

Die strafrechtsrelevanten EU-Grundrechte

Art. 6 EUV: (1) Die Union erkennt die Rechte, Freiheiten und Grundsätze an, die in der Charta der Grundrechte der Europäischen Union vom 7. Dezember 2000 in der am 12. Dezember 2007 in Straßburg angepassten Fassung niedergelegt sind; die Charta der Grundrechte und die Verträge sind rechtlich gleichrangig.

(2) Die Union tritt der Europäischen Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten bei. Dieser Beitritt ändert nicht die in den Verträgen festgelegten Zuständigkeiten der Union.

(3) Die Grundrechte, wie sie in der Europäischen Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten gewährleistet sind und wie sie sich aus den gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten ergeben, sind als allgemeine Grundsätze Teil des Unionsrechts.

Art. 67 AEUV: (1) Die Union bildet einen Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts, in dem die Grundrechte und die verschiedenen Rechtsordnungen und -traditionen der Mitgliedstaaten geachtet werden.

Art. 2 GRCh: (2) Niemand darf zur Todesstrafe verurteilt oder hingerichtet werden.

Art. 6 GRCh: Jeder Mensch hat das Recht auf Freiheit und Sicherheit.

Art. 19 GRCh: (2) Niemand darf in einen Staat angeschoben oder ausgewiesen oder an einen Staat ausgeliefert werden, in dem für sie oder ihn das ernsthafte Risiko der Todesstrafe, der Folter oder einer anderen unmenschlichen oder erniedrigenden Strafe oder Behandlung besteht.

Art. 47 GRCh: Jede Person, deren durch das Recht der Union garantierte Rechte oder Freiheiten verletzt worden sind, hat das Recht, nach Maßgabe der in diesem Artikel vorgesehenen Bedingungen bei einem Gericht einen wirksamen Rechtsbehelf einzulegen. Jede Person hat ein Recht darauf, dass ihre Sache von einem unabhängigen, unparteiischen und zuvor durch Gesetz errichteten Gericht in einem fairen Verfahren, öffentlich und innerhalb angemessener Frist verhandelt wird. Jede Person kann sich beraten, verteidigen und vertreten lassen. Personen, die nicht über ausreichende Mittel verfügen, wird Prozesskostenhilfe bewilligt, soweit diese Hilfe erforderlich ist, um den Zugang zu den Gerichten wirksam zu gewährleisten.

Art. 48 GRCh: (1) Jeder Angeklagte gilt bis zum rechtsförmlich erbrachten Beweis seiner Schuld als unschuldig.

(2) Jedem Angeklagten wird die Achtung der Verteidigungsrechte gewährleistet.

Art. 49 GRCh: (1) Niemand darf wegen einer Handlung oder Unterlassung verurteilt werden, die zur Zeit ihrer Begehung nach innerstaatlichem oder internationalem Recht nicht strafbar war. Es darf auch keine schwerere Strafe als die zur Zeit der Begehung angedrohte Strafe verhängt werden. Wird nach Begehung einer Straftat durch Gesetz eine mildere Strafe eingeführt, so ist diese zu verhängen.

(2) Dieser Artikel schließt nicht aus, dass eine Person wegen einer Handlung oder Unterlassung verurteilt oder bestraft wird, die zur Zeit ihrer Begehung nach den allgemeinen, von der Gesamtheit der Nationen anerkannten Grundsätzen strafbar war.

(3) Das Strafmaß darf zur Straftat nicht unverhältnismäßig sein.

Art. 50 GRCh: Niemand darf wegen einer Straftat, derentwegen er bereits in der Union nach dem Gesetz rechtskräftig verurteilt oder freigesprochen worden ist, in einem Strafverfahren erneut verfolgt oder bestraft werden.

Art. 51 GRCh: (1) Diese Charta gilt für die Organe, Einrichtungen und sonstigen Stellen der Union unter Wahrung des Subsidiaritätsprinzips und für die Mitgliedstaaten ausschließlich bei der Durchführung des Rechts der Union. Dementsprechend achten sie die Rechte, halten sie sich an die Grundsätze und fördern sie deren Anwendung entsprechend ihren jeweiligen Zuständigkeiten und unter Achtung der Grenzen der Zuständigkeiten, die der Union in den Verträgen übertragen werden.

Kooperation im Rahmen der Schengener Abkommen

Das Abkommen von Schengen vom 14.6.1985 (Schengen I) zielte – als erster Ausdruck eines „Europas der zwei Geschwindigkeiten“ – auf einen schrittweisen Abbau der Grenzkontrollen zunächst zwischen den fünf Schengen-Staaten (Deutschland, Frankreich, Benelux). Die durch den Wegfall der Binnengrenzkontrollen befürchteten Einbußen an innerer Sicherheit sollten durch das Schengener Durchführungsübereinkommen (Schengen II – SDÜ) vom 19.6.1990 ausgeglichen werden. Das SDÜ trat am 1.9.1993 für die damaligen Schengen-Staaten (beigetreten waren inzwischen auch Italien, Spanien und Portugal) in Kraft; mit dem Vertrag von Amsterdam wurde der Schengen-Besitzstand (sog. Schengen-Acquis) zum 1.5.1999 in den Rahmen der EU einbezogen, so dass die Zusammenarbeit der Schengen-Staaten nunmehr in der dritten Säule der EU (PJZS) verankert ist. Das SDÜ enthält eine Reihe für die grenzüberschreitende Strafverfolgung und auch für das materielle Strafrecht bedeutsame Bestimmungen (*Hecker*, § 5 Rn. 30 ff.):

