

Strafrechtswissenschaft und europäische Kriminalpolitik*

Von Wiss. Assistent Dr. Michael Kubiciel, Regensburg

Das Inkrafttreten des Lissabon-Vertrags bietet der Strafrechtswissenschaft die Gelegenheit, Vernachlässigtes nachzuholen. Nicht mehr der staatstheoretische Streit um die demokratische Legitimation der Europäischen Union oder die europarechtliche Analyse der Kompetenznormen sollte ihr Haupttätigkeitsfeld sein, sondern die straftheoretische Frage, zu welchen Zwecken die Kompetenzen überhaupt eingesetzt werden sollen. Die dringend notwendige Rationalisierung der europäischen Kriminalpolitik setzt eine Debatte über die Strafzwecke voraus. Anknüpfen kann diese Debatte an jene Präventions- und Vergeltungstheorien, die seit dem 17. Jahrhundert entwickelt und europaweit diskutiert worden sind.

The Treaty of Lisbon offers the opportunity for criminal jurisprudence to concentrate on an issue, which has been neglected for too long: criminal law theory. Instead of bemoaning the democratic deficiency of the European Union or concentrating on the articles giving competences, jurisprudence must encourage a rational European criminal policy. A rational criminal policy is unthinkable without debating the purposes of punishment. This debate can be founded on the preventive and retributive theories, which have been elaborated and discussed in Europe since the 17th century.

I. Das Strafrecht: Vom Spiegel der Gesellschaft zum interkulturellen Werkzeug

Das Strafrecht ist das schärfste Schwert im Arsenal des Rechts. Sein Einsatz ist legitim, wenn der Täter ein Recht verletzt hat, das auch ihm Freiheit vermittelt. Freiheit gewährleistet das Recht innerhalb politischer und kultureller Grenzen. Das Strafrecht gehört daher zum Kern staatlicher Souveränität,¹ seine Tatbestände spiegeln die „Nachtseite des Volkslebens“².

So oder ähnlich hätte die deutsche Strafrechtswissenschaft noch vor wenigen Jahrzehnten ihren Gegenstand beschrieben. Zu Beginn des 21. Jahrhunderts scheint sich dieses Verständnis überlebt zu haben. So ermittelt die amerikanische Börsenaufsicht gegen deutsche Unternehmen wegen

* Vortrag, den der Verf. am 8.10.2010 an der Universität Wrocław/Breslau gehalten hat. Der Vortragsstil wurde beibehalten.

¹ Vgl. zu dieser Einschätzung *Dannecker*, in: Roxin/Widmaier (Hrsg.), 50 Jahre Bundesgerichtshof, Festgabe aus der Wissenschaft, Bd. 4, Strafrecht, Strafprozeßrecht, 2000, S. 339 (S. 340) m.w.N.

² So *Welzel*, Das deutsche Strafrecht, 3. Aufl. 1954, S. 199. Zur kulturellen Vorprägung auch *Hassemer/Neumann*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, Bd. 1, 3. Aufl. 2010, Vor § 1 Rn. 316 ff.; *Walter*, in: Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 1, 12. Aufl. 2007, Vor § 13 Rn. 4, 17; *Weigend*, in: Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann (a.a.O.), Einl. Rn. 51.

korruptiver Geschäftspraktiken in Russland und zahlreiche internationale Übereinkommen fordern die Schaffung von Straftatbeständen gegen Wirtschafts- und Umweltkriminalität, gegen den Drogen- und Menschenhandel und vieles andere mehr. Solche Beispiele zeigen, dass das Strafrecht immer häufiger politische und kulturelle Grenzen überwindet. Es ist in Teilbereichen zu einem transnationalen und interkulturellen Instrument geworden.

Dies gilt in besonderem Maße für jenen Teil Europas, der eine „immer engere Union der Völker Europas“ anstrebt.³ Für die Europäische Union ist das Strafrecht in den letzten beiden Jahrzehnten von einem Randgebiet zu einem zentralen Gegenstand und Mittel europäischer Integrationspolitik avanciert.⁴ Weil das Europäische Strafrecht auf zum Teil unsicheren Rechtsgrundlagen entwickelt worden ist, hat die Rechtswissenschaft in den letzten Jahren mit Recht intensiv über den Umfang der strafrechtlichen Kompetenzen des europäischen Gesetzgebers diskutiert. Weitauß seltener ist hingegen die Frage gestellt worden, zu welchen Zwecken diese Kompetenzen überhaupt eingesetzt werden sollen.⁵ Dabei hätten die kriminalpolitischen Initiativen Brüssels durchaus Anlass zu einer vertieften Debatte geboten: Europäische Rahmenbeschlüsse und Richtlinien folgen häufig dem Muster symbolischer Gesetzgebung oder sie dienen schlicht dazu, Geländegewinne auf den Kompetenzfeldern zu erzielen.⁶ Gelegentlich begründet die EU ihre Harmonisierungsprojekte gar mit dem zweifelhaften Ziel, eine einheitliche Bestrafung solle ein gemeinsames „Rechtsgefühl“ bei Bürgern⁷ bzw. Richtern und Staatsanwälten⁸ schaffen.

³ So Art. 1 EUV in seiner Fassung v. 9.5.2008, AbI. EU 2008 Nr. C 115/13.

⁴ Zur Rechtsentwicklung *Perron*, in: Dörr/Dreher (Hrsg.), Europa als Rechtsgemeinschaft, 1997, S. 138; *Perron*, in: Hettinger u.a. (Hrsg.), Festschrift für Wilfried Küper zum 70. Geburtstag, 2007, S. 429; *Prittitz*, ZStW 113 (2001), 774; *Zöller*, ZIS 2009, 340. Zum Entwicklungsstand *Satzger*, ZIS 2010, 691 (692).

⁵ Zu dieser Frage *Braum*, Europäische Strafgesetzlichkeit, 2003, S. 65 ff., 207 ff., 428 ff.; *Frisch*, GA 2007, 251 (265 ff.); *Köhler*, in: Bemann u.a. (Hrsg.), Strafrecht – Freiheit – Rechtsstaat, Festschrift für Georgios Alexandros Mangakis, 1999, S. 701; *Kubiciel*, NStZ 2007, 136; *Satzger*, NK 2007, 93 (97).

