsrecht, Tübingen 2022, 139–168.
- , Die Evolution des Strafrechts. Strafverfassungsrechtliche, europastrafrechtliche und kriminalpolitische Wirkungen auf Strafgesetzgebung, Baden-Baden 2023
- Brons, Julia Maike*, Binnendissonanzen im AT: Die Vorfeld- und Beteiligungsstrafbarkeit nach dem StGB im Spannungsfeld zwischen europäischen Vorgaben und deutscher Strafrechtsdogmatik, Baden-Baden 2014.
- Brown, Rebecca L.*, Separated Powers and Ordered Liberty, University of Pennsylvania Law Review 1991, 1513–1566.
- Brunhöber, Beatrice*, Grundrechtliche Sonderstellung des Strafrechts, in: Bäcker, Matthias/Burchard, Christoph (Hrsg.), Strafverfassungsrecht, Tübingen 2022, 53–82.
- Brunhöber, Beatrice/Höffler, Katrin/Kaspar, Johannes/Reinbacher, Tobias/Vormbaum, Moritz* (Hrsg.), Strafrecht und Verfassung, Baden-Baden 2013.
- Brunkhorst, Hauke*, Verfassung ohne Staat? Das Schicksal der Demokratie in der europäischen Rechtsgenossenschaft, Leviathan 2002, 530–543.
- , A Polity without a State? European Constitutionalism Between Evolution and Revolution, ARENA Working Papers (No. 14) 2003.
- Buckel, Sonja*, Rechtskritik, KJ 2016, 289–304.
- Bunyan, Tony*, Trevi, Europol and the European State, in: Bunyan, Tony (Hrsg.), Statewatching the New Europe: Handbook on the European State, London 1993, 1–15.
- de Búrca, Gráinne/Weiler, Joseph H.* (Hrsg.), The Worlds of European Constitutionalism, Cambridge 2011.
- Burchard, Christoph*, Strafverfassungsrecht – Vorüberlegungen zu einem Schlüsselbegriff, in: Tiedemann, Klaus/Sieber, Ulrich/Satzger, Helmut/Burchard, Christoph/Brodowski, Dominik (Hrsg.), Die Verfassung moderner Strafrechtspflege – Erinnerung an Joachim Vogel, Baden-Baden 2016, 27–61.
- , Perspektiven pluralistischer Strafrechtsvergleichen, Zeitschrift für rechtswissenschaftliche Forschung 2017, 277–313.
- , Strafrechtslimitation als Motor der Strafrechtsexpansion. Wissenschaftsethische Vorüberlegungen zu „Dual Use Research of Concern“ aus dem Bereich der Strafrechtswissenschaften, in: Kuhli, Milan/Asholt, Martin (Hrsg.), Strafbegründung und Strafeinschränkung als Argumentationsmuster, Baden-Baden 2017, 21–44.
- , Die Konstitutionalisierung der gegenseitigen Anerkennung, Frankfurt am Main 2019.
- , Die strafverfassungsrechtliche Verpflichtung (Art. 103 Abs. 2 GG) des Gesetzgebers, das Wesentliche der Rechtfertigungsgründe selbst zu regeln. Zugleich ein Debattenbeitrag zu Whistleblowing und Investigativjournalismus, StV 2019, 637–642.
- , § 14 Auslieferung (Europäischer Haftbefehl), in: Böse, Martin (Hrsg.), Europäisches Strafrecht (EnzEuR XI), 2. Auflage, Baden-Baden 2020.



- Burchardt, Dana*, Die Ausübung der Identitätskontrolle durch das Bundesverfassungsgericht – Zugleich Besprechung des Beschlusses 2 BvR 2735/14 des BVerfG vom 15.12.2015 („Solange III“/„Europäischer Haftbefehl II“), *ZaöRV* 2016, 527–551.
- Busemann, Bernd*, Strafprozess ohne Grenzen? Freie Verkehrsfähigkeit von Beweisen statt Garantien für das Strafverfahren, *ZIS* 2010, 552–556.
- Calliess, Christian*, Europa als Wertegemeinschaft – Integration und Identität durch europäisches Verfassungsrecht?, *JZ* 2004, 1033–1045.
- , Art. 5 EUV, in: Calliess, Christian/Ruffert, Matthias (Hrsg.), *EUV/AEUV*, 6. Auflage, München 2022.
- Calliess, Christian/Hartmann, Moritz*, Zur Demokratie in Europa: Unionsbürgerschaft und europäische Öffentlichkeit, Tübingen 2014.
- Cancio Meliá, Manuel*, Terrorismusbekämpfung und Terrorismusdelikte, in: Petzsche, Anneke/Heger, Martin/Metzler, Gabriele (Hrsg.), *Terrorismusbekämpfung in Europa im Spannungsfeld zwischen Freiheit und Sicherheit*, Baden-Baden 2019, 157–176.
- Cappelletti, Mauro/Seccombe, Monica/Weiler, Joseph H.* (Hrsg.), *Integration Through Law: Europe and the American Federal Experience*, Berlin/New York 1986.
- Cassese, Antonio*, Balancing the Prosecution of Crimes against Humanity and Non-Retroactivity of Criminal Law: The Kolk and Kislyiy v. Estonia Case before the ECHR, *Journal of International Criminal Justice* 2006, 410–418.
- Chalmers, Damian*, Repackaging the Internal Market – The Ramifications of the Keck Judgement, *European Law Review* 1994, 385–403.
- Chaves, Mariana*, *The Evolution of European Criminal Law (1957–2012)*, PhD thesis, London 2012.
- Christiansen, Thomas*, After the Spitzenkandidaten: fundamental change in the EU’s political system?, *West European Politics* 2016, 992–1010.
- Clark, Tom*, Separation of Powers, *Willamette L.J.* 1974, 1–9.
- Closa, Carlos*, The concept of citizenship in the Treaty on European Union, *Common Market L. Rev.* 1992, 1137–1169.
- Colson, Renaud/Field, Stewart*, *EU Criminal Justice and the Challenges of Diversity: Legal Cultures in the Area of Freedom, Security and Justice*, Cambridge 2016.
- Corral-Maraver, Noelia*, Irrationality as a Challenge to European Criminal Policy, *EuCLR* 2017, 123–150.
- Cotterrell, Roger*, The Concept of Legal Culture, in: *Nelken, David (Hrsg.)*, *Comparing Legal Cultures*, London/New York 1997.
- Craig, Paul/de Búrca, Gráinne*, *The Evolution of EU Law*, 3. Auflage, Oxford 2021.
- , *EU Law: Text, Cases, and Materials*, 7. Auflage, Oxford 2020.
- Cunningham, Frank*, *Theories of Democracy. A Critical Introduction*, London/New York 2002.
- Curtin, Deirdre*, Case C-159/90, *The Society for the Protection of Unborn Children Ireland Ltd v. Grogan*, Judgment of 4 October 1991, *Common Market L. Rev.* 1992, 586–603.
- , *The Constitutional Structure of the Union: A Europe of Bits and Pieces*, *Common Market L. Rev.* 1993, 17–69.
- Dann, Philipp/Feichtner, Isabell/von Bernstorff, Jochen* (Hrsg.), *(Post)Koloniale Rechtswissenschaft: Geschichte und Gegenwart des Kolonialismus in der deutschen Rechtswissenschaft*, Tübingen 2022.
- Delmas-Marty, Mireille* (Hrsg.), *Corpus Juris der strafrechtlichen Regelungen zum Schutz der finanziellen Interessen der Europäischen Union*, Köln/Berlin/Bonn/München 1998.
- Delmas-Marty, Mireille/Vervaele, J. A. E.*, *The Implementation of the Corpus Juris in the Member States: Penal Provisions for the Protection of European Finances*, Antwerpen 2000.

- Demetrio Crespo, Eduardo*, El Derecho penal del Estado de Derecho entre el espíritu de nuestro tiempo y la Constitución, Madrid 2020.
- Denza, Eileen*, The Intergovernmental Pillars of the European Union, Oxford 2002.
- Depenheuer, OttolGrabenwarter, Christoph* (Hrsg.), Verfassungstheorie, Tübingen 2010.
- Di Fabio, Udo*, Der neue Artikel 23 des Grundgesetzes. Positivierung vollzogenen Verfassungswandels oder Verfassungsneuschöpfung, *Der Staat* 1993, 191–217.
- Di Francesco Maesa, Constanza*, EPPO and environmental crime: May the EPPO ensure a more effective protection of the environment in the EU?, *New Journal of European Criminal Law* 2018, 191–215.
- Di Martino, Alessandra*, La Corte di giustizia sul mandato d'arresto europeo: una lettura minimalista sostiene la validità della decisione-quadro, *Giurisprudenza Costituzionale* 2007, 3699–3713.
- Diehm, Dirk*, Die Menschenrechte der EMRK und ihr Einfluss auf das deutsche Strafgesetzbuch, Berlin 2006.
- van Dijk, Pieter/Viering, M.*, Right to a Fair Trial and Public Hearing (Article 6), in: van Dijk, Pieter/van Hoof, Fried/van Rijn, Arjen/Zwaak, Leo (Hrsg.), *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, 4, Cambridge/Antwerp/Portland 2006.
- Dodaro, Giandomenico/Mancuso, Enrico M.*, Uguaglianza, proporzionalità e solidarietà nel costituzionalismo penale contemporaneo, Milano 2018.
- Dolcini, Emilio*, Pena e Costituzione, *Rivista italiana di diritto e procedura penale* 2019, 4–35.
- Dorra, Fabian*, Strafrechtliche Legislativkompetenzen der Europäischen Union: Eine Gegenüberstellung der Kompetenzlage vor und nach dem Vertrag von Lissabon, Baden-Baden 2013.
- Douglas-Scott, Sionaidh*, The Rule of Law in the European Union – Putting the Security into the Area of Freedom, Security and Justice, *European Law Review* 2004, 219–242.
- Dripps, Donald*, Akhil Amar on Criminal Procedure and Constitutional Law: Here I Go Down That Wrong Road Again, *N.C. L. Rev.* 1995, 1559–1639.
- , Constitutional Theory for Criminal Procedure: Dickerson, Miranda, and the Continuing Quest for Broad-but-shallow, *William & Mary Law Review* 2001, 1–77.
- Dubber, Markus D.*, The Criminal Trial and the Legitimation of Punishment, in: Duff, Antony/Farmer, Lindsay/Marshall, Sandra/Tadros, Victor (Hrsg.), *The Trial on Trial: Volume 1: Truth and Due Process*, Oxford/Portland, Oregon 2004, 85–100.
- , Toward a Constitutional Law of Crime and Punishment, *Hastings Law Journal* 2004, 509–572.
- Dubber, Markus D./Hörnle, Tatjana*, *Criminal Law. A Comparative Approach*, Oxford 2014.
- Duff, R A*, *Trials and Punishments*, Cambridge 1986.
- Dzehtsiarou, Kanstantsin*, Does consensus matter? Legitimacy of European consensus in the case law of the European Court of Human Rights, *Public Law* 2011, 534–553.
- , Can the European Court of Human Rights Shape European Public Order?, Cambridge 2021.
- Eckes, Christina*, Integrated Rights Protection in the European and International Context. Some Reflections about Limits and Consequences, *Amsterdam Centre for European Law and Governance Working Paper Series* 2017, 1–26.
- , Integrated Rights Protection in the European and International Context: Some Reflections about Limits and Consequences, in: Govaere, Inge/Garben, Sacha (Hrsg.), *The Interface Between EU and International Law – Contemporary Reflections*, Oxford 2019, 101–124.

- Eckstein, Ken*, Im Netz des Unionsrechts – Anmerkungen zum Fransson-Urteil des EuGH, ZIS 2013, 220–225.
- Eisele, Jörg*, EuGH, 23. 10. 2007 – Rs. C-440/05 Kommission./ Rat. Kompetenz des Gemeinschaftsgesetzgebers auf dem Gebiet des Strafrechts, JZ 2008, 248–254.
- , Jurisdiktionskonflikte in der Europäischen Union: Vom nationalen Strafanwendungsrecht zum Europäischen Kollisionsrecht?, ZStW 2013, 1–33.
- Ekardt, Felix/Lessmann, Verena*, EuGH, EGMR und BVerfG: Die dritte Gewalt im transnationalen Mehrebenensystem, Kritische Justiz 2006, 381–397.
- Elholm, Thomas*, Legitimacy and EU Criminal Law Regulation, in: Peršak, Nina (Hrsg.), Legitimacy and Trust in Criminal Law, Policy and Justice: Norms, Procedures, Outcomes, Farnham 2014, 71–88.
- Elias, Norbert*, Über den Prozess der Zivilisation: soziogenetische und psychogenetische Untersuchungen, 28. Auflage, Berlin 2021.
- Ely, John Hart*, Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review, Cambridge, MA 1980.
- Epiney, Astrid*, Cassis de Dijon-Prinzip und Europäisches Strafrecht. Zur Heranziehung des „Herkunftslandsprinzips“ im europäischen Strafrecht am Beispiel des europäischen Haftbefehls, in: Niggli, Marcel Alexander/Hurtado Pozo, José/Queloz, Nicolas (Hrsg.), Festschrift Franz Riklin, Zürich 2007, 365–378.
- Erbežnik, Anže*, European Public Prosecutor’s Office (EPPO) – Too much, too soon, and without Legitimacy?, EuCLR 2015, 209–221.
- Escrivá Gregori, José María*, Algunas consideraciones sobre el Derecho penal y constitucion, Revista de Sociologia 1980, 141–163.
- Esser, Albin*, Die strafprozessuale Hauptverhandlung zwischen inquisitorischem und adversatorischem Modell: eine rechtsvergleichende Analyse am Beispiel des deutschen und des zentralasiatischen Strafprozessrechts, in: Schroeder, Friedrich-Christian/Kudratov, Manuchehr (Hrsg.), Die strafprozessuale Hauptverhandlung zwischen inquisitorischem und adversatorischem Modell: eine rechtsvergleichende Analyse am Beispiel des deutschen und des zentralasiatischen Strafprozessrechts, Frankfurt am Main 2014, 11–29.
- Esser, Robert*, Auf dem Weg zu einem europäischen Strafverfahrensrecht, Berlin 2002.
- , § 53 Garantien in der EU, in: Sieber, Ulrich/Satzger, Helmut/von Heintschel-Heinegg, Bernd (Hrsg.), Europäisches Strafrecht, 2. Auflage, Baden-Baden 2014.
- , Europäisches und Internationales Strafrecht, 3. Auflage, München 2023.
- , § 19 Daten- und Informationsaustausch in Strafsachen in der Europäischen Union, in: Böse, Martin (Hrsg.), Europäisches Strafrecht (EnzEuR XI), 2. Auflage, Baden-Baden.
- European Criminal Policy Initiative*, A Manifesto on European Criminal Policy, ZIS 2009, 707–716.
- , The Manifesto on European Criminal Policy in 2011, EuCLR 2011, 86–103.
- , A Manifesto on European Criminal Procedure Law, ZIS 2013, 430–446.
- Everling, Ulrich*, Zur Stellung der Mitgliedstaaten der Europäischen Union als „Herren der Verträge“, in: Beyerlin, Ulrich/Bothe, Michael/Hofman, Rainer/Petersmann, Ernst-Ulrich (Hrsg.), Recht zwischen Umbruch und Bewahrung: Völkerrecht, Europarecht, Staatsrecht (Festschrift für Rudolf Bernhardt), Berlin, Heidelberg 1995, 1161–1176.
- Fedorova, Mascha*, The principle of equality of arms in international criminal proceedings, Cambridge, Portland 2012.
- Fischer-Lescano, Andreas*, Kritik der praktischen Konkordanz, KJ 2008, 166–177.
- , Radikale Rechtskritik, KJ 2014, 171–183.
- Fisicaro, Marco*, Protection of the Rule of Law and ‘Competence Creep’ via the Budget: The Court of Justice on the Legality of the Conditionality Regulation, European Constitutional Law Review 2022, 334–356.

