

JURISTISCHE ABHANDLUNGEN  
HERAUSGEGEBEN VON CORNELIUS PRITTWITZ

BAND 55



VITTORIO KLOSTERMANN · FRANKFURT AM MAIN

CHRISTOPH BURCHARD

DIE KONSTITUTIONALISIERUNG  
DER GEGENSEITIGEN  
ANERKENNUNG

DIE STRAFJUSTIZIELLE ZUSAMMENARBEIT  
IN EUROPA IM LICHT DES  
UNIONSVERFASSUNGSRECHTS



VITTORIO KLOSTERMANN · FRANKFURT AM MAIN

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

© Vittorio Klostermann GmbH Frankfurt am Main 2019

Alle Rechte vorbehalten, insbesondere die des Nachdrucks und der Übersetzung.  
Ohne Genehmigung des Verlages ist es nicht gestattet, dieses Werk oder Teile in einem  
photomechanischen oder sonstigen Reproduktionsverfahren oder unter Verwendung  
elektronischer Systeme zu verarbeiten, zu vervielfältigen und zu verbreiten.

Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier. ISO 9706

Druck und Bindung: Hubert & Co., Göttingen

Printed in Germany

ISSN 0449-4342

ISBN 978-3-465-04399-7

*Meinen Eltern*

*Julia, Valentina und Alexandra*

## GELEITWORT

Wenn im Jahr 2019 eine Ende 2014 an der Münchener Juristischen Fakultät als Habilitationsschrift eingereichte Abhandlung zur „justiziellen Zusammenarbeit in Strafsachen“ in Europa, namentlich auch zum Grundsatz „gegenseitiger Anerkennung“ in den Juristischen Abhandlungen publiziert wird, erlauben und gebieten zwei Gründe, von der in Deutschland eher unüblichen Praxis abzuweichen, auf rühmende Geleitworte zu verzichten.

Christoph Burchards Schrift behandelt mit dem Thema der „gegenseitigen Anerkennung“, ohne die eine fundamental neuartige „justizielle Zusammenarbeit in Strafsachen“ undenkbar ist, einen Gegenstand, der unabhängig von tagespolitischen Ereignissen im Kern der Debatte um das im Entstehen begriffene EU-Strafverfahrensrecht steht. Und er behandelt dieses – nur auf den ersten Blick und nur Manchem kleinteilig erscheinende – Thema mit einem Grundlagenbezug, der nicht nur perfekt in das Profil der grundlagenorientierten Juristischen Abhandlungen im Verlag Vittorio Klostermann passt, sondern es ohne Weiteres rechtfertigt, eine nicht „à jour“ gebrachte Fassung der Schrift zu veröffentlichen. Das erscheint auch deswegen geboten, weil dieser Grundlagenbezug nicht nur im europäischen Kontext, sondern auch im Rahmen der seit einiger Zeit innerhalb der deutschen Strafrechtswissenschaften prominent geführten Debatte über das Verhältnis von Strafrecht und Verfassung, von herausragender Bedeutung ist. Schon deswegen muss die Schrift so schnell wie möglich die Gelegenheit erhalten, in diese Debatten einzugreifen.

Ein zweiter Grund gebietet aus der Sicht des Reihenherausgebers einen Kommentar zur Publikation. Betrachtet man die jüngere und jüngste Entwicklung der EU, angefangen von tendenziell rechtsstaatsunfreundlichen Entwicklungen in den ost- und mittelosteuropäischen Mitgliedsstaaten, fortgesetzt durch das Brexit-Theater und (noch nicht) abgeschlossen durch rechtspopulistische Tendenzen in Italien und Österreich, wird es durchaus denkbar, dass die zwar immer von Skepsis und Kritik begleitete, aber doch unaufhaltbar erscheinende Dynamik letzten Endes begrüßenswerte Harmonisierung des europäischen Raums der Freiheit der Sicherheit und des Rechts, an einem Punkt angelangt ist, an dem neu nach der Definition des europäischen Projekts zu fragen ist. Wenn diese Neudefinition zu einer Intensivierung führen soll, dann dürfte dafür eine verstärkte Verankerung des europäischen Strafrechts und Strafprozessrechts im Unions*verfassungsrecht* unabdingbar sein. Christoph Burchards Schrift legt dafür die Grundlagen und hat beste Aussichten, das Referenzwerk in diesem wichtigen Diskurs zu werden.

Frankfurt am Main, 26. Mai 2019

Cornelius Prittitz

## VORWORT

Vor gut vier Jahren lag diese, im Oktober 2014 fertiggestellte Schrift meinem Habilitationsverfahren zugrunde, das ich im April 2015 an der LMU München abschließen durfte.

