

Strafverfassungsrecht

Herausgegeben von
Matthias Bäcker und Christoph Burchard

Mohr Siebeck

Matthias Bäcker ist Professor für Öffentliches Recht an der Johannes Gutenberg-Universität Mainz.

Christoph Burchard ist Professor für Straf- und Strafprozessrecht an der Goethe-Universität Frankfurt am Main.

ISBN 978-3-16-161663-1 / eISBN 978-3-16-161664-8

DOI 10.1628/978-3-16-161664-8

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind über <http://dnb.dnb.de> abrufbar.

© 2022 Mohr Siebeck Tübingen. www.mohrsiebeck.com

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für die Verbreitung, Vervielfältigung, Übersetzung und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Gulde Druck in Tübingen gesetzt, auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Buchbinderei Nädele in Nehren gebunden.

Printed in Germany.

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	VII
<i>Matthias Bäcker/Christoph Burchard</i>	
Einführung	1
<i>Klaus F. Gärditz</i>	
Demokratische Sonderstellung des Strafrechts?	15
<i>Beatrice Brunhöber</i>	
Grundrechtliche Sonderstellung des Strafrechts?	53
<i>Antje von Ungern-Sternberg</i>	
Grundrechtliche Sonderstellung des Strafrechts? Kommentar zum Beitrag von Beatrice Brunhöber	83
<i>Martin Nettesheim</i>	
Verfassungsrechtliche Kriminalisierungspflichten und -grenzen	93
<i>Dominik Brodowski</i>	
Sonderstellung des Strafrechts aus der europäischen Mehrebenenperspektive	139
<i>Matthias Bäcker</i>	
Zur Europäisierung des Strafverfassungsrechts. Kommentar zum Beitrag von Dominik Brodowski	169
<i>Friederike Wapler</i>	
Bestimmtheitsgrundsatz und Wesentlichkeit im Strafverfassungsrecht	179
<i>Matthias Jahn</i>	
Bestimmtheitsgrundsatz und Wesentlichkeitstheorie im Strafverfassungsrecht: „It’s the interpretation, stupid“. Kommentar zum Beitrag von Friederike Wapler	205

VI

Tobias Singelstein

Strafgerechtigkeit? – Selektivität, Gleichheit und Diskriminierung
im Strafrecht. Verfassungsrechtliche und strafrechtliche Anforderungen
an Gleichheit im Strafrecht als Dimension von Strafgerechtigkeit
angesichts der Selektivität der strafrechtlichen Praxis 223

Cengiz Barskanmaz

Das strafverfassungsrechtliche Diskriminierungsverbot aufgrund
der Rasse.
Kommentar zum Beitrag von Tobias Singelstein 281

Benjamin Rusteberg

Verfassungsrechtliche Grundlagen des mehrspurigen
Rechtsfolgensystems 297

Liane Wörner

Verfassungsrechtliche Grundlagen des mehrspurigen
Rechtsfolgensystems.
Kommentar zum Beitrag von Benjamin Rusteberg 339

Frank Meyer

Verfassungsfragen der Einziehung 349

Mathias Hong

Einziehung und Strafverfassungsrecht.
Kommentar zum Beitrag von Frank Meyer 395

Verzeichnis der Autorinnen und Autoren 401

Sonderstellung des Strafrechts aus der europäischen Mehrebenenperspektive

Dominik Brodowski

Strafrecht lässt sich im 21. Jahrhundert nicht national denken, sondern es ist in erheblichem Maße durch Normsetzungsprozesse in europäischen und internationalen Foren geprägt. Auf der Spurensuche nach einer verfassungsrechtlichen Sonderstellung des Strafrechts ist daher zu hinterfragen, ob sich innerhalb dieser europäischen und internationalen Normsetzungsprozesse und deren – teils widerwilliger – Rezeption auf nationaler Ebene Spezifika in Bezug auf das Strafrecht zeigen. Dieser Beitrag fokussiert sich dabei auf das durch die Europäische Union gebildete Mehrebenensystem und das EU-Strafrecht als integrales Teilgebiet des Strafverfassungsrechts (I.). Er ist darauf gerichtet, Elemente einer Sonderstellung des (EU-)Strafrechts aus dem Blickwinkel des Europarechts („top-down“, II.) und aus dem Blickwinkel der nationalen Rechtsordnung („bottom-up“, III.) herauszuarbeiten.

I. Vorüberlegung: Europäisches Strafrecht als integrales Teilgebiet des Strafverfassungsrechts

Originär mit dem Konzept des Strafverfassungsrechts¹ verbunden ist das Anerkenntnis, dass das Recht und seine Veränderung im Zusammenspiel mehrerer Ebenen erfolgt: Über die schlichte Aussage, dass normenhierarchisch höherrangige Rechtsquellen dem Strafrecht² und der Strafgesetzgebung Grenzen setzen („top-down“), hinausgehend richtet dieses Konzept den Blick auch auf Konstitutionalisierungsprozesse, auf kriminalpolitische³ Prozesse und sonstige

¹ Zur Konzeptionalisierung des Strafverfassungsrechts und seiner Entwicklungsgeschichte siehe *D. Brodowski*, Die Evolution des Strafrechts, 2022, Einführung I.1. Nachfolgend greife ich in erheblichem Umfang und in teils wörtlicher Übernahme (vgl. VVdStRL 72 [2012], 701 [707 Nr. 48]) auf Teile dieser bei Nomos veröffentlichten Habilitationsschrift zurück. Der Verf. dankt dem Verlag herzlich für das freundliche Einverständnis.

² In bewusster Inkaufnahme der Ambiguität dieses Begriffs, der sich auch auf das Strafvollzugsrecht, das Strafgerichtsverfassungsrecht und das Recht der europäischen und internationalen Zusammenarbeit in Strafsachen beziehen kann. Zum Zuschnitt dieses Beitrags auf das materielle Strafrecht siehe noch sogleich im Text.

³ Zur Konzeptionalisierung der Kriminalpolitikwissenschaft siehe *D. Brodowski* (Fn. 1), Einführung I.2.

Interaktionen zwischen diesen Ebenen, etwa Resistenzen des Strafrechts gegenüber einer verfassungsrechtlichen Einhegung („*bottom-up*“). Damit ist mit dem Begriff des Strafverfassungsrechts neben dem nationalen Verfassungsrecht untrennbar auch jede andere Rechtsordnung aufgerufen, die dem „einfachen“ Strafrecht, seiner Entwicklung und seiner Anwendung (Rahmen-)Vorgaben setzt. Dies lässt es in erster Annäherung zu, das im Zentrum dieses Beitrags stehende „Europäische Strafrecht“⁴ als integrales Teilgebiet des Strafverfassungsrechts zu verstehen.⁵

1. Primär- und Sekundärrecht der Europäischen Union

Damit sind zunächst das Primär- und Sekundärrecht der Europäischen Union aufgerufen. Begrifflich liegt dies zwar nur beim „Unionsverfassungsrecht“ und damit beim EUV, AEUV und der GrCh als den wesentlichen Rechtsquellen des EU-Primärrechts nahe.⁶ Doch auch das EU-Sekundärrecht vermag, wie bereits ein Blick in Art. 288 UAbs. 3 AEUV zeigt, den nationalen Strafgesetzgeber *rechtlich* klar zu binden. Diese Verpflichtung (wenigstens) zu einer „Eins-zu-eins“-Umsetzung wird auch *kriminalpolitisch* von den zentralen politischen Akteuren in Deutschland sehr ernst genommen.⁷ Zusätzliche Wirkmacht wird dem EU-Strafrecht verliehen, soweit es (bislang: ausnahmsweise) als Verordnung unmittelbar in den Mitgliedstaaten gilt⁸ und Anwendungsvorrang⁹ gegenüber widerstreitenden nationalen Regelungen genießt; daneben führt auch der Mechanismus der unmittelbaren Wirkung klar ersichtlich zur Einflussnahme europäischer (Rahmen-)Vorgaben auf das nationale Recht und seine Anwendung.¹⁰

⁴ In erneut bewusster Inkaufnahme der Ambiguität dieses Begriffs, der neben dem Recht der Europäischen Union auch die EMRK und (regionales) Völkervertragsrecht, insbesondere Konventionen des Europarats, mit einschließt. Zu völkerrechtlichen Pönalisierungsvorgaben, die etwa aus *ius cogens*-Rechtssätzen folgen können, siehe *D. Brodowski* (Fn. 1), § 1 III.1.c. m. w. N.

⁵ Vgl. auch *M. Jahn*, Strafverfassungsrecht: Das Grundgesetz als Herausforderung für die Dogmatik des Straf- und Strafverfahrensrechts, in: Tiedemann u. a. (Hrsg.), *Die Verfassung moderner Strafrechtspflege*, 2016, S. 63/65: „Strafverfassungsrecht des europäischen Mehrebenensystems“.

⁶ Zum Begriff des Unionsverfassungsrechts siehe nur *C. Burchard*, *Die Konstitutionalisierung der gegenseitigen Anerkennung*, 2019, S. 11 ff. m. w. N.

⁷ Vgl. *D. Brodowski* (Fn. 1), § 1 III.1.d.bb. m. w. N.

⁸ So im Bereich des Rechtshilferechts in der Verordnung (EU) 2018/1805 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 14.11.2018 über die gegenseitige Anerkennung von Sicherstellungs- und Einziehungsentscheidungen, *AbIEU* 2018 L 303 v. 28.11.2018, S. 1, oder im Kontext der Europäischen Staatsanwaltschaft – unbeschadet des Art. 5 Abs. 3 VO (EU) 2017/1939 und weiterer vergleichbarer Detailregelungen – und der Verordnung (EU) 2017/1939 des Rates vom 12.10.2017 zur Durchführung einer Verstärkten Zusammenarbeit zur Errichtung der Europäischen Staatsanwaltschaft (EUStA), *AbIEU* 2017 L 283 v. 31.10.2017, S. 1.

⁹ Siehe nur *B. Jähnke/E. Schramm*, *Europäisches Strafrecht*, 2017, S. 20 ff.

¹⁰ Allgemein zur unmittelbaren Wirkung *M. Nettesheim*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim,

2. Konventionen des Europarats und sonstiges Völkervertragsrecht

Als weitere Einflussquelle und als weitere Quelle für Vorgaben an den nationalen Strafgesetzgeber werden gemeinhin die – insbesondere im Rahmen des Europarats ausverhandelten¹¹ – Konventionen und Übereinkommen gesehen.¹² In der Tat enthalten diese eine völkervertragliche Verpflichtung der Vertragsstaaten, ihre jeweilige Strafrechtsordnung an die (Pönalisierungs-)Vorgaben der Konvention, soweit erforderlich, anzupassen und diese auch zukünftig im Einklang mit diesen Vorgaben zu halten, was für eine Einstufung dieser Konventionen und Übereinkommen als strafverfassungsrechtliche Vorgaben spricht. Doch es ist reichlich Wasser in den Wein zu gießen:

a) Freiwilliger Vertragsschluss, begrenzte Bindungswirkung und freie Lösbarkeit des Vertrages

Ganz grundsätzlich¹³ steht es nämlich *rechtlich* im Belieben der Staaten, ob sie eine derartige völkervertragliche Bindung eingehen wollen oder nicht.¹⁴ Insbesondere tritt die volle völkerrechtliche Bindung erst mit der Ratifikation des Vertrags ein, sodass es der Gesetzgeber selbst in der Hand hat zu entscheiden, ob er sich selbst eine entsprechende (Pönalisierungs-)Vorgabe auferlegen will. Bemerkenswerterweise erfolgt in der Praxis der deutschen Strafgesetzgebung die Anpassung an die Vorgaben völkervertraglicher Regelwerke daher in aller

73. EL 2021, Art. 288 AEUV Rn. 133 ff. Unbestritten ist, dass eine solche unmittelbare Wirkung nicht *strafbegründend* wirken darf (EuGH [GK], Ur. v. 3.5.2005 – C-387/02, C-391/02 und C-403/02 [Berlusconi u. a.], Rn. 73 f.; hierzu, statt mehrerer, *H. Satzger*, Europäisches und Internationales Strafrecht, 9. Aufl. 2020, § 9 Rn. 67). Nicht ausgeschlossen sind jedoch Auswirkungen etwa auf das Verjährungsrecht (EuGH [GK], Ur. v. 5.12.2017 – C-42/17 [M.A.S. und M.B.]; EuGH [GK], Ur. v. 8.9.2015 – C-105/14 [Taricco u. a.]).

¹¹ *F. Meyer*, Strafrechtsgenese in Internationalen Organisationen, 2012, S. 254 ff./273 ff.; siehe zudem den Überblick bei *W. Schomburg*, in: Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht/Sieber/Satzger/von Heintschel-Heinegg (Hrsg.), Europäisches Strafrecht, 2. Aufl. 2014, § 4 Rn. 1 ff., 11 f.; *B. Hecker*, Europäisches Strafrecht, 5. Aufl. 2015, § 3 Rn. 11, 17; *K. Ambos*, Internationales Strafrecht, 5. Aufl. 2018, § 9 Rn. 24, § 10 Rn. 2 ff.

¹² Zusammenfassend *M. Böse*, Die Harmonisierung des materiellen Strafrechts durch das Völker- und Europarecht, Ein Überblick – Teil 1, ZJS 2019, S. 1 ff.; *M. Böse*, Die Harmonisierung des materiellen Strafrechts durch das Völker- und Europarecht, Ein Überblick – Teil 2, ZJS 2019, S. 85 ff.; *C.-F. Stuckenberg*, Internationalisierung und Strafrecht, in: Hoven/Kubiściel (Hrsg.), Zukunftsperspektiven des Strafrechts, 2020, S. 223/229 f./232 ff.

¹³ Ausnahme ist die Resolution S/RES/1373 (2001) des VN-Sicherheitsrates. Diese enthielt – neben einer eigenständigen Pönalisierungspflicht (Nr. 1 lit. b) – auch die Aufforderung zum Abschluss des Übereinkommens zur Bekämpfung der Finanzierung des Terrorismus vom 9.12.1999 (Nr. 3 lit. d). Näher zu dieser Resolution aus strafrechtlicher Sicht *F. Meyer* (Fn. 11), S. 229 ff.; *J. Macke*, UN-Sicherheitsrat und Strafrecht, 2010; siehe ferner *D. Brodowski* (Fn. 1), § 1 III. 1. c) bb) bbb).

¹⁴ Hingegen haben – mit Ausnahme Dänemarks und Irlands – die Mitgliedstaaten der EU in Bezug auf strafrechtsrelevantes Sekundärrecht kein „opt-out“ und grundsätzlich auch kein Vetorecht; siehe näher unten II.3.

Regel vor oder spätestens gleichzeitig mit dem Ratifikationsgesetz.¹⁵ Eng verbunden mit der Freiwilligkeit des Vertragsschlusses ist die häufig bereits im Vertragstext verankerte und auch genutzte Möglichkeit, die Reichweite der vertraglichen Bindung durch Vorbehalte einzuzugrenzen¹⁶ und durch Erklärungen zu konkretisieren.

