

# Handbuch des Wirtschafts- und Steuerstrafrechts

Wabnitz / Janovsky / Schmitt

5. Auflage 2019  
ISBN 978-3-406-72439-8  
C.H.BECK

schnell und portofrei erhältlich bei  
[beck-shop.de](http://beck-shop.de)

Die Online-Fachbuchhandlung [beck-shop.de](http://beck-shop.de) steht für Kompetenz aus Tradition. Sie gründet auf über 250 Jahre juristische Fachbuch-Erfahrung durch die Verlage C.H.BECK und Franz Vahlen.

[beck-shop.de](http://beck-shop.de) hält Fachinformationen in allen gängigen Medienformaten bereit: über 12 Millionen Bücher, eBooks, Loseblattwerke, Zeitschriften, DVDs, Online-Datenbanken und Seminare. Besonders geschätzt wird [beck-shop.de](http://beck-shop.de) für sein

umfassendes Spezialsortiment im Bereich Recht, Steuern und Wirtschaft mit rund 700.000 lieferbaren Fachbuchtiteln.

Für das Normgebungsverfahren enthielt Art. I-34 EVV eine einheitliche Regelung für beide Gesetzgebungsakte. Danach sollten Europäische Gesetze und Rahmengesetze im ordentlichen Gesetzgebungsverfahren nach Art. III-396 EVV auf Vorschlag der Kommission vom Europäischen Parlament und vom Rat gemeinsam erlassen werden. Soweit beide Organe nicht zu einer Einigung gekommen wären, sollte die entsprechende Vorschrift nicht zustande kommen.

**Welche Handlungsform** der EU unter Geltung des Verfassungsvertrages im konkreten Fall zur Anwendung kommen muss, sollte sich – wie bereits im vormaligen und auch nunmehr geltenden Recht – nach der entsprechenden primärrechtlichen Normgebungskompetenz bestimmen, die aufgrund des Prinzips der begrenzten Einzelmächtigung<sup>272</sup> zwingend notwendig ist, um eine Handlung der EU zu legitimieren. Im Bereich des Strafrechts sollten diesbezüglich vor allem die Art. III-270 und III-271 EVV maßgeblich sein. Sie sollten jeweils Möglichkeiten zur Harmonisierung der nationalen Strafrechtssysteme enthalten. Denn gemäß Art. III-270 Abs. 1 EVV sollte die justizielle Zusammenarbeit in Strafsachen insbesondere die Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten umfassen. Dabei sollte Art. III-270 Abs. 2 EVV eher die Harmonisierung verfahrensrechtlicher Fragen betreffen, wie zB die Zulässigkeit von Beweismitteln auf gegenseitiger Basis in den Mitgliedstaaten bzw. die Rechte des Einzelnen im Strafverfahren. Demgegenüber sollte Art. III-271 EVV der **Angleichung des materiellen Strafrechts** dienen, indem durch Europäisches Rahmengesetz Mindestvorschriften zur Festlegung von Strafen und Straftaten in Bereichen besonders schwerer Kriminalität, wie zB Terrorismus, Menschenhandel, Geldwäsche, Korruption, Computerkriminalität, organisierte Kriminalität usw. vorgegeben werden können.

### c) Die Handlungsformen im Bereich des Strafrechts nach dem Lissabon-Vertrag

Die Schaffung der Handlungsform des europäischen Gesetzes wurde im Lissabon-Vertrag nicht umgesetzt. Auch wenn in Art. 16 EUV vom Rat und vom Parlament als Gesetzgeber die Rede ist, sieht Art. 288 AEUV als Rechtsakte der Union nur **Verordnungen** als unmittelbar für alle Mitgliedstaaten allgemeinverbindliche, **Richtlinien** als ebenfalls allgemein verbindliche, aber umzusetzende und **Beschlüsse** als nur für den Adressaten unmittelbar verbindliche Rechtsakte vor. **Empfehlungen** und **Stellungnahmen** sind nicht verbindliche Rechtsakte.<sup>273</sup> Alle diese Rechtsakte werden nach Art. 289 EUV im ordentlichen oder besonderen Gesetzesverfahren erlassen und erfassen alle Rechtsbereiche, in denen die Union Kompetenzen ausübt.<sup>274</sup> Die Zusammenführung von Richtlinie und Rahmenbeschluss, die der EVV umsetzen sollte, wurde durch den Lissabon-Vertrag verwirklicht, der nunmehr keine Rahmenbeschlüsse mehr, sondern insofern nur noch den Erlass von Richtlinien vorsieht. Welche Art der Rechtsetzung jeweils zur Anwendung kommt, ergibt sich – soweit es das Strafrecht betrifft – unmittelbar aus der die Kompetenz begründenden Regelung; auch der Lissabon-Vertrag hat also das Prinzip der begrenzten Einzelmächtigung beibehalten.

Art. 82 Abs. 1 UAbs. 2 AEUV bestimmt für Fragen des **Strafverfahrensrechts**, dass das Europäische Parlament und der Rat **Maßnahmen** erlassen, um die unter den Buchstaben a–d genannten Ziele der gegenseitigen Anerkennung und Zusammenarbeit zwischen den Mitgliedstaaten zu verfolgen. Die Verwendung des Begriffs der Maßnahme macht deutlich, dass der Unionsgesetzgeber hier auf alle Rechtsakte zurückgreifen kann, um die genannten Ziele zu fördern.<sup>275</sup>

Art. 82 Abs. 2 UAbs. 1 AEUV schreibt dagegen vor, dass das Europäische Parlament und der Rat im ordentlichen Gesetzgebungsverfahren **Richtlinien** erlassen können, durch die

<sup>272</sup> → Rn. 132.