- Von Bedeutung für die Strafverfolgung sind vor allem der polizeiliche Informationsaustausch sowohl zu präventivpolizeilichen als auch zu repressiven Zwecken (Art. 39 SDÜ; nicht gestattet sind Ersuchen zum Ergreifen von Zwangsmaßnahmen; Art. 39 II normiert Beweisverwertungsschranke), die Möglichkeit grenzüberschreitender Observation (Art. 40) und Nacheile (Art. 41) sowie das Schengener Informationssystem (SIS, Art. 92 – 119, inzwischen Europäisches Informationssystem EIS) als staatenübergreifendes, computergestütztes polizeiliches Fahndungssystem, das in den Schengen-Staaten den Online-Zugriff auf polizeiliche Fahndungsdaten ermöglicht (im Unterschied zur Interpol-Fahndung sind die Teilnehmer des SIS verpflichtet, dem Fahndungsersuchen eines anderen Vertragsstaates zu entsprechen).
- Bedeutung für materielle Strafrecht kommt Art. 42 SDÜ zu: *„Während eines Einschreitens nach Maßgabe der Art. 40 und 41 werden die Beamten, die im Hoheitsgebiet einer anderen Vertragspartei eine Aufgabe erfüllen, den Beamten dieser Vertragspartei in Bezug auf die Straftaten, denen diese Beamten zum Opfer fallen oder die sie begehen, gleichgestellt.“* Daraus folgt einerseits eine Erweiterung des Anwendungsbereichs des § 113 StGB auch auf ausländische, im Inland tätige Amtsträger, die sich andererseits aber auch z. B. gem. §§ 331 f., 340, 343 ff. StGB strafbar machen können.
- Ungeklärt ist bislang, wie sich eine bewusste oder unbewusste Überschreitung der räumlichen oder zeitlichen Grenzen der grenzüberschreitende Observation und Nacheile auswirkt; jedenfalls bei bewusster Überschreitung dürfte ein Beweisverwertungsverbot anzunehmen sein. Bei einer Festnahme außerhalb eines dafür zugelassenen Grenzstreifens, ist überdies an eine Strafbarkeit gem. § 239 StGB zu denken, denn § 127 II StPO kann nur Handlungen der Polizei und StA im Inland rechtfertigen.
- Da Art. 41 V lit. c und e SDÜ bei der grenzüberschreitenden Nacheile das Betreten von Wohnungen und den Schusswaffeneinsatz – außer im Falle von Notwehr – verbieten, macht sich ein deutscher Beamter, der diese Einschränkungen missachtet, nach deutschem Strafrecht strafbar (§§ 123, 223 ff., 340 StGB), soweit dieses Verhalten auch am Tatort mit Strafe bedroht ist; die strafprozessualen und polizeirechtlichen Befugnisse des deutschen Rechts können ihn insoweit nicht rechtfertigen.
- Art. 54 SDÜ statuiert ein grenzüberschreitendes Doppelbestrafungsverbot (europäisches *ne bis in idem*); insoweit ist der EuGH gem. Art. 267 AEUV (ex-Art. 35 I EU) zuständig, nicht jedoch für die Überprüfung einzelner polizeilicher Maßnahmen im Rahmen der Nacheile oder Observation (vgl. Art. 276 AEUV).

Ein europäisches *ne bis in idem* (Art. 54 SDÜ, Art. 50 GRCh)

Art. 103 III GG statuiert nur einen nationalen Strafklageverbrauch; mehr wird auch von Art. 4 I 7. ZP zur EMRK und Art. 14 VII IPbpR nicht gefordert. Ein grenzüberschreitendes Doppelbestrafungsverbot ist auch nicht völkerrechtlich geboten. Daher genügt es, wenn – wie in Deutschland – eine im Ausland wegen derselben Tat vollstreckte Strafe auf eine nachfolgend im Inland verhängte Strafe angerechnet wird.

I. Europäisierung des ne bis in idem

Dazu grundlegend: Hecker, § 13; Mansdörfer, Das Prinzip des ne bis in idem im europäischen Strafrecht, 2004; Asp/von Hirsch/Frände, ZIS 2006, 512 ff. – Zur heutigen Diskussion vgl. nur Merkel/Scheinfeld, ZIS 2012, 206 ff.; Heger, FS Kühne, 2013, S. 565 ff. und Hochmayr (Hrsg.), Ne bis in idem, 2015.

1. Art. 54 SDÜ lautet:

„Wer durch eine Vertragspartei rechtskräftig abgeurteilt worden ist, darf durch eine andere Vertragspartei wegen derselben Tat nicht verfolgt werden, vorausgesetzt, dass im Fall einer Verurteilung die Sanktion bereits vollstreckt worden ist, gerade vollstreckt wird oder nach dem Recht des Urteilsstaat nicht mehr vollstreckt werden kann“.

Voraussetzungen für das Eingreifen eines Verfolgungshindernisses, das etwa auch dem Erlass eines Haftbefehls oder anderen Ermittlungsmaßnahmen entgegensteht, sind:

- **Rechtskräftige Aburteilung,**
- **Identität der Tat** (idem) sowie
- **ein Vollstreckungselement** (wenn nicht Freispruch); Sanktion
 - ist bereits vollstreckt (verbüßte Geld- oder Freiheitsstrafe,
 - wird gerade vollstreckt (z. B. Bewährungsstrafe während der Bewährungsfrist) oder
 - kann nicht mehr vollstreckt werden (z. B. Vollstreckungsverjährung, Amnestie, Begnadigung).