Zusätzlich hat das BVerfG vor wenigen Jahren klargestellt, dass der Gesetzgeber unbeschadet der „Völkerrechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes“ grundsätzlich¹⁷ dazu befugt ist, „vom völkerrechtlich Vereinbarten abweichende Gesetze zu erlassen“.¹⁸ Da Zustimmungsgesetze zu völkerrechtlichen Verträgen grundsätzlich nur den Rang einfacher Bundesgesetze innehaben, greife die Kollisionsregel *lex posterior derogat legi priori*; aus Art. 59 Abs. 2 Satz 1 GG eine Sperrwirkung gegen ein völkervertragswidriges Gesetz (*treaty override*) anzunehmen, widerspreche dem „Demokratieprinzip (Art. 20 Abs. 1 und Abs. 2 GG) und dem Grundsatz der parlamentarischen Diskontinuität.“¹⁹ Vielmehr müssen

„spätere Gesetzgeber – entsprechend dem durch die Wahl zum Ausdruck gebrachten Willen des Volkes – innerhalb der vom Grundgesetz vorgegebenen Grenzen Rechtssetzungsakte früherer Gesetzgeber revidieren können“.²⁰

Schließlich ist Deutschland grundsätzlich ohne Weiteres befugt, sich im Einklang mit dem Völkerrecht (zu Grenzen siehe insbesondere Art. 56 WRV) von einer völkervertraglich eingegangenen Bindung wieder zu lösen;²¹ namentlich enthalten Strafrechtsübereinkommen des Europarats regelmäßig Bestimmungen über die (einseitige) Kündigung. Unbeschadet des Streits, ob innerstaatlich

¹⁵ Exemplarisch verabschiedete der Bundestag das Ratifikationsgesetz zum VN-Übereinkommen zur Bekämpfung nuklearterroristischer Handlungen am gleichen Tag wie das Gesetz zur Umsetzung des VN-Übereinkommens vom 13.4.2005 zur Bekämpfung nuklearterroristischer Handlungen v. 26.10.2007, BGBl. I, S. 2523; die strafrechtliche Umsetzung der sog. „Istanbul“-Konvention erfolgte bereits mit dem 49. StrÄndG im Januar 2015, während das Ratifikationsgesetz über zwei Jahre später verabschiedet (BGBl. 2017 II, S. 1026, ber. BGBl. 2018 II, S. 119) und die Ratifikationsurkunde erst im Dezember 2018 hinterlegt wurde (BGBl. 2018 II, S. 142).

¹⁶ Exemplarisch Art. 11 Abs. 3 (Europarat-)Übereinkommen über Computerkriminalität, SEV Nr. 185.

¹⁷ Ausnahmen können bei zwingenden allgemeinen Regeln des Völkerrecht bestehen, ebenso im Bereich der Europäischen Union, vgl. BVerfGE 141, 1, Rn. 34, 45. Zur EMRK siehe noch sogleich I.3.

¹⁸ BVerfGE 141, 1, Rn. 55, 64 ff.

¹⁹ BVerfGE 141, 1, Rn. 50 ff.

²⁰ BVerfGE 141, 1, Rn. 53.

²¹ Zwar sieht das EU-Primärrecht in Art. 50 EUV einen Austritt explizit vor. Doch es ist zumindest diskutabel, dass ein Austritt Deutschlands durch Art. 23 GG verwehrt wird; vgl. BVerfGE 123, 267/395 f.; S. *Schmahl*, in: Sodan, 4. Aufl. 2018, Art. 23 GG Rn. 2; R. *Streinz*, in: Sachs, 9. Aufl. 2021, Art. 23 GG Rn. 10; relativierend R. *Scholz*, in: Maunz/Dürig, Bd. III, 94. EL 2021, Art. 23 GG Rn. 42.

hierfür (auch) der Bundestag²² oder (nur) die Bundesregierung²³ zuständig ist, begrenzt auch dies die rechtliche Bedeutung solcher völkervertraglichen Pönalisierungsvorgaben.

b) Kriminalpolitische Bedeutung

Nicht zu unterschätzen ist jedoch die kriminalpolitische Bedeutung völkerrechtlicher Konventionen und sogar normenhierarchisch unterhalb dieses Vertragsrechts stehender „soft law“-Maßgaben²⁴: Je stärker diese ein universales oder auch nur europäisch geeintes Verständnis von gebotenen strafrechtlichen Maßnahmen ausdrücken,²⁵ desto stärker ist der auf den einzelnen Staaten lastende (mediale, „politische“ und wirtschaftliche) Druck, einen entsprechenden Vertrag abzuschließen²⁶ und zukünftig eine bereits eingegangene Bindung aufrechtzuerhalten. Gelegentlich reicht dies sogar so weit, dass politische Akteure eine „Verpflichtung“ Deutschlands zum Vertragsschluss bzw. zur Erfüllung von schlichten „Empfehlungen“ transnationaler Evaluierungsgremien (insbesondere GRECO und FATF)²⁷ empfinden oder dies jedenfalls als Argumentationsmuster verwenden.²⁸ Exemplarisch für die kriminalpolitische Wirkmacht

²² So *M. Nettesheim*, in: Maunz/Dürig, Bd. IV, 94. EL 2021, Art. 59 GG Rn. 140 m. w. N.

²³ BVerfGE 141, 1, Rn. 55, 89 ff.; BVerfGE 68, 1/83 ff.; *H. Butzer/J. Haas*, in: Schmidt-Bleibtreu/Klein/Hofmann/Henneke, 14. Aufl. 2018, Art. 59 GG Rn. 65; *R. Streinz*, in: Sachs (Fn. 21), Art. 59 GG Rn. 46.

²⁴ *M. Herdegen*, Völkerrecht, 20. Aufl. 2021, § 20 Rn. 4; *W. Graf Vitzthum*, in: Graf Vitzthum/Proelß (Hrsg.), Völkerrecht, 8. Aufl. 2019, 1. Abschn. Rn. 14, 68 f., 152. Zur Begriffsgeschichte *J. Schwarze*, Soft Law im Recht der Europäischen Union, EuR 2011, S. 3 (3 in Fn. 1).

²⁵ Vgl. hierzu auch *J. Vogel*, Evaluation von Kriminaljustizsystemen, JZ 2004, S. 487/488 f.

²⁶ Vgl. *F. Walther*, Anmerkungen zur geplanten Neufassung von § 299 StGB, NZWiSt 2015, S. 255/255 f.; *A. Haase*, Computerkriminalität im Europäischen Strafrecht, 2017, S. 23.

²⁷ Zu GRECO *A. Eser/M. Kubiciel*, Institutions against Corruption, 2005, S. 13 ff. sowie krit. *H. Rosenau*, in: SSW-StGB, 5. Aufl. 2021, § 108e StGB Rn. 4; *P. Hauck*, Über Sinn und Widersinn der von GRECO unterbreiteten Vorschläge zur Änderung der Korruptionstatbestände in §§ 108e, 299 und 331 ff. StGB, wistra 2010, S. 255 ff.; zur FATF *F. Herzog/O. C. Achteik*, in: Herzog, Geldwäschegesetz, 4. Aufl. 2020, Einleitung Rn. 63 ff.; *M. Korte*, Das Verhältnis von Strafrechtsdogmatik zu Kriminalpolitik und Praxis der Strafrechtspflege – Ein Beitrag aus Sicht eines Ministerialbeamten, in: Tiedemann u. a. (Hrsg.), Die Verfassung moderner Strafrechtspflege, 2016, S. 495/497 f. sowie umfassend *B. Weißer*, Expertokratie? – Über Macht und Ohnmacht von Experten im Hinblick auf die Strafrechtsentwicklung, ZStW 129 (2017), S. 961/965 ff.

²⁸ Eindrücklich z. B. BT-Drs. 17/10745, S. 1 („Deutschland hat sich verpflichtet, diese Standards [der FATF] in nationales Recht umzusetzen“); zuvor BT-Drs. 17/6804, S. 1 sowie gleichlautend BT-Drs. 17/4182, S. 4, BT-Drs. 17/3023, S. 1 („Deutschland [...] hat sich stets zur nationalen Umsetzung der FATF-Empfehlungen bekannt.“); *D. Wiese*, BT-Prot. 18/130, S. 12699 („Zusätzlich haben wir [...] die Strafbarkeit der Selbstgeldwäsche entsprechend den Vorgaben der Financial Action Task Force erweitert.“); moderater BT-Drs. 18/4087, S. 7 („Darüber hinaus wird bestrebt, den als internationale Standards geltenden Empfehlungen der [...] Financial Action Task Force (FATF) nachzukommen.“). Siehe auch *U. Sieber*, Der Paradigmenwechsel vom Strafrecht zum Sicherheitsrecht: Zur neuen Sicherheitsarchitektur der globalen Risikogesellschaft, in: Tiedemann u. a. (Hrsg.), Die Verfassung moderner Strafrechtspflege,

völkerrechtlicher Verträge mit materiell-strafrechtlichem Gehalt möge stehen, dass Deutschland sich mit seinem Zögern bei der Ratifikation des Europarat-Strafrechtsübereinkommens über Korruption²⁹ auf internationalem Parkett zwar (noch) nicht vollends ins Abseits manövriert hatte, aber doch immer stärkerem „peer pressure“ seitens anderer Staaten, hier vor allem der Evaluationsgruppe GRECO, und aus der Wirtschaft ausgesetzt war. Dies dürfte entscheidend dazu beigetragen haben, dass die weitreichenden politischen Widerstände gegen die zur Umsetzung dieses Übereinkommens notwendige Ausweitung der Abgeordnetenbestechung (§ 108e StGB)³⁰ letztlich überwunden werden konnten.³¹ Ähnlich nahm der öffentliche Druck bis zur Ratifikation der sog. Istanbul-Konvention³² deutlich und stetig zu.

Unbeschadet dieses kriminalpolitischen Drucks zum Tätigwerden verbleibt ein deutlicher Umsetzungsspielraum, der nicht nur aus offenen Formulierungen in den Übereinkommen selbst, sondern auch aus einer größeren (und nur kaum verhohlenen) Bereitschaft zu mehr oder weniger deutlichen Abweichungen vom völkervertraglich eigentlich Gebotenen resultiert. Denn die Sanktionsmechanismen des Völkervertragsrechts sind – auch und gerade in diesem Bereich – vergleichsweise gering, können aber insbesondere durch Evaluierungsmechanismen³³ und kontinuierliche Begleitung durch Nichtregierungsorganisationen und die Wissenschaft erneut an kriminalpolitischer Wirkmacht gewinnen.

3. Sonderfall EMRK

Zwar handelt es sich bei der strafrechtsrelevanten EMRK im Ausgangspunkt ebenfalls um eine bloße völkervertragliche Konvention des Europarats, für die mithin dieselben Begrenzungen – insbesondere die innerstaatliche Geltung als bloß einfaches Bundesrecht, die Möglichkeit eines „treaty override“³⁴ und einer

2016, S. 351/356 („internationale[...] Vorgaben“ der FATF). Zusammenfassend zur faktischen Bindungswirkung bereits *J. Vogel*, S. 487/491 (Fn. 25): „Dass es sich selbst ein so gewichtiger Staat wie die Bundesrepublik Deutschland nicht leisten kann, derartigem Anpassungsdruck zu widerstehen, zeigt die Gesetzgebungsgeschichte der Geldwäsche“. Umfassend zu den Wirkmechanismen *F. Meyer* (Fn. 11), S. 485 ff. sowie *B. Weißer*, S. 961/973 ff. (Fn. 27).

²⁹ ETS Nr. 173.

³⁰ Hierzu *M. E. Möhrenschrager*, Die Struktur des Straftatbestandes der Abgeordnetenbestechung auf dem Prüfstand – Historisches und Künftiges, in: Festschrift für Ulrich Weber zum 70. Geburtstag, 2004, S. 217/229 f.; siehe auch *E. Kempf*, Sie wollen es einfach nicht – Überlegungen zu einer Neufassung der Abgeordnetenbestechung und -bestechlichkeit (§ 108e StGB), in: Festschrift für Wolf Schiller zum 65. Geburtstag am 12. Januar 2014, 2014, S. 359/360 ff.

³¹ Siehe hierzu nur *H. E. Müller*, in: MK-StGB, Bd. 3, 4. Aufl. 2021, § 108e StGB Rn. 9f.; krit. *H. Rosenau*, in: SSW-StGB (Fn. 27), § 108e StGB Rn. 1, 4; vgl. auch *A. Sinn*, in: SK-StGB, Bd. III, 9. Aufl. 2019, § 108e StGB Rn. 1 ff.

³² ETS Nr. 210.

³³ Grundlegend *J. Vogel*, S. 487 ff. (Fn. 25).

³⁴ So ausdrücklich in BVerfGE 111, 307/318 f.; BVerfGE 128, 326/371 f. in Bezug auf möglicherweise entgegenstehendes Verfassungsrecht angesprochen.

Kündigung (Art. 58 EMRK) – zu beachten sind. Zum einen hat allerdings das Bundesverfassungsgericht klargestellt, dass

„[d]er Konventionstext und die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte [...] auf der Ebene des Verfassungsrechts als Auslegungshilfen für die Bestimmung von Inhalt und Reichweite von Grundrechten und rechtsstaatlichen Grundsätzen des Grundgesetzes“ dienen,³⁵

was die Wechselwirkung zwischen beiden Ebenen nachdrücklich unterstreicht. Zum anderen wäre es Deutschland selbst durch Kündigung der EMRK nicht möglich, sich substantziell von deren materiellen Gewährleistungen zu lösen, weil es sich dabei im Wesentlichen um allgemeines, wenngleich regionales Völkergewohnheitsrecht handelt und daher eine Bindung Deutschlands durch Art. 25 GG vorgegeben ist.³⁶

4. Zusammenführung

Während das EU-Recht und auch die EMRK somit integrale Bestandteile des Strafverfassungsrechts sind, ist dies in Bezug auf sonstige strafrechtsrelevante Handlungsformen auf trans-, supra- und internationaler Ebene³⁷ deutlich differenzierter zu bewerten, weil deren *rechtliche* – anders als deren *politische* – Bedeutung erheblichen Begrenzungen unterworfen ist und dem nationalen Strafgesetzgeber insbesondere die Befugnis eines „treaty override“ verbleibt. Insofern lässt sich – anders als in Bezug auf das EU-Recht – gerade nicht von einem (für das Strafverfassungsrecht sprechenden) Über-Unterordnungsverhältnis³⁸ und damit auch nicht von mehreren, hierarchisch organisierten Ebenen sprechen. Treffender erscheint insoweit das Bild eines Netzwerks verschiedener Akteure ohne klare Über-Unterordnung, aber mit starken Versuchen wechselseitiger Einflussnahme.

Diese markante Unterscheidung zwischen EU-Recht einerseits, Völkervertragsrecht andererseits sei zum Anlass genommen, die nachfolgende Untersuchung auf den – auch quantitativ besonders bedeutenden³⁹ – erstgenannten Bereich zuzuspitzen. Hierfür spricht auch, dass sich in diesem Bereich ein komplexes Geflecht zwischen beiden Ebenen herausgearbeitet hat, das auf seine

³⁵ BVerfGE 128, 326 Ls. 2/367ff.

³⁶ Vgl. F. Arndt/A. Engels, in: Karpenstein/Mayer, 2. Aufl. 2015, Art. 58 EMRK Rn. 2; T. Giegerich, in: Dörr/Grote/Marauhn (Hrsg.), EMRK/GG, 2. Aufl. 2013, Kap. 2 Rn. 56ff. m. w. N.; zur Streitfrage, ob auch regionales Völkergewohnheitsrecht allgemein sein kann, siehe nur M. Herdegen, in: Maunz/Dürig (Fn. 21), Art. 25 GG Rn. 39; R. Hofmann, in: Umbach/Clemens, Mitarbeiterkommentar zum Grundgesetz, 2002, Art. 25 GG Rn. 15.

