

Frankfurter
kriminalwissenschaftliche
Studien 135

Christine Ditscher

Europäische Beweise

Der Rahmenbeschluss über die
Europäische Beweisordnung
zur Erlangung von Sachen,
Schriftstücken und Daten zur
Verwendung in Strafsachen

PETER LANG

Europäische Beweise

Frankfurter kriminalwissenschaftliche Studien

Herausgegeben von
Prof. Dr. Peter-Alexis Albrecht
Prof. Dr. Dirk Fabricius
Prof. Dr. Klaus Günther
Prof. Dr. Winfried Hassemer
Prof. Dr. Herbert Jäger
Prof. Dr. Walter Kargl
Prof. Dr. Klaus Lüderssen
Prof. Dr. Wolfgang Naucke
Prof. Dr. Ulfrid Neumann
Prof. Dr. Cornelius Prittwitz
Prof. Dr. Ernst Amadeus Wolff †

Bd./Vol. 135



PETER LANG

Frankfurt am Main · Berlin · Bern · Bruxelles · New York · Oxford · Wien

Christine Ditscher

Europäische Beweise

Der Rahmenbeschluss über die
Europäische Beweisanordnung
zur Erlangung von Sachen,
Schriftstücken und Daten zur
Verwendung in Strafsachen



PETER LANG

Internationaler Verlag der Wissenschaften

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

ISSN 0170-6918

ISBN 978-3-653-01482-2 (E-Book)

10.3726/978-3-653-01482-2

ISBN 978-3-631-63156-0 (Print)

© Peter Lang GmbH

Internationaler Verlag der Wissenschaften

Frankfurt am Main 2012

Alle Rechte vorbehalten.

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlages unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

www.peterlang.de

„Für keines der verschiedenen Rechtsgebiete lässt sich der Satz vertreten, dass seine Grundprobleme von einer auch nur annähernd zu koordinierenden Bedeutung seien. Auf keinem Rechtsgebiet ragt aber ein *einzelnes* Problem so hervor, wie auf dem Gebiet des Strafprozesses das *Beweisproblem*. Es ist schlechthin das Zentralproblem des Strafprozesses und als ein prozessuales Problem zugleich ein einzigartiges.“

Dr. Max Alsberg,
Der Beweisantrag im Strafprozeß,
Vorwort zur 1. Auflage, 1930.

Vorwort

Diese Arbeit lag der Fakultät für Rechts-, Wirtschafts- und Finanzwissenschaften der Universität Luxemburg im Sommersemester 2011 als Dissertation vor. Literatur und Rechtsprechung konnten bis dahin berücksichtigt werden.

Ganz herzlich danke ich denjenigen, ohne die diese Schrift nicht in der vorliegenden Form entstanden wäre:

Herr Prof. Dr. Stefan Braum hat das Thema empfohlen und mir bei dessen Bearbeitung alle wissenschaftliche Freiheit gelassen. Ebenso wie er haben die beiden anderen Gutachter Herr Prof. Dr. Jörg Gerkrath und Frau Ass. Prof. Dr. Katalin Ligeti wertvolle Anregungen gegeben und klärende Fragen gestellt. Dies gilt auch für Herrn Prof. Dr. Bernd Hecker und Herrn Prof. Dr. Peter-Alexis Albrecht, die als weitere Mitglieder der Prüfungskommission fungierten. Letzterer hat zudem die Veröffentlichung in der Reihe der Frankfurter kriminalwissenschaftlichen Studien angeregt.

Frau Dr. Christiane Rüdiger und Herr Dr. Sönke Schröder haben die Arbeit kritisch durchgesehen. Beide standen für Diskussionen zur Verfügung und haben mit ihren konstruktiven Beiträgen das Gelingen ganz wesentlich gefördert.

Beim Korrekturlesen und bei der Formatierung haben mir Frau Brigitte Ditscher, Frau Birgit Hansen und Frau Nicole Stumpf tatkräftig und unermüdlich geholfen, beim Abfassen des englischen Teils Frau Frimpomaa Byrd.

Zu guter Letzt gilt ein besonderer Dank allgemeiner Art meiner Familie. Sie hat mich begleitet und bis zum Abschluss dieser Arbeit auf unterschiedlichste Weise liebevoll unterstützt.

Frankfurt am Main, im Dezember 2011

Christine Ditscher

Inhaltsverzeichnis

A. Einleitung.....	19
I. Gegenstand und Ziel der Untersuchung	19
II. Gang der Untersuchung	22
B. Der europäische Bezugsrahmen.....	25
I. Die Europäischen Verträge als Maßstab der Europäischen Beweisanordnung	26
1. Die Verträge von Maastricht und Amsterdam.....	26
2. Die Europäische Verfassung.....	28
3. Der Vertrag von Lissabon.....	29
4. Entscheidung über den Vertrag von Lissabon – Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 30. Juni 2009	31
a) Grundsätze.....	32
b) Demokratieprinzip	32
c) Subsidiaritätsprinzip	33
5. Exkurs: Strafgesetzgebungskompetenz Europas	34
a) Die alte erste Säule – Strafrechtskompetenz der Europäischen Gemeinschaft aus Art. 280 EGV?	35
b) Die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs.....	36
c) Strafrechtskompetenz der Europäischen Union nach dem Vertrag von Lissabon	38
6. Kein verfassungs- bzw. vertragspositivistischer Maßstab	39
II. Die Ideale der Aufklärung	40
1. Die Idee des Gesellschaftsvertrages als Mittel der Freiheitssicherung.....	41
a) Hobbes.....	42
b) Locke.....	43
c) Montesquieu	45
d) Rousseau.. ..	47
e) Kant.....	48

f)	Resümee.....	50
g)	Kritik am Modell des Gesellschaftsvertrages	52
2.	Europäische Traditionen.....	53
3.	Die Funktion von Straf- und Strafprozessrecht	55
4.	Funktionswandel des Straf- und Strafprozessrechts	56
5.	Ein „Grundrecht auf Sicherheit“?	59
6.	Zusammenfassung	62
III.	Grundrechtsschutz und Verfahrensgarantien in der Europäischen Union.....	63
1.	Grundrechtsschutz durch die Charta der Grundrechte.....	64
2.	Die Mindestschutzstandards der Europäischen Menschenrechtskonvention.....	65
3.	Die Gewährleistung der mitgliedstaatlichen Grundrechte	67
4.	Das Grünbuch mit Verfahrensgarantien im Strafrecht	69
5.	Die Grundrechtsrechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs.....	70
IV.	Grundsätze des Straf- und Strafprozessrechts	71
1.	Materielles Strafrecht	72
a)	Das Gesetzlichkeitsprinzip.....	72
b)	Der Begriff der „Straftat“	73
2.	Strafprozessrecht	74
a)	Das Legalitätsprinzip	75
b)	Nemo tenetur se ipsum accusare	77
c)	Das Prinzip der Waffengleichheit	80
d)	Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz	82
e)	Das Recht auf informationelle Selbstbestimmung.....	83
f)	Ne bis in idem – das Verbot der Doppelbestrafung	86
g)	Der gesetzliche unabhängige Richter.....	88
h)	Wirksamer Rechtsschutz.....	90
i)	Die Unschuldsvermutung	92

3.	Zusammenfassung	93
V.	Fazit.....	93
C.	Der Rahmenbeschluss über die Europäische Beweisanordnung.....	95
I.	Die historische Entwicklung der internationalen Rechtshilfe in Strafsachen.....	96
1.	Das Europäische Übereinkommen über die Rechtshilfe in Strafsachen von 1959.....	97
2.	Das Schengener Durchführungsübereinkommen	100
3.	Der Vertrag von Maastricht und der Vertrag von Amsterdam	102
4.	Tampere 1999: Ein Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts.....	103
5.	Das Prinzip der gegenseitigen Anerkennung	104
a)	Bedeutung und Ursprung auf europäischer Ebene	105
b)	Übertragung auf den Bereich des europäischen Straf(prozess)rechts.....	106
c)	Geeignetes Mittel im Bereich des Straf- und Strafprozessrechts?	108
d)	Illiberaler Effekt des Prinzips der gegenseitigen Anerkennung.....	109
e)	Das Prinzip der gegenseitigen Anerkennung in der strafrechtlichen Praxis.....	111
f)	Aufgabe des Prinzips der beiderseitigen Strafbarkeit	113
g)	Resümee.....	114
6.	Zusammenfassung	115
II.	Die Rechtsgrundlage des Rahmenbeschlusses über die Europäische Beweisanordnung.....	116
1.	Art. 31 EUV-Nizza.....	116
2.	Art. 34 Abs. 2 b EUV-Nizza.....	117
3.	Verfassungsrechtliche Bedenken	119
a)	Keine ausreichende demokratische Legitimation der Rahmenbeschlüsse auf europäischer Ebene	120

b)	Kompensation des Demokratiedefizits auf nationaler Ebene.....	122
c)	Art. 34 EUV-Nizza als Ermächtigungsnorm.....	126
aa.	Keine ausreichende Begrenzung der Rechtsangleichung.....	126
bb.	Kompetenz der Europäischen Union und Einhaltung des verfassungsrechtlich vorgegebenen Rahmens.....	129
cc.	Verstoß gegen das Subsidiaritäts- und Verhältnismäßigkeitsprinzip.....	131
4.	Zusammenfassung.....	134
III.	Interinstitutionelles Verfahren zum Rahmenbeschluss der Europäischen Beweisordnung.....	135
1.	Der Standpunkt der Kommission.....	136
2.	Die Stellungnahme des Europäischen Parlaments.....	136
a)	Stellungnahme des Ausschusses für Recht und Binnenmarkt.....	137
b)	Bericht des Ausschusses für die Freiheiten und Rechte der Bürger, Justiz und innere Angelegenheiten.....	138
c)	Änderungen des Europäischen Parlaments.....	140
d)	Resümee.....	141
3.	Die Diskussionen im Rat.....	141
4.	Exkurs: Deutsche Stellungnahmen.....	144
a)	Der Rechtsausschuss des deutschen Bundestages.....	145
b)	Die Bundesrechtsanwaltskammer.....	145
c)	Der deutsche Anwaltsverein.....	147
d)	Der deutsche Richterbund.....	148
e)	Auswirkungen.....	148
5.	Zusammenfassung.....	149
IV.	Der Inhalt des Rahmenbeschlusses über die Europäische Beweisordnung.....	150
1.	Der Gegenstand der Anordnung und Ausnahmen, Art. 4 Rb-EBA.....	151