In allem ist der EuGH großzügig, so dass etwa auch staatsanwaltschaftliche Einstellungen gegen Auflagen (= „Aburteilung“ § 153a StPO) nach Erfüllung der Auflagen (= Vollstreckung) einer erneuten Strafverfolgung entgegenstehen können. Entscheidend ist nur, dass die Entscheidung nach der Rechtsordnung, aufgrund derer sie ergangen ist, jedenfalls partiell einen Strafklageverbrauch bewirken kann (und sei es – wie in § 153a I 5 StPO – nur für Vergehen).

Auch ist der Tat-Begriff weit. Für die Anwendung von Art. 54 SDÜ kommt es nicht auf den nationalen prozessualen Tat-Begriff (in Deutschland des § 264 StPO) an; allein maßgeblich ist ein europarechtlicher Begriff der Tat als „Vorhandensein eines Komplexes unlösbar miteinander verbundener Tatsachen, unabhängig von der rechtlichen Qualifizierung der Tatsachen oder von dem geschützten rechtlichen Interesse“ (so EuGH), so dass etwa die Ausfuhr von Schmuggelware aus einem Staat und die Einfuhr in den anderen Staat eine Tat darstellt.

Begründet wird diese „Großzügigkeit“ vor allem mit der Wechselwirkung zu den Grundfreiheiten, denn die Freizügigkeit innerhalb der EU ist praktisch nicht gewährleistet, wenn ein in einem Staat bereits Bestrafter (oder Freigesprochener) bei der Ausreise in einen anderen EU-Staat dort Verfolgung oder Auslieferung in einen dritten EU-Staat befürchten müsste.

Strafprozessual ist die Einstellungsmöglichkeit des § 153c StPO zu beachten (auch im Rahmen des Strafanwendungsrechts).

2. Art. 50 GRCh lautet:

„Niemand darf wegen einer Straftat, derentwegen er bereits in der Union nach dem gesetz rechtskräftig verurteilt oder freigesprochen worden ist, in einem Strafverfahren erneut verfolgt oder bestraft werden.“ – In Art. 50 GRCh wird damit auf das Erfordernis eines Vollstreckungselements verzichtet.

II. Verhältnis von Art. 54 SDÜ und Art. 50 GRCh

Mit Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon sind nebeneinander Art. 54 SDÜ und Art. 50 GRCh rechtswirksam. Das Verhältnis beider europäischer Doppelbestrafungsverbote ist umstritten. Einerseits ist wohl Art. 50 GRCh sprachlich enger, weil er ein rechtskräftiges Urteil voraussetzt (und damit nicht etwa eine § 153a-Einstellung), andererseits verzichtet er jedenfalls nach dem eindeutigen Wortlaut auf ein Vollstreckungselement (vgl. Klip, European Criminal Law, S. 245 f.). Klar ist, dass Art. 54 SDÜ die einzige Rechtsgrundlage gegenüber Großbritannien, Polen und an das SDÜ gebundene Nicht-EU-Staaten (z. B. Island darstellt), weil diesen Staaten gegenüber die GRCh ja nicht rechtswirksam ist. Weiterhin könnte man Art. 54 SDÜ auf alle Aburteilungen (also auch Einstellungen) anwenden, wenn ein Vollstreckungselement vorliegt, während Art. 50 GRCh als *lex specilias* für Verurteilungen bereits deren rechtskräftiges Vorliegen genügen ließe, weil man in einem Binnenrechtsraum angesichts der grundsätzlichen Möglichkeit einer Auslieferung zur Vollstre-

ckung das Vollstreckungselement nicht mehr brauche (so etwa Heger, ZIS 2009, 406, 408; Reichling, StV 2010, 237 f.; vgl. auch Fletcher/Löf/Gilmore, EU Criminal Law, S. 138). Dagegen hat sich aber in Deutschland mit LG Aachen, StV 2010, 237 eine andere Meinung weitgehend durchgesetzt: Zwar gelte Art. 50 GRCh trotz des beschränkten Anwendungsbereichs (Art. 51 GRCh) zwischen den EU-Staaten, die die GRCh anerkennen, doch sei bei der Auslegung die Einschränkungsmöglichkeit des Art. 52 I GRCh im Licht der Erläuterungen (vgl. Art. 52 VII GRCh) zu beachten.

In der Erläuterung zu Art. 50 GRCh heißt es (ABl.EU 2007 C 303/31): „Nach Art. 50 findet die Regel „ne bis in idem“ nicht nur innerhalb der Gerichtsbarkeit eines Staates, sondern auch zwischen den Gerichtsbarkeiten mehrerer Mitgliedstaaten Anwendung. Dies entspricht dem Rechtsbesitzstand der Union: s. die Art. 54 bis 58 SDÜ u. Urt. des EuGH Slg. 2003, I-1345 „Gözütök“, Art. 7 des Übereinkommens über den Schutz der finanziellen Interessen der Europäischen Gemeinschaften sowie Art. 10 des Übereinkommens über die Bekämpfung der Bestechung. Die klar eingegrenzten Ausnahmen, in denen die Mitgliedstaaten nach diesem Übereinkommen von der Regel „ne bis in idem“ abweichen können, sind von der horizontalen Klausel des Art. 52 Abs. 1 über die Einschränkungen abgedeckt“.

