

Manifest zur Europäischen Kriminalpolitik

European Criminal Policy Initiative*

Präambel

Die unterzeichnenden Strafrechtswissenschaftler aus zehn europäischen Ländern legen hiermit der europäischen Öffentlichkeit ein Manifest zur Kriminalpolitik in Europa vor.

Sie tun dies in der Tradition europäischer Aufklärung, das heißt

- in dem Bewusstsein, dass gerade das aufgeklärte europäische Denken Fundament und Motor des zivilisatorischen Fortschritts in Europa und zugleich des europäischen Einigungsprozesses war und dass daher die Bewahrung und Weiterentwicklung dieses Denkens auch zukünftig Europa leiten muss,
- und in der daraus folgenden Überzeugung, dass alle strafrechtlichen Regelungen eines Höchstmaßes an demokratischer Legitimation und rechtsstaatlicher Prägung bedürfen, dass auch und gerade in der Kriminalpolitik nur freiheitliche Rechtsprinzipien nachhaltig Sicherheit gewährleisten.

Ihre Motivation, diese Tradition besonders hervorzuheben, leiten die Unterzeichnenden aus dem Prozess europäischer Integration ab, durch den das Straf- und Strafprozessrecht verstärkt Gegenstand europäischer Gesetzgebung geworden ist. Strafrechtsangleichende Rechtsakte bestimmen schon heute in beträchtlichem Umfang die Strafgesetzgebung der Mitgliedstaaten; mit dem Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon verstärkt sich diese Tendenz sogar noch deutlich. Die europäischen Institutionen betreiben auf diese Weise in beträchtlichem Umfang Kriminalpolitik, ohne dass diese als eigenständige europäische Politik anerkannt ist, und verfolgen in der Konsequenz kein in sich stimmiges kriminalpolitisches Konzept.

Die Unterzeichnenden teilen jedoch die Überzeugung, dass eine ausgewogene Kriminalpolitik voraussetzt, dass der europäische Gesetzgeber die im Folgenden erläuterten Grundprinzipien des materiellen Strafrechts bei dem Erlass sämtlicher strafrechtsrelevanter Rechtsakte beachtet und dies im Sinne der „good governance“ explizit begründet. Diese verallgemeinerungsfähigen Prinzipien europäischer Strafrechtstraditionen stellen im Rechtssystem der Europäischen Union keinen Fremdkörper dar, sondern lassen sich – im Gegenteil – ausnahmslos aus deren normativen Grundlagen ableiten.

I. Die kriminalpolitischen Grundprinzipien

1. Das Erfordernis eines legitimen Schutzzwecks

Soweit der europäische Gesetzgeber eine Kompetenz für das Strafrecht in Anspruch nimmt, darf er diese nur dann ausüben, wenn damit grundlegende Interessen geschützt werden,

- (1) welche aus dem Primärrecht der Union fließen,
- (2) welche nicht im Widerspruch zu den verfassungsrechtlichen Traditionen der Mitgliedstaaten und der EU-Grundrechtecharta stehen und
- (3) deren Beeinträchtigung zudem in besonderem Maße sozialschädlich ist.

Im europäischen Recht lässt sich dieses Erfordernis aus dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz ableiten. Nur wenn eine Strafvorschrift dem Schutz eines solchen, besonders wichtigen Interesses dient, kann sie ein legitimes Ziel verfolgen und verhältnismäßig sein. Welche Interessen dies sind und dass sie durch die inkriminierten Verhaltensweisen nicht unerheblich beeinträchtigt werden, ist durch den europäischen Gesetzgeber (im Einklang mit dem Gebot der „good governance“) detailliert zu begründen. Allein die Sicherung der Durchsetzung von Unionspolitiken kann den Einsatz von Strafrecht nicht legitimieren.

2. Das Ultima-ratio-Prinzip

Da die Europäische Union die Person in den Mittelpunkt ihres Handelns stellt, soll sie den Mitgliedstaaten eine Pflicht zur Kriminalisierung von bestimmten Verhaltensweisen nur dann auferlegen, wenn keine anderen mildereren Mittel zum Schutz der oben umschriebenen grundlegenden Interessen zur Verfügung stehen.

Nur unter dieser Voraussetzung kann ein entsprechender Rechtsakt „erforderlich“ im Sinne des europarechtlichen Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes sein, da die Strafsanktionen ein stigmatisierendes sozialetisches Unwerturteil zum Ausdruck bringen, welches tief in die Rechte des Bürgers – wie sie unter anderem in der EU-Grundrechtecharta verankert sind – eingreift. Im Übrigen führt eine inflationäre Anwendung des Strafrechts zum Verlust seiner Kraft und Effektivität.

Im Hinblick auf das Gebot der „good governance“ trägt daher auch die Europäische Union die Begründungslast der Anwendung des Strafrechts als letzten Mittels der Sozialkontrolle.

3. Der Schuldgrundsatz

Die von der Europäischen Union an die Mitgliedstaaten gerichtete Verpflichtung, für bestimmte Verhaltensweisen Kriminalstrafen vorzusehen, setzt ausnahmslos die persönliche Vorwerfbarkeit des inkriminierten Verhaltens voraus („Schuldgrundsatz“ [nulla poena sine culpa]). Dieses Erfordernis ergibt sich nicht nur aus der Beschränkung des Einsatzes des Strafrechts auf besonders sozialschädliche Verhaltensweisen (s.o.), sondern dient insbesondere der umfassenden Gewährleistung der Menschenwürde, steht im Einklang mit dem grundsätzlich anerkannten Schuldgrundsatz bei den EG-Verwaltungssanktionen und klingt auch in der in Art. 48 Abs. 1 der EU-Grundrechtecharta garantierten Unschuldsvermutung an.

* <http://www.crimpol.eu>.

Dies bedeutet auch, dass der europäische Gesetzgeber jedenfalls begründen muss, dass seine Vorgabe bezüglich der Strafandrohung eine schuldangemessene (und in diesem Sinne verhältnismäßige) Bestrafung ermöglicht.

Dies präjudiziert nicht die Antwort auf die Frage, ob es einen Schuldvorwurf gegen juristische Personen geben kann: Von der persönlichen Schuld eines Menschen ist die Verantwortlichkeit von juristischen Personen zu unterscheiden. Dafür sind im Einklang mit den mitgliedstaatlichen Regelungen eigene Zurechnungsregeln zu entwickeln.

4. Das Gesetzlichkeitsprinzip

Ein rechtsstaatliches Strafrecht basiert notwendigerweise auf dem Gesetzlichkeitsprinzip. Dieses ist mit seinen einzelnen Ausprägungen anerkanntermaßen ein allgemeiner europäischer Rechtsgrundsatz im Sinne des Art. 6 Abs. 3 EU-Vertrag (n.F.) und überdies in Art. 7 Abs. 1 EMRK normiert. In kriminalpolitischer Hinsicht lassen sich aus diesem Grundsatz drei zentrale Anforderungen ableiten, welchen der europäische Gesetzgeber gerecht werden sollte.

a) Ausprägung 1: Bestimmtheitsgebot

Gesetzesbestimmtheit in einem europäischen Sinn verlangt, dass der Einzelne vorhersehen kann, durch welches Verhalten er sich strafbar macht. Straftatbestände müssen das strafbare Verhalten deshalb klar und deutlich umschreiben. Dies erfordert insbesondere einen hohen Grad an Verständlichkeit; grundsätzlich muss darum der Normtext „aus sich selbst heraus“ zu verstehen sein. In jedem Fall müssen (1) die objektiven und (2) die subjektiven Voraussetzungen der Strafbarkeit sowie (3) die angedrohte Rechtsfolge vorhersehbar sein.

Obwohl die subsidiäre Wahrnehmung strafrechtlicher Harmonisierungskompetenzen der Europäischen Union zwangsläufig mit Umsetzungsspielräumen für die Mitgliedstaaten – und damit mit einem gewissen Maß an Unbestimmtheit der europarechtlichen Rechtsakte – einhergeht, hat das Bestimmtheitsgebot als allgemeiner Rechtsgrundsatz des Gemeinschaftsrechts und elementarer Pfeiler jedes rechtsstaatlichen Strafrechts auch für europäische Rechtsakte Bedeutung.

Je weniger Umsetzungsspielräume der Harmonisierungsrechtsakt den Mitgliedstaaten belässt, desto stärker muss der europäische Rechtsakt selbst auch den europäischen Bestimmtheitsanforderungen genügen. Soweit ein europäischer Rechtsakt auf die Vereinheitlichung („Vollharmonisierung“) der mitgliedstaatlichen Strafvorschriften gerichtet ist, muss er selbst wie ein Straftatbestand das europäische Bestimmtheitsgebot wahren.