⁶ Eindringlich *Satzger*, NK 2007, 93 (95 f.); s. ferner *Schünnemann*, in: Joerden u.a. (Hrsg.), Vergleichende Strafrechtswissenschaft, Frankfurter Festschrift für Andrzej J. Szwarc zum 70. Geburtstag, 2009, S. 109.

⁷ Vgl. Europäische Kommission, Grünbuch über die Angleichung, die gegenseitige Anerkennung und die Vollstreckung strafrechtlicher Sanktionen in der Europäischen Union, KOM (2004) 334 endg., S. 10; *Meyer*, NStZ 2010, 657 (662); *Sieber*, ZStW 103 (1991), 957 (976). Krit. *Eser*, in: Bundesministerium der Justiz (Hrsg.), Rechtsraum Europa, Perspektiven für die Harmonisierung, Konferenz aus Anlass der Einweihung des Bundesministeriums der Justiz in Berlin, 30.-

Der am 1.12.2009 in Kraft getretene Lissabon-Vertrag schreibt die bisherigen Kompetenzen der EU auf dem Gebiet des Strafrechts fest, präzisiert die Rechtsgrundlagen und erlaubt die Erweiterung der Tätigkeitsfelder. Die Europäische Kommission hat bereits mitgeteilt, sie gedenke diesen „klaren Rechtsrahmen“ mit „größerem Ehrgeiz“ und „Entschlossenheit“ zu nutzen.⁹ Den veränderten Rahmenbedingungen muss die Strafrechtswissenschaft Rechnung tragen. Sie kann nicht länger über das „Ob“ der Europäisierung des Strafrechts räsonieren. Diese Schlacht ist längst geschlagen.¹⁰ Ebenso wenig kann sie bei der Analyse der Kompetenzgrundlagen stehen bleiben. Notwendiger denn je ist es vielmehr, auf eine Rationalisierung der europäischen Kriminalpolitik hinzuarbeiten, indem Maßstäbe herauspräpariert werden, die für die europäische Strafgesetzgebung Gültigkeit beanspruchen können.¹¹

Möglichen Maßstäben nähert sich der vorliegende Beitrag in zwei Schritten. Zunächst werden die Kompetenzen vorgestellt, die der Lissabon-Vertrag auf dem Gebiet des Strafrechts bietet, bevor gezeigt wird, wie die Kommission ihre Kompetenzen genutzt hat und nutzen wird. Es geht, anders gewendet, um das Europäische Strafrecht „auf dem Papier“ und das Europäische Strafrecht „in Aktion“. Sodann wird das Europäische Strafrecht „als Recht“ vorgestellt und damit die Frage aufgeworfen, an welchen Kriterien sich der europäische Gesetzgeber orientieren sollte, damit er Recht schafft und nicht lediglich ein Instrument der Politik anwendet. Dabei wird sich zeigen, dass auch das eingangs skizzierte, traditionelle Verständnis des Strafrechts, Spiegel der Gesellschaft zu sein, im 21. Jahrhundert seine Existenzberechtigung hat.

II. Europäisches Strafrecht als Werkzeug: Kompetenzen und Vorhaben der EU im Bereich des materiellen Strafrechts

Der in Lissabon beschlossene „Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union“¹² enthält neben Vorschriften zur Angleichung strafprozessualer Vorschriften zwei Arten von Regeln über die „Unionisierung“ des materiellen Strafrechts: Vorschriften über die Schaffung supranationalen Strafrechts

31.05.2002, 2002, S. 53 (S. 72 f.); *Frisch*, GA 2007, 250 (265); *Vogel*, GA 2003, 314 (317); *Weigend*, in: *Parmas* u.a. (Hrsg.), *Nullum ius sine scientia*, Festschrift für Jaan Sootak zum 60. Geburtstag am 16. Juli 2008, 2008, S. 243 (S. 251 f.).

⁸ So Rat der Europäischen Union, Stockholm Programm: „Für ein offenes und sicheres Europa im Dienste und zum Schutz der Bürger“ (Ratsdok. 17024/09, S. 28).

⁹ S. die Mitteilung der Europäischen Kommission, Ein Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts für die Bürger Europas v. 20.4.2010, KOM (2010) 171, S. 3, 5.

¹⁰ Klar erkannt schon von *Vogel*, GA 2002, 517 (518).

¹¹ Dies ist auch das erklärte Ziel der um die Professoren *Satzger* und *Prittwitz* angesiedelten European Criminal Policy Initiative, ZIS 2010, 697, dazu *Satzger*, ZIS 2009, 691; *Satzger*, ZRP 2010, 137.

¹² ABI. EU 2008 Nr. C 115/47.

und Vorschriften über die Harmonisierung nationaler Straftatbestände.¹³

Eine Vorschrift, die nach überwiegender Auffassung die Kompetenz zur Schaffung supranationaler Straftatbestände enthält, ist Art. 325 Abs. 4 AEUV.¹⁴ Dieser Artikel gestattet Maßnahmen zur „Verhütung und Bekämpfung von Beträgerreien“ zum Schaden der Europäischen Union, was strafrechtliche Verbote einschließen soll.¹⁵ Vielfach wird diese Vorschrift als Durchbruch zu einem „echten“ europäischen Strafrecht gesehen.¹⁶ Doch ist ihr Anwendungsbereich klein und ihr Interpretationspotenzial gering. Die praktisch bedeutsameren Vorschriften betreffen daher die Harmonisierung des nationalen Strafrechts. Die einschlägigen Regelungen finden sich in Art. 83 AEUV.