2.	Die Voraussetzungen des Ersuchens.....	153
	a) Die Zuständigkeit zum Erlass einer Europäischen Beweisanordnung – der Grundsatz des Richter- bzw. Staatsanwaltsvorbehalts, Art. 2 lit. c Rb-EBA	154
	b) Zulässige Verfahrensarten, Art. 5 Rb-EBA.....	155
	c) Inhalts- und Formvorschriften, Art. 6 Rb-EBA.....	157
	d) Voraussetzungen des Erlasses, Art. 7 Rb-EBA	158
	aa. Befugnis-Shopping.....	159
	bb. Verhältnismäßigkeitsgrundsatz	161
	cc. Ergebnis.....	162
3.	Beiderseitige Strafbarkeit, Art. 14 Rb-EBA.....	162
	a) Das Prinzip der beiderseitigen Strafbarkeit.....	163
	b) Der Deliktskatalog, Art. 14 Abs. 2 Rb-EBA	165
4.	Automatischer Vollzug und Versagung der Vollstreckung	168
	a) Grundsatz des automatischen Vollzugs, Art. 11, 15 Rb-EBA.....	168
	b) Versagungsgründe	169
	aa. Art. 13 Rb-EBA	170
	bb. Keine Anerkennung nationaler ordre public- Klauseln	171
	cc. Besonderheit des § 97 StPO	172
	c) Resümee.....	172
5.	Die Rechtsbehelfe bei Zwangsmaßnahmen, Art. 18 Rb-EBA.....	173
6.	Keine Rechtsmittelinstanz	175
7.	Die Verwendung personenbezogener Daten, Art. 10 Rb-EBA.....	176
8.	Das Verhältnis der Europäischen Beweisanordnung zu anderen Rechtshilfeinstrumenten.....	177
9.	Zusammenfassung	178
V.	Das Urteil des Europäischen Gerichtshofs zum Rahmenbeschluss über den Europäischen Haftbefehl.....	179

1.	Sachverhalt.....	180
2.	Rechtliche Würdigung des Europäischen Gerichtshofs.....	182
3.	Analyse und Bedeutung für den Rahmenbeschluss über die Europäische Beweisanordnung.....	184
	a) Anwendung von Rechtsschutzgarantien.....	184
	b) Das System der Handlungsformen.....	185
	c) Das Prinzip der Strafgesetzlichkeit.....	186
	d) Resümee.....	187
VI.	Fazit.....	188
D.	Umsetzung des Rahmenbeschlusses über die Europäische Beweisanordnung in nationales deutsches Recht.....	191
	I. Entscheidung über das Europäische Haftbefehlsgesetz – Beschluss des Bundesverfassungsgerichts vom 18. Juli 2005.....	191
	1. Nichtigkeit des Europäischen Haftbefehlsgesetzes.....	192
	a) Verstoß gegen Art. 16 Abs. 2 S. 1 GG.....	193
	b) Verstoß gegen Art. 103 Abs. 2 GG.....	194
	c) Verstoß gegen Art. 19 Abs. 4 GG.....	195
	d) Verstoß gegen Art. 23 Abs. 1 GG.....	195
	e) Nichtigkeitsfolge.....	196
	2. Zusammenfassung.....	197
	II. Umsetzungsgesetz des Rahmenbeschlusses über die Europäische Beweisanordnung.....	197
	1. Möglichst schonende Umsetzung – Verhältnismäßigkeitsgrundsatz.....	198
	2. Rückwirkungsverbot.....	199
	3. Rechtsschutzgarantie.....	201
	4. Subsidiaritätsprinzip.....	202
	5. Zusammenfassung.....	203
E.	Nationale Unterschiede in der Beweiserhebung und Beweisverwertung....	205
	I. Generelle Unterschiede in den europäischen Strafprozessrechtssystemen.....	206

1.	Nationaler Überblick am Beispiel des Anwesenheitsrechts des Verteidigers bei Beschuldigtenvernehmungen im Ermittlungsverfahren	207
2.	Vernehmungsprotokolle als Gegenstand der Europäischen Beweisordnung	211
3.	Zusammenfassung	213
II.	Die Verfahrensbeteiligten und ihre Rollen in Deutschland, England und Frankreich.....	213
1.	Die Polizei.....	215
	a) In Deutschland.....	216
	b) In England	217
	c) In Frankreich	220
	d) Resümee.....	221
2.	Die Staatsanwaltschaft.....	222
	a) In Deutschland.....	222
	b) In England	224
	c) In Frankreich	227
	d) Resümee.....	229
3.	Der Richter.....	229
	a) In Deutschland.....	230
	b) In England	233
	c) In Frankreich	236
	d) Resümee.....	239
4.	Der Beschuldigte.....	240
	a) In Deutschland.....	241
	b) In England	243
	c) In Frankreich	245
	d) Resümee.....	247
5.	Der Verteidiger.....	248
	a) In Deutschland.....	249
	b) In England	251

c)	In Frankreich	254
d)	Resümee.....	255
6.	Der Verletzte	256
a)	In Deutschland.....	257
b)	In England	258
c)	In Frankreich	259
d)	Resümee.....	260
7.	Zusammenfassung	261
III.	Unterschiedliche Beweiserhebungsverbote.....	264
1.	Deutschland.....	265
a)	Die Durchsuchung	266
b)	Die Beschlagnahme	268
2.	England.....	270
a)	Die Durchsuchung	271
b)	Die Beschlagnahme	275
3.	Frankreich	277
a)	Die Durchsuchung	279
b)	Die Beschlagnahme	281
4.	Zusammenfassung	283
IV.	Unterschiedliche Beweisverwertungsverbote	285
1.	Deutschland.....	285
2.	England.....	288
3.	Frankreich	291
4.	Zusammenfassung	293
V.	Die Umgehung nationaler Schutzgarantien.....	294
1.	Deutschland als Anordnungsstaat	296
2.	Deutschland als Vollstreckungsstaat.....	296
VI.	Die wirksame Durchsetzung nationaler Schutzgarantien	298
1.	Im Rahmenbeschluss über die Europäische Beweisanordnung vorhandene Mittel.....	299

2. Zusammenfassung	300
VII. Fazit	300
F. Europäische Beweise als Teil eines gemeinsamen Strafprozessrechts für Europa?	303
I. Kein europäisches Strafprozessrecht durch gegenseitige Anerkennung	303
II. Schaffung von Kollisionsnormen	305
III. Ausbau und Sicherung von Verfahrensrechten auf europäischer Ebene	306
1. Ausbau von Verfahrensrechten	307
a) Schaffung eines verbindlichen Rechtsschutzniveaus auf europäischer Ebene	307
b) Gemeinschaftsrechtliches Beweiszulassungsverfahren ...	309
c) Beweisverwertungsverbote	310
aa. Sachverhalt	310
bb. Rechtliche Würdigung des Europäischen Gerichtshofs	311
cc. Analyse und Bedeutung	312
2. Organe zur Sicherung von Verfahrensrechten	313
a) Europäische Staatsanwaltschaft	313
b) Gerichtliche Kontrolle	315
c) Supranationales Verteidigungsnetz	315
IV. Fazit	316
G. Ergebnis	317
H. Summary	321
I. Schluss	325
J. Anhang	327
K. Literaturverzeichnis	369

A. Einleitung

Schopenhauer hat Beweise als die „Zurückführung des Zweifelhaften auf ein Anerkanntes“ verstanden.¹ Im Strafverfahren geht es nicht nur darum, einen zweifelhaften, möglicherweise strafrechtlich relevanten, Sachverhalt auf eine anerkannte Tatsachengrundlage zurückzuführen. Zielsetzung eines rechtmäßigen Strafverfahrens muss es auch und vor allem sein, durch eine rechtmäßige Beweiserhebung und Beweisverwertung die Verurteilung oder den Freispruch eines Beschuldigten auf eine anerkannte, d.h. tatsächlich und rechtlich vernünftigen Zweifeln Schweigen gebietende Grundlage zu stellen. Im Strafverfahrensrecht sticht so deutlich wie in keinem anderen Rechtsgebiet ein einziges Problem heraus, das prozessual einzigartige Beweisproblem.² Insofern werden sowohl Strafrechtswissenschaftler als auch –anwender immer wieder mit (beweis-) rechtlichen Fragestellungen konfrontiert. Die Mitgliedstaaten der Europäischen Union (EU) haben die grenzüberschreitende Zusammenarbeit im Bereich der Strafverfolgung in den letzten Jahren verstärkt und ausgebaut.³ Im Zuge der Europäisierung der Strafverfolgung⁴ ist das Zentralproblem des Strafprozesses⁵, das Beweisproblem, zu einem europäischen Beweisproblem geworden und die sich daraus ergebenden Fragestellungen haben sich von der nationalen Ebene auf die Ebene der EU ausgeweitet. Durch den Rahmenbeschluss des Rates vom 18. Dezember 2008 über die Europäische Beweisordnung zur Erlangung von Sachen, Schriftstücken und Daten zur Verwendung in Strafsachen⁶ (im Folgenden: Rahmenbeschluss über die Europäische Beweisordnung bzw. Rb-EBA) hat die Europäische Union die Grundlage für die Erhebung europaweit verkehrsfähiger, kurz europäischer, Beweise geschaffen.