Daraus folgert das LG Aachen aaO. unter Zustimmung von Brodowski, ZIS 2010, 376, 382 f., Burchard/Brodowski, StraFo 5/2010, und Satzger, IntEuStR, § 10 Rn. 68), dass Art. 54 SDÜ als gesetzliche Einschränkung zu Art. 50 GRCh i. S. von Art. 52 Abs. 1 GRCh anzusehen sei. Auch wenn diese Herleitung vielleicht letztlich dem Wortlaut der betreffenden Vorschriften nicht zuwiderläuft, ist doch das Ergebnis überaus fragwürdig, denn letztlich ist damit Art. 50 GRCh hinsichtlich seines Anwendungsbereichs enger und in seinen Voraussetzungen genauso streng wie Art. 54 SDÜ, so dass – trotz deutlich verändertem und jedenfalls partiell ausgeweiteten Wortlauts – letztlich alles beim alten bleibt. Dem hat sich der BGH (St 56, 11) angeschlossen; das BVerfG hat mit Kammerbeschluss vom 15.12.2011 (Az. 2 BvR 148/11) diese Auslegung von Art. 50 GRCh nicht als offensichtlich verfehlt eingestuft und auch einen Verstoß gegen das Gebot des gesetzlichen Richters wegen Verletzung der europarechtlichen Pflicht zur Vorlage an den EuGH (vgl. Art. 267 AEUV) verneint. 2014 hat aber auch der EuGH die deutsche Rspr. gebilligt (Fall „Spasic“; HRRS 2014, Nr. 484).

III. Fälle zu Art. 54 SDÜ und Art. 50 GRCh:

(1) *EuGH* („Gözütok u. Brügge“): B – ein deutscher Staatsangehöriger – wurde in Belgien wegen Körperverletzung angeklagt; zuvor hatte die StA Bonn das wegen dieser Tat geführte Verfahren gem. § 153a StPO gegen Zahlung einer Geldauflage von 1000 DM eingestellt. Daher legt das belgische Gericht dem EuGH die Frage vor, ob bereits gem. art. 54 SDÜ Strafklageverbrauch eingetreten ist.

(2) *OLG Saarbrücken StV 1997*, 359: A wurde von einem belgischen Gericht wegen unerlaubten BtM-Besitzes rechtskräftig zu einer Freiheitsstrafe von drei Monaten verurteilt unter Gewährung eines auf zwei Jahre befristeten Strafaufschubes und daneben zur Zahlung einer Geldstrafe verurteilt, die er noch nicht bezahlt hat. Steht Art. 54 SDÜ einer Verurteilung in Deutschland entgegen, wenn die Frist noch nicht abgelaufen ist?

(3) *OLG München StV 2001*, 495: B – eine deutsche Staatsbürgerin – hat in Spanien ihre Mutter vorsätzlich getötet und wurde deshalb von einem spanischen Gericht rechtskräftig zu einer Freiheitsstrafe von fünf Jahren verurteilt. Nach Verbüßung von zwei Jahren verfügte das Gericht nach spanischem Recht zulässig, die verbleibende Reststrafe durch die Ausweisung der B für die Dauer von fünf Jahren zu ersetzen, verbunden mit der Mahnung, dass B im Falle ihrer Wiedereinreise nach Spanien die ihr auferlegte Freiheitsstrafe zu verbüßen hätte. B reist nach Deutschland ein; kann ihr hier noch einmal ein Strafprozess gemacht werden?

(4) *EuGH* („Van Straaten“): A besaß um den 27.1. in Italien 5,5 Kg Heroin; dieses Heroin wurde in die Niederlande verbracht. Dort verfügte A aber zwischen dem 27. und 30.1. nur noch über 1 Kg aus dieser Partie. Von einem niederländischen Gericht wurde er vom Vorwurf der Einfuhr von 5,5 Kg freigesprochen, wohl aber wegen des Besitzes von 1 Kg rechtskräftig zu einer Freiheitsstrafe von 20 Monaten verurteilt, die er verbüßt hat. Danach wurde er in Italien in Abwesenheit wegen des Besitzes von 5,5 Kg Heroin zu 10 Jahren Freiheitsstrafe verurteilt und deswegen im Schengener Informationssystem (SIS) zur Festnahme ausgeschrieben. A beantragt nunmehr Löschung im SIS (vgl. Art 111 Abs. 2 SDÜ). Zu Recht?

(5) *BGH*, Beschl. v. 9.6.2008 – 5 StR 342/04 („Kretzinger“; dazu Bespr. von *Heger*, HRRS 2008, S. 413 ff.): A übernimmt zweimal in Griechenland unversteuerte Zigaretten, um sie im Pkw via Italien und Deutschland nach Großbritannien zu verbringen; beide Male wird er in Italien gestoppt und dort jeweils in Abwesenheit wegen illegaler Einfuhr der Zigaretten nach Italien rechtskräftig verurteilt, im ersten Fall zu einer Bewährungsstrafe, im zweiten Fall zu einer Freiheitsstrafe ohne Bewährung, auf deren Dauer allerdings eine kurzfristige Polizei- bzw. Untersuchungshaft in Italien anzurechnen gewesen wäre. In Deutschland ist bereits die Übernahme der Zigaretten in Griechenland als Steuerhhehlerei (§§ 374 II, 370 VI 1, VII AO) strafbar. Kann ein deutsches Strafgericht deswegen A noch einmal verurteilen?

(6) *BGHSt 56*, 11: Der heute 93-jährige K hat im Krieg in Italien insgesamt 10 Morde begangen. Deswegen ist er in Italien rechtskräftig zu einer lebenslangen Freiheitsstrafe verurteilt worden, die – auch angesichts des Alters – nicht vollstreckt worden ist. Daraufhin kehrt K nach Deutschland zurück, wo ihm ebenfalls ein Strafprozess gemacht werden soll. Steht dem Verfahren das Doppelbestrafungsverbot entgegen?