Seitdem ist viel passiert, beruflich, privat und rechtlich. Es ist in der Tat so viel passiert, dass sich mein ursprüngliches Ansinnen de facto als unmöglich herausgestellt hat, meine damaligen Überlegungen mit der sachgerechten Vertiefung an die aktuellen Entwicklungen anzupassen und sie in deren Lichte kritisch zu überdenken. Vieles von dem, was ich weiland intensiv aufgearbeitet hatte (wie etwa die Frage, was unter einer justiziellen Entscheidung in Strafsachen zu verstehen ist und ob der Topos „Vertrauen als Grundlage der gegenseitigen Anerkennung“ normativ trägt), wurde in den letzten Jahren durch die europäische Rechtsprechung und Rechtssetzung (und der ihnen folgenden Rechtswissenschaft) munter fort- und teilweise auch wieder zurückentwickelt. Das begann mit dem EuGH Gutachten 2/13 (v. 18. Dezember 2014) und lief u.a. über die Entscheidung *Aramyosi/Căldăraru* (C-404/15, C-659/15 PPU v. 5. April 2014) sowie den heutigen Entwurf der sog. e-evidence-Verordnung (die das Vertrauen zwischen den EU-Mitgliedstaaten verabsolutiert und den unionsgrundrechtlichen Kontrollvorbehalt in der justiziellen Zusammenarbeit in Strafsachen bis zur Unkenntlichkeit schleift) bis hin zum jüngsten Urteil EuGH *OG und PI* (C-505/18 und C-82/19 PPU v. 27. Mai 2019) (demzufolge deutsche Staatsanwaltschaften mangels hinreichender Unabhängigkeit keine europäischen Haftbefehle ausstellen dürfen, da sie nicht als Justizbehörde anzusehen seien). Auf einigen wenigen Seiten hätte ich diese Entwicklungen nicht sauber auf- und einarbeiten können. All das ist keine Rechtfertigung, hoffentlich aber eine hinreichend entschuldigende Erklärung dafür, dass ich meine Schrift hier im ursprünglichen Zustand vorlege, zumal ich guter Dinge bin, dass meine damaligen Überlegungen weiterhin Bestand haben und einen Beitrag zu einer konstruktiv-kritischen Reflexion der justiziellen Zusammenarbeit in Strafsachen in der Europäischen Union leisten können.

Ein Vorteil dieser zeitlichen Distanz zwischen der Fertigstellung und Veröffentlichung meiner Arbeit ist es, dass meine Dankesworte in jeder Hinsicht ernst gemeint sind und von Herzen kommen. In diesem Sinne danke ich *Helmut Satzger* und *Rudolf Streinz* ganz herzlich für die wahnsinnig schnelle Fertigstellung des Erst- und Zweitgutachtens, die mir meine (letztendlich erfolgreiche) Bewerbung an der GU Frankfurt erst ermöglicht haben. Dieser Dank gilt umso mehr, als beide eine Arbeit votieren mussten, die sie nicht langfristig betreuen konnten.

Denn der Sache kam und komme ich (wie es im „guten“ akademischen Umgangston heißt) von *Joachim Vogel*. Dass ich meinem Maestro nach den tragischen Ereignissen in Venedig nicht mehr persönlich danken kann, schmerzt weiterhin ungemein, so dass ich meine große Dankbarkeit (nicht zuletzt für seine jederzeit herzlichen, immer wieder spitzbübischen und durchgängig im besten wissenschaftlichen Sinne interessanten Anleitungen und Anregungen) hier zumindest schriftlich hinterlegen möchte.

Mein aufrichtiger Dank gilt *Cornelius Prittwitz*, der diese Arbeit auch in ihrem „Ur“-Zustand in diese (seine) große Reihe aufgenommen hat. Danken möchte ich zudem dem Team bei Klostermann, insbesondere *Anastasia Urban*, für die große Unterstützung bei der redaktionellen Fertigstellung der Druckfassung, sowie *Jochen Schroers* für die Übernahme des Lektorats.

Trotz des „akademischen Breitensports“ (er wird vielfach betrieben, eine Berichterstattung erfolgt aber so gut wie nicht), Vor- und Dankeswörter kritisch daraufhin zu durchmustern, ob sie mit der notwendigen Emotionalität verfasst, aber nicht zu gefühlsduselig sind, ist es mir ein großes Anliegen, abschließend noch meiner Familie allen unaussprechbaren Dank auszusprechen. Denn es sind gerade die Familien, die die Unsicherheiten und Unwägbarkeiten miterleben, auffangen und ausgleichen müssen, die der akademische Betrieb für den nur euphemistisch so nennbaren wissenschaftlichen Nachwuchs parat hält. Nicht zuletzt dafür, also für alle Kraft und Unterstützung (und alles Weitere muss hier nicht schriftlich festgehalten werden) danke ich meiner Mutter und meinen Vater (der immerhin noch die Abgabe der Arbeit miterleben durfte) sowie meiner Frau *Julia Kayser* und unseren beiden Töchtern *Valentina* und *Alexandra*. Ohne Euch (und so viel persönliche Ansprache muss sportlich erlaubt sein!) wäre das Alles nicht möglich gewesen!

