

Erste Überlegungen zu den Konsequenzen des Lissabon-Urteils des Bundesverfassungsgerichts für das Europäische Strafrecht

Von RiLG Prof. Dr. Kai Ambos, Privatdozent Dr. Peter Rackow, Göttingen

Der zweite Senat des Bundesverfassungsgerichts hat in seinem Urteil vom 30. Juni 2009 das Zustimmungsgesetz zum Vertrag von Lissabon sowie das diesbezügliche Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes für verfassungsrechtlich unbedenklich gehalten¹, jedoch zugleich hinsichtlich des Ausweitungsgesetzes² einen Verstoß gegen Art. 38 Abs. 1 i.V.m. Art. 23 Abs. 1 GG festgestellt,³ weil insoweit die Beteiligungsrechte von Bundestag und Bundesrat unzureichend berücksichtigt wurden. Bis zur Behebung der festgestellten Mängel darf die Ratifikation des Vertrags von Lissabon nun nicht vollzogen werden.⁴ Im Folgenden soll eine erste Bewertung der europastrafrechtlichen Aussagen des Urteils im Lichte des Entwicklungsstands des Europäischen Strafrechts i.e.S.⁵ – d.h. insbesondere vor dem Hintergrund der einschlägigen EuGH-Rechtsprechung – versucht werden. Insoweit sind zunächst einige Ausführungen zu den grundlegenden Positionen des BVerfG zur Struktur der Europäischen Union und ihren Beziehungen zu den Mitgliedstaaten veranlasst (I.); sodann werden die europastrafrechtlichen Ausführungen genauer betrachtet (II.), um schließlich den Beitrag mit einem Fazit und Ausblick abzuschließen (III.).

I. Das BVerfG und das Vertragswerk von Lissabon

„Die Europäische Union erreicht beim gegenwärtigen Integrationsstand auch bei Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon noch keine Ausgestaltung, die dem Legitimationsniveau einer staatlich verfassten Demokratie entspricht.“⁶ – Diese Einschätzung stellt den argumentativen Ausgangspunkt der Lis-

sabon-Entscheidung dar und der Senat begründet sie damit, dass die Zusammensetzung des Europäischen Parlaments (nach wie vor) dem Grundsatz der Wahlgleichheit nicht gerecht wird. In der Tat führt Art. 14 Abs. 2 S. 3 EUV-Lissabon, wonach auf einen Mitgliedstaat maximal 96 Sitze entfallen, die kleinen und kleinsten Mitgliedstaaten jedoch mindestens sechs Sitze besetzen können, zu erheblichen Benachteiligungen der Wähler aus den großen Mitgliedstaaten.⁷ Zwar mögen sich bei der parlamentarischen Arbeit unter den Europaparlamentariern programmatische Bindungen über die nationalen Grenzen hinaus entwickeln,⁸ doch ändert dies nichts an der die Wahlgleichheit desavouierenden Zusammensetzung des Europäischen Parlaments, die etwa dazu führt, dass ein dänischer Abgeordneter etwa 421 000 dänische EU-Bürger vertritt, während ein deutscher Abgeordneter die Interessen von mehr als der doppelten Anzahl deutscher EU-Bürger (ca. 857 000) wahrnehmen soll;⁹ die Stimme eines dänischen Wählers hat daher in etwa das doppelte Gewicht der Stimme eines deutschen Wählers. Das ist keine quantität negligable, wie sich schon an dem Machtpoker um die endgültige Fixierung der Abgeordnetenzahlen pro Mitgliedstaat zeigt, wo es Italien etwa gelungen ist, einen weiteren Abgeordneten durchzusetzen,¹⁰ was Art. 14 Abs. 2 S. 2 EUV-Lissabon durch den Zusatz „zuzüglich des Präsidenten“ camouffliert.¹¹ Dem Vorwurf unbegründeter Benachteiligung der Wählerinnen und Wähler in den großen Mitgliedstaaten lässt sich vor diesem Hintergrund (nach wie vor) nur das Prinzip der Staatengleichheit entgegenhalten.¹² Bildet dieses aber den Grund dafür, dass die „Vertreter[] der Unionsbürgerinnen und Bürger“ (Art. 14 Abs. 2 S. 1 EUV-Lissabon) nach einem Schlüssel kontingiert werden, welcher an die Nationalität der Abgeordneten anknüpft, so kann man dem Senat in seiner Folgerung, dass das Europäische Parlament (nach wie vor) kein Organ der Repräsentation eines europäischen Mehrheitswillens,¹³ sondern „eine Vertretung der Völker der Mitgliedstaaten“ darstellt,¹⁴ nur zustimmen.

¹ BVerfG, Urt. v. 30.6.2009 – 2 BvE 2/08 u.a., in: NJW 2009, 2267 (2268) Rn. 207.

² Gesetz über die Ausweitung und Stärkung der Rechte des Bundestages und des Bundesrates in Angelegenheiten der Europäischen Union, BT-Drs. 16/8489; das Ausweitungsgesetz ist bisher nicht in Kraft getreten, weil zuvor die Änderungen des Grundgesetzes in Kraft treten müssen, vgl. Pache, EuGRZ 2009, 285 (287). Vgl. zur Neufassung des Gesetzes über die Zusammenarbeit von Bund und Ländern in Angelegenheiten der EU (EUZBBG) nun BT-Drs. 16/13925 und BR-Drs. 716/09 und insbes. die vorgesehene Umsetzung der Vorgaben des BVerfG durch ein „Integrationsverantwortungsgesetz“ (BT-Drs. 16/13923).

³ Dazu Oppermann, EuZW 2009, 473 („Paukenschlag“).

⁴ BVerfG NJW 2009, 2267 (2268): „Vor Inkrafttreten der von Verfassungen wegen erforderlichen gesetzlichen Ausgestaltung der Beteiligungsrechte darf die Ratifikationsurkunde der Bundesrepublik Deutschland zum Vertrag von Lissabon zur Änderung des Vertrags über die Europäische Union und des Vertrags zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft vom 13.12.2007 nicht hinterlegt werden“.

⁵ Zur Unterscheidung zwischen Europäischem Strafrecht i.e.S. und i.w.S. s. Ambos, Internationales Strafrecht, 2. Aufl. 2008, § 9 Rn. 13 ff.

⁶ BVerfG NJW 2009, 2267 (2277) Rn. 276.

⁷ BVerfG NJW 2009, 2267 (2277 ff.) Rn. 279 ff.; vgl. hier auch Herdegen, Europarecht, 10. Aufl. 2008, § 8 Rn. 74; Weber, EuZW 2008, 7 (9); aus dem europastrafrechtlichen Schrifttum etwa Sieber, ZStW 121 (2009), 1 (54).

⁸ Vgl. insoweit Herdegen (Fn. 7), § 8 Rn. 68.

⁹ Kalkulation auf der Grundlage der vorgesehenen Sitzverteilung ABl. 2007 C 227E, S. 136 f.; vgl. auch die Rechenbeispiele bei BVerfG NJW 2009, 2267 (2278) Rn. 285.

¹⁰ ABl. 2007 C 306, S. 249.

¹¹ Dieser soll dann auf sein Stimmrecht verzichten. Vgl. hierzu Weber, EuZW 2008, 7 (9); Streinz/Ohler/Hartmann, Der Vertrag von Lissabon zur Reform der EU, 2. Aufl. 2008, S. 26.

¹² Vgl. etwa Oppermann, Europarecht, 3. Aufl. 2005, § 5 Rn. 18.

¹³ Vgl. zu anderen demokratietheoretischen Ansätzen bei Fn. 21 ff.

¹⁴ BVerfG NJW 2009, 2267 (2277 ff.) Rn. 280 ff., insbes. 284.