Der Europäische Haftbefehl

I. Klassische Rechtshilfe: Auslieferung

Nach dem Grundsatz „aut dedere aut iudicare“ soll ein Staat Straftaten in einem anderen Staat entweder selbst strafrechtlich verfolgen oder den Beschuldigten an den Verfolgerstaat ausliefern. Bei der Auslieferung handelt es sich aber nicht um eine strafjustizielle, sondern um eine politische Entscheidung. Da aber in einem grundrechtsgebundenen System auch der Rechtsschutz des Betroffenen beachtet werden muss, wurde in Deutschland ein zweistufiges Auslieferungsverfahren etabliert, in welchem zunächst die gerichtliche Zulässigkeit der Auslieferung festgestellt wird (§§ 12 f. IRG) und sodann – soweit zulässig – eine politische Entscheidung über die Auslieferung getroffen wird, die ihrerseits als außenpolitischer Akt nicht justiziable ist (sog. Auslieferungsbewilligung). Dieses Verfahren war recht zeitaufwändig und schwerfällig. Überdies ist die „beiderseitige Strafbarkeit“ ein grundlegendes Prinzip der herkömmlichen Auslieferung, die mithin nur zulässig ist, wenn die im Ausland verfolgte Handlung auch im Inland strafbar wäre (ggf. nach entsprechender Umstel-

lung des Sachverhalts). Deswegen und weil innerhalb eines Binnenrechtsraums – zu dem sich die EU ja entwickelt – letztlich der Gedanke einer freien politischen Ermessensentscheidung über die von einem anderen EU-Mitgliedstaat im Zuge seiner Strafverfolgung beantragte Auslieferung schlecht passt, erging am 13.6.2002 der Rahmenbeschluss über den Europäischen Haftbefehl, der inzwischen in allen EU-Staaten umgesetzt. Grundgedanke ist, dass jeder EU-Staat die Strafverfolgung in einem anderen EU-Staat als solche anerkennt und durch Überstellung des Beschuldigten unterstützt.

II. Grundprinzip des Europäischen Haftbefehls

Nach der Intention des Rahmenbeschlusses soll es bei einem Europäischen Haftbefehl nur noch ein justizielles Verfahren über dessen Vollzug und damit über die Inhaftierung des Beschuldigten im Vollstreckungsstaat (Vollstreckungsmitgliedstaat) und dessen Überstellung an den Verfolgerstaat (Ausstellungsmitgliedstaat) erfolgen. Am Grundsatz beiderseitiger Strafbarkeit wird zwar grundsätzlich festgehalten, doch wird dieser erheblich eingeschränkt, indem für einen Katalog von 32 – z. T. sehr unscharf beschriebenen – Deliktgruppen (z. B. Cyberkriminalität, Sabotage) ab einer Mindesthöchststrafe von 3 Jahren (Strafrahmengrenze) im Verfolgerstaat auf eine Strafbarkeit auch im Vollstreckungsstaat verzichtet wird. Ob eine im Verfolgerstaat verfolgte Tat diesem Deliktskatalog unterfällt, richtet sich nach dem Recht des Verfolgerstaates, nicht nach dem des Verfolgerstaates.

III. Rechtmäßigkeit des Europäischen Haftbefehls

Diskutiert wurde die Vereinbarkeit dieses Rahmenbeschlusses sowie seiner nationalen Umsetzungsgesetze sowohl mit dem Europarecht als auch mit dem nationalen Verfassungsrecht. Letzteres ist allerdings problematisch, da nationales Verfassungsrecht nur im Rahmen von Art. 6 III EUV Prüfungsmaßstab für einen EU-Rahmenbeschluss sein kann und – soweit aufgrund eines Rahmenbeschlusses von Europarechtswegen rechtmäßig eine nationale Umsetzungspflicht besteht – der nationale Gesetzgeber europarechtlich an die Vorgaben des Rahmenbeschlusses gebunden ist und deswegen nicht von einer innerstaatlichen Umsetzung absehen darf (unabhängig von seinen nationalen Verfassungsvorgaben).

Der EuGH (Urt. v. 3.5.2007 – Rs. C-303/05 „Advocaten voor de Wereld“) bejahte aufgrund einer belgischen Vorlage die Vereinbarkeit des Rahmenbeschlusses mit dem Europarecht:

- Die Materie hätte nicht durch ein Übereinkommen der Mitgliedstaaten geregelt werden müssen, sondern konnte auch durch Rahmenbeschluss geregelt werden, weil dem EUV kein Vorrang eines Rechtsinstruments zu entnehmen ist.
- Der weitgehende Verzicht auf beiderseitige Strafbarkeit verstoße nicht gegen das Gesetzlichkeitsprinzip, das als allg. Rechtsgrundsatz im Rahmen von Art. 6 II EU (jetzt Art. 6 III EUV, verstärkt durch Art. 6 I EUV i. V. m. Art. 49 GRCh) die Union binde, weil im Ausstellungsmitgliedstaat das Gesetzlichkeitsprinzip ja gewahrt sei (allerdings ist die Vorhersehbarkeit der Strafbarkeit in genau diesem Staat für den Täter zur Tatzeit nicht immer eindeutig).
- Schließlich verstoße die Beschränkung des Verzichts auf beiderseitige Strafbarkeit auf die Katalogtaten nicht gegen das Gebot der Gleichheit und Nichtdiskriminierung, wonach vergleichbare Sachverhalte nicht unterschiedlich behandelt werden, weil es sich dabei – angesichts der Art der Straftaten und der Mindesthöchststrafe – um Taten handelt, bei denen es aufgrund der Schwere der Beeinträchtigung gerechtfertigt ist, nicht auf einer Überprüfung der beiderseitigen Strafbarkeit zu bestehen.