<sup>273</sup> Vgl. Engelhart in Müller-Gugenberger, § 6 Rn. 49.

<sup>274</sup> Vgl. Hecker, Europäisches Strafrecht, 4.1.3.3 Rn. 51 ff.

<sup>275</sup> Vogel/Eisele in Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, AEUV Art. 82 Rn. 54.

Mindestvorschriften zur Erleichterung der gegenseitigen Anerkennung gerichtlicher Urteile und Entscheidungen sowie zur Regelung der polizeilichen und justiziellen Zusammenarbeit bei der Bekämpfung der grenzüberschreitenden Kriminalität im Sinne von Art. 83 AEUV vorgegeben werden. Bei dem Erlass dieser Mindestvorgaben ist jedoch Rücksicht auf die unterschiedlichen Rechtsordnungen und -traditionen zu nehmen. Art. 82 Abs. 2 UAbs. 2 AEUV benennt die Bereiche, in denen die Mindestvorschriften vorgegeben werden können, in einem Katalog, der den **Beweismittelverkehr**, die **Rechte des Einzelnen im Strafverfahren** und der **Opfer von Straftaten** sowie **sonstige Aspekte des Strafverfahrens** umfasst, die der Rat einstimmig durch Beschluss und mit Zustimmung des Parlaments festlegen kann. Art. 82 Abs. 3 AEUV sieht hier einen sog. Notbremsenmechanismus vor, und Art. 82 Abs. 4 ermöglicht die **verstärkte Zusammenarbeit** von mindestens neun Staaten, wenn kein Einvernehmen erzielt werden kann.

- 128** Nach Art. 85 Abs. 1 UAbs. 2 S. 1 AEUV sollen das Europäische Parlament und der Rat im ordentlichen Gesetzgebungsverfahren durch Verordnung den Aufbau, die Arbeitsweise, den Tätigkeitsbereich und die Aufgaben von **Eurojust** festlegen; Art. 85 Abs. 1 UAbs. 1 S. 2 AEUV umschreibt die möglichen Regelungsgegenstände. Die **Europäische Staatsanwaltschaft** sollte nach Art. 86 Abs. 1 AEUV durch den Rat im besonderen Gesetzgebungsverfahren ausgehend von Eurojust eingesetzt werden; darüber wäre ein einstimmiger Beschluss des Rates nach Zustimmung des Parlaments erforderlich gewesen. Tatsächlich wurde die EuStA nun durch die Verordnung 2017/1339 vom 12.10.2017 im Wege der verstärkten Zusammenarbeit nach Art. 86 Abs. 1 UAbs. 3 AEUV geschaffen (vgl. → Rn. 119a ff.).
- 129** Für das **materielle Strafrecht** sind Regelungen in Art. 83 Abs. 1 AEUV durch Richtlinien und in Art. 325 AEUV durch „Maßnahmen“ vorgesehen. Während Art. 83 Abs. 1 AEUV auf die Bekämpfung der **transnationalen Schwerstkriminalität** abzielt und daher eine Reihe von Kriminalitätsbereichen (ua Terrorismus, Menschenhandel, sexuelle Ausbeutung von Frauen und Kindern, Betäubungsmittelhandel, Korruption, Geldwäsche und organisierte Kriminalität) als Anwendungsgebiete bestimmt, richtet sich Art. 325 AEUV gegen **rechtswidrige Handlungen gegen die finanziellen Interessen der Union**. Insofern setzt Art. 325 Abs. 1 AEUV das Ziel der Union und der Mitgliedstaaten fest, eine effektive Bekämpfung von Betrügereien und anderen Straftaten zu betreiben. Art. 325 Abs. 2 AEUV verpflichtet die Mitgliedstaaten in Orientierung am Urteil *Griechischer Mais* des EuGH<sup>276</sup> dazu, gegen Straftaten zum Nachteil der finanziellen Interessen der Union die gleichen Maßnahmen zu ergreifen wie gegen Straftaten zum Nachteil der Mitgliedstaaten selbst. Damit wird dem **Grundsatz der Unionstreue** (Art. 4 Abs. 3 EUV) Nachdruck verliehen.
- 130** Ferner weist Art. 325 Abs. 3 AEUV der Union die Kompetenz zu, durch das Europäische Parlament und den Rat im ordentlichen Gesetzgebungsverfahren und nach Anhörung des Rechnungshofs alle Maßnahmen zu ergreifen, die erforderlich sind, um zur Verhütung und Bekämpfung von Betrügereien zum Nachteil der finanziellen Interessen der Union einen **effektiven** und dem nationalstaatlichen Schutz **gleichwertigen Schutz** vor Finanzkriminalität in den Mitgliedstaaten und allen Stellen der Union zu gewährleisten. Hier sind, ebenso wie bei Art. 82 Abs. 1 AEUV, unter Maßnahmen alle Rechtsakte zu verstehen, die der AEUV vorsieht. Weitere materiell-strafrechtliche Befugnisse ergeben sich etwa aus Art. 79 Abs. 2 AEUV (vgl. auch → Rn. 91 ff. zu den bisherigen Maßnahmen der EU).

<sup>276</sup> EuGH 21.9.1989 – C-68/88, NJW 1990, 2245 – Griechischer Mais; vgl. hierzu auch *Esser*, Europäisches und Internationales Strafrecht, § 2 Rn. 48 ff.