- Fleissner, James P.*, Constitutional Criminal Procedure, *Merc. L. Rev.* 1996, 1485–1525.
- Fletcher, George P.*, Die deutsche Strafrechtswissenschaft im Spiegel der Rechtsvergleichung, in: Eser, Albin/Hassemer, Winfried/Burkhardt, Björn (Hrsg.), *Die Deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende: Rückbesinnung und Ausblick*, München 2000, 235–254.
- Fletcher, Maria*, Extending „indirect effect“ to the third pillar: the significance of Pupino?, *European Law Review* 2005, 862–877.
- Fletcher, MarialLööf, Robin/Gilmore, Bill*, *EU Criminal Law and Justice*, Cheltenham/Massachusetts 2008.
- Føllesdal, Andreas*, The principle of subsidiarity as a constitutional principle in international law, *Global Constitutionalism* 2013, 37–62.
- , Exporting the margin of appreciation: Lessons for the Inter-American Court of Human Rights, *International Journal of Constitutional Law* 2017, 359–371.
- Føllesdal, Andreas/Hix, Simon*, Why there is a democratic deficit in the EU: A response to Majone and Moravcsik, *Journal of Common Market Studies* 2006, 533–562.
- Forst, Rainer*, *Das Recht auf Rechtfertigung*, Frankfurt am Main 2007.
- Fossas Espadaler, Enric*, Límites materiales al legislador penal en un espacio de pluralismo constitucional, *Revista Española de Derecho Constitucional* 2015, 305–332.
- Freiberg, Ariel/Gelb, Karen* (Hrsg.), *Penal Populism, Sentencing Councils and Sentencing Policy*, London/New York 2013.
- Friedman, Barry*, The History of the Countermajoritarian Difficulty, Part One: The Road to Judicial Supremacy, *N.Y.U. L. Rev.* 1998, 333–433.
- , The History of the Countermajoritarian Difficulty, Part Four: Law’s Politics, *Univ. PA Law Rev.* 2000, 971–1064.
- , The Counter-Majoritarian Problem and the Pathology of Constitutional Scholarship, *Nw. U. L. Rev.* 2000, 933–954.
- , The History of The Countermajoritarian Difficulty, Part Three: The Lesson Of Lochner, *N.Y.U. L. Rev.* 2001, 1383–1455.
- , The History of The Countermajoritarian Difficulty, Part Two: Reconstruction’s Political Court, *Geo. L. J.* 2002, 1–66.
- , The Birth of an Academic Obsession: The History of the Countermajoritarian Difficulty, Part Five, *Yale L.J.* 2002, 153–260.
- Friedman, Lawrence M.*, Legal Culture and Social Development, *Law and Society Review* 1969, 29–44.
- , *The Legal System: A Social Science Perspective*, New York 1975.
- , *The Republic of Choice: Law, Authority, and Culture*, Cambridge 1990.
- , The Concept of Legal Culture: A Reply, in: *Comparing Legal Cultures*, London/New York 1997.
- Friendly, Henry J.*, The Bill of Rights as a Code of Criminal Procedure, *Cal. Law Rev.* 1965, 929–956.
- Fromm, Ingo E.*, Supranationale Strafrechtskompetenz versus Demokratiedefizit der Europäischen Gemeinschaft, *Humanitäres Völkerrecht* 2008, 82–89.
- Frowein, Jochen*, Der Straßburger Grundrechtsschutz in seinen Auswirkungen auf die nationalen Rechtsordnungen und das Gemeinschaftsrecht, in: Kreuzer, Karl/Scheuing, Dieter/Sieber, Ulrich (Hrsg.), *Europäischer Grundrechtsschutz*, 1998, 25–38.
- Gaede, Karsten*, Nullum iudicium sine lege: Die völkerrechtliche Bindung eines gemeinschaftsrechtlichen Sonderstrafverfahrens an das Potential der Europäischen Konvention für Menschenrechte und Grundfreiheiten, *ZStW* 2003, 845–879.

- , Deutscher Brechmitteleinsatz menschenrechtswidrig: Begründungsgang und Konsequenzen der Grundsatzentscheidung des EGMR im Fall Jalloh, HRRS 2006, 241–249.
- , Fairness als Teilhabe – Das Recht auf konkrete und wirksame Teilhabe durch Verteidigung gemäß Art. 6 EMRK, Berlin 2007.
- , Das Erwachen der Macht? Die europäisierte Funktionstüchtigkeit der Strafrechtspflege, *wistra* 2016, 89–97.
- , Art. 2 EMRK, in: Knauer, Christoph/Kudlich, Hans/Scheider, Hartmut (Hrsg.), Münchener Kommentar zur StPO und EMRK, München 2018.
- , § 3 Grund- und Verfahrensrechte im europäisierten Strafverfahren, in: Böse, Martin (Hrsg.), Europäisches Strafrecht (EnzEuR XI), 2. Auflage, Baden-Baden 2020.
- Gaede, Karsten/Buermeyer, Ulf*, Beweisverwertungsverbote und „Beweislastumkehr“ bei unzulässigen Tatprovokationen nach der jüngsten Rechtsprechung des EGMR, HRRS 2008, 279–287.
- García de la Torre, Faustino*, Crisis del principio penal de ultima ratio: Debemos retomar la orientación constitucional del Derecho penal?, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez* 2021, 131–154.
- Gärditz, Klaus Ferdinand*, Strafbegründung und Demokratieprinzip, *Der Staat* 2010, 331–368.
- , Staat und Strafrechtspflege. Braucht die Verfassungstheorie einen Begriff von Strafe?, Paderborn 2015.
- , Demokratizität des Strafrechts und Ultima Ratio-Grundsatz, *JZ* 2016, 641–650.
- , § 6 Europäisierung des Strafrechts und nationales Verfassungsrecht, in: Böse, Martin (Hrsg.), Europäisches Strafrecht (EnzEuR XI), 2. Auflage, Baden-Baden 2020.
- , Demokratische Sonderstellung des Strafrechts?, in: Bäcker, Matthias/Burchard, Christoph (Hrsg.), Straferfassungsrecht, Tübingen 2022, 15–52.
- Gärditz, Klaus Ferdinand/Hillgruber, Christian*, Volkssouveränität und Demokratie ernst genommen – Zum Lissabon-Urteil des Bundesverfassungsgerichts, *JZ* 2009, 872–881.
- Gardner, John*, Introduction, in: *Punishment and Responsibility: Essays in the Philosophy of Law*, Oxford 2008.
- Garland, David*, *Punishment and Modern Society: A study in Social Theory*, Oxford 1991.
- , *The Culture of Control: Crime and Social Order in Contemporary Society*, Chicago 2001.
- , Concepts of Culture in the Sociology of Punishment, *Theoretical Criminology* 2006, 419–447.
- Gebbie, George*, „Berlusconi“ v. „Pupino“: Conflict or Compatibility?, *Journal of European Criminal Law* 2007, 31–37.
- Geelhoed, Willeml/Erkelens, Leendert Hendrik/Meij, Arjen* (Hrsg.), *Shifting Perspectives on the European Public Prosecutor’s Office*, The Hague 2018.
- Geertz, Clifford*, Thick Description: Toward an Interpretive Theory of Culture, in: *The Interpretation of Cultures*, New York 1973, 3–30.
- Gelter, Martin/Siems, Mathias M.*, Judicial Federalism in the ECJ’s Berlusconi Case: Toward More Credible Corporate Governance and Financial Reporting?, *Harvard International Law Journal* 2005, 487–505.
- Gerstenberg, Oliver*, *Bürgerrechte und deliberative Demokratie: Elemente einer pluralistischen Verfassungstheorie*, Frankfurt am Main 1997.
- Geyer, Florian*, *European Constitutional Law Review* 2008, 149–161.
- Gibbons, John Peter* (Hrsg.), *Language and the Law*, London 1994.
- Giegerich, Thomas*, Verschmelzung der drei Säulen der EU durch europäisches Richterrecht?, *ZaöRV* 2007, 351–383.

- Gless, Sabine*, Die „Verkehrsfähigkeit von Beweisen“ im Strafverfahren, ZStW 2003, 131–150.
- , Zum Prinzip der gegenseitigen Anerkennung, ZStW 2004, 353–367.
- , Beweisrechtsgrundsätze einer grenzüberschreitenden Strafverfolgung, Baden-Baden 2007.
- , OHN(E)MACHT-Abschied von der Fiktion einer Waffengleichheit gegenüber europäischer Strafverfolgung?, StV 2013, 317–324.
- Gómez de la Torre, Ignacio Berdugol/Arroyo Zapatero, Luis/Ferré Olivé, Juan Carlos/Serrano-Piedecasas, José Ramón/Rivas García, Nicolás*, Lecciones de derecho penal: parte general, Barcelona 1996.
- Grabenwarter, Christoph*, Androhung von Folter und faires Strafverfahren – Das (vorläufig) letzte Wort aus Straßburg, NJW 2010, 3128–3132.
- Grabenwarter, Christoph/Pabel, Katharina*, Europäische Menschenrechtskonvention, 7. Auflage, München 2021.
- Greco, Luís*, Verfassungskonformes oder legitimes Strafrecht? Zu den Grenzen einer verfassungsrechtlichen Orientierung der Strafrechtswissenschaft, in: Brunhöber, Beatrice/Höffler, Katrin/Kaspar, Johannes/Reinbacher, Tobias/Vormbaum, Moritz (Hrsg.), Strafrecht und Verfassung, Baden-Baden 2013, 13–36.
- Greer, Steven*, The Margin of appreciation: Interpretation and discretion under the European Convention on Human Rights, Strasbourg 2000.
- Griehhaber-Heib, Rolf*, 25 Jahre Schengener Informationssystem – aktuelle und zukünftige Rolle in der strafrechtlichen Zusammenarbeit in Europa, Journal für Strafrecht 2020, 238–243.
- Grimm, Dieter*, Brauch Europa eine Verfassung?, JZ 1995, 581–591.
- , Die Verfassung und die Politik: Einsprüche in Störfällen, München 2001.
- , Auf der Suche nach Akzeptanz über Legitimationsdefizite und Legitimationsressourcen der Europäischen Union, Leviathan 2015, 325–338.
- , Die demokratischen Kosten der Konstitutionalisierung, in: Europa ja – aber welches? Zur Verfassung der europäischen Demokratie, 3. Auflage, München 2016, 95–121.
- Groning, Linda*, A Criminal Justice System or a System Deficit – Notes on the System Structure of the EU Criminal Law, Eur. J. Crime Crim. L. & Crim. Just. 2010, 115–137.
- Grundmann, Stefan*, §9 Systemdenken und Systembildung, in: Riesenhuber, Karl (Hrsg.), Europäische Methodenlehre, 4. Auflage, Berlin/Boston 2021, 243–284.
- Grünwald, Gerald*, Bedeutung und Begründung des Satzes „nulla poena sine lege“, ZStW 1964, 1–18.
- Guðmundsdóttir, Dora*, A renewed emphasis on the Charter’s distinction between rights and principles: Is a doctrine of judicial restraint more appropriate?, Common Market L. Rev. 2015, 685–719.
- Gutman, Howard W.*, Academic Determinism: The Division of the Bill of Rights, S. Cal. L. Rev. 1980, 295–379.
- Guterman, Melvin*, Prison Objectives and Human Dignity: Reaching a Mutual Accommodation, BYU Law Rev. 1992, 857–916.
- Haas, Nina*, Die Schengener Abkommen und ihre strafprozessualen Implikationen, Wien 2001.
- Häberle, Peter*, Die offene Gesellschaft der Verfassungsinterpretation – Ein Beitrag zur pluralistischen und „prozessualen“ Verfassungsinterpretation, JZ 1975, 297–305.
- , Das Prinzip der Subsidiarität aus der Sicht der vergleichenden Verfassungslehre, Archiv des öffentlichen Rechts 1994, 169–208.

- , Verfassungslehre als Kulturwissenschaft, Berlin 1998.
- Häberle, Peter/Kotzur, Markus*, Europäische Verfassungslehre, 8. Auflage, Baden-Baden 2016.
- Habermas, Jürgen*, Zur Legitimation durch Menschenrechte, in: Hubig, Christoph (Hrsg.), *Cognitio humana – Dynamik des Wissens und der Werte*, Berlin/Boston 1997, 188–196.
- , Die postnationale Konstellation und die Zukunft der Demokratie, in: *Die postnationale Konstellation: Politische Essays*, 6. Auflage, Berlin 1998.
- , *Zur Verfassung Europas – Ein Essay*, 5. Auflage, Berlin 2011.
- , *Der Demos der Demokratie – eine Replik*, Leviathan 2015, 145–154.
- , Faktizität und Geltung: Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats, 7. Auflage, Berlin 2019.
- , Volkssouveränität als Verfahren, MERKUR 2989, 465–477.
- Hailbronner, Michaela*, We the Experts: Die geschlossene Gesellschaft der Verfassungsinterpreten, Der Staat 2014, 425–443.
- Hall, Jerome*, *General Principles of Criminal Law*, Indianapolis 1947.
- Halter, Ulrich*, Integration durch Recht, in: Bieling, Hans-Jürgen/Lerch, Marika (Hrsg.), *Theorien der Europäischen Integration*, Wiesbaden 2005, 399–423.
- , *Europarecht: Dogmatik im Kontext (Band I: Entwicklung, Institutionen, Prozesse)*, 3. Auflage, Tübingen 2017.
- Hamann, Andreas*, *Grundgesetz und Strafgesetzgebung*, Berlin 1963.
- Hanschmann, Felix*, Geschichtsbezogene Strafrechtsvorschriften als Herausforderung der Meinungsfreiheit, Kritische Justiz 2013, 307–324.
- Harding, Christopher/Öberg, Jacob*, The Journey of EU Criminal Law on the Ship of Fools. What are the Implications for Supranational Governance of EU Criminal Justice Agencies, Maastricht Journal of European and Comparative Law 2021, 192–211.
- Harel, Alon*, The Duty to Criminalise, Law and Philosophy 2015, 1–22.
- Harris, David John/O'Boyle, Michael/Bates, Ed/Buckley, Carla*, *Law of the European Convention on Human Rights*, 3. Auflage, Oxford 2014.
- Hart, H. L. A.*, The Presidential Address: Prolegomenon to the Principles of Punishment, Proceedings of the Aristotelian Society 1959, 1–26.
- , *Law, Liberty, and Morality*, Stanford 1963.
- Hart, Henry M.*, The Aims of the Criminal Law, Law and Contemporary Problems 1958, 401–441.
- Härter, Karl*, Die Entwicklung des Strafrechts in Mitteleuropa 1770–1848: Defensive Modernisierung, Kontinuitäten und Wandel der Rahmenbedingungen, in: Habermas, Rebekka/Schwerhoff, Gerd (Hrsg.), *Verbrechen im Blick*, Frankfurt am Main 2009, 71–108.
- Hassemer, Winfried*, „Corpus Juris“: Auf dem Weg zu einem europäischen Strafrecht?, KritV 1999, 133–140.
- , Vielfalt und Wandel eines interkulturellen Strafrechts, in: Höffe, Otfried (Hrsg.), *Gibt es ein interkulturelles Strafrecht?*, Frankfurt am Main 1999, 157–180.
- , Dogmatik zwischen Wissenschaft und richterlicher Pragmatik, in: Kirchhof, Gregor/Magen, Stefan/Schneider, Karsten (Hrsg.), *Was weiß Dogmatik?*, Tübingen 2012, 3–15.
- Hauck, Pierre*, § 11 Europarechtliche Vorgaben für das nationale Strafverfahren, in: Böse, Martin (Hrsg.), *Europäisches Strafrecht (EnzEuR XI)*, 2. Auflage, Baden-Baden 2020.
- Hauer, Judith*, Ein Gesamtkonzept für europäische Strafrechtspflege. Bericht über die internationale Tagung in Thessaloniki, Mai 2006, ZStW 2008, 196–203.
- Hecker, Bernd*, Strafbare Produktwerbung im Lichte des Gemeinschaftsrechts: Europäisierung des deutschen Täuschungsschutzstrafrechts am Beispiel des Lebensmittel-, Wettbewerbs- und Betrugsstrafrechts, Tübingen 2001.