# INHALT

KAPITEL 1 GRUNDLEGUNG.....	1
§ 1 EINFÜHRUNG.....	3
A. Einleitung.....	3
B. Programmatik, Gegenstand und Perspektive der Arbeit.....	4
C. Gang der Arbeit.....	27
§ 2 METHODISCHE GRUNDLEGUNG.....	33
A. Unionsverfassungsrechtsprinzipielle Konstitutionalisierung der gegenseitigen Anerkennung in Strafsachen.....	34
B. Funktional-rechtsvergleichende Erschließung der gegenseitigen Anerkennung in Strafsachen.....	52
C. Kriminalpolitikwissenschaftliche Erschließung der gegenseitigen Anerkennung in Strafsachen.....	62
§ 3 DOGMATISCHE GRUNDLEGUNG: EINE VORANSTELLUNG DES DOGMATISCHEN ERTRAGS DER ARBEIT.....	67
A. Der Ausgangspunkt und Sekundärrechtsvorbehalt in Art. 82 Abs. 1 UA 2 lit. a AEUV.....	68
B. Die Elemente des Art. 82 Abs. 1 UA 2 lit. a AEUV.....	70
C. Art. 82 Abs. 1 UA 2 lit. a AEUV im Spiegel anderer Governancemodi und Kompetenzvorschriften.....	83

KAPITEL 2 DAS ANERKENNUNGSOBJEKT .....	91
§ 4 STRAFSACHE .....	93
A. Problemaufriss .....	93
B. Fallstudie: Die Europäische Schutzanordnung(en) .....	94
C. Negative Annäherung an den Begriff der Strafsache .....	100
D. Positive Annäherung an den Begriff der Strafsache .....	147
E. Exemplifizierung .....	165
F. Fazit .....	172
§ 5 ENTSCHEIDUNG .....	173
A. Problemaufriss .....	173
B. Vergleichsstudie: Die Produkt-Prozess-Unterscheidung des GATT .....	179
C. Exemplifizierung: Die gegenseitige Anerkennung von Beweismitteln .....	202
D. Fazit .....	258
§ 6 JUSTIZIELL .....	261
A. Problemaufriss .....	261
B. Fallstudie: Die englische Rechtssache <i>Assange</i> .....	278
C. Gerichtliche und justizielle Entscheidungen im garantistischen Vergleich .....	293
D. Fazit und Exemplifizierung: Die funktionale Abgrenzung der justiziellen von der polizeilichen Zusammenarbeit in Strafsachen .....	324

KAPITEL 3 DER AKT DER ANERKENNUNG..... 327

§ 7 ANERKENNUNG UND GARANTIEVERANTWORTUNG ..... 329

A. Problemaufriss ..... 329

B. Fall- und Vergleichsstudie: Die Allokation grundrechtlicher  
Garantieverantwortung im Spiegel der englischen Rechtssache *Granada* .. 335

C. Die Allokation grundrechtlicher Garantieverantwortung im Spiegel  
ausgewählter EuGH-Urteile..... 343

D. Die Allokation grundrechtlicher Garantieverantwortung im Spiegel der  
Äquivalenzvorbehalte von GG und EMRK..... 361

E. Zwischenfazit ..... 389

§ 8 UNBESCHRÄNKTE ANERKENNUNG ALS RECHTSPRINZIP?... 390

A. Problemaufriss ..... 390

B. Der Akt der Anerkennung als Durchführung des  
Unionsrechts (Art. 51 Abs. 1 GRC) ..... 394

C. Unbeschränkte gegenseitige Anerkennung als Rechtsprinzip?..... 414

D. Absolutes Vertrauen als Rechtsprinzip?..... 468

E. Absolute Kontrollverbote als Rechtsprinzip?..... 559

F. Fazit..... 606

§ 9 ANERKENNUNGSSCHRANKEN ..... 609

A. Problemaufriss ..... 609

B. Personale Anerkennungsschranken:  
Die Unionsgrundrechte einschließlich des grundrechtsähnlichen  
Grundsatzes des Vertrauensschutzes..... 614

C. Föderale Anerkennungsschranken:  
Das Loyalitätsgebot, insbesondere in der Gestalt der Achtung der  
mitgliedstaatlichen Verfassungsidentität..... 684