I. Gegenstand und Ziel der Untersuchung

Gegenstand dieser Untersuchung ist der Rahmenbeschluss über die Europäische Beweisordnung, mit dem sich die vorliegende Arbeit kritisch auseinandersetzt. Sie ist geprägt vom Leitgedanken einer freiheitlichen Strafgesetzlichkeit.

1 Schopenhauer, Vierfache Wurzel, § 14, S. 34.

2 Alsberg u. a., Beweisantrag im Strafprozess, S. VII.

3 Gleß, Beweisrechtsgrundsätze, S. 29.

4 Vgl. dazu exemplarisch: Nelles, ZStW 109 (1997), S. 727 ff.; Satzger, Europäisierung des Strafrechts; Sieber, ZStW 103 (1991), S. 957 ff.; Vogel, GA 2002, 517 ff.

5 Alsberg u. a., Beweisantrag im Strafprozess, S. VII.

6 ABl. L 350 vom 30.12.2008, S. 72 – 92.

Den Vorschlag für einen Rahmenbeschluss des Rates über die Europäische Beweisordnung zur Erlangung von Sachen, Schriftstücken und Daten zur Verwendung in Strafverfahren legte die Kommission der Europäischen Gemeinschaften am 14. November 2003 vor⁷, den der Rat der Europäischen Union am 21. Dezember 2007 angenommen hat⁸. Am 19. Januar 2009 ist der Rahmenbeschluss des Rates vom 18. Dezember 2008 über die Europäische Beweisordnung zur Erlangung von Sachen, Schriftstücken und Daten zur Verwendung in Strafsachen in Kraft getreten.⁹

Ziel des Vorschlags der Kommission über den Rahmenbeschluss über die Europäische Beweisordnung war es, durch Anwendung des Grundsatzes der gegenseitigen Anerkennung Beweismittel in Europa auf einheitliche, schnelle und effektive Weise zu erlangen und dem ersuchenden Staat zu übergeben.¹⁰

Die Mitgliedstaaten haben gemäß Art. 23 Rb-EBA die erforderlichen Maßnahmen zu treffen, um dem Rahmenbeschluss bis zum 19. Januar 2011 nachzukommen, was bislang jedoch nur schleppend geschieht. Nach der Übergangsregelung des Art. 22 Rb-EBA gelten für vor dem 19. Januar 2011 eingehende Rechtshilfeersuchen noch die bestehenden Rechtsinstrumente zur Rechtshilfe in Strafsachen. Anschließend wird der Rahmenbeschluss über die Europäische Beweisordnung das traditionelle Rechtshilfeverfahren ersetzen.¹¹ Ob dies bereits im Jahr 2012 der Fall sein wird, ist nicht klar, denn nach Erwägungsgrund 25 Rb-EBA besteht die Europäische Beweisordnung so lange neben den vorhandenen Rechtshilfeverfahren, bis die Arten der Beweiserhebung, die von dem Anwendungsbereich dieses Rahmenbeschlusses ausgenommen sind, ebenfalls Gegenstand eines Rechtsinstruments über die gegenseitige Anerkennung sind, durch dessen Annahme ein vollständiges System der gegenseitigen Anerkennung entstände, das die Rechtshilfeverfahren ersetzen würde.

Der Rahmenbeschluss über die Europäische Beweisordnung, der die europäische Grundlage europaweit verkehrsfähiger Beweise in Gestalt von Sachen, Schriftstücken und Daten ist, wirft sowohl beweis- als auch verfassungsrechtliche Fragestellungen auf. Denn die Verwertung von Sachen, Schriftstücken und Daten, die im Geltungsbereich einer fremden Rechtsordnung gewonnen wurden, als Beweismittel im eigenen nationalen Strafverfahren begegnet Bedenken.¹² In solchen Fällen können zum einen regelmäßig nicht die Beweiserhebungsgrundsätze eingehalten werden, die die eigene nationale Verwertbar-

7 KOM (2003) 688 endg. vom 14.11.2003.

8 Ratsdokument 13076/07 COPEN 132.

9 ABl. L 350 vom 30.12.2008, S. 72 – 92.

10 KOM (2003) 688 endg. vom 14.11.2003, S. 8.

11 Padfield/Sugman, Arch. News 2006, S. 5, 6.

12 Gleß, Beweisrechtsgrundsätze, S. 29.

keit des Beweismittels sichern¹³, zum anderen könnten durch die ausländische Beweiserhebung Verfahrensstandards unterlaufen werden, die ein „faires Verfahren“ der Sachverhaltsaufklärung und -feststellung in dem letztlich verurteilenden Staat garantieren¹⁴.

Die Bedenken ergeben sich daraus, dass Beweismittel und Beweisverfahren eine empirisch objektive Wahrheit abhängig vom jeweiligen Strafsystem vermitteln¹⁵ und nur unter systemspezifischen Bedingungen verlässliche Grundlage strafprozessualer Wahrheitsfindung sind¹⁶. Weiter wird die spezifische Legitimationsgrundlage von Beweismitteln und Beweisverfahren des strafrechtlich entscheidenden Mitgliedstaats in Frage gestellt, weil verschiedene rechtliche Rahmenbedingungen der Beweiserhebung und -verwertung durch die Erhebung ausländischer Beweise und Verwertung derselben im inländischen Strafverfahren miteinander kombiniert werden können und die als faires Verfahren anerkannte Konfliktlösung zwischen den widerstreitenden Interessen der Strafverfolgungsorgane und des Beschuldigten durch fremde Wertentscheidungen beeinflusst und gar ersetzt werden können.¹⁷

Ziel der Untersuchung ist die differenzierte Auseinandersetzung mit der Frage, ob durch „europäische Beweise“ die Rückführung des Zweifelhaften auf ein Anerkanntes, d.h. ein europaweiter Beweistransfer ohne Legitimationsverlust, möglich ist. Sie ist deshalb weder ein Kommentar noch ein Handbuch für diejenigen, die mit einer europäischen Beweisordnung befasst oder von einer solchen betroffen sind. Vielmehr zeigt die Arbeit die wesentlichen grund- und verfahrensrechtlichen Folgen der Europäischen Beweisordnung auf und bietet insofern konstruktive Lösungsvorschläge für ein europäisches Strafprozessrecht ohne Legitimationsverluste und Einschränkungen des Grundrechtsschutzes.

Nicht Gegenstand dieser Arbeit ist Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über die Europäische Ermittlungsanordnung in Strafsachen¹⁸, auch bezeichnet als „Europäische Beweisordnung 2“¹⁹, für die die gleichen Argumente greifen dürften, die betreffend den Rahmenbeschluss über die Europäische Beweisordnung in dieser Arbeit entwickelt werden.

In dem am 11. Dezember 2009 angenommenen Stockholmer Programm²⁰ hat der Europäische Rat beschlossen, dass die Einrichtung eines umfassenden

13 Weigend, ZStW 116 (2004), S. 275, 293.

14 Nelles, ZStW 109 (1997), S. 727, 745; Perron, ZStW 116 (2004), S. 202, 223.

15 Perron, ZStW 116 (2004), S. 202, 223.

16 Gleß, Beweisrechtsgrundsätze, S. 30.

17 Gleß, Beweisrechtsgrundsätze, S. 30.

18 Ratsdokument 9288/10.

19 Vgl. z.B.: Brodowski, ZIS 2010, S. 376, 383.

20 Ratdokument 17024/09.

Systems für die Beweiserhebung in Fällen mit grenzüberschreitenden Bezügen, das auf dem Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung basiert, weiter verfolgt werden sollte.²¹ Dem Europäischen Rat zufolge stellen die bestehenden Rechtsinstrumente auf diesem Gebiet eine lückenhafte Regelung dar und bedarf es eines neuen Ansatzes, der auf dem Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung beruht aber auch der Flexibilität des traditionellen Systems der Rechtshilfe Rechnung trägt.²² Der Europäische Rat hat die Kommission ersucht, ein umfassendes System vorzuschlagen, das sämtliche bestehenden Instrumente in diesem Bereich ersetzen soll, unter anderem auch den Rahmenbeschluss über die Europäische Beweisverordnung, das so weit wie möglich alle Arten von Beweismitteln erfasst und Vollstreckungsfristen enthält und die Verweigerungsgründe so weit wie möglich begrenzt.²³ Am 29. April 2010 haben acht Mitgliedsstaaten die Initiative für eine Richtlinie über die Europäische Ermittlungsverordnung in Strafsachen eingebracht.²⁴

Die Richtlinie über die Europäische Ermittlungsverordnung befindet sich momentan im interinstitutionellen Verfahren. Sollte sie in Kraft treten, verliert damit der Rahmenbeschluss über die Europäische Beweisverordnung dennoch nicht seine Bedeutung. Im Gegenteil, der Rahmenbeschluss über die Europäische Beweisverordnung und seine Kenntnis werden umso wichtiger. Dies aus zwei Gründen: Zum einen wird die grenzüberschreitende Beweiserhebung nach der Umsetzung des Rahmenbeschlusses über die Europäische Beweisverordnung durch die Mitgliedsstaaten zwischenzeitlich auf seiner Grundlage angeordnet und vollstreckt werden. Zum anderen wird sich die Rechtshilfe durch die Europäische Ermittlungsverordnung weiter verkomplizieren. Der Anwender wird sich – jedenfalls zeitweilig – mit mehreren Rechtshilfeinstrumenten beschäftigen müssen, so dass es wichtig ist, Inhalt und Anwendungsbereich des Rahmenbeschlusses über die Europäische Beweisverordnung zu kennen.