Auch dann, wenn die Vorschrift, welche die Mitgliedstaaten zum Einsatz des Strafrechts verpflichtet, auf andere europäische Regelungen verweist, müssen die genannten Bestimmtheitsanforderungen durch die europäischen Regelungen in ihrer Gesamtheit erfüllt werden. Anderenfalls ist die Schaffung einer nationalen Umsetzungsvorschrift, welche hinreichend gesetzlich bestimmt ist, kaum möglich.

b) Ausprägung 2: Rückwirkungsverbot und „lex mitior“

Strafgesetze dürfen nicht zu Lasten des betroffenen Bürgers rückwirkend angewendet werden. Diese Ausprägung des Gesetzlichkeitsprinzips, die auch aus dem Erfordernis der Vorhersehbarkeit der Strafbarkeit folgt, hat für den europäischen Gesetzgeber zur Folge, dass er den Mitgliedstaaten im Zuge der Strafrechtsharmonisierung keine Vorgaben machen darf, welche sie zum Erlass rückwirkender Strafvorschriften verpflichten würden.

Eine Ausnahme von diesem Grundsatz ist nur zugunsten des betroffenen Bürgers denkbar. Strafvorschriften, die erst nach der Tatbegehung in Kraft treten und eine tätergünstige Wirkung entfalten (indem die Tat auf ihrer Grundlage nicht oder nicht so schwer bestraft werden kann), können der Aburteilung ohne Verstoß gegen das Rückwirkungsverbot zugrunde gelegt werden (sog. Lex-mitior-Prinzip). Das Lex-mitior-Prinzip lässt sich dem Grundsatz nach zwar in allen Mitgliedstaaten nachweisen, Unterschiede bestehen jedoch im Hinblick auf die normenhierarchische Einordnung desselben, insbesondere was dessen Verfassungsrang anbetrifft. In der EuGH-Rechtsprechung (Rs. „Berlusconi“) sowie durch Art. 49 Abs. 1 S. 3 EU-Grundrechtecharta wird ihm zumindest auf europäischer Ebene höchstes Gewicht beigemessen. Der europäische Gesetzgeber ist deshalb an dieses Prinzip gebunden und darf mittels seiner Harmonisierungsakte die Mitgliedstaaten jedenfalls nicht dazu anweisen, das Tatzeitrecht heranzuziehen, wenn dieses nach der Tatbegehung und vor der Aburteilung zu Gunsten des Beschuldigten verändert worden ist.

c) Ausprägung 3: Erfordernis eines Parlamentsgesetzes (nulla poena sine lege parlamentaria)

Der Einsatz des Strafrechts als dem „schärfsten Schwert des Staates“ muss in einer demokratischen Gesellschaft so unmittelbar wie möglich durch das Volk legitimiert sein. Zwar bleiben – solange es an einer Kompetenz der Europäischen Union zur Setzung supranationalen Strafrechts fehlt – formal die Mitgliedstaaten (also die nationalen Parlamente) zur Schaffung von Strafvorschriften zuständig. Indem der europäische Gesetzgeber ihnen gegenüber verbindliche Vorgaben macht, beschränkt er aber ihren Entscheidungsspielraum. Deshalb bedürfen bereits Harmonisierungsrechtsakte einer hinreichenden demokratischen Legitimation. Soweit die Entscheidungsspielräume des nationalen Gesetzgebers durch europäische Vorgaben beschränkt werden, kann das harmonisierte Strafgesetz nicht vollständig auf nationaler Ebene demokratisch legitimiert sein. Daher ist die verstärkte demokratische Legitimation auf europäischer Ebene durch eine verstärkte Beteiligung des Europäischen Parlaments zu fordern.

Da das Mitentscheidungsverfahren bislang nur im Bereich des EG-Rechts, nicht aber im Unionsrecht zur Anwendung gelangt, ist das Demokratiedefizit nur im Hinblick auf ersteres abgemildert. Die vom Vertrag von Lissabon vorgesehene umfassende Anwendung des

Mitentscheidungsverfahren bei der strafrechtlichen Harmonisierung ist deshalb – jedenfalls unter dem Aspekt der demokratischen Legitimierung – zu begrüßen.

Zur Erreichung einer zufriedenstellenden demokratischen Legitimation von Sekundärrechtsakten mit Strafrechtsbezug und zur Herstellung weitreichender Akzeptanz dieser Rechtsakte haben die am europäischen Gesetzgebungsprozess beteiligten Organe in jedem Fall (auch nach den Veränderungen des Vertrags von Lissabon) dafür Sorge zu tragen, dass die nationalen Parlamente frühzeitig und umfassend über europäische Vorhaben informiert werden. Den Mitgliedstaaten wird so rechtzeitig ermöglicht, auf die endgültige Ausgestaltung der Rechtsakte (und das Abstimmungsverhalten ihrer Vertreter im Rat) Einfluss zu nehmen. Eine möglichst gleichberechtigte Kooperation der Mitgliedstaaten mit den europäischen Institutionen sowie untereinander im Vorfeld der Verabschiedung von Rechtsakten gewährleistet ein Mindestmaß an demokratischer Kontrolle. Dies ermöglicht auch unter dem Gesichtspunkt der „good governance“ eine rechtspolitisch sinnvolle und transparente Gesetzgebung, die durch eine Einbeziehung der repräsentativen Verbände und der Zivilgesellschaft zusätzlich bereichert werden kann.

5. Das Subsidiaritätsprinzip

Strafrechtlich relevante Rechtsakte der Europäischen Union, die auf Grund einer geteilten Kompetenz erlassen werden, unterliegen – nach den allgemeinen Regeln des Gemeinschafts- und Unionsrechts – dem Subsidiaritätsprinzip. Danach darf der europäische Gesetzgeber nur dann und insofern tätig werden, als die Ziele der in Betracht gezogenen Maßnahme

(1) auf Ebene der Mitgliedstaaten nicht ausreichend und daher

(2) wegen ihres Umfangs oder ihrer Wirkungen besser auf europäischer Ebene erreicht werden können.

Dementsprechend kommt dem nationalen (Straf-) Gesetzgeber der Handlungsvorrang vor dem europäischen Gesetzgeber nach Maßgabe der Leistungsfähigkeit der Mitgliedstaaten zu. So wird eine möglichst bürgernahe Strafrechtssetzung ermöglicht.

Gerade im Bereich des Kriminalstrafrechts erlangt das Subsidiaritätsprinzip eine hervorgehobene Bedeutung, da die strafrechtliche Werteordnung der Mitgliedstaaten zu ihrer „nationalen Identität“ zu zählen ist, die die Union nach Art. 4 Abs. 2 EU-Vertrag (n.F.) ausdrücklich zu achten hat.

Der Subsidiaritätstest ist für jeden Einzelfall, also für jeden einzelnen Rechtsakt und für jeden Teil davon gesondert durchzuführen. Gesetzgebungsakte sind nach Maßgabe des Subsidiaritätsprotokolls (Protokoll Nr. 2 zum Vertrag von Lissabon) ausführlich zu begründen; die dort angeführte Einbeziehung der nationalen Parlamente ist einzuhalten.

Im Sinne einer „good governance“ muss dem Vorschlag eines strafrechtlich relevanten Rechtsaktes stets eine ausführliche Evaluation (in Form einer vorherigen Subsidiaritätskontrolle) unter Abwägung aller Umstände und unter Einbeziehung aller Handlungsalternativen vorangehen. Eine nur formelhafte Bejahung der

Subsidiaritätsvoraussetzungen, wie sie bisher oft erfolgt ist, genügt auf keinen Fall.

6. Das Kohärenzprinzip

Die erhebliche Eingriffstiefe des Strafrechts erfordert in besonderem Maße die innere Stimmigkeit jedes strafrechtlichen Systems. Nur unter dieser Voraussetzung werden die Gerechtigkeits- und Wertevorstellungen der jeweiligen Gesellschaft abgebildet und letztendlich die Akzeptanz des Strafrechts gesichert.

Bei kriminalstrafrechtlichen Vorgaben muss der europäische Gesetzgeber die Kohärenz der nationalen Strafrechtssysteme, die auch die von Art. 4 Abs. 2 EU-Vertrag (n.F.) geschützte Identität der Mitgliedstaaten ausmachen, achten (vertikale Kohärenz). Dies bedeutet insbesondere, dass die von der EU vorgegebenen Mindesthöchststrafen nicht zu einer systemwidrigen Erhöhung der national angedrohten Höchststrafen führen dürfen. Außerdem hat er den durch bestehende EU-Rechtsakte geschaffenen Bezugsrahmen zu berücksichtigen (horizontale Kohärenz, vgl. Art. 11 Abs. 3 EU-Vertrag n.F.).