D. Fazit..... 713

AUSFÜHRLICHES INHALTSVERZEICHNIS..... 769

# Kapitel 1

## Grundlegung

## § 1 EINFÜHRUNG

### A. Einleitung

Nach Art. 82 Abs. 1 UA 2 lit. a AEUV erlassen „das Europäische Parlament und der Rat [...] gemäß dem ordentlichen Gesetzgebungsverfahren Maßnahmen, um Regeln und Verfahren festzulegen, mit denen die Anerkennung aller Arten von Urteilen und gerichtlichen Entscheidungen in der gesamten Union sichergestellt wird.“ Den Wortlaut einer Vorschrift zu wiederholen ist prima facie ein schwacher Einstieg in eine wissenschaftliche Schrift. Und doch ist die Besinnung auf den Vertrag von Lissabon im Allgemeinen und die vorgenannte Vorschrift im Besonderen richtungsweisend. Denn sie erlaubt eine Neubesinnung darauf, dass der ursprünglich politisch postulierte<sup>1</sup> und dann jurisprudentiell weiterentwickelte Satz, dass die justizielle Zusammenarbeit in Strafsachen im Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts auf einem Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung beruht, nunmehr im Primärrecht verankert ist (Art. 67 Abs. 3, 82 Abs. 1 UA 1 AEUV). Es handelt sich dabei nicht etwa nur um eine einfache Verrechtlichung der gegenseitigen Anerkennung in Strafsachen.<sup>2</sup> Vielmehr gilt es nun, da das Primär- das funktionale Verfassungsrecht der Europäischen Union ist,<sup>3</sup> das Unionsverfassungsrechtliche des Grundsatzes der gegenseitigen Anerkennung in Strafsachen in den Blick zu nehmen. Es gilt mit anderen Worten die Konstitutionalisierung der gegenseitigen Anerkennung justizieller Entscheidungen in Strafsachen in der Europäischen Union ernst zu nehmen und sie wissenschaftlich voran zu treiben. Dieser Ansatz<sup>4</sup> erlaubt es, wie in dieser Arbeit gezeigt werden soll, die gegenseitige Anerkennung in Strafsachen neu zu durchdenken. Dabei sollen die kompetenziellen Spielräume und Grenzen neu bestimmt werden, die den Sekundärrechtsgesetzgeber einhegen, wenn er Rechtsakte (Richtlinien oder Verordnungen) auf der Grundlage des Art. 82 Abs. 1 UA 1, UA 2 lit. a AEUV erlässt. Diese Spielräume und Grenzen werden dabei durch allgemeine unionsverfassungsrechtliche Rechtsprinzipien (wie das Rechtsstaatsprinzip, das Prinzip des Unionsgrundrechtsschutzes und das föderale, den Schutz der mitgliedstaatlichen Identität umgreifende Loyalitätsgebot) festgelegt, die die gegenseitige Anerkennung beschränken, ihrerseits aber auch gestaltbar machen.

<sup>1</sup> Die Schlussfolgerungen des Rats von Tampere werden weithin als „Geburtsstunde“ der gegenseitigen Anerkennung in Strafsachen gehandelt. S. dazu noch unten § 8 C. II. 1.

<sup>2</sup> Zu dieser Verrechtlichung *Satzger*, in: Streinz (Hrsg.), EUV/AEUV, Art. 82 AEUV Rdnr. 10.

<sup>3</sup> S. dazu noch unten B. I. 3.

<sup>4</sup> Andere Ansätze werden dadurch weder ausgeschlossen noch entwertet. Sie werden in dieser Arbeit aber nicht prominent weiterverfolgt.

## B. Programmatik, Gegenstand und Perspektive der Arbeit

### I. Forschungsprogrammatik

Wer sich wissenschaftlich mit den in Art. 82 ff. AEUV primärrechtlich vorgesehenen Unionskompetenzen auf dem Gebiet der Strafrechtspflege sowie mit den auf deren Grundlage erlassenen sekundär-, d.h. einfachrechtlichen Rechtsakten beschäftigt, hat in verfassungsrechtlichen Dimensionen zu denken. Namentlich in den Dimensionen eines im Entstehen begriffenen Strafverfassungsrechts der Europäischen Union. So lässt sich die übergreifende Programmatik dieser Arbeit auf den Punkt bringen. Sie trägt einer Reihe an rechtswissenschaftlichen Mentalitätswechseln Rechnung, wie sie heute im deutschen und europäischen Straf-, im Staats-, im Europarecht und im Rechtshilferecht zu verzeichnen sind. Also in jenen Rechtsdisziplinen, die sich im komplexen Rechtsgebiet der gegenseitigen Anerkennung justizieller Entscheidungen in Strafsachen vereinen. Zu diesen Mentalitätswechseln und den Konsequenzen, die in dieser Arbeit aus ihnen gezogen werden, in der Über- und Aussicht:

#### 1. Verfassungsrechtsdenken im Strafrecht

Gegenseitige Anerkennung hält im Ausgangspunkt an der territorialen Abgrenzung der „jurisdiction to enforce“ der Mitgliedstaaten<sup>5</sup> fest. Wie auch das klassische Rechtshilferecht, beruht die justizielle Zusammenarbeit in Strafsachen in der Europäischen Union grundsätzlich auf der „Achtung fremder Gebietshoheit“, also dem völkerrechtlichen „Territorialitätsprinzip“. <sup>6</sup> Rechtsakte, die auf dem Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung justizieller Entscheidungen in Strafsachen beruhen, ermöglichen jedoch eine mittelbare, durch den jeweiligen Akt der Anerkennung vermittelte Extraterritorialisierung der mitgliedstaatlichen Herrschaftsgewalt auf dem Gebiet der Strafrechtspflege.<sup>7</sup> Thematisch sind daher vorrangig die gesamten Strafrechtswissenschaften aufgerufen, dieses Phänomen unter Berücksichtigung der sich stellenden verfassungsrechtlichen Fragen zu bearbeiten.