³⁷ Zu völkerrechtlichen Pönalisierungsvorgaben siehe aber bereits oben in Fn. 4.

³⁸ Unbeschadet der Wechselwirkungen zwischen den „Ebenen“.

³⁹ So gingen 14,5 % aller materiell-strafrechtlichen Änderungsgesetze der 13. bis 18. Legislaturperiode auf strafrechtliche Vorgaben des sekundären Unionsrechts, 14,5 % auf nicht-strafrechtliche Rechtsetzung der EU und 4,0 % auf strafrechtliche EG-Übereinkommen bzw. Protokolle zurück, 12,9 % auf Völkervertragsrecht (Mehrfachzählungen möglich).

strafrechtlichen Spezifika bzw. auf eine etwaige Sonderstellung des Strafrechts hin zu untersuchen ist. Zudem sei nachfolgend der Fokus vorrangig auf Fragen des materiellen Strafrechts gerichtet.

II. Sonderstellung des Strafrechts im EU-Recht und die europäische Rahmensetzung für nationale Strafrechtsordnungen („top-down“)

Sucht man nach Anhaltspunkten für eine Sonderstellung des Strafrechts im EU-Recht, so bietet es sich an, diese Frage in drei Dimensionen zu klären: In *kompetenzieller* Hinsicht sind die Handlungsmöglichkeiten und -formen der EU auf Divergenzen zu sonstigen Regelungsgebieten (1.), in *materieller* Hinsicht auf – insbesondere aus der GrCh folgende – strafrechtsspezifische Begrenzungen (2.) zu untersuchen. Hinzu tritt die Untersuchung strafrechtsspezifischer Elemente im Normsetzungsprozess (3.). Dabei ist inzident jeweils auch auf die Frage einzugehen, was aus Sicht des EU-Rechts als „Strafrecht“ zu klassifizieren ist.

1. Kompetenzielle Sonderstellung des Strafrechts?

In kompetenzieller Hinsicht wird mit dem Begriff des Strafrechts vor allem Titel V Kapitel 4 des AEUV (Art. 82 ff. AEUV) verbunden, in materiell-strafrechtlicher Hinsicht somit vorrangig die Strafrechtsangleichungskompetenz in Art. 83 AEUV, daneben eine Handvoll weiterer Vorschriften des Primärrechts mit jedenfalls diskutablen strafrechtlichen Gehalt.⁴⁰ Sämtliche dieser Kompetenztitel befinden sich, seit der Auflösung der bisherigen Säulenstruktur durch den Vertrag von Lissabon,⁴¹ im einheitlichen Rahmen des Unionsrechts. Insbesondere hat sich mit Art. 83 Abs. 2 AEUV der Streit um Existenz und Reichweite einer innerhalb der vormaligen „ersten Säule“ des Gemeinschaftsrechts be-

⁴⁰ Neben Art. 30 EuGH-Satzung (hierzu u. a. *R. Esser*, *Europäisches und Internationales Strafrecht*, 2. Aufl. 2018, § 2 Rn. 40 ff.; *B. Jähnke/E. Schramm* [Fn. 9], S. 118; *C. Safferling*, *Internationales Strafrecht*, 2011, § 11 Rn. 31; *H. Satzger* [Fn. 10], § 8 Rn. 11) vor allem Art. 325 Abs. 4 AEUV (hierzu u. a. *K. Ambos* [Fn. 11], § 9 Rn. 22 m. w. N.; *R. Esser*, *Europäisches und Internationales Strafrecht*, 2. Aufl. 2018, § 2 Rn. 125; *B. Hecker* [Fn. 11], § 4 Rn. 81 f.; *B. Jähnke/E. Schramm* [Fn. 9], S. 128 ff.; *H. Satzger* [Fn. 10], § 8 Rn. 18 ff., insbes. Rn. 25; *M. Mansdörfer*, *Das europäische Strafrecht nach dem Vertrag von Lissabon – oder: Europäisierung des Strafrechts unter nationalstaatlicher Mitverantwortung*, HRRS 2010, S. 11/18; *J. Vogel/D. Brodowski*, in: *Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht/Sieber/Satzger/von Heintschel-Heinegg* [Fn. 11], § 5 Rn. 5, 6b) sowie Art. 33 AEUV (hierzu u. a. *K. Ambos* [Fn. 11], § 9 Rn. 23 m. w. N. sowie *J. Vogel/D. Brodowski*, in: *Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht/Sieber/Satzger/von Heintschel-Heinegg* [Fn. 11], § 5 Rn. 6, 6b; a. A. *B. Jähnke/E. Schramm* [Fn. 9], S. 126).

⁴¹ Dies gilt mit Ablauf der Übergangsfrist zum 1.12.2014 auch für Sekundärrecht, das noch auf Grundlage früheren Primärrechts erlassen wurde.

stehenden kriminalstrafrechtlichen Anweisungskompetenz erübrigt;⁴² die vor- maligen Vorbehalte gegen den Einsatz des Strafrechts in der „ersten Säule“ wurden mit Art. 33, 325 Abs. 4 AEUV gestrichen.⁴³ Auch der verbliebenen Dif- ferenzierung zwischen Art. 83 Abs. 1 AEUV (Strafrecht in Delikt Bereichen mit grenzüberschreitender Dimension) und Art. 83 Abs. 2 AEUV (Strafrecht in harmonisierten Politikbereichen) sollte nicht zu viel Bedeutung zugemessen werden, da in rechtlicher Perspektive⁴⁴ jeweils genuine Unionsinteressen – sei es die verlässliche Verfolgung grenzüberschreitender Kriminalität, sei es die Durchsetzung des Unionsrechts⁴⁵ – im Vordergrund stehen, nicht hingegen eine „stellvertretende“ Strafrechtssetzung auf europäischer statt auf nationaler Ebene. Zudem ist – besonders deutlich im Bereich der Geldwäsche- und Kor- ruptionsdelikte – eine Tendenz zu verzeichnen, dass die Grenzen zwischen Art. 83 Abs. 1 und Abs. 2 AEUV zunehmend verwischen.

Die in Art. 83 AEUV enthaltene – und auch bei Art. 33, 325 Abs. 4 AEUV diskutierte⁴⁶ – Begrenzung auf die Handlungsform der Richtlinie ist zwar im AEUV eher ungewöhnlich, aber auch in diversen anderen Rechtsgebieten, namentlich im Kontext der Niederlassungs- (Art. 50 Abs. 1, Art. 52 Abs. 2, Art. 53 Abs. 1 AEUV) und Dienstleistungsfreiheit (Art. 59 Abs. 1 AEUV), der Sozial- politik (Art. 153 Abs. 2 lit. b AEUV) und des konsularischen Schutzes (Art. 23 AEUV) anzutreffen. Es ginge zu weit, bereits hieraus – oder auch aus dem auf bestimmte Kriminalitätsbereiche begrenzten Art. 83 Abs. 1 AEUV – eine Son- derstellung allein des Strafrechts zu konstruieren; ein klarer gemeinsamer Topos lässt sich den vorgenannten Rechtsgebieten in Abgrenzung zu anderen Gebieten des Unionsrechts nicht entnehmen. Vielmehr markieren diese Begren- zungen lediglich das Prinzip der begrenzten Einzelmächtigung und die Herrschaft der Mitgliedstaaten über die Übertragung von Hoheitsrechten an die EU. Es lässt sich daher daraus allenfalls eine Zurückhaltung der Mitglied- staaten entnehmen, Kompetenzen zum Erlass unmittelbar anwendbarer (Kri- minal-)Strafvorschriften an die EU zu übertragen.

Die grundlegende kompetenzielle Konstruktion des durch die EU und ihre Mitgliedstaaten aufgespannten Mehrebenensystems erweist sich somit nicht (mehr) als strafrechtsspezifisch oder als eine Sonderstellung des Strafrechts an- erkennend. Der kompetenzielle Rahmen und die Handlungsformen bewegen sich vielmehr im Bereich des Üblichen. Auch die Durchsetzungsmechanismen

⁴² Siehe hierzu zuvor EuGH [GK], Urt. v. 13.9.2005 – C-176/03 (Kommission/Rat) sowie EuGH [GK], Urt. v. 23.10.2007 – C-440/05 (Kommission/Rat) sowie ergänzend, statt vieler, *M. Mansdörfer*, S. 11/17 (Fn. 40).

⁴³ Hierzu u. a. *J. Vogel/D. Brodowski*, in: Max-Planck-Institut für ausländisches und inter- nationales Strafrecht/Sieber/Satzger/von Heintschel-Heinegg (Fn. 11), § 5 Rn. 6a m. w. N.

⁴⁴ Zu den inzwischen deutlich mitigierten Gefahren eines „policy laundering“ siehe *D. Brodowski* (Fn. 1), § 5 II.2.b.

⁴⁵ Siehe nur *J. Vogel/J. Eisele*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Fn. 10), Art. 82 AEUV Rn. 8 ff.

⁴⁶ Vgl. *H. Satzger* (Fn. 10), § 8 Rn. 18 ff., insbesondere Rn. 25.

sind im Ausgangspunkt strafrechtsneutral: So ist bezogen auf unmittelbar geltendes Unionsrecht der Anwendungsvorrang im Strafrecht gleichermaßen wie in anderen Rechtsgebieten beachtlich; so gibt es (seit 2014) keine Besonderheiten hinsichtlich Vertragsverletzungs- und im Vorabentscheidungsverfahren; und so ist auch im Strafrecht der Durchsetzungsmechanismus einer unmittelbaren Wirkung nicht umgesetzter europarechtlicher Vorgaben denkbar, solange dies nicht strafbegründend wirkt.⁴⁷ Letzteres erscheint zwar in strafrechtsspezifischem Gewand und wurde vom EuGH auch strafrechtsspezifisch begründet; doch in sonstigem Kontext lehnt der EuGH ebenfalls eine Umkehrung der vertikalen Wirkung von Richtlinien⁴⁸ und auch eine Horizontalwirkung ab.⁴⁹

Parallel zu alledem ist jedoch zu verzeichnen, dass der europäische Gesetzgeber in zunehmendem Maße zur Rechtsdurchsetzung auf supranationale europäische oder zumindest auf europäisierte Verwaltungssanktionen zurückgreift, die zwar keine Freiheitsentziehung als Sanktion vorsehen, in ihren wirtschaftlichen Wirkungen aber mit einem Kriminalstrafrecht durchaus vergleichbar sind.⁵⁰ Neben dem altbekannten europäischen Kartellsanktionenrecht und den für sich stehenden sog. „smart sanctions“⁵¹ ist in jüngerer Zeit insbesondere auf den Sanktionsmechanismus der DS-GVO (Art. 83 DS-GVO) und aktuell auf vergleichbare Mechanismen im Vorschlag eines „Digital Services Act“⁵² zu verweisen. Ob der legislative Fokus auf diese Verwaltungssanktionen allein einer fehlenden Kompetenz zur Setzung „kriminalstrafrechtlicher“ Regelungen geschuldet ist oder aber Sachgründe dafür sprechen, gezielt Unternehmen bzw. Verbände (und nicht die für diese handelnden Personen) durch spezifische (und möglicherweise besonders „schlanke“ und „effektive“) Sanktionierungsprozeduren in die Pflicht zu nehmen, ist zwar ungeklärt. Doch Ausdruck einer normativen „Schonung“ des Strafrechts ist dies sicherlich nicht, wengleich die nationalen Strafgesetzbücher hierdurch faktisch möglicherweise von manchen „Fremdkörpern“ freigehalten werden.⁵³

⁴⁷ Siehe bereits oben bei und mit Fn. 10.

⁴⁸ Siehe nur *M. Nettesheim*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Fn. 10), Art. 288 AEUV Rn. 157, 158; *W. Schroeder*, in: Streinz, 3. Aufl. 2018, Art. 288 AEUV Rn. 100.

⁴⁹ Siehe nur *M. Nettesheim*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Fn. 10), Art. 288 AEUV Rn. 159, 160ff.; *W. Schroeder*, in: Streinz (Fn. 48), Art. 288 AEUV Rn. 101 ff. (mit Gegen Ausnahme bei bloßen Rechtsreflexen).

⁵⁰ Zur Frage, ob derartige Mechanismen als „Strafrecht“ bezeichnet werden können, siehe *D. Brodowski*, Supranationale europäische Verwaltungssanktionen: Entwicklungslinien – Dimensionen des Strafrechts – Legitimität, in: Tiedemann u. a. (Hrsg.), Die Verfassung moderner Strafrechtspflege, 2016, S. 141/151 ff.

⁵¹ Siehe hierzu neuerdings die Verordnung (EU) 2020/1998 sowie den Beschluss (GASP) 2020/1999 des Rates vom 7.12.2020 über restriktive Maßnahmen gegen schwere Menschenrechtsverletzungen und -verstöße, Abl. EU 2020 Nr. L 410 I, S. 1/13.

⁵² COM(2020) 825 final v. 15.12.2020; hierzu *D. Brodowski*, Strafrechtsrelevante Entwicklungen in der Europäischen Union – ein Überblick, ZIS 2021, S. 373/377.

⁵³ So hätte der Unionsgesetzgeber bei der Regulierung des Datenschutzes alternativ auch das Kriminalstrafrecht mittels Art. 83 Abs. 2 AEUV aktivieren können, was – bei spezifischer

2. Materielle Sonderstellung des Strafrechts?

In materieller Hinsicht fällt es auf den ersten Blick leicht, eine Sonderstellung des Strafrechts zu statuieren: Schließlich beziehen sich manche Garantien der GrCh – wie auch der EMRK – spezifisch auf strafrechtliche Sachverhalte, insbesondere die strafprozessual bedeutsamen Gewährleistungen in Art. 48, 50 GrCh sowie die materiell-strafrechtliche Gewährleistung der „Grundsätze der Gesetzmäßigkeit und der Verhältnismäßigkeit im Zusammenhang mit Straftaten und Strafen“ in Art. 49 GrCh. Allerdings ist zunächst festzuhalten, dass deren Reichweite nicht auf das Kriminalstrafrecht begrenzt ist, sondern sich auch auf weitere Sanktionierungsmechanismen und insbesondere das vorgenannte Kartell- und Datenschutzsanktionenrecht erstreckt. Namentlich übernahm der EuGH zur Bestimmung der garantierechtlichen Dimension zunächst die *Engel*-Kriterien des EGMR, sodass neben der Denomination auch Art und Schwere der Sanktion zu berücksichtigen sind. Wenngleich sich zwischenzeitlich die Rechtsprechung des EuGH von derjenigen des EGMR zu emanzipieren schien,⁵⁴ hat der EuGH in Bezug auf Art. 50 GrCh und das Zusammenspiel verschiedener Sanktionen erneut Kohärenz mit der (neuen) Rechtsprechung des EGMR angestrebt.⁵⁵ Bereits wegen dieser – gebotenen – Erstreckung grundrechtlicher Garantien auch auf weitere Sanktionsformen, wenngleich sie in Teilen nur abgeschwächt erfolgt,⁵⁶ fällt es im Ergebnis schwer, von einer Sonderstellung des *Kriminalstrafrechts* zu sprechen. Hinzu tritt auch im europäischen Kontext die in diesem Sammelband bereits andernorts⁵⁷ diskutierte Frage, ob und inwieweit sich diese Gewährleistungen – und deren eventuelle Einschränkung im Einklang mit Art. 52 GrCh – tatsächlich von allgemeinen Gewährleistungen des europäischen Menschenrechtsschutzes unterscheiden.⁵⁸

Neben diesen speziell strafrechtsbezogenen Garantien ist allerdings zusätzlich zu hinterfragen, ob bei der Prüfung strafrechtlicher Normen am Maßstab

Fokussierung von datenschutzrechtlich Verantwortlichen (i. d. R. Unternehmen bzw. Verbänden) – die Diskussion über ein Verbandssanktionenrecht weiter beflügelt hätte.