Im Sinne einer „good governance“ muss der Gesetzgeber vor Erlass des betreffenden Rechtsakts dessen Folgen für die Kohärenz der mitgliedstaatlichen Strafrechtsordnungen sowie der europäischen Rechtsordnung untersuchen und auf dieser Grundlage seine Unbedenklichkeit explizit begründen.

II. Erläuterungen zu den kriminalpolitischen Grundprinzipien

Da die vorgenannten Prinzipien Leitlinien für eine kriminalpolitisch vernünftige Gesetzgebung sein können und wollen, sind sie auch geeignet, um bereits erlassene oder vorgeschlagene Rechtsakte auf ihre kriminalpolitische Rechtfertigung zu durchleuchten. Damit lässt sich die praktische Relevanz und Dringlichkeit unserer Forderungen verdeutlichen. Im Folgenden soll daher einerseits hervorgehoben werden, wo bereits heute lobenswerte Ansätze für gute Kriminalpolitik existieren, die beispielhaft für die weitere strafrechtlich relevante Gesetzgebung sein können. Es sollen andererseits aber gerade auch die Schwachpunkte aufgezeigt werden, die aus unserer Sicht einen Korrektur- und Nachholbedarf im Sinne unserer Forderungen begründen.

1. Im Hinblick auf das Erfordernis eines legitimen Schutzzwecks findet sich eine Reihe von Rechtsakten, die unzweifelhaft unsere Forderungen erfüllen:

- Den Schutz eines legitimen, besonders wichtigen Interesses bezweckt beispielsweise der *Rahmenbeschluss zur Bekämpfung des Menschenhandels*¹. Dass die Schwächesituation eines Menschen durch Täuschung, Nötigung oder gar Gewalt ausgenutzt wird, um diese Person sexuell oder in Hinblick auf ihre Arbeitskraft auszubeuten, ist in einem Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts nicht hinnehmbar. Das Opfer wird dadurch massiv im Kernbestand seiner individuellen

Rechtspositionen (körperliche Integrität, Willensfreiheit, sexuelle Selbstbestimmung, Arbeitskraft) angegriffen, Rechtspositionen also, die namentlich auch durch die EU-Grundrechtecharta geschützt sind.

- Auch die *Konvention zum Schutz der finanziellen Interessen der EG²* („PIF-Konvention“) und die *dazugehörigen Protokolle* verfolgen jedenfalls einen legitimen Schutzzweck, nämlich den Erhalt der finanziellen Unabhängigkeit und Leistungsfähigkeit der EG (bzw. künftig der Union).

Auf der anderen Seite bereitet das Auffinden legitimer Schutzinteressen bei anderen Rechtsakten größere Probleme:

- Zwar ist nicht zu leugnen, dass der *Rahmenbeschluss zur Bekämpfung der sexuellen Ausbeutung von Kindern und der Kinderpornographie³* im Kern ein unbestreitbar legitimes kriminalpolitisches Anliegen – den Schutz der betroffenen Minderjährigen – verfolgt. Über dieses Ziel geht er aber weit hinaus, wenn in Art. 1 lit. b ii) und iii) auch die Darstellung von volljährigen Personen mit kindlichem, d.h. minderjährigem Erscheinungsbild einerseits und andererseits die Abbildung nicht echter Minderjähriger, die nur – etwa mit Computeranimationen – realistisch dargestellt werden, erfasst sein sollen (virtuelle Kinderpornographie). Durch solche Darstellungen wird unmittelbar kein Minderjähriger beeinträchtigt, weil die abgebildete Person entweder ein Erwachsener oder aber gar kein echter Mensch ist. Dass von derartigen Darstellungen mittelbare Gefahren für Minderjährige ausgehen, hat sich bislang nicht nachweisen lassen; jedenfalls wäre es entsprechend unseren Forderungen erforderlich, dass sich der europäische Gesetzgeber um eine entsprechende Begründung – ggf. anhand empirischer Untersuchungen – bemüht. Nur dann lässt sich die Weite der Kriminalisierung mit einem „legitimen Schutzzweck“ begründen.
- Der *Rahmenbeschluss zur Bekämpfung der organisierten Kriminalität⁴* weist die Mitgliedstaaten an, entweder die Beteiligung an illegalen Aktivitäten einer kriminellen Vereinigung (Art. 2 lit. a) oder – vergleichbar dem angelsächsischen Modell der „conspiracy“ – die Vereinbarung bestimmter Straftaten (Art. 2 lit. b) unter Strafe zu stellen. Jedoch bleiben die Interessen, welche durch diese Handlungen beeinträchtigt werden könnten, und somit der legitime Schutzzweck vage: Die Straftaten, auf deren Begehung die Vereinigung bzw. die Vereinbarung gerichtet sein muss, sollen zwar eine Mindesthöchststrafe von vier Jahren voraussetzen. Welcher Art diese Straftaten sein müssen, lässt sich dem Rahmenbeschluss aber nicht entnehmen. Der einzige

Hinweis findet sich insoweit darin, dass die Mitglieder der kriminellen Vereinigung in der Absicht handeln müssen, sich einen – unmittelbaren oder mittelbaren – materiellen Vorteil zu verschaffen. Dies bezeichnet jedoch nur die Motivation der Täter, nicht das schutzwürdige Interesse, gegen welches sich ihre Handlung richtet. Somit wird zumindest nicht hinreichend deutlich, welches Ziel diese Vorschrift (abgesehen von der diffusen Bekämpfung der Organisierten Kriminalität) verfolgt. Den Mitgliedstaaten wird kein klarer Eindruck davon vermittelt, was sie bestrafen sollen. Ohne nähere Erläuterung wird damit jedenfalls der Grundsatz der „good governance“ verletzt.

2. Das Ultima-ratio-Prinzip als Ausfluss des (europarechtlichen) Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes beim Einsatz des Kriminalstrafrechts lässt sich beispielsweise in folgenden Fällen erkennen:

- Die *Richtlinie über Mindeststandards für Sanktionen und Maßnahmen gegen Arbeitgeber, die Drittstaatsangehörige ohne rechtmäßigen Aufenthalt beschäftigen⁵*, zeigt insoweit zumindest eine positive Tendenz: Art. 9 dieses Rechtsakts begründet eine Kriminalisierungspflicht für bestimmte Fälle der illegalen Beschäftigung. Dabei wird nicht nur an den einfachen Verstoß gegen das in Art. 3 Abs. 1 enthaltene Verbot angeknüpft, Drittstaatsangehörige ohne legalen Aufenthalt zu beschäftigen. Vielmehr müssen die Mitgliedstaaten die illegale Beschäftigung erst bestrafen, wenn noch einer der folgenden erschwerenden Umstände hinzutritt: ein wiederholter oder beharrlicher Verstoß, die Beschäftigung mehrerer illegaler Drittstaatsangehöriger bzw. eines Minderjährigen, ausbeuterische Arbeitsverhältnisse oder die Beschäftigung in Kenntnis der Tatsache, dass der Beschäftigte Opfer von Menschenhandel ist. Für „gewöhnliche“ Verstöße werden allerdings nicht strafrechtliche Sanktionen als ausreichend erachtet. Darin mag man ein (bewusstes?) Anzeichen für die Beachtung des Verhältnismäßigkeitsprinzips im Hinblick auf den Einsatz des Strafrechts und somit für die Respektierung des Ultima-ratio-Prinzips erblicken.
- Der *Rahmenbeschluss über Angriffe auf Informationssysteme⁶* stellt Kriminalisierungspflichten für den rechtswidrigen Zugang zu Informationssystemen (Hacking, Art. 2), die Behinderung oder Störung des Betriebs eines Informationssystems (Art. 3) und verschiedene Formen des Eingriffs in Daten (Art. 4) auf. Um die Strafbarkeit nicht zu sehr auszudehnen, nimmt er aber stets sog. leichte Fälle aus. In Bezug auf das Hacking wird es zudem den Mitgliedstaaten überlassen, ob sie die – ansonsten zwingend angeordnete – Versuchsstrafbarkeit einführen wollen. Man mag daran zweifeln, ob diese Schritte schon ausreichend sind, um eine überbordende Strafbarkeit zu verhindern. In jedem Fall weisen aber die

¹ Rahmenbeschluss 2002/629/JI, ABl. 2002 Nr. L 203, S. 1.

² ABl. 1995 Nr. C 316, S. 49; ABl. 1996 Nr. C 313, S. 2; ABl. Nr. C 221, S. 12.

³ Rahmenbeschluss 2004/68/JI, ABl. 2004 Nr. L 13, S. 44.