Im Zusammenhang mit diesen Erwägungen zum Europaparlament stellt der *Senat* eine Beziehung zwischen dem demokratischen Legitimations- und Integrationsstatus der Union her: Die EU in ihrer Struktur nach dem Vertrag von Lissabon „entspricht demokratischen Grundsätzen, weil sie bei qualitativer Betrachtung ihrer Aufgaben- und Herrschaftsorganisation gerade nicht staatsanalog aufgebaut ist“. ¹⁵ Im Verhältnis zu ihren Mitgliedstaaten, die weiterhin den „verfasste[n] politische[n] Primärraum ihrer jeweiligen Gemeinwesen“ bildeten, trage die Union lediglich „sekundäre, das heißt delegierte Verantwortung für die ihr übertragenen Aufgaben“. ¹⁶ Die Einordnung der EU als (nach wie vor) abgeleitetem Sekundärraum ist für die Lissabon-Entscheidung von zentraler Bedeutung, weil sich mit ihr die im Wege von gemeinsam entschiedenen Verfassungsbeschwerden und Organstreitverfahren vorgetragene Behauptung erledigt, durch den Vertrag von Lissabon werde ein Integrationsstand erreicht, der nicht hinreichend demokratisch legitimiert sei. Dem kann der *Senat* entgegenhalten, dass die Union auch unter dem Vertrag von Lissabon „als Verbund mit eigener Rechtspersönlichkeit das Werk souveräner Staaten“ bleibt ¹⁷ und, so ist zu ergänzen, eben auch bleiben muss. Wenn die Union sich als eine „supranationale Organisation“ ¹⁸ (weiterhin) von ihren Mitgliedstaaten ableitet, muss nämlich sicher gewährleistet sein, dass die Unionsorgane ihre prinzipiell beschränkten Handlungsbefugnisse nicht überschreiten: die Union muss „in ihrer Kompetenzausstattung und Kompetenzausübung unverändert dem Prinzip der begrenzten und kontrolliert ausgeübten Einzelermächtigung genügen“. ¹⁹ Teilt man den Ausgangspunkt des *Senats*, dass die EU gemessen an den Anforderungen, die für einen Bundesstaat bzw. einen staatsanalogen Integrationsstatus zu stellen wären, im Verhältnis zu den EU-Bürgerinnen und -bürgern unterlegitimiert ist, so folgt daraus, dass die sichere Gewährleistung des dem vertraglich verabredeten Integrationsstatus entsprechenden Verhältnisses zwischen den EU-Kompetenzen und denjenigen der Mitgliedstaaten (sowie die effektive Absicherung ihrer Einhaltung) unverzichtbare Voraussetzung dafür ist, das Projekt der europäischen Integration vor seiner Implosion zu bewahren.

Nun ist das Problem der demokratischen Legitimation der Europäischen Union so alt wie die Organisation selbst und auch die skeptische Haltung des BVerfG zu diesem Thema ist bekannt. Es überrascht daher wenig, dass die Lissabon-Entscheidung in ihrem Ausgangspunkt bereits prinzipiellen

Widerspruch erfahren hat. ²⁰ So räumt Möllers zwar ein, dass die fehlende Wahlgleichheit ein „sehr ernstes Problem [darstellt], das der Vertrag von Lissabon nicht überzeugend angeht“, doch ginge es nicht an, dass das BVerfG „das Europäische Parlament hinwegjudiziert“. ²¹ Den Hintergrund solcher Kritik, die die Defizite an gelebter europäischer Demokratie durchaus anerkennt, bildet die unterschiedlich nuancierte Idee, die unübersehbaren Unzulänglichkeiten für demokratietheoretisch irrelevant zu erklären ²² und so einen Rahmen für die (erhoffte) Entstehung (gelebter) Demokratie aus ihren Vorbedingungen zu schaffen. Indem Attribute gelebter Demokratie als Folgewirkungen und nicht als Voraussetzungen demokratisch legitimer Herrschaft ausgewiesen werden, wird eine besondere Perspektive geschaffen, mit der die empirischen (Demokratie-)Defizite der Europäischen Union deren Legitimität nicht grundlegend in Frage zu stellen vermögen ²³ – ohne freilich zu verschwinden.

Der Zweifel, ob diese Konzepte tatsächlich tragen oder ob nicht vielmehr die andauernde Grundspannung – zwischen dem Wirken der Europäischen Akteure auf denkbar hoher Abstraktionsstufe und ihren (trotz fehlender Fortschritte bei der Behebung der genannten Defizite) immer weitergehenden Möglichkeiten zu durchaus konkret wirkender Machtausübung – die (wohlverstandene) Europäische Idee (eines Europas der Menschen und weniger der Regierungen und meinungsstarker Eliten) nicht bereits strukturell beschädigt hat, kann im gegebenen Rahmen nur angedeutet werden. Bedenken, sich *bis auf weiteres* damit zu begnügen, dass gelebte europäische Demokratie sich entwickeln kann, ²⁴ weckt jedenfalls die Beobachtung, dass die Ausbildung eines Forums, in dem sich Meinungen in einer europäischen Öffentlichkeit artikulieren, mit der rapiden Integration nicht Schritt hält; im Gegenteil droht angesichts der unübersehbaren Europamü-

²⁰ Abwägend dagegen *Pache*, EuGRZ 2009, 285 (295 ff., insbesondere 298); dem BVerfG zustimmend *Hillgruber* und *Huber*, jew. FAZ v. 10. 9.2009, S. 8.

²¹ *Möllers*, FAZ v. 16.7.2009, S. 27.

²² So sieht *Peters*, *Elemente einer Theorie der Verfassung Europas*, 2001, S. 707 ff., insbes. 712 f.; *dies.*, *Common Market Law Review* 41 (2004), 37 (77) die maßgebliche (und durchaus gegebene) Funktionsbedingung in der „Abwesenheit von fixen Spaltungen“. *Möllers*, *Demokratie – Zumutungen und Versprechen*, 2008, S. 89 betrachtet es als ein Missverständnis, dass „es erst ein kollektives Subjekt geben [müsse], das abgebildet werden könne“; zum Ganzen nun *Meyer*, *Demokratieprinzip und Europäisches Strafrecht*, 2009, S. 104 ff. m.w.N.

²³ Deutlich insoweit *Peters*, *Common Market Law Review* 41 (2004), 37 (78, *Hervorhebung durch Verf.*): „To finish the discussion of the extra-legal factors for a functioning democracy, it is stressed that none of these factors is a natural, or absolute, prerequisite of a democratic governance – which, in other words, would have to be present in full before government could begin“.

²⁴ Vgl. *Möllers*, (Fn. 22), S. 89: „[...] dabei geht es um graduelle Prozesse, die sich durch institutionelle Angebote entwickeln lassen können“.

¹⁵ BVerfG NJW 2009, 2267 (2277) Rn. 278 (*Hervorhebung durch Verf.*).

¹⁶ BVerfG NJW 2009, 2267 (2278) Rn. 301.

¹⁷ BVerfG NJW 2009, 2267 (2277) Rn. 278.

¹⁸ BVerfG NJW 2009, 2267 (2280) Rn. 298.

¹⁹ BVerfG NJW 2009, 2267 (2280) Rn. 298 (*Hervorhebung durch Verf.*), vgl. auch Rn. 301: „Das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung ist ein Schutzmechanismus zur Erhaltung mitgliedstaatlicher Verantwortung“.

digkeit der EU-Bürger die Gefahr, dass die Menschen endgültig den Anschluss an die Entwicklung verlieren²⁵ – die ausgeprägten Vermeidebemühungen, die die Regierungen verschiedener EU-Mitgliedstaaten nach dem Scheitern der Referenden über die Europäische Verfassung in Frankreich und den Niederlanden gegenüber weiteren Volksabstimmungen entwickelt haben, sprechen insoweit für sich.²⁶ Natürlich lassen sich solchen Beobachtungen historische Beispiele dafür entgegenhalten, dass das Substrat demokratischer Legitimation (selbst) eines Staates nicht (immer) am Anfang der Staatswerdung gestanden hat.²⁷ Bei der Anrufung derartiger Vorbilder sollte freilich nicht aus dem Blick geraten, dass die Idee des Nationalstaats vergleichsweise (allzu!) rasch Breitenwirkung zu entwickeln vermochte. Insoweit scheint aber doch ein deutlicher Unterschied zu bestehen zwischen Staatswerdungsprozessen des 19. Jahrhunderts und der eigentümlichen Verbindung eines notorisch unklaren (Integrations-)Ziels mit dessen umso atemloserer Verfolgung,²⁸ welche sich als ein ungeduldiges Gezerre der mächtigen Protagonisten einer „immer engeren Union der Völker Europas“ usw. darstellt und kontraindiziert sein dürfte, um sich á la Münchhausen am eigenen Zopf aus dem Sumpf demokratischer Unterlegitimation zu ziehen. Diese ahistorisch-technokratisch anmutende Ungeduld betrifft dabei nicht zuletzt das wie kaum eine andere Materie Staatsnähe ausstrahlende Strafrecht, das der EuGH, der Ausweitung entsprechender Kompetenzen durch die Europäische Verfassung und später durch

²⁵ Zöller, ZIS 2009, 340 (349) spricht ganz zu Recht von „europamüden EU-Bürgern“ und dem „ungewissen Gefühl, mit der EU eine Entwicklung ins Rollen gebracht zu haben, die sich durch nichts und niemanden stoppen lässt und an den Menschen vorbei agiert“.