<sup>5</sup> Wenn in der Folge von Mitgliedstaaten die Rede ist, so sind damit die Mitgliedstaaten der Europäischen Union gemeint.

<sup>6</sup> Zu diesem rechtshilferechtlichen Fundament ausf. und m.w.N. *Vogel*, in: Grützner/Pötz/Kreß, Internationaler Rechtshilfeverkehr in Strafsachen, Vor § 1 Rdnr. 15 ff.

<sup>7</sup> Vgl. exemplarisch *Wasmeier*, in: Sieber/Satzger/von Heintzel-Heinegg (Hrsg.), Europäisches Strafrecht, § 32 Rdnr. 37.

Die deutsche Strafrechtswissenschaft öffnet sich zwar nur zögerlich,<sup>8</sup> aber doch zunehmend gegenüber verfassungsrechtlichen Denkmustern,<sup>9</sup> also gegenüber einem „Verfassungsrechtsdenken.“<sup>10</sup> Diese Öffnung wird hier ausdrücklich begrüßt. Eine Selbstlegitimation oder eine extrakonstitutionelle (z.B. rechtsphilosophisch idealisierte) Fremd-legitimation<sup>11</sup> der Strafrechtspflege ist in einem modernen europäischen – staatlichen oder jenseits des Staates begründeten – politischen Gemeinwesen nicht (mehr) möglich.<sup>12</sup> Dazu bedarf es einer höherrangigen Rechtsschicht, eben eines Verfassungsrechts, das in materieller wie prozeduraler Hinsicht zwischen (einfachem) Recht und (Kriminal-)Politik mittel. Das Verfassungsrecht internalisiert höherrangige (insbesondere rechtsstaatliche, grundrechtliche und demokratische sowie in der Europäischen Union noch dazu föderale) Grundprinzipien, die sowohl das einfache Recht wie auch die Politik organisieren, limitieren und durch all das aus

<sup>8</sup> Eine elaborierte Kritik an dieser Öffnung findet sich in *Greco*, in: Brunhöber u.a. (Hrsg.), *Strafrecht und Verfassung*, S. 13 ff., der eine „Überbetonung des Verfassungsrechts“ in der Strafrechtswissenschaft für „schädlich“ erachtet. Dabei unterläuft *Greco* jedoch ein fundamentales Missverständnis, s. dazu sogleich unten um und in Fn. 13.

<sup>9</sup> Zu den verfassungsrechtlichen Grundlagen des deutschen Strafrechts vgl. nur *Appel*, *Verfassung und Strafe*; *Lagodny*, *Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte*; *Tiedemann*, *Verfassungsrecht und Strafrecht*; *Vogel*, *StV* 1996, 110. Zur Akzeptanz auch überstaatlicher Einflüsse *Böse*, *European Criminal Law Review* 2011, 35 (37); *Vogel*, *GA* 2002, 517 (insbes. 520 ff., 534), dort jeweils auch mit kritischen Bestandsaufnahmen der Defizite in den strafrechtsdogmatischen Diskussionen.

<sup>10</sup> Zu diesem Begriff *Franzius*, *Europäisches Verfassungsrechtsdenken*, S. 1.

<sup>11</sup> Diese bereits vehement ablehnend *Vogel*, in: *Ambos* (Hrsg.), *Europäisches Strafrecht post-Lissabon*, S. 41 (55).

<sup>12</sup> Das Verfassungsrecht fungiert dabei in Deutschland zunehmend als „Totengräber“ prä- und extrakonstitutioneller, sei es rechtsphilosophisch vorgeprägter oder fachgerichtlich versteinierter dogmatischer Konzepte. Das muss hingenommen, ja sogar in dem Maße begrüßt werden, in dem *erstens* an rechtstatsächlich leerlaufenden Konzepten nur um der (unter Umständen nur begrifflichen) Besitzstandswahrung Willen festgehalten wird. Es ist auch in dem Maße zu begrüßen, in dem *zweitens* ein von „außen“ kommendes Verfassungsrecht innerstrafrechtliche Missstände aufzeigt und korrigiert. – Paradigmatisch für Ersteres steht die Diskussion um die strafrechtliche Rechtsgutslehre, der BVerfGE 120, 224 (241) die verfassungsrechtliche Anerkennung versagt hat; aus dem überbordenden Schrifttum hierzu vgl. insbesondere *Stuckenberg*, *GA* 2011, 653; *ders.*, *Oñati Socio-legal Series* 2013, 31, der der Rechtsgutslehre verfassungsrechtliche Defizite vorwirft und an ihrer Statt eine ausgereifte Grundrechtsdogmatik fordert; zu den allgemeinen Entmaterialisierungstendenzen der Rechtsgutslehre vgl. nur *Kröger*, *Die Entmaterialisierungstendenz beim Rechtsgutsbegriff. – Paradigmatisch für die verfassungsrechtliche Korrektur innerstrafrechtlicher Fehlentwicklungen stehen die „Eingriffe“ des Bundesverfassungsgerichts in die Nötigungsdogmatik (§ 240 StGB)*, insbesondere die Ablehnung des von den Fachgerichten mit meist starker Billigung des Schrifttums favorisierten psychischen Gewaltbegriffs in BVerfGE 92, 1 sowie die Ablehnung der von den Fachgerichten über Jahrzehnte praktizierten und in Lehrbüchern gelehrt, grundrechts„fernen“ Prüfung der Verwerflichkeit in BVerfG NJW 2011, 3020. – Umfassend zu den verfassungsrechtlichen Grundlagen des materiellen (deutschen) Strafrechts nun *Kaspar*, *Verhältnismäßigkeit und Grundrechtsschutz im Präventionsstrafrecht*, S. 51 ff.