⁵⁴ Wegweisend EuGH, Urt. v. 26.2.2013 – C-617/10 Rz. 35 (Åkerberg Fransson) mit Verweis auf EuGH, Urt. v. 5.6.2012 – C-489/10, Rz. 37 (Bonda.); zuvor EGMR, Urt. v. 8.6.1976 – Nr. 5100/71 (Engel u. a. ./ Niederlande); siehe hierzu *D. Brodowski* (Fn. 50), S. 141/154f.

⁵⁵ Siehe einerseits EGMR, Urt. v. 15.11.2016 – Nr. 24130/11 u. 29758/11 (A. und B. ./ Norwegen.), andererseits EuGH, Urt. v. 20.3.2018 – C-524/15 (Menci); EuGH, Urt. v. 20.3.2018 – C-537/16 (Garlsson Real Estate u. a.); EuGH, Urt. v. 20.3.2018 – C-596/16 u. C-597/16 (Di Puma) m. Bespr. *S. Bock*, Schranken des Doppelbestrafungsverbots, *ZWH* 2018, S. 169; *K. Wegner*, Iterum iterumque in idem? – Einschränkungen des europäischen Mehrfachverfolgungsverbots bei Zusammentreffen von Kriminalstrafe und anderen Sanktionstypen, *HRRS* 2018, S. 205.

⁵⁶ Vgl. EGMR, Urt. v. 23.11.2006 – Nr. 73053/01 (Jussila ./ Finnland), § 43.

⁵⁷ Siehe hierzu den Beitrag von *F. Wapler* und den Kommentar von *M. Jahn*.

⁵⁸ Zur Frage, inwieweit sich das strafverfassungsrechtliche Gesetzlichkeitsprinzip des Grundgesetzes in Art. 103 Abs. 2 GG von allgemeinen Verfassungsprinzipien unterscheidet und daher eine Sonderstellung des Strafrechts begründet, siehe *D. Brodowski* (Fn. 1), § 7.

des Unions(primär)rechts Besonderheiten zu verzeichnen sind, die für deren Sonderstellung streiten. In Bezug auf strafrechtliche Verhaltensnormen⁵⁹ sind allerdings bei der Prüfung der Unionsrechtskonformität durch den EuGH⁶⁰ – gleich wie bei der Prüfung deren Konventionskonformität durch den EGMR⁶¹ – weder besonders kritische noch besonders zurückhaltende Maßstäbe zu verzeichnen. Zwar sind die Rechtsfolgen je nach unmittelbarer Anwendbarkeit der einer Verhaltensnorm entgegenstehenden unionsrechtlichen Bestimmung unterschiedlich (schlichte Unionsrechtswidrigkeit der Verhaltensnorm oder Unanwendbarkeit der Strafvorschrift wegen des Anwendungsvorrangs des Unionsrechts). Doch unterscheidet sich das Strafrecht hier nicht von anderen Verbotsnormen,⁶² insbesondere gibt es keinen vom Unionsrecht akzeptierten, allgemeinen „Strafrechtsvorbehalt“ der Mitgliedstaaten, der gegen das Unionsrecht in Stellung gebracht werden könnte.⁶³

Im Vergleich zur Zurückhaltung verfassungsgerichtlicher Prüfungsdichte auf nationaler Ebene beachtenswert ist aber die Rechtsprechung des EuGH zur Verhältnismäßigkeit der Sanktionsnorm. In drei jüngeren Entscheidungen be-

⁵⁹ Zur Unterscheidung zwischen primärer Verhaltens- und sekundärer Sanktionsnorm siehe ursprünglich *K. Binding*, Die Normen und ihre Übertretung, Buch 1, 4. Aufl., 1922, S. 35 ff./45; sowie aus neuerer und neuester Zeit insbesondere *J. Vogel*, Norm und Pflicht bei den unechten Unterlassungsdelikten, 1993, S. 49 ff.; *O. Lagodny*, Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte, 1996, S. 80 f.; *I. Appel*, Verfassung und Strafe, 1998, S. 79 ff.; *J. Kaspar*, Verhältnismäßigkeit und Grundrechtsschutz, 2014, S. 35/351 ff.; *J. Renzikowski*, Die Unterscheidung von primären Verhaltens- und sekundären Sanktionsnormen in der analytischen Rechtslehre, in: Festschrift für Karl Heinz Gössel zum 70. Geburtstag am 16. Oktober 2002, 2002, S. 3/12 f.; *H. Kudlich*, Grundrechtsorientierte Auslegung im Strafrecht, JZ 2003, S. 127/129; ergänzend *L. K. S. Neumann*, Die Normentheorie und das Verhältnis von Kriminal- und Verwaltungsstrafrecht, in: Schneider/Wagner (Hrsg.), Normentheorie und Strafrecht, 2018, S. 79 ff.; zurückhaltend zur strafverfassungsrechtlichen Leistungsfähigkeit *B. Burghardt*, Strafrechtliche Normentheorie goes Verfassungsrecht? Die Unterscheidung von Verhaltens- und Sanktionsnorm im verfassungsrechtlichen Kontext, in: Schneider/Wagner (Hrsg.), Normentheorie und Strafrecht, 2018, S. 59 ff.; krit. *I. Goeckenjan*, Überprüfung von Straftatbeständen anhand des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes: überfällige Inventur oder Irrweg?, in: Jestaedt/Lepsius (Hrsg.), Verhältnismäßigkeit, 2015, S. 184/192 ff.

⁶⁰ So zuletzt in EuGH, Urt. v. 19.11.2020 – C-454/19 (Staatsanwaltschaft Heilbronn); hierzu *D. Brodowski*, S. 373/377 f. (Fn. 52).

⁶¹ Eindringlich EGMR [Plenum], Urt. v. 22.10.1981 – Nr. 7525/76 (Dudgeon ./ Vereinigtes Königreich), Rn. 40 ff.; EGMR [Plenum], Urt. v. 26.10.1988 – Nr. 10581/83 (Norris ./ Irland), Rn. 35 ff.; EGMR [GK], Urt. v. 19.2.1998 – Nr. 24839/94 (Bowman ./ Vereinigtes Königreich), Rn. 31 ff.

⁶² Ob die nationale Verfassungsidentität gegen unionsrechtliche Verhaltensnorm- und damit Strafrechtsbegrenzungen in Stellung gebracht werden kann, erscheint praktisch irrelevant, weil hierzu strafrechtliche Schutzpflichten identitätsstiftend sein müssten und eine der Erfüllung dieser Schutzpflicht dienende Strafvorschrift mit Unionsrecht im Widerspruch stehen müsste.

⁶³ Keine Ausnahme stellt Protokoll (Nr. 35) über Artikel 40.3.3 der Verfassung Irlands, ABIEU Nr. C 326 v. 26.10.2012, S. 47/321 dar: Hierdurch ist lediglich klargestellt, dass sich die Unionskompetenz nicht auf das irische (Straf-)Recht des Schwangerschaftsabbruchs erstreckt.

zog sich der EuGH zwar nicht ausdrücklich auf Art. 49 Abs. 3 GrCh,⁶⁴ sondern stattdessen – normenhierarchisch begründbar – auf eine spezifische Maßgabe, „wirksam[e], verhältnismäßig[e] und abschreckend[e]“ Sanktionen vorzusehen (Art. 9 VO [EG] Nr. 1889/2005 a.F.), welche die bei Ein- und Ausreise in die bzw. aus der EU bestehende Anmeldepflicht von größeren bar mitgeführten Geldbeträgen flankiert.⁶⁵ Im Juli 2015 führte der EuGH in einem ungarischen Vorabentscheidungsersuchen aus, dass Zweck der Sanktionierung „nicht mögliche betrügerische oder widerrechtliche Handlungen“ seien, „sondern allein eine Verletzung der Anmeldepflicht“.⁶⁶ Dann aber sei – trotz Notwendigkeit „wirklich abschreckende[r] Wirkung“ – eine nationale Regelung unverhältnismäßig, „die zur Ahndung einer Verletzung der Anmeldepflicht nach Art. 3 dieser Verordnung die Zahlung einer verwaltungsrechtlichen Geldbuße in Höhe von 60 % der nicht angemeldeten Barmittel vorsieht“.⁶⁷ Bereits dies legte eine engmaschige Angemessenheitskontrolle zwischen Verhaltensnorm (und deren Zweck) und Sanktionierung nahe, ohne jedoch den Maßstab für eine Verhältnismäßigkeitsprüfung näher auszubuchstabieren. Im Juli 2018 konkretisierte der EuGH dies dahingehend, dass „repressive Maßnahmen die Grenzen dessen nicht überschreiten dürfen, was zur Erreichung der mit diesen Rechtsvorschriften rechtmäßig verfolgten Ziele erforderlich ist“,⁶⁸ und dass namentlich eine Strafdrohung von bis zu fünf bzw. sechs Jahren Freiheitsstrafe bereits abstrakt unverhältnismäßig ist.⁶⁹ Bei aller gebotenen Zurückhaltung⁷⁰ und wenig klarer dogmatischer Fundierung und Maßstabbildung in diesen Entscheidungen: Sie sprechen dafür, den Einsatz des Strafrechts zur Verfolgung des konkreten Regulierungsziels (hier: die Anmeldepflicht) zwar nicht im Hinblick auf dessen

⁶⁴ Allerdings auf die „Einhaltung der von der Charta der Grundrechte der Europäischen Union anerkannten Grundsätze“, EuGH, Urt. v. 16.7.2015 – C-255/14 (Chmielewski), Rn. 32, bzw. auf die Verhältnismäßigkeit, EuGH, Beschl. v. 12.7.2018 – C-707/17 (Pinzaru und Cirstinoiu), Rn. 26; EuGH, Beschl. v. 30.1.2019 – C-335/18 und C-336/18 (AK und EP), Rn. 31.

⁶⁵ Art. 3 Verordnung (EG) Nr. 1889/2005 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26.10.2005 über die Überwachung von Barmitteln, die in die Gemeinschaft oder aus der Gemeinschaft verbracht werden, ABIEU Nr. L 309 v. 25.11.2005, S. 9. Im Juli 2021 treten an diese Stelle Art. 3, 40 Verordnung (EU) 2018/1672 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 23.10.2018 über die Überwachung von Barmitteln, die in die Union oder aus der Union verbracht werden, und zur Aufhebung der Verordnung (EG) Nr. 1889/2005, ABIEU Nr. L 284 v. 12.11.2018, S. 6.

⁶⁶ EuGH, Urt. v. 16.7.2015 – C-255/14 (Chmielewski). Hierzu *D. Brodowski*, Strafrechtsrelevante Entwicklungen in der Europäischen Union – ein Überblick, Teil 1: Strafverfassungsrecht; Institutionen; Materielles Strafrecht; Strafverfahrensrecht, ZIS 2019, S. 527/528 f.

⁶⁷ EuGH, Urt. v. 16.7.2015 – C-255/14 (Chmielewski), Rn. 23, 35.

⁶⁸ EuGH, Beschl. v. 12.7.2018 – C-707/17 (Pinzaru und Cirstinoiu), Rn. 27 (nicht-amtliche Übersetzung); EuGH, Beschl. v. 30.1.2019 – C-335/18 und C-336/18 (AK und EP), Rn. 32; siehe hierzu *D. Brodowski*, S. 527/529 (Fn. 66).

⁶⁹ EuGH, Beschl. v. 12.7.2018 – C-707/17 (Pinzaru und Cirstinoiu), Rn. 35; EuGH, Beschl. v. 30.1.2019 – C-335/18 und C-336/18 (AK und EP), Rn. 33.

⁷⁰ Siehe auch *D. Brodowski*, S. 527/529 (Fn. 66); *D. Brodowski*, Anmerkung zu BVerfG, Urt. v. 5.5.2020 – 2 BvR 859/15 u.a., StV 2020, S. 581 f.

Eignung im Hinblick auf eine generalpräventive Wirkung in Frage zu stellen, und im Hinblick auf die „wirklich abschreckende Wirkung“ auch empfindliche Sanktionen zu akzeptieren. Der EuGH scheint jedoch – so eine vorsichtige Interpretation – eine Plausibilitätskontrolle vorzunehmen, ob die Sanktion in ihrer Höhe⁷¹ und in ihrer Art⁷² noch im Bereich des zur Zielerreichung „[E]rforderlichen“ ist, was zudem eine Gesamtbetrachtung der Erforderlichkeit (angeichts Einziehungsregelungen) und der Angemessenheit⁷³ nahelegt. Dies dürfte einer Evidenzkontrolle der Angemessenheit der Sanktionsnorm in Anbetracht des Regulierungsziels⁷⁴ zumindest nahekommen, begründet aber dabei – trotz Berücksichtigung der Art der Sanktion – keine Sonderstellung des Strafrechts, sondern unterwirft es lediglich einer (anders als auf nationaler Ebene) wenigstens im Ansatz effektiven Verhältnismäßigkeitskontrolle.

Doch auch in umgekehrter Hinsicht ist nach einer Sonderstellung des Strafrechts zu fahnden, sprich nicht bezogen auf eine Strafrechts*begrenzung*, sondern bezogen auf eine *Pflicht* zum Einsatz des Strafrechts. Derartige „positive obligations“ sind zwar in der Rechtsprechung des EMRK zur EGMR bekannt.⁷⁵ Allerdings ist in den meisten Entscheidungen des EGMR nicht die Frage einer spezifisch strafrechtlichen Schutzpflicht, sondern die Frage hinreichender Ermittlungen⁷⁶ oder sonstiger Schutzmaßnahmen entscheidungserheblich gewe-

⁷¹ EuGH, Urt. v. 16.7.2015 – C-255/14 (Chmielewski).

⁷² EuGH, Beschl. v. 12.7.2018 – C-707/17 (Pinzaru und Cirstinoiu); EuGH, Beschl. v. 30.1.2019 – C-335/18 und C-336/18 (AK und EP).

⁷³ Die Verwendung des Wortes „erforderlich“ in diesen Entscheidungen ist missverständlich, weil diese „Erforderlichkeit“ in der jeweiligen Randnummer nur mit der Zielerreichung und nicht mit möglichen Alternativen verbunden wird.

⁷⁴ Siehe *M. Jabn/D. Brodowski*, Krise und Neuaufbau eines strafverfassungsrechtlichen Ultima-Ratio-Prinzips, JZ 2016, S. 969/978 für die verfassungsrechtliche Perspektive.