²⁶ Mit Recht Wieland, NJW 2009, 1841 (1844). Auch sollte man sich nicht mit dem Gedanken beruhigen, dass Europa nur ein „Vermittlungsproblem“ hat; man würde die Urteils-kraft der Menschen unterschätzen, nähme man an, dass das Vertrauen zu und die Identifikation mit dem Europäischen Projekt endlich den gewünschten Grad erreichen würde, wenn es gelänge, den Streit um die Verankerung des Europäischen Strafrechts in der ersten oder in der dritten Säule und die Details der diesbezüglichen EuGH-Rspr. einer breiteren Öffentlichkeit zugänglich zu machen.

²⁷ Vgl. Meyer (Fn. 22), S. 111 f. m.w.N.

²⁸ Dass ein auf Dynamik um der Dynamik willen angelegtes Integrationsverständnis, welches sich in den geläufigen „Verdichtungsbildern“ (treffend *Di Fabio*, Die Kultur der Freiheit, 2005, S. 233 f.) ausdrückt (vgl. etwa Art. 1 Abs. 2 EUV: „neue Stufe bei der Verwirklichung einer immer engeren Union der Völker Europas“ o. Präambel des EUV-Lissabon: „Entschlossen, den Prozess der Schaffung einer immer engeren Union der Völker Europas, in der Entscheidungen entsprechend dem Subsidiaritätsprinzip möglichst bürgernah getroffen werden, weiterzuführen“), geeignet sein kann, Ziele und Leitlinien des Integrationsprozesses *unterhalb* der Schaffung eines europäischen Bundesstaates, den bei Lichte betrachtet kaum jemand ernstlich will, hervortreten zu lassen, ist nicht zu erwarten.

das Vertragswerk von Lissabon vorgehend (und mitunter über diese noch hinausgehend²⁹), in einer Reihe erstaunlicher Entscheidungen³⁰ der weitergehenden europäischen Verfügung zugänglich gemacht hat.

Das BVerfG legt nach alledem mit guten Gründen andere Maßstäbe an: Es geht vom Menschen aus³¹ und nicht von abstrakten Konzepten, in deren Rahmen, eben auf abgehobener abstrakter Ebene, unangreifbare Ziele gegen rückwärts gewandten Beharrungswillen ausgespielt werden.³² Das BVerfG betont daher zu Recht, dass Demokratie „nicht nur die Wahrung formaler Organisationsprinzipien“ bedeutet³³ und „dass die öffentliche Wahrnehmung von Sachthemen und politischem Führungspersonal in erheblichem Umfang an nationalstaatliche, sprachliche, historische und kulturelle Identifikationsmuster angeschlossen bleibt“.³⁴

Von seinen Grundaussagen zum Demokratiestatus der Union und zu ihrem Verhältnis zu den Mitgliedstaaten aus entwickelt der *Senat* weitere Folgeüberlegungen, die erstens die Frage betreffen, inwieweit effektiv gewährleistet werden kann, dass die gerade unter erheblichen Mühen vertraglich vereinbarte Machtverteilung durch die EU-Organe auch tatsächlich beachtet wird, und zweitens sich mit zukünftigen Integrationsschritten über den Vertrag von Lissabon hinaus befassen. Sehr deutlich kommt dabei der Gedanke, dass nur die konsequente Beachtung des Prinzips der begrenzten Einzelmächtigung das Demokratiedefizit der Union kompensiert, in der Forderung zum Ausdruck, dass über seine Verankerung in EUV-Lissabon und AEUV hinaus eine verfahrensrechtliche Absicherung stattfindet.³⁵ Der *Senat* hat dem deutschen Gesetzgeber demgemäß aufgegeben, im Ausweitungsgesetz sicherzustellen, dass Bundestag und Bundesrat u.a. dann in Form eines Gesetzes nach Art. 23 Abs. 1 S. 2 GG ihre

²⁹ Vgl. bei Fn. 81. Zöller, ZIS 2009, 340 (345) vergleicht den EuGH insoweit, durchaus polemisch, mit einem herumquengelnden Kind.

³⁰ Insbes. EuGH, Urt. v. 16.6.2005 – C-105/03 (Pupino) = NJW 2005, 2839; EuGH, Urt. v. 13.9.2005 – C-176/03 (Nichtigerklärung des Rahmenbeschlusses über den Schutz der Umwelt durch das Strafrecht) = NVwZ 2005, 1289; hierzu *Ambos* (Fn. 5) § 11 Rn. 30a u. § 12 Rn. 4a jew. mit umfassenden Nachw. Vgl. des Weiteren EuGH, Urt. v. 3.9.2008 – C-402/05 P u. C-415/05 P (Kadi u. Al-Barakaat) = EuGRZ 2008, 480 u. EuGH, Urt. v. 10. 2.2009 – C-301/06 (Vorratsdatenspeicherungsrichtlinie) = JZ 2009, 466; hierzu *Ambos*, JZ 2009, 468 (469).

³¹ Vgl. *Schorkopf*, FAZ v. 16. 7. 2009, S. 6.

³² Vgl. *Di Fabio* (Fn. 28), S. 232.

³³ BVerfG NJW 2009, 2267 (2274) Rn. 250.

³⁴ BVerfG NJW 2009, 2267 (2274) Rn. 251.

³⁵ BVerfG NJW 2009, 2267 (2277) Rn. 275: „Das Legitimationsniveau der Europäischen Union entspricht im Hinblick auf den Umfang der übertragenen Zuständigkeiten und den erreichten Grad von Verselbständigung der Entscheidungsverfahren noch verfassungsrechtlichen Anforderungen, *sofern das Prinzip der begrenzten Einzelmächtigung verfahrensrechtlich über das in den Verträgen vorgesehene Maß hinaus gesichert wird*“. (Hervorhebung durch Verf.).

Zustimmung erteilen, wenn die Richtliniengesetzgebungs-kompetenz für Straftaten mit grenzüberschreitender Dimension nach Art. 83 Abs. 1 UA 3 AEUV über die im Vertrag gelisteten „Kriminalitätsbereiche“ hinaus ausgedehnt werden soll.³⁶ Wie ernst es dem BVerfG damit ist, dass durch den Vertrag von Lissabon neu justierte Kompetenzverhältnis zwischen der Union und ihren Mitgliedstaaten tatsächlich beachtet und die Unionsorgane ihre Kompetenzen nicht *peu a peu* ausdehnen, zeigt sich stärker noch darin, dass sich „im Falle von Grenzdurchbrechungen bei der Inanspruchnahme von Zuständigkeiten durch Gemeinschafts- und Unionsorgane“ das BVerfG die „Ultra-vires-Kontrolle“ vorbehält: „Wenn Rechtsschutz auf Unionsebene nicht zu erlangen ist, prüft das BVerfG, ob Rechtsakte der europäischen Organe und Einrichtungen sich unter Wahrung des gemeinschafts- und unionsrechtlichen Subsidiaritätsprinzips [...] in den Grenzen der ihnen eingeräumten Hoheitsrechte halten [...]“; und weiterhin, „ob der unantastbare Kerngehalt der Verfassungsidentität des Grundgesetzes nach Art. 23 I 3 i. V. mit Art. 79 III GG gewahrt ist“.³⁷ Gewiss handelt es sich hier um deutliche Signale in Richtung des Rates und insbesondere des Europäischen Gerichtshofs; indes sollte man diese vor dem Hintergrund der Belastungen sehen, die es für die EU und ihre Mitgliedstaaten bedeuten müsste, würde der EuGH schon bald anfangen, die vertraglich vereinbarte Kompetenzordnung *de facto* in Frage zu stellen. Dass das Gemeinschaftsrecht (bzw. zukünftig das Unionsrecht) gerade dann seine volle Wirksamkeit erlangt, wenn der Ausgleich zwischen den Kompetenzen der Gemeinschaft (bzw. der Union) und denjenigen der Mitgliedstaaten – wie das *Primärrecht ihn zugrunde legt!* – sachgerecht umgesetzt wird,³⁸ ist nun einmal nicht die Sichtweise des EuGH, für den stattdessen stetige Befugnisausdehnung zur vollen Wirksamkeit führt.³⁹