Der EuGH äußert schließlich zu der problematischen Unbestimmtheit des Deliktskatalogs (Rz. 59): *„Was zum anderen den Umstand angeht, dass die mangelnde Bestimmtheit in der Definition der fraglichen Arten von Straftaten zu einer unterschiedlichen Durchführung des Rahmenbeschlusses in den einzelnen nationalen Rechtsordnungen führen könnte, genügt der Hinweis, dass der Rahmenbeschluss nicht die Angleichung des materiellen Strafrechts der Mitgliedstaaten zum Ziel hat und dass keine der Bestimmungen des Titels VI des EU-Vertrags, dessen Art. 34 und 31 als Rechtsgrundlagen des Rahmenbeschlusses angegeben sind, die Anwendung des Europäischen Haftbefehls von der Angleichung der strafrechtlichen Bestimmungen der Mitgliedstaaten im Bereich der betroffenen Straftaten abhängig machen“.*

IV. Zum deutschen Umsetzungsgesetz (vgl. nur Heger, ZIS 2007, 221 ff.)

- Die Trennung von Zulässigkeits- und Bewilligungsverfahren wurde beibehalten. Damit wurde der EuHb zwar bruchlos in das darauf aufbauende System des IRG eingefügt, doch bleibt jedenfalls optisch der fade Beigeschmack, dass der Integrationsschritt innerhalb der EU – weg von dem alten nationalstaatlich-politischen Auslieferungsverfahren hin zu einem Rechtsraum der Freiheit und der Sicherheit, in dem ein Strafurteil eine Tat umfänglich aburteilt und dafür durch alle Justizorgane in allen EU-Staaten Hilfe geleistet wird. Durch eine vorweggenommene Bewilligungsentscheidung wird das Verfahren insgesamt dem Rechtsschutz des Zulässigkeitsverfahrens unterstellt; das hatte das BVerfG zuvor moniert (Art. 19 IV GG). Während die Zulässigkeitsvoraussetzungen der §§ 80 – 83a IRG nF aber vollumfänglich geprüft werden müssen, eröffnet § 83b IRG nF für Bewilligungsentscheidungen ein Ermessen, das mithin nur auf Ermessensfehlerhaftigkeit (insbes. Willkür etc.) untersucht werden kann.
- Nicht übernommen wurde auch die Begrifflichkeit „Übergabe“ im RbEuHb (engl. surrender); es bleibt bei Auslieferung (engl. extradition). Auch wenn auch darin das altväterliche Rechtshilfeverständnis durchscheint, scheint mir dies berechtigt, denn Art. 16 II 2 GG spricht explizit von „abweichenden Regelungen für Auslieferungen an einen Mitgliedstaat der EU“.
- Der Katalog der 32 Delikte aus Art. 2 II Rb wird schlicht in Bezug genommen (§ 81 Nr. 4 IRG); das ist folgerichtig, weil es für das Darunterfallen auf das Recht des ersuchenden Staates ankommt. Damit sind Einwände von vorneherein gegenstandslos, die darauf abstellen, ein Verhalten unterfalle nach deutschem Recht nicht dem Deliktskatalog (z.B. bis 2016 „Vergewaltigung“ durch erzwungenen Zungenkuss in NL; ähnlich im Fall „Assange“)
- Probl. der Nichtrücküberstellung bei fehlender Strafbarkeit im Inland wurde gelöst (§ 80 IV 1 mit Ausnahme von § 49 I 3 IRG: Vollstreckt werden können bis zu 2 J. für ein im Inland strafloses Verhalten).
- Während § 80 IRG für Deutsche den maßgeblichen Auslandsbezug etc. als Zulässigkeitsvoraussetzung formuliert, ist dieser für in Deutschland lebende Ausländer nur ein in der Bewilligungsentscheidung zu berücksichtigendes Ermessenskriterium. Darin liegt sicherlich eine Ungleichbehandlung, die allerdings m.E. aus verfassungsrechtlicher Sicht zu rechtfertigen ist, denn Art. 16 GG knüpft allein an den Status der Staatsangehörigkeit
- Zu einer Gleichbehandlungspflicht führt m.E. auch nicht das europarechtliche Diskriminierungsverbot des Art. 18 AEUV. Auch wenn man in der zwingenden Nichtauslieferung deutscher Staatsbürger gegenüber der bloß fakultativen Nichtauslieferung ausländischer Mitbürger eine im Grundsatz mit EG-Recht unvereinbare Ausländerdiskriminierung erblicken könnte, muss man wohl im Lichte des europarechtlich erstrebten unbeschränkten Auslieferungsverkehrs innerhalb der EU von einer „positiven Inländerdiskriminierung“ reden; zu einer Gleichbehandlung gelangt man daher nur, wenn dies – so der EuGH – durch das Ziel der Resozialisierung geboten ist.
- Beantragt ein Drittstaat die Auslieferung eines Unionsbürgers aus einem anderen EU-Staat (für den dann das Auslieferungshindernis für eigene Staatsangehörige aus Art. 16 GG nicht gilt), folgt aus dem Diskriminierungsverbot nicht, dass auch der EU-Ausländer nicht an einen Drittstaat ausgeliefert werden darf, sondern nur, dass der EU-Heimatstaat Gelegenheit bekommen muss, seinerseits – wenn gewollt – einen EuHB wegen des gleichen Vorwurfs zu erlassen (vgl. EuGH v. 10.4.2018 – „Pisciotti“).
- Im Fall „Puigdemont“ (dazu u.a. *Gazeas*, NJW 2018, 1699 und *Heger*, ZIS 2018, 184) geht es darum, ob das in Spanien angeklagte Verhalten (insbes. die „Rebellion“) auch in Deutschland einen Straftatbestand erfüllt, denn dabei handelt es sich nicht um eine Katalogtat.

Strafverfolgungsorgane auf Unionsebene

Echte Strafverfolgungsbehörden hat die EU (noch) nicht, doch gibt es bereits einige Institutionen, die in nat. Strafverfahren eine maßgebliche Rolle spielen können.