Nach Art. 83 Abs. 1 UAbs. 2 AEUV darf die EU den Mitgliedstaaten Vorgaben zu Strafbarkeitsvoraussetzungen und Strafen auf festgelegten Kriminalitätsfeldern machen. Art. 83 Abs. 1 UAbs. 3 AUEV sieht zudem die Möglichkeit vor, die Liste der kriminalpolitischen Tätigkeitsfelder der EU zu ergänzen. Allerdings liegt die Hürde für eine solche Kompetenzerweiterung hoch: Notwendig ist ein einstimmiger Ratsbeschluss.¹⁷ Doch schon die im Vertrag genannten Kriminalitätsfelder eröffnen der EU ein weites Tätigkeitsfeld. Da der Vertrag keine konkreten Straftatbestände bezeichnet, sondern lediglich kriminologische Begriffe verwendet, ist es der EU möglich, jeden Tatbestand anzulehnen, der zur Bekämpfung der genannten Kriminalitätsformen beitragen kann. Dementsprechend ambitioniert ist das Arbeitsprogramm, das Rat und Kommission unlängst verkündet haben. Ausgearbeitet oder zumindest angekündigt sind schon jetzt Harmonisierungsrichtlinien zur Bekämpfung des sexuellen Missbrauchs von Kindern, des Menschenhandels, der Umweltkriminalität, der Verletzung von Informationssystemen und des geistigen Eigentums sowie zur Bekämpfung der

¹³ Zur Unterscheidung *Ambos*, Internationales Strafrecht, 2. Aufl. 2008, § 9 Rn. 13; *Hecker*, Europäisches Strafrecht, 3. Aufl. 2010, § 4 Rn. 57 ff.; *Satzger*, Internationales und Europäisches Strafrecht, 4. Aufl. 2010, § 7 Rn. 8.

¹⁴ Zu Art. 33 Abs. 2 AUEV, der supranationales Strafrecht auf dem Gebiet des Zollwesens gestatten soll, s. *Satzger* (Fn. 13), § 8 Rn. 24 f.

¹⁵ *Hecker*, iuratio 2009, 81 (85); *Satzger* (Fn. 13), § 8 Rn. 24 f.; *Zieschang*, in: *Sieber* u.a. (Hrsg.), Strafrecht und Wirtschaftsstrafrecht, Dogmatik, Rechtsvergleich, Rechtstatsachen, Festschrift für Klaus Tiedemann zum 70. Geburtstag, 2008, S. 1303 (S. 1309, 1313); so auch (den Verfassungsvertrag betreffend) *Calliess*, ZEuS 2008, 3 (37); *Tiedemann*, ZStW 116 (2004), 945 (955); *Walter*, ZStW 117 (2005), 913 (917 f.); *Weigend*, ZStW 116 (2004), 276 (288).

¹⁶ *Calliess*, ZEuS 2008, 3 (37); *Fromm*, StraFo 2008, 358 (365); *Rosenau*, in: *Stelmach/Schmidt* (Hrsg.), Krakauer-Augsburger Rechtsstudien, Bd. 3, Rechtliche Steuerung von Wirtschaftsprozessen, 2007, S. 257 (260).

¹⁷ Daher enthält die Vorschrift keine „Kompetenz-Kompetenz“; so zutreffend *Suhr*, ZEuS 2008, 45 (66).

Geldwäsche, der Korruption, des Waffenhandels und der Piraterie.¹⁸

In Zukunft dürfte die Harmonisierungstätigkeit sogar noch deutlich zunehmen. Dafür spricht die bisherige Kriminalpolitik, für die drei Aspekte kennzeichnend sind. Erstens wird die Rechtspolitik der Europäischen Union – gleichsam im Hintergrund – von dem Interesse angetrieben, Kompetenzen möglichst weitgehend zu nutzen, um so die Machtstellung gegenüber den Mitgliedstaaten auszubauen. Zweitens begründet die Europäische Union ihre kriminalpolitischen Initiativen vordergründig mit der Notwendigkeit, grenzüberschreitender Kriminalität mit Hilfe der abschreckenden Wirkung des Strafrechts zu begegnen,¹⁹ ohne dass, drittens, die Zunahme grenzüberschreitender Kriminalität tatsächlich nachgewiesen würde. Auch die vorgeblichen Strafbarkeitslücken im nationalen Recht werden stets behauptet, selten aber konkret benannt.²⁰ Damit hat der europäische Gesetzgeber eine Begründungsstrategie gewählt, die fast jede Kriminalisierung trägt, und die sich, wegen des Verzichts auf Empirie, gegen Kritik immunisiert. Der EuGH hat dieses Vorgehen toleriert und in der Vergangenheit das Rechtssetzungsinnteresse des europäischen Gesetzgebers systematisch bevorzugt.²¹ Zusammengenommen bilden diese Elemente einen wirkmächtigen Treibsatz zur breitflächigen Harmonisierung des Strafrechts.

Die beste Möglichkeit zu einer Angleichung des Strafrechts, die weit über die oben genannten Kriminalitätsfelder hinausgeht, bietet Art. 83 Abs. 2 AEUV. Normiert ist dort die sog. Annexkompetenz, die Strafrechtsharmonisierungen auf allen Gebieten gestattet, auf denen sich das Strafrecht als ein unerlässliches Mittel zur Durchsetzung der EU-Politik erweisen sollte.²² Theoretisch können mit Verweis auf diese Kompetenzvorschrift sämtliche von der Europäischen Union in der Vergangenheit oder Zukunft erlassenen Verhaltensnor-

¹⁸ Dazu *Beukelmann*, NJW 2010, 2081; *Brodowski*, ZIS 2010, 376.

¹⁹ Zur punitiven Tendenz *Hefendehl*, in: Schünemann (Hrsg.), Gesamtkonzept für die europäische Strafrechtspflege, 2006, S. 212 f.; *Prittitz*, ZStW 113 (2001), 774 (797 f.); *Scheffler*, in: Feltes u.a. (Hrsg.), Kriminalpolitik und ihre wissenschaftlichen Grundlagen, Festschrift für Professor Dr. Hans-Dieter Schwind zum 70. Geburtstag, 2006, S. 123 (S. 132); *Schünemann*, GA 2004, 183 (195 ff.). Von einer „Breitbandkriminalisierung“ sprechen *Eser*, in: Bundeskriminalamt Wiesbaden (Hrsg.), Verbrechensbekämpfung in europäischer Dimension, Arbeitstagung des Bundeskriminalamtes Wiesbaden vom 26.-28. November 1991, 1992, S. 21 (S. 25 f.) und *Satzger*, NK 2007, 93 (97).