Was nun für die fernere Zukunft vorstellbare substanzielle Integrationsschritte *über den Vertrag von Lissabon hinaus* anbelangt,⁴⁰ so greift der *Senat* wiederum auf den Zusammenhang zwischen dem Grad an demokratischer Legitimation und an Integration (und damit einhergehend dem substanziellen Machtzuwachs der Union zulasten ihrer Mitgliedstaaten) zurück: „Eine Verstärkung der Integration kann verfassungswidrig sein, wenn das demokratische Legitimationsni-

veau mit dem Umfang und dem Gewicht supranationaler Herrschaftsmacht nicht Schritt hält. [...] Wenn [...] die Schwelle zum Bundesstaat und zum nationalen Souveränitätsverzicht überschritten wäre, was in Deutschland eine freie Entscheidung des Volkes jenseits der gegenwärtigen Geltungskraft des Grundgesetzes voraussetzt, müssten demokratische Anforderungen auf einem Niveau eingehalten werden, das den Anforderungen an die Legitimation eines staatlich organisierten Herrschaftsverbandes vollständig entspräche“.⁴¹ M.a.W. könnte ein derartiger Quantensprung hin zur Europäischen Staatlichkeit nicht mehr unter dem Dach des Grundgesetzes (repräsentativ also über Bundestag und -rat vermittelt) vollzogen werden, sondern bedürfte einer originären Willensäußerung des deutschen Volkes.⁴² Die Lissabon-Entscheidung enthält damit in gewisser Weise eine dem dynamischen Charakter der europäischen Integration geschuldete *Variante eines Solange-Vorbehalts*, der der Union für den gegenwärtigen bzw. für den Integrationszustand unter dem Vertrag von Lissabon Spielräume eröffnet: „Solange die europäische Zuständigkeitsordnung nach dem Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung in kooperativ ausgestalteten Entscheidungsverfahren [...] und solange eine ausgewogene Balance der Unionszuständigkeiten und der staatlichen Zuständigkeiten erhalten bleibt, kann und muss die Demokratie der Europäischen Union nicht staatsanalog ausgestaltet sein. Vielmehr steht es der Europäischen Union frei, mit zusätzlichen neuen Formen transparenter oder partizipativ angelegter politischer Entscheidungsverfahren nach eigenen Wegen demokratischer Ergänzung zu suchen“.⁴³ Über diesen eröffneten Freiraum hinaus könnte die Union den wesentlichen letzten Schritt in Richtung Staatlichkeit *aus eigener Kraft* allerdings nicht gehen.

Beide Argumentationsstränge, derjenige also zur Einhaltung der Kompetenzordnung des Vertrags von Lissabon wie derjenige zur weiteren Zukunft Europas, führen von der Union auf die deutsche Verfassung bzw. – grundlegender noch – den (deutschen) *demos* zurück. Was nun den Vorwurf anbelangt, das BVerfG lege an den Gang der europäischen Integration in nationaler Perspektivverengung „einfach deutsche Maßstäbe“ an,⁴⁴ so müssen doch die verfassungsrechtlich immanenten Gegenfragen erlaubt sein. Und zwar erstens, ob denn dem europäischen Integrationsprojekt hinreichend konkrete Maßstäbe innewohnen, um es in vorhersehbaren und wünschenswerten Bahnen zu halten⁴⁵ und, zweitens, ob es nicht in der Natur der Sache liegt, dass dort, wo Verantwortung von hier nach dort (auf die europäische Ebene) delegiert (und damit einhergehend Macht von hier nach dort übertragen) wird, dieser Transitionsprozess eher in der Hand desjenigen liegen sollte, der Verantwortung (und Macht) abgibt

³⁶ BVerfG NJW 2009, 2267 (2295) Rn. 419; prinzipiell zust. *Pache*, EuGRZ 2009, 285 (298), da so „möglicherweise die demokratische Legitimierung nicht nur des deutschen Abstimmungsverhaltens in den Organen der EU, sondern auch die demokratischen Grundlagen der EU selbst durch Schaffung eines politischen Diskurses in den Mitgliedsstaaten über europapolitische Fragestellungen nachhaltig [ge]stärk[t]“ werden könnte. Vgl. zu Art. 83 Abs. 1 UA 3 AEUV bei Fn. 61.

³⁷ BVerfG NJW 2009, 2267 (2272) Rn. 240.

³⁸ So *Wieland*, NJW 2009, 1841 (1845); vgl. insoweit auch bei Fn. 83 ff.

³⁹ Instruktiv zur EuGH-Rspr. (diesseits des Europäischen Strafrechts) *Wieland*, NJW 2009, 1841 (1843 ff.).

⁴⁰ *Pache*, EuGRZ 2009, 285 (289) merkt an, dass weite Passagen des Lissabon-Urteils für die Entscheidung über die Verfassungsrechtsbehelfe gar nicht erforderlich gewesen wären.

⁴¹ BVerfG NJW 2009, 2267 (2275) Rn. 262 f.; vgl. hier auch BVerfG NJW 2009, 2267 (2271) Rn. 233.

⁴² Krit. *Möllers* (Fn. 21), S. 27.

⁴³ BVerfG NJW 2009, 2267 (2276) Rn. 272.

⁴⁴ *Möllers* (Fn. 21), S. 27; *Oppermann*, EuZW 2009, 473 spricht von „nobler Verabsolutierung des Grundgesetzes“.

⁴⁵ Vgl. bei Fn. 28.

und nicht in der desjenigen, der Verantwortung (und Macht) empfängt.

II. Die Ausführungen des BVerfG zum europastrafrechtlichen Gehalt des Lissaboner Vertrags

Dreh- und Angelpunkt der Ausführungen des BVerfG zum europastrafrechtlichen Gehalt des AEUV ist das *Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung*. Da Art. 5 Abs. 2 EUV-Lissabon ausdrücklich anordnet, dass „die Union nur innerhalb der Grenzen der Zuständigkeiten tätig [wird], die die Mitgliedstaaten ihr in den Verträgen zur Verwirklichung der darin niedergelegten Ziele übertragen haben“, bildet für den Rechtszustand post-Lissabon⁴⁶ das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung (nach wie vor) die Geschäftsgrundlage.⁴⁷ Dabei kommt seiner begrenzenden Funktion gerade mit Blick auf das Strafrecht eine unverzichtbare Bedeutung zu, denn sein bloß instrumentelles Verständnis – Strafrecht als ein für alle möglichen Zwecke ggf. auch nur mittelbar nutzbar zu machendes Vehikel – ist abzulehnen.⁴⁸ „Wegen der empfindlichen Berührung der demokratischen Selbstbestimmung durch Straf- und Strafverfahrensnormen 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 rechts-ethische Minimum“.

Mit diesen Worten grenzt sich der *Senat* deutlich gegenüber dem EuGH ab. Setzte man nämlich (wie der EuGH in den schon oben zitierten Entscheidungen⁴⁹) an einem Verständnis vom Strafrecht an, das in diesem lediglich ein verfügbares Mittel zu verschiedenen Zwecken erblickt,⁵⁰ so würde man erstens die eigenständige Natur des Strafrechts ignorieren. Zweitens ergäben sich letztlich grenzenlose Mög-

lichkeiten, um Strafrechts- (Harmonisierungs-) Befugnisse auf allerlei verschlungenen Wegen an solche Kompetenztitel anzuknüpfen, von denen zuvor weder die „Herren der Verträge“ noch sonst jemand geahnt hatte, dass sie etwas mit Strafrecht zu tun haben könnten; die präzise Bestimmung (und Beachtung) der Grenzen strafrechtsbezogener Kompetenztitel wäre also *a limine* zweitrangig und das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung letztlich zur Leerformel degradiert.