## B. Die Bedeutung des Unionsrechts für das nationale Wirtschaftsstrafrecht

Nach dem Überblick über die Entstehung und eine denkbare Fortentwicklung der europäischen Einigungsbestrebungen auf dem Gebiet des Wirtschafts- und Verwaltungsstrafrechts soll im Folgenden skizziert werden, welche Auswirkungen das Unionsrecht auf das Wirtschaftsstrafrecht im Einzelnen gehabt hat und welche Auswirkungen sich aufgrund dieser Entwicklungen für die Zukunft abzeichnen. **131**

Die in der Vergangenheit heftig diskutierte Frage, inwiefern der EG die Kompetenz zur originären Strafrechtssetzung zukomme, ist durch den AEUV beantwortet:<sup>277</sup> Der EU als Nachfolgeorganisation von EG und EU in der Fassung von Nizza steht die **Kompetenz zur Strafrechtssetzung** zumindest in der Weise zu, dass sie Mindestvorgaben für Strafvorschriften in den Mitgliedstaaten setzen kann. Zunächst ist der Frage nachzugehen, ob und inwiefern der EU eine eigene Kompetenz auf dem Gebiet des Kriminalstrafrechts zukommt (I. → Rn. 132 ff.).

Hieran schließt sich die Darstellung der **Bußgeldkompetenzen** der Europäischen Gemeinschaft bzw. Union an, wobei die wichtigsten Bereiche der gemeinschaftsrechtlichen Geldbußen kurz dargestellt werden (II. → Rn. 165 ff.).

Sodann wird ein **Überblick über die Kompetenzen der EU** zur Einführung und Verhängung sonstiger repressiver Verwaltungssanktionen **gegeben** (III. → Rn. 175 ff.).

Der dann folgende Abschnitt befasst sich mit der **Verpflichtung der Mitgliedstaaten zur Sanktionierung von Unions- und Gemeinschaftsrechtsverletzungen** (IV. → Rn. 185 ff.).

Daran anschließend wird auf das sog. **Assimilierungsprinzip** eingegangen, das die Ausdehnung des Anwendungsbereichs der nationalen Strafrechtsordnungen auf den Schutz gemeinschaftlicher Rechtsgüter betrifft (V. → Rn. 196 ff.).

Abschnitt VI (→ Rn. 202 ff.) befasst sich mit dem **Anwendungsvorrang des Gemeinschaftsrechts**.

Abschnitt VII (→ Rn. 286 ff.) betrifft die **unions- und gemeinschaftskonforme Auslegung**, über die eine besonders weitgehende Beeinflussung der nationalen Strafrechtsordnungen erfolgen kann.

Die Ausführungen in Abschnitt VIII geben einen knappen Überblick über die Anwendung nationaler und europäischer Grundrechtsstandards und die Konkurrenz zwischen den Gewährleistungen des mitgliedstaatlichen Rechts und den durch das Unionsrecht gewährten Grundrechten (VIII → Rn. 292 ff.).

Schließlich wird zur **Ausweitung der nationalen Straf- und Bußgeldvorschriften auf Verstöße gegen das Unions- und Gemeinschaftsrecht durch Blankettstrafgesetze** Stellung genommen (IX. → Rn. 299 ff.).

### I. Kompetenzen der Europäischen Union auf dem Gebiet des Kriminalstrafrechts

#### 1. Rechtssetzung der EU

##### a) Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung

Die Kompetenzen der Union zur Rechtssetzung ergeben sich aus dem Primärrecht der Gemeinschaft. Hierbei gilt auch nach dem Lissabon-Vertrag das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung,<sup>278</sup> dh die Rechtssetzungsorgane der Gemeinschaft bedürfen einer **aus-** **132**

<sup>277</sup> Vgl. aber *Esser*, Europäisches und Internationales Strafrecht, § 2 Rn. 120 ff.

<sup>278</sup> Vgl. auch *Hecker*, Europäisches Strafrecht, 4.2.2 Rn. 68; *Engelhart* in Müller-Gugenberger, § 6 Rn. 40.

**drücklichen Kompetenzzuweisung in den Gründungsverträgen**, um Rechtsakte erlassen zu können, denn die Gemeinschaft ist gemäß **Art. 5 EUV** (Art. 5 [ex-Art. E] EU und Art. 5 [ex-Art. 3b] Abs. 1 EG) und **Art. 288 AEUV** (Art. 249 [ex-Art. 189] Abs. 1 EG) zur Rechtsetzung nur „für die Ausübung der Zuständigkeiten der Union“ berechtigt.<sup>279</sup>