⁴ Rahmenbeschluss 2008/841/JI, ABl. 2008 Nr. L 300, S. 42.

⁵ RL 2009/52/EG, ABl. 2009 Nr. L 168, S. 24.

⁶ Rahmenbeschluss 2005/222/JI, ABl. 2005 Nr. L 69, S. 67.

genannten Mechanismen in die richtige Richtung, da sie es den Mitgliedstaaten ermöglichen, die europarechtlich geforderten Strafnormen im Hinblick auf ihre Reichweite mit ihren sonstigen Strafvorschriften in Einklang zu bringen. Dadurch wird zugleich das Kohärenzprinzip (unten 6.) gewahrt.

- Der *Rahmenbeschluss zur Bekämpfung des illegalen Drogenhandels*⁷ enthält in Art. 2 Abs. 2 eine Klausel, der zufolge die darin enthaltene Kriminalisierungspflicht auf kleine Mengen von Drogen, die ausschließlich dem eigenen Konsum dienen, keine Anwendung findet. Dadurch wird den Mitgliedstaaten zumindest in einem gewissen Bereich ein begrüßenswerter kriminalpolitischer Entscheidungsspielraum belassen, der gerade wegen der unterschiedlichen Ansatzpunkte der mitgliedstaatlichen Drogenpolitik und der Rolle des Betäubungsmittelstrafrechts wertvoll erscheint.

Demgegenüber lässt sich anhand anderer Beispiele aus dem Kreis der ergangenen Rechtsakte nachweisen, dass das Ultima-ratio-Prinzip bislang ganz offensichtlich keine eigenständige und durchgängige Beachtung findet und zumindest keine Befassung und Offenlegung entsprechender Begründungen im Sinne einer „good governance“ existiert.

- Der *ergänzende Rahmenbeschluss zur Terrorismusbekämpfung*⁸ verpflichtet die Mitgliedstaaten, die öffentliche Aufforderung zur Begehung einer terroristischen Straftat, die sogenannte „Anwerbung“ und „Ausbildung“ für terroristische Zwecke, sowie den Versuch und die Teilnahme daran als Straftaten im Zusammenhang mit terroristischen Aktivitäten zu typisieren. Damit soll auch der Tendenz entgegengesteuert werden, dass Terroristen das Internet als „virtuelles Trainingscamp“ missbrauchen. Allerdings werden Handlungen erfasst, die sich sehr weit im Vorfeld der eigentlichen Begehung terroristischer Straftaten abspielen. Mit ihrer inhaltlichen Entscheidung bezüglich der oben beschriebenen Straftaten führt die Europäische Union die Mitgliedstaaten zu einem Strafrecht, das schon objektiven Gefahren für Rechtsgüter vorzubeugen versucht. Es werden Handlungsweisen bestraft, die lediglich zur Bildung einer kriminellen Gesinnung bei anderen Personen führen oder diese Gesinnung unterstützen (sog. vor-präventives Strafrecht). Diese Vorverlagerung der Strafdrohung und damit die vollkommene Loslösung von jeder objektiven, selbst abstrakten Gefährdung eines Rechtsguts lässt sich nicht mit dem europäischen Verhältnismäßigkeitsgrundsatz (in der Ausprägung des Ultima-ratio-Prinzips) als kriminalpolitischem Leitprinzip vereinbaren.⁹ Soweit eine

Handlung nicht einmal eine hinreichend gegenwärtige Gefahr für geschützte Interessen darstellt, kann nicht behauptet werden, dass die Strafverfolgung erforderlich wäre. In jedem Fall wäre – im Einklang mit dem Grundsatz der „good governance“ – darzulegen gewesen, inwiefern nicht auch andere Maßnahmen – etwa eine stärkere Überwachung des Internets oder eine Verpflichtung der Betreiber von Websites – hätten Abhilfe schaffen können.

- Eine ähnlich bedenkliche Vorverlagerung der Strafbarkeit verursacht der *Rahmenbeschluss über Betrug und Fälschung im Zusammenhang mit unbaren Zahlungsmitteln*¹⁰, welcher „das gesamte Spektrum der Tätigkeiten (abdecken soll), die zusammen die Bedrohung durch organisierte Kriminalität auf diesem Gebiet darstellen“ (Begründungserwägung Nr. 8). Dies geht so weit, dass in Art. 4 z.B. bereits das Anfertigen oder Sichverschaffen eines auch nur objektiv zur Begehung einer Straftat geeigneten Gegenstandes von den Mitgliedstaaten unter Strafe zu stellen ist. Dass bereits zu einem derart frühen Zeitpunkt, bei noch geringem Gefährdungspotential, der Einsatz des Strafrechts gerechtfertigt ist, hätte – in Respektierung der „good governance“ – zumindest einer klareren Begründung als dem pauschalen Hinweis auf die Organisierte Kriminalität bedurft.
- Die in dem *Rahmenbeschluss zur Bekämpfung der organisierten Kriminalität*¹¹ enthaltenen Pönalisierungspflichten (s.o.) beschränken sich nicht auf kriminelle Vereinigungen mit besonderem Organisationsgrad, vielmehr genügt hierfür gem. Art. 1 Nr. 2 schon jeder nicht ganz zufällige Zusammenschluss, auch ohne förmlich festgelegte Rollen der Mitglieder, ohne kontinuierliche Mitgliedschaft und ohne ausgeprägte Struktur. Damit reicht die Kriminalisierungspflicht weiter, als das eigentlich sozialschädliche Wesen der organisierten Kriminalität es verlangt, was sich unter Verhältnismäßigkeitsgesichtspunkten nur schwer rechtfertigen lässt.
- Ähnliche Probleme ergeben sich im Hinblick auf die *Richtlinie zum Umweltstrafrecht*¹²: Diese verpflichtet die Mitgliedstaaten, bestimmte Verhaltensweisen unter Strafe zu stellen, die gegen ein Verbot in anderen EG-Rechtsakten verstoßen. Teilweise haben die Mitgliedstaaten dadurch Handlungen zu pönalisieren, die lediglich Formvorschriften verletzen. So liegt eine illegale Verbringung von Abfällen gem. Art. 3 lit. c der Umweltstrafrechts-Richtlinie bereits vor, wenn der Transport ohne Notifizierung aller beteiligten Behörden erfolgt (vgl. Art. 2 Nr. 35 lit. a VO [EG] 1013/2006) oder nicht mit bestimmten Formularen übereinstimmt (Art. 2 Nr. 35 lit. d und g iii der VO [EG] 1013/2006). Die

⁷ Rahmenbeschluss 2004/757/JI, ABl. 2004 Nr. L 335, S. 8.

⁸ Rahmenbeschluss 2008/919/JI, ABl. 2008 Nr. L 330, S. 21.

⁹ Ganz ähnliche Vorverlagerungstendenzen finden sich in vielen Rahmenbeschlüssen, s. etwa auch Art. 2 lit. c des Rahmenbeschlusses 2001/413/JI zur Bekämpfung von Betrug

und Fälschung im Zusammenhang mit unbaren Zahlungsmitteln, ABl. 2001 Nr. L 149, S. 1.

¹⁰ Rahmenbeschluss 2001/413/JI, ABl. 2001 Nr. L 149, S. 1.

¹¹ Rahmenbeschluss 2008/841/JI, ABl. 2008 Nr. L 300, S. 42.

¹² Richtlinie 2008/99/EG, ABl. 2008 Nr. L 328, S. 28.

Kriminalisierung von Verwaltungsunrecht entspricht nicht dem europäischen Verhältnismäßigkeitsgrundsatz in der Ausprägung des Ultima-ratio-Prinzips, zudem droht in diesem Fall auch nicht die Verletzung eines Interesses, das mit den Mitteln des Strafrechts geschützt werden müsste.

- Der *Rahmenbeschluss über Bestechung im privaten Sektor*¹³ enthält keine hinreichende Begründung dafür, ob zur Verhinderung von Korruption in diesem Bereich nicht andere, mildere Mittel zur Verfügung stehen. Denken ließe sich insoweit an zivilrechtliche Ersatzansprüche oder umfangreiche Compliance-Maßnahmen (wie beispielsweise die Einführung des „Vier-Augen-Prinzips“ bei der Auftragsvergabe oder den regelmäßigen Austausch von Personal in Bestellungsabteilungen). Der Begründungslast bei dem Einsatz von Strafrecht als letztem Mittel der Sozialkontrolle wird hier nicht genügend Rechnung getragen.