Vor diesem Hintergrund erscheint es mit Blick auf den Bereich des Europäischen Strafrechts nicht überzogen, dass das BVerfG nicht nur die Einhaltung der Grenzen der vertraglichen Kompetenzgrundlagen anmahnt, sondern in Aussicht stellt, ggf. selbst zur Ultra-Vires-Kontrolle zur schreiten. Gerade in diesem Bereich hat die erwähnte EuGH-Rechtsprechung, in ihrem Bemühen, das Strafrecht unter souveräner Ignorierung des Prinzips der begrenzten Einzelermächtigung der europäischen Verfügung immer weitergehend zu erschließen,⁵¹ in einem Ausmaß Vertrauen verspielt, dass es unter dem Gesichtspunkt effektiven Grund- bzw. Menschenrechtsschutzes beruhigend ist, dass das BVerfG sich für den Fall fehlenden Rechtsschutzes auf Unionsebene weiterhin eine verfassungsrechtliche Prüfung vorbehält. Gesetzt den Fall, die Union würde unter Überschreitung der Grenzen des Art. 325 AEUV,⁵² der als Nachfolgevorschrift des jetzigen Art. 280 EGV eine auf den Schutz der finanziellen Interessen der Union beschränkte bereichsspezifische Rechtsgrundlage für supranationales Strafrecht bilden soll,⁵³ im Verordnungswege Kriminalstrafrecht schaffen, steht nun die ausdrücklich erklärte Möglichkeit im Raum, dass das BVerfG die fraglichen Regelungen in Deutschland für verfassungswidrig und damit unanwendbar erklärt.⁵⁴

Von großem Interesse für das Europäische Strafrecht sind weiterhin die Ausführungen des BVerfG zur *justiziellen Zusammenarbeit in Strafsachen* (Art. 82 ff. AEUV), zumal der *Senat* insoweit konkrete Erwägungen zu den Anwendungsvoraussetzungen und zwar insbesondere zu der Richtlinienkompetenzvorschrift des Art. 83 AEUV anstellt.⁵⁵ Nach dessen Abs. 1 können Rat und Parlament „Mindestvorschriften zur Festlegung von Straftaten und Strafen“ in bestimmten grenzüberschreitenden Kriminalitätsbereichen, die in Abs. 1

⁴⁶ Siehe auch Art. 1 u. 2 AEUV über die Grundsätze der Arbeitsweise und die Arten und Bereiche der Zuständigkeit der Union, insbes. Art. 2 Abs. 6 AEUV: „Der Umfang der Zuständigkeiten der Union und die Einzelheiten ihrer Ausübung ergeben sich aus den Bestimmungen der Verträge“, also aus dem EUV-Lissabon und dem AEUV, vgl. Art. 1 Abs. 2 AEUV!

⁴⁷ Vgl. nur *Streinz/Ohler/Hartmann* (Fn. 11), S. 86 f.; *Hellmann*, *Der Vertrag von Lissabon*, 2009, S. 54.

⁴⁸ BVerfG NJW 2009, 2267 (2288) Rn. 358 (*Hervorhebung* nicht im Original).

⁴⁹ Nachw. o. Fn. 30.

⁵⁰ Vgl. hier *Ambos* (Fn. 5), § 11 Rn. 30a; auch *Satzger*, *Internationales und Europäisches Strafrecht*, 3. Aufl. 2009, § 8 Rn. 42: „allein auf ‚effet utile‘-Erwägungen fußendes Urteil“ und Rn. 46: „Durchsetzungsmechanismus“; des Weiteren *Kubiciel*, *NStZ* 2007, 136 (137): „Dem Strafrechtsverständnis der europäischen Institutionen liegt mithin ein auf das Ziel fixierter Blick zugrunde. Dieser Blickwinkel hat seine Ursache in der Kompetenzfrage: Wird allein nach einem zielführenden Weg gesucht, geht die Frage, ob das Betreten per se gestattet ist, ins Leere“.

⁵¹ Vgl. etwa *Zöller*, *ZIS* 2009, 340 (348), der resümiert, dass „das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung [...] im Bereich des Strafrechts nur noch auf dem Papier existiert“.

⁵² Der *Senat* erwähnt Art. 325 AEUV freilich an keiner Stelle ausdrücklich.

⁵³ Vgl. zu dieser Vorschrift, die zunächst im Jahre 2000 durch die Kommission als Forderung eines neuen Art 280a EGV in die Diskussion gebracht worden war, später als Art. III-415 im Verfassungsvertrag enthalten war, dann ursprünglich durch Art. 2 Abs. 276 des Vertrags von Lissabon als ein Art. 280 in den reformierten EGV eingestellt werden sollte (ABl. 2007 C 306, S. 127), um schließlich im konsolidierten Vertragswerk als Art 325 AEUV aufzutauchen, *Ambos* (Fn. 5), § 11 Rn. 11 ff.; *Satzger* (Fn. 50), § 8 Rn. 41 f. jew. m.w.N.

⁵⁴ BVerfG NJW 2009, 2267 (2272) Rn. 241.

⁵⁵ BVerfG NJW 2009, 2267 (2287 ff.) Rn. 352-365.

UA 1 gelistet sind,⁵⁶ festlegen. Art. 83 Abs. 1 AEUV spricht insoweit von „besonders schwerer Kriminalität [...], die aufgrund der Art oder der Auswirkungen der Straftaten oder aufgrund einer besonderen Notwendigkeit, sie von gemeinsamen Grundlagen ausgehend zu bekämpfen, eine grenzüberschreitende Dimension haben“. Überzeugend kritisiert das BVerfG die relative Vagheit der zweiten Alternative, innerhalb derer sich dem Wortlaut nach eine „grenzüberschreitende Dimension“ einer bestimmten Kriminalitätsform aus der „besonderen Notwendigkeit, sie von gemeinsamen Grundlagen ausgehend zu bekämpfen“, ergeben zu können scheint. Die „besondere Notwendigkeit, [Kriminalität] von gemeinsamen Grundlagen ausgehend zu bekämpfen“, stellt in der Tat eine recht inhaltsleere Phrase dar und es liegt – ruft man sich den Expansionsdrang europäischer Strafrechtsharmonisierung in Erinnerung – die Vorstellung nahe, dass die „besondere Notwendigkeit“ allzu rasch als Anknüpfungspunkt für wolkige Kompetenzbegründung entdeckt werden könnte. Vor diesem Hintergrund schließt das BVerfG zunächst aus, dass allein die Willenbildung der europäischen Organe die „besondere Notwendigkeit“ herstellen könnte.⁵⁷ Das ist überzeugend, denn Art. 83 Abs. 1 AEUV würde als Kompetenz- und damit eben auch als Kompetenzbegrenzungsvorschrift ad absurdum geführt, wenn es möglich wäre, die „besondere Notwendigkeit“ zur Begründung einer grenzüberschreitenden Dimension allein dadurch entstehen zu lassen, dass sich die europäischen Organe entscheiden, einen bestimmten (evtl. politisch aktuell besonders „attraktiven“) Deliktsbereich zu harmonisieren.⁵⁸ Weitergehend noch spricht sogar einiges dafür, dass der Variante der „besonderen Notwendigkeit“ gar keine eigenständige Bedeutung zukommt, denn „woraus, wenn nicht aus der Art oder den Auswirkungen der betreffenden Straftaten, [sollte] sich die besondere Notwendigkeit ihrer Bekämpfung auf gemeinsamer Grundlage ergeben“.⁵⁹