### b) Begrenzte originäre Strafrechtsetzungskompetenz

- 133** Zwar waren die einzelnen Ermächtigungsnormen des nunmehr durch EUV und AEUV abgelösten EGV teilweise so weit formuliert, dass sie grundsätzlich auch strafrechtliche Maßnahmen hätten rechtfertigen können.<sup>280</sup> Sowohl in der Rechtsprechung des EuGH<sup>281</sup> und des BGH<sup>282</sup> als auch in der Literatur<sup>283</sup> bestand jedoch weitgehend Einigkeit darüber, dass die Mitgliedstaaten beim Abschluss der Verträge von Rom der EG **keine originäre Kompetenz zur Schaffung eines supranationalen Strafrechts**<sup>284</sup> übertragen hatten.<sup>285</sup> Die Mitgliedstaaten sahen das Strafrecht vielmehr nach wie vor als Ausdruck ihrer Souveränität an,<sup>286</sup> und der EuGH wies ihnen diese Kompetenz auch ausdrücklich zu.<sup>287</sup>
- 134** Damit war der Erlass gemeinschaftlicher Strafnormen in Form von Verordnungen mit unmittelbarer Wirkung gegenüber dem Einzelnen ausgeschlossen. Auch wenn bereits damals teilweise geltend gemacht wurde, das Strafrecht dürfe nicht schlechthin aus dem Anwendungsbereich des Gemeinschaftsrechts ausgeschlossen werden, weil die Mitgliedstaaten verpflichtet seien, ihr nationales Recht in den Dienst der Integration zu stellen und sich die Annahme eines absoluten Souveränitätsvorbehalts bei den Mitgliedstaaten aus integrativer Sicht als kontraproduktiv erweise,<sup>288</sup> bestand Einigkeit darüber, dass die vertragsschließenden Staaten die Ausübung einer so wesentlichen Befugnis wie der Androhung und Verhängung echter Kriminalstrafen ohne eine entsprechende ausdrückliche Ermächtigung der EG nicht überlassen hatten.<sup>289</sup> Dies müsse umso mehr gelten, als die Organe der EG nur bedingt demokratisch legitimiert seien.<sup>290</sup> In diesem Zusammenhang sei auch zu beachten, dass das BVerfG in seiner **Maastricht-Entscheidung**<sup>291</sup> den Ansatz, über das **Vertragslückenschließungsverfahren** gemäß Art. 308 (ex-Art. 235) EGV der EG laufend neue Kompetenzen zuzuweisen (nun Art. 352 AEUV), abgelehnt hatte.<sup>292</sup> Durch das

<sup>279</sup> Streinz, Europarecht, Rn. 498.

<sup>280</sup> Vgl. Sieber ZStW 103 (1991), 957 (969).

<sup>281</sup> EuGH Slg. 1981, 2595 (2618) – Casati; Slg. 1989, 195 (221 f.) – Cowan/Trésor public.

<sup>282</sup> BGHSt 25, 193 f.

<sup>283</sup> Cuerda in Schünemann/Suárez González, Bausteine eines europäischen Wirtschaftsrechts, 367, 368 ff.; Dannecker/Streinz in Rengeling, EUDUR, Bd. I, § 8 Rn. 54 ff.; Dannecker JZ 1996, 869; Jescheck PChR. 1997, 483; Kaiafa-Gbandi KritV 1999, 162 (165 f.); Oehler FS Baumann, 1992, 561; Schulz in Rengeling, Europäisierung des Rechts, 163 (189); Tiedemann NJW 1993, 23 ff.; Vogel in Dannecker, Die Bekämpfung des Subventionsbetruges im EG-Bereich, 175 ff.

<sup>284</sup> Zur Problematik eines europäischen Begriffs des Strafrechts und der Abgrenzung zwischen Kriminalstrafrecht und Strafrecht im weiteren Sinne Hecker, Europäisches Strafrecht, 4.2.1 Rn. 59 f.

<sup>285</sup> Vgl. nur Böse, Strafen und Sanktionen im Europäischen Gemeinschaftsrecht, 54 ff.; Gröbblinghoff, Die Verpflichtung des deutschen Strafgesetzgebers zum Schutz der finanziellen Interessen der Europäischen Gemeinschaften, 141; Pihls, Der Vollzug des Gemeinschaftsrechts, 276 f.; Satzger, Die Europäisierung des Strafrechts, 92 ff.; Schröder, Chr., Europäische Richtlinien und deutsches Strafrecht, 104 ff.; jeweils mwN.

<sup>286</sup> Weigend ZStW 105 (1993), 774 (775) mwN; vgl. auch Böse, Strafen und Sanktionen im Europäischen Gemeinschaftsrecht, 55 ff.

<sup>287</sup> EuGH Slg. 1977, I-139; 1990, I-2911.

<sup>288</sup> Zuleeg JZ 1992, 761 (762); zustimmend Appel in Dannecker, Lebensmittelstrafrecht und Verwaltungs-sanktionen in der Europäischen Union, 165, 177.

<sup>289</sup> Vgl. Dannecker in 50 Jahre Bundesgerichtshof, Festgabe aus der Wissenschaft, Bd. IV, 339, 346 ff.; Dannecker/Streinz in Rengeling, EUDUR, Bd. I, § 8 Rn. 55; Deutscher, Die Kompetenzen der Europäischen Gemeinschaften zur originären Strafgesetzgebung, 309 ff.; Gärditz wistra 1999, 293; Gröbblinghoff, Die Verpflichtung des deutschen Strafgesetzgebers zum Schutz der Interessen der Europäischen Gemeinschaften, 141; Pihls, Der Vollzug von Gemeinschaftsrecht, 276 f.; Satzger, Die Europäisierung des Strafrechts, 92 ff.; zur Rechtslage nach Inkrafttreten des Amsterdamer Vertrages vgl. → Rn. 156 ff.

<sup>290</sup> Vgl. dazu Grams, Zur Gesetzgebung der Europäischen Union, 65 ff.; Oehler FS Baumann, 1992, 561.

<sup>291</sup> BVerfGE 89, 155.

<sup>292</sup> Vgl. insofern auch BVerfGE 123, 267 (295 ff., 355 ff.).

Vertragslückenschließungsverfahren wurde der Rat zum Erlass von Rechtsakten ermächtigt, wenn die Verträge zwar keine ausdrückliche Einzelermächtigung enthalten, ein Tätigwerden der Gemeinschaft aber erforderlich erschien, um eines der Ziele der Union zu verwirklichen. In diesem Kontext hat das BVerfG in seiner Entscheidung die Notwendigkeit der Abgrenzung zwischen der Wahrnehmung von Hoheitsbefugnissen und der Vertragsänderung hervorgehoben.