rechtsinterner Perspektive abschließend<sup>13</sup> legitimieren.<sup>14</sup> Anders als bei einem Denken in metaphysischen (z.B. Gerechtigkeits-)Idealen geht es bei einem Denken in verfassungsrechtlichen Prinzipien nicht mehr länger um trennscharfe Grenzziehungen zwischen Richtig und Falsch, sondern um das Belassen von Spielräumen.<sup>15</sup> Es geht nicht mehr allein um Absolutes und für Recht wie Politik Unverfügbares, sondern auch darum, Verhandlungen im und Kompromisse durch einfaches (z.B. Straf- und Strafprozess-)Recht zu akzeptieren. Dessen (zeitliche, inhaltliche, kulturelle etc.) Kontingenz, Relativität und Reversibilität ist kein Übel, sondern Ausdruck sich entwickelnder, pluralistisch konstituierter politischer Gemeinwesen.<sup>16</sup> In diesen müssen, sollen und dürfen die verschiedensten, häufig kollidierenden Interessen und Rechtspositionen zu praktischer Konkordanz gebracht werden, ohne dass es „die“ richtige, gar die dogmatisch vorgezeichnete Lösung gäbe.<sup>17</sup>

Das wird umso deutlicher, je mehr die eigene mit anderen Rechtsordnungen konfrontiert wird. Denn letztere sehen häufig andere Relationen dieser Interessen und Rechtspositionen vor. In einem kaum harmonisierten und unionsrechtlich auch nur bedingt direkt harmonisierbaren Rechtsgebiet wie der Strafrechtspflege stehen die anzuerkennenden Entscheidungen häufig für andersgeartete oder anders gewichtete Relationen konfligierender Güter im Ausland. Die Idee der gegenseitigen Anerkennung beruht nun darauf, dass diese Fremdrelationen nicht automatisch als „schlechter“ qualifiziert werden,

<sup>13</sup> Dem nicht Rechnung tragend *Greco*, in: Brunhöber u.a. (Hrsg.), Strafrecht und Verfassung, S. 13 (insbes. 30 ff.). Ihm ist zwar zu konzedieren, dass die Strafrechtswissenschaft nicht bei der Prüfung der Verfassungskonformität des Strafrechts Halt machen muss und sollte. Wer jedoch „mehr“ als ein verfassungskonformes Strafrecht fordert, argumentiert nicht mehr rechtsintern, sondern mit rechts-externen, z.B. kriminalpolitischen oder -philosophischen Argumenten. Das ist legitim, solange diese Argumente nicht absolut gesetzt werden, d.h. solange der Gesetzgeber nicht „zum Notar“ einer strafrechtswissenschaftlichen Strafrechtsphilosophie oder Strafrechtspolitik degradiert wird; letzteres aus der Außenperspektive des Verfassungsrechts rügend *Gårditz*, *Der Staat* 2010, 331 (331); vgl. dazu auch die rechtsphilosophisch fundierte Replik von *Zaczyk*, *Der Staat* 2011, 295 (300 f.), demzufolge sich der Grund der Strafe niemals aus dem mit ihr verfolgten Zweck ergeben darf, weil der Grund der Strafe allein das vom Täter schuldhaft begangene Delikt selbst sein darf.

<sup>14</sup> Vgl. zu dieser Funktionentrias nur *C. Walter*, DVBl. 2000, 1 (5) m.w.N.

<sup>15</sup> Daher ist es zwar richtig, wenn *Krüger*, *Unmittelbarkeit und materielles Recht*, S. 300 in kritischer Intention anmerkt, das Verfassungsrecht trage „selbst eher wenig zur Grenzziehung des Strafrechts bei.“ Ein verfassungsrechtlicher Ausgangspunkt muss diese Spielräume allerdings hinnehmen, zumal dogmatische Postulate und Grenzziehungen den Gesetzgeber – wie auch *Krüger*, a.a.O. zugesteht – ohnehin „nicht zwingen.“

<sup>16</sup> Ähnlich *Gårditz*, *Der Staat* 2010, 331 ff.