²⁰ S. nur *Rosenau*, ZIS 2008, 9 (17); *Satzger*, KritV 2008, 17 (34 f.).

²¹ So *Folz*, ZIS 2009, 427 (428).

²² Dazu *Ambos* (Fn. 13), § 11 Rn. 30; *Böse*, GA 2006, 211; *Eisele*, JZ 2008, 248; *Hecker* (Fn. 13), § 8 Rn. 2 ff.; *Heger*, Die Europäisierung des deutschen Umweltstrafrechts, 2009, S. 133; *Kubiciel*, NStZ 2007, 136; *Satzger* (Fn. 13), § 19 Rn. 38 ff.; *Schröder*, Europäische Richtlinien und deutsches Strafrecht, 2002, S. 135, 141, 183.

men um eine strafrechtliche Rechtsfolge ergänzt werden.²³ Die Annexkompetenz gilt denn auch entweder als (positiv besetzter) „wichtiger Baustein des Europäischen Strafrechts“²⁴ oder als (negativ konnotierter) Schritt zur „Totalharmonisierung“²⁵ des Strafrechts. Die europäischen Institutionen halten sie schlicht für ein besonders effizientes Instrument zur Durchsetzung europäischer Politik.²⁶ Wie effizient die Annexkompetenz sein kann, mag ein Beispiel verdeutlichen: Nach wie vor neigen Privatleute beim Abschluss von Verträgen dazu, Vorstellungen bei der Wahl der Vertragspartner zu folgen, die mit der Antidiskriminierungsstrategie der EU nicht vereinbar sind. Da sich die zivilrechtlichen Rechtsfolgen bislang als wenig wirksam erwiesen haben, wäre es der EU auf Grundlage von Art. 83 Abs. 2 AEUV möglich, die Mitgliedstaaten zur Schaffung von Straftatbeständen zu veranlassen, die Diskriminierungen im Privatrechtsverkehr unter Geld- oder gar Freiheitsstrafe stellen. Mit einem solchen Antidiskriminierungsstrafatbestand setzte der Gesetzgeber indes nicht auf die inhaltliche Überzeugungskraft der Verhaltensnorm, sondern lediglich auf die Zwangswirkung der Rechtsfolge.²⁷

Damit sind wir bei entscheidenden Fragen angelangt. Sie lauten: Ist es legitim, einer Gesellschaft mit Hilfe des Strafrechts Verhaltensnormen aufzuzwingen? Reicht es zur Legitimation aus, dass der europäische Gesetzgeber auf eine Befugnisnorm verweisen kann, oder muss er sich bei der Ausübung seiner Kompetenzen von zusätzlichen normativen Maßstäben leiten lassen? Schlagwortartig: Ist eine europäische Harmonisierungsrichtlinie nur ein (autorisiertes) Mittel der Politik oder sollte sie auch (idealisiertes) Recht sein?

III. Europäisches Strafrecht als Recht: Maßstäbe europäischer Kriminalpolitik

Die europäischen Verträge geben auf diese Fragen eine eindeutige Antwort. Nach Art. 67 AEUV dient das Strafrecht der Schaffung eines „Raums der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts.“ Offenbar soll das Strafrecht kein bloßes Instrument zur Erreichung beliebiger politischer Ziele sein, sondern einen Ausgleich zwischen den „Hochwertzielen“ Freiheit und Sicherheit schaffen.

Will die Strafrechtswissenschaft die europäischen Verträge beim Wort nehmen, muss sie rechtliche Kriterien herausarbeiten, die das gesetzgeberische Ermessen bei der Ausbalancierung von Freiheit und Sicherheit strukturieren. Ohne

²³ Vgl. die Beispiele bei *Tiedemann*, in: Müller-Dietz u.a. (Hrsg.), Festschrift für Heike Jung zum 65. Geburtstag am 23. April 2007, 2007, S. 987 (S. 1001); *Weigend* (Fn. 7), S. 248; *Zieschang* (Fn. 15), S. 1312 f.

²⁴ *Sieber*, ZStW 121 (2009), 1 (48).

²⁵ *Hefendehl*, ZIS 2006, 161 (166).

²⁶ Generalanwalt *Ruiz-Jarabo Colomber*, Schlussantrag v. 13.9.2005 – C-176/03, Rn. 85 („instrumentale Befugnis im Dienst der Wirksamkeit des Gemeinschaftsrechts“); Ratsdok. 17024/09, S. 29 (Strafrechtsharmonisierung als Mittel zur Durchsetzung europäischer Politik).

²⁷ Näher dazu mit Blick auf die Internationalisierung des Strafrechts *Kubiciel*, ZStW 120 (2008), 429 (436 ff.).

derartige Kriterien leidet nicht nur die Qualität der Strafgesetzgebung. Auch die Kritik an ihr bleibt im vorwissenschaftlichen Raum des Rechtspolitischen stecken. Die Qualität der Gesetzgebung und die „Verwissenschaftlichung“²⁸ der kriminalpolitischen Diskussion sind mithin davon abhängig, dass sich die Strafrechtswissenschaft auf die Suche nach leitenden Prinzipien einer europäischen Strafrechtssetzung begibt. Beginnen muss diese Suche im europäischen Recht.²⁹ Sie kann dort aber, wie nun gezeigt werden soll, nicht enden.