Über das Merkmal der „besondere[n] Notwendigkeit“ (Art. 83 Abs. 1 AEUV) hinaus identifiziert der *Senat* mit der Möglichkeit, durch Ratsbeschluss nach Zustimmung des Europäischen Parlaments die Liste der Kriminalitätsbereiche, die bei Vorliegen einer „grenzüberschreitende[n] Dimension“ harmonisiert werden können, zu erweitern, einen weiteren problematischen Punkt. Ein solches Vorgehen würde gemäß Art. 83 Abs. 1 UA 2 nach Maßgabe der „Entwicklungen der Kriminalität“ erfolgen. Der *Senat* mahnt für derartige Fälle die Einhaltung des Gesetzesvorbehalts des Art. 23 Abs. 1 S. 2 GG an: Wenn eine Erweiterung der (unter der Voraussetzung grenzüberschreitender Dimension i. S. v. Art. 83 Abs. 1 AEUV) harmonisierbaren Kriminalitätsbereiche beschlossen wird, müssen Bundestag und Bundesrat durch Gesetz zuvor zu-

stimmen.⁶⁰ Das BVerfG sieht also ein Vorgehen nach Art. 83 Abs. 1 UA 2 nicht durch die primärrechtliche Blankettermächtigung hinreichend legitimiert an, sondern betrachtet sie „in der Sache [als] eine[] Erweiterung der geschriebenen Kompetenzen der Union“.⁶¹ Diese Sichtweise ist konsequent, wenn man für den Bereich des Kriminalstrafrechts, aufgrund seiner Eigenart, in die grund- und menschenrechtlich geschützte Sphäre des Einzelnen in besonders intensiver Form einzugreifen, eine besondere demokratische Legitimationsgrundlage verlangt. Dies legt es dann nahe, sich nicht damit zu begnügen, dass die Blankettermächtigung auf ein Gesetz i.S.v. Art. 23 Abs. 1 S. 2 GG zurückgeführt werden kann, sondern an die *Erweiterung* der Liste des Art. 83 Abs. 1 UA 1 AEUV (mit all ihren dann möglichen Konsequenzen) die gleichen Anforderungen zu stellen wie an die Schaffung der Liste. Hierfür spricht nicht zuletzt, dass Art. 83 Abs. 1 AEUV (abgesehen von der „grenzüberschreitende[n] Dimension“ und der ominösen Orientierung an „den Entwicklungen der Kriminalität“) keine Anhaltspunkte entnommen werden können, welche (neuen) Kriminalitätsbereiche erschließbar sein sollen und welche nicht. Eine systematische Auslegung mit Blick auf den ersten Unterabsatz der Vorschrift führt insoweit kaum weiter, weil die dort aufgelisteten Kategorien⁶² sich in ihrer Heterogenität nicht auf einen gemeinsamen Nenner bringen lassen, der über die (bereits in Abs. 1 enthaltene) „grenzüberschreitende Dimension“ hinausgeht. Ähnlich wie bei den geradezu berüchtigten Listenkategorien des Rahmenbeschlusses über den Europäischen Haftbefehl entsprechen die harmonisierungstauglichen „Kriminalitätsbereiche“ des Art. 83 Abs. 1 UA 1 AEUV nur teilweise Tatbestandsbeschreibungen des nationalen Rechts („Geldwäsche“ und ggf. noch „Fälschung von Zahlungsmitteln“); teilweise sind sie auf einer höheren Abstraktionsstufe angesiedelt und umschließen Deliktgruppen des nationalen Strafrechts („Computerkriminalität“), denen sich nach Begehungsweise und Schutzrichtung sehr verschiedenartige Tatbestände subsumieren lassen, oder sie greifen – problematischer noch! – zumindest in ihren Grenzbereichen gänzlich unabgesicherte und gerade unter kriminalpolitischer Perspektive problematische kriminologische bzw. kriminalistische Konzepte auf („Terrorismus“, „organisierte Kriminalität“). Da Art. 83 Abs. 1 AEUV ein Problempotenzial birgt, das eine gewisse Verwandtschaft mit dem Rahmenbeschluss über den Europäischen Haftbefehl aufweist, leuchtet es durchaus ein, dass das BVerfG hier eine Verbindung herstellt und anmerkt, dass sich (bei der Anwendung des Art. 83 Abs. 1 UA 2 AEUV) die Kompetenzen der Mitgliedstaaten „dadurch schonen [ließe]n, dass die Mindestvorschriften nicht einen vollständigen Deliktsbereich (vgl. Art. 2 Abs. 2 des Rahmenbeschlusses des Rates vom 13.6.2002 über den Europäischen Haftbefehl und das Übergabeverfahren zwischen den Mitgliedstaaten, ABl. Nr. L 190/1),

⁵⁶ Terrorismus, Menschenhandel und sexuelle Ausbeutung von Frauen und Kindern, illegaler Drogenhandel, illegaler Waffenhandel, Geldwäsche, Korruption, Fälschung von Zahlungsmitteln, Computerkriminalität und organisierte Kriminalität.

⁵⁷ BVerfG NJW 2009, 2267 (2288) Rn. 359.

⁵⁸ Zu den aktionistischen Tendenzen der Europäischen Kriminalpolitik vgl. nur *Ambos* (Fn. 5), § 12 Rn. 3.

⁵⁹ BVerfG NJW 2009, 2267 (2288) Rn. 359.

⁶⁰ Die diesbezüglichen Beteiligungsrechte des Bundestages und des Bundesrates müssen verfahrensmäßig abgesichert werden, vgl. schon oben im Haupttext bei Fn. 36.

⁶¹ BVerfG NJW 2009, 2267 (2288) Rn. 363.

⁶² Vgl. Fn. 56.

sondern lediglich eine Tatbestandsvariante erfassen“.⁶³ Gerade aus strafrechtlicher Sicht wäre eine derartige Selbstbeschränkung vor dem Hintergrund der Unklarheiten, die die eigenartigen „Listenkategorien“ des Rahmenbeschlusses über den Europäischen Haftbefehl geschaffen haben, wünschenswert.

Art. 83 Abs. 2 AEUV stellt das potenziell wohl breiteste Einfallstor für unterlegitimierte Strafrechtsharmonisierung dar⁶⁴, enthält diese Vorschrift doch eine Annexkompetenz, die der Union die Strafrechtsharmonisierung durch Richtlinienanweisungen ermöglicht, wenn sich dies als „unerlässlich für die wirksame Durchführung der Politik der Union auf einem Gebiet [erweist], auf dem Harmonisierungsmaßnahmen erfolgt sind“. Der Sache nach hat der EuGH in seiner Entscheidung über den Rahmenbeschluss zum Schutz der Umwelt durch das Strafrecht diesen noch gar nicht existierenden Kompetenztitel bekanntlich bereits vorweggenommen.⁶⁵ Nicht zuletzt die bereits vorhandene EuGH-Rechtsprechung, auf die das BVerfG explizit Bezug nimmt,⁶⁶ macht das problematische Expansionspotenzial deutlich, das einer Ableitung von Strafrechts- (Harmonisierungs-) Kompetenzen von sämtlichen Politikbereichen, in denen Harmonisierung stattgefunden hat, innewohnt. Es ist vor diesem Hintergrund unübersehbar, dass „Uferlosigkeit“ droht⁶⁷ und das Gebot restriktiver Handhabung des Art. 83 Abs. 2 AEUV wird unabweisbar, wenn dieser Vorschrift eine kompetenzbegrenzende Funktion zukommen soll. Das BVerfG setzt diesbezüglich an dem Merkmal der *Unerlässlichkeit* der Angleichung strafrechtlicher Normen, an und interpretiert dieses dahingehend, dass hinsichtlich des fraglichen Politikbereichs „ein gravierendes Vollzugsdefizit tatsächlich besteht und nur durch Strafantrohung beseitigt werden kann“.⁶⁸ Die Tragweite dieser Urteils Passage erschließt sich im Vergleich mit der Rechtsprechung des EuGH, der in der gerade erwähnten Umweltschutzentscheidung die Annexkompetenz der Gemeinschaft zur Strafrechtsharmonisierung im Bereich der Umweltkriminalität in der Sache letztlich damit begründet hat, dass die fraglichen Regelungen (bzgl. derer seinerzeit zu klären war, ob sie den Mitgliedstaaten im Wege eines Rahmenbeschlusses oder einer Richtlinie vorgegeben werden konnten bzw. mussten) „das Ziel des Umweltschutzes verfolgt[en]“;⁶⁹ in seiner späteren Entscheidung zur Vorratsda-

tenspeicherung hat der EuGH eine Gemeinschaftskompetenz sogar dort angenommen, wo sich eine Regelung nicht einmal in ein Mittel-Zweck-Verhältnis zu Gemeinschaftszielen bringen lässt, jedoch für den Fall uneinheitlicher mitgliedstaatlicher Regelungen Beeinträchtigungen des Waren- und Dienstleistungsverkehrs gemutmaßt werden können.⁷⁰