<sup>17</sup> Dies übersehend *Greco*, in: Brunhöber u.a. (Hrsg.), Strafrecht und Verfassung, S. 13 (33). Es geht gerade nicht darum, dem Verfassungsrecht bestimmte strafrechtliche bzw. strafrechtswissenschaftliche Inhalte zu oktroyieren, sondern darum, verfassungsrechtliche Spielräume und Korridore – vor denen *Greco* warnt bzw. die nicht wahrgenommen zu haben er der strafrechtswissenschaftlichen Öffnung zum Verfassungsrecht vorwirft – anzunehmen.

sondern als „funktionale Äquivalente“ – d.h. als mindestens gleichwertig<sup>18</sup> – anerkannt werden können. Wird diese Gleichwertigkeit angezweifelt oder ist sie zweifelhaft, so entstehen durch die besagten Konfrontationen mit anderen Relationen hier so genannte inter-jurisdiktionelle Relationskonflikte. Diese sind dann durch Regeln und Verfahren, die die Anerkennung sicherstellen (Art. 82 Abs. 1 UA 2 lit. a AEUV), zu lösen. Für diese Lösungen existieren dann jedoch abermals keine absoluten Gewissheiten, sondern nur unionsverfassungsrechtliche Korridore;<sup>19</sup> letzteres ist dann gleichsam Ausdruck eines europäischen Verfassungsrechtsdenkens.

Im Geiste dieser Mentalität erhebt diese Arbeit die Forderung nach einer „beschränkt-beschränkten“ gegenseitigen Anerkennung in Strafsachen.<sup>20</sup> Entgegen der insbesondere vom EuGH propagierten Linie sind Anerkennungsinstrumente unionsverfassungsrechtlich beschränkt, insbesondere durch die Unionsgrundrechte, die immanente Anerkennungsschranken darstellen. Entgegen einer gerade im strafrechtlichen Schrifttum vertretenen Auffassung können diese Anerkennungsschranken aber ihrerseits beschränkt werden, insbesondere um eine funktionierende justizielle Zusammenarbeit im europäischen Strafrechtspflegeverbund sicherzustellen. Der Grundrechtsschutz darf in einer international arbeitsteiligen Strafrechtspflege also nicht leerlaufen, wohl darf er aber modifiziert werden.<sup>21</sup> In den Grenzen der unionsverfassungsrechtlichen Anerkennungsschranken genießt der Sekundärrechtsgesetzgeber insofern Ermessen und Ausgestaltungsspielräume.

## 2. Unionsverfassungsrechtsdenken im europäischen Strafrecht

Die Art. 82 ff. AEUV im Allgemeinen und Art. 82 Abs. 1 UA 2 lit. a AEUV im Besonderen begründen Zuständigkeiten der Europäischen Union auf dem Gebiet der „Justiziellen Zusammenarbeit in Strafsachen“ (so die wenig gelückte Kapitelüberschrift der Art. 82 ff. AEUV). Kompetenzvorschriften bedürfen, schon weil sie keine unmittelbaren Rechtsfolgen für den Einzelnen bewirken, spezieller Auslegungsregeln. Das gilt insbesondere in einer föderal

<sup>18</sup> Vgl. nur *Zerdlck*, in: Lenz/Borchard (Hrsg.), EU-Verträge Kommentar, Art. 82 AEUV Rdnr. 3.

<sup>19</sup> Im Ergebnis solche Korridore bei der Ausgestaltung der gegenseitigen Anerkennung in Strafsachen mit „fehlenden Inhalten“ verwechselnd *Braum*, ZIS 2009, 418 (419).

<sup>20</sup> S. dazu insbesondere unten § 8 E. III.

<sup>21</sup> Anders etwa *Schomburg/Lagodny*, NJW 2012, 348 (349) mit der These, dass Grund- oder Menschenrechte nicht nur deshalb in geringerem Maße gewährt oder in höherem Maße eingeschränkt werden dürften, weil in einem bestimmten Strafverfahren die Behörden oder Gerichte auch eines anderen Staates tätig werden sollen oder müssen. Ebenso *Kaijafa-Gbandi*, in: Asp u.a. (Hrsg.), A Manifesto on European Criminal Procedure Law, S. 218. Zur Klarstellung: Diese Position mag kriminalpolitisch wünschenswert sein. (Unions-)verfassungsrechtlich zwingend ist sie jedoch nicht.

strukturierten Europäischen Union, die auf dem Prinzip der begrenzten Einzelmächtigung gründet (Art. 4. Abs. 1, Art. 5, Art. 48 Abs. 2 Satz 2 EUV)<sup>22</sup> und in der die genaue vertikale Kompetenzverteilung zwischen Mitgliedstaaten und Union „die“ föderale Frage schlechthin ist.<sup>23</sup> Das damit notwendig werdende Denken in kompetenziellen und föderalen Bahnen greift auch in der europäischen Strafrechtswissenschaft Platz,<sup>24</sup> wenn es auch längst noch nicht umfassend angekommen ist.<sup>25</sup>