Doch die Neufassung des europäischen Primärrechts durch den Lissabon-Vertrag brachte eine Änderung dieser Situation mit sich, auch wenn es nach wie vor kein supranationales, also durch die Union selbst gesetztes, unmittelbar geltendes *Kriminalstrafrecht* gibt.<sup>293</sup> Zum einen wurde nun eine ausdrückliche Ermächtigung der Union zur Setzung kriminalstrafrechtlicher Mindestvorgaben im Primärrecht verankert, wie Art. 83 AEUV unmissverständlich zeigt; insofern handelt es sich jedoch ausschließlich um eine **Anweisungskompetenz** (vgl. → Rn. 137 ff.).<sup>294</sup> 135

Zum anderen – und hier liegt der wesentliche Unterschied zur Situation vor dem Lissabon-Vertrag – räumt **Art. 325 Abs. 4 AEUV** der Union die Kompetenz zum Erlass von **Maßnahmen zur Bekämpfung von gegen ihre Interessen gerichteten Betrügen** ein.<sup>295</sup> Zwar war bereits unter Geltung der Vorläufervorschrift Art. 280 Abs. 4 S. 1 EGV heftig darüber gestritten worden, ob er eine Setzung supranationalen Strafrechts zulässt. Dies wurde jedoch vielfach mit Hinweis auf die Vorbehaltsklausel des Art. 280 Abs. 4 S. 2 EGV verneint. Mit dem Wegfall dieses Vorbehalts in Art. 325 AEUV und wegen des Wortlauts der Regelung in Absatz 4, der allgemein von Maßnahmen zur Bekämpfung von Betrugshandlungen spricht, beinhaltet das Unionsrecht nicht nur eine Kompetenz zur Strafrechtsharmonisierung durch Richtlinien, sondern auch zum Erlass von unmittelbar geltenden **Verordnungen strafrechtlichen Inhalts**. Es ist daher davon auszugehen, dass der Union die Kompetenz zur Schaffung supranationaler Vorschriften auf dem Gebiet des Strafrechts zukommt.<sup>296</sup> 136

Eine spezifische Kompetenz zur Schaffung supranationalen Strafrechts zur Bekämpfung des Menschenhandels könnte ferner aus Art. 79 Abs. 1, 2 lit. d AEUV abgeleitet werden.

### c) Anweisungskompetenz gegenüber den Mitgliedstaaten

Neben dieser Kompetenz zur Schaffung supranationalen Strafrechts auf dem eng begrenzten Gebiet der Betrugsbekämpfung, steht der Union eine **Anweisungskompetenz** gegenüber den Mitgliedstaaten zu, aufgrund derer sie diese verpflichten kann, durch die Schaffung nationaler Strafvorschriften unionsrechtliche Mindestvorgaben zu erfüllen.<sup>297</sup> Im EG-Vertrag war zwar keine ausdrückliche Rechtsgrundlage für solche Anweisungskompetenzen enthalten. In der Literatur wurde aber bereits damals teilweise vertreten, eine Anweisungskompetenz ergebe sich als **Annexkompetenz** zu den einzelnen, im Vertrag enthaltenen Rechtsgrundlagen, die die Gemeinschaft zur Angleichung, Koordinierung und Harmonisierung mitgliedstaatlicher Rechtsvorschriften ermächtige.<sup>298</sup> Diese Auffassung stütze sich auf die sog. „**implied-powers**“-**Lehre**, die der EuGH im Rahmen seiner integrationsfreundlichen und an der praktischen Wirksamkeit des Gemeinschaftsrechts – also dem **effet** 137

<sup>293</sup> Vgl. Hecker, Europäisches Strafrecht, 4.2 Rn. 58.

<sup>294</sup> Eingehend dazu Böse in Böse, Europäisches Strafrecht, § 4 Rn. 1 ff.; Dorra Strafrechtliche Legislativkompetenzen der Europäischen Union, 21 ff.; Hecker, Europäisches Strafrecht, 4.2.2 Rn. 68.

<sup>295</sup> Zur Entwicklung der Kompetenz aus Art. 325 AEUV F. Meyer, Strafrechtsgenese, 360 ff.; vgl. auch Hecker, Europäisches Strafrecht, 4.2.2.3 Rn. 81.

<sup>296</sup> Vgl. Hecker, Europäisches Strafrecht, 4.2.2.3 Rn. 82 mwN.

<sup>297</sup> Bleckmann FS Stree und Wessels, 106 (111); Dannecker/Strein in Rengeling, EUDUR, Bd. I, § 8 Rn. 62 ff.; Esser, Europäisches und Internationales Strafrecht, § 2 Rn. 130 ff. Sieber ZStW 103 (1991), 957 (963); Tiedemann NJW 1993, 23 (26); Vogel in Dannecker, Die Bekämpfung des Subventionsbetrugs im EG-Bereich, 170, 172; Albrecht/Braun KritV 2001, 312 (319 f.).

<sup>298</sup> Appel in Dannecker, Lebensmittelstrafrecht und Verwaltungsanktionen in der Europäischen Union, 172, 177 mwN; Dannecker, Strafrecht in der europäischen Gemeinschaft, 59.