Mit Recht bekräftigt der *Senat* im weiteren Urteilsgang unter Verweis auf das verfassungsrechtlich unverfügbare *Schuldprinzip* (Art. 79 Abs. 3 GG) die besondere Qualität des Strafrechts,⁷¹ um dann „[v]or dem Hintergrund der Bedeutung des Strafrechts für die individuelle Freiheit“ besondere *Verfahrenssicherungen* zu verlangen.⁷² Da sich die Richtliniensetzung nach Art. 82 Abs. 2⁷³ und nach Art. 83 Abs. 2, 3 AEUV „in der Bedeutung einer Vertragsänderung an[nähert]“, sei ebenso wie im Rahmen des Notbremseverfahrens (Art. 82 Abs. 3 u. 83 Abs. 3 AEUV)⁷⁴ zu verlangen, dass der deutsche Ratsvertreter nur nach Weisung des Bundestages und Bundesrates die mitgliedstaatlichen Rechte wahrnimmt.⁷⁵ Die konsequente Umsetzung dieser Überlegungen verbietet es der Exekutive, einschneidende Änderungen im Bereich der Strafrechtspflege über den Brüsseler Umweg in die Wege zu leiten.⁷⁶ Unabhängig hiervon kann es die Legitimation des Europäischen Strafrechts nur verbessern, wenn Bundestag und -rat im Wege der Rückanbindung des deutschen Ratsvertreters in den Prozess der Richtliniensetzung

46 f. Der EuGH hat diese Linie fortgesetzt in seiner Nachfolgende Entscheidung, die sich auf Instrumente zur Bekämpfung der Verschmutzung durch Schiffe bezieht: EuGH, Urt. v. 23. 10.2005 – C-440/05 = NStZ 2008, 703 (704 f.) Rn. 66 ff., insbes. 69; vgl. hierzu *Ambos* (Fn. 5), § 11 Rn. 30b.

⁷⁰ EuGH, Urt. v. 10.2.2009 – C-301/06 (Vorratsdatenspeicherungsrichtlinie) = JZ 2009, 466 (467 f.) Rn. 68 ff., 85; krit. *Ambos*, JZ 2009, 468 (471).

⁷¹ BVerfG NJW 2009, 2267 (2289) Rn. 364.

⁷² BVerfG NJW 2009, 2267 (2289) Rn. 365.

⁷³ Art. 82 Abs. 2 AEUV betrifft die Richtlinien zum Zweck der „Erleichterung der gegenseitigen Anerkennung gerichtlicher Urteile und Entscheidungen und der polizeilichen und justiziellen Zusammenarbeit in Strafsachen mit grenzüberschreitender Dimension“.

⁷⁴ In den genannten Fällen kann ein Ratsmitglied, das meint, dass ein Richtlinienentwurf zur Harmonisierung des Straf- oder Strafverfahrensrechts „grundlegende Aspekte seiner Strafrechtsordnung“ berührt, den Europäischen Rat einschalten. Wird dort Einvernehmen erzielt verweist der Europäische Rat den Entwurf an den Rat zurück. Ergibt sich kein Einvernehmen, finden sich jedoch neun Mitgliedstaaten für die verstärkte Zusammenarbeit nach Maßgabe des fraglichen Entwurfs zusammen, so gilt die Ermächtigung zur verstärkten Zusammenarbeit nach Mitteilung an das Europäische Parlament, den Rat und die Kommission als erteilt. An in diesem Rahmen erlassene Rechtsakte sind dann aber nur die an der verstärkten Zusammenarbeit beteiligten Staaten gebunden (Art. 20 Abs. 4 EUV-Lissabon). Vgl. hierzu auch *Streinz/Ohler/Hartmann* (Fn. 11), S. 134 m.w.N.

⁷⁵ BVerfG NJW 2009, 2267 (2289) Rn. 365 f.

⁷⁶ Vgl. Fn. 88.

⁶³ BVerfG NJW 2009, 2267 (2288) Rn. 363.

⁶⁴ BVerfG NJW 2009, 2267 (2288) Rn. 361 („gravierende Ausdehnung der Zuständigkeit zur Strafrechtspflege“).

⁶⁵ EuGH, Urt. v. 13. 9.2005 – C-176/03 (Nichtigerklärung des Rahmenbeschlusses über den Schutz der Umwelt durch das Strafrecht) = NVwZ 2005, 1289; hierzu *Ambos* (Fn. 5) § 11 Rn. 30c.

⁶⁶ BVerfG NJW 2009, 2267 (2287 f.) Rn. 352 u. 362 („von der europäischen Gerichtsbarkeit bereits angenommene Existenz einer strafrechtlichen Annexzuständigkeit“).

⁶⁷ BVerfG NJW 2009, 2267 (2288) Rn. 361.

⁶⁸ BVerfG NJW 2009, 2267 (2288) Rn. 362.

⁶⁹ EuGH, Urt. v. 13. 9.2005 – C-176/03 (Nichtigerklärung des Rahmenbeschlusses über den Schutz der Umwelt durch das Strafrecht) = NVwZ 2005, 1289 (1290 f.), bei Rn. 43 ff.,

bung eingebunden werden und so ihre Rechte wahrnehmen können.

III. Fazit und Ausblick

Die konkreten Aussagen der Lissabon-Entscheidung, die die justizielle Zusammenarbeit in Strafsachen und zwar insbesondere Art. 83 AEUV betreffen, bergen im Hinblick auf die expansive Tendenz der einschlägigen EuGH-Rechtsprechung erhebliches Konfliktpotenzial. Die restriktive Handhabung der fraglichen Vorschriften des AEUV, die das Bundesverfassungsgericht anmahnt, ist aus strafrechtlicher Perspektive gleichwohl uneingeschränkt zu begrüßen. Die Aussagen des BVerfG werden den Eigenarten des Strafrechts gerecht und nehmen letztlich lediglich die Kompetenzordnung des AEUV beim Wort, während der EuGH diejenige des EGV zugunsten der supranationalen europäischen Ebene erweitert und das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung in seinem (strafrechtlichen) Gestaltungsrausch entwertet hat.⁷⁷ Existierte die expansive Rechtsprechung des EuGH nicht, könnte man versucht sein, die Aussagen des BVerfG zur restriktiven Auslegung des Art. 83 AEUV als Feststellung von Selbstverständlichkeiten anzusehen.

Die Bewertung der Lissabon-Entscheidung hängt über die eingangs diskutierte Grundsatzfrage⁷⁸ hinaus, nämlich inwieweit man mit dem BVerfG von einem (weiterhin) relevanten Legitimationsdefizit der Union ausgeht, wesentlich von den nicht selten unausgesprochenen Erwartungen an den Lissaboner-Vertrag ab. Erkennt man im reformierten EUV und im neuen AEUV ein komplexes und voraussetzungsvolles Vertragswerk, das die Machtverhältnisse zwischen der Union und ihren Mitgliedstaaten in einer sachgerechten, klaren und nicht zuletzt operablen Weise ausgestaltet und der Machtausübung der EU eine tragfähige (und für ihre Bürgerinnen und Bürgern nachvollziehbare) Legitimationsgrundlage verschaffen soll⁷⁹, so stellen sich die Aussagen des BVerfG insbesondere zu den strafrechtsbezogenen Vorschriften des Vertrags von Lissabon kaum als etwas anderes als eine „werkgetreue“ Erläuterung dar. Die Aussagen des BVerfG zum Europäischen Strafrecht können sich nämlich auch nach Lissabon nach wie vor auf das im Vertrag festgeschriebene Prinzip der *begrenzten Einzelermächtigung* stützen. Dessen konsequente Umsetzung kann nur in einer restriktiven Auslegung der strafrechtsbezogenen Kompetenztitel liegen; alles andere, mag man es auch als „integrationsfreundlich“ o.ä. etikettieren, entwertet letztlich das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung, zu dem sich eben auch der Vertrag von Lissabon ausdrücklich bekennt.

Dass den für das Strafrecht belangreichen vertraglichen Grundlagen keine extensive, sondern eher eine restriktive Tendenz innewohnt, zeigt sich dabei nicht zuletzt darin, dass Art. 83 Abs. 3 AEUV mit dem dort geregelten Notbremsenmechanismus⁸⁰ explizit *hinter* den durch die EuGH-Recht-

sprechung herbeijudizierten Jetzzustand *zurückgeht*⁸¹. Zurückhaltend sind letztlich auch die Kompetenzen europäischer Institutionen im Bereich der polizeilichen Zusammenarbeit ausgestaltet; so belässt etwa Art. 88 Abs. 3 S. 2 AEUV bezüglich Europol Zwangsmaßnahmen ausdrücklich in der ausschließlichen Zuständigkeit der mitgliedstaatlichen Behörden. Beispiele wie diese zeigen, dass sich das Vertragswerk von Lissabon dem Strafrecht grundsätzlich mit Augenmaß und Zurückhaltung nähert und es dürfte daher ganz der Absicht der Väter und Mütter des Vertrags entsprechen, wenn das BVerfG in Bezug auf handwerklich weniger gelungene Passagen wie namentlich die zweite Alternative des Art. 83 Abs. 1 AEUV Leitlinien für eine restriktive Auslegung entwickelt. Seiner Absage an das instrumentelle Strafrechtsverständnis des EuGH⁸² liegt ein zutreffendes Verständnis von Eigenart und Wirkweise des Strafrechts zugrunde. Auch soweit das BVerfG mit Nachdruck darauf pocht, dass die vertraglich verabredeten Vorschriften auch tatsächlich eingehalten werden und diesbezüglich mit einer gewissen Schärfe ankündigt, ggf. zur Ultra-vires-Kontrolle zu schreiten, ist dies vor dem Hintergrund der erwähnten expansiven EuGH-Rechtsprechung zum Europäischen Strafrecht nur allzu verständlich. Und begrüßenswert.