II. Gang der Untersuchung

Die vorliegende Untersuchung widmet sich der Frage, unter welchen Voraussetzungen die europäische Beweiserhebung angeordnet werden darf, welche Vor- und Nachteile mit diesem Vorhaben verbunden sind und welche Auswirkungen

21 Ratsdokument 17024/09, S. 22.

22 Ratsdokument 17024/09, S. 22.

23 Ratsdokument 17024/09, S. 23.

24 Ratsdokument 17024/09.

die Beweisanordnung und -verwertung auf die Durchsetzung der freiheitssichernden, in der Aufklärung wurzelnden Prozess- und Grundrechte hat.

Dabei wird zunächst der europäische Bezugsrahmen des Rahmenbeschlusses dargestellt, dann werden die einzelnen Vorschriften des Rahmenbeschlusses beleuchtet und es werden Maßstäbe für die Umsetzung des Rahmenbeschlusses in nationales deutsches Recht entwickelt. Anschließend werden die nationalen Unterschiede mitgliedstaatlicher Strafverfahren am Beispiel des Anwesenheitsrechts des Verteidigers im Ermittlungsverfahren verdeutlicht. Die national unterschiedlichen Rollen der Verfahrensbeteiligten sowie Beweiserhebungs- und -verwertungsvorschriften werden sodann am Beispiel Deutschlands, Englands und Frankreichs aufgezeigt, da eine europaweite Darstellung den Rahmen dieser Arbeit sprengen würde. Es wird kritisch untersucht, ob in der Europäischen Union durch die Anwendung des Grundsatzes der gegenseitigen Anerkennung Ermittlungsbefugnisse ausgeweitet und Beweisverbote eingeschränkt werden. Verbunden damit wird erörtert, ob durch die Europäische Beweisanordnung die – verfassungsrechtlich garantierten – strafprozessualen Prinzipien beeinträchtigt werden und somit die in der Aufklärung wurzelnde Funktion des Strafprozessrechts, staatliche Eingriffe zu limitieren, unterlaufen wird, um Effizienz und Vereinheitlichung zu erreichen. Für diesen Fall werden letztendlich konstruktive Möglichkeiten aufgezeigt, europäische Beweise, im Sinne europaweit verkehrsfähiger Beweise, zu schaffen, die sowohl dem berechtigten Interesse an einer effektiven und effizienten Strafverfolgung Rechnung tragen als auch die Individualrechte der Betroffenen wahren.

B. Der europäische Bezugsrahmen

Als erstes ist die grundsätzliche Frage nach der Legitimationsgrundlage des Rahmenbeschlusses über die Europäische Beweisordnung zu beantworten, um beurteilen zu können, inwieweit er sich in seinen europäischen Bezugsrahmen einfügt, der zunächst dargestellt werden soll.

Inwieweit die einzelnen Regelungen des Rahmenbeschlusses über die Europäische Beweisordnung mit der philosophischen Basis und den freiheitssichernden einfachgesetzlichen und verfassungsrechtlichen Prinzipien des vereinten Europas übereinstimmen, wird später in einem zweiten Schritt zu untersuchen sein (vgl. unten Teil C.).

Der Rahmenbeschluss über die Europäische Beweisordnung ist ein Element des europäischen Strafrechts. Als solcher ist er Teil eines Entwicklungsprozesses, dessen Beginn und Ende weder voraussehbar noch inhaltlich festgelegt sind und den es als solchen eigentlich nicht geben kann.²⁵ Denn das Strafrecht ist Ergebnis angewandter staatlicher Souveränität und des staatlichen Gewaltmonopols²⁶; Europa ist jedoch kein Staat oder staatsähnliches Gebilde.²⁷ Nach überholter Verfassungslage war die Europäische Union eine völkerrechtliche Institution ohne eigene Rechtspersönlichkeit.²⁸ Erst durch den am 1. Dezember 2009 in Kraft getretenen Vertrag von Lissabon trat die Union an die Stelle der Europäischen Gemeinschaften und wurde als internationale Organisation mit eigener Rechtspersönlichkeit zum Völkerrechtssubjekt.²⁹ Der Vertrag von Lissabon verleiht der Europäischen Union keine umfassende ausschließliche Kompetenz zur Strafrechtssetzung.³⁰

Der Begriff „europäisches Strafrecht“ beschreibt insofern den Bezugsrahmen der Kriminaljustizsysteme der Mitgliedstaaten³¹, der Normen des Unionsrechts und des Völkerrechts³². Bislang gibt es weder unionsrechtliche Strafnormen noch einen supranationalen Kodex mit Strafvorschriften.³³

Dennoch existiert – neben dem vorgenannten Konglomerat an Rechtsnormen – bereits ein europäisches Strafrecht, nämlich als Modell der staatsrechtli-

25 Braum, StV 2003, S. 576.

26 Braum, StV 2003, S. 576.

27 Hecker, Europäisches Strafrecht, § 4 Rn. 1.

28 Vgl. statt vieler: Di Fabio, DÖV 1997, S. 89, 90 m. w. N.

29 Hecker, Europäisches Strafprozessrecht, § 4, Rn. 1.

30 Mansdörfer, HRRS 2010, S. 11, 14.

31 Braum, StV 2003, S. 576.

32 Hecker, Europäisches Strafrecht, § 1, Rn. 5.

33 Hecker, Europäisches Strafrecht, § 4, Rn. 58.

chen Philosophie der Aufklärung³⁴ und als Reaktion auf die staatlichen Unrechtssysteme des 20. Jahrhunderts, deren Machthaber sich des Strafrechts als Mittel zur Entgrenzung staatlicher Gewalt bedienten³⁵.

Vor diesem Hintergrund soll im Folgenden gezeigt werden, dass der Rahmenbeschluss über die Europäische Beweisordnung und eine Europäische Beweisordnung als solche ihre Legitimation nicht durch die europäischen Verträge oder eine Europäische Verfassung erfahren können, sondern dass sie sich an den strafrechtlichen Prinzipien der Aufklärung messen lassen müssen, um ihre Rechtmäßigkeit zu bezeugen.

I. Die Europäischen Verträge als Maßstab der Europäischen Beweisordnung

Die Verfassungen der Mitgliedstaaten normieren die Prinzipien der europäischen Aufklärung, an denen sich das jeweils geltende Strafrecht messen lassen muss. Ihre nationale Integrations- und Geltungskraft reicht nicht soweit, als dass sie die Rechtmäßigkeit supranationaler Rechtsakte beurteilen könnten.³⁶ Folglich kommen sie als Richtschnur des Rahmenbeschlusses über die Europäische Beweisordnung nicht in Betracht.

Auch die europäischen Gründungsverträge können nicht als Maßstab zur Beurteilung des Rahmenbeschlusses über die Europäische Beweisordnung herangezogen werden. Denn die Gründungsverträge enthalten weder Regelungen zum gemeineuropäischen Strafrecht, noch kann auf ihrer Grundlage – mangels der entsprechenden Regelungen – eine Übertragung strafrechtlicher Befugnisse der Mitgliedstaaten auf die Europäische Gemeinschaft/Union angenommen werden.³⁷ Letzteres hat sich durch den Vertrag von Lissabon geändert.³⁸

1. Die Verträge von Maastricht und Amsterdam

In den Verträgen von Maastricht und Amsterdam findet sich das Strafrecht wiederholt als Gegenstand und Bestimmung, zuletzt insbesondere in Verbindung mit dem Zweck, einen „Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts“ zu

34 Naucke, Jahrbuch der Juristische Zeitgeschichte Bd. 3 (2001/2002), S. 439.

35 Braum, StV 2003, S. 576, 580.

36 Braum, JZ 2000, S. 493, 498.

37 So auch: Tiedemann, in: FS-Roxin, S. 1401 – 1413, 1402.

38 Siehe dazu unten: B.I.3. (Der Vertrag von Lissabon).

schaffen, wobei dieses Ziel insbesondere auch auf die Bekämpfung von Kriminalität ausgerichtet ist.

Durch den Vertrag von Maastricht³⁹ wurde die Zusammenarbeit in den Bereichen Justiz und Inneres institutioneller Teil der Europäischen Union und dadurch ein einheitlicher Koordinationsrahmen für die Mitgliedstaaten in diesem Bereich geschaffen. Die in Titel VI des EUV-Maastr. vom 7. Februar 1992 geregelte Zusammenarbeit auf diesen Feldern wird als „*dritte Säule*“ bezeichnet.⁴⁰ Nach dem Vertrag von Maastricht konnten Beschlüsse des Rates im Bereich der Union im Bereich der dritten Säule nur einstimmig gefasst werden und durch diese Beschlüsse wurde kein in den Mitgliedstaaten unmittelbar anwendbares und Vorrang beanspruchendes Recht gesetzt⁴¹, sondern die Anwendbarkeit setzte die Transformation in nationales Recht voraus.