1. Das Subsidiaritätsprinzip

Die Suche nach limitierenden Prinzipien hat die Strafrechtswissenschaft in der Vergangenheit zunächst zum Subsidiaritätsprinzip geführt. Danach darf die EU nur tätig werden, sofern und soweit die Ziele der in Betracht gezogenen Maßnahmen von den Mitgliedstaaten nicht ausreichend verwirklicht werden können (Art. 5 Abs. 3 EUV). Dass die Rechtswissenschaft gerade das Subsidiaritätsprinzip gegen eine Harmonisierung des Strafrechts in Stellung gebracht hat, dürfte in der eingangs erwähnten Fokussierung der Kompetenzfrage liegen. Von diesem Blickwinkel aus erscheinen europäische Rechtsakte als Beschneidung staatlicher Souveränität³⁰ oder als Eingriff in die „nationale Identität“³¹. Häufig übersehen wird dabei aber, dass der Schutz nationaler Strafrechtsordnungen nicht nur der Schonung staatlicher Souveränitätsrechte bzw. einer nationalen Rechtskultur dient. Geschützt wird vor allem die Freiheit der Bürger.³² Denn Strafrechtsnormen sind nicht nur Einschränkungen, sondern zuallererst Ermöglichungsbedingungen von Freiheit,³³ weil sie Regeln des sozialen Verkehrs garantieren und damit die Freiheitssphären gegeneinander abgrenzen.³⁴ Änderungen der nationalen Strafrechtsordnungen führen daher stets dazu, dass die Normadressaten ihr Verhalten entsprechend anpassen müssen. Aus diesem Grund berührt eine Strafrechtsharmonisierung nicht nur das Verhältnis zwischen der Europäischen Union und ihren Mitgliedstaaten, sondern vor allem die Beziehung zwischen der Europäischen Union und ihren Bürgern. Das Subsidiaritätsprinzip schützt mithin keine abstrakte Rechtsordnung, sondern die Freiheit der Einzelnen.³⁵

²⁸ Dazu *Jestaedt*, Das mag in der Theorie richtig sein ..., Vom Nutzen einer Rechtstheorie für die Rechtspolitik, 2006, S. 86 f.

²⁹ So *Satzger*, ZIS 2010, 691 (693); *Pastor Muñoz*, GA 2010, 84 (94).

³⁰ Vgl. *Gärditz*, Der Staat 49 (2010), 331 (364 f.).

³¹ S. *European Criminal Policy Initiative*, ZIS 2010, 697 (699); ähnlich *Pastor Muñoz*, GA 2010, 84 (97 f.).

³² Näher *Kubiciel*, GA 2010, 99 (110 f.); *Lege*, ARSP 93 (2007), 31 (34 ff.).

³³ *Hilgendorf*, in: *Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf*, Strafrecht, Besonderer Teil, 2. Aufl. 2009, S. 5.

³⁴ Zur Garantie von Orientierungssicherheit durch das Strafrecht *Seelmann*, in: *Zaczek u.a. (Hrsg.)*, Festschrift für E.A. Wolff zum 70. Geburtstag am 1.10.1998, 1998, S. 481 (S. 489 ff.).

³⁵ Näher *Kubiciel*, NStZ 2007, 136 (138 ff.). S. ferner *Hecker* (Fn. 13), § 8 Rn. 48. Allg. dazu *Schambeck*, Politische und

Es mag an der Unterbelichtung dieser freiheitsschützenden Dimension liegen, dass das Subsidiaritätsprinzip in der Vergangenheit wenig beachtet worden ist.³⁶ Möglicherweise wird sich diese Praxis mit dem Urteil des Bundesverfassungsgerichts zum Lissabon-Vertrag ändern.³⁷ In dieser Entscheidung hat das höchste deutsche Gericht im Hinblick auf die Annexkompetenz nach Art. 83 Abs. 2 AUEV (und „entsprechend“ für die Harmonisierung nach Art. 83 Abs. 1 AUEV) klargestellt, die Vorschrift würde nur dann verfassungskonform angewendet, wenn nachweisbar feststehe, dass ein gravierendes Vollzugsdefizit tatsächlich besteht und nur durch Strafandrohung beseitigt werden kann.³⁸ Zumindest das deutsche Ratsmitglied wird auf die Einhaltung dieser Darlegungslast Wert legen müssen. Aber auch die europäischen Institutionen dürften ein Interesse daran haben, nach dem mühsamen Lissabon-Prozess Konflikte mit den Verfassungsgerichten der Mitgliedstaaten zu vermeiden. Dieses Konfliktpotenzial wird auch durch den kürzlich ergangenen „Mangold“-Beschluss des BVerfG nicht wesentlich gemindert. Zwar begrenzt das BVerfG eine Ultra-vires-Kontrolle auf eine „strukturell bedeutsame Verschiebung“ des Kompetenzgefüges zulasten der Mitgliedstaaten.³⁹ Strukturell bedeutsam sind Kompetenzverschiebungen aber gerade in Rechtsgebieten, die – wie das Strafrecht – für das Verhältnis von Staat und Bürger von hervorgehobener Bedeutung sind. Wenn die europäischen Institutionen den Konflikt mit dem BVerfG vermeiden wollen, sollten sie im Gesetzgebungsverfahren verstärkt die Hilfe der Strafrechtswissenschaften beanspruchen: Die Kriminologie kann helfen, Vollzugsdefizite nachzuweisen, die Rechtsvergleichung kann nach Lücken in den nationalen Strafrechtsordnungen suchen und die Strafrechtsdogmatik kann die Ausarbeitung von Regelungsvorschlägen unterstützen. Bei der Ausarbeitung von Regelungsmodellen ist vor allem jener Grundsatz zu berücksichtigen, dem wir uns nun zuwenden: der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit.

2. Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz

Auch die Ziele Freiheit und Sicherheit rechtfertigen nicht den Einsatz jedes Mittels. Nach Art. 5 Abs. 4 EUV dürfen die kriminalpolitischen Initiativen der EU nicht über das erforderliche Maß hinausgehen. Indes gibt der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit kein Ergebnis vor, sondern formuliert lediglich den Auftrag, nach einem Ausgleich zwischen kolli-

rechtliche Entwicklungstendenzen der europäischen Integration, 2000, S. 31 f.

³⁶ Zur geringen Bedeutung *Walter*, ZStW 117 (2005), 912 (922 f.).

³⁷ BVerfGE 123, 267. Dazu *Ambos/Rackow*, ZIS 2009, 397; *Braum*, ZIS 2009, 418.; *Böse*, ZIS 2010, 76; *Häberle*, JÖR 58 (2010), 317; *Heger*, ZIS 2009, 406; *Meyer*, NStZ 2009, 657; *Kubiciel*, GA 2010, 99; *Schünemann*, ZIS 2009, 393; *Zöller*, ZIS 2009, 339 (343 f.).

³⁸ BVerfGE 123, 267 (411 f.) Rn. 361 f. In diese Richtung auch schon *Weigend* (Fn. 7), S. 254.

³⁹ BVerfG EuGRZ 2010, 497, dort Rn. 67.

dierenden Rechten zu suchen.⁴⁰ Wäre dieser Ausgleich nur im Wege eines politischen Ermessens- bzw. Willensaktes möglich, der keinen weiteren Regeln unterliegt, ließe sich über die Kriminalpolitik lediglich sagen, dass sie verhältnismäßig sein soll. Einer genaueren rechtlichen und rechtswissenschaftlichen Nachprüfung wäre diese Entscheidung hingegen entzogen.⁴¹ Eine solche Konzeptualisierung von Gesetzgebung entspricht aber weder der Selbstdarstellung der EU, die ihre Rechtssetzung unter eine Grundrechte-Charta stellt, noch dem Selbstverständnis der Strafrechtswissenschaft, die seit jeher Akte der Gesetzgebung rechtswissenschaftlich prüft.⁴² Die Rechtswissenschaft kann daher die kriminalpolitischen Initiativen Brüssels prüfen, muss dann aber auch Kriterien benennen, an denen sich die Verhältnismäßigkeitsprüfung ausrichten soll.

a) *Grundrechte-Charta*

Wo könnten diese Kriterien zu finden sein? Einer verbreiteten rechtspositivistischen Hintergrundüberzeugung entspricht es, diese in der höchsten Normenordnung, namentlich der Verfassung, zu suchen. So wie in Deutschland das Grundgesetz als Prüfstein der Gesetzgebung dient, so soll in Europa die Grundrechte-Charta Maßstab der Kriminalisierung sein.⁴³ Aus der Verfassung bzw. der Grundrechte-Charta lassen sich zwar subjektive Rechte und objektive Werte ableiten, die auch den notorisch unterbestimmten Rechtsgutsbegriff inhaltlich auffüllen könnten.⁴⁴ Nicht ableiten lässt sich aber aus einer Verfassung, wie eine Kollision von Rechten, Werten, Interessen oder Gütern aufzulösen ist. Es ist rechtstheoretisch nicht möglich, einen konkreten Inhalt eines Gesetzes als verfassungsrechtlich zwingend auszuweisen.⁴⁵ Damit steht die europäische Strafrechtswissenschaft vor dem Problem, dass sie notwendig eine vorpositive Begründungsebene betreten muss, wenn sie an die europäische Kriminalpolitik konkretere inhaltliche Maßstäbe anlegen will.⁴⁶

⁴⁰ *Callies*, in: Callies/Ruffert (Hrsg.), EUV/EGV, Kommentar, 3. Aufl. 2007, Art. 5 Rn. 53 ff.; *Satzger*, NK 2007, 93 (96).

⁴¹ So *Kelsen*, in: Jestaedt (Hrsg.), Reine Rechtslehre, Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik, 2008 (Studienausg. der 1. Aufl. 1934), S. 15, 62, 86 ff.

⁴² Zur rechtswissenschaftlichen Kritik an der Gesetzgebung *Braun*, Einführung in die Rechtsphilosophie, 2007, S. 371 ff.

⁴³ Vgl. dazu *Eser*, in: Meyer (Hrsg.), Charta der Grundrechte der Europäischen Union, Kommentar, 3. Aufl. 2010, Art. 49 Rn. 37; *Walter*, ZStW 117 (2005), 912 (921 f.); *Weigend*, ZStW 116 (2004), 275 (278).

⁴⁴ Zur Bedeutung des Rechtsgutsbegriff für das Europäische Strafrecht *Hefendehl*, ZIS 2006, 161.

⁴⁵ Näher *K.F. Röhl/H.C. Röhl*, Allgemeine Rechtslehre, 3. Aufl. 2008, S. 64. Mit Beispiel *Kubiciel*, JZ 2009, 600 (603 f.). Zum rechtstheoretischen Hintergrund *Kelsen* (Fn. 41), S. 101.

⁴⁶ *Jestaedt*, in: Jestaedt/Lepsius (Hrsg.), Rechtswissenschaftstheorie, 2008, S. 185 (S. 187). Zur Unerlässlichkeit einer „Dogmatik der Dogmatiken“ *Hassemer*, in: *Engel/Schön*

b) *Straftheorie*

Entscheidend für das kritische Potenzial der europäischen Strafrechtswissenschaft ist daher die Existenz einer vorpositiven Begründungsebene. Wo könnte diese zu finden sein? Keine gemeinsame Ebene bilden jedenfalls jene Konstruktionen, die – wie die Rechtsgutslehre, das harm principle oder die défense sociale – vornehmlich nationale Diskurse anleiten.⁴⁷ Gleichsam eine Stufe darüber ist die Diskussion um Strafzwecke und -ziele angesiedelt, die sich seit dem 17. Jahrhundert europaweit entfaltet hat und die bis heute lebendig geblieben ist.⁴⁸ Lässt man nationale Besonderheiten wie die hochgradig idealisierenden Strafrechtsphilosophien *kantischer* oder *hegelianischer* Provenienz beiseite, dürfte sich über den Kreis europaweit diskutierbarer Straftheorien grundsätzliche Einigkeit erzielen lassen. Es geht dann im Wesentlichen um die Präventions- und die Vergeltungstheorien, mit denen seit dem 17. Jahrhundert die Legitimationsanforderungen und Legitimationsgrenzen des Strafrechts sichtbar gemacht werden.⁴⁹ Diese Einsichten hat die Strafrechtswissenschaft in die Gegenwart zu überführen⁵⁰ und für die Fragestellungen der Europäisierung des Strafrechts fruchtbar zu machen.⁵¹ Sie könnten der europäischen Strafrechtswissenschaft jenen gemeinsamen Boden bereiten, den die europäische Privatrechtslehre im Römischen Recht findet.⁵²

Dass es keine Theorie vom Europäischen Strafrecht gibt,⁵³ liegt mithin nicht an der Materie, sondern an der Strafrechtswissenschaft. Diese hat sich in der Vergangenheit (zu Recht) auf die Kompetenzfragen konzentriert und (wenig

(Hrsg.), Das Proprium der Rechtswissenschaft, 2007, S. 185 (S. 187).

⁴⁷ So mit Blick auf den deutschen Rechtsgutsbegriff und das englische harm principle *Satzger*, NK 2007, 93 (96).

⁴⁸ Siehe auch *Frisch*, GA 2007, 271.

⁴⁹ Umfassender Überblick über die Konzeptionen bei *Vormbaum* (Hrsg.), Strafrechtsdenker der Neuzeit, 1998, *passim*.

⁵⁰ Zu dieser Aufgabe *Münkler/Llanque*, in: *Münkler/Llanque* (Hrsg.), Politische Theorie und Ideengeschichte, 2007, S. 8 f.

⁵¹ *Gärditz*, Der Staat 49 (2010), 331 (366); s. ferner *Böse*, ZIS 2010, 76 (91).

⁵² Dazu *Löhnig*, in: *Roth* (Hrsg.), Die Europäisierung des Rechts, 2010, S. 142; sowie umfassend *Zimmermann*, The Law Quarterly Review 112 (1996), 576. Dass die Strafrechtstheorie und -philosophie entscheidend zur Rationalisierung des deutschen Strafrechts beigetragen hat, betont *Kesper-Biermann*, Einheit und Recht – Strafgesetzgebung und Kriminalrechtsexperten in Deutschland vom Beginn des 19. Jahrhunderts bis zum Reichsstrafgesetzbuch von 1871, 2009, S. 50 ff.

⁵³ *Corsten/Pradel*, European Criminal Law, 2002, S. 2 f.; *Pastor Muñoz*, GA 2010, 84 (93); *Satzger* (Fn. 13), § 8 Rn. 9. Das Desinteresse an straftheoretischen Fragestellungen bei der Europäisierung des Strafrechts kritisiert *Avrigeanu*, Ambivalenz und Einheit, 2006, S. 186 ff. Dazu *Kubiciel*, HRRS 2007, 471.

ergiebig) über das Demokratiedefizit debattiert,⁵⁴ sich also als Europarechtswissenschaft betätigt und als Staatsrechtslehre versucht und darüber ihr Kerngeschäft vernachlässigt.

Wie die Straftheorie zu einer Rationalisierung der Kriminalpolitik beitragen kann, mögen abschließend zwei Beispiele erläutern. Nach der auch in der europäischen Kriminalpolitik aufscheinenden Theorie von der negativen Generalprävention dient das Strafrecht dem Schutz bestimmter Interessen durch Abschreckung. Begründet man den Einsatz des Strafrechts auf diese Weise, stößt man auf zwei seit langem bekannte Probleme. Das tatsächliche Problem liegt darin begründet, dass viele Normadressaten keine exakte Kenntnis von Straftatbeständen haben und daher auch nicht von diesen geleitet werden (können)⁵⁵ und viele andere Gruppen von Tätern zwar um die Strafdrohung wissen, ohne sich abschrecken zu lassen.⁵⁶ Zudem lassen sich in einer freiheitlichen Gesellschaft nicht annähernd so viele Kontrollsysteme implementieren, wie es für eine einigermaßen funktionierende Abschreckung von rein interessengeleiteten Bürgern notwendig wäre.⁵⁷ Das normative Problem besteht darin, dass der Täter die Strafe dulden muss, um als mahnendes Beispiel die Wirksamkeit der Strafdrohung zu demonstrieren.⁵⁸ Diese Einwände sprechen dagegen, die Abschreckungsidee als generelle Leittheorie der europäischen Kriminalpolitik zu verwenden, wie dies bislang der Fall zu sein scheint. Tragfähig könnte die Abschreckungsprävention aber für den Teil des (Neben-) Strafrechts sein, in dem besonderen Personengruppen im Zusammenhang mit der Ausübung ihrer beruflichen Tätigkeit spezielle Pflichten auferlegt werden.⁵⁹ Beispiele sind die von ihrem „technischen“ Charakter geprägten Regeln für Lebensmittelhersteller, Finanzdienstleister, aber auch die Korruptionsvorschriften für Amtsträger. Solche Personen lassen sich weitergehende Pflichten auferlegen, weil diese eine Art Gegenleistung für die Inanspruchnahme von Sonderfreiheiten darstellen. Zudem ist bei den genannten Personengruppen zu erwarten, dass sie sich bei Grenzfragen ihres Handelns an Gesetzesnormen orientieren und bei Unsicherheiten über die Rechtslage Rechtsrat einholen. In diesen Bereichen ist die

⁵⁴ Umfassend und instruktiv zur demokratischen Legitimation Meyer, Demokratieprinzip und europäisches Strafrecht, 2009, *passim*; dazu Heger, JZ 2010, 87.

⁵⁵ Vgl. Mittermeiers Kommentierung der *feuerbachschen* Straftheorie in: *Feuerbach/Mittermeier*, Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts, 14. Aufl. 1847, § 20a; abgedruckt auch in Vormbaum (Fn. 49), S. 335; jüngst Towfigh, Der Staat 48 (2009), 29.

⁵⁶ Jakobs, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 1993, 1/29.

⁵⁷ Frister, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 4. Aufl. 2009, Kap. 2 Rn. 11; Kubiciel, ZStW 120 (2008), 429 (436 ff.).

⁵⁸ Kindhäuser, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 4. Aufl. 2010, § 2 Rn. 13; Pawlik, Person, Subjekt, Bürger, 2004, S. 25 ff. S. auch schon *Feuerbach*, Über die Strafe als Sicherungsmittel vor künftigen Beleidigungen des Verbrechers, 1800, S. 105, der indes die Logik der Abschreckungsprävention überschreitet und den Rechtsgrund der Strafe vergeltungstheoretisch begründet, s. dazu Jakobs (Fn. 54), 1/27.

⁵⁹ Gärditz, Der Staat 49 (2010), 331 (354, 356).

Harmonisierung des Strafrechts freiheitstheoretisch unproblematisch und (im Hinblick auf die tatsächlichen Wirkungen solcher Rechtsänderungen) auch erfolgversprechend.

Anders ist dies in weiten Teilen des Kernstrafrechts. Diese lassen sich nicht sinnvoll als eine „regelhaft-funktionalistische“ Ordnung nach der Art des „fahrplanmäßigen Eisenbahnverkehrs“ darstellen.⁶⁰ Sie spiegeln vielmehr spezifische Wertvorstellungen einzelner Gesellschaften. Auch das deutsche StGB ist nicht nur ein normativer Text, der uns sagt, was wir tun sollen, sondern ein formativer Text, der uns sagt, wer wir sind.⁶¹ Der formative Charakter des StGB wird besonders deutlich in Verboten wie dem der Volksverhetzung oder das der Verwendung von Symbolen verfassungsfeindlicher Organisationen. Aber auch viele andere Tatbestände sind ohne eine spezifische Vorprägung nicht verständlich. So ist das strafrechtliche Verbot der Tierquälerei nur für Gesellschaften plausibel, die Tieren als „fremden Brüdern“ eine „kreatürliche Solidarität“ entgegenbringen.⁶² Auch die Ausgestaltung des Abtreibungs- und Sterbehilfestrafrechts folgt weithin spezifischen Wertüberzeugungen einer Gesellschaft.⁶³ Ähnliches gilt für Bereiche des Betrugsstrafrechts, in denen sich das spezifische Verbraucherleitbild einer nationalen Marktordnung niedergeschlagen hat. In diesen Bereichen zu strafen heißt, dem Wesen der Strafe entsprechend, einen bereits bestehenden Rechtszustand wiederherzustellen.⁶⁴ Der formative Charakter dieser Teile des Strafrechts und die diesem Charakter entsprechende Straftheorie begrenzen mithin die Rechtsangleichung auch in Bereichen, auf denen die EU formell Rechtssetzungskompetenzen geltend machen kann.⁶⁵ Daher sähe sich beispielsweise ein einheitliches Vorgehen gegen im Internet verbreitete Beleidigungen und Hassreden mit einer unterschiedlich starken Wertschätzung für die freie Rede konfrontiert⁶⁶ und Straftatbestände gegen die Umweltverschmutzung müssten berücksichtigen, dass europäische

⁶⁰ Treffend Schmitt, Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens, 3. Aufl. 2006, S. 16 f. Zur politischen Unbelastetheit dieses Teils der Abhandlung und zur berechtigten Kritik an anderen Teilen vgl. Mehring, Carl Schmitt zur Einführung, 3. Aufl. 2006, S. 63 ff.

⁶¹ Zu dieser Unterscheidung Assmann, Das kulturelle Gedächtnis, 6. Aufl. 2007, S. 142. Mit Blick auf die Europäisierung des Erbrechts ebenfalls Kroppenberg, in: Roth (Fn. 52), S. 103 (S. 104).

⁶² Vgl. die häufig zu Unrecht ridikulisierte Formulierung bei Roxin, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 3. Aufl. 1996, § 2 Rn. 21.

⁶³ Vgl. Sieber, JZ 1997, 369 (375); weitergehend Heger, ZIS 2009, 406 (414 f.).

⁶⁴ Näher Kubiciel, GA 2010, 99 (109 ff.).

⁶⁵ Es ist retributiven Theorien also keineswegs unmöglich „zu sagen, was ein gutes Strafrecht tun und was es lassen sollte.“ So aber Hassemer, Warum Strafe sein muss, 2009, S. 93. Ähnlich Schünemann, in: Schünemann u.a. (Hrsg.), Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 15. Mai 2001, 2001, S. 1 (S. 15).

⁶⁶ Dazu Kubiciel/Winter, ZStW 113 (2001), 305 (325 ff.).

Gesellschaften kein homogenes Umweltbewusstsein aufweisen.

Wer das Strafrecht gleichwohl auf solchen Feldern zu harmonisieren beabsichtigt, will das Recht als „Kulturhebel“⁶⁷ einsetzen. Eine solche Verwendung des Strafrechts kann nicht nur zu den oben beschriebenen Freiheitsverlusten führen. Es fragt sich auch, ob das Strafrecht tatsächlich leisten kann, was man sich von ihm verspricht. Der englische Dichter und große Europäer *T.S. Eliot* hätte Zweifel ange meldet. Im Jahr 1946 teilte er seinen deutschen Hörern in einer Radioansprache mit, man könne eine europäische Kultur ebenso wenig bauen wie einen Baum: „[E]inen Baum kann man nicht bauen, man kann ihn nur pflanzen, pflegen und warten, dass er reift.“⁶⁸ Auf das Europäische Strafrecht übertragen ließe sich sagen: Wir werden mit seiner Hilfe kein einheitliches europäisches Rechtsgefühl erzwingen können und wir sollten es auch nicht versuchen.⁶⁹ Ein in weiten Teilen harmonisiertes Strafrecht kann nicht am Anfang einer politischen Integration stehen, sondern an deren Ende.⁷⁰ Daher dürfen wir am Gebäude des Strafrechts nur behutsam bauen und sollten es im Übrigen bei der Pflege der Kultur belassen.

⁶⁷ Treffend, wenn auch affirmativ v. *Liszt*, ZStW 38 (1917), 1 (3).

⁶⁸ *Eliot*, Die Einheit der europäischen Kultur, 1946, S. 39; zum kultur- und europapolitischen Wirken *Eliots* instruktiv *Kemp*, Foreign Affairs, 2010, S. 153 ff., 349 ff.

⁶⁹ Zur „Europamüdigkeit der EU-Bürger“ *Zöller*, ZIS 2009, 340 (349).

⁷⁰ Weitergehend der Einwand, der Europäischen Union fehle zur Schaffung eines eigenen Strafgesetzbuches die Staatlichkeit, *Lienderssen*, GA 2003, 71 (74); *Prittwitz*, ZStW 113 (2001), 774 (789 f.), *Rosenau*, ZIS 2008, 9 (19). Die Harmonisierung setzt hingegen keine politische Einheit i.S.e. Staatlichkeit, sondern kulturelle Identität voraus. Zu dieser, schon bei der Staatswerdung Deutschlands bedeutsamen Unterscheidung *Münkler*, Die Deutschen und ihre Mythen, 2009, S. 342 f.