Naturgemäß ganz anders wird die Einschätzung ausfallen, wenn man im Lissaboner Vertrag einschließlich seiner strafrechtlichen Elemente nicht mehr sieht als eine Etappe, als ein (weiteres) Provisorium auf dem Weg zu europäischer Supranationalität. Ordnet man den Vertrag in diesem Sinne als dienendes und von vornherein nur bis auf weiteres nützlich Werkzeug der immer weiter fortschreitenden „Integration“ als dem eigentlich Maßgeblichen unter,⁸³ so entwertet man ihn in seiner handgreiflichen Bedeutung für die Menschen der Mitgliedstaaten. Die Eigenarten des Vertragswerks, seine konkreten Konsequenzen für das Leben der Menschen in Europa, seine Vorteile (und ggf. auch seine Schwächen) werden dann verdeckt durch das gewissermaßen auf ein „Podest der Undiskutierbarkeit“⁸⁴ gehobene Anliegen der „Schaffung einer immer engeren Union der Völker Europas“. Unter einer solch überragenden „historischen“ Perspektive treten dann auch prosaische Kompetenzfragen zwangsläufig in den Hintergrund.⁸⁵ Und die verfassungsgerichtliche Forderung nach Einhaltung der vertraglich vereinbarten Kompetenzvorschriften muss unter einer in visionärer Weise auf die fernere europäische Zukunft in Supranationalität fixierten Perspektive als provinzielle Beckmesserei erscheinen; ja, die Androhung des BVerfG, diesbezügliche Grenzüberschreitungen nicht mit wohlwollender Zurückhaltung geschehen zu lassen,

⁸¹ Satzger (Fn. 50), § 8 Rn. 45.

⁸² Vgl. bei Fn. 48.

⁸³ Vgl. schon bei Fn. 28.

⁸⁴ Treffend *Di Fabio* (Fn. 28), S. 231 u. 233 f.; vgl. auch *Hillgruber*, FAZ v. 10.9.2009, S. 8, mit dem Hinweis, dass eine Forderung nach vorbehaltloser Zustimmung das Selbstverständnis einer rechtsstaatlichen und demokratischen Union verfehlen müsste.

⁸⁵ Bzw. sie stellen sich von vornherein als lästige Hemmnisse auf einem „historisch“ vorgezeichneten Weg dar.

⁷⁷ Vgl. bei Fn. 51.

⁷⁸ Haupttext bei Fn. 6 ff.

⁷⁹ Vgl. bei Fn. 38.

⁸⁰ Vgl. o. Fn. 74.

muss als rückwärtsgewandte und dreiste Empörung gegenüber der europäischen Idee und ihrer Gerichtsbarkeit erscheinen.

Wer aber befürchtet, dass in der Konsequenz der Karlsruher Entscheidung die „EU [...] zum Ghetto [werden könnte], von der Mauer des Grundgesetzes umgeben“⁸⁶, sollte sich sicher sein, dass die Anleihe auf die fernere Zukunft nicht zu teuer erkauft ist. Die fortschreitende europäische Integration erschöpft sich nämlich nicht in einer Relativierung der Bedeutung mitgliedstaatlicher Souveränität.⁸⁷ Die Entfaltung der Europäischen Union wirkt sich beileibe nicht nur darin aus, dass das Verhältnis zwischen der Union und ihren Mitgliedstaaten neu austariert wird; gleichzeitig greift der Prozess der fortschreitenden Integration in handgreiflicher Weise in die grund- und menschenrechtlich belangreichen Lebenssphären der *Menschen* ein; an keinem Bereich wird dies deutlicher als an dem des Europäischen Strafrechts.⁸⁸ Die bereits

mehrfach erwähnte Rechtsprechung des EuGH auf diesem Gebiet und die erratische „Kriminalpolitik“ der Kommission lassen sehr daran zweifeln, dass sich die europäischen Institutionen dieser Dimension des Integrationsprozesse, die bisweilen bewusst in den Hintergrund geschoben zu werden scheint, immer bewusst sind.

Dem BVerfG mag man vor diesem Hintergrund seine kleine Münze vorwerfen, indes setzt es bei denjenigen an, die (bereits) in der Gegenwart und in der nahen Zukunft unter dem Vertrag von Lissabon von konkreter Machtausübung der EU betroffen sind⁸⁹; (jedenfalls) soweit es um Weichenstellungen im Bereich des *Strafrechts* geht, ist dies die gebotene Perspektive.

⁸⁶ Erstaunlich wüste Polemik von *Oppermann*, *EuZW* 2009, 473.

⁸⁷ Woher (vielfach) der Wind weht, wird deutlich, wenn bspw. im Spiegel Nr. 28/2009, S. 28 (29) versucht wird, das Lissabon-Urteil dadurch zu denunzieren, dass man seine Quintessenz auf die Parole „Identität statt Integration“ reduziert; damit soll wohl eine komplexe Problematik in ein simples Schema – Integration/Europa/Fortschritt vs. Identität/Nationalstaat/BVerfG – gebracht werden.

⁸⁸ Dabei lassen sich in diesem Bereich erstaunliche Eingriffsregelungen finden, angesichts derer sich der Eindruck aufdrängt, dass sie als originäre Projekte *nationaler* Gesetzgebung schwerste Grundsatzkritik auf sich gezogen und *wesentlich* geringere Umsetzungschancen gehabt hätten. Vor dem Hintergrund der (auch in der kritischen Presse kaum wahrgenommenen) EG-Terroristenlisten erstaunt, dass von vielen Meinungsträgern der Europäischen Union ein vorausseilendes Urvertrauen in der Annahme entgegengebracht zu werden scheint, dass diese im Hinblick auf Grund- und Menschenrechtsschutz nationalstaatlichen Lösungen per se überlegen ist. Dieses sachlich wenig berechtigte Vertrauen dürfte sich nun weniger aus einer kritischen Analyse der Europäischen Union, des Zusammenspiels ihrer Akteure und einer Qualitätskontrolle ihrer Produkte (namentlich des Europäischen Strafrechts) speisen, sondern aus einer tiefen Abneigung gegenüber dem insbesondere im Hinblick auf seine mit aggressiver Abgrenzung gegenüber dem Fremden assoziierten ungeliebten und belasteten Nationalstaat (vgl. hier *Di Fabio* [Fn. 28], S. 229 ff.). Es birgt daher wie manches Bauchgefühl ein erhebliches Potenzial für bisweilen erstaunliche Fehleinschätzungen (vgl. insoweit mit Bezug zum *EuHbG Rackow*, *ZIS* 2008, 526 [528] m. Fn. 31). Was die „Terroristenlisten“ anbelangt, sei nachgetragen, dass der EuGH in seiner einschlägigen Entscheidung (EuGH, Urt. v. 3.9.2008 – C-402/05 P u. C-415/05 = *EuGRZ* 2008, 480) immerhin versucht hat, grund- und menschenrechtlich gebotene Begrenzungen zu schaffen, deren Tragfähigkeit allerdings zweifelhaft scheint. Vgl. insoweit *Gless/Schaffner*, in: Braum/Weyembergh (Hrsg.), *Le contrôle juridictionnel dans l'espace pénal européen* (2009), S. 186 f.; *Rackow*, *StV* 2009 im Erscheinen. Zu der Entscheidung jüngst auch *Heine*, *NStZ* 2009, 428.

⁸⁹ Vgl. schon oben bei Fn. 31.