Der EG-Vertrag erwähnt erst seit dem am 1. Mai 1999 in Kraft getretenen Vertrag von Amsterdam⁴² das Strafrecht, durch den mit dem Aufbau eines „Raums der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts“ eine inhaltliche Zielvorgabe festgelegt wurde, die sich sowohl im EGV (Art. 61 EGV) als auch im EU-Vertrag (Art. 29 EUV-Amst., nun: Art. 3 Abs. 2 EUV-Lissabon) findet. Für die Einordnung der beabsichtigten Schaffung eines „Raums der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts“ als Zielvorgabe⁴³ spricht, dass „die Erhaltung und Weiterentwicklung der Union als Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts“ auch Eingang in die fundamentalen Vertragsziele des EUV gefunden hat.

Das wesentliche Ziel des Vertrags von Amsterdam ist, den EU-Vertrag nachzubessern und fortzuentwickeln.⁴⁴

Durch den Amsterdamer Vertrag wurde zwar Art. F EUV-Maast. (Art. 6 EUV-Amst.) dahingehend geändert, dass sich die Europäische Union ausdrücklich zu Menschenrechten, Grundfreiheiten und Rechtsstaatlichkeit bekennt⁴⁵, dieses Bekenntnis der Europäischen Union war vorher schon im 3. Erwägungsgrund der Präambel des EUV-Maast. enthalten⁴⁶.

39 BGBl. II, 1992, S. 1253: Vertrag über die Europäische Union vom 07.02.1992.

40 Seidel, EuR 1992, S. 125; Fischer EuZW 1994, S. 747; kritisch bzgl. der Architekturmetapher: von Bogdandy/Nettesheim, EuR 1996, S. 3, 8.

41 BVerfGE 89, 155, 176.

42 BGBl. II, 1998, S. 387.

43 Ehrentraut, Integration 1999, S. 246, 255.

44 Hilf/Pache, NJW 1998, S. 705.

45 BGBl. II 1998, S. 386, 388.

46 BGBl. II 1992, S. 1253.

2. Die Europäische Verfassung

In der geplanten europäischen Verfassung, deren Ratifizierungsprozess nach den ablehnenden Volksabstimmungen in Frankreich und den Niederlanden 2005 gestoppt wurde, ist der „Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts“ in Art. I-3 Abs. 2 EV als Ziel der Union normiert und Art. II-66 EV garantiert als Grundfreiheit jedem Menschen das „Recht auf Freiheit und Sicherheit“.

Als formelle Grenzen des europäischen Strafrechts enthielt die Europäische Verfassung in Titel III des Teils I, der die Zuständigkeiten der Union beschreibt, den Grundsatz der begrenzten Einzelermächtigung (Art. I-11 Abs. 2 EV) sowie das Subsidiaritätsprinzip (Art. I-11 Abs. 3 EV) und den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz (Art. I-11 Abs. 4 EV). Durch diese verfassungsimmanente Schranken wäre die Europäische Union bei der Ausübung ihrer Zuständigkeit in dem Bereich des „Raums der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts“ beschränkt worden. Bei diesem Hauptbereich der Zuständigkeit der Union handelte es sich nach Art. 1-14 Abs. 1, 2 j EV um einen Bereich mit geteilter Zuständigkeit zwischen der Union und den Mitgliedstaaten. In Bereichen mit geteilter Zuständigkeit konnten nach Art. 1-12 Abs. 2 EV die Union und die Mitgliedstaaten gesetzgeberisch tätig werden und verbindliche Rechtsakte erlassen. Die Mitgliedstaaten hätten ihre Zuständigkeiten in diesem Bereich wahrgenommen, sofern und soweit die Union ihre Zuständigkeit nicht ausgeübt oder entschieden hat, auf die Ausübung ihrer Zuständigkeit zu verzichten. In materieller Hinsicht wären vor allem die Justizgrundrechte in Titel VI des Teils II maßgeblich gewesen. Damit hätten sich die formellen Schranken des europäischen Strafrechts und verbindliche Prinzipien, die geeignet sind, den Umfang und den Inhalt des europäischen Strafrechts materiell zu begrenzen, aus der Verfassung bestimmen lassen.

Nach den ablehnenden Volksabstimmungen und dem gestoppten Ratifizierungsprozess hat sich die Kommission de facto von der Europäischen Verfassung verabschiedet und beabsichtigt nicht, aktiv zu werden, um den Verfassungsvertrag zu retten. So geht der aktuelle EU-Kommissionspräsident *Barroso* davon aus, „dass es in naher Zukunft keine europäische Verfassung geben wird.“⁴⁷

Obwohl die Ratifizierung der Europäischen Verfassung gescheitert ist, behält der am 29. Oktober 2004 von den Mitgliedstaaten beschlossene Vertrag als heuristisches Instrument für die Auslegung des geltenden und die Ausgestaltung des künftigen supranationalen Rechts seine Bedeutung.⁴⁸ Denn auch wenn der

47 Winter, EU-Verfassung vom Tisch, Frankfurter Rundschau v. 22.9.2005, S. 6.

48 Tiedemann, in: FS-Jung, S. 987 – 1003, 987.

Vertrag über die Europäische Verfassung auf dem Europäischen Rat vom 22./23. Juni 2007 letztlich beerdigt wurde, entstand aus den Überresten sogleich der Entwurf des zunächst sog. Reformvertrags, der Grundlage des Vertrags von Lissabon sein sollte.⁴⁹

3. Der Vertrag von Lissabon

Der Vertrag von Lissabon zur Änderung des Vertrages über die Europäische Union⁵⁰ in der Gestalt des Vertrags von Nizza⁵¹ ersetzt den nicht von allen Mitgliedstaaten ratifizierten Vertrag über eine Verfassung für Europa. Er ist wie die Verträge von Maastricht und Amsterdam ein völkerrechtlicher Änderungsvertrag. Er ist wie die Verträge von Amsterdam und Nizza auf Art. 48 EUV-Nizza bzw. die Vorgängerfassungen des EUV gestützt und in dem seit Inkrafttreten des Vertrages von Maastricht vorgesehenen Änderungsverfahren entstanden. Im Gegensatz zu den Verträgen von Amsterdam und Nizza sieht der Vertrag von Lissabon eine grundlegende Änderung des bestehenden EU-Vertragssystems vor. Er löst die bisherige „drei-Säulen-Struktur“ der Europäischen Union auf. Der Vertrag über die Europäische Union behält dabei seine Bezeichnung, der Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft wird in Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union umbenannt. Die Europäische Union tritt an die Stelle der Europäischen Gemeinschaft, deren Rechtsnachfolgerin sie ist. Der Vertrag von Lissabon verleiht der Union formelle Rechtspersönlichkeit. In seiner Bedeutung für die Entwicklung der Union ist er deshalb mit dem Vertrag von Maastricht vergleichbar.⁵²

Der Vertrag von Lissabon überführt das Straf- und Strafprozessrecht, die sogenannte dritte Säule der Europäischen Union⁵³, in die supranationale Unionsgewalt.⁵⁴ Die bislang im VI. Teil des EUV-Nizza geregelte polizeiliche und justizielle Zusammenarbeit in Strafsachen wird in den Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) überführt und damit quasi – in durch den Vertrag von Lissabon veralteter Terminologie gesprochen – vergemein-

49 Heger, ZIS 2009, S. 406.

50 ABl. 2007 C 306, S. 1.

51 Vertrag von Nizza: ABl. 2001 C 80, S. 1; konsolidierte Fassung des EUV nach dem Vertrag von Nizza: ABl. 2002 C 325, S. 1.

52 BVerfG, NJW 2009, S. 2267.

53 Albrecht/Braum, KritV 1998, S. 460, 471; zum „Dritten Pfeiler“ siehe unten: C.I.3. (Der Vertrag von Maastricht und der Vertrag von Amsterdam).

54 BVerfG NJW 2009, 2267, 2282.

schaftet.⁵⁵ Auch wenn die dritte Säule in den AEUV übertragen wird, ist der EUV-Lissabon aufgrund der Verschmelzung von Union und Gemeinschaft konstituierender Vertrag der neuen europäischen Union und Ausgangspunkt aller Betätigung dieser neuen Organisationsform. Der AEUV konkretisiert lediglich die im neuen EUV-Lissabon geregelten Politikfelder und damit auch das europäische Strafrecht.⁵⁶

Durch den Vertrag von Lissabon wurde das Instrument des Rahmenbeschlusses aufgegeben und durch die Richtlinie ersetzt, vgl. Art. 69 a Abs. 2, 69 b Abs. 1, 2 AEUV. Der neue Art. 249 Abs. 1 AEUV sieht die Maßnahme des Rahmenbeschlusses nicht mehr vor. Die bis zum Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon angenommenen Rahmenbeschlüsse behalten auch in Zukunft ihre Gültigkeit.⁵⁷

Im hier interessierenden Bereich des Strafverfahrensrechts kann die Europäische Union nun Mindestvorschriften zur Zulassung von Beweismitteln „auf gegenseitiger Basis“, zu Beschuldigten-, Zeugen- und Opferrechten sowie zu sonstigen Aspekten erlassen, die zuvor durch einstimmigen Beschluss des Rates nach Zustimmung des Europäischen Parlaments bestimmt worden sind (Art. 82 Abs. 2 Unterabs. 1, 2 AEUV). Das Europäische Parlament und der Rat können außerdem gemäß Art. 83 Abs. 1 AEUV durch Richtlinien Mindestvorschriften zur Festlegung von Straftaten und Strafen in Bereichen besonders schwerer Kriminalität festlegen, die aufgrund der Art oder der Auswirkungen der Straftaten oder aufgrund einer besonderen Notwendigkeit, sie auf einer gemeinsamen Grundlage zu bekämpfen, eine grenzüberschreitende Dimension haben.