1. Europäisches Polizeiamt (Europol): Aufgrund des Europol-Übereinkommens vom 26.7.1995 (abgelöst durch Beschluss 2009/371/JI des Rates vom 6.4.2009 und schließlich die Europol-VO vom 11.5.2016; zu Europol *Hecker* § 5 Rn. 59 ff.; *Ambos* § 13 Rn. 7 ff.; *Milke*, Europol und Eurojust, 2003, S. 45 ff.; *Günther*, Europol, 2006) als erste in der dritten Säule geschaffene Institution seit 1.7.1999 aktiv bei der Bekämpfung der organisierten und internationalen Kriminalität durch

Sammlung und Analyse von Erkenntnissen („Intelligence-Arbeit“) sowie Erteilung von Auskünften an mitgliedstaatliche Behörden (auch personenbezogener Daten, die von den Mitgliedstaaten aber nur gefordert oder benutzt werden dürfen zur Verhütung und Bekämpfung der in den Zuständigkeitsbereich von Europol fallenden Kriminalität; Zuständig ist Europol gem. Art. 4 I Europol-Beschl. für „organisierte Kriminalität, Terrorismus und andere Formen schwerer Kriminalität“, wozu in einem Anhang eine Straftatenkatalog aufgeführt ist); Europol hat keine Exekutiv- oder Ermittlungsbefugnisse, doch ließe Art. 88 II b AEUV „operative Maßnahmen“ in Verbindung mit den Behörden der Mitgliedstaaten zu.

2. Europäisches Justizielle Netz (EJN): Aufgrund Gemeinsamer Maßnahme 98/428/JI vom 29.6.1998 (ABIEG 1998 Nr. L 191, S. 4; *Hecker* § 5 Rn. 66; *Ambos* § 13 Rn. 16, 22) eingerichtet (inzwischen abgelöst durch Beschluss 2008/976/JI vom 16.12.2008, ABIEU 2008 Nr. L 348/130), dient das EJN als Vermittler zweckdienlicher Direktkontakte bei der jur. Zusammenarbeit, hält Informationen über die örtlich zuständigen (nationalen) Behörden vor und unterhält ein Telekommunikationsnetz mit nationalen Kontaktstellen, bei den Verbindungsrichter und -staatsanwälte tätig sind.

3. Eurojust: Auf dem Europäischen Rat von Tampere im Okt. 1999 wurde als Pendant zu Europol auch die Einrichtung einer zentralen, ständigen Auskunfts-, Dokumentations- und Clearingstelle namens Eurojust beschlossen (dazu *Hecker* § 5 Rn. 70 ff.; *Ambos* § 13 Rn. 16 ff.; *Milke*, *Europol und Eurojust*, 2003, S. 275 ff., *Kahlke*, *Eurojust*, 2004), die dann im Vertrag von Nizza in Art. 29 II, 31 I lit. a, II EU primärrechtlich verankert wurde. Eurojust hat aufgrund des Rb 2002/187/JI vom 28.2.2002 (ABIEG 2002 Nr. L 63, S. 1 ff.) eigene Rechtspersönlichkeit und soll – gestützt auf Europol-Analysen und in Zusammenarbeit mit dem EJN – eine zweckdienliche und effektive Zusammenarbeit der nat. Strafverfolgungsbehörden ermöglichen, die strafrechtliche Ermittlung bei transnationaler Kriminalität und die Erledigung von Rechtshilfeersuchen erleichtern (nach Art. 4 I Eurojust-Rb besteht der gleiche Zuständigkeitskatalog wie für Europol); durch Beschluss 2009/426/JI (ABIEU 2009, Nr. L 138/14) wurde der Errichtungsbeschluss geändert und dadurch Eurojust gestärkt; inzwischen ist Eurojust durch Art. 85 AEUV primärrechtlich abgesichert. Nach Art. 86 I AEUV könnte durch einstimmigen Beschluss ausgehend von Eurojust eine Europäische Staatsanwaltschaft eingesetzt werden, weshalb Eurojust bereits als „Keimzelle“ einer solchen gilt. Seit 2013 ein Vorschlag für eine Eurojust-VO.

4. Europäisches Amt für Betrugsbekämpfung (OLAF): OLAF (Office de la Lutte Anti-Fraude; dazu *Hecker* § 4 Rn. 28 ff.; *Ambos* § 13 Rn. 2 ff.; *Weitendorf*, Die interne Betrugsbekämpfung in den Europäischen Gemeinschaften durch das Europäische Amt für Betrugsbekämpfung [OLAF], 2007) ist ein von der EG-Kommission im operativen Ermittlungsbereich völlig unabhängiges Amt, das sowohl externe Untersuchungen (z. B. bei Subventionsnehmern in den EU-Mitgliedstaaten) als auch interne Untersuchungen bei der Kommission zur Aufdeckung von Betrügereien zum Nachteil der EG-Finzen vornehmen soll. Errichtet wurde es durch VO Nr. 1073/99 (EG) aufgrund von Art. 280 IV EG a.F. und VO Nr. 1074/99 (Euratom).

5. Europäische Staatsanwaltschaft (EUSTa): Ende 2001 hat die Kommission ein „Gründbuch zum strafrechtlichen Schutz der finanziellen Interessen der EG und zur Schaffung einer Europäischen Staatsanwaltschaft“ (KOM[2001] 715 endg.) vorgelegt (vgl. *Hecker* § 14 Rn. 37 ff.; *Ambos* § 13 Rn. 23 ff.). Vorausgegangen war das Corpus Juris der strafrechtlichen Regelungen zum Schutz der finanziellen Interessen der EU (CJ). Die EStA sollte danach nicht für alle Formen schwerer transnationaler Kriminalität, sondern nur für die Bekämpfung von Straftaten zum Nachteil der EU eingerichtet werden. Bis 2009 fehlte eine Ermächtigungsgrundlage, weshalb die Kommission die Aufnahme eines Art. 280a in den EG-Vertrag gefordert hatte, womit sie sich aber zunächst nicht durchsetzen konnte.