**utile** – orientierten Rechtsprechung entwickelt hat.<sup>299</sup> Danach stehen der Gemeinschaft ungeachtet des Wortlauts einer Ermächtigungsnorm all jene Kompetenzen zu, die zu einer ausdrücklich eingeräumten Befugnis ergänzend erforderlich sind, um die gestellten Aufgaben zu erfüllen, selbst wenn diese Kompetenzen nicht ausdrücklich in den Gemeinschaftsverträgen enthalten sind.<sup>300</sup> In der Literatur wurde die Anweisungskompetenz zur strafrechtlichen Harmonisierung zum Teil auch auf **Art. 94 bzw. 95 EGV (nunmehr Art. 114, 115 AEUV)** gestützt.<sup>301</sup>

- 137a** Anweisungskompetenzen ergeben sich jedoch im aktuellen Primärrecht unmittelbar aus Art. 83 AEUV, der Vorgaben von Mindestvorschriften zur Harmonisierung des nationalen Strafrechts durch die EU ermöglicht.
- 138** Sanktionsnormen bedürfen als besonders intensive Grundrechtseingriffe nach allgemeinen demokratischen und rechtsstaatlichen Grundsätzen **besonderer demokratischer Legitimation**. Insoweit wurde und wird es als bedenklich empfunden, dass der Rat als Hauptgesetzgeber der Union aus Vertretern der Exekutive der Mitgliedstaaten zusammengesetzt ist, die befugt sind, für die Regierung der Mitgliedstaaten verbindlich zu handeln (Art. 16 Abs. 2 EUV; ex-Art. 203 Abs. 1 EGV).<sup>302</sup>
- 138a** Ungeachtet dessen, dass das BVerfG in seiner **Maastricht-Entscheidung** die demokratische Legitimation der gemeinschaftlichen Gesetzgebung zum einen über die nationalen Parlamente, zum anderen über das Europäische Parlament zutreffend bejaht hat, ergibt sich aus dem starken Eingriffscharakter des Strafrechts, dass das Europäische Parlament bei der Schaffung von Sanktionsnormen in der stärksten Form, dh im **Verfahren der Mitentscheidung** gemäß ex-Art. 251 EGV, zu beteiligen war.<sup>303</sup>
- 139** Nach Art. 83 Abs. 1 AEUV gilt auch für Richtlinien strafrechtlichen Inhalts, dass ein **ordentliches Gesetzgebungsverfahren** nach Art. 294 AEUV (Mitentscheidungsverfahren) durchzuführen ist. Für Harmonisierungsrichtlinien nach Art. 83 Abs. 2 AEUV ist die Verfahrensweise anzuwenden, die für den Bereich zur Geltung kommt, der harmonisiert werden soll, also das ordentliche oder das besondere Gesetzgebungsverfahren; zudem ist die **Notbremsenfunktion** des Art. 83 Abs. 3 AEUV zu beachten.<sup>304</sup> Die Kompetenz zur Schaffung supranationalen Strafrechts wird im ordentlichen Gesetzgebungsverfahren durch das Europäische Parlament und den Rat und nach Anhörung des Rechnungshofs ausgeübt.
- 140** Das **Subsidiaritätsprinzip** des Art. 5 Abs. 3 UAbs. 1 EUV (ex-Art. 5 Abs. 2 EGV) beschränkt die Anweisungskompetenz der Gemeinschaft zudem auf Sachverhalte, die auf nationaler Ebene nicht effektiv geregelt werden können.<sup>305</sup> Dabei ist zu beachten, dass das Subsidiaritätsprinzip keine Kompetenzschranke, sondern eine Kompetenz*ausübungsschranke* darstellt, also voraussetzt, dass überhaupt eine Unionskompetenz besteht.<sup>306</sup> Freilich spielt der Subsidiaritätsgedanke auch dann eine Rolle, wenn es darum geht, Unionskompetenzen

<sup>299</sup> Vgl. EuGH Slg. 1987, 3203 – Einwanderungspolitik; *Engelhart* in Müller-Gugenberger, § 6 Rn. 42; *Satzger* in Böse, Europäisches Strafrecht, §§ 2 Rn. 30 ff.

<sup>300</sup> *Schweitzer/Hummer/Obwexer*, Europarecht, Rn. 628.

<sup>301</sup> Vgl. dazu *Appel* in Dannecker, Lebensmittelstrafrecht und Verwaltungsanktionen in der Europäischen Union, 172, 174; *Vögel* in Dannecker, Die Bekämpfung des Subventionsbetrugs im EG-Bereich, 170, 172; *Dannecker*, Strafrecht der Europäischen Gemeinschaft, 59.

<sup>302</sup> *Dannecker/Strein* in Rengeling, EUDUR, Bd. I, § 8 Rn. 62.

<sup>303</sup> Vgl. *Strein* in Dannecker, Lebensmittelstrafrecht und Verwaltungsanktionen in der Europäischen Union, 219 ff.; *Pihs*, Der Vollzug von Gemeinschaftsrecht. Formen und Grenzen eines effektiven Gemeinschaftsrechtsvollzugs und Überlegungen zu seiner Effektivierung, 274; *Dannecker/Strein* in Rengeling, EUDUR, Bd. I, § 8 Rn. 62; hinsichtlich Art. 95 EGV ist dies gegeben, ebenso in den Teilbereichen des Art. 175 EGV, nicht aber hinsichtlich Art. 37 EGV (Agrarpolitik), auch nicht nach dem Vertrag von Nizza. Immerhin unterliegen seit dem Vertrag von Amsterdam abweichend von Art. 37 EGV Maßnahmen in den Bereichen Veterinärwesen und Pflanzenschutz, die unmittelbar den Schutz der Gesundheit der Bevölkerung zum Ziel haben, dem Verfahren der Mitentscheidung gem. Art. 251 EGV.

<sup>304</sup> Hierzu *Esser*, Europäisches und Internationales Strafrecht, § 2 Rn. 148 ff.

<sup>305</sup> *Gröblichhoff*, Die Verpflichtung des deutschen Strafgesetzgebers zum Schutz der Interessen der Europäischen Gemeinschaften, 135 f.; *Dannecker/Strein* in Rengeling, EUDUR, Bd. I, § 8 Rn. 62; *Engelhart* in Müller-Gugenberger, § 6 Rn. 41.