Grenze der durch den Vertrag von Lissabon neu begründeten Kompetenzen ist gemäß Art. 82 Abs. 3, 83 Abs. 3 AEUV das nationale Veto der Vertreter der Mitgliedstaaten im Rat, mit dem diese, gestützt auf grundlegende Aspekte der Strafrechtsordnung, Strafrecht-Richtlinien jedenfalls für ihr Land verhindern können.

Durch dieses Veto-Recht wird die Europäische Union bei der Ausübung ihrer Zuständigkeit in dem Bereich des „Raums der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts“ beschränkt. Bei diesem Hauptbereich der Zuständigkeit der Union handelte es sich nach Art. 4 Abs. 2 j AEUV um einen Bereich mit geteilter Zuständigkeit zwischen der Union und den Mitgliedstaaten. In Bereichen mit geteilter Zuständigkeit konnten nach Art. 2 Abs. 2 AEUV die Union und die Mitgliedstaaten gesetzgeberisch tätig werden und verbindliche Rechtakte erlassen.

55 Heger, ZIS 2009, S. 406, 407

56 Heger, ZIS 2009, S. 406, 407.

57 Schreiber, Europäische Rahmenbeschlüsse, S. 160.

Die Mitgliedstaaten nehmen ihre Zuständigkeiten in diesem Bereich wahr, sofern und soweit die Union ihre Zuständigkeit nicht ausgeübt oder entschieden hat, auf die Ausübung ihrer Zuständigkeit zu verzichten. Diese Regelungen stimmen mit den Regelungen des gescheiterten Verfassungsvertrags überein⁵⁸.

In materieller Hinsicht sind vor allem die Justizgrundrechte der Grundrechtecharta (GRC) und der EMRK maßgeblich, denn gemäß Art. 6 Abs. 1 EUV-Lissabon sind die Verträge und die Charta der Grundrechte, die die Union anerkennt, rechtlich gleichrangig und die Union hat ihren Beitritt zur EMRK erklärt (Art. 6 Abs. 2 EUV-Lissabon).

4. Entscheidung über den Vertrag von Lissabon – Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 30. Juni 2009

Die Ratifikation des Vertrages von Lissabon zur Änderung des Vertrages über die Europäische Union und des Vertrages zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft vom 13. Dezember 2007⁵⁹ war Gegenstand der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 30. Juni 2009⁶⁰. Die zum Gegenstand gemeinsamer Entscheidung verbundenen Verfahren betrafen das Zustimmungsgesetz zum Vertrag von Lissabon und teilweise die deutschen Begleitgesetze zur Änderung des Grundgesetzes (Art. 23, 45, 93 GG) und zur Ausweitung und Stärkung der Rechte des Bundestages und des Bundesrates in Angelegenheiten der Europäischen Union.

Das Bundesverfassungsgericht hat sich in seinem Urteil zur justiziellen Zusammenarbeit in Strafsachen geäußert und die Übertragung von Hoheitsrechten auf die EU über die intergouvernementale Zusammenarbeit hinaus nur für bestimmte grenzübergreifende Sachverhalte unter restriktiven Voraussetzungen als zulässig bezeichnet⁶¹. Das Bundesverfassungsgericht prüft, ob Rechtsakte der europäischen Organe und Einrichtungen das Subsidiaritätsprinzip wahren und hält es für erforderlich, dass der Bundestag seine Integrationsverantwortung in geeigneter Weise wahrnimmt.⁶²

Das Bundesverfassungsgericht hat entschieden, dass das Gesetz über die Ausweitung und Stärkung der Rechte des Bundestags und des Bundesrats in Angelegenheiten der Europäischen Union insoweit gegen Art. 38 Abs. 1 i. V. m. Art. 23 Abs. 1 GG verstößt, als Beteiligungsrechte des deutschen Bundestages

58 Siehe dazu oben: B.I.2. (Die Europäische Verfassung).

59 ABl. Nr. C 306, S. 1.

60 BVerfG NJW 2009, S. 2267 ff.

61 BVerfG NJW 2009, S. 2267, 2273 f.

62 BVerfG NJW 2009, S. 2267.

und des Bundesrates nicht in dem erforderlichen Umfang ausgestaltet sind. Im Übrigen wurden die Beschwerdeführer abfällig beschieden.⁶³

Das Bundesverfassungsgericht hat weiter geurteilt, dass das Demokratieprinzip und das von Art. 23 Abs. 1 S. 1 GG strukturell geforderte Subsidiaritätsprinzip verlangen, dass in zentralen Bereichen des Raums persönlicher Entfaltung die Übertragung und die Ausübung von Hoheitsrechten auf die Union in vorhersehbarer Weise sachlich auf Felder zu begrenzen in denen es zur Koordination grenzüberschreitender Sachverhalte notwendig ist.⁶⁴

a. Grundsätze

Entscheidungen über das formelle und materielle Strafrecht gelten von jeher als besonders sensibel für die demokratische Selbstgestaltung eines Verfassungsstaats⁶⁵, da sowohl die Voraussetzungen der Strafbarkeit als auch die Ansichten von einem fairen, angemessenen Strafverfahren von kulturellen, historisch entwickelten und sprachlich beeinflussten Vorverständnissen von den Alternativen abhängig ist, die die öffentliche Meinung bewegen⁶⁶. Die Pönalisierung strafbaren Verhaltens ist nach der Rechtsprechung des 2. Senats nur eingeschränkt aus europaweiten Werten und Prämissen ableitbar⁶⁷, so dass dem demokratischen Entscheidungsprozess die Entscheidungen über strafwürdiges Verhalten, Rang von Rechtsgütern, Sinn und Maß der Strafandrohung überantwortet sind⁶⁸.

b. Demokratieprinzip

Aufgrund der Überführung des Straf- und Strafprozessrechts in die supranationale Unionsgewalt erachtet das Bundesverfassungsgericht das in Art. 48 Abs. 7 Unterabs. 3 EUV-Lissabon vorgesehene Ablehnungsrecht nationaler Parlamente nicht als ausreichendes Äquivalent zum mitgliedstaatlichen Ratifikationsvorbehalt, so dass eine Zustimmung des deutschen Regierungsvertreters im Europäischen Rat zukünftig in Deutschland ein Gesetz des Bundestags und Bundesrats im Sinne des Art. 23 Abs. 1 S. 2 ggfs. S. 3 GG erfordert.⁶⁹ Denn nur auf diese Weise bestätigen die deutschen Regierungsorgane ihre Integrati-

63 BVerfG NJW 2009, S. 2267, 2268.

64 BVerfG NJW 2009, S. 2267, 2274.

65 BVerfG 209, 2276, 2274.

66 Weigend, ZStW 1993, S. 774, 785.

67 BVerfG NJW 2009, S. 2267, 2274.

68 BVerfGE 120, 224, 241 f.

69 BVerfG NJW 2009, S. 2267, 2282 f.

onsverantwortung und entscheiden über die Frage, ob das demokratische Legitimationsniveau ausreicht, um die Mehrheitsentscheidung zu akzeptieren.⁷⁰

Die Ausübung von Art. 83 Abs. 1 Unterabs. 3 AEUV setzte im Bereich der justiziellen Zusammenarbeit ein Gesetz im Sinne im Sinne von Art. 23 Abs. 1 S. 2 GG voraus. Soweit im Rahmen von Art. 82 Abs. 2 Unterabs. 2 lit. d AEUV und Art. 83 Abs. 1 Unterabs. 3 AEUV die allgemeine Brückenklausel zur Anwendung kommen sollte, bedürfte dies der vorherigen Zustimmung von Bundestag und Bundesrat in Form eines Gesetzes nach Art. 23 Abs. 1 S. 2 GG.

c. Subsidiaritätsprinzip

Im grundrechtsrelevanten Bereich des Straf- und Strafprozessrechts darf die Übertragung von Hoheitsrechten über die intergouvernementale Zusammenarbeit hinaus nur für bestimmte grenzüberschreitende Sachverhalte und unter restriktiven Bedingungen zu einer Harmonisierung führen, bei der die substanziellen staatlichen Handlungsfreiräume zu erhalten sind.⁷¹

Das Bundesverfassungsgericht hat weiter ausgeführt, dass wegen der besonders gravierenden Berührung der demokratischen Selbstbestimmung durch Straf- und Strafverfahrensvorschriften die vertraglichen Kompetenzgrundlagen für die Schaffung von Straf- und Strafverfahrensnormen, die grenzüberschreitenden Sachverhalten Rechnung tragen, strikt begrenzt auszulegen sind und ihre Nutzung besonderer Rechtfertigung bedarf.⁷² Das Strafrecht stehe in seinem Kernbestand für besonders sensible demokratische Entscheidungen über das rechtsethische Minimum, es diene hingegen nicht als rechtstechnisches Instrument zu Effektivierung internationaler Zusammenarbeit.⁷³ Die Bekämpfung besonders schwerer Kriminalität könne ein besonderer Grund für die Übertragung von Hoheitsrechten auf dem Gebiet des Straf- und Strafprozessrechts sein.⁷⁴