- , Europäisches Strafrecht post-Lissabon, in: Ambos, Kai (Hrsg.), Europäisches Strafrecht post-Lissabon, Göttingen 2011, 13–28.
- , Die rechtlichen Möglichkeiten der EU zur Lösung von Kompetenzkonflikten. Conflicts of jurisdiction in cross-border crime situations, in: Sinn, Arndt (Hrsg.), Jurisdiktionskonflikte bei grenzüberschreitender Kriminalität, Osnabrück 2012, 85–102.
- , Schließt Art. 54 SDÜ die Strafverfolgung in einem anderen Vertragsstaat aus, wenn die Verfahrenserledigung im Aburteilungsstaat nur eine beschränkte materielle Rechtskraft entfaltet?, in: Bockemühl, Jan (Hrsg.), Festschrift für Bernd von Heintschel-Heinegg zum 70. Geburtstag, München 2015, 175–188.
- , Europäisches Strafrecht, 6. Auflage, Berlin 2021.
- Hefendehl, Roland*, Zur Frage der Legitimität europarechtlicher Straftatbestände, in: Schönemann, Bernd (Hrsg.), Alternativentwurf europäische Strafverfolgung, Köln 2004, 82–100.
- , Europäisches Strafrecht: bis wohin und nicht weiter?, in: Schönemann, Bernd (Hrsg.), Ein Gesamtkonzept für die europäische Strafrechtspflege (A programme for European Criminal Justice), Köln 2006, 204–221.
- , Mit langem Atem: Der Begriff des Rechtsguts. Oder: Was seit dem Erscheinen des Sammelbandes über die Rechtsgutstheorie geschah, GA 2007, 1–14.
- Hefendehl, Roland/von Hirsch, Andrew/Wohlers, Wolfgang* (Hrsg.), Die Rechtsgutstheorie: Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel?, Baden-Baden 2003.
- Heger, Martin*, Anmerkung, JZ 2006, 310–313.
- , Der europäische Haftbefehl: Zur Umsetzung europäischer Vorgaben in Deutschland, ZIS 2007, 221–225.
- , Europäische Beweissicherung – Perspektiven der strafrechtlichen Zusammenarbeit in Europa, ZIS 2007, 547–556.
- , Die Auswirkungen des europäischen Doppelbestrafungsverbots auf die deutsche Strafrechtsprechung, HRRS 2008, 413–418.
- , Die Europäisierung des deutschen Umweltstrafrechts, Tübingen 2009.
- , Perspektiven des Europäischen Strafrechts nach dem Vertrag von Lissabon, ZIS 2009, 406–417.
- , Das europäische Doppelbestrafungsverbot aus Art. 50 GRC, in: Esser, Robert/Jäger, Christian/Günther, Hans-Ludwig/Mylonopoulos, Christos/Öztürk, Bahri (Hrsg.), Festschrift für Hans-Heiner Kühne zum 70. Geburtstag, Heidelberg 2013, 565–578.
- , Ein Ende der Entkriminalisierung – Die Strafgesetze zur Bekämpfung des Terrorismus seit Ende der 1970er Jahre, in: Petzsche, Anneke/Heger, Martin/Metzler, Gabriele (Hrsg.), Terrorismusbekämpfung in Europa im Spannungsfeld zwischen Freiheit und Sicherheit. Historische Erfahrungen und aktuelle Herausforderungen, Baden-Baden 2019, 47–63.
- , § 5 Einwirkung des Europarechts auf das nationale Strafrecht, in: Böse, Martin (Hrsg.), Europäisches Strafrecht (EnzEuR XI), 2. Auflage, Baden-Baden 2020.
- , § 18 Recht auf Freiheit und Sicherheit, in: Heselhaus, Sebastian/Nowak, Carsten (Hrsg.), Handbuch der Europäischen Grundrechte, 2. Auflage, München 2020.
- , Die Europäische Union als Binnenraum der Sicherheit im Spannungsfeld zwischen (Grund-)Freiheiten der Unionsbürger und deren (Grund-)Recht auf Sicherheit, Integration 2022, 188–201.
- , Grenzüberschreitungen – Anmerkungen zu den Tatbestandsvorgaben im Vorschlag der EU-Kommission für eine Richtlinie zur Bekämpfung von Gewalt gegen Frauen und häuslicher Gewalt, KriPoZ 2022, 273–282.



- Heger, Martin/Huthmann, Lukas*, „Grundrechtsvielfalt“ in Europa: Wegmarken hin zu einem europäisierten deutschen Strafverfassungsrecht?, *ZStW* 2021, 777–818.
- Heinrich, Bernd*, Zum heutigen Zustand der Kriminalpolitik in Deutschland, *KriPoZ* 2017, 4–20.
- Henderson, Errol A./Tucker, Richard*, Clear and Present Strangers: The Clash of Civilizations and International Conflict, *International Studies Quarterly* 2001, 317–338.
- Henderson, Lynne N*, The Wrongs of Victim's Rights, *Stanford Law Review* 1985, 938–1021.
- Henne, Thomas*, Die Prägung des Juristen durch die Kommentarliteratur. Zu Form und Methode einer juristischen Diskursmethode, *Betrifft Justiz* 2006, 352–356.
- Herlin-Karnell, Ester*, Commission v. Council: Some Reflections on Criminal Law in the First Pillar, *European Public Law* 2007, 69–84.
- , The Treaty of Lisbon and the Criminal Law: Anything New under the Sun, *European Journal of Law Reform* 2008, 321–338.
- , The Constitutional Dimension of European Criminal Law, Oxford/Portland, Oregon 2012.
- , Constitutional Principles in the Area of Freedom, Security and Justice, in: Arcarazo, Diego Acosta/Murphy, Cian C. (Hrsg.), *EU Security and Justice Law: After Lisbon and Stockholm*, London 2014, 38–53.
- , The Domination of Security and the Promise of Justice: On Justification and Proportionality in Europe's „Area of Freedom, Security and Justice“, *Transnational Legal Theory* 2017, 79.
- , The Constitutional Structure of Europe's Area of ‚Freedom, Security and Justice‘ and the Right to Justification, London 2019.
- , The Power of Comparative Constitutional Law Reasoning in European Criminal Law Procedure, *Vienna Journal on International Constitutional Law* 2019, 1–27.
- , The Concepts of Non-Domination and Justification in EU security-related context, in: Herlin-Karnell, Ester/Klatt, Matthias (Hrsg.), *Constitutionalism Justified*, Oxford 2019, 265–294.
- , Europe's Area of Freedom, Security and Justice Through the Prism of Constitutionalism: Why the EU Needs a Grammar of Justice to Improve its Legitimacy, *WZB Discussion Paper*, No. SP IV-801, Wissenschaftszentrum Berlin für Sozialforschung.
- Hernandez Weiss, Alba*, Gegenseitige Anerkennung als „Joker“ bei transnationalen Ermittlungen? Einige Überlegungen zu dem Rechtsstreit Berliner Gerichte im Fall „EncroChat“, *ZfIStw* 2022, 427–438.
- Hesse, Konrad*, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Heidelberg 1982.
- Hilgendorf, Eric*, Was heißt „normativ“? Zu einigen Bedeutungsnuancen einer Modevokabel, in: Mahlmann, Matthias (Hrsg.), *Gesellschaft und Gerechtigkeit. Festschrift für Hubert Rottleuthner*, Baden-Baden 2011, 45–61.
- Hillgruber, Christian*, Anmerkung, *JZ* 2005, 841–844.
- Hilson, Chris*, Rights and Principles in EU Law: A Distinction without Foundation?, *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 2008, 193–215.
- Hinarejos, Alicia/Spencer, J.R./Peers, Steve*, Opting out of EU Criminal law: What is actually involved?, *CELS Working Paper*, 1–79.
- Hirsch, Burkhard*, Bemerkungen zum Schutz der Grundrechte im „Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts“ der Europäischen Gemeinschaft, *KritV* 2006, 307–324.
- Hix, Simon*, *The Political System of the European Union*, New York 1999.

- Hoffmann, Lord*, The universality of human rights, Judicial Studies Board Annual Lecture 2009.
- Hofstede, Geert*, Cultures and Organizations: Software of the Mind, London/New York 1991.
- , Dimensionalizing cultures: The Hofstede model in context, Online readings in psychology and culture 2011, 3–26.
- Horder, Jeremy*, Ashworths's Principles of Criminal Law, 10. Auflage, Oxford 2022.
- Höreth, Marcus*, Die Selbstautorisierung des Agenten: Der Europäische Gerichtshof im Vergleich zum U.S. Supreme Court, Baden-Baden 2008.
- Hörnle, Tatjana*, Grob anstößiges Verhalten. Strafrechtlicher Schutz von Moral, Gefühlen und Tabus, Frankfurt am Main 2004.
- , Unterschiede zwischen Strafverfahrensordnungen und ihre kulturellen Hintergründe, ZStW 2006, 801–838.
- , Kultur, Religion, Strafrecht – Neue Herausforderungen in einer pluralistischen Gesellschaft. Gutachten zum 70. Deutschen Juristentag, München 2014.
- , Plädoyer für eine transnationale Strafrechtswissenschaft, in: Tiedemann, Klaus/Sieber, Ulrich/Satzger, Helmut/Burchard, Christoph/Brodowski, Dominik (Hrsg.), Die Verfassung moderner Strafrechtspflege – Erinnerung an Joachim Vogel, Baden-Baden 2016, 289–306.
- , Straftheorien, 2. Auflage, Tübingen 2017.
- , Der niederländische Hoge Raad und das BVerfG zu Fragen der Sterbehilfe: Die Abgrenzung von Selbstbestimmung und Fremdbestimmung im Einzelfall und als Leitlinie für die Rechtspolitik, JZ 2020, 872–879.
- , Trends in angloamerikanischen Debatten zu Straftheorien, GA 2023, 1–17.
- Huber, Barbara* (Hrsg.), Das Corpus Juris als Grundlage eines Europäischen Strafrechts: europäisches Kolloquium Trier, 4.–6. März 1999, Freiburg 2000.
- Huntington, Samuel P.*, The Clash of Civilizations and the Remaking of World Order, New York 1996.
- , Kampf der Kulturen: Die Neugestaltung der Weltpolitik im 21. Jahrhundert, München 2015.
- Hüttemann, Suzan Denise*, Principles and Perspectives of European Criminal Procedure, Florenz 2012.
- , § 13 Grundlagen der Zusammenarbeit, in: Böse, Martin (Hrsg.), Europäisches Strafrecht (EnzEuR XI), 2. Auflage, Baden-Baden 2020.
- , § 42 Strukturen und Perspektiven der strafjustiziellen Zusammenarbeit in Europa, in: Leible, Stefan/Terhechte, Jörg-Philipp (Hrsg.), Europäisches Rechtsschutz- und Verfahrensrecht (EnzEuR III), 2. Auflage, Baden-Baden 2021.
- Huysmans, Jef*, A Foucaultian view on spill-over: freedom and security in the EU, J Int Relat Dev 2004, 294–318.
- Ingold, Tim*, The Art of Translation in a Continuous World, in: Pálsson, Gísli (Hrsg.), Beyond Boundaries: Understanding, Translation and Anthropological Discourse, Oxford 1993, 210–230.
- Innerarity, Daniel*, Democracy in Europe A Political Philosophy of the EU, London 2018.
- Ipsen, Hans-Peter*, Die Verfassungsrolle des Europäischen Gerichtshofs für die Integration, in: Schwarze, Jürgen (Hrsg.), Der Europäische Gerichtshof als Verfassungsgericht und Rechtsschutzinstanz, Baden-Baden 1983, 29–47.
- , Zum Parlaments-Entwurf einer Europäischen Union, Der Staat 1985, 325–349.
- Isensee, Josef*, Das Grundrecht auf Sicherheit: Zu den Schutzpflichten des freiheitlichen Verfassungsstaates, Berlin 1983.

- Jackson, Jonathan/Bradford, Ben/Hough, Mike/Myhill, Andy/Quinton, Paul/Tyler, Tom R.*, Why do people comply with the law? Legitimacy and the influence of legal institutions, *British Journal of Criminology* 2012, 1051–1071.
- Jacobs, Francis G.*, Citizenship of the European Union – A Legal Analyses, *ELJ* 1997, 591–610.
- Jahn, Matthias*, Strafprozessrecht als geronnenes Verfassungsrecht – Hauptprobleme und Streitfragen, *JuS* 2005, 1057–1062.
- , Strafverfassungsrecht: Das Grundgesetz als Herausforderung für die Dogmatik des Straf- und Strafverfahrensrechts, in: Tiedemann, Klaus/Sieber, Ulrich/Satzger, Helmut/Burchard, Christoph/Brodowski, Dominik (Hrsg.), *Die Verfassung moderner Strafrechtspflege – Erinnerung an Joachim Vogel*, Baden-Baden 2016, 63–86.
- Jahn, Matthias/Brodowski, Dominik*, Krise und Neuaufbau eines strafverfassungsrechtlichen Ultima Ratio-Prinzips, *JZ* 2016, 969–980.
- , Das Ultima Ratio-Prinzip als strafverfassungsrechtliche Vorgabe zur Frage der Entbehrlichkeit von Straftatbeständen, *ZStW* 2017, 363–381.
- Jähnke, Burkhard/Schramm, Edward*, *Europäisches Strafrecht*, Berlin/Boston 2017.
- Janssens, Christine*, Case C-303/05, *Advocaten voor de Wereld Vzw v. Leden van de Ministerraad*, *The Columbia Journal of European Law* 2007, 169–187.
- Janssens, Christine*, *The Principle of Mutual Recognition in EU Law*, Oxford 2013.
- Jensen, Thomas*, *The Democratic Deficit of the European Union*, *Living Reviews in Democracy* 2009, 1–8.
- Jescheck, Hans-Heinrich*, *Das Strafrecht der Europäischen Verteidigungsgemeinschaft*, *ZStW* 1953, 113–131.
- Jestaedt, Matthias*, Der Europäische Verfassungsverbund: Verfassungstheoretischer Charme und rechtstheoretische Insuffizienz einer Unschärferelation, in: Krause, Rüdiger/Veelken, Winfried/Viewig, Klaus (Hrsg.), *Recht der Wirtschaft und der Arbeit in Europa. Gedächtnisschrift für W. Blomeyer*, Berlin 2004, 637–674.
- , Der Europäische Verfassungsverbund: Verfassungstheoretischer Charme und rethstheoretische Insuffizienz einer Unschärferelation, in: Calliess, Christian (Hrsg.), *Verfassungswandel im europäischen Staaten- und Verfassungsverbund. Göttinger Gespräche zum deutschen und europäischen Verfassungsrecht*, Tübingen 2007, 93–127.
- , *Die Verfassung hinter der Verfassung. Eine Standortbestimmung der Verfassungstheorie*, Paderborn 2009.
- , *Wissenschaftliches Recht*, in: Kirchhof, Gregor/Magen/Schneider, Karsten (Hrsg.), *Was Weiß Dogmatik?*, Tübingen 2012, 117–137.
- , *Rechtswissenschaft als normative Disziplin*, in: Hilgendorf, Eric/Joerden, Jan C. (Hrsg.), *Handbuch Rechtsphilosophie*, Stuttgart 2017, 254–262.
- Jishkariani, Bachana*, *Die Bedeutung des Europäischen Strafrechts und sein Einfluss in Georgien*, Baden-Baden 2013.
- Jung, Heike*, Strafverteidigung in Europa, *StV* 1990, 509–517.
- , Konturen und Perspektiven des europäischen Strafrechts, *JuS* 2000, 417–424.
- , *Literaturbericht: Europäisches Strafrecht (Teil III)*, *ZStW* 2010, 409–428.
- Kahn, Paul W.*, *The Cultural Study of Law*, Chicago/London 1999.
- Kaiafa-Gbandi, Maria*, Europäisches Strafrecht – Die Perspektive des Grundrechtsschutzes nach dem Verfassungsentwurf für Europa, *KritV* 2004, 3–23.
- Kant, Immanuel*, *Über Pädagogik*, Königsberg 1803.
- Kaspar, Johannes*, *Verhältnismäßigkeit und Grundrechtsschutz im Präventionsstrafrecht*, Baden-Baden 2014.