<sup>306</sup> Vgl. *Strein*, Europarecht, Rn. 145a; *Dannecker/Strein* in Rengeling, EUDUR, Bd. I, § 8 Rn. 55.

in Randbereichen – wie eben dem Strafrecht – zu konkretisieren.<sup>307</sup> Darüber hinaus dürfen nach dem in Art. 5 Abs. 3 UAbs. 2 S. 1 EUV (ex-Art. 5 Abs. 3 EGV) festgeschriebenen **Verhältnismäßigkeitsprinzip** nur dann Anweisungen zum Erlass oder zur Harmonisierung strafrechtlicher Regelungen getroffen werden, wenn dies zur Erreichung der Ziele des Vertrages erforderlich ist.

Der EuGH<sup>308</sup> hatte in seinem Urteil zum Rahmenbeschluss 2003/80/JI des Rates vom 27.1.2003 über den Schutz der Umwelt durch das Strafrecht zu einem intrainstitutionellen Konflikt zwischen Rat und Kommission<sup>309</sup> über den richtigen Ort der Europäisierung auf dem Gebiet der Umweltpolitik Stellung genommen und der EGV die Anordnungs-kompetenz zugewiesen, die eine EU-Kompetenz ausschloss, und den Erlass einer Richtlinie aufgrund von Art. 174 f. EGV als das richtige Mittel zur Harmonisierung des Strafrechts angesehen.<sup>310</sup> Diese Fragen der Kompetenz haben sich jedoch durch die Zusammenführung von EG und EU durch den Lissabon-Vertrag erledigt. **141**

Ihrer Anweisungskompetenz bedient sich die EU wie zuvor die EG regelmäßig durch den **Erlass von Richtlinien**.<sup>311</sup> Gemäß Art. 288 UAbs. 3 AEUV (ex-Art. 249 Abs. 3 EGV) ist eine Richtlinie für die Mitgliedstaaten zielverbindlich, jedoch bleibt ihnen die Wahl der Form und Mittel zur Zielerreichung überlassen. Während die Gemeinschaft die Mitgliedstaaten durch solche Richtlinien zunächst unter Rückgriff auf die Rechtsprechung des EuGH im „**Mais**“-Urteil zum Erlass geeigneter, wirksamer und angemessener Sanktionen zum Schutz bestimmter Rechtsgüter verpflichtet hatte,<sup>312</sup> zeigte sich bereits unter Geltung des EGV die Tendenz, den Mitgliedstaaten detaillierte Vorgaben zum Inhalt der Sanktionsnormen zu machen.<sup>313</sup> So wurden die Straftatbestände zum Teil wörtlich vorgegeben und Mindestvorschriften für Art und Höhe der Strafen getroffen.<sup>314</sup> Dieses Vorgehen war und ist bedenklich, da sich die Union damit der Rechtsform der Verordnung stark annähert, durch die aufgrund ihrer Verbindlichkeit und unmittelbaren Geltungen in den Mitgliedstaaten **supranationales Strafrecht** geschaffen würde. Zwar entfaltet eine solche Richtlinie wegen ihres für den Einzelnen belastenden Inhalts – anders als den Einzelnen begünstigende Richtlinien – auch nach Ablauf der Umsetzungsfrist keine unmittelbare Wirkung in den Mitgliedstaaten, wenn sie nicht in nationales Recht umgesetzt ist; jedoch wird der den Charakter der Rechtsform „Richtlinie“ mitprägende Umsetzungsspielraum für die Mitgliedstaaten erheblich verkleinert. Allerdings würde eine Kompetenz des Rates, unmittelbar geltende Strafvorschriften zu erlassen, keine so grundlegende Neuerung darstellen, wie es auf den ersten Blick scheinen mag. Vielmehr gibt es bereits gegenwärtig gemeinschaftsrechtliche Regelungen, die den Anwendungsbereich der nationalen Strafrechtsordnungen ausdehnen, indem sie auf nationale Strafrechtsnormen verweisen (**Assimilierung**) und dadurch erreichen, dass die den Schutz nationaler Rechtsgüter bezweckenden Strafnormen auch für entsprechende Gemeinschafts-/Unionsgüter anwendbar sind.<sup>315</sup> **142**

<sup>307</sup> Dannecker/Strein in Rengeling, EUDUR, Bd. I, § 8 Rn. 55.

<sup>308</sup> EuGH EuZW 2005, 632 ff. (Rahmenbeschluss 2003/80/JI).

<sup>309</sup> Zu den fundamentalen Unterschieden zwischen der Polizeilichen und Justiziellen Zusammenarbeit und dem „vergemeinschafteten Bereich“ vgl. auch BVerfG NJW 2005, 2289 – Darkazanli.

<sup>310</sup> Näher dazu Böse GA 2006, 211 ff.; Braum wistra 2006, 121 ff.; Heger JZ 2006, 310 ff.; Schünemann StV 2006, 361 (362); Streinz JuS 2006, 164 ff.

<sup>311</sup> Vgl. umfassend dazu Schröder, Chr., Europäische Richtlinien und deutsches Strafrecht, passim; vgl. auch Engelhart in Müller-Gugenberger, § 6 Rn. 48 ff.

<sup>312</sup> Vgl. zB die Richtlinie 79/409/EWG des Rates über die Erhaltung der wildlebenden Vogelarten, ABl. 1979 L 103, 1 ff.; Dannecker/Strein in Rengeling, EUDUR, Bd. I, § 8 Rn. 63.