⁷⁵ Vgl. hierzu *C. Calliess*, in: Merten/Papier (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, Bd. II, 2006, § 44 Rn. 16; *P. Szczekalla*, Die sogenannten grundrechtlichen Schutzpflichten im deutschen und europäischen Recht, 2002, S. 712 ff.; *H. Krieger*, Positive Verpflichtungen unter der EMRK: Unentbehrliches Element einer gemein-europäischen Grundrechtsdogmatik, leeres Versprechen oder Grenze der Justiziabilität?, ZaöRV 74 (2014), S. 187/189 ff.; *L. Lavrysen*, Human Rights in a Positive State, 2016; *C. Grabenwarter/K. Pabel*, Europäische Menschenrechtskonvention, 7. Aufl. 2021, § 19 m. w. N.; sowie den strafrechtsbezogenen Überblick – unter Einbeziehung der berühmten Sentenz von Menschenrechten als Schild des und Schwert für das Strafrecht – *F. Tulkens*, The Paradoxical Relationship between Criminal Law and Human Rights, JICJ 9 (2011), S. 577/582 ff. (zur Genese dieses Bildes S. 578 in Fn. 5); siehe ferner *A. M. Maugeri*, Fundamental Rights in the European Legal Order, both as a Limit on Punitive Power and as a Source of Positive Obligations to Criminalise, NJECL 4 (2013), S. 374/396 ff. sowie zurückhaltend *R. Esser*, in: LR-StPO, 26. Aufl. 2012, Art. 1 EMRK Rn. 51, Art. 2 EMRK Rn. 26, extensiv hingegen *F. Meyer*, in: SK-StPO, Bd. X, 5. Aufl. 2019, Art. 2 EMRK Rn. 35 ff. und auch *K. Ambos*, Strafrecht und Verfassung: Gibt es einen Anspruch auf Strafgesetze, Strafverfolgung, Strafverhängung?, in: Recht – Philosophie – Literatur. Festschrift für Reinhard Merkel zum 70. Geburtstag, Teilbd. I, 2020, S. 565/577.

⁷⁶ Eindringlich und sehr weitreichend EGMR, Urt. v. 28.10.2014 – Nr. 25018/10 (Demirtaş ./ Türkei) sowie nunmehr EGMR, Urt. v. 4.8.2020 – Nr. 48756/14 (Tërshana ./ Albanien),

sen, so dass die Existenz strafrechtlicher Schutzpflichten allenfalls als außer Streit gestellte Vorfrage,⁷⁷ als *obiter dictum* oder als argumentative Verstärkung herangezogen wurde.⁷⁸ Schließlich ist festzuhalten, dass der EGMR sehr zurückhaltend (geworden⁷⁹) ist, eine Konventionsverletzung aufgrund Verstoßes gegen eine Pönalisierungspflicht zu statuieren,⁸⁰ und beständig den in Bezug auf solche positiven Verpflichtungen (wohl: in besonderem Maße) bestehenden, weiten Gestaltungsspielraum („margin of appreciation“) betont, der auch die Frage einschließt, ob strafrechtlich oder auf anderem Wege dieser Verpflichtung nachzukommen ist.⁸¹ Angesichts der Fundierung der GrCh in der EMRK (siehe nur Art. 52 Abs. 3 GrCh) ist die Übertragung der Dogmatik positiver Verpflichtungen in das EU-Primärrecht zwar möglich, mittel- bis langfristig wahrscheinlich⁸² und in Ansätzen auch schon erfolgt,⁸³ wenngleich sich der EuGH jüngst deutlich dagegen ausgesprochen hat, aus Art. 6 GrCh ein allgemeines „Grundrecht auf Sicherheit“ herzuleiten.⁸⁴ Zugleich ist dies aber Hindernissen

Rn. 160 ff. mit der Forderung nach besonders nachdrücklicher Strafverfolgung beim Verdacht einer *gender*-motivierten Straftat.

⁷⁷ So in EGMR, Urt. v. 4.8.2020 – Nr. 48756/14 (Tërshana ./ Albanien), Rn. 147.

⁷⁸ EGMR [GK], Urt. v. 28.10.1998 – Nr. 23452/94 (Osman ./ Vereinigtes Königreich), Rn. 115; ferner EGMR, Urt. v. 28.3.2000 – Nr. 22535/93 (Kaya ./ Türkei), Rn. 85 und EGMR, Urt. v. 28.3.2000 – Nr. 22492/93 (Kılıç ./ Türkei), Rn. 62; zudem EGMR [GK], Urt. v. 24.10.2002 – Nr. 37703/97 (Mastromatteo ./ Italien), Rn. 89.

⁷⁹ Beachtlich ist, wie im Vergleich zum vorgenannten Maßstab (EGMR [GK], Urt. v. 24.10.2002 – Nr. 37703/97 [Mastromatteo ./ Italien], Rn. 89) in EGMR, Urt. v. 19.4.2012 – Nr. 49382/06 (Sašo Gorgiev ./ Nord-Mazedonien), Rn. 43 und in EGMR [GK], Urt. v. 25.6.2019 – Nr. 41720/13 (Tănase ./ Rumänien), Rn. 137 nun mehr von „holding accountable“ (statt „punish“) und von „at fault“ (statt „guilty“) die Rede ist.

⁸⁰ Weitreichender die Interpretation bei *F. Tulkens*, S. 577/589 (Fn. 75): Pönalisierungspflicht für (vorsätzliche) Tötung, Körperverletzung und Sexualdelikte; extensiv ebenfalls *F. Meyer*, in: SK-StPO (Fn. 75), Art. 2 EMRK Rn. 35 ff. (vorsätzliche und grob fahrlässige Tötungen sowie „bestimmte (erfolgs-)qualifizierte Eigentums- und Vermögensdelikte“).

⁸¹ Siehe nur EGMR, Urt. v. 4.12.2003 – Nr. 39272/98 (M.C. ./ Bulgarien), Rn. 150; siehe ferner *C. Grabenwarter/K. Pabel* (Fn. 75), § 19 Rn. 3 f., 7; *K. Gaede*, in: MK-StPO, Bd. 3/2, 2018, Art. 2 EMRK Rn. 16 ff.; *P. Szczekalla* (Fn. 75), S. 869 ff.; *C. Dröge*, Positive Verpflichtungen der Staaten in der Europäischen Menschenrechtskonvention, 2003, S. 181 ff./287 ff.; für einen Gleichklang des „margin of appreciation“ hingegen *M. Klatt*, Positive Obligations under the European Convention on Human Rights, *ZaöRV* 71 (2011), S. 691/711 ff.; auf eine Einengung hinweisend indes *H. Krieger*, *ZaöRV* 74 (2014), S. 187/211 f. (Fn. 75); *F. Meyer*, in: SK-StPO (Fn. 75), Art. 1 EMRK Rn. 42 hält den Maßstab für enger als das Untermaßverbot des nationalen Grundrechtsschutzes.

⁸² Siehe nur *A. M. Mangeri*, S. 374/395 f. (Fn. 75) sowie zuvor bereits *J. Suerbaum*, Die Schutzpflichtdimension der Gemeinschaftsgrundrechte, *EuR* 2003, S. 390 ff.; *C. Calliess*, in: *Merten/Papier* (Fn. 75), § 44 Rn. 17.

⁸³ Vgl. nur *M. Beijer*, Positive obligations to protect fundamental rights – any role to be played by the European Court of Justice?, 2016 mit Verweis insbesondere auf EuGH [GK], Urt. v. 6.10.2015 – C-362/14 (Schrems und Digital Rights Ireland ./ Data Protection Commissioner).

⁸⁴ EuGH [GK], Urt. v. 6.10.2020 – C-511/18, C-512/18 und C-520/18 (La Quadrature du Net u. a.), Rn. 125 f.; zuvor EuGH, Schlussanträge v. 15.1.2020 – C-511/18 und C-512/18 (La Quadrature du Net), Rn. 96. Anders noch EuGH [GK], Urt. v. 8.4.2014 – C-293/12 und

vor allem kompetenzieller Natur (Art. 51 Abs. 2 GrCh) ausgesetzt,⁸⁵ die sich maßgeblich im Bereich des materiellen Strafrechts auswirken: Strafrechtliche Schutzpflichten (hier in Gestalt „positiver Verpflichtungen“) wären auf Unionsebene bereits deswegen weit weniger wirkmächtig, weil der Erlass der eigentlichen Strafnormen grundsätzlich⁸⁶ durch die Mitgliedstaaten zu erfolgen hat und sich dem Schutzniveau der EMRK entsprechende positive Verpflichtungen bereits unmittelbar an diese richteten, weil diese sämtlich (auch) Vertragsstaaten der EMRK sind. Doch selbst bei einer stärkeren Konturierung positiver Verpflichtungen in der GrCh bzw. in der Rechtsprechung des EuGH wäre zudem erst die zusätzliche Hürde des Art. 83 Abs. 1, Abs. 2 AEUV zu nehmen, dass einer Schutzpflicht nur durch einen gemeineuropäischen Mindeststandard Rechnung getragen werden könnte und die Union auch die Kompetenz für den betreffenden Regelungsbereich hat. Daher sind allgemeine, grundrechtlich konstruierte kriminalstrafrechtliche Schutzpflichten in der Rechtsprechung des EuGH kaum zu erwarten,⁸⁷ so dass eine „Sonderstellung“ des Strafrechts auch nicht hieraus resultiert.

3. Prozedurale Sonderstellung des Strafrechts?

Der Erlass materiell-strafrechtlicher Richtlinien gestützt auf Art. 83 AEUV, aber auch der Erlass von Richtlinien oder Verordnungen nach Art. 82 AEUV erfolgt nach dem „ordentlichen Gesetzgebungsverfahren“, bei dem grundsätzlich die einfache Mehrheit im Parlament und die doppelt qualifizierte Mehrheit im Rat nach Maßgabe des Art. 238 Abs. 3 AEUV ausreichen. Zugleich gibt es aber eine Handvoll Sonderregelungen: Dänemark wird durch dieses Sekundärrecht nicht gebunden,⁸⁸ Irland nur bei erklärtem „opt-in“.⁸⁹ Nach Art. 76 AEUV haben neben der Kommission auch die Mitgliedstaaten, bei einem Quorum von ¼, die Initiativbefugnis, von der sie aber – auch im Hinblick auf die Alternative, mittels strategischer Leitlinien (Art. 68 AEUV) die Kommission zum Tätigwerden aufzufordern, und angesichts der bei Initiativen von Mitgliedstaaten geltenden, höheren Quoren (Art. 238 Abs. 2, Abs. 3 lit. b AEUV) – in den vergangenen Jahren keinen Gebrauch gemacht haben. Auch ist das Quorum für die sog. „gelbe Karte“ im Rahmen des Subsidiaritäts-Frühwarnsystems, das aber

C-594/12 (Digital Rights Ireland u. a.), Rn. 42 sowie EuGH [GK], Urt. v. 15.2.2016 – C-601/15 PPU (J.N.), Rn. 53.

⁸⁵ M. Beijer (Fn. 83).

⁸⁶ Ausnahmen – man denke an Art. 325 Abs. 4 AEUV – sind in diesem Kontext nicht relevant.

⁸⁷ Den kompetenzrechtlichen Rahmen nicht näher diskutierend, aber stattdessen die Subsidiarität und Verhältnismäßigkeit als (weitere) Hindernisse hervorhebend A. M. Maugeri, S. 374/401 f. (Fn. 75).

⁸⁸ Protokoll Nr. 22 über die Position Dänemarks, ABIEU Nr. C 326 v. 26.10.2012, S. 299.

⁸⁹ Protokoll Nr. 21 über die Position des Vereinigten Königreichs und Irlands hinsichtlich des Raums der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts, ABIEU Nr. C 326 v. 26.10.2012, S. 295.

nur zu erhöhten Begründungspflichten führt, auf ¼ aller Parlamente abgesenkt (Art. 7 Abs. 2 Satz 2 Protokoll Nr. 2). Am bedeutendsten dürfte jedoch der in Art. 82 Abs. 3, Art. 83 Abs. 3 AEUV verankerte sog. Notbremsemechanismus sein, der sich allerdings ebenso im sozialrechtlichen Kontext im Primärrecht findet (Art. 48 UAbs. 2 AEUV). Dieser Mechanismus wird angewendet, wenn ein „Mitglied des Rates“ – d. h. eine Regierung eines Mitgliedstaates – „der Auffassung [ist], dass der Entwurf einer Richtlinie [...] grundlegende Aspekte seiner Strafrechtsordnung berühren würde“ (Art. 82 Abs. 2 Satz 1, Art. 83 Abs. 2 Satz 1 AEUV). Diese subjektive Formulierung soll bewusst gewählt worden sein, um die Justiziabilität der Nutzung dieses Mechanismus auszuschließen oder jedenfalls auf Missbrauchsfälle zu begrenzen;⁹⁰ zu gleichen Ergebnissen führt es, wenn man den Mitgliedstaaten einen „nicht zu enge[n] Beurteilungsspielraum“ zugesteht.⁹¹ Damit ist der Sache nach ein erheblicher politischer Kontrollhebel eines jeden einzelnen Mitgliedstaats gegeben,⁹² der über die wirklich „grundlegende[n] Aspekte“ der Strafrechtsordnung hinaus in Anspruch genommen werden könnte. So wird nicht nur diskutiert, Fragen der Rechtsgutslehre, des Ultima-Ratio-Prinzips und des Unternehmensstrafrechts könnten hinreichend grundlegend sein, sondern sogar die Frage, inwieweit eine Bandenmitgliedschaft im Rahmen eines Organisationsdelikts strafbegründend (und nicht nur strafscharfend) wirken könne.⁹³ Grundlegend i. S. d. Art. 83 Abs. 3 AEUV kann indes nur ein solcher Aspekt der Strafrechtsordnung sein, der zugleich zu nationalem Strafverfassungsrecht im Widerspruch steht; das kann bereits bei struktureller Überforderung oder fehlender Geeignetheit im Lichte einer „besseren“ nationalen Regelung und daher (evidenter) Unverhältnismäßigkeit der Fall sein.⁹⁴ Im Lichte des austarierten Gefüges zwischen Unions- und nationalem Verfassungsrecht wird sich der Verstoß einer Identitätsverletzung (vgl. Art. 4 Abs. 2 Satz 1 EUV, Art. 79 Abs. 3 GG)⁹⁵ zudem zumindest annähern müssen,⁹⁶ um dem Ausnahmecharakter des Notbremseme-

⁹⁰ F. Meyer, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje, Bd. 2, 7. Aufl. 2015, Art. 82 AEUV Rn. 54; J. Vogell/J. Eisele, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Fn. 10), Art. 82 AEUV Rn. 117f.; T. Reinbacher, Strafrecht im Mehrebenensystem, 2014, S. 483; jeweils m. w. N.

⁹¹ So H. Satzger, in: Streinz (Fn. 48), Art. 82 AEUV Rn. 74; sehr weitreichende Interpretation ebenfalls bei G. Hochmayr, in: Pechstein/Nowak/Häde (Hrsg.), FK, Bd. II, 2017, Art. 83 AEUV Rn. 51 und auch bei M. Böse, in: Schwarze, 4. Aufl., 2019, Art. 83 AEUV Rn. 24.

⁹² Insoweit zutr. H. Satzger, in: Streinz (Fn. 48), Art. 83 AEUV Rn. 46.

⁹³ H. Satzger, in: Streinz (Fn. 48), Art. 83 AEUV Rn. 45. In der Tat hatte BGHSt 54, 216 dies als „wesentlichen Grundgedanken“ bezeichnet, „auf dem das deutsche materielle Strafrecht beruht“ (Rn. 29), dies allerdings sogleich zur Disposition des deutschen Strafgesetzbüchers gestellt (Rn. 30).

⁹⁴ Zu diesen Fallgruppen der Berührung grundlegender Aspekte der Strafrechtsordnung M. Mansdörfer, S. 11/20 (Fn. 40).

⁹⁵ Vgl. nur BVerfGE 140, 317/337f.