Begreift man Art. 82 Abs. 1 UA 2 lit. a AEUV als Zuständigkeitsnorm, so hat das beispielsweise zur Konsequenz, dass der Begriff der „Strafsache“ nicht als Kategorial- (Stichwort: Abgrenzung zwischen Repression- und Prävention), sondern als offener Kompetenzbegriff verstanden werden muss; die justizielle Zusammenarbeit in Rechts-, die von den Mitgliedstaaten traditionell als Verwaltungs- oder Zivilsachen behandelt werden, kann daher unter Umständen auf der Basis des Art. 82 Abs. 1 AEUV geregelt werden.<sup>26</sup> Zudem wird auch der „Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung in Strafsachen“ in dieser Arbeit als politisch konkretisierungsfähiger und konkretisierungsbedürftiger Kompetenzbegriff gedeutet.<sup>27</sup> Die vermeintliche rechtsprinzipielle Unbeschränktheit der gegenseitigen Anerkennung ist daher abzulehnen.<sup>28</sup> Ihre Be-

<sup>22</sup> Vgl. statt aller *Streinz*, Europarecht, Rdnr. 126, 539 f., dort auch mit einer Diskussion der Lockerungen durch die Ermächtigung zur Vertragslückenschließung (Art. 352 AEUV), auf die hier nicht weiter einzugehen ist.

<sup>23</sup> Vgl. zur „Kompetenzordnung in der föderalen Europäischen Union“ abermals nur *Streinz*, in: Härtel (Hrsg.), Handbuch Föderalismus, Band IV, § 85.

<sup>24</sup> *Vogel*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, EU-Recht, Art. 83 AEUV Rdnr. 49, weist zu Recht darauf hin, dass z.B. die Kompetenzvorschrift des Art. 83 AEUV als solche nicht den strafrechtlichen Bestimmtheitsanforderungen genügen muss. Zu Unrecht hält er dies aber der im Schrifttum zur findenden Kritik entgegen, die in Art. 83 Abs. 1 UA 2 AEUV genannten Kriminalitätsbereiche seien zu unbestimmt formuliert. Wenn diese Kritik etwa von *Ambos/Rackow*, ZIS 2009, 397 (402); *Braun*, ZIS 2009, 418 (421); *Weigend*, ZStW 116 (2004), 275 (285) geäußert wird, so immer unter (wenn auch nicht so benannten) föderalen Vorzeichen, d.h. als kritische Anfrage an eine unbestimmte Kompetenzverteilung, die potentiell auf Kosten der kriminalpolitischen Gestaltungsmacht der Mitgliedstaaten gehen kann. Dass mit dieser Unbestimmtheit freilich auch kompetenzielle Flexibilität gewonnen werden soll, hat zu Recht *Mansdörfer*, HRRS 2010, 11 (16) herausgehoben. Die Diskussion um die Bestimmtheit des Art. 83 Abs. 2 AEUV ist somit der Sache nach eine Diskussion um die „richtige“ föderale Machtverteilungstechnik zwischen Mitgliedstaaten und Europäischer Union.

<sup>25</sup> Exemplarisch für Letzteres sind die Diskussionen rund um den Begriff der „Strafsache“, wie sie insbesondere in der Entstehungsgeschichte der Europäischen Schutzanordnungen in Straf- und in Zivilsachen virulent geworden sind. S. dazu noch unten § 4 B.

<sup>26</sup> S. dazu unten § 4.

<sup>27</sup> S. dazu unten § 8 C.

<sup>28</sup> Rechtsmethodisch folgt daraus, dass nicht über Hierarchisierungsprozesse innerhalb des Primärrechts (Stichwort: unbeschränkte gegenseitige Anerkennung versus Schutz der Unionsgrundrechte) nachgedacht werden muss. Vgl. zu etwaigen Normenhierarchien innerhalb des Primärrechts von *Arnauld*, EuR 2003, 191.

sonderheit ist nicht rechtsprinzipieller, sondern politischer Natur und liegt in ihrer konstruktiven integrationstheoretischen Ambiguität.<sup>29</sup> Die allgemeinen Schranken des Unionsverfassungsrechts werden daher durch den Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung nicht etwa verdrängt, sondern im Gegenteil auf den Plan gerufen, wenn der Sekundärrechtsgesetzgeber von seinen Kompetenzen Gebrauch macht und Anerkennungsinstrumente auf der Grundlage des Art. 82 Abs. 1 UA 2 lit. a AEUV schafft.

### 3. Unionsverfassungsrechtsdenken in der Staatsrechtslehre

Die Rede vom europäischen Primär- als (funktionalem) Verfassungsrecht der Europäischen Union dürfte in der modernen europäischen wie nationalen Verfassungsrechtstheorie nunmehr die vorherrschende sein.<sup