Art. 86 AEUV ließe die Einrichtung einer EUSTa durch einstimmigen Beschluss zunächst zum Schutze der Rechtsgüter der EU zu, doch könnte – ebenfalls einstimmig – eine Zuständigkeit auch für andere Deliktgruppen bestimmt werden. Die EStA sollte dann vor den nationalen Strafgerichten nach dortigem Strafrecht und Strafverfahrensrecht die Anklage wegen einer Straftat gegen die EU vertreten, dabei aber wählen können, in welchem Land Anklage erhoben wird (hier besteht die

Gefahr eines forum shopping). Damit in einem EU-Staat nach dortigem Strafverfahrensrecht rechtmäßig gewonnene Beweismittel (z. B. TKÜ-Protokolle) auch vor dem von der EStA letztlich ausgewählten Strafgericht (in einem anderen EU-Staat) ohne Rücksicht auf das dortige Strafverfahrensrecht (das z. B. für eine TKÜ andere formale Voraussetzungen kennt) verwertbar sind, fordert die Kommission im Grünbuch einen „freien Beweisverkehr“ innerhalb der EU auf Grundlage des Prinzips gegenseitiger Anerkennung, doch wäre dadurch eine effektive Verteidigung kaum noch zu gewährleisten. – Daher wird zu recht gefordert, dass nicht nur die Ermittlungsbefugnisse harmonisiert und dadurch letztlich ausgeweitet werden, sondern dass auch die Verteidigungsrechte EU-weit gewahrt werden (vgl. dazu Grünbuch der Kommission, Verfahrensgarantien im Strafverfahren, KOM[2003] 75 und Vorschlag der deutschen Ratspräsidentschaft vom 22.12.2006 für einen Rahmenbeschluss [Ratsdok. 16874/2006]). Weiterhin könnte in solchen Fällen ein EU-weites Verteidigungsnetz etabliert werden (Konzept eines „Euro-Defensor“; vgl. – noch unter Bezug auf den Konventionentwurf des Verfassungsvertrags [2003], aber unverändert denkbar – *Schünemann* [Hrsg.], Alternativentwurf Europäische Strafverfolgung, 2004), weil ja zu Beginn des Ermittlungsverfahrens vor der EStA keinesfalls absehbar ist, in welchem EU-Staat letztlich Anklage erhoben wird, ein vom Angeklagten zunächst konsultierter Verteidiger aber kaum in der Lage sein wird, auch vor einem Strafgericht in einem anderen EU-Staat eine effektive Verteidigung zu gewährleisten und überdies die Kommunikation zwischen Verteidigern aus verschiedenen EU-Staaten und den Mandanten schon sprachlich kompliziert sein dürfte. –

2013 wurde ein Entwurf der Kommission für eine Verordnung veröffentlicht (dazu ausf. *Grünwald*, HRRS 2013, 508 ff.). Da nur 17 EU-Mitgliedstaaten mitmachen wollen, folgte die Verordnung (EU) 2017/1939 des Rates vom 12.10.2017 zur Durchführung einer Verstärkten Zusammenarbeit zur Errichtung der Europäischen Staatsanwaltschaft (EStA). Darin sind u.a. auch die Beziehungen zu OLAF und Europol (Art. 101, 102 VO) geregelt. Danach kann frühestens Ende 2020 die EStA ihre Arbeit aufnehmen (vgl. *Ambos* § 13 Rn. 24 ff.).

6. EuGH: Der EuGH (dazu *Hecker* § 4 Rn. 32 ff.; *Ambos* § 13 Rn. 23) ist kein europäisches Strafgericht, doch ist seine Judikatur inzwischen für die Entwicklung eines europäischen Strafrechts von großem Wert (*Hecker* § 6 Rn. 1), kommt ihm doch das Auslegungs- und Verwerfungsmonopol für Gemeinschafts- sowie (etwas eingeschränkt) auch für das Unionsrecht zu. Damit kann er sowohl über die Gültigkeit strafrechtlicher Vorgaben in Richtlinien oder Rahmenbeschlüssen entscheiden als auch im Vorabentscheidungsverfahren (Art. 267 AEUV; ex-Art. 234 EG, 35 I, II EU a.F.) die in einem (Straf-)Prozess aufgeworfenen Frage nach der Vereinbarkeit einer nationalen Bestimmung mit dem EG- oder EU-Recht letztverbindlich klären. Zur Vorlage verpflichtet ist von Europarechtswegen nur das letztinstanzlich zuständige (Straf-) Gericht, doch hat das BVerfG (NJW 1989, 2464) zum Zwischenverfahren gem. §§ 199 ff. StPO ausgeführt, dass „ein Strafgericht gehalten ist, in jedem Stadium des Strafverfahrens mit besonderer Sorgfalt zu prüfen, ob bei der Auslegung einer entscheidungserheblichen Frage des Gemeinschaftsrechts Zweifel bestehen und ob die Vorlage an den Europäischen Gerichtshof gemäß Art. 177 EWGV [jetzt Art. 267 AEUV] veranlaßt ist“. Der EuGH ist mithin gesetzlicher Richter i. S. v. Art. 101 I 2 GG.

Zur Idee eines **Europäischen Ermittlungsrichters** *Böse*, Rechtswissenschaft 2012, 172 ff.