⁹⁶ In diese Richtung auch F. Meyer, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje (Fn. 90), Art. 82 AEUV Rn. 54: „Mechanismus [dient] dem Schutz nationaler Strafrechtsidentität“, Hervorh. durch den Verf.

chanismus hinreichend Rechnung zu tragen und einem europastrafrechtlichen „Rosinenpicken“ eine Absage zu erteilen. Dass der (strafrechtsrelevante) Notbremsenmechanismus seit Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon nicht genutzt wurde, spricht indes ohnehin dafür, dass es sich um eine im Wesentlichen „theoretisch[e]“⁹⁷ Konstruktion handelt, die allerdings Vorwirkungen dahingehend entfalten könnte, dass die Kommission überschießende Vorschläge bereits nicht unterbreitet.

Aus kriminalpolitischer Sicht über bzw. zeitlich vor einzelnen Legislativvorhaben stehend erweisen sich – indes in den letzten Jahren mit abnehmender Bedeutung⁹⁸ – die strategischen Leitlinien i. S. d. Art. 68 AEUV, welche „die gesetzgeberische und operative Programmplanung im Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts“ und daher für das EU-Strafrecht enthalten. Diese primärrechtliche Bestimmung konkretisiert allerdings lediglich die allgemeine Steuerungsfunktion des Europäischen Rats (Art. 15 Abs. 1 EUV) für diesen Politikbereich⁹⁹ und lässt sich als ein Relikt der intergouvernemental dominierten ehemaligen „Dritten Säule“ interpretieren,¹⁰⁰ in der sich das Programm von Tampere (1999–2004)¹⁰¹ und das Haager Programm (2004–2009)¹⁰² für die Genese des Europäischen Strafrechts als fundamental erwiesen hatten. Rechtliche Verbindlichkeit für die anderen Organe der EU entfalten derartige Leitlinien jedoch nicht, allenfalls eine abgestufte politische Verbindlichkeit (stärker für den Rat, schwächer für die Kommission, kaum für das Europäische Parlament).¹⁰³

⁹⁷ *H. Satzger*, in: Streinz (Fn. 48), Art. 83 AEUV Rn. 43.

⁹⁸ Nähere Analyse bei *D. Brodowski* (Fn. 1), § 5 II.1.a.

⁹⁹ *H.-H. Herrfeld*, in: Schwarze (Fn. 91), Art. 68 AEUV Rn. 1; *V. Röben*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Fn. 10), Art. 68 AEUV Rn. 1, 4f.; *O. Subr*, in: Calliess/Ruffert, 5. Aufl. 2016, Art. 68 AEUV Rn. 1; *J. Vogel*, Kriminalpolitikwissenschaft und Europäische Kriminalpolitik, in: Festschrift für Kristian Kühl zum 70. Geburtstag, S. 635/643; weitergehend *S. Breitenmoser/R. Weyeneth*, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje (Fn. 90), Art. 68 AEUV Rn. 2 f. (Souveränitätsanker).

¹⁰⁰ *Subr*, in: Calliess/Ruffert (Fn. 99), Art. 68 AEUV Rn. 1.

¹⁰¹ *Europäischer Rat*, Programm von Tampere; hierzu *Weiß*, in: Streinz (Fn. 48), Art. 68 AEUV Rn. 3 sowie ausführlich *Carrera/Curtin/Geddes* (Hrsg.), 20 Years Anniversary of the Tampere Programme, 2020. Zum Wiener Aktionsplan (ABIEG Nr. C 19 v. 23.1.1999, S. 1) als Vorarbeit siehe *Herrfeld*, in: Schwarze (Fn. 91), Art. 68 AEUV Rn. 3; *V. Röben*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Fn. 10), Art. 68 AEUV Rn. 31.

¹⁰² „Haager Programm zur Stärkung von Freiheit, Sicherheit und Recht in der Europäischen Union“, ABIEU Nr. C 53 v. 3.3.2005, S. 1; hierzu etwa *W. Weiß*, in: Streinz (Fn. 48), Art. 68 AEUV Rn. 5.

¹⁰³ Zu weitgehend *S. Breitenmoser/R. Weyeneth*, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje (Fn. 90), Art. 68 AEUV Rn. 8 (s. aber auch Rn. 11, 14); nur mit Blick auf die damalige Wirklichkeit zutreffend *J. Vogel*, Kriminalpolitikwissenschaft und Europäische Kriminalpolitik, in: Festschrift für Kristian Kühl zum 70. Geburtstag, S. 635/641: Kommission führe „im Grundsatz nur aus, was ihr die Räte und Präsidentschaft politisch auftragen“. Wie hier *H.-H. Herrfeld*, in: Schwarze (Fn. 91), Art. 68 AEUV Rn. 2.

4. Zusammenführung

Mit dem Vertrag von Lissabon hat sich die Europäisierung des Strafrechts in vielerlei Hinsicht normalisiert. Etliche Residuen des früheren intergouvernementalen Charakters, etwa das geteilte Initiativrecht von Rat und Kommission sowie die strategischen Leitlinien des Europäischen Rates, haben an praktischer Bedeutung verloren. Zwar sind gewisse Besonderheiten zu verzeichnen, insbesondere in kompetenzieller Hinsicht die fehlende Möglichkeit zum Erlass von Verordnungen nach Art. 83 AEUV, in materieller Hinsicht die spezifisch strafrechtlichen Garantien der GrCh und in prozeduraler Hinsicht der Notbremsemechanismus; doch sind auch anderen Rechtsgebieten spezifische Rahmenbedingungen nicht fremd. Diese „Normalisierung“ des Rechts und der Rechtsetzung im Europäischen Strafrecht bzw., allgemein gesprochen, im „Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts“, trägt indessen – unbeschadet der Frage, inwieweit es sich beim Europäischen Parlament um ein „vollwertiges“ Parlament handelt – zur Demokratisierung der Strafgesetzgebung bei¹⁰⁴ und entspricht zudem demselben Muster, das sich auch auf nationaler Ebene zeigt: Strafrecht und Strafgesetzgebung sind in vielerlei Hinsicht nicht so besonders; eine „Sonderstellung“ kommt ihnen auf europäischer Ebene jedenfalls nicht in besonderem Maße zu.

III. Sonderstellung des EU-Strafrechts aus dem Blickwinkel des nationalen Verfassungsrechts – Widerstände der nationalen Ebene („bottom-up“)

Es stellt sich aber auch in einer „bottom-up“-Perspektive ausgehend vom nationalen Verfassungsrecht die Frage, ob strafrechtsspezifische Integrationsvorbehalte, Widerstände oder Besonderheiten eine Sonderstellung des europäischen Strafrechts begründen.

1. „Notbremsemechanismen“, Ultra-vires-Kontrolle und Identitätsvorbehalte innerhalb des geltenden Primärrechts

Der bereits genannte – und im strafrechtlichen Kontext prominent anzutreffende – Notbremsemechanismus ist auf nationaler Ebene infolge des Lissabon-Urteils des BVerfG als Instrument parlamentarischer Mitwirkung ausgestaltet, sodass die „Notbremse“ in Strafrechtsfragen neben der Bundesregierung auch vom Bundestag (mit Mehrheit, § 9 Abs. 1 IntVG) „gezogen“ werden kann.¹⁰⁵

¹⁰⁴ Krit. etwa T. Reinbacher (Fn. 90), S. 171 f.

¹⁰⁵ Zum überholten Streit, ob auch ein Negativvotum erforderlich ist, J. Vogel/J. Eisele, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Fn. 10), Art. 83 AEUV Rn. 25 m. w. N.

Zwar dürfte ein:e Staats- und Regierungschef:in (konkret der:die Bundeskanzler:in) im Europäischen Rat rechtlich nicht an die Bedenken des Parlaments (konkret des Bundestages) gebunden sein und daher – im Rahmen einer politischen Kompromissfindung – dem Fortgang eines europäischen Strafgesetzgebungsverfahrens auch gegen den Willen des Parlaments zustimmen können;¹⁰⁶ politisch erscheint dies aber kaum vorstellbar.¹⁰⁷ Stärker rechtlich gebunden sind indes Kompetenzerweiterungen im (vereinfachten) Änderungsverfahren, etwa nach Art. 83 Abs. 1 UAbs. 3 AEUV: Diese unterliegen dem BVerfG zufolge einem strikten parlamentarischen Zustimmungsvorbehalt.¹⁰⁸ Daher muss der:die deutsche Vertreter:in im Rat einen entsprechenden Beschlussvorschlag ablehnen¹⁰⁹ (§ 7 Abs. 1 Satz 2 IntVG), es sei denn, ein entsprechendes Gesetz wurde nach Art. 23 Abs. 1 Satz 2 GG durch Bundestag und Bundesrat beschlossen.¹¹⁰ Allerdings genügt hierfür – wegen der begrenzten Reichweite dieser Kompetenzerweiterungsklausel – eine einfache Mehrheit.¹¹¹

Damit ist zugleich angesprochen, dass sich das BVerfG, ebenso wie andere Verfassungsgerichte¹¹², gestützt auf die völkervertragliche Gründung der Europäischen Union und das in den Primärrechtsakten festgehaltene Prinzip der begrenzten Einzelmächtigung für zuständig erachtet, Handeln der Union auf hinreichend qualifizierte Kompetenzverstöße (Handeln *ultra vires*) zu kontrollieren.¹¹³ Mit materiell-strafrechtlichem Bezug könnte einer solchen *Ultra-vires*-

¹⁰⁶ O. Subr, in: Calliess/Ruffert (Fn. 99), Art. 83 AEUV Rn. 38; F. Meyer, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje (Fn. 90), Art. 82 AEUV Rn. 50; ebenso BT-Drs. 16/13923, S. 10 (bloße Einflussnahme nach Art. 23 Abs. 3 GG).

¹⁰⁷ Ebenso F. Meyer, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje (Fn. 90), Art. 82 AEUV Rn. 51.

¹⁰⁸ BVerfGE 123, 267/412f.

¹⁰⁹ Eine Enthaltung reichte nicht, weil diese dem Einstimmigkeitserfordernis nicht entgegensteht, Art. 235 Abs. 1 UAbs. 3 AEUV; zum Zustimmungsvorbehalt bei Aufgabe des Einstimmigkeitserfordernisses nach Art. 48 Abs. 7 EUV siehe § 4 IntVG; hierzu F. Meyer, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje (Fn. 90), Art. 83 AEUV Rn. 12.

¹¹⁰ F. Meyer, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje (Fn. 90), Art. 83 AEUV Rn. 12; H. Satzger, in: Streinz (Fn. 48), Art. 83 AEUV Rn. 26; O. Subr, in: Calliess/Ruffert (Fn. 99), Art. 83 AEUV Rn. 18f.; J. Vogel/J. Eisele, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Fn. 10), Art. 83 AEUV Rn. 68.

¹¹¹ Überzeugend O. Subr, in: Calliess/Ruffert (Fn. 99), Art. 83 AEUV Rn. 20ff.

¹¹² Überblick bei F. C. Mayer, in: von Bogdandy/Bast (Hrsg.), Europäisches Verfassungsrecht, 2. Aufl. 2009, S. 559/578ff.

¹¹³ BVerfGE 89, 155/188, 210; BVerfGE 126, 286 Ls. 1/302ff.; BVerfGE 151, 202 Rn. 141ff.; BVerfGE 154, 17; siehe auch M. Nettesheim, Das PSpP-Urteil des BVerfG – ein Angriff auf die EU?, NJW 2020, S. 1631/1631/1634: „Erinnerung an die Verbindlichkeit der Vertragsgrundlagen“; ferner aus neuerer Zeit K. F. Gärditz, Glaubwürdigkeitsprobleme im Unionsverfassungsrecht, EuZW 2020, S. 505/505; U. Haltern, Ultra-vires-Kontrolle im Dienst europäischer Demokratie, NVwZ 2020, S. 817ff.; W. Kahl, Optimierungspotenzial im „Kooperationsverhältnis“ zwischen EuGH und BVerfG, NVwZ 2020, S. 824/824f.; mit guten Gründen krit. F. Kainer, Aus der nationalen Brille: Das PSpP-Urteil des BVerfG, EuZW 2020, S. 533ff. Siehe zudem allgemein C. Moench/M. Ruttloff, in: Rengeling/Middeke/Gellermann (Hrsg.), Handbuch des Rechtsschutzes in der Europäischen Union, 3. Aufl., 2014, § 36 Rn. 65ff.; P. M. Huber, in: Streinz (Fn. 48), Art. 19 EUV Rn. 79ff.; S. Kadelbach, in: von der Groeben/

Kontrolle beispielhaft der Erlass einer Richtlinie nach Art. 83 Abs.1 AEUV außerhalb eines dort genannten Kriminalitätsbereichs unterliegen, ohne dass ein Beschluss nach Art. 83 Abs.1 UAbs.3 AEUV vorliegt. Bezogen auf Art. 83 Abs.2 AEUV könnte diese Kontrolle relevant werden, soweit sich die Strafabwehr offensichtlich außerhalb von harmonisierten und harmonisierbaren Politikbereichen bewegen würde. Nur in Ausnahmefällen dürfte aber eine Verletzung der weiteren Kompetenzausübungsvoraussetzungen (insbesondere bezüglich hinreichender Schwere und „grenzüberschreitende[r] Dimension“ bei Abs. 1 und Unerlässlichkeit bei Abs. 2) offensichtlich sein und – angesichts der primärrechtlich bereits vorgezeichneten Unionskompetenz – eine strukturell bedeutsame Verschiebung zulasten der Mitgliedstaaten bedeuten. Prozedural schließlich ist nach der Rechtsprechung des BVerfG zunächst dem EuGH im Wege der Vorabentscheidung die Frage der Primärrechtskonformität des Unionsrechtsakts vorzulegen. Schwieriger greifbar ist indes die prozessuale Situation: Im Rahmen einer Urteilsverfassungsbeschwerde gegen eine strafrechtliche Verurteilung oder im Rahmen einer Rechtssatzverfassungsbeschwerde gegen ein Strafgesetz ist die Verfassungskonformität eines formell ordnungsgemäß erlassenen und auch materiell grundrechtskonformen Strafgesetzes grundsätzlich unabhängig davon zu beurteilen, ob eine etwaige unionsrechtliche Fundierung¹¹⁴ kompetenzwidrig erlassen worden ist. Einem umsetzungsunwilligen Bundestag stünde keine passende Klageart vor dem BVerfG zur Verfügung. Trotz der nur mittelbaren Wirkungen verbleibt aber die vom BVerfG ausgesprochen weit ausgedehnte Rügefähigkeit einer Verletzung des Demokratieprinzips mittels einer Verfassungsbeschwerde;¹¹⁵ Beschwerdegegenstand wäre das Unterlassen von Bundesregierung und Bundestag, geeignete Maßnahmen¹¹⁶ gegen den *Ultra-vires*-Akt zu unternehmen.¹¹⁷ Doch das erscheint reichlich theoretisch; auch ist diese *Ultra-vires*-Kontrolle nicht strafrechtsspezifisch.

Schwarze/Hatje, Bd. 1, 7. Aufl. 2015, Art. 5 EUV Rn. 7; F. C. Mayer, in: von Bogdandy/Bast (Hrsg.), Europäisches Verfassungsrecht, 2. Aufl. 2009, S. 559/574 ff.; R. Streinz, in: Streinz (Fn. 48), Art. 5 EUV; krit. etwa C. Callies, Konfrontation statt Kooperation zwischen BVerfG und EuGH?, NVwZ 2020, S. 897/902 f. (nur Identitätsverstöße).