3. Dafür, dass der Schuldgrundsatz in strafrechtlich relevanten Rechtsakten Beachtung findet, lassen sich einige Beispiele anführen:

- In mehreren Mitgliedstaaten wären Kriminalstrafen für juristische Personen nicht mit dem Konzept der persönlichen Vorwerfbarkeit vereinbar, welches sie ihrem Strafrecht zugrunde legen. Deshalb ist es positiv zu bewerten, dass alle Rahmenbeschlüsse, die den Mitgliedstaaten Vorgaben zur Sanktionierung juristischer Personen machen, bislang ausdrücklich offen lassen, ob dies mit den Mitteln des Strafrechts zu geschehen hat. Als ein konkretes Beispiel hierfür kann Art. 6 des *Rahmenbeschlusses über Bestechung im privaten Sektor*¹⁴ angeführt werden. Diese Zurückhaltung wäre auch in Zukunft wünschenswert.
- Unter diesem Aspekt begrüßenswert ist ebenfalls, dass einige Rechtsinstrumente, wie etwa der *Rahmenbeschluss über Betrug und Fälschung im Zusammenhang mit unbaren Zahlungsmitteln*¹⁵ (in Art. 4 Abs. 1) oder auch die *PIF-Konvention*¹⁶ im Hinblick auf eine Bestrafung des Betrugs zu Lasten der finanziellen Interessen der EG (in Art. 1 Abs. 1) auf subjektiver Tatseite explizit Vorsatz voraussetzen. Allerdings zeigt gerade die PIF-Konvention, dass diese wichtige subjektive Voraussetzung auf tönernen Füßen steht und leicht ausgehebelt werden kann, wenn Art. 1 Abs. 4 der Konvention zulässt, aus den objektiven Umständen auf das Vorliegen des Vorsatzes zu schließen. Ein derartiger automatischer Schluss auf den Vorsatz wird dem Schuldprinzip jedenfalls nicht gerecht.

Darüber hinaus sind im Zusammenhang mit anderen Rechtsakten v.a. wegen der fehlenden Differenzierung der Höhe der Strafdrohung für ganz unterschiedlich gefährliche

Verhaltensweisen Bedenken im Hinblick auf die Respektierung des Schuldgrundsatzes anzumelden:

- Der *Rahmenbeschluss zur Terrorismusbekämpfung*¹⁷ schreibt den Mitgliedstaaten unter anderem vor, das Anführen einer terroristischen Vereinigung (Art. 2 Abs. 2 lit. a) und deren wissentliche Unterstützung – z.B. durch Finanzierung oder durch Informationsbereitstellung – (Art. 2 Abs. 2 lit. b) unter Strafe zu stellen. Im ersten Fall muss die Höchststrafe dabei mindestens 15 Jahre, im zweiten mindestens acht Jahre betragen (Art. 5 Abs. 3). Im Hinblick auf den Schuldgrundsatz bzw. die Verhältnismäßigkeit der strafrechtlichen Sanktionen ist dabei problematisch, dass terroristische Vereinigungen nicht zwingend auf die Begehung schwerster Straftaten (wie Angriffe auf Leib oder Leben, Geiselnahmen oder die Herstellung von Massenvernichtungswaffen) gerichtet sein müssen. Sie können vielmehr auch ausschließlich auf die Androhung terroristischer Straftaten (Art. 1 Abs. 1 lit. i) bezogen sein.

Im Hinblick auf die „Beteiligung an Handlungen einer terroristischen Vereinigung“ soll die Mindesthöchststrafe von acht Jahren greifen, unabhängig davon, ob die Vereinigung auf die Begehung oder nur Androhung terroristischer Straftaten gerichtet ist. Damit kommt der deutlich verschiedene Gefährlichkeitsgrad der Unterstützungshandlungen auf Rechtsfolgenseite nicht zum Ausdruck, hier ist also die Schwere der Schuld für die Bemessung der Sanktion nicht hinreichend berücksichtigt worden.

In Bezug auf das „Anführen einer terroristischen Vereinigung“ sind Zweifel an der Einhaltung des Schuldgrundsatzes wohl noch offensichtlicher. Zwar erscheint zunächst begrüßenswert, dass in Art. 5 Abs. 3 für das Anführen einer terroristischen Vereinigung, welche nur auf das Androhen terroristischer Straftaten gerichtet ist, eine geringere Mindesthöchststrafe von nur acht (statt 15) Jahren vorgesehen ist, weil dieses Verhalten eine deutlich geringere Gefährlichkeit aufweist. Jedoch droht nach der Konzeption des Rahmenbeschlusses dem Rädelsführer in diesem Fall eine genauso hohe Höchststrafe wie jedem Mitläufer in einer auf Drohung gerichteten terroristischen Vereinigung, weil es eben versäumt worden ist, die Mindesthöchststrafe auch für andere Beteiligte herabzusetzen. Dass die Union dieselbe Mindesthöchststrafe für unterschiedlich sozialschädliche Verhaltensweisen festsetzt, verstößt gegen das Schuldprinzip bzw. das Erfordernis verhältnismäßiger Strafen.

- Der neue *Vorschlag für einen Rahmenbeschluss zur Verhütung und Bekämpfung des Menschenhandels*¹⁸ schreibt in seinem Art. 3 Abs. 1 eine Mindesthöchststrafe von sechs Jahren vor. Diese soll sich auf „Straftaten nach

¹³ Rahmenbeschluss 2003/568/JI, ABl. 2003 Nr. L 192, S. 54.

¹⁴ Rahmenbeschluss 2003/568/JI, ABl. 2003 Nr. L 192, S. 54.

¹⁵ Rahmenbeschluss 2001/413/JI, ABl. 2001 Nr. L 149, S. 1.

¹⁶ ABl. 1995 Nr. C. 316, S. 49.

¹⁷ Rahmenbeschluss 2002/475/JI, ABl. 2002 Nr. L 164, S. 3 (geändert durch Rahmenbeschluss 2008/919/JI, ABl. 2008 Nr. L 330, S. 21).

¹⁸ KOM (2009) 136 endg., S. 14.

den Artikeln 1 und 2“ beziehen. Art. 1 enthält dabei Kriminalisierungspflichten für bestimmte Verhaltensweisen, Art. 2 schreibt den Mitgliedstaaten vor, Anstiftung, Beihilfe und den Versuch unter Strafe zu stellen. Damit schwebt der Kommission dieselbe Mindesthöchststrafe für die täterschaftliche Begehung einerseits und für die Teilnahme sowie den Versuch andererseits vor. Insbesondere mit Blick auf die Beihilfe lässt sich dies mit dem Schuldprinzip, welches verlangt, dass jeder Beteiligte entsprechend seiner persönlichen Verantwortung bestraft wird, kaum vereinbaren. Aus gutem Grund wird die Beihilfe in vielen nationalen Strafrechtsordnungen zumindest fakultativ geringer bestraft als die Täterschaft.

4. Bei der Formulierung der Rechtsakte mit strafrechtsrelevantem Inhalt finden sich im Hinblick auf die Einhaltung des (aus dem Gesetzlichkeitsprinzip fließenden) Bestimmtheitsgebots durchaus positive Ansätze.

- Erfreulich ist es daher, wenn strafrechtliche Vorgaben seitens der Union erkennbar bestrebt sind, möglichst klar zu beschreiben, welche Verhaltensweisen die Mitgliedstaaten unter Strafe zu stellen haben. Ein Beispiel hierfür findet sich etwa in Art. 3 Abs. 1 lit. c des *Rahmenbeschlusses zum Schutz des Euro gegen Geldfälschung*¹⁹, der im Hinblick auf das „Einführen, Ausführen, Transportieren, Annehmen oder Sichverschaffen von falschem oder verfälschtem Geld“ eine Pönalisierungspflicht aufstellt. Dabei ist der Begriff des Geldes sogar zusätzlich in Art. 1, 2. Spiegelstrich gesondert erläutert. In vergleichbarer Weise ordnet Art. 2 Abs. 1 lit. a des *Rahmenbeschlusses zur Bekämpfung des illegalen Drogenhandels*²⁰ an, das „Gewinnen, Herstellen, Ausziehen, Zubereiten, Anbieten, Verteilen, Feilhalten, Verkaufen, Liefern – gleich viel zu welchen Bedingungen – Vermitteln, Versenden – auch im Transit –, Befördern, Einführen oder Ausführen von Drogen“ zu bestrafen. Positiv ist daran, dass der europäische Gesetzgeber durch zahlreiche, einigermaßen griffige Bezeichnungen das tatbestandliche Verhalten zu definieren versucht. Allerdings wird auch die Kehrseite deutlich – in dem Bestreben, hier alle denkbaren Verhaltensweisen in den Katalog der strafbaren Handlungen einzubeziehen, überschneiden sich die Be-griffe, eine klare Trennung der Tatmodalitäten (z.B. die Abgrenzung von Anbieten und Feilhalten bzw. Liefern, Befördern und Versenden) ist dadurch nicht möglich. Fraglich ist darüber hinaus (allerdings ist dies kein Aspekt der „Bestimmtheit“), ob es vernünftiger Kriminalpolitik entspricht, eine so großflächig angelegte Pflicht zur Kriminalisierung vorzusehen.
- Es soll auch nicht unerwähnt bleiben, dass die europäischen Organe der bei der Übernahme von

Harmonisierungsvorgaben anderer internationaler Organisationen in den Integrationsrahmen der Europäischen Union nicht selten darum bemüht sind, ein höheres Maß an Bestimmtheit zu erreichen. Dies zeigt sich etwa in Art. 1 Abs. 1 lit. c des *Rahmenbeschlusses zur Bekämpfung des Menschenhandels*²¹. Dort wird – wie in dem entsprechenden Zusatzprotokoll der Vereinten Nationen – der „Missbrauch einer Machtstellung“ bzw. die „Ausnutzung einer Situation der Schwäche“ vorausgesetzt. Zusätzlich werden diese Handlungen aber dadurch konkretisiert, dass verlangt wird, „dass die betroffene Person keine wirkliche oder für sie annehmbare andere Möglichkeit hat, als sich dem Missbrauch zu beugen“. Ob damit im Ergebnis immer schon ein zufriedenstellendes Bestimmtheitsniveau erreicht wird, lässt sich diskutieren, auf alle Fälle sind aber die Bemühungen des europäischen Gesetzgebers ausdrücklich anzuerkennen.

Abgesehen hiervon, sind die Rechtsakte, die gerade unter dem Aspekt der Bestimmtheit Anlass zu Kritik geben, zahlreich. Einige Beispiele:

- Der bereits erwähnte *Rahmenbeschluss zur Bekämpfung der sexuellen Ausbeutung von Kindern und der Kinderpornographie*²² erfasst in seinem Art. 1 lit. b (ii) auch Darstellungen von echten (volljährigen) Personen mit kindlichem (d.h. minderjährigem) Erscheinungsbild. Wann aber ein Erwachsener ein jugendliches Erscheinungsbild aufweist, entzieht sich jeglicher rechtlicher Kategorie, die altersgemäßen Übergänge sind naturgemäß fließend – eine Achtzehnjährige kann wie siebzehn aussehen (was auch immer das bedeutet). Für eine Subsumtion mit vorhersehbaren Ergebnissen sind diese Abgrenzungen untauglich und daher für die Zwecke des Strafrechts abzulehnen.
- Art. 1 Abs. 2 des *Rahmenbeschlusses zu Bekämpfung von Rassismus und Fremdenfeindlichkeit*²³ räumt den Mitgliedstaaten die Möglichkeit ein, eine Bestrafung der zuvor genannten Handlungen u.a. davon abhängig zu machen, dass die Begehungsweise geeignet ist, die öffentliche Ordnung zu stören. Was damit aber gemeint ist, bleibt vollkommen offen. So wünschenswert es ist, dass der europäische Gesetzgeber den Mitgliedstaaten Ausgestaltungsspielräume belässt, so problematisch ist es doch, wenn er dies tut, indem er ihnen völlig unbestimmte Be-griffe an die Hand gibt.
- Mit Art. 2 Abs. 1 des *Rahmenbeschlusses über Bestechung im privaten Sektor*²⁴ werden die Mitgliedstaaten verpflichtet, sowohl die Geber- als auch die Nehmerseite der Korruption im Geschäftsverkehr unter Strafe zu stellen. Zentrales Merkmal ist dabei, dass als Gegenleistung für einen Vorteil ein Angestellter eines

²¹ Rahmenbeschluss 2002/629/JI, ABl. 2002 Nr. L 203, S. 1.

²² Rahmenbeschluss 2004/68/JI, ABl. 2004 Nr. L 13, S. 44.

²³ Rahmenbeschluss 2008/913/JI, ABl. 2008 Nr. L 328, S. 55.

²⁴ Rahmenbeschluss 2003/568/JI, ABl. 2003 Nr. L 192, S. 54.

¹⁹ Rahmenbeschluss 2000/383/JI, ABl. 2000 Nr. L 140, S. 1.

²⁰ Rahmenbeschluss 2004/757/JI, ABl. 2004 Nr. L 335, S. 8.

Unternehmens seine Pflichten verletzt. Jedoch wird der Begriff der Pflichtverletzung in Art. 1, 2. Spiegelstrich sehr weit definiert und soll „jegliches treuwidrige Verhalten umfassen, das eine Verletzung einer gesetzlich vorgeschriebenen Pflicht bzw. einer beruflichen Vorschrift oder Weisung darstellt [...]“. Insbesondere soll sich das Merkmal der Pflichtverletzung aber anhand des einzelstaatlichen Rechts bestimmen. Dies führt dazu, dass der Vorteilsgeber bei grenzüberschreitender Korruption den gesamten Pflichtenkreis des Vorteilsnehmers kennen muss, um sein Strafbarkeitsrisiko vorhersehen zu können. Dies umfasst sowohl die gesetzlichen Verhältnisse (inkl. Richterrecht!) des Staates, in dem er besticht, als auch die einzelvertraglichen Pflichten des Vorteilsnehmers. Die fehlende Bestimmtheit des Merkmals der Pflichtverletzung ergibt sich damit bereits unmittelbar aus dem Rahmenbeschluss und die Mitgliedstaaten können sie nicht durch eine präzisere Fassung ihrer Umsetzungsgesetze beheben. Art. 2 Abs. 3 des Rahmenbeschlusses erlaubt es den Mitgliedstaaten zwar, als zusätzliches Merkmal eine Wettbewerbsverzerrung im Zusammenhang mit der Beschaffung von Waren oder gewerblichen Leistungen zu verlangen. Damit wird die Unbestimmtheit des Merkmals Pflichtverletzung aber nicht beseitigt.

- Die *Richtlinie zum Umweltstrafrecht*²⁵ beschreibt das von den Mitgliedstaaten zu pönalisierende Verhalten mit einer langen Kette von Verweisungen. Daraus ergibt sich ein ähnlich gelagertes Problem für die Bestimmtheit: Der nationale Gesetzgeber wird praktisch gezwungen, die Verweisungen in sein Strafgesetz zu übernehmen, die Rechtsfindung wird dadurch erheblich erschwert und durch Verweisungen zwischen nationalem und europäischem Recht – gerade auch wegen der unterschiedlichen Auslegungsregeln und der zu berücksichtigenden abweichenden Sprachfassungen im Bereich des europäischen Rechts – womöglich gar unzumutbar. Die einzige Alternative bestünde darin, die einzelnen strafbaren Handlungen aus der Verweiskette herauszulesen und in zahlreiche Einzeltatbestände zu fassen. Dies ist für die mitgliedstaatlichen Gesetzgeber praktisch aber kaum möglich und teilweise – nämlich wenn auf unmittelbar anwendbares Gemeinschaftsrecht verwiesen wird (welches in nationalen Vorschriften nicht einfach wiederholt werden darf) – sogar rechtlich unzulässig. Auch würde diese Vorgehensweise das Risiko in sich bergen, hierbei eine Fallkonstellation schlicht zu übersehen und damit die Umsetzungspflicht zu verletzen.

5. Viele Befürchtungen und viel Kritik setzten an der Missachtung des Subsidiaritätsprinzips an, welches als Kompetenzausübungsschranke für das Strafrecht Bedeutung besitzt, wenn und soweit die Gemeinschaft bzw. Union kraft Kompetenzzuweisung in den Verträgen Strafrechtsangleichung betreiben darf. In den bislang

verabschiedeten strafrechtsrelevanten Rechtsakten lässt sich zumindest teilweise eine Respektierung dieser Subsidiaritätsregel beachten.

- Ein besonderer Grund für die Ausübung strafrechtlicher Kompetenzen auf europäischer Ebene lässt sich insbesondere dann finden, wenn die Gemeinschaft bzw. Union ihre eigenen finanziellen Interessen oder aber andere supranationale Interessen (Bsp.: Schutz des Euro gegen Geldfälschung) schützt.
- Der Subsidiaritätsgrundsatz erscheint insbesondere auch dann gewahrt, wenn es um Formen der Kriminalität geht, die einen tendenziell grenzüberschreitenden Charakter haben und durch einzelne Staaten nicht sinnvoll unterbunden werden können. In diese Kategorie lassen sich – zumindest grob thematisch – beispielsweise der internationale Terrorismus und Umweltdelikte einordnen, weil im ersten Fall die Organisationsstrukturen der Täter und im zweiten Fall die Auswirkungen der Taten nicht an nationalstaatlichen Grenzen Halt machen. Dass in diesen Bereichen prinzipiell die Beachtung des Subsidiaritätsprinzips nahe liegt, bedeutet aber nicht, dass automatisch auch alle einzelnen Erscheinungsformen solcher Delikte oder alle damit im Zusammenhang stehenden Verhaltensweisen zwingend auf internationaler Ebene geregelt werden müssten.
- Ein Indiz für die Wahrung des Subsidiaritätsgrundsatzes kann auch sein, dass die Mitgliedstaaten sich bereits auf anderen internationalen Foren darum bemüht haben, ihre Strafvorschriften zu vereinheitlichen. Dies trifft etwa auf den *Rahmenbeschluss zur Bekämpfung des Menschenhandels*²⁶ zu, welchem Bestrebungen der UNO²⁷ und des Europarats²⁸ mit demselben Ziel vorausgegangen waren. Gleichwohl gilt auch in diesem Fall, dass keineswegs darauf verzichtet werden darf, bzgl. jeder einzelnen Kriminalisierungsvorschrift die Subsidiaritätsanforderungen zu überprüfen.

²⁶ Rahmenbeschluss 2002/629/JI, ABl. 2002 Nr. L 203, S. 1.

²⁷ UN-Zusatzprotokoll zur Verhütung, Bekämpfung und Ahndung des Menschenhandels, insbesondere des Frauen- und Kinderhandels, zum Übereinkommen der Vereinten Nationen gegen die grenzüberschreitende organisierte Kriminalität, Res. 55/25 der UN-Generalversammlung v. 15.11.2000, in Kraft seit 25.12.2003: <http://www.unodc.org/documents/treaties/UNTOC/Publications/TOC%20Convention/TOCebook-e.pdf>.

²⁸ S. nur Recommendation No. R(91)11 of the Committee of Ministers to member States on sexual exploitation, pornography and prostitution of, and trafficking in, children and young adults; Recommendation No. R(2000)11 of the Committee of Ministers to member states on action against trafficking in human beings for the purpose of sexual exploitation; Recommendation No. R(2001)16 of the Committee of Ministers to member states on the protection of children against sexual exploitation.

²⁵ Richtlinie 2008/99/EG, ABl. 2008 Nr. L 328, S. 28.

Doch ist die Wahrung des Subsidiaritätsprinzips leider noch lange nicht der Regelfall, wie folgende Gegenbeispiele beweisen:

- So verlangt der *Rahmenbeschluss zur Bekämpfung bestimmter Formen von Rassismus und Fremdenfeindlichkeit*²⁹ von den Mitgliedstaaten, dass sie prinzipiell das Aufstacheln zu rassistisch motiviertem Hass (Art. 1 Abs. 1 lit. a, b) sowie das Leugnen des Holocaust oder anderer Völkerrechtsverbrechen (Art. 1 Abs. 1 lit. c, d) unter Strafe stellen. Dass die Europäische Union hierfür grundsätzlich eine Kompetenz übertragen bekommen hat, lässt sich aus Art. 29 Abs. 1 i.V.m. Abs. 2 EU-Vertrag a.F. herleiten. Dass auch die Kompetenzausübungsschranke des Subsidiaritätsgrundsatzes gewahrt ist, müsste gerade in Bezug auf Delikte, die so stark national geprägt sind³⁰, besonders dargelegt werden. Als Gründe, warum in diesem Bereich europäische Mindestvorschriften notwendig seien, wird neben dem Bedarf an verbesserter internationaler Zusammenarbeit (Erwägungsgrund Nr. 4) die Verächtlichkeit solchen Verhaltens (Erwägungsgrund Nr. 5) angeführt. Die Erleichterung der Zusammenarbeit bei der Strafverfolgung kann jedoch kein Selbstzweck sein; würde man dieses Argument allgemein akzeptieren, liefe das Subsidiaritätsprinzip für das Strafrecht letztlich leer, weil natürlich jede Verringerung der Unterschiede in den Strafrechtsordnung eine Erleichterung der Zusammenarbeit und Rechtshilfe bedeutet. Dass der Rechtshilfeverkehr hier ohne vereinheitlichte Vorschriften besonderen Schaden nehmen würde, ist nicht ersichtlich. Letztlich steht hinter einem derartigen Rechtsakt der Wunsch, ein gemeinsames Zeichen gegen zweifellos unliebsames Verhalten zu setzen. Für derartige Symbolfunktionen sollte das Strafrecht jedoch nicht missbraucht werden, jedenfalls hat eine derartige Kriminalisierungsvorgabe mit einem ernst genommenen Subsidiaritätsgrundsatz nicht viel zu tun.
- Unter Subsidiaritätsaspekten zweifelhaft ist Art. 4 des zuletzt genannten *Rahmenbeschlusses (zur Bekämpfung bestimmter Formen von Rassismus und Fremdenfeindlichkeit)* sowie der ähnliche Art. 5 Abs. 2 des *Rahmenbeschlusses zur Terrorismusbekämpfung*³¹, die beide in vergleichbarer Form die Mitgliedstaaten dazu verpflichten sicherzustellen, dass Straftaten, die – im erstgenannten Rechtsakt – aus rassistischen und fremdenfeindlichen Beweggründen heraus begangen werden, bzw. die – im zweiten Rechtsakt – mit einem terroristischen Vorsatz begangen werden, schärfer bestraft werden können als sonstige Straftaten. Zwar ist dies eine relativ „schwache“ Vorgabe, die im Ergebnis sinnvoll sein mag und der Praxis in den Mitgliedstaaten bereits weitestgehend entsprechen wird. Unter

Subsidiaritätsgesichtspunkten ist allerdings nur schwer begründbar (und wird auch nicht begründet), warum nationale Regelungen diese Frage der Strafzumessung nicht ausreichend regeln können und somit eine europäische Vorgabe erforderlich erscheint.

- Im Übrigen ist auffällig, dass in fast allen Rechtsakten die (angebliche) Wahrung des Subsidiaritätsprinzips schlicht mit einem Satz und lediglich formelhaft festgestellt wird. Beispielhaft ist insoweit Erwägungsgrund Nr. 7 des *Rahmenbeschlusses zur Bekämpfung der Organisierten Kriminalität*³²: „Da die Ziele dieses Rahmenbeschlusses auf Ebene der Mitgliedstaaten nicht ausreichend erreicht werden können und daher wegen des Umfangs der Maßnahme besser auf der Unionsebene zu erreichen sind, kann die Union im Einklang mit dem Subsidiaritätsprinzip tätig werden.“ Doch sowohl die empirische Begründung des Unvermögens der Mitgliedstaaten, die Ziele des Rahmenbeschlusses zu erreichen, als auch die konkrete Benennung dieser Ziele fehlen komplett.

6. Schließlich lässt sich unsere Forderung nach der Einhaltung des Kohärenzprinzips an konkreten Rechtsakten erläutern. Zunächst ist hervorzuheben, dass in einzelnen Punkten – zumindest bislang – Freiräume für die Mitgliedstaaten verbleiben, die der Wahrung des (vertikalen) Kohärenzprinzips dienen.

- Zunächst einmal dient es wohl der Kohärenz der nationalen Strafrechtssysteme, dass die europäischen Akteure es bislang durchgehend vermieden haben, Kriminalstrafen für juristische Personen vorzuschreiben (so etwa Art. 7 des *Rahmenbeschlusses zur Bekämpfung der Bestechung im privaten Sektor*³³; s. bereits oben beim Schuldgrundsatz).
- Ebenso wird den Mitgliedstaaten ein weitreichender Spielraum zur Wahrung der Kohärenz ihrer Strafsysteme belassen, wenn einzelne Rahmenbeschlüsse keine konkreten Anforderungen an das Strafhöchstmaß stellen, also keine Mindesthöchststrafen fordern, sondern sich mit allgemeinen Anforderungen an die Straffolge begnügen (wirksam, abschreckend, verhältnismäßig; Freiheitsstrafen für schwere Fälle – s. nur Art. 6 *Rahmenbeschluss zur Bekämpfung von Betrug und Fälschung im Zusammenhang mit unbaren Zahlungsmitteln*³⁴).
- Ausnahmsweise hat sich der europäische Gesetzgeber sogar bemüht, zu tiefe Eingriffe in die Sanktionensysteme der Mitgliedstaaten zu vermeiden. So war es bei den Vorüberlegungen³⁵ zum *Rahmenbeschluss für die Bekämpfung der Beihilfe zur unerlaubten Ein- und Durchreise und zum unerlaubten Aufenthalt* (Schlepperei-

²⁹ Rahmenbeschluss 2008/913/JI, ABl. 2008 Nr. L 328, S. 55.

³⁰ Dies bestreitet auch der europäische Gesetzgeber nicht, vgl. Erwägungsgrund Nr. 6.

³¹ Rahmenbeschluss 2002/475/JI, ABl. 2002 Nr. L 164, S. 3.

³² Rahmenbeschluss 2008/841/JI, ABl. 2008 Nr. L 300, S. 42.

³³ Rahmenbeschluss 2003/568/JI, ABl. 2003 Nr. L 192, S. 54.

³⁴ Rahmenbeschluss 2001/413/JI, ABl. 2001 Nr. L 149, S. 1.

³⁵ Wersäll, in: Asp/Herlitz/Holmqvist (Hrsg.), Festschrift till Nils Jareborg, 2002, S. 659 (S. 666).

RB)³⁶ angedacht, in Art. 1 Abs. 3 für ausgewählte Verhaltensweisen eine Mindesthöchststrafe von 12 Jahren vorzusehen. Mit dem schwedischen Sanktionensystem wäre dies nicht vereinbar gewesen: Das entsprechende Delikt zog nach schwedischem Strafrecht eine Freiheitsstrafe von bis zu vier Jahren nach sich. Die höchste überhaupt verhängbare zeitige Freiheitsstrafe betrug zehn Jahre. Auf Grund der Konsultationen des Rechtsakts wurde die Mindesthöchststrafe in Art. 1 Abs. 3 des Schlepperei-Rahmenbeschlusses auf acht Jahre festgesetzt. Überdies wurde in Art. 1 Abs. 4 eine Klausel eingefügt, die es einzelnen Staaten erlaubt, eine geringere Höchststrafe anzuordnen, wenn dies zur Wahrung der Kohärenz des nationalen Sanktionensystems unerlässlich ist. Dies ist ein gutes Beispiel dafür, wie dem Interesse der Mitgliedstaaten an der Bewahrung eines in sich stimmigen Strafrechtssystems Rechnung getragen werden kann.

Jedoch ist die Praxis der europäischen Institutionen noch weit davon entfernt, die vertikale wie horizontale Kohärenz in strafrechtlicher Hinsicht als leitendes kriminalpolitisches Prinzip durchgängig zu berücksichtigen:

- Wo nämlich besondere Klauseln – wie die eben beschriebenen – fehlen, sind Vorgaben in Bezug auf die Sanktionenseite besonders problematisch für die oft fein abgestimmten nationalen Strafrechtssysteme. Der *Rahmenbeschluss zur Terrorismusbekämpfung*³⁷ setzt beispielsweise in Art. 5 Abs. 3 hinsichtlich bestimmter terroristischer Akte die Mindesthöchststrafe auf 15 Jahre fest. Dies setzte etwa das finnische Strafrecht unter Druck, war zuvor doch als längst mögliche Dauer einer zeitigen Freiheitsstrafe 12 Jahre festgesetzt, so dass der Rahmenbeschluss in der Folge nur durch einen systemfremden Kunstgriff (Höchststrafe ausnahmsweise 12 + 3 Jahre) implementiert werden konnte.
- Wie bereits erläutert, sehen Rechtsakte der Europäischen Union teilweise identische Mindesthöchststrafen für höchst unterschiedlich sozialschädliche Verhaltensweisen vor. So verlangt der *Rahmenbeschluss zur Bekämpfung des Menschenhandels*³⁸ eine Mindesthöchststrafe von acht Jahren für die Erfüllung des Tatbestands des Menschenhandels, wenn dadurch das Leben des Opfers vorsätzlich oder leichtfertig gefährdet wurde (Art. 3 Abs. 2 lit. a). Dieselbe Mindesthöchststrafe sieht aber auch der *Rahmenbeschluss über die Verstärkung des mit strafrechtlichen und anderen Sanktionen bewehrten Schutzes gegen Geldfälschung im Hinblick auf die Einführung des Euro*³⁹ für die bloße „betrügerische Fälschung oder Verfälschung von Geld“ vor (Art. 6 Abs.

2).⁴⁰ Dies zeigt, dass es den strafrechtsrelevanten Aktivitäten der Union noch an Stimmigkeit (horizontaler Kohärenz) fehlt. Die Mitgliedstaaten können zwar – wegen der Offenheit der Vorgabe „nach oben“ – eigenständig eine schärfere Höchststrafe für Straftaten festlegen, die sie als schädlicher empfinden. Damit werden sie aber zumindest partiell zu einer deutlichen Heraufsetzung ihres Sanktionsniveaus gezwungen, was seinerseits im Hinblick auf das (vertikale) Kohärenzgebot problematisch ist.

- Zur Illustration fehlender horizontaler Kohärenz kann abermals auf den *Rahmenbeschluss zur Terrorismusbekämpfung*⁴¹ verwiesen werden, der bzgl. der Anführer einer terroristischen Vereinigung danach differenziert, ob diese Vereinigung auf die Begehung oder nur auf die Androhung schwerster Straftaten gerichtet ist. Demgegenüber vermisst man eine solche Differenzierung im Hinblick auf sonstige Beteiligte. Dies führt im Ergebnis sogar dazu, dass im Falle der auf die bloße Androhung schwerster Taten gerichteten Vereinigungen für Anführer und sonstige Beteiligte dieselbe Mindesthöchststrafe vorgesehen ist.

7. Wie die Beispiele zeigen, hat die europäische Gesetzgebung nur teilweise zu Ergebnissen geführt, die nicht hinnehmbar oder jedenfalls ausgesprochen bedenklich sind. Auch wenn damit die Grenze zum Unerträglichen wohl insgesamt noch nicht überschritten ist, lassen sich doch besorgniserregende Tendenzen feststellen, die nicht unbeachtet bleiben dürfen: die Tendenz, Strafbestimmungen festzulegen, die keinen klaren Schutzzweck verfolgen, die Tendenz, das Ultima-ratio-Prinzip zu vernachlässigen, die Tendenz, Pönalisierungspflichten aufzustellen, die zu unbestimmten Straftatbeständen auf nationaler Ebene führen, sowie die Tendenz, auf jedes gesellschaftliche Problem mit zunehmender Repression zu reagieren und schon allein darin einen Mehrwert zu sehen.

Diese bedenklichen Tendenzen zeigen sich auch auf nationaler Ebene und werden durch die europäischen Entwicklungen erheblich verstärkt. Sollten diese Risiken nicht beizeiten erkannt werden, besteht unsere Sorge darin, dass wir uns letzten Endes mit einem inakzeptablen Strafrecht konfrontiert sehen, welches grundlegenden liberalen Prinzipien und Traditionen widerspricht.

Prof. Dr. Petter Asp, Stockholm University, S

Prof. Dr. Nikolaos Bitzilekis, Aristotle University of Thessaloniki, GR

Lect. univ. Dr. Sergiu Bogdan, Universitatea Babeş-Bolyai, RO

³⁶ Rahmenbeschluss 2002/946/JI, ABl. 2002 Nr. L 328, S. 1.

³⁷ Rahmenbeschluss 2008/919/JI, ABl. 2008 Nr. L 330, S. 21.

³⁸ Rahmenbeschluss 2002/629/JI, ABl. 2002 Nr. L 203, S. 1.

³⁹ Rahmenbeschluss 2000/383/JI, ABl. 2000 Nr. L 140, S. 1.

⁴⁰ *Weyembergh*, Common Market Law Review 42 (2005), 1567 (1586).

⁴¹ Rahmenbeschluss 2002/475/JI, ABl. 2002 Nr. L 164, S. 3 (geändert durch Rahmenbeschluss 2008/919/JI, ABl. 2008 Nr. L 330, S. 21).

Ass. Prof. Dr. Thomas Elholm, LL.M., University of Southern Denmark, DK

Prof. Dr. Luigi Foffani, Università di Modena e Reggio Emilia, I

Prof. Dr. Dan Frände, University of Helsinki, FIN

Prof. Dr. Helmut Fuchs, Universität Wien, A

Prof. Dr. Maria Kaiafa-Gbandi, Aristotle University of Thessaloniki, GR

Prof. Dr. Jocelyne Leblois-Happe, Université de Strasbourg, F

Prof. Dr. Adán Nieto Martín, Universidad de Castilla-La Mancha, E

Prof. Dr. Cornelius Prittwitz, M.P.A., Johann Wolfgang Goethe-Universität Frankfurt am Main, D

Prof. Dr. Helmut Satzger, Ludwig-Maximilians-Universität München, D

Prof. Dr. Elisavet Symeonidou-Kastanidou, Aristotle University of Thessaloniki, GR

Ass. Prof. Dr. Ingeborg Zerbes, Universität Wien, A