- Kästle-Lamparter, David*, Welt der Kommentare. Struktur, Funktion und Stellenwert juristischer Kommentare in Geschichte und Gegenwart, Tübingen 2016.
- Kaunert, Christian*, „Without the Power of Purse or Sword“: The European Arrest Warrant and the Role of the Commission, *Journal of European Integration* 2007, 387–404.
- Keller, Helen/Sweet, Alec Stone* (Hrsg.), *A Europe of Rights: The Impact of the ECHR on National Legal Systems*, Oxford 2008.
- Kietz, Daniel/Maurer, Andreas*, Der Vertrag von Prüm: Vertiefungs- und Fragmentierungstendenzen in der Justiz- und Innenpolitik der EU, *Integration* 2006, 201–212.
- Kingreen, Thorsten*, Ne bis in idem: Zum Gerichtswettbewerb um die Deutungshoheit über die Grundrechte, *Europarecht* 2013, 446–513.
- , Art. 6 EUV, in: Calliess, Christian/Ruffert, Matthias (Hrsg.), *EUV/AEUV*, 6. Auflage, München 2022.
- Kirchhof, Gregor/Magen, Stefan/Schneider, Karsten* (Hrsg.), *Was weiß Dogmatik? Was leistet und wie steuert die Dogmatik des Öffentlichen Rechts?*, Tübingen 2012.
- Kirchhof, Paul*, Demokratie ohne parlamentarische Gesetzgebung, *NJW* 2001, 1332–1134.
- Klip, André*, The Constitution for Europe and Criminal Law: A Step not far Enough, *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 2005, 115–123.
- , *European Criminal Law. An Integrative Approach*, 4. Auflage, Cambridge/Antwerp/Portland 2021.
- Kloska, Ewa*, *Das Prinzip der gegenseitigen Anerkennung im Europäischen Strafrecht*, Baden-Baden 2016.
- Kluth, Winfried*, Art. 14 EUV, in: Calliess, Christian/Ruffert, Matthias (Hrsg.), *EUV/AEUV*, 6. Auflage, München 2022.
- , Art. 20 AEUV, in: Calliess, Christian/Ruffert, Matthias (Hrsg.), *EUV/AEUV*, 6. Auflage, München 2022.
- Kohl, Philipp*, Der Kulturbegriff, in: Kohl, Philipp (Hrsg.), *Aufwertung und Identität im transkulturellen Raum: Divergierende Rezeptionen zweier Mannheimer Stadtquartiere*, Wiesbaden 2013, 19–32.
- Kokott, Juliane B.*, European Community Case Note, *ASIL* 1992, 367–370.
- Komárek, Jan*, European constitutionalism and the European arrest warrant: In search of the limits of contrapunctual principles, *Common Market L. Rev.* 2007, 9–40.
- Kopowski, Karina*, Grenzen der gegenseitigen Anerkennung bei der Vollstreckung eines Europäischen Haftbefehls, Baden-Baden 2020.
- Krausbeck, Matthias*, Konfrontative Zeugenbefragung. Vorgaben des Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK für das deutsche Strafverfahren, Tübingen 2010.
- Kreicker, Helmut*, Art. 7 EMRK und die Gewalttaten an der deutsch-deutschen Grenze. Zu den Urteilen des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte, Baden-Baden 2002.
- Kubiciel, Michael*, Das „Lissabon“-Urteil und seine Folgen für das Europäische Strafrecht, *GA* 2010, 99–114.
- , Kriminalpolitik und Strafrechtswissenschaft, in: Zabel, Benno (Hrsg.), *Strafrechtspolitik: Über den Zusammenhang von Strafgesetzgebung, Strafrechtswissenschaft und Strafgerechtigkeit*, Baden-Baden 2018, 99–132.
- Kugelman, Dieter*, § 17 Europäische Polizeiliche Kooperation, in: Böse, Martin (Hrsg.), *Europäisches Strafrecht (EnzEuR XI)*, 2. Auflage, Baden-Baden 2020.
- Kühl, Kristian*, Europäisierung der Strafrechtswissenschaft, *ZStW* 1997, 778–807.
- Kuhlen, Lothar*, *Die verfassungskonforme Auslegung von Strafgesetzen*, Heidelberg 2006.

- Kühne, Hans-Heiner*, Grundrechtsschutz in einem grenzenlosen europäischen Strafrecht, in: Kreuzer, Karl/Scheuing, Dieter/Sieber, Ulrich (Hrsg.), Europäischer Grundrechtsschutz, Baden-Baden 1998, 55–72.
- Kullak, Elena Marie*, Vertrauen in Europa. Entwicklung und Funktion als Verfassungsgrundsatz des Unionsrechts, Tübingen 2020.
- Kunz, Raffaella*, § 2 Die Wirkungen der Sachentscheidungen des EGMR, in: Richter über internationale Gerichte, Berlin, Heidelberg 2020, 27–51.
- Ladenburg, Clemens*, Police and Criminal Law in the Treaty of Lisbon, *European Constitutional Law Review* 2008, 20–40.
- Lagodny, Otto*, Die Rechtsstellung des Auszuliefernden in der Bundesrepublik Deutschland, Freiburg 1987.
- , Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte: die Ermächtigung zum strafrechtlichen Vorwurf im Lichte der Grundrechtsdogmatik dargestellt am Beispiel der Vorfeldkriminalisierung, Tübingen 1996.
- , § 31 Traditionelles Auslieferungs- und Rechtshilferecht (horizontale Rechtshilfe), in: Sieber, Ulrich/Satzger, Helmut/von Heintschel-Heinegg, Bernd (Hrsg.), Europäisches Strafrecht, 2. Auflage, Baden-Baden 2014.
- Langer, Máximo*, The Long Shadow of the Adversarial and Inquisitorial Categories, in: Dubber, Markus D./Hörnle, Tatjana (Hrsg.), *The Oxford Handbook of Criminal Law*, Oxford 2014, 887–912.
- Leaf, Marisa/Alegre, Susie*, Mutual Recognition in European Judicial Cooperation: A Step Too Far Too Soon? Case Study – the European Arrest Warrant, *European Law Journal* 2004, 200–217.
- Legg, Andrew*, The Margin of Appreciation in International Human Rights Law Deference and Proportionality, Oxford 2012.
- Lenaerts, Koen*, Constitutionalism and the Many Faces of Federalism, *The American Journal of Comparative Law* 1990, 205–263.
- , Some Reflections on the Separation of Powers in the European Community, *Common Market L. Rev.* 1991, 11–35.
- , Case 294/83, Parti écologiste ‚Les Verts‘ v European Parliament – The Basic Constitutional Charter of a Community Based on the Rule of Law, in: Maduro, Miguel Poiares/Azoulai, Loïc (Hrsg.), *The Past and Future of EU Law: The classics of EU Law Revisited on the 50th anniversary of the Rome Treaty*, Oxford 2010.
- Lenaerts, Koen/van Nuffel, Piet*, *EU Constitutional Law*, Oxford 2022.
- Lenaerts, Koen/Verhoeven, Amaryllis*, Institutional Balance as a Guarantee for Democracy in EU Governance, in: Joerges, Christian/Dehousse (Hrsg.), *Renaud, Good Governance in Europe’s Integrated Market*, Oxford 2002, 35–88.
- Lennartz, Jannis*, *Dogmatik als Methode*, Tübingen 2017.
- Lepsius, Oliver*, Die maßstabsetzende Gewalt, in: *Das entgrenzte Gericht: Eine kritische Bilanz nach sechzig Jahren Bundesverfassungsgericht*, Berlin 2011, 159–279.
- , Kritik der Dogmatik, in: Kirchhof, Gregor/Magen, Stefan/Schneider, Karsten (Hrsg.), *Was weiß Dogmatik?*, Tübingen 2012, 40–62.
- Letsas, George*, The ECHR as a living instrument: its meaning and legitimacy, in: Føllesdal, Andreas/Peters, Birgit/Ulfstein, Geir (Hrsg.), *Constituting Europe: The European Court of Human Rights in a National, European and Global Context*, Cambridge 2013, 106–141.
- Ligety, Katalin* (Hrsg.), *Toward a Prosecutor for the European Union, Volume 1: A comparative Analysis*, Oxford/Portland, Oregon 2013.

- Löber, Jan*, Die Ablehnung der Vollstreckung des Europäischen Haftbefehls, Baden-Baden 2017.
- Lock, Tobias*, Walking on a Tightrope: The Draft ECHR Accession Agreement and the Autonomy of the EU Legal Order, *Common Market L. Rev.* 2011, 1025–1054.
- , Rights and principles in the EU Charter of Fundamental Rights, *Common Market L. Rev.* 2019, 1201–1226.
- Lüderssen, Klaus*, Europäisierung des Strafrechts und gubernative Rechtsetzung, *GA* 2003, 71–84.
- Luhmann, Niklas*, Die Politik der Gesellschaft, 5. Auflage, Berlin 2019.
- Luther, Jörg*, Das Gesetz als Mittel zur Prozessverschleppung, die Politisierung der italienischen Justiz und die Grenzen europäischer Rechtsstaatlichkeit, *EuGRZ* 2005, 350–357.
- Mahoney, Paul*, Judicial Activism and Judicial Self-Restraint in the European Court of Human Rights: Two Sides of the Same Coin, *Human Rights Law Journal*, 57–89.
- Majone, Giandomenico*, *Regulating Europe*, London/New York 1996.
- , Europe's 'Democratic Deficit': The Question of Standards, *European Law Journal* 2002, 5–28.
- Makaruk, Ewa M. Guzik*, „Ne bis in idem“, Europäischer Haftbefehl und der Verfassungsentwurf für Europa aus polnischer Sicht, *ZStW* 2004, 372–375.
- Mancini, G. Federico*, The Making of a Constitution for Europe, *Common Market L. Rev.* 1989, 595–614.
- Manes, Vittorio*, I recenti tracciati della giurisprudenza costituzionale in materia di offensività e ragionevolezza, *Diritto penale contemporaneo* 2012, 99–110.
- Mankowski, Peter*, Rechtskultur: Eine rechtsvergleichend-anekdotische Annäherung an einen schwierigen und vielgesichtigen Begriff, *JZ* 2009, 321–331.
- , *Rechtskultur*, Tübingen 2016.
- Mann, Thomas*, *Betrachtungen eines Unpolitischen*, Berlin 1922.
- Maugeri, Anna Maria*, Fundamental Rights in the European Legal Order, Both as a Limit on Punitive Power and as a Source of Positive Obligations to Criminalise, *New Journal of European Criminal Law* 2013, 374–408.
- Mayer, Franz C.*, Europa als Rechtsgemeinschaft, in: Schuppert, Gunnar Folke/Pernice, Ingolf/Halter, Ulrich (Hrsg.), *Europawissenschaft*, Baden-Baden 2005, 429–287.
- Mayer, Franz C./Wendel, Mattias*, Multilevel Constitutionalism and Constitutionalism Pluralism, in: Avbelj, Matej/Komárek, Jan (Hrsg.), *Constitutional Pluralism in the European Union and Beyond*, Oxford/Portland, Oregon 2012, 127–152.
- McGoldrick, Dominic*, A Defence of the Margin of Appreciation and an Argument for its Application by the Human Rights Committee, *International and Comparative Law Quarterly* 2016, 21–60.
- Meško, Gorazd/Tankebe, Justice* (Hrsg.), *Trust and Legitimacy in Criminal Justice*, Heidelberg/New York/Dordrecht/London 2015.
- Meyer, Frank*, Die Lissabon-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts und das Strafrecht, *NStZ* 2009, 657–663.
- , Demokratieprinzip und Europäisches Strafrecht – Zu den Anforderungen des Demokratieprinzips an Strafrechtsetzung im Mehrebenensystem der Europäischen Union, Baden-Baden 2009.
- , Demokratieprinzip und Europäisches Strafrecht, Baden-Baden 2009.
- , Strafrechtsgenese in Internationalen Organisationen – Eine Untersuchung der Strukturen und Legitimationsvoraussetzungen strafrechtlicher Normbildungsprozesse in Mehrebenensystemen, Baden-Baden 2012.

- , Anmerkung zu EuGH (GK), Urteil v. 5.12.2017 – C-42/17, M.A.S. u. M.B., JZ 2018, 304–308.
- , § 26 Demokratische Kontrolle, in: Böse, Martin (Hrsg.), Europäisches Strafrecht (EnzEuR XI), 2. Auflage, Baden-Baden 2020.
- Meyer, Frank/Wohlers, Wolfgang*, Tatprovokation quo vadis – zur Verbindlichkeit der Rechtsprechung des EGMR (auch) für das deutsche Strafprozessrecht, JZ 2015, 761–770.
- Miettinen, Samuli*, Criminal Law and Policy in the European Union, London/New York 2013.
- Militello, Vincenzo*, Der Alternativ-Entwurf Europäische Strafverfolgung: ein Januskopf, ZStW 2004, 436–444.
- Mitsilegas, Valsamis*, The Constitutional Implications of Mutual Recognition in Criminal Matters in the EU, Common Market L. Rev. 2006, 1277–1311.
- , Trust-building Measures in the European Judicial Area in Criminal Matters: Issues of Competence, Legitimacy and Inter-institutional Balance, in: Bolzacq, Thierry/Carrera, Sergio (Hrsg.), Security Versus Freedom? A Challenge for Europe's Future, London/New York 2006.
- , The Transformation of Criminal Law in the „Area of Freedom, Security and Justice“, Yearbook of European Law 2007, 1–32.
- , EU Criminal Law, Oxford 2009.
- , The Limits of Mutual Trust in Europe's Area of Freedom, Security and Justice: From Automatic Inter-State Cooperation to the Slow Emergence of the Individual, Yearbook of European Law 2012, 319–372.
- , The Symbiotic Relationship between Mutual Trust and Fundamental Rights in Europe's Area of Criminal Justice, New Journal of European Criminal Law 2015, 457–480.
- , Conceptualising Mutual Trust in European Criminal Law. The Evolving Relationship Between Legal Pluralism and Rights-Based Justice in the European Union, in: Gerard, Damien/Brouwer, Evelien (Hrsg.), Mapping Mutual Trust: Understanding and Framing the Role of Mutual Trust in EU Law, San Domenico di Fiesole 2016, 23–36.
- , EU Criminal Law after Lisbon: Rights, Trust and the Transformation of Justice in Europe, Oxford 2016.
- , Legislating for Human Rights After Lisbon: The Transformative Effect of EU Measures on the Rights of the Individual in Criminal Procedure, in: Fletcher, Maria/Herlin-Karnell, Ester (Hrsg.), The European Union as an Area of Freedom, Security and Justice, London/New York 2016, 201–214.
- , EU Criminal Law after Lisbon: Rights, Trust and the Transformation of Justice in Europe, Oxford/London/New York/New Delhi/Sydney 2018.
- , European prosecution between cooperation and integration: The European Public Prosecutor's Office and the rule of law, Maastricht Journal of European and Comparative Law 2021, 245–264.
- Mitsilegas, Valsamis/Giuffrida, Fabio*, Raising the bar? Thoughts on the establishment of the European Public Prosecutor's Office, CEPS Policy Insight No. 2017/39 2017.
- Mitsilegas, Valsamis/Martino, Alberto dil Mancano, Leandro* (Hrsg.), The Court of Justice and European Criminal Law: Leading Cases in a Contextual Analysis, Oxford 2019.
- Mitsilegas, Valsamis/Monar, Jörg/Rees, Wyn*, The European Union and Internal Security: Guardian of the People?, Basingstoke 2003.
- Moccia, Sergio*, L'involuzione del diritto penale in materia economia e le fattispecie incriminatrici del Corpus Juris europeo, in: Bartone, Nicola (Hrsg.), Diritto penale europeo, Padua 2001, 34–56.

- Möllers, Christoph*, Gewaltengliederung – Legitimation und Dogmatik im nationalen und internationalen Rechtsvergleich, Tübingen 2005.
- , Demokratie – Zumutungen und Versprechen, Berlin 2008.
  - , Verfassungsgebende Gewalt – Verfassung – Konstitutionalisierung, in: von Bogdandy, Armin/Bast, Jürgen (Hrsg.), Europäisches Verfassungsrecht: Theoretische und dogmatische Grundzüge, 2. Auflage, Heidelberg 2009, 227–277.
  - , Die Möglichkeit der Normen: über eine Praxis jenseits von Moralität und Kausalität, Berlin 2015.
  - , § 2 Methoden, in: Voßkuhle, Andreas/Eifert, Martin/Möllers, Christoph (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts (Band I), 3. Auflage, München 2022.
- Monar, Jörg*, Die Entwicklung des „Raumes der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts“: Perspektiven nach dem Vertrag von Amsterdam und dem Europäischen Rat vom Tampere, Integration 2000, 18–33.
- , The Dynamics of Justice and Home Affairs: Laboratories, Driving Factors and Costs, Journal of Common Market Studies 2001, 747–764.
  - , The Problems of Balance in EU Justice and Home Affairs and the Impact of 11 September, in: Anderson, Malcom/Agap, Johanna (Hrsg.), Police and Justice Co-operation and the New European Borders, The Hague 2002, 165–182.
  - , Die Vertragsreformen von Lissabon in den Bereichen Inneres und Justiz: verstärkte Handlungsfähigkeit, Kontrolle und Differenzierung, Integration 2008, 379–398.
  - , Der Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts, in: von Bogdandy, Armin/Bast, Jürgen (Hrsg.), Europäisches Verfassungsrecht: Theoretische und dogmatische Grundzüge, 2. Auflage, Heidelberg 2009, 749–797.
  - , The ‘Area of Freedom, Security and Justice’: ‘Schengen’ Europe, Opt-outs, Opt-ins and Associates, in: Dyson, Kenneth/Sepos, Angelos (Hrsg.), Which Europe? The Politics of Differentiated Integration, London 2010, 279–292.
- Monroy, Matthias*, Kritik am „Stockholm Programm“, Telepolis 2009
- Moore, Sarah*, Quantitative Restrictions and Measures having Equivalent Effect – Revisiting the limits of Article 30 EEC, European Law Review 1994, 195–201.
- Moravcsik, Andrew*, Why the European Union Strengthens the State: Domestic Politics and International Cooperation, Center for European Studies, Working Paper Series No. 52, Harvard University 1994.
- , In Defence of the „Democratic Deficit“: Reassessing Legitimacy in the European Union, Journal of Common Market Studies 2002, 603–624.
  - , Is There a ‘Democratic Deficit’ in World Politics? A Framework for Analysis, Government and Opposition 2004, 336–363.
- Mörtl, Markus*, Preconditions and Limits of Mutual recognition, Common Market L. Rev. 2010, 405–436.
- Mowbray, Alastair*, The Creativity of the European Court of Human Rights, Human Rights Law Review 2005, 57–79.
- Muir, Elise*, EU Equality Law: The First Fundamental Rights Policy of the EU, Oxford 2018.
- Muñoz Conde, Francisco*, Protección de los derechos fundamentales en el Código Penal, in: Antón, Tomás Salvador Vives/Samaniego, José Luis Manzanares (Hrsg.), Estudios sobre el Código Penal de 1995 (Parte General), Madrid 1996, 435–456.
- Murphy, Cian C.*, The Principle of Legality in Criminal Law Under the ECHR, European Human Rights Law Review 2010, 192–210.
- Murschetz, Verena*, Auslieferung und Europäischer Haftbefehl: Kontinentaleuropäische und anglo-amerikanische materielle Prinzipien des Auslieferungsrechts im Vergleich



- zum Europäischen Haftbefehl und dessen Umsetzung in Österreich, Wien/New York 2007.
- Murswiek, Dietrich*, Maastricht und der Pouvoir Constituant. Zur Bedeutung der verfassungsgebenden Gewalt im Prozeß der europäischen Integration, *Der Staat* 1993, 161–191.
- Mylonopoulos, Christos*, Strafrechtsdogmatik in Europa nach dem Vertrag von Lissabon – Zur materiellen Legitimation des Europäischen Strafrechts, *ZStW* 2011, 633–650.
- Nalawajko, Pawet*, Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung: Eckstein der justiziellen Zusammenarbeit in Strafsachen in der Europäischen Union?, Berlin 2010.
- Negri, Stefania*, The Principle of „Equality of Arms“ and the Evolving Law of International Criminal Procedure, *International Criminal Law Review* 2005, 513–571.
- Nelken, David* (Hrsg.), *Comparing Legal Cultures*, London New York 1997.
- , Using the Concept of Legal Culture, *Australian Journal of Legal Philosophy* 2004, 1–26.
- , Defining and Using the Concept of Legal Culture, in: Nelken, David/Örücü, Esin (Hrsg.), *Comparative Law: A Handbook*, Portland, Oregon 2007.
- , *Comparative Criminal Justice: Making Sense of Difference*, Los Angeles/London/New Delhi/Singapore/Washington DC 2010.
- Nelken, David/Feest, Johannes* (Hrsg.), *Adapting Legal Cultures*, Oxford/Portland, Oregon 2001.
- Nelken, David/Hamilton, Claire* (Hrsg.), *Research Handbook of Comparative Criminal Justice*, Northampton, MA 2022.
- Nelles, Ursula*, Europäisierung des Strafverfahrens – Strafprozeßrecht für Europa?, *ZStW* 1997, 727–755.
- Nestler, Cornelius*, Europäisches Strafprozessrecht, *ZStW* 2004, 332–352.
- Nettesheim, Martin*, Verfassungsrecht und Unternehmenshaftung. Verfassungsrechtliches Freiheitskonzept und präventionsgetragene Verschärfung des Wettbewerbssanktionsrechts, Tübingen 2018.
- , Verfassungsrechtliche Kriminalisierungspflichten und -grenzen, in: Bäcker, Matthias/Burchard, Christoph (Hrsg.), *Strafverfassungsrecht*, Tübingen 2022, 93–138.
- Ní Aoláin, Fionnuala*, The Emergence of Diversity: Differences in Human Rights Jurisprudence, *Fordham International Law Journal* 1995, 101–142.
- Nicolaysen, Gert*, § 1 Historische Entwicklungslinien des Grundrechtsschutzes in der EU, in: Heselhaus, Sebastian/Nowak, Carsten (Hrsg.), *Handbuch der Europäischen Grundrechte*, 2. Auflage, München 2020.
- Niemann, Arnel/Schmitter, Philippe C.*, Neofunctionalism, in: Wiener, Antje/Diez, Thomas (Hrsg.), *European Integration Theory*, 2. Auflage, 2009, 45–66.
- Nieto Martín, Adán*, Saudade of the Constitution. The relationship between constitutional and criminal law in the European context., *New Journal of European Criminal Law* 2019, 28–33.
- Norbert, Reich*, The „November Revolution“ of the European Court of Justice: Keck, Meng and Audi Revisited, *Common Market L. Rev.* 1994, 459–492.
- Nuotio, Kimmo*, European Criminal Law, in: Hörnle, Tatjana/Dubber, Markus D. (Hrsg.), *The Oxford Handbook of Criminal Law*, Oxford 2014, 1115–1138.
- , A legitimacy-based approach to EU criminal law: Maybe we are getting there, after all, *New Journal of European Criminal Law* 2020, 20–39.
- Öberg, Jacob*, Subsidiarity and EU Procedural Criminal Law, *ECLR* 2015, 19–45.
- , *Limits to EU Powers. A Case Study of EU Regulatory Criminal Law*, Oxford 2017.

- , The Rise of the Procedural Paradigm: Judicial Review of EU Legislation in Vertical Competence Disputes, *European Constitutional Law Review* 2017, 248–280.
- , EU Procedural Criminal Law after Lisbon, in: Ouwerkerk, Jannemieke/Altena, Judith/Öberg, Jacob/Miettinen, Samuli (Hrsg.), *The Future of EU Criminal Justice Policy and Practice*, Leiden 2019, 225–254.
- , Trust in the Law? Mutual Recognition as a Justification to Domestic Criminal Procedure, *European Constitutional Law Review* 2020, 33–62.
- , Exit, Voice and Consensus – A Legal and Political Analysis of the Emergency Brake in EU Criminal Policy, *European Law Review* 2021, 506–530.
- Oeter, Stefan, Föderalismus und Demokratie, in: von Bogdandy, Armin/Bast, Jürgen (Hrsg.), *Europäisches Verfassungsrecht: Theoretische und dogmatische Grundzüge*, 2. Auflage, Heidelberg 2009, 73–120.
- Oliveira, Álvaro, Case C-170/96, *Commission of the European Communities v. Council of the European Union*, judgment of 12 May 1998, [1998] ECR I-2763, *Common Market L. Rev.* 1999, 149–155.
- van Ooik, Ronald, Cross-Pillar Litigation Before the ECJ: Demarcation of Community and Union Competences, *ECLR* 2008, 399–419.
- van Ooyen, Robert Chr./Möllers, Martin H. W., Entscheiden durch Maßstabbildung, in: van Ooyen, Robert Chr./Möllers, Martin H. W. (Hrsg.), *Handbuch Bundesverfassungsgericht im politischen System*, Wiesbaden 2015, 119–135.
- O'Reily, Patrick, The Exit of the Elephant from the European Arrest Warrant Parlour: a note on the judgment of European Court of Justice delivered 3 May 2007 in *Advocaten Voor de Wereld Vzw v. Leden van de Ministerraad*, *Journal of European Criminal Law* 2007, 23–30.
- Ouwerkerk, Jannemieke W., Criminalisation as a Last Resort: A National Principle under the Pressure of Europeanisation?, *New Journal of European Criminal Law* 2012, 228–241.
- Packer, Herbert L., Mens Rea and the Supreme Court, *Sup. Ct. Rev.* 1962, 107–152.
- , The Aims of the Criminal Law Revisited: A Plea for a New Look at Substantive Due Process, *S. Cal. L. Rev.* 1970, 490.
- Paeffgen, Hans-Ullrich, Haus ohne Hüter? Die Justizgrundrechte im Mehr-Ebenen-System von EG-/EU-Vertrag, EMRK und Europäischem Verfassungsvertrags-Entwurf, *ZStW* 2007, 275–357.
- Palombella, Gianluigi, From Human Rights to Fundamental Rights Consequences of a conceptual distinction, *ARSP* 2007, 396–426.
- Papayannis, Donatos, Die Polizeiliche Zusammenarbeit und der Vertrag von Prüm, *Zeitschrift für Europarechtliche Studien* 2008, 219–251.
- Pawlik, Michael, Normbestätigung und Identitätsbalance: Über die Legitimation staatlichen Strafens, Baden-Baden 2017.
- Pech, Laurent/Kochenov, Dimitry, Respect for the Rule of Law in the Case Law of the European Court of Justice: A Casebook Overview of Key Judgments since the Portuguese Judges Case, Stockholm 2021.
- Pechstein, Matthias, Art. 1–3 EUV, in: Streinz, Rudolf (Hrsg.), *EUV/AEUV*, 3. Auflage, München 2018.
- Peers, Steve, Mutual Recognition and Criminal Law in the European Union: Has the Council Got it Wrong?, *Common Market L. Rev.* 2004, 5–36.
- , *EU Justice and Home Affairs Law: Volume 2 – EU Criminal Law, Policing, and Civil Law*, 4. Auflage, Oxford 2016.

- , *The Rise and Fall of EU Justice and Home Affairs Law*, in: Fletcher, Maria/Herlin-Karnell, Ester/Matera, Claudio (Hrsg.), *The European Union as an Area of Freedom, Security and Justice*, London/New York 2017, 29–51.
- , *EU Criminal Law and Police Cooperation*, in: Craig, Paul/de Búrca, Gráinne (Hrsg.), *The Evolution of EU Law*, 3. Auflage, Oxford 2021, 752–760.
- Pellizzone, Irene* (Hrsg.), *Principio di legalità penale e diritto costituzionale: problematiche attuali*, Milano 2017.
- Pernice, Ingolf*, *Multilevel Constitutionalism and the Treaty of Amsterdam: European Constitution-making Revisted?*, *Common Market L. Rev.* 1999, 703–750.
- , *Multilevel Constitutionalism in the European Union*, *European Law Review* 2002, 511–529.
- , *Begründung und Konsolidierung der Europäischen Gemeinschaft als Rechtsgemeinschaft*, in: Zuleeg, Manfred (Hrsg.), *Der Beitrag Walter Hallsteins zur Zukunft Europas*, Baden-Baden 2003, 56–70.
- , *Theorie und Praxis des Europäischen Verfassungsverbundes*, in: Calliess, Christian (Hrsg.), *Verfassungswandel im europäischen Staaten- und Verfassungsverbund. Göttinger Gespräche zum deutschen und europäischen Verfassungsrecht*, Tübingen 2007, 61–92.
- , *Zweiter Beratungsgegenstand: Europäisches und nationales Verfassungsrecht (1. Bericht)*, in: *Die deutsche Staatsrechtslehre in der Zeit des Nationalsozialismus. Europäisches und nationales Verfassungsrecht. Der Staat als Wirtschaftssubjekt und Auftraggeber: Berichte und Diskussionen auf der Tagung der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer in Leipzig vom 4. bis 6. Oktober 2000*, Berlin/Boston 2013, 148–193.
- , *Multilevel Constitutionalism and the Crisis of Democracy in Europe*, *European Constitutional Law Review* 2015, 541–562.
- , *Der Europäische Verfassungsverbund: Ausgewählte Schriften zur verfassungstheoretischen Begründung und Entwicklung der Europäischen Union*, Baden-Baden 2020.
- , *Die Normativität der europäischen Verfassung*, in: Pernice (Hrsg.), *Der Europäische Verfassungsverbund*, Baden-Baden 2020, 1426–1495.
- Perron, Walter*, *Perspektiven der Europäischen Strafrechtsintegration*, in: Hettinger, Michael (Hrsg.), *Festschrift für Wilfried Küper zum 70. Geburtstag*, Heidelberg 2007, 429–442.
- Peršak, Nina*, *Legitimacy and Trust in Criminal Law, Policy and Justice: Norms, Procedures, Outcomes*, Farnham 2014.
- , *Rule of Law and Institutional Legitimacy: Challenges of Transition*, *Challenges of Europe, Southeastern Europe* 2015, 369–391.
- , *Criminalising Hate Crime and Hate Speech at EU Level: Extending the List of Eurocrimes Under Article 83(1) TFEU*, *Criminal Law Forum* 2022, 85–119.
- Peršak, Nina/Štrus, Joze*, *Legitimacy and Trust in Criminal Law, Policy and Justice: Norms, Procedures, Outcomes*, in: Peršak, Nina (Hrsg.), *Legitimacy and Trust in Criminal Law, Policy and Justice: Norms, Procedures, Outcomes*, Farnham 2014, 89–110.
- Peters, Anne*, *Elemente einer Theorie der Verfassung Europas*, Berlin 2001.
- Petzsche, Anneke*, *Strafrecht und Terrorismusbekämpfung*, Baden-Baden 2013.
- , *Anmerkung zu: EGMR: Unzulässige Tatprovokation muss entgegen der seitherigen deutschen Rechtsprechung zu einem Verwertungsverbot führen*, *JR* 2015, 81–91.
- , *Endlich ein Schlusspunkt zur rechtlichen Behandlung einer rechtsstaatswidrigen Tatprovokation?*, *JR* 2021, 368–375.
- Petzsche, Anneke/Heger, Martin/Metzler, Gabriele* (Hrsg.), *Terrorismusbekämpfung in Europa im Spannungsfeld zwischen Freiheit und Sicherheit. Historische Erfahrungen und aktuelle Herausforderungen*, Baden-Baden 2019.

- Philippi, Nina*, Divergenzen im Grundrechtsschutz zwischen EuGH und EGMR, *Zeitschrift für Europarechtliche Studien* 2000, 94–123.
- Piccirilli, Giovanni*, The ‘Taricco Saga’: the Italian Constitutional Court continues its European journey, *European Constitutional Law Review* 2018, 814–833.
- Plachta, Michaellvan Ballegooij, Wouter*, The Framework Decision on the European Arrest Warrant and Surrender Procedures between Member States of the European Union, in: *Blekxtoon, Rob* (Hrsg.), *Handbook on the European Arrest Warrant*, The Hague 2005, 13–36.
- Pohl, Tobias*, Verfassungsvertrag durch Richterspruch, *ZIS* 2006, 213–220.
- Pollack, Mark A.*, *The Engines of European Integration: Delegation, Agency, and Agenda Setting in the EU*, 2003.
- Popovich, Dragoljub*, Prevailing of Judicial Activism over Self-restraint in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights, *Creighton Law Review* 2009, 361–396.
- Pracht, Robert*, *Residualkompetenzen des Bundesverfassungsgerichts*, Tübingen 2022.
- Pratt, John*, *Penal Populism*, London New York 2007.
- Prittwitz, Cornelius*, Das Strafrecht: Ultima ratio, propria ratio oder schlicht strafrechtliche Prohibition?: Zugleich ein Kommentar zu den Beiträgen von Klaus F. Gärditz und Matthias Jahn, *ZStW* 2017, 390–400.
- Pye, Lucian W.*, Culture and Political Science: Problems in the Evaluation of the Concept of Political Culture, *Social Science Quarterly* 1972, 285–296.
- Pye, Lucian W./Verba, Sidney*, *Political Culture and Political Development*, 2015.
- Quintera Olivares, Gonzalo*, *Derecho penal constitucional*, Valencia 2015.
- , Der Europagedanke und die Harmonisierung des Strafrechts sowie der Strafjustiz, in: *Strafrecht und Wirtschaftsstrafrecht Dogmatik, Rechtsvergleich, Rechtstatsachen. Festschrift für Klaus Tiedemann zum 70. Geburtstag*, Köln 2008, 1339–1352.
- Rackow, Peter*, § 24 Institutionalisierung der Verteidigung, in: *Böse, Martin* (Hrsg.), *Europäisches Strafrecht (EnzEuR XI)*, 2. Auflage, Baden-Baden 2020.
- Radtke, Henning*, § 12 Der Grundsatz „Ne bis in idem“ und Jurisdiktionskonflikte, in: *Böse, Martin* (Hrsg.), *Europäisches Strafrecht (EnzEuR XI)*, 2. Auflage, Baden-Baden 2020.
- Reckwitz, Andreas*, Multikulturalismustheorien und der Kulturbegriff, *Berliner Journal für Soziologie* 2001, 179–200.
- Reich, Norbert*, The „November Revolution“ of the European Court of Justice: Keck, Meng and Audi Revisited, *Common Market L. Rev.* 1994, 459–492.
- Reinbacher, Tobias*, *Das Strafrechtssystem der USA: Eine Untersuchung zur Strafgewalt im föderativen Staat*, Berlin 2010.
- , *Strafrecht im Mehrebenensystem*, Baden-Baden 2014.
- Riesenhuber, Karl*, *Europäische Methodenlehre*, 4. Auflage, Berlin/Boston 2021.
- Roberts, Julian V./Stalans, Loretta J./Indermaur, David/Hough, Mike* (Hrsg.), *Penal Populism and Public Opinion. Lessons from Five Countries*, Oxford 2003.
- Rödel, Ulrich/Frankenber, Günter/Dubiel, Helmut*, *Die demokratische Frage*, Frankfurt am Main 1989.
- Rodríguez Mourullo, Gonzalo*, Delito, Pena y Constitucion, *Revista Jurídica* 2003, 311–330.
- Rosanvallón, Pierre*, *Demokratische Legitimität: Unparteilichkeit, Reflexivität, Nähe*, Hamburg 2010.
- , *Democratic Legitimacy*, Princeton 2011.
- Rosen, Lawrence*, *Law as Culture*, Princeton 2008.

- Rosenau, Henning*, Zur Europäisierung im Strafrecht, ZIS 2008, 9–19.
- Rosenstock, Julika/Singelnstein, Tobias/Boulanger, Christian*, Versuch über das Sein und Sollen der Rechtsforschung, in: Boulanger, Christian/Rosenstock, Julika/Singelnstein, Tobias (Hrsg.), Interdisziplinäre Rechtsforschung: Eine Einführung in die geistes- und sozialwissenschaftliche Befassung mit dem Recht und seiner Praxis, Wiesbaden 2019, 3–29.
- Rottleuthner, Hubert*, Rechtstheorie und Rechtssoziologie, Baden-Baden 1981.
- Roxin, Claus*, Kriminalpolitik und Strafrechtssystem, Berlin 1973.
- , Strafe und Strafzwecke in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, in: Hassemer, Winfried (Hrsg.), In dubio pro libertate: Festschrift für Klaus Volk zum 65. Geburtstag, München 2009, 601–616.
- Roxin, Claus/Schünemann, Bernd*, Strafverfahrensrecht, 30. Auflage, München 2022.
- Ruffert, Matthias*, Art. 1 AEUV, in: Calliess, Christian/Ruffert, Matthias (Hrsg.), EUV/AEUV, 6. Auflage, München 2022.
- Rui, Jon Petter/Sieber, Ulrich*, NCBC in Europe – Bringing the Picture Together, in: Rui, Jon Petter/Sieber, Ulrich (Hrsg.), Non-Conviction-Based Confiscation in Europe, Berlin 2015, 245–304.
- Rupprecht*, Terror in Europa, Kriminalistik 1991, 769–773.
- Russett, Bruce M./Oneal, John R./Cox, Michaelene*, Clash of Civilizations, or Realism and Liberalism Déjà vu? Some Evidence, Journal of Peace Research 2000, 583–608.
- Rütters, Frederik*, Harmonie trotz Dissonanz, ZStW 1993, 30–47.
- Ruthig, Josef/Böse, Martin*, § 20 Europol, in: Böse, Martin (Hrsg.), Europäisches Strafrecht (EnzEuR XI), 2. Auflage, Baden-Baden 2020.
- Šadl, Urška/Panagis, Yannis*, What is a leading Case in EU Law? An Empirical Analysis, European Law Review 2015, 15–34.
- Safferling, Christoph*, Internationales Strafrecht, Berlin, Heidelberg 2011.
- , Der EuGH, die Grundrechtecharta und nationales Recht: Die Fälle Åkerberg Fransson und Melloni, NSTz 2014, 545–551.
- Sager, Lawrence Gene*, The Supreme Court 1980 Term, Harvard Law Rev. 1981, 17–345.
- Said, Edward W.*, The Clash of Ignorance, The Nation 4. Oktober 2001.
- Salzborn, Samuel* (Hrsg.), Politische Kultur, Frankfurt am Main 2009.
- Samartzis, Andreas*, Weighing Overall Fairness: A Critique of Balancing under the Criminal Limb of Article 6 of the European Convention on Human Rights, Human Rights Law Review 2021, 409–432.
- Sandholtz, Wayne/Stone Sweet, Alec* (Hrsg.), European Integration and Supranational Governance, Oxford 1998.
- Satzger, Helmut*, Die Europäisierung des Strafrechts: eine Untersuchung zum Einfluss des Europäischen Gemeinschaftsrechts auf das deutsche Strafrecht, Köln/Berlin/Bonn/München 2001.
- , Zum Lex-mitior-Grundsatz im Gemeinschaftsrecht, JZ 2005, 997–1001.
- , Das Strafrecht als Gegenstand europäischer Gesetzgebungstätigkeit, KritV 2008, 17–38.
- , Der Einfluss der EMRK auf das deutsche Straf- und Strafprozessrecht – Grundlagen und wichtige Einzelprobleme, JURA 2009, 759–768.
- , Die potentielle Errichtung einer Europäischen Staatsanwaltschaft – Plädoyer für ein Komplementaritätsmodell, NSTz 2013, 206–213.
- , Art. 82–83 AEUV, in: Streinz, Rudolf (Hrsg.), EUV/AEUV, 3. Auflage, München 2018.
- , § 2 Grundsätze eines europäischen Strafrechts, in: Böse, Martin (Hrsg.), Europäisches Strafrecht (EnzEuR XI), 2. Auflage, Baden-Baden 2020.

- , Harmonisierung strafrechtlicher Sanktionen in der Europäischen Union: Harmonisation of Criminal Sanctions in the European Union, Baden-Baden 2020.
- , Internationales und Europäisches Strafrecht, 10. Auflage, Baden-Baden 2022.
- Satzger, Helmut/von Maltitz, Nicolai*, Das Klimastrafrecht – Ein Rechtsbegriff der Zukunft, ZStW 2021, 1–34.
- Satzger, Helmut/Zimmermann, Frank/Eibach, Martin*, Does Art. 18 Grant Protection against Politically Motivated Criminal Proceedings? (Part 1) – Rethinking the Interpretation of Art. 18 ECHR against the Background of New Jurisprudence of the European Court of Human Rights, EuCLR 2014, 91–113.
- , Does Art. 18 Grant Protection against Politically Motivated Criminal Proceedings? (Part 2) – Prerequisites, Questions of Evidence and Scope of Application, EuCLR 2014, 248–264.
- Sax, Walter*, Grundsätze der Strafrechtspflege, in: Bettermann, Karl August/Neumann, Franz L. (Hrsg.), Die Grundrechte, Band III/2, Berlin 1959, 909–1014.
- Scharpf, Fritz W.*, Demokratietheorie zwischen Utopie und Anpassung, Konstanz 1970.
- , Interdependence and Democratic Legitimation, MPIfG Working Paper 1998.
- , Regieren in Europa. Effektiv und demokratisch?, Frankfurt am Main/New York 1999.
- , Legitimität im europäischen Mehrebenensystem, Leviathan 2009, 244–280.
- , Legitimacy in the multilevel European polity, European Political Science Review 2009, 173–204.
- Schaut, Andreas B.*, Europäische Strafrechtsprinzipien – Ein Beitrag zur systematischen Fortentwicklung übergreifender Grundlagen, Baden-Baden 2012.
- Schladebach, Marcus*, Praktische Konkordanz als verfassungsrechtliches Kollisionsprinzip: Eine Verteidigung, Der Staat 2014, 263–283.
- Schmidt, Manfred G.*, Demokratietheorien, 6. Auflage, Wiesbaden 2019.
- Schmidt, Vivien A.*, Democracy and legitimacy in the European Union revisited: Input, output and ‘throughput’, Political Studies 2013, 2–22.
- , Conceptualizing Legitimacy: Input, Output, and Throughput, in: Europe’s Crisis of Legitimacy, Oxford 2020.
- Schneiders, Benedikt*, Die Grundrechte der EU und die EMRK – Das Verhältnis zwischen ungeschriebenen Grundrechten, Grundrechtecharta und Europäischer Menschenrechtskonvention, Baden-Baden 2010.
- Schomburg, Wolfgang/Lagodny, Ottol/Geß, Sabine/Hackner, Thomas/Trautmann, Sebastian* (Hrsg.), Internationale Rechtshilfe in Strafsachen, 6. Auflage, München 2020.
- Schönberger, Christoph*, Der Rahmenbeschluss – Unionssekundärrecht zwischen Völkerrecht und Gemeinschaftsrecht, ZaöRV 2007, 1107–1139.
- Schönberger, Christoph*, Art. 20 AEUV, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, 77. Auflage, München 2022.
- Schorkopf, Frank* (Hrsg.), Der Europäische Haftbefehl vor dem Bundesverfassungsgericht, Tübingen 2006.
- Schramm, Edward*, Auf dem Weg zur Europäischen Staatsanwaltschaft, JZ 2014, 749–758.
- , Internationales Strafrecht, 2. Auflage, München 2018.
- Schröder, Christian*, Europäische Richtlinien und deutsches Strafrecht: Eine Untersuchung über den Einfluß europäischer Richtlinien gemäß Art. 249 Abs. 3 EGV auf das deutsche Strafrecht, Berlin/New York 2002.
- Schünemann, Bernd*, Bürgerrechte ernst nehmen bei der Europäisierung des Strafverfahrens!, StV 2003, 116–122.
- , Die Rechte des Beschuldigten im internationalisierten Ermittlungsverfahren, StV Forum 2003, 344–351.

- , Das Strafrecht im Zeichen der Globalisierung, GA 2003, 299–313.
- , Fortschritte und Fehlritte in der Strafrechtspflege der EU, GA 2004, 193–209.
- , Alternativentwurf Europäische Strafverfolgung, Köln 2004.
- , Grundzüge eines Alternativ-Entwurfs zur europäischen Strafverfolgung, ZStW 2004, 376–399.
- , Verteidigung in Europa, StV 2006, 361–368.
- (Hrsg.), Ein Gesamtkonzept für die europäische Strafrechtspflege. A Programme for European Criminal Justice, Köln 2006.
- , Europäischer Sicherheitsstaat = europäischer Polizeistaat?, ZIS 2007, 528–534.
- , Spät kommt ihr, doch ihr kommt: Glosse eines Strafrechtlers zur Lissabon-Entscheidung des BVerfG, ZIS 2009, 393.
- , Die Europäisierung der Strafrechtspflege als Demontage des demokratischen Rechtsstaats, Berlin 2014.
- , Mindestbedingungen einer effektiven Verteidigung in transnationalen europäischen Strafverfahren, StV 2016, 178–185.
- , Über Strafrecht im demokratischen Rechtsstaat, das unverzichtbare Rationalitätsniveau seiner Dogmatik und die vorgeblich progressive Rückschrittspropaganda, ZIS 2016, 654–671.
- Schünemann, Bernd/Roger, Benjamin*, Die Karawane zur Europäisierung des Strafrechts zieht weiter Zur demokratischen und rechtsstaatlichen Bresthaftigkeit des EU-Geldsanktionengesetzes, ZIS 2010, 515–523.
- Schutte, Julian J. E.*, Schengen: Its Meaning for the Free Movement of Persons in Europe, Common Market L. Rev. 1991, 549–570.
- Schütze, Robert*, Constitutionalism(s), in: Masterman, Roger/Schütze, Robert (Hrsg.), The Cambridge Companion to Comparative Constitutional Law, Cambridge 2019, 40–66.
- , European Constitutional Law, 3. Auflage, Oxford 2021.
- Seidman, Louis Michael*, Brown and Miranda, C. Law Review 1992, 673–753.
- Sewell, William H.*, The Concept(s) of Culture, in: Bonnell, Victoria E./Hunt, Lynn (Hrsg.), Beyond the Cultural Turn: New Directions in the Study of Society and Culture, Berkeley/Los Angeles/London 1999, 35–61.
- Sidhu, Omkar*, The Concept of Equality of Arms in Criminal Proceedings under Article 6 of the European Convention on Human Rights, Cambridge/Antwerp/Portland 2017.
- Sieber, Ulrich*, Europäische Einigung und Europäisches Strafrecht, ZStW 1991, 957–979.
- (Hrsg.), Europäische Einigung und Europäisches Strafrecht, Köln/Berlin/Bonn/München 1993.
- , Memorandum für ein Europäisches Modellstrafgesetzbuch, JZ 1997, 369–381.
- , Grenzen des Strafrechts – Grundlagen und Herausforderungen des neuen strafrechtlichen Forschungsprogramms am Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht, ZStW 2007, 1–68.
- , Die Zukunft des Europäischen Strafrechts – Ein neuer Ansatz zu den Zielen und Modellen des europäischen Strafrechtssystems, ZStW 2009, 1–67.
- , Rechtliche Ordnung in einer globalen Welt: Die Entwicklung zu einem fragmentierten System von nationalen, internationalen und privaten Normen, Rechtslehre 2010, 151–198.
- , Einführung: Begriff, Entwicklung und Ziele des Europäischen Strafrechts, in: Sieber, Ulrich/Satzger, Helmut/von Heintschel-Heinegg, Bernd (Hrsg.), Europäisches Strafrecht, 2. Auflage, Baden-Baden 2014.

- Sieyès, Emmanuel Joseph*, XI. Zweite Thermidorrede, in: Lembcke, Oliver/Weber, Florian (Hrsg.), Was ist der Dritte Stand, Berlin 2010, 331–348.
- Silver, Jay Sterling*, Equality of Arms and the Adversarial Process: A New Constitutional Right, *Wis. L. Rev.* 1990, 1007–1042.
- Simpson, Alfred William Brian*, Human Rights and the End of Empire. Britain and the Genesis of the European Convention, Oxford 2001.
- Singelnstein, Tobias*, Strafgerechtigkeit? Selektivität, Gleichheit und Diskriminierung im Strafrecht. Verfassungsrechtliche und strafrechtliche Anforderungen an Gleichheit im Strafrecht als Dimension von Strafgerechtigkeit angesichts der Selektivität der strafrechtlichen Praxis, in: Bäcker, Matthias/Burchard, Christoph (Hrsg.), Strafverfassungsrecht, Tübingen 2022, 223–280.
- Singer, Richard G.*, Privacy, Autonomy, and Dignity in the Prison: A Preliminary Inquiry Concerning Constitutional Aspects of the Degradation Process in Our Prisons, *Buff. L. Rev.* 1971, 669–716.
- Skouris, Wasilios*, Stellung und Bedeutung des Vorabentscheidungsverfahrens im europäischen Rechtssystem, *EuGRZ* 2008, 343–349.
- Sökefeld, Martin*, Der Kulturbegriff in der Ethnologie und im öffentlichen Diskurs – eine paradoxe Entwicklung?, in: Stöber, Georg (Hrsg.), „Fremde Kulturen“ im Geographieunterricht. Analysen – Konzepte – Erfahrungen, Hannover 2001, 119–137.
- Spano, Robert*, Universality or Diversity of Human Rights? Strasbourg in the Age of Subsidiarity, *Human Rights Law Review* 2014, 487–502.
- Spaventa, Eleanor*, Opening Pandora’s Box: Some Reflections on the Constitutional Effects of the Decision in Pupino, *European Constitutional Law Review* 2007, 5–24.
- Spencer, J.R.*, Child Witnesses and the European Union, *The Cambridge Law Journal* 2005, 569–572.
- Spencer-Oatey, Helen*, Culturally speaking: Managing rapport through talk across cultures, London 2000.
- , What is Culture – A Compilation of Quotations, *GlobalPAD Core Concepts* 2012, 1–22.
- Spengler, Oswald*, Der Untergang des Abendlandes: Umrisse einer Morphologie der Weltgeschichte, München 1923.
- Spieker, Luke Dimitrios*, Framing and Managing Constitutional Identity Conflicts: How to Stabilize the Modus Vivendi between the Court of Justice and National Constitutional Courts, *Common Market L. Rev.* 2020, 361–398.
- , EU Values Before the Court, Oxford 2023 (im Erscheinen).
- Spronken, Taru*, An EU-wide Letter of Rights: Towards Best Practice, Antwerp 2010.
- Spronken, Taru/Namoradze, Zazal/Smith, Roger/Cape, Ed.*, Effective Criminal Defence in Europe, Antwerp 2010.
- Stächelin, Gregor*, Strafgesetzgebung im Verfassungsstaat: Normative und empirische, materielle und prozedurale Aspekte der Legitimation unter Berücksichtigung neuerer Strafgesetzgebungspraxis, Berlin 1998.
- Staffler, Lukas*, Strafgesetzlichkeit im Dialog zwischen Verfassungs- und Unionsrecht, *ZStW* 2018, 1147–1179.
- , Towards a new chapter of the Taricco Saga, *European Criminal Law Review* 2019, 59–80.
- Stark, Alexander*, Interdisziplinarität der Rechtsdogmatik, Tübingen 2020.
- Stavros, Stephanos*, The Guarantees for Accused Persons under Article 6 of the European Convention on Human Rights: An Analysis of the Application of the Convention and a Comparison with other Instruments, Dordrecht/Boston/London 1993.



- Steiker, Carol S.*, Second Thoughts on First Principles, *Harvard Law Rev.* 1994, 820.
- Stocking, George W.*, Franz Boas and the Culture Concept in Historical Perspective, *American Anthropologist* 1966, 867–882.
- Streinz, Rudolf*, Alles klar zu den Rahmenbeschlüssen? Nach Pupino, Kommission/Rat (EuGH) und Darkazanli (BVerfG), *Europäisches Wirtschafts- & Steuerrecht* 2005, 1.
- , Zum Grundrechtsschutz in der Europäischen Union nach den Urteilen des EuGH in den Fällen Åkerberg Fransson und Melloni und des BVerfG zur Antiterrordatei, in: *Festschrift für Manfred A. Dausen zum 70. Geburtstag*, München 2014, 429–443.
- , Präambel, in: *Streinz, Rudolf (Hrsg.), EUV/AEUV*, 3. Auflage, München 2018.
- Streinz, Rudolf/Michl, Walther*, Art. 6 EUV, in: *Streinz, Rudolf (Hrsg.), EUV/AEUV*, 3. Auflage, München 2018.
- , Art. 51–54 GRCh, in: *Streinz, Rudolf, EUV/AEUV*, 3. Auflage, München 2018.
- Stuckenberg, Carl-Friedrich*, *Untersuchungen zur Unschuldsvermutung*, Berlin, Berlin/Boston 1998.
- , Grundrechtsdogmatik statt Rechtsgutslehre. Bemerkungen zum Verhältnis von Strafe und Staat, *GA* 2011, 653–661.
- , Rechtsgüterschutz als Grundvoraussetzung von Strafbarkeit?, *ZStW* 2017, 349–362.
- Stuntz, William J.*, Privacy's Problem and the Law of Criminal Procedure, *Mich. L. Rev.* 1994, 1016.
- Suhr, Oliver*, Art. 67 AEUV, in: *Calliess, Christian/Ruffert, Matthias (Hrsg.), EUV/AEUV*, 6. Auflage, München 2022.
- , Art. 68 AEUV, in: *Calliess, Christian/Ruffert, Matthias (Hrsg.), EUV/AEUV*, 6. Auflage, München 2022.
- , Art. 83 AEUV, in: *Calliess, Christian/Ruffert, Matthias (Hrsg.), EUV/AEUV*, 6. Auflage, München 2022.
- Summers, Sarah J.*, *Fair Trials – The European Criminal Procedural Tradition and the European Court of Human Rights*, Oxford/Portland, Oregon 2007.
- Szczekalla, Peter*, § 3 Das Verhältnis zwischen dem Grundrechtsschutz in der EU und nach der EMRK, in: *Heselhaus, Sebastian/Nowak, Carsten (Hrsg.), Handbuch der Europäischen Grundrechte*, 2. Auflage, München 2020.
- Taekema, Sannelvan Klink, Bart*, On the Border. Limits and Possibilities of Interdisciplinary Research, in: *van Klink, Bart/Taekema, Sanne (Hrsg.), Law and Method*, Tübingen 2011.
- Theil, Stefan*, Is the 'Living Instrument' Approach of the European Court of Human Rights Compatible with the ECHR and International Law?, *European Public Law* 2017, 587–614.
- Theurer, KarinalKaleck, Wolfgang (Hrsg.)*, *Dekoloniale Rechtskritik und Rechtspraxis*, Baden-Baden 2020.
- Thiel, Thorsten*, Braucht Europa eine Verfassung? Einige Anmerkungen zur Grimm-Habermas-Debatte, in: *Biegi, Mandana/Förster, Jürgen/Otten, Henrique Ricardo/Philipp, Thomas (Hrsg.), Demokratie, Recht und Legitimität im 21. Jahrhundert*, Wiesbaden 2008, 163–179.
- Thiele, Carmen*, Kohärenz von EU-Grundrechtecharta und EMRK, in: *Nowak, Carsten/Thiele, Carmen (Hrsg.), Effektivität des Grundrechtsschutzes in der Europäischen Union*, Baden-Baden 2021, 45–60.
- Thorburn, Malcolm*, Criminal Law as Public Law, in: *Duff, R A/Green, Stuart (Hrsg.), Philosophical Foundations of Criminal Law*, Oxford 2011, 21–43.
- Tiedemann, Klaus*, Grundgesetz und Strafrecht, in: *Arens, Peter/Denck, Johannes/Frank, Rainer/Grewe, Wilhelm/Hesse, Konrad/Löwisch, Manfred (Hrsg.), 40 Jahre Grundge-*

- setz: Der Einfluss des Verfassungsrechts auf die Entwicklung der Rechtsordnung, Heidelberg 1990, 155–183.
- , Verfassungsrecht und Strafrecht, Heidelberg 1991.
- , Re-Europäisierung des Strafrechts versus Nationalismus der (deutschen) Strafrechtslehre, GA 1998, 107–130.
- (Hrsg.), Wirtschaftsstrafrecht in der Europäischen Union: Rechtsdogmatik, Rechtsvergleich, Rechtspolitik, Köln/Berlin/Bonn/München 2002.
- Tobler, Christa*, Case Note C-176/03, Common Market L. Rev. 2006, 835–854.
- Trechsel, Stefan*, Human rights in criminal proceedings, Oxford 2005.
- Tridimas, Takis*, The General Principles of EU Law, 2. Auflage, Oxford 2007.
- Tully, James*, The unfreedom of the moderns in comparison to their ideals of constitutional democracy, The Modern Law Review 2002, 204–228.
- Tuori, Kaarlo*, European Constitutionalism, in: Masterman, Roger/Schütze, Robert (Hrsg.), The Cambridge Companion to Comparative Constitutional Law, Cambridge 2019, 521–553.
- Turner, Jenia Iontcheva*, The Expressive Dimension of EU Criminal Law, Am. J. Comp. L. 2012, 555–583.
- Tushnet, Mark*, Policy ,Distortion and Democratic Debilitation: Comparative Illumination of the Countermajoritarian Difficulty, Michigan Law Review 1995, 245–301.
- Tyler, Tom/Jackson, Jonathan*, Future Challenges in the Study of Legitimacy and Criminal Justice, Yale Law School, Public Law Working Paper No. 264, 2013.
- Tyler, Tom R.*, Why people obey the law, Princeton 1990.
- , Legitimacy and Criminal Justice: An International Perspective, New York 2007.
- , Legitimacy and Compliance: The Benefits of Self-regulation, Ohio State Journal of Criminal Law 2009, 307–359.
- , Legitimacy and Compliance: The Virtue of Self-regulation, in: Crawford, Adam/Hucklesby, Anthea (Hrsg.), Legitimacy and Compliance in Criminal Justice, Oxford/New York 2013, 8–28.
- Tylor, Edward Burnett*, Primitive Culture: Researches into the Development of Mythology, Philosophy, Religion, Art, and Custom, London 1891.
- Uerpmann-Witzack, Robert*, Die Europäische Menschenrechtskonvention: Gemeinsamer Mindeststandard oder Vollharmonisierung des Grundrechtsschutzes in Europa, in: Brune, Jens Peter/Lang, Heinrich/Werner, Micha (Hrsg.), Konzepte normativer Minimalstandards: Ethische und rechtliche Perspektiven, Baden-Baden 2016, 143–176.
- Unfried, Eva*, Die Freiheits- und Sicherheitsrechte nach Art. 5 EMRK. Ein Vergleich mit der Strafprozessordnung im Hinblick auf die Auswirkungen der Konventionsrechte auf die deutsche Strafrechtsprechung, Berlin 2006.
- Unger, Moritz von*, Pupino: Der EuGH vergemeinschaftet das intergouvernementale Recht, Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht 2006, 46–49.
- Vassalli, Giuliano*, Diritto penale e giurisprudenza costituzionale, Neapel 2006.
- Vauchez, Antoine*, L'union par le droit. L'invention d'un programme institutionnel pour l'Europe, Paris 2013.
- Verba, Sidney/Almond, Gabriel*, The Civic Culture: Political Attitudes and Democracy in Five Nations, Boston 1963.
- Vervaele, J. A. E.*, The European Union and Harmonization of the Criminal Law Enforcement of Union Policies: In Search of a Criminal Law Policy, in: Ulväng, Magnus/Cameron, Iain (Hrsg.), Essays on Criminalisation & Sanctions, Uppsala 2014.
- Vogel, Joachim*, Strafrechtsgüter und Rechtsgüterschutz durch Strafrecht im Spiegel der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, StV 1996, 110–115.

- , Strafgesetzgebung und Strafrechtswissenschaft – Überlegungen zu einer diskurstheoretischen Strafgesetzgebungslehre, in: Schünemann, Bernd (Hrsg.), Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 15. Mai 2001, Berlin/New York 2001, 105–118.
- , Europäische Kriminalpolitik – europäische Strafrechtsdogmatik, GA 2002, 517–534.
- , Harmonisierung des Strafrechts in der Europäischen Union, GA 2003, 314–334.
- , Licht und Schatten im Alternativ-Entwurf Europäische Strafverfolgung, ZStW 2004, 400–423.
- , Evaluation von Kriminaljustizsystemen, JZ 2004, 487–494.
- , The European Integrated Criminal Justice System and its Constitutional Framework, Maastricht Journal of European and Comparative Law 2005, 125–147.
- , Europäischer Haftbefehl und deutsches Verfassungsrecht, JZ 2005, 801–809.
- , Die Strafgesetzgebungskompetenzen der Europäischen Union nach Art. 83, 86 und 325 AEUV, in: Ambos, Kai (Hrsg.), Europäisches Strafrecht post-Lissabon, Göttingen 2011, 41–56.
- , Strafrecht und Strafrechtswissenschaft im internationalen und europäischen Rechtsraum, JZ 2012, 25–31.
- , Kriminalpolitikwissenschaft und Europäische Kriminalpolitik, in: Heger, Martin/Kelker, Brigitte/Schramm, Edward (Hrsg.), Festschrift für Kristian Kühl zum 70. Geburtstag, München 2014, 635–652.
- Vogel, Joachim/Eisele, Jörg*, Art. 83 AEUV, in: Grabitz, Eberhard/Hilf, Meinhard/Nettesheim, Martin (Hrsg.), Das Recht der Europäischen Union, 77. Auflage, München 2022.
- Vogel, Joachim/Böse, Martin*, §27 Evaluation, in: Böse, Martin (Hrsg.), Europäisches Strafrecht (EnzEuR XI), 2. Auflage, Baden-Baden 2020.
- Vogel, Joachim/Schneider, Anne*, §7 Begriffe und Ziele der Harmonisierung, in: Böse, Martin (Hrsg.), Europäisches Strafrecht (EnzEuR XI), 2. Auflage, Baden-Baden 2020.
- Voßkuhle, Andreas*, Europa als Rechtsgemeinschaft?!: Gefährdungen und Herausforderungen, in: Stock, Günter/Markschies, Christoph/Hauer, Susanne (Hrsg.), Zukunfts-ort: EUROPA, Berlin 2015, 135–148.
- Voßkuhle, Andreas*, Der europäische Verfassungsgerichtsverbund, NVwZ, 1–8.
- Waldhoff, Christian*, Kritik und Lob und der Dogmatik, in: Kirchhof, Gregor/Magen, Stefan/Schneider, Karsten (Hrsg.), Was weiß Dogmatik?, Tübingen 2012, 17–36.
- Waldron, Jeremy*, The Core of the Case Against Judicial Review, Yale L.J. 2006, 1346–1406.
- Walker, Neil*, Case 294/83, Parti écologiste ‚Les Verts‘ v European Parliament – Opening or Closure? The Constitutional Intimations of the ECJ, in: Maduro, Miguel Poiares/Azoulay, Loïc (Hrsg.), The Past and Future of EU Law: The classics of EU Law Revisited on the 50th anniversary of the Rome Treaty, Oxford 2010.
- Waschkuhn, Arno*, Was ist Subsidiarität? Ein sozialphilosophisches Ordnungsprinzip: Von Thomas von Aquin bis zur ‚Civil Society‘, Wiesbaden 1995.
- Wasek-Wiaderek, Malgorzata*, The Principle of ‚Equality of Arms‘ in Criminal Procedure Under Article 6 of the European Convention on Human Rights and its Functions in Criminal Justice of Selected European Countries – A Comparative View, Leuven 2000.
- Wasmeier, Martin*, §32 Von der herkömmlichen Rechtshilfe zur gegenseitigen Anerkennung – Entwicklungslinien der strafrechtlichen Zusammenarbeit, in: Sieber, Ulrich/Satzger, Helmut/von Heintschel-Heinegg, Bernd (Hrsg.), Europäisches Strafrecht, 2. Auflage, Baden-Baden 2014.
- Wasserstrom, Silas J./Seidman, Louis Michael*, The Fourth Amendment as Constitutional Theory, Geo. L. J. 1988, 19–103.

- Weatherill, Stephen*, Law and Integration in the European Union, Oxford 1995.
- Weigend, Thomas*, Strafrecht durch internationale Vereinbarungen – Verlust an nationaler Strafrechtskultur?, ZStW 1993, 774–802.
- , Spricht Europa mit zwei Zungen?, StV 2001, 63–68.
- , Der Entwurf einer Europäischen Verfassung und das Strafrecht, ZStW 2004, 275–303.
- Weigend, Thomas/Walther, Susanne/Grundwald, Barbara* (Hrsg.), Strafverteidigung vor neuen Herausforderungen, Berlin 2008.
- Weiler, Joseph H. H.*, The Court of Justice on Trial, Common Market L. Rev. 1987, 555–589.
- , The Transformation of Europe, Yale L.J. 1991, 2403–2483.
- , Journey to an Unknown Destination: A Retrospective and Prospective of the European Court of Justice in the Arena of Political Integration, Journal of Common Market Studies 1993, 417–446.
- , A Quiet Revolution: The European Court of Justice and its Interlocutors, Comparative Political Studies 1994, 510–534.
- , The Reformation of European Constitutionalism, Journal of Common Market Studies 1997, 97.
- Weiler, Joseph H. H./Trachtman, Joel P.*, European Constitutionalism and its Discontents, Nw. J. Int'l L. & Bus. 1996, 354–397.
- Weiler, Joseph H./Wind, Marlene* (Hrsg.), European constitutionalism beyond the state, Cambridge 2003.
- Weiß, Wolfgang/Satzger, Helmut*, Art. 67 AEUV, in: Streinz, Rudolf (Hrsg.), EUV/AEUV, 3. Auflage, München 2018.
- Weisser, Bettina*, The European Convention on Human Rights and the European Court of Human Rights as Guardians of Fair Criminal Proceedings in Europe, in: Brown, Darryl K./Turner, Jenia I./Weisser, Bettina (Hrsg.), The Oxford Handbook of Criminal Process, Oxford 2019.
- Wendel, Mattias*, Permeabilität im europäischen Verfassungsrecht. Verfassungsrechtliche Integrationsnormen auf Staats- und Unionsebene im Vergleich, Tübingen 2011.
- , Auf dem Weg zum Präjudizienrecht? Zur Maßstabssetzung durch den Europäischen Gerichtshof?, JöR 2020, 113–145.
- , Das Bundesverfassungsgericht als Garant der Unionsgrundrechte, JZ 2020, 157–168.
- , Grundrechtswende zur Jahreswende, Verfassungsblog 2021
- Wessels, Wolfgang*, Der Konvent: Modelle für eine innovative Integrationsmethode, Integration 2002, 83–98.
- Weyembergh, Anne*, L'effectivité du troisième pilier de l'Union européenne et l'exigence de l'interprétation conforme: la Cour de justice pose ses jalons (note sous l'arrêt Pupino, du 16 juin 2005, de la Cour de justice des Communautés européennes), Revue trimestrielle des droits de l'homme 2007, 269–292.
- White, Simone*, Harmonisation of Criminal Law under the First Pillar, ELR 2006, 81–92.
- Wicht, Christine*, Sicherheit um jeden Preis. Das Stockholmer Programm der Europäischen Union., Blätter für deutsche und internationale Politik 2010, 91–98.
- Wieczorek, Irene*, The Legitimacy of EU Criminal Law, London 2020.
- Wildhaber, Luzius/Hjartarson, Arnaldur/Donnelly, Stephen*, No Consensus on Consensus? The Practice of the European Court of Human Rights, Human Rights Law Journal 2013, 248–263.
- Wilfert, Maria Verena*, Strafe und Strafgesetzgebung im demokratischen Verfassungsstaat. Der Einfluss des grundgesetzlichen Demokratieauf Straftheorie und Strafgesetzgebung am Beispiel ausgewählter Staatsschutzdelikte, Tübingen 2017.

- Willems, Auke*, The Principle of Mutual Trust in EU Criminal Law, Oxford/New York/Dublin 2021.
- Williams, Raymond*, Culture and Society, 1780–1950, New York 1983.
- de Witte, BrunolImamovic, Šejla*, Opinion 2/13 on accession to the ECHR: Defending the EU legal order against a Foreign Human Rights Court, *European Law Review* 2015, 683–705.
- van der Wilt, Harmen*, Judgment of 3 May 2005 (Silvio Berlusconi and Others), Joint Cases C-387/02, C-391/02 and C-403/02, *European Constitutional Law Review* 2006, 303–309.
- Wittinger, Michaela*, Der Europarat: Die Entwicklung seines Rechts und der „europäischen Verfassungswerte“, Baden-Baden 2005.
- Wolff, Daniel*, Der Einzelne in der offenen Staatlichkeit. Grundgesetzlicher Grundrechtsschutz in der zwischenstaatlichen Kooperation, Tübingen 2020.
- Wolter, Jürgen/Schenke, Wolf-Rüdiger/Hilger, Hans/Ruthig, Josef/Zöller, Mark A.* (Hrsg.), Alternativentwurf Europol und europäischer Datenschutz, Heidelberg 2008.
- Zaczyk, Rainer*, Die Notwendigkeit systematischen Strafrechts, *ZStW* 2011, 691–708.
- Zieschang, Frank*, Chancen und Risiken der Europäisierung des Strafrechts, *ZStW* 2001, 225–270.
- Zimmermann, Andreas*, Interdependenzen zwischen nationalem Verfassungsrecht, Europäischer Menschenrechtskonvention und Europäischem Gemeinschaftsrecht, *ZaöRV* 1992, 259–317.
- Zöller, Mark A./Bock, Stephanie*, § 21 Eurojust und EJN, in: Böse, Martin (Hrsg.), *Europäisches Strafrecht (EnzEuR XI)*, 2. Auflage, Baden-Baden 2020.
- , § 23 OLAF, in: Böse, Martin (Hrsg.), *Europäisches Strafrecht (EnzEuR XI)*, 2. Auflage, Baden-Baden 2020.
- , § 22 Europäische Staatsanwaltschaft, in: Böse, Martin (Hrsg.), *Europäisches Strafrecht (EnzEuR XI)*, 2. Auflage, Baden-Baden 2020.
- Zürn, Michael*, Über den Staat und die Demokratie im europäischen Mehrebenensystem, *Politische Vierteljahresschrift* 1996, 27–55.
- , *Regieren jenseits des Nationalstaates. Globalisierung und Denationalisierung als Chance*, Frankfurt am Main 1998.
- , *Zur Politisierung der Europäischen Union*, *Politische Vierteljahresschrift* 2006, 242–251.
- Zürn, Michael/Binder, Martin/Ecker-Erhardt, Matthias/Radtke, Katrin*, *Politische Ordnungsbildung wider Willen – ein Forschungsprogramm zu transnationalen Konflikten und Institutionen*, Berlin 2006

# Register

- Abwägung 107, 135–136, 153, 161, 229–232
- Amsterdam Vertrag 30, 70, 91, 131
- Anerkennung, gegenseitige 33–35, 45–46, 53, 60, 114–115
- Anwendungsvorrang 193–194, 255–258, 273–276
- Außenansicht 2, 224
- Begründungsanforderungen 266–268
- Beschuldigtenrechte 63, 98–99, 114–116, 238–239, 254–255
- EU-Richtlinien 52
- Binnenmarkt 21–22, 46, 51
- justizieller 34
- Bundesverfassungsgericht 32, 72–76, 80–85, 273–276, *siehe auch* Lissabon-Urteil; Grundrechtsvielfalt
- Corpus Iuris 67
- Darlegungsanforderungen 266–267
- Demokratie 24, 39, 78–80, 105–107, 133–136, 160–161, 192, 214–216, 239–247, 254–256
- *siehe auch* demokratische Legitimität
  - Mehrheitsentscheidung 160–161, 241–243
  - Mitbestimmung 24, 107
  - parlamentarische 24, 39, 239–240, 267
  - Prinzip 178, 213, 239–247
- Diskurs 133–134, 150, 154, 187–188, 190, 215, 221, 224–227
- Dogmatik 12–13, 168–169, 176–178, 188–191
- Effektivität 118–119, 181–182, 225, 244–245
- Entkriminalisierung 87, 139
- Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK) 88–94, 96–110, 151, 179, 237, 259, 269–271
- allgemeiner europäischer Grundrechtsstandard 100–101
  - Bedeutung 89–93, 94
  - kasuistischer Minimalstandard 96–100
- Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) 89, 91–93, 97–101, 102–108, 270
- Living-Instrument-Doktrin 100–101, 280
  - Margin-of-Appreciation-Doktrin 107–108
- Eurojust 34, 54, 60, 91
- Europäische Amt für Betrugsbekämpfung (OLAF) 35, 91
- Europäische Justizielle Netz für Strafrecht (EJN) 35, 54
- Europol 34, 54, 60, 71, 91
- Europarat 88, 91, 102–103
- EU-Strafverfassungsrecht 162–164, 174–182, 211–234
- *siehe auch* Strafverfassungsrecht
  - Herausforderungen 164
  - Leitlinien 211–234
  - Leitprinzipien 235–254
  - Potenziale 162–164
- Exekutivlastigkeit 69–70, 88
- Freiheit 25, 90, 111, 123–124, 244, 255, *siehe auch* Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts

- Gerichtshof, europäischer (EuGH) 21, 35–37, 41, 44, 55, 130–131, 167, 237  
 Geltungsvorrang 194  
 Gesetzgebung 50–51, 56–57, 61–62, 152–154  
 – *siehe auch* Demokratie  
 – besondere Gesetzgebungsverfahren 51, 56–57, 61–62  
 – ordentliches Gesetzgebungsverfahren 50–51, 56  
 Gewaltenteilung 153–154, 231–232  
 Gewaltengliederung, *siehe* Gewaltenteilung  
 Gleichheit 251–252  
 Globalisierung 20  
 Grenzkontrollen 22, 27  
 Grundrechte 44–46, 50, 89, 94–96, 106–107, 134, 236–239, 254–259, 269–278, 279–282  
 – EU-Grundrechtecharta 50, 89, 94–95, 212, 237, 272–276  
 – grundrechtliche Gefährdungslagen 44–46, 100,  
 – Grundrechtsprinzipien 269–278  
 – Grundrechtsräte 279–282  
 – Grundrechtsraum 93–96  
 – Grundrechtsvielfalt 273–276  
 – kontextspezifische Grundrechte 98, 106–107, 257–258  
  
 Harmonisierung 56, 90–92, 118, 174, 180, 259  
 Hasskriminalität 263–264  
 Herrschaftsformung 177, 203–204, *siehe auch* Legitimität  
 Herrschaftsbegründung 178, 203–205, 220  
 Hetze, *siehe* Hasskriminalität  
 Haager Programm 41, 60  
 Historie 252–253, 226  
 – *siehe auch* Kultur  
 – historische Bedingtheit 74–75, 80–81, 249–251  
  
 Input-Legitimation 17–18, 24–25, 39, 47, 86–87, 246–247, *siehe auch* Legitimität  
  
 Institutionelles Gleichgewicht *siehe* Gewaltenteilung  
 Interessen, finanzielle 21, 54, 91  
 Integration, europäische 7–8, 69, 70–76, 77–87, 130–132  
 – Dynamik 49, 86, 198–199, 219, 251  
 – Integrationsgrenzen 69–76  
 – Kritik 70–76, 77–87  
 – politischer Prozess 7, 131–132  
 – rechtlicher Prozess 7, 130–132  
 Interdisziplinarität 3, 110, 117–119, 122, 191–192, 205–206, 227–228  
 – interdisziplinäre Ansätze 110, 117–119, 122  
 – Offenheit 3, 227–228  
 Intergouvernementalismus 29, 37, 41–42, 47–48, 56–57, 61–62, 239  
 Intradisziplinarität 2, 145, 149–150, 222–227  
 – dialogisches Vorgehen 224–227  
  
 Kasuistik, *siehe* Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK)  
 Klimastrafrecht 86–87  
 Kommission, europäische 29, 44, 54–55, 60–61  
 Konstitutionalisierung 55, 158–159, 177–178, 204, 242  
 – des EU-Strafrecht 55  
 – des Strafverfahrens 257  
 – Überkonstitutionalisierung 195–197  
 Konzeption 10–15, 15–18, 18–63  
 – abstrakte Bedeutung 15–18  
 – Begriff 10–15  
 – der Judikative 11–12  
 – konkrete (historische) Bedeutung 18–63  
 – kriminalpolitisch 64–65, 112–114  
 – der Politik 11  
 – rechtsdogmatisch, *siehe* rechtspositivistisch  
 – rechtsextern, *siehe* rechtsgrundlegend  
 – rechtsgrundlegend 12–14, 216–221  
 – rechtsintern, *siehe* rechtspositivistisch  
 – rechtspositivistisch 12–13, 216–217  
 – der Wissenschaft 12–13, 110–119, 120–126

- Korridordenken 151–154, 230–231, 233,  
*siehe auch* Spielraumdenken
- Kriminalisierungspflichten 258–259
- Kriminalität
- Bekämpfung von Kriminalität 28, 40–43, 52, 60
  - organisierte, grenzüberschreitende Kriminalität 20, 28, 111
- Kriminalpolitik
- EU 112–114
  - Kohärenz 18, 59, 113–114
- Kultur 74, 80–85
- Homogenität bzw. Heterogenität 81–85
  - kulturelle Bedingtheit 80–85, 88, 249–251, 252–253
- Legitimität 16–19, 24–25, 39–40, 78, 116–120, 122–123, 133–136, 160–161, 201–204
- *siehe auch* Demokratie
  - demokratische 72, 117, 133–136, 160–161
  - Input 17–18, 24–25, 39, 47, 86–87, 246–247
  - Output 17–18, 25, 39, 86–87, 246–247
- Living-Instrument-Doktrin 100–101, 280, *siehe auch* Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR)
- Leitprinzipien 235–259, *siehe auch* EU-Strafverfassungsrecht; Prinzipien
- Lissabon
- Urteil des BVerfG 72–76, 80–85, 227
  - Vertrag 48–50, 110–111, 176, 182, 187
- Maastricht-Vertrag 26, 29
- Margin-of-Appreciation-Doktrin 107–108, *siehe auch* Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR)
- Mehrebenensystem, europäisches 39, 116–117, 246–247, 279–280
- Menschenrechte 88–92, 98, 102–107
- *siehe auch* Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR)
  - *siehe auch* Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK)
  - Maßstababildung 102–106, 236, 279–280
- Modell 10–11, 275, *siehe auch* Konzeption
- Ne-bis-in-idem-Grundsatz 22, 27
- Nizza Vertrag 30, 175
- Notbremse-Mechanismus 56–57, 62, 248, 264–268
- Normhierarchie 149, 185, 187, 193–195, 218, 229–230
- Normorientierung 212–216
- Offenheit
- für föderale Vielfalt 247–251, 274–276
  - für Interdisziplinarität, *siehe* Interdisziplinarität
- Opferschutz 52, 63, 244–245
- Opt-In 61–62, 264–268
- Opt-Out 61–62, 264–268
- Orientierung, normative 10
- Output-Legitimation 17–18, 25, 39, 246–247, *siehe auch* Legitimität
- Parlament
- europäisches Parlament 59, 239–240
  - nationale Parlamente 118–119, 239–240
- Phasen (Integration)
- Maastricht bis Lissabon 26–48
  - Post-Lissabon 48–64
  - Prae-Maastricht 19–26
- Primärrecht, europäisches
- fragmentarischer Charakter 197–198
  - positivistisches Verständnis 167–169, 173–182, 185–207
  - zeitliche Kontingenz 198–199
- Prinzipien 111–116, 229–230, 235–254
- *siehe auch* Demokratieprinzip
  - *siehe auch* Grundrechtsprinzipien
  - *siehe auch* Leitprinzipien
  - *siehe auch* Subsidiaritätsprinzip
  - prinzipienorientierte Ansätze 111–116, 121
  - strafrechtswissenschaftliche 146



- Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts 31, 40, 45, 48, 51, 181–184, 212–214, 219, 237–240
- Rahmenbeschluss 31–34
- Europäischer Haftbefehl 31–34, 43
- Rat, Europäischer 60–61
- Reaktivität 42–44, 93
- Rechtsgemeinschaft 130
- Rechtsgrundlagen 223–224
- *siehe auch* Intradisziplinarität
  - *siehe auch* Interdisziplinarität
  - rechtsgrundlegendes Vorgehen 216–221, 238–239, 240–247, 248–251
- Rechtsstaatlichkeit 181–182, 236–239
- Säulenstruktur 30, 50, 58, 175
- Schengen-Übereinkommen 22, 31
- Schlüsselbegriff 148–149
- Sekundärrecht 31, 45, 52, 179, *siehe auch* Rahmenbeschluss
- Sicherheit 25, 111, 124, 244, *siehe auch* Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts
- Souveränität 20, 42
- Spielräume 151–164, 160, 169, 219–220, 230–231, 233
- *siehe auch* Korridore
  - Denken 151–154, 230–231
  - kriminalpolitische 151, 160
- Staatsanwaltschaft, europäische 1, 53–54, 63
- Sterbehilfe 267
- Stockholm-Programm 60–62
- Straflust 241
- Strafrechtsintegration, *siehe* Integration
- Strafrechtspflege 56, 72–75, 149, 152–154
- integriertes System europäischer 1, 56
  - nationale 72–75
- Strafrecht
- *siehe auch* Klimastrafrecht
  - europäisches 8–9, 27–37, 111–116
  - Kriminalstrafrecht 9
  - nationales 20–22, 69–76
- Strafverfahrensrecht, *siehe* Verfahren
- Strafverfassungsrecht
- *siehe auch* EU-Strafverfassungsrecht
  - im engeren Sinne (ieS) 147–155
  - im weiten Sinne (iwS) 137–147
- Strafverfassungsrecht (ieS)
- Charakteristika 148–154
  - Kritik 155–159
  - Vorteile 154, 159–162
- Strafverfassungsrecht (iwS)
- Charakteristika (ieS) 148–154
  - Deutschland 144–146
  - Herkunft 137–146, 147–148
  - Spanien 138–140
  - USA 140–143
- Strukturprinzip 276–278, *siehe auch* Waffengleichheit
- Subsidiaritätsprinzip 180, 217, 247–248, 262–264, *siehe auch* Prinzipien
- System 10–11, 109, 111
- *siehe auch* Konzeption
  - *siehe auch* Mehrebenensystem
  - Systembau 109
- Tampere-Programm 40–41, 70
- Terrorismus 20, 28, 42–43, 244–245
- Umweltschutz 28, 36, 131, *siehe auch* Klimastrafrecht
- Unionsbürgerschaft 38
- Verfahren
- Verfahrensbalance 47, 63, 114, 270–278
  - Verfahrensrechte 45, 52, 60, 63, 77, 89, 257–258
- Verfassung
- EU-Verfassung 165–166, 202–204
  - europäischer Verfassungsverbund 170–172, 182–183, 206–207, 213–214
  - Verfassungsvertrag 49, 70, 155, 200
  - USA 140–142
  - Verfassungstheorie 165–166, 169–173, 183–184, 205–207, 220–221

Vertrauen, gegenseitiges 46, 115, *siehe*  
  *auch* Anerkennung, gegenseitige  
Vielfalt, föderale 247–251  
Vorrang, *siehe* Anwendungsvorrang

Waffengleichheit 269–278  
– EMRK 269–271  
– Grundrecht 276–277  
– Strukturprinzip 276–278



# Studien und Beiträge zum Strafrecht

Die Schriftenreihe *Studien und Beiträge zum Strafrecht* (StudStR) wurde als Äquivalent zur renommierten Reihe *Jus Poenale – Beiträge zum Strafrecht* (JusPoen) gegründet. Die Reihe bietet herausragenden Dissertationen aus dem Bereich des Strafrechts eine ansprechende Plattform und nimmt Arbeiten aus dem gesamten Bereich des Strafrechts und Strafprozessrechts sowie der Kriminologie auf; rechtsgebiets- oder fächerübergreifende Themen sind ebenso willkommen wie auch Themen mit internationalen Bezügen, sofern der Schwerpunkt der Arbeit in einer eher zentralen Fragestellung der genannten strafrechtsbezogenen Fächer liegt. Um die hohe Qualität der in dieser Reihe veröffentlichten Dissertationen zu gewährleisten, werden nur Arbeiten zur Veröffentlichung in Betracht gezogen, die in beiden Gutachten uneingeschränkt mit summa cum laude bewertet wurden.

ISSN: 2364-267X

Zitiervorschlag: StudStR

Alle lieferbaren Bände finden Sie unter [www.mohrsiebeck.com/studstr](http://www.mohrsiebeck.com/studstr)



Mohr Siebeck  
[www.mohrsiebeck.com](http://www.mohrsiebeck.com)