Nach Art. 83 Abs. 1 Unterabs. 1 AEUV müsse solche Kriminalität eine grenzüberschreitende Dimension haben und zwar aufgrund der Art oder der Auswirkungen der Straftat und einer besonderen Notwendigkeit, die Straftat auf einer gemeinsamen Grundlage zu bekämpfen sein. Eine solche besondere Notwendigkeit ergibt sich nach der Rechtsprechung des 2. Senats nicht schon daraus, dass die Organe einen entsprechenden politischen Willen gebildet haben.⁷⁵

70 BVerfG NJW 2009, S. 2267, 2283.

71 BVerfG NJW 2009, S. 2267, 2274.

72 BVerfG NJW 2009, S. 2267, 2288.

73 BVerfG NJW 2009, S. 2267, 2288.

74 BVerfG NJW 2009, S. 2267, 2288.

75 BVerfG NJW 2009, S. 2267, 2288.

Die grundsätzlich integrationsfeste mitgliedstaatliche Strafkompentenz lasse sich dadurch schonen, dass die Mindestvorschriften nicht einen vollständigen Deliktsbereich, sondern lediglich eine Tatbestandsvariante erfassen.⁷⁶

5. Exkurs: Strafgesetzgebungskompetenz Europas

Vor dem Vertrag von Lissabon war es höchst streitig, ob die EG eine Kompetenz zum Erlass von strafrechtlichen Bestimmungen hatte. Hintergrund des Streits war, dass die Europäischen Gemeinschaften im Bereich der ersten Säule unmittelbar geltende Regelungen erlassen konnten, während die Mitgliedstaaten im Bereich der zweiten und dritten Säule gerade keine Hoheitsrechte auf die supranationale Ebene übertragen haben. Für die Beantwortung der Frage, ob die Europäische Gemeinschaft dazu befugt war, unmittelbar geltendes Strafrecht zu erlassen, war deshalb das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung heranzuziehen.⁷⁷

Nach Art. 5 EGV können die Gemeinschaftsorgane eine Kompetenz nur für solche Materien haben, die ihnen ausdrücklich von den Mitgliedstaaten übertragen worden sind. Auf diesem Weg wird das Recht der Europäischen Gemeinschaften an das Demokratieprinzip gekoppelt.⁷⁸ Die Europäischen Gemeinschaften besitzen damit keine Kompetenz-Kompetenz⁷⁹; sie können also ihre bestehenden Kompetenzen nicht eigenständig erweitern⁸⁰. Die Frage, ob die EG eine Kompetenz zum Erlass von strafrechtlichen Bestimmungen hatte, wurde vereinzelt bejaht⁸¹, von der Mehrheit aber unter Berufung auf die fehlende Einzelermächtigung im Primärrecht, die Übertragung des Strafrechts in den Bereich der dritten Säule und das Subsidiaritätsprinzip abgelehnt⁸².

76 BVerfGNJW 2009, S. 2267, 2288 f.

77 Zöller, ZIS 2009, S. 340, 341.

78 Braum, wistra 2006, S. 121, 123.

79 BVerfG, Urt. v. 30.06.2009, Az. 2 BvE 2/08, Abs.-Nr. 233, abrufbar über www.juris.de

80 Zöller, ZIS 2009, S. 340, 342.

81 Böse, GA 2006, S. 211, 220 ff.

82 Satzger, KritV 2008, S. 17, 20 f.; Rosenau, ZIS 2008, S. 9, 15; Griese, EuR 1998, S. 462, 476.

a. Die alte erste Säule – Strafrechtskompetenz der Europäischen Gemeinschaft aus Art. 280 EGV?

Zu den aufgezeigten Problemen kam ehemals die unbestimmte Formulierung des Art. 29 EUV-Nizza hinzu, derzufolge die Mitgliedstaaten „*unbeschadet der Befugnisse der Europäischen Gemeinschaften*“ tätig werden können. Da die ausschließlichen Zuständigkeiten der Europäischen Gemeinschaft umstritten waren, ergaben sich aus dieser Wortlaut Abgrenzungsprobleme zwischen der ersten und dritten Säule, je nachdem, ob eine extensive oder enge Auslegung erfolgte.⁸³

Zwar verfügte die Europäische Gemeinschaft ehemals über keine zum ersten Pfeiler zählende und damit ihr direkt zustehende Kompetenz zur Strafrechtssetzung.⁸⁴ Sie war aber gemäß Art. 280 Abs. 1 EGV gemeinsam mit den Mitgliedstaaten zur Bekämpfung von Betrügereien und der gegen die finanziellen Interessen der Gemeinschaft gerichteten rechtswidrigen Handlungen ermächtigt. Basis einer möglichen Strafrechtskompetenz der ersten Säule war folglich die Auslegung dieser Ermächtigung des Art. 280 EGV.⁸⁵ Art. 280 Abs. 4 S. 1 EGV umschloss die Befugnis des Rates, „die erforderlichen Maßnahmen zur Verhütung und Bekämpfung von Betrügereien, die sich gegen die finanziellen Interessen der Gemeinschaft richten“, zu schaffen. Diese Kompetenz des Rates war in ihren Grenzen umstritten.⁸⁶ Der Streit entzündete sich insbesondere an Art. 280 Abs. 4 S. 2 EGV, der vorsah, dass „die Anwendung des Strafrechts der Mitgliedstaaten von diesen Maßnahmen unberührt“ bleibt.⁸⁷

Im europarechtlichen Schrifttum findet sich die verbreitete Ansicht, dass die dem Rat in Art. 280 Abs. 4 S. 1 EGV verliehene Befugnis sogar die Kompetenz der direkten Strafrechtssetzung im Wege der Verordnung enthalte.⁸⁸ Art. 280 Abs. 4 S. 2 EGV bedeute lediglich, dass nationale Strafvorschriften neben gemeinschaftsrechtlichen Strafvorschriften unverändert bestehen und anwendbar bleiben.⁸⁹ Im Gegensatz dazu überwiegt unter Strafrechtlern die Mei-

83 de Lobkowicz, S. 41 – 62, 51.

84 Schünemann, GA 2002, S. 501, 502.

85 Tiedemann, in: FS-Roxin, S. 1401 – 1413, 1406.

86 Schünemann, GA 2002, S. 501, 502.

87 Tiedemann, in: FS-Roxin, S. 1401 – 1413, 1406, 1408.

88 Wolfgang/Ulrich EuR 1998, S. 616, 644, in Übereinstimmung damit: Schwarze-Schoo, Art. 280 EGV, Rn. 24; Zieschang, ZStW 113 (2001), S. 255, 261.

89 Wolfgang/Ulrich EuR 1998, S. 616, 644; Tiedemann, in: Roxin-FS, S. 1401 – 1413, 1409.

nung, dass Art. 280 Abs. 4 S. 2 EGV eine direkte Strafgesetzgebungskompetenz der Europäischen Gemeinschaft ausschließe.⁹⁰

Sieht man Strafgesetze als Maßnahmen an, die zur Verwirklichung des Binnenmarktes erforderlich sind (Art. 14 EGV) und damit als Teil der ersten Säule, so liegt darin eine Umgehung der nationalen Souveränität, denn der Vorrang des nationalen Souveräns schließt Strafrecht als Gegenstand des ersten Pfeilers aus.⁹¹ Gegen diese Ansicht spricht auch das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung, durch das direkte europäische Strafrechtssetzung auf dem Gebiet des in dem EWG-Vertrag nicht aufgenommenen Straf- und Strafverfahrensrechts verhindert wird und die Gesetzgebungskompetenz der Mitgliedstaaten auf diesem Gebiet als Kern der nationalstaatlichen Souveränität erhalten bleibt.

b. Die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs

Von der ursprünglichen Konzeption, wonach das Strafrecht ausschließlich in die Zuständigkeit der Mitgliedstaaten fiel, konnte schon vor dem Vertrag von Lissabon nicht mehr ausgegangen werden. Dies belegen die Urteile des Europäischen Gerichtshofs vom 13. September 2005 zur Rechtsetzungsbefugnis der Gemeinschaft bei Umweltstraftaten⁹² und zur Bekämpfung der Meeresverschmutzung vom 23. Oktober 2007⁹³.

Der ersten Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs lag der Fall zugrunde, dass der Rat im Januar 2003 den Rahmenbeschluss über den Schutz der Umwelt durch das Strafrecht⁹⁴ erließ. Mit dem Rahmenbeschluss wollte die EU gegen die Zunahme der Umweltkriminalität vorgehen.⁹⁵ Der Rahmenbeschluss definierte in Art. 2 und 3 eine Reihe von Umweltstraftaten und forderte die Mitgliedstaaten verpflichtend auf, hierfür strafrechtliche Sanktionen vorzusehen.⁹⁶ Die Kommission war demgegenüber der Auffassung, dass auf Grundlage von Art. 175 EGV eine Richtlinie hätte erlassen werden müssen.

Der Europäische Gerichtshof hat sich in seinem Urteil auf die Seite der Kommission gestellt und ausgeführt, dass das Strafrecht ebenso wie das Strafprozessrecht zwar grundsätzlich nicht in die Zuständigkeit der Gemeinschaft

90 Satzger, Europäisierung des Strafrechts, S. 138; Schröder, Europäische Richtlinien und Strafrecht, S. 145 f.; Musil, NSTZ 2000, S. 68; Braum, JZ 2000, S. 493, 500.

91 Albrecht/Braum, KritV 1998, S. 460, 470 f.

92 EuGH, EuZW 2005, S. 632

93 EuGH, JZ 2008, S. 248.

94 ABl. L 29, S. 55 v. 5.2.2003.

95 Vgl. die ersten drei Erwägungsgründe des Rahmenbeschlusses über den Schutz der Umwelt durch das Strafrecht.

96 EuGH, EuZW 2005, S. 632.

fällt, dies den Gemeinschaftsgesetzgeber aber nicht daran hindern kann, 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.⁹⁷

Auch in der zweiten Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs vom 23. Oktober 2007 standen sich Kommission und Rat in einer vergleichbaren Konstellation gegenüber.⁹⁸ In der Entscheidung ging es um den Rahmenbeschluss zur Verstärkung des strafrechtlichen Rahmens zur Bekämpfung der Verschmutzung durch Schiffe, den der Rat am 12. Juli 2005 erlassen hatte.⁹⁹ Auslöser für den Erlass dieses Rechtsakts war die Auffassung der Union, dass ein Großteil der globalen Meeresverschmutzung durch Schiffe mit dem Einleiten von Stoffen (z.B. Öl, Schiffsabwasser und Schiffsmüll) in das Gewässer zu erklären ist.¹⁰⁰ Dieser Rahmenbeschluss unterschied sich von der Struktur des Rahmenbeschlusses zum Schutz der Umwelt dadurch, dass er nicht nur Mindestvorschriften von Straftatbeständen, sondern, in Anknüpfung an die Intensität der Schädigung von Wasserqualität, Menschen, Tieren und Pflanzen, auch Art und Maß der strafrechtlichen Sanktionen festlegte (z.B. in schweren Fällen Freiheitsstrafen im Höchstmaß von mindestens einem bis drei Jahren).¹⁰¹

Der Gerichtshof hat unter Wiederholung der Begründung seines Urteils vom 13. September 2005¹⁰² die Strafrechtskompetenz bei der Europäischen Gemeinschaft gesehen¹⁰³, aber klargestellt, dass die Bestimmung von Art und Maß der anzuwendenden Sanktionen nicht in die Zuständigkeit der Gemeinschaft fällt¹⁰⁴.

Auch wenn es bei der Anwendung des Prinzips in beiden Urteilen an argumentativer Schärfe und Konsequenz mangelt, ist im hier interessierenden Zusammenhang maßgeblich, dass der Europäische Gerichtshof in beiden Urteilen ein Prüfprogramm aus den Elementen des Verhältnismäßigkeitsprinzips entwickelt hat, um den Einsatz von Straf- und Strafprozessrecht auf europäischer

97 EuGH, EuZW 2005, S. 632, 634.

98 Zöller, ZIS 2009, S. 340, 345.

99 ABI L. 255, S. 164.

100 Fromm, ZIS 2008, S. 168, 170.

101 Zöller, ZIS 2009, S. 340, 345.

102 EuGH EuZW 2005, S. 632, 634.

103 EuGH JZ 2008, S. 248, 250.

104 EuGH JZ 2008, S. 248, 251.

Ebene zu begründen.¹⁰⁵ Neben der erforderlichen Kompetenz hat der Europäische Gerichtshof vor allem auf das Prinzip der Erforderlichkeit abgestellt.

c. Strafrechtskompetenz der Europäischen Union nach dem Vertrag von Lissabon

Der kontroverse Streit um die mögliche Kompetenz des Rates zur Strafrechtssetzung ist durch den Vertrag von Lissabon hinfällig geworden.

Es fragt sich stattdessen, für welche strafrechtlichen und strafprozessrechtlichen Inhalte die Zuständigkeit der Union und für welche die Zuständigkeit der Mitgliedstaaten besteht. Der Vertrag von Lissabon liefert zu dieser neuen Abgrenzungsfrage wenig eindeutige Kriterien.¹⁰⁶

Art. 82 Abs. 2 AEUV erlaubt der Europäischen Union unter dem Aspekt der gegenseitigen Anerkennung einen weiten Zugriff auf das Strafprozessrecht, wie das Beweisrecht (lit. a.), die Verfahrensgarantien (lit. b.) und die Stellung der Verfahrensbeteiligten (lit. c.).¹⁰⁷ Wäre der Vertrag von Lissabon bei Erlass des Rahmenbeschlusses über die Europäische Beweisordnung bereits in Kraft gewesen, wäre Art. 82 Abs. 1 AEUV Ermächtigungsgrundlage gewesen.¹⁰⁸

Im Bereich des materiellen Strafrechts ist die Unionszuständigkeit gemäß Art. 83 Abs. 1 AEUV darauf beschränkt, durch Richtlinien Mindestvorschriften zur Festlegung von Straftaten und Strafen in Bereichen besonders schwerer Kriminalität festzulegen, die aufgrund der Art oder der Auswirkungen der Straftaten oder aufgrund einer besonderen Notwendigkeit, sie auf einer gemeinsamen Grundlage zu bekämpfen, eine grenzüberschreitende Dimension haben. Diese sind so weit gefasst, dass sich ein umfassender Kompetenzrahmen ergibt.¹⁰⁹

Art. 83 Abs. 3 AEUV gibt den Mitgliedstaaten ein Vetorecht gegen Richtlinien auf dem Gebiet des europäischen Straf- und Strafverfahrensrechts. Voraussetzung ist, dass der betreffende Mitgliedstaat der Auffassung ist, dass der streitige Entwurf grundlegende Aspekte seiner Strafrechtsordnung berührt. Denkbare grundlegende Aspekte wären aus deutscher Sicht das Rechtsgutsprinzip, das Schuldprinzip, das Rückwirkungsverbot, das Bestimmtheitsgebot, die Wortlautschränke, der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz und die Strafflosigkeit juristischer Personen.¹¹⁰

105 Braum, ZIS 2009, S. 418, 423.

106 Braum, ZIS 2009, S. 418, 421.

107 Braum, ZIS 2009, S. 418, 421.

108 Peers, E. L. Rev. 2008, S. 507, 512.

109 Braum, ZIS 2009, S. 418, 421.

110 Heger, ZIS 2009, S. 406, 407.

Im Gegensatz dazu existiert für die in Art. 82 Abs. 1 AEUV vorgesehene gegenseitige Anerkennung aller Arten von Urteilen und gerichtlichen Entscheidungen keine einzelstaatliche „Notbremse“.¹¹¹

So stellt sich nach dem Vertrag von Lissabon die überaus problematische Frage, ob eine partielle Übertragung nationaler Strafgewalt auf die europäischen Organe von Art. 23 GG¹¹² und dem Subsidiaritätsprinzip gedeckt ist. Die Maßstäbe dafür hat das Bundesverfassungsgericht in seinem Urteil vom 30. Juni 2009 zum Vertrag von Lissabon¹¹³ festgelegt.

6. Kein verfassungs- bzw. vertragspositivistischer Maßstab

Durch das übernationale Ordnungskonzept des „Raumes der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts“ in den Verträgen von Maastricht und Amsterdam sowie der – gescheiterten – Europäischen Verfassung und dem Vertrag von Lissabon wird ein gesamteuropäisches Strafverfolgungssystem impliziert¹¹⁴ und durch den Vertrag von Lissabon werden seine Schranken festgelegt.

Orientiert man sich aber nur an den europäischen Verträgen liegt darin die Entscheidung für einen rein vertragspositivistischen Maßstab als Legitimationsgrundlage – auch im Fall der Ratifizierung einer Europäischen Verfassung. Dabei wird übersehen, dass jenseits des Verfassungspositivismus¹¹⁵ eine präkonstitutionelle Begründung des Strafrechts nötig ist.¹¹⁵ Bereits 1885 wurde zutreffend festgestellt, dass *„fast keine Wissenschaft so abhängig von der Form ihres Stoffes (ist) wie die des Rechts“*.¹¹⁶ Insofern liegt in einer rein vertrags- bzw. verfassungspositivistischen Sichtweise die Gefahr, jedes Interesse, das im Gesetzgebungsverfahren eine parlamentarische Mehrheit gefunden hat und so zum Gegenstand des Strafrechts gemacht wurde, als Gegenstand des Strafrechts zu akzeptieren.¹¹⁷ Anders ausgedrückt: *„In der Rechtssetzung wird besonders deutlich, dass Recht auf Rechthaberei beruht, denn Rechtssetzung kann bloße Rechthaberei sein, ohne bestehendes Recht auch nur im geringsten zu berücksichtigen. [Denn] alles Recht kann von allen Rechthabern gemacht werden und inhaltlich jede Art von Rechthaberei zeigen. Besonders deutlich erscheint das bei*

111 Heger, ZIS 2009, S. 406, 415.

112 Weigend, StV 2001, S. 63, 67.

113 BVerfG NJW 2009, S. 2267 ff.; siehe dazu auch oben: B.I.4. (Entscheidung über den Vertrag von Lissabon – Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 30. Juni 2009).

114 Vogel, GA 2002, S. 517, 521.

115 Braum, Europäische Strafgesetzlichkeit, S. 38 f.

116 Binding, Handbuch Strafrecht, S. 15.

117 Braum, Europäische Strafgesetzlichkeit, S. 38.