¹¹⁴ Folgt die Nichtigkeit einer EU-Richtlinie aus fehlender Unionskompetenz, so beeinträchtigt dies die Rechtmäßigkeit des nationalen Strafgesetzes grundsätzlich nicht, da dieses (auch) Ausdruck nationaler Kriminalisierungsentscheidungen gewesen sein kann und andernfalls umfängliche Motivforschung zu betreiben wäre. Dies wird dadurch unterstrichen, dass europäischen Vorgaben zum Teil vorgegriffen wird oder aus Anlass einer Umsetzung europäischer Vorgaben auch weitergehende Strafrechtsänderungen vorgenommen werden. Somit ist die Rechtmäßigkeit des Umsetzungsgesetzes nicht mit der Rechtmäßigkeit des Unionsrechtsakts verknüpft. Siehe hierzu noch unten III.4.b.

¹¹⁵ Die Kritik hieran aktuell zusammenfassend I. Pernice, Machtspruch aus Karlsruhe: „Nicht verhältnismäßig? – Nicht verbindlich? Nicht zu fassen...“, EuZW 2020, S. 508/509 f.

¹¹⁶ Wozu – aus Sicht des BVerfG – auch die „Notbremse“ nach Art. 83 Abs. 3 AEUV zählen könnte, obschon sie nicht der Kompetenz-, sondern der Identitätskontrolle dient.

¹¹⁷ Vgl. BVerfGE 154, 17 Rn. 116.

Hingegen wurde die strukturell vergleichbare und auf Art. 4 Abs. 2 Satz 1 EUV („nationale Identität“) gestützte Identitätskontrolle bereits mit strafrechtlichem Bezug virulent.¹¹⁸ Aktivieren lässt sich diese indes nicht bei einem beliebigen Widerspruch einer Unionsrechtlichen Maßgabe zu nationalem Verfassungsrecht, sondern nur bei einem Widerspruch zu unabänderbaren Verfassungsrechtsgrundsätzen. Denn ein Identitätsverstoß liegt dem BVerfG zufolge vor, „[s]oweit Maßnahmen von Organen, Einrichtungen oder sonstigen Stellen der Europäischen Union Auswirkungen zeitigen, die mit den Grundsätzen der Art. 1 und Art. 20 GG die Verfassungsidentität des Grundgesetzes berühren [...]. Das betrifft die Wahrung des Menschenwürdekerns der Grundrechte gemäß Art. 1 GG [...] ebenso wie die Grundsätze, die das Demokratie-, Rechts-, Sozial- und Bundesstaatsprinzip im Sinne des Art. 20 GG prägen“;¹¹⁹ konkret herausgearbeitet wurde auch die Identitätsrelevanz des „in der Menschenwürdegarantie des Art. 1 Abs. 1 GG verankerte[n] Grundsatz[es], dass jede Strafe Schuld voraussetzt“.¹²⁰ Prozessual ist die Identitätskontrolle – zumindest teilweise – besser greifbar als die *Ultra-vires*-Kontrolle: Soweit ein Unionsrechtsakt identitätsverletzend ist (und dies nicht z. B. durch Umsetzungsspielräume umgangen werden kann), wird dies auch das Umsetzungsgesetz sein. Wird dieses in einer Urteils- oder Rechtssatzverfassungsbeschwerde angegriffen, ist grundsätzlich zunächst im Wege der Vorabentscheidung durch den EuGH die Gültigkeit und Auslegung des Unionsrechtsakts zu klären,¹²¹ um beispielsweise verbindliche Klarheit über hinreichende Umsetzungsspielräume zu erhalten; dies wiederum bietet dann die Entscheidungsgrundlage für die Verfassungskonformität des nationalen Gesetzes und mögliche Heilungschancen. Einen mit der Verfassungsbeschwerde rügefähigen Verstoß gegen das Demokratieprinzip wird man hingegen nicht bereits darin sehen können, wenn der deutsche Vertre-

¹¹⁸ BVerfGE 140, 317 m. Anm. u. Bspr. (u. a.) *D. Brodowski*, Die drohende Verletzung von Menschenrechten bei der Anerkennung Europäischer Haftbefehle auf dem Prüfstand: Die zweifelhafte Aktivierung der Verfassungsidentität durch das BVerfG und eine Kurskorrektur in der Rechtsprechung des EuGH, JR 2016, S. 415 ff.; *H.-H. Kühne*, BVerfG zum Europäischen Haftbefehl, StV 2016, S. 299 ff.; *F. Meyer*, Das BVerfG und der Europäische Haftbefehl – ein Gericht auf Identitätssuche, HRRS 2016, S. 332 ff.; *M. Nettesheim*, Anmerkung, JZ 2016, S. 424 ff.; *T. Reinbacher/M. Wendel*, Menschenwürde und Europäischer Haftbefehl – Zum ebenenübergreifenden Schutz grundrechtlicher Elementargarantien im europäischen Auslieferungsverfahren, EuGRZ 2016, S. 333 ff.; *H. Satzger*, Grund- und menschenrechtliche Grenzen für die Vollstreckung eines Europäischen Haftbefehls? – „Verfassungsgerichtliche Identitätskontrolle“ durch das BVerfG vs. Vollstreckungsaufschub bei „außergewöhnlichen Umständen“ nach dem EuGH, NStZ 2016, S. 514 ff.; *H. Sauer*, „Solange“ geht in Altersteilzeit – Der unbedingte Vorrang der Menschenwürde vor dem Unionsrecht, NJW 2016, S. 1134 ff.; *C. Schönberger*, Anmerkung, JZ 2016, S. 422 ff.

¹¹⁹ Vgl. BVerfGE 154, 17 Rn. 234.

¹²⁰ BVerfGE 140, 317 Rn. 48.

¹²¹ Vgl. BVerfGE 154, 17/Ls. 1, Rn. 118; zweifelnd *D. Burchardt*, Die Ausübung der Identitätskontrolle durch das Bundesverfassungsgericht, ZaöRV 76 (2016), S. 527/535 ff.

ter im Rat die „Notbremse“ nicht nutzt oder sogar einem (ggf. nur vermeintlich) identitätswidrigen Unionsrechtsakt zustimmt.

2. Der verfassungsrechtliche Blick auf das Primärrecht – zum Lissabon-Urteil des BVerfG

Das Lissabon-Urteil sparte nicht mit Pathos, inwieweit Strafrechtsetzungs-kompetenzen überhaupt auf die unionale Ebene übertragen werden dürfen. Gestützt auf den Anspruch eines eigenen „ausreichende[n] Raum[s] zur politischen Gestaltung der wirtschaftlichen, kulturellen und sozialen Lebensverhältnisse“ wurde der „Freiheitsentzug in der Strafrechtspflege“ (nicht das Strafrecht als Ganzes!) als einer von einem knappen Dutzend „wesentlichen Bereichen demokratischer Gestaltung“ hervorgehoben.¹²² Sodann wurden in Bezug auf die „demokratische Selbstgestaltungsfähigkeit eines Verfassungsstaates“ prominent „Entscheidungen über das materielle und formelle Strafrecht“ „[a]ls besonders sensibel“ bezeichnet, daneben aber auch eine Handvoll weiterer Bereiche.¹²³ Gestützt auf die These einer besonderen, sich zwischen den Staaten substantiell unterscheidenden geschichtlichen, kulturellen und sogar religiösen¹²⁴ Prägung des Strafrechts und einer besonderen Demokratizität des Strafrechts ließ das BVerfG eine

„Übertragung von Hoheitsrechten über die intergouvernementale Zusammenarbeit hinaus [...] nur für bestimmte grenzüberschreitende Sachverhalte unter restriktiven Voraussetzungen zu [...]; dabei müssen grundsätzlich substantielle mitgliedstaatliche Handlungsfreiräume erhalten bleiben“.¹²⁵

Gestützt hierauf forderte es eine „besondere [...] Rechtfertigung“ strafrechts-relevanter Legislativmaßnahmen auf europäischer Ebene, etwa einen Nachweis bei Rechtsakten nach Art. 83 Abs. 2 AEUV, „dass ein gravierendes Vollzugsdefizit tatsächlich besteht und nur durch Strafandrohung beseitigt werden kann“¹²⁶ – was, wenn man diese Sentenz beim Wort nimmt, dem unionalen Strafgesetzgeber unverhältnismäßig engere, durch empirische Nachweise zu untermauernde Beurteilungsgrenzen auferlegen würde als dem nationalen Strafgesetzgeber. Die in der Strafrechts- im Vergleich zur Verfassungsrechtslehre teils positiver ausfallende Rezeption dieser Entscheidung dürfte zu einem gewissen Anteil von einer Europa(strafrechts)skepsis getragen gewesen sein, welche die teils vorkonstitutionellen Strukturen und Dogmatiken des deut-

¹²² BVerfGE 123, 267/358.

¹²³ BVerfGE 123, 267/359.

¹²⁴ BVerfGE 123, 267/412: „Glaubenstraditionen“.

¹²⁵ BVerfGE 123, 267/360; siehe auch BVerfGE 123, 267/408 ff.: „Das Strafrecht in seinem Kernbestand dient nicht als rechtstechnisches Instrument zur Effektivierung einer internationalen Zusammenarbeit, sondern steht für die besonders sensible demokratische Entscheidung über das rechtsethische Minimum“.

¹²⁶ BVerfGE 123, 267/412.

schen Strafrechts durch den wachsenden europäischen Einfluss gefährdet sah.¹²⁷ Doch bei Lichte besehen sind die Prämissen des *Lissabon*-Urteils allenfalls verfassungsgerichtspolitisch erklärbar und der Sache nach schwerlich haltbar, hat sich doch quer über die verschiedenen Rechts- und Kulturräume hinweg und insbesondere innerhalb Europas ein Kanon eines typischen „Kernstrafrechts“ herausgebildet,¹²⁸ gibt es doch ein einheitliches Strafrecht im heutigen Gebiet Deutschlands erst seit 1871, sind die Detailunterschiede des Strafrechts der Bevölkerung kaum bekannt,¹²⁹ und erweist sich die Strafgesetzgebung in Deutschland als nicht so besonders.¹³⁰ Dieser Pathos und diese Überhöhung des Strafrechts wurden zwar bislang nicht ausdrücklich aufgegeben, aber im europastrafrechtlichen Kontext auch nicht aufgegriffen – abgesehen von einem gewissen Aufbäumen in der Entscheidung zur Auslieferung bei italienischen Abwesenheitsurteilen, das sich aber besser als „Warnschuss“ gegenüber dem EuGH verstehen lässt¹³¹ und die *de facto* inzwischen überholt ist.¹³²

3. Zusammenführung und Relativierung

Dennoch zeigt vor allem die Rechtsprechung des BVerfG, dass der national-verfassungsrechtliche bzw. national-verfassungsgerichtliche Blick auf das europäische Strafrecht – als einen von mehreren als „souveränitätssensibel“ bezeichneten Bereichen – von deutlich vernehmbarer Skepsis getragen ist. Dies beginnt bei der restriktiven Auslegung des Art. 83 AEUV im *Lissabon*-Urteil,¹³³ setzt sich fort in der am Schuldprinzip herausgebildeten Identitätskontrolle¹³⁴ und

¹²⁷ Sehr deutlich bei *B. Schünemann*, Spät kommt ihr, doch ihr kommt: Glosse eines Strafrechtlers zur *Lissabon*-Entscheidung des BVerfG, ZIS 2009, S. 393. Siehe aber zugleich auch die dem Urteil deutlich kritischer gegenüberstehenden Würdigungen auch in der Strafrechtslehre, etwa bei *M. Böse*, Der Rechtsstaat am Abgrund? – Zur Skandalisierung des EU-Geldsanktionengesetzes, Replik auf *Schünemann/Roger*, ZIS 2010, S. 76 und *F. Meyer*, Die *Lissabon*-Entscheidung des BVerfG und das Strafrecht, NStZ 2009, S. 657.

¹²⁸ *J. Vogel*, Strafrecht und Strafrechtswissenschaft im internationalen und europäischen Rechtsraum, GA 2010, S. 1/5 ff.; siehe auch *F. Meyer*, Die Geologie des Strafrechts, ZStW 123 (2011), S. 1/7 zu einem „katalogisierbaren engen Kern [...] eines quasi naturrechtlich geltenden bzw. zwingenden Strafrechts“ sowie ferner *O. Höffe*, Gibt es ein interkulturelles Strafrecht?, 1999, S. 67 ff.; *K. Kühn*, Freiheitliche Rechtsphilosophie, 2008, S. 379.

¹²⁹ Man vergleiche nur die medial verbreitete Interpretation, was „Mord“ sei, mit den Tatbestandsvoraussetzungen des § 211 StGB in Abgrenzung zu § 212 StGB.

¹³⁰ Näher *D. Brodowski* (Fn. 1), §§ 4, 6.

¹³¹ *F. Meyer*, „From Solange II to Forever I“: The German Federal Constitutional Court and the European Arrest Warrant (And how the ECJ responded), NJECL 2016, S. 277; *D. Brodowski*, Die drohende Verletzung von Menschenrechten bei der Anerkennung Europäischer Haftbefehle auf dem Prüfstand: Die zweifelhafte Aktivierung der Verfassungsidentität durch das BVerfG und eine Kurskorrektur in der Rechtsprechung des EuGH, JR 2016, S. 415/432 zu BVerfGE 140, 317.

¹³² BVerfGE 156, 182 m. Bspr. *D. Brodowski*, Unionsgrundrechte im Strafrecht: Ein neuer Maßstab für die verfassungsgerichtliche Kontrolle, StV 2021, S. 682.

¹³³ BVerfGE 123, 267/410 ff.; *T. Reinbacher* (Fn. 90), S. 163.

¹³⁴ BVerfGE 140, 317.

mündet in der 2020 prominent in Erscheinung getretenen *Ultra-vires*-Kontrolle,¹³⁵ die jedenfalls in strafrechtlichem Kontext Bedeutung erlangen könnte. Diese verfassungsgerichtliche Rechtsprechung ist allerdings zu kontextualisieren¹³⁶ und empirisch dahingehend zu relativieren, dass ein Abflachen europäischer materiell-strafrechtlicher Gesetzgebung in den vergangenen Jahren trotz dieser Rechtsprechungslinien nicht zu verzeichnen ist. Dies spricht auch im Übrigen gegen eine These, dass Widerstände gegen eine (weitere) Europäisierung des Strafrechts und damit eine Renationalisierung des Strafrechts in den letzten Jahren in durchschlagender Art und Weise erstarkt wären. Allerdings ist zu konstatieren, dass sich die bisherigen, auf europäischer Ebene zutage tretenden Streitpunkte über die Inhalte materiell-strafrechtlicher europäischer Kriminalpolitik schwerlich für primärrechtliche oder sonst strafverfassungsrechtliche Angriffe eignen, da z.B. bislang weder Verletzungen des Schuldprinzips noch unverhältnismäßige Kriminalisierungen drohten, sondern in aller Regel europäische Pönalisierungstendenzen Hand in Hand gingen und gehen mit entsprechenden kriminalpolitischen Forderungen bzw. Entwicklungen auf (rein) nationaler Ebene.

4. Widerstände in der Operationalisierung des EU-Strafrechts als Quelle für seine „Sonderstellung“?

Abschließend lohnt noch ein Blick darauf, inwieweit Widerstände oder Besonderheiten in der Operationalisierung des materiellen EU-Strafrechts auf nationaler Ebene eine Quelle für seine „Sonderstellung“ darstellen. Dies betrifft einerseits die Umsetzung von Richtlinien und deren abstrakte Kontrolle (a), andererseits die – jedenfalls bislang – begrenzte Relevanz von materiell-strafrechtlichen EU-Richtlinien in konkreten Strafverfahren (b).

a) Umsetzungsspielräume und Umsetzungskontrolle

Bei sekundärrechtlichen, auf Art. 83 AEUV gestützten Pönalisierungsverpflichtungen handelt es sich nicht um Straftatbestände, sondern ausschließlich um an die Mitgliedstaaten gerichtete Verpflichtungen, ihre Strafrechtsslage erforderlichenfalls an diese Vorgabe anzupassen.¹³⁷ Das i.S.d. Art. 288 AEUV verbindliche Ziel ist jeweils die Vorgabe, welche Verhaltensweisen in den Mitgliedstaaten unter Kriminalstrafe zu stellen (und teils mit welcher Mindest-

¹³⁵ BVerfGE 154, 17.

¹³⁶ Die erstgenannten Entscheidungen insbesondere im Hinblick auf die damalige starke Position *H. Landaus* am BVerfG, das EZB-Urteil ebenfalls auf die Zusammensetzung des *Zweiten Senats* und den Entscheidungsgegenstand.

¹³⁷ Siehe nur *B. Hecker* (Fn. 11), § 11 Rn. 5; *C. Safferling*, Internationales Strafrecht, 2011, § 10 Rn. 47.

höchststrafe zu belegen) sind.¹³⁸ Zwar verbleibt den Mitgliedstaaten nur innerhalb dieses, teils sehr konkret determinierten Rahmens¹³⁹ nach Art. 288 AEUV die „Wahl der Form und der Mittel“, doch es verbleiben erhebliche Spielräume: So können die Mitgliedstaaten erstens eine europäisch determinierte Verhaltensnorm mit anderen, rein national determinierten Verhaltensnormen vermengen und/oder die Kriminalisierung über das europäisch determinierte Maß hinaus ausweiten.¹⁴⁰ Zweitens enthalten die unionsrechtlichen Regelungen teils explizite Ermunterungen zu weiterreichender Inkriminierung,¹⁴¹ teils Öffnungsklauseln,¹⁴² teils sind sie Ausdruck politischer Kompromissfindung und damit bewusster Ambiguität. Solche Formulierungen (z.B. „Diebstahl“ in Art. 4 lit. a RL (EU) 2019/713 oder auch „Versuch“ und „Anstiftung“ als übliche Anforderungen an den Allgemeinen Teils) können – je nach Einzelfall – als Verweis auf die möglicherweise divergierenden, vorfindlichen mitgliedstaatlichen Konzeptionen zu verstehen sein, alternativ als implizite Befugnis zur Konkretisierung und Ausgestaltung durch die Mitgliedstaaten, oder auch als Begriffe, die europäisch-autonomer Auslegung bedürfen.

Ein weiterer, weniger normativ denn kriminalpolitisch sublim wahrnehmbarer Faktor ist es, dass die Fehlerfolgen einer unzureichenden Umsetzung begrenzt sind: Die Kommission hat ein Ermessen, ob sie ein Vertragsverletzungsverfahren (Art. 258 AEUV) wegen unzureichender Umsetzung einleitet;¹⁴³ andere Mitgliedstaaten haben nur eine entsprechende Befugnis (Art. 259 AEUV) und keine Pflicht, da sie nicht die „Hüter der Verträge“ sind.¹⁴⁴ Leitende Kriterien sind für die Kommission die Evidenz des Umsetzungsverstoßes und dessen Gewicht,¹⁴⁵ was im Umkehrschluss bedeutet, dass geringfügige Unterschreitungen der Umsetzungsverpflichtung – selbst wenn sie in Evaluationsberichten der Kommission Erwähnung finden – folgenlos bleiben können. All dies – und die vielfältigen Wege zur politischen Einflussnahme vor Erlass einer Richtlinie – bietet zahlreiche Möglichkeiten, Änderungen der Strafrechtsordnung so

¹³⁸ B. Hecker (Fn. 11), § 11 Rn. 5; Walther, S. 255/256 (Fn. 26).

¹³⁹ F. Nettesheim, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Fn. 10), Art. 288 AEUV Rn. 112f.

¹⁴⁰ M. Ambos (Fn. 11), § 11 Rn. 7; B. Hecker (Fn. 11), § 11 Rn. 5; K. Satzger (Fn. 10), § 9 Rn. 48ff.

¹⁴¹ So exemplarisch Art. 5 lit. c RL (EU) 2019/713.

¹⁴² So exemplarisch Art. 3 Abs. 2 RL (EU) 2018/1673.

¹⁴³ Siehe nur EuGH, Urt. v. 17.5.1990 – C-87/89 (Sonito u. a.), Rn. 6 sowie W. Cremer, in: Calliess/Ruffert (Fn. 99), Art. 258 AEUV Rn. 42f.; U. Karpenstein, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Fn. 10), Art. 258 AEUV Rn. 14ff.; N. Wunderlich, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje, Bd. 4, 7. Aufl. 2015, Art. 258 AEUV Rn. 17.

¹⁴⁴ Vgl. U. Ehrlicke, in: Streinz (Fn. 46), Art. 259 AEUV Rn. 1; U. Karpenstein, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Fn. 10), Art. 259 AEUV Rn. 1; N. Wunderlich, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje (Fn. 143), Art. 259 AEUV Rn. 1.

¹⁴⁵ In diesem Sinne eine Mitteilung der Kommission: „EU-Recht: Bessere Ergebnisse durch bessere Anwendung“, ABIEU Nr. C 18 v. 19.1.2017, S. 10/14. Diese Ermessenskriterien normativ untermauernd W. Cremer, in: Calliess/Ruffert (Fn. 99), Art. 258 AEUV Rn. 42f.; N. Wunderlich, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje (Fn. 143), Art. 258 AEUV Rn. 17.

„schonend“ vorzunehmen, dass die Kohärenz der nationalen Strafrechtsordnung gewahrt bleibt.¹⁴⁶

b) Begrenzte Relevanz des materiellen EU-Strafrechts in konkreten Strafverfahren

Doch auch in konkreten Strafverfahren zeigt sich eine begrenzte Relevanz, die auf der begrenzten Rügbarkeit des materiellen EU-Strafrechts fußt:

Dies beruht erstens darauf, dass Grundlage der Bestrafung der durch den jeweiligen nationalen Strafgesetzgeber erlassene Straftatbestand ist, der in seinem Bestand grundsätzlich unabhängig von der unionalen Vorgabe ist: Diese nationale Strafvorschrift kann – wie aufgezeigt – auch bewusst über unionsrechtliche Vorgaben hinausreichen,¹⁴⁷ und für ihre Gültigkeit ist zunächst allein die formelle und materielle Verfassungskonformität entscheidend. Lediglich sofern sowohl Richtlinie als auch nationales Gesetz gleichermaßen gegen Primärrecht verstoßen – wenn etwa eine Mindesthöchststrafe der Richtlinie und somit auch die im nationalen Recht vorgesehene Höchststrafe mit Art. 49 Abs. 3 GrCh unvereinbar ist –, kann ausnahmsweise die Unionsrechtswidrigkeit der Richtlinie auf die nationale Strafvorschrift durchschlagen.

Zweitens ist die Frage der Umsetzung einer materiell-strafrechtlichen Richtlinie in einem konkreten Strafverfahren grundsätzlich nicht entscheidungserheblich:¹⁴⁸ Bezüglich einer „unzureichenden“ Umsetzung ist zu beachten, dass der Beschuldigte nämlich nur bis zur durch den nationalen Straftatbestand vorgegebenen (Wortlaut-)Grenze verurteilt werden kann, keinesfalls aber aufgrund einer unmittelbaren Wirkung der Richtlinie.¹⁴⁹ Selbst wenn der Wortlaut Spielräume enthält, die europarechtskonform strafscharfend oder -expansiv zu nutzen *wären*, fehlt es für den Beschuldigten an einer Beschwerde, wenn das Gericht diesen Schritt nicht geht. Verletzte usw. können sich im horizontalen Verhältnis zum Beschuldigten grundsätzlich nicht unmittelbar auf eine sie (ohnehin durch eine Strafdrohung nur sehr indirekt) „schützende“ Richtlinie berufen.¹⁵⁰ All das hat zur Folge, dass eine „zu geringe“ Umsetzung bislang¹⁵¹ nur in atypischen Situationen Gegenstand eines Vorabentscheidungsverfahrens nach Art. 267

¹⁴⁶ Ob darüber hinausgehend ein „strafrechtsspezifisches Schonungsgebot“ (*H. Satzger*, Die Europäisierung des Strafrechts, 2001, S. 166 ff.; *H. Satzger* [Fn. 10], § 9 Rn. 9 m. w. N.) auch die Wirkung hat, primärrechtskonforme (!) Umsetzungsverpflichtungen aushebeln zu können, erscheint – auch angesichts der prozeduralen Option des Notbremsemechanismus (Art. 83 Abs. 3 AEUV) – zweifelhaft.

¹⁴⁷ Siehe bereits oben bei und mit Fn. 114.

¹⁴⁸ *D. Brodowski*, in: Herrnfeld/Brodowski/Burchard, 2022, Art. 22 EUStA-VO Rn. 7.

¹⁴⁹ Siehe bereits oben bei und mit Fn. 10, 47 f.

¹⁵⁰ Siehe erneut oben bei und mit Fn. 48.

¹⁵¹ Zur – zukünftigen – Entscheidungserheblichkeit bei Fragen der Zuständigkeit der Europäischen Staatsanwaltschaft siehe *Brodowski*, in: Herrnfeld/Brodowski/Burchard (Fn. 148), Art. 22 EUStA-VO Rn. 7.

AEUV werden kann.¹⁵² Demzufolge überrascht es nicht, dass der EuGH in den vergangenen zehn Jahren keine einzige Entscheidung getroffen hat, welche eine unzureichende Umsetzung einer materiell-strafrechtlichen Richtlinie zum Verfahrensgegenstand hatte.¹⁵³ Aber auch eine „überschießende“ Umsetzung kann – solange sie Ausdruck einer eigenständigen, aber ihrerseits unionsrechtskonformen¹⁵⁴ Kriminalisierungsentscheidung des nationalen Gesetzgebers ist – grundsätzlich nur dann entscheidungserheblich sein und daher Ausgangspunkt für ein zulässiges Vorabentscheidungsersuchen sein, wenn ein Primärrechtsverstoß im Raum steht;¹⁵⁵ gleiches gilt für eine Prüfung durch das BVerfG unter Berücksichtigung auch¹⁵⁶ oder vollständig¹⁵⁷ am Maßstab der Unionsgrundrechte.

Doch auch jenseits des materiellen Strafrechts, etwa in Bezug auf das Rechtshilferecht, ist eine zwischen den Gerichten stark divergierende Vorlagefreudigkeit bis hin zu einer ausgeprägten „Vorlagescheu“¹⁵⁸ zu verzeichnen. Zu rechtlich fundierten Ausweichstrategien zählen dabei *acte éclairé*,¹⁵⁹ *acte clair*¹⁶⁰ und Verfahrensbeendigungen unter Umgehung der eigentlichen europarechtlichen Streitfrage. Zu einer spezifisch strafrechtlichen „Vorlagescheu“ mag schließlich beitragen, dass auch prozessual – anders als in zivilrechtlichen Fragestellungen – grundsätzlich nur *in* Verfahrensbeteiligter, nämlich der Beschuldigte, eine rechtswidrig unterbliebene Vorlage mit der Verfassungsbeschwerde rügen kann.

¹⁵² Als Ausnahme möge die unzureichende verjährungsrechtliche Umsetzung der primärrechtlichen Maßgabe aus Art. 325 Abs. 1 AEUV gelten, die Streitgegenstand in EuGH, Urt. v. 8.9.2015 – C-105/14 (Taricco u. a.) war.

¹⁵³ Allenfalls wurden verhaltensnormbezogene Vorfragen, die aus Verordnungen folgten, thematisiert, so etwa im Wertpapierhandelsrecht (EuGH, Urt. v. 28.6.2012 – C-19/11 [Geltl v. Daimler AG]; EuGH, Urt. v. 11.3.2015 – C-628/13), im Arzneimittel- und Grundstoffüberwachungsrecht (EuGH, Urt. v. 10.7.2014 – C-358/13 und C-181/14; EuGH, Urt. v. 5.2.2015 – C-627/13, C-2/14) oder im Abfallrecht (EuGH, Urt. v. 4.7.2019 – C-624/17 [Tronex BV]).

¹⁵⁴ Die Unionsrechtskonformität einer eigenständigen nationalen Strafvorschrift wurde etwa thematisiert in EuGH, Urt. v. 10.7.2014 – C-307/13 (Ivansson u. a.); EuGH, Urt. v. 4.2.2016 – C-336/14 (Ince); EuGH, Urt. v. 19.11.2020 – C-454/19 (Staatsanwaltschaft Heilbronn).

¹⁵⁵ So etwa in EuGH, Urt. v. 11.6.2020 – C-634/18 (JI) (Bestimmtheitsgebot).

¹⁵⁶ Vgl. BVerfGE 152, 152 („Recht auf Vergessen I“).

¹⁵⁷ Vgl. BVerfGE 152, 216 („Recht auf Vergessen II“) m. Bspr. S. *Swoboda*, Strafrechtliche Verfassungsbeschwerden im Anschluss an die Entscheidungen des 1. Bundesverfassungsgerichtssenats zum Recht auf Vergessen I und II, ZIS 2021, S. 66; BVerfGE 156, 182 m. Bspr. *Brodowski*, S. 682 (Fn. 132).

¹⁵⁸ Vgl. *U. Karpenstein*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Fn. 10), Art. 267 Rn. 54 m. w. N.

¹⁵⁹ Statt aller *U. Karpenstein*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Fn. 10), Art. 267 Rn. 56 m. w. N.

¹⁶⁰ Statt aller *U. Karpenstein*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Fn. 10), Art. 267 Rn. 57f. m. w. N.

IV. Fazit

Diese Suche nach einer „Sonderstellung“ des Strafrechts aus der europäischen Mehrebenenperspektive zeigte zwar eine Handvoll an Besonderheiten und Spezifika auf, etwa im Hinblick auf die strafrechtlichen (aber nicht spezifisch *strafrechtlich*) Garantien der GrCh, auf eine – im Vergleich zum BVerfG deutlich ausgeprägtere – Verhältnismäßigkeitskontrolle strafrechtlicher Normen durch den EuGH, auf den „Notbremsemechanismus“ und auf gewisse Residuen der intergovernmentalen vormaligen „Dritten Säule“. Doch zeigte sich zugleich, dass sich das europäische Strafrecht – bei allen Spezifika im Detail – klar innerhalb der gängigen Mechanismen des Unionsrechts im Speziellen und des europäischen Mehrebenensystems im Allgemeinen bewegt und dass es die Abweichungen nicht rechtfertigen, von einem „Strafrechtsexzeptionalismus“ zu sprechen. Dies bedeutet keineswegs, die Schwere der strafrechtlichen Grundrechtseingriffe oder auch die rechtliche, kulturelle und politische Bedeutung des Strafrechts in Deutschland und Europa zu marginalisieren. Diese und die jeweiligen rechtlichen Konsequenzen gilt es vielmehr auf dem Fundament des Verfassungs- und des Unionsrechts, sprich *innerhalb* des Strafverfassungsrechts zu präzisieren; das vermeidet es auch, durch bloße Denominationen („Verwaltungssanktionenrecht“) Schutzstandards zu unterminieren.