<sup>313</sup> Vgl. Sieber ZStW 103 (1991), 957 (965).

<sup>314</sup> Vgl. zB die Rechtsakte über den strafrechtlichen Schutz der Umwelt, näher dazu → Rn. 108 f.; vgl. auch den Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlamentes und des Rates über den strafrechtlichen Schutz der finanziellen Interessen der Gemeinschaft, näher dazu → Rn. 94, 392 ff.; Böse R. A. E. – L. E. A. 2001–2002, 103 ff.

<sup>315</sup> Vgl. Dannecker Jura 1998, 79 (80 f.); Böse, Strafen und Sanktionen im Europäischen Gemeinschaftsrecht, 107 ff.

#### d) Bedenken des BVerfG gegen eine europäische Strafrechtssetzung und Schutz der Verfassungsidentität

- 143 In seinem **Lissabon-Urteil**<sup>316</sup> hat das BVerfG Vorbehalte gegen eine nicht hinreichend legitimierte strafrechtliche Normsetzungskompetenz der Union angemeldet und deutlich gemacht, dass es bereit ist, die Verfassungsidentität der Bundesrepublik Deutschland zu schützen.
- 143a In der Entscheidung des BVerfG heißt es: „Soweit das Volk nicht unmittelbar selbst zur Entscheidung berufen ist, ist demokratisch legitimiert nur, was parlamentarisch verantwortet werden kann.“ In der Entscheidung betont der Zweite Senat weiterhin das Prinzip der beschränkten Einzelmächtigung und der Subsidiarität aus Art. 5 EUV und stellt fest, dass eine „verfassungsrechtlich bedeutsame Spannungslage“ zu diesem Prinzip entstehe, wenn Unionsorgane das Primärrecht ergänzend oder erweiternd auslegen. Durch ausweitende Auslegung entstehe die **Gefahr der Überschreitung des vorherbestimmten Integrationsprogramms**. Daher hat das BVerfG eine geeignete innerstaatliche Sicherung zur Wahrung der nationalen Integrationsverantwortung eingefordert und verlangt, dass das Zustimmungsgesetz zum Lissabon-Vertrag und die innerstaatliche Begleitgesetzgebung so beschaffen sein müssen, dass „die europäische Integration weiter nach dem Prinzip der begrenzten Einzelmächtigung erfolgt, ohne das für die Europäische Union die Möglichkeit besteht, sich der **Kompetenz-Kompetenz** zu bemächtigen und die **integrationsfeste Verfassungsidentität der Mitgliedstaaten**, hier des Grundgesetzes, zu verletzen“.<sup>317</sup> Das BVerfG hat sich ferner als befugt angesehen, zur Wahrung der Verfassungsidentität eine **Ultra-vires-Kontrolle** durchzuführen und zu prüfen, ob der „unantastbare Kerngehalt der Verfassungsidentität“ verletzt wird.<sup>318</sup> Das BVerfG stellt weitergehend fest: „Sowohl die Ultra-vires- als auch die Identitätskontrolle können dazu führen, dass künftig Unionsrecht in Deutschland für unanwendbar erklärt wird.“<sup>319</sup> In welchem Verfahren diese Kontrolle erfolgen soll, lässt der Senat offen.
- 144 Hinsichtlich der Kontrollfunktion des BVerfG betont der Senat, die Europäische Einigung dürfe nicht dazu führen, dass den Mitgliedstaaten keinerlei Gestaltungsspielräume mehr zur wirtschaftlichen Gestaltung und zur Berücksichtigung kultureller Eigenheiten und spezifischer Lebensverhältnisse sowie für politische Entscheidungen mehr verbleiben. Zu den **wesentlichen Bereichen**, in denen Spielräume verbleiben müssen, sollen nach dem BVerfG neben der Staatsbürgerschaft, dem zivilen und militärischen Gewaltmonopol und der Haushaltspolitik auch das **Strafrecht** und das **Recht der Unterbringung** mit seinen grundlegenden Grundrechtseingriffen gehören.<sup>320</sup> Auf diesen Gebieten liege es besonders nahe, der Unionskompetenz klare Grenzen dahingehend zu ziehen, dass eine Unionsvorgabe nur zulässig sei, wenn die **grenzüberschreitende Koordination notwendig** ist.<sup>321</sup>
- 145 Entscheidungen über das materielle und formelle Strafrecht – so das BVerfG – seien für die **demokratische Selbstgestaltungsfähigkeit eines Verfassungsstaates** besonders sensibel, denn die Strafrechtspflege sei von „kulturellen, historisch gewachsenen, auch sprachlich geprägten Vorverständnissen und von den im deliberativen Prozess sich bildenden Alternativen abhängig, die die jeweilige öffentliche Meinung bewegen“.<sup>322</sup> Die Pönalisierung sozialen Verhaltens sei „nur eingeschränkt aus europaweit geteilten Werten und sittlichen Prämissen normativ ableitbar. Die Entscheidung über strafwürdiges Verhalten, über den Rang von Rechtsgütern und den Sinn und das Maß der Strafandrohung ist vielmehr in besonderem Maße dem demokratischen Entscheidungsprozess überantwortet. Eine Übertragung von Hoheitsrechten über die intergouver-

<sup>316</sup> BVerfGE 123, 267 (351).

<sup>317</sup> BVerfGE 123, 267 (353).

<sup>318</sup> BVerfGE 123, 267 (353 f.).

<sup>319</sup> BVerfGE 123, 267 (354).

<sup>320</sup> BVerfGE 123, 267 (357 f.).

<sup>321</sup> BVerfGE 123, 267 (359).

<sup>322</sup> BVerfGE 123, 267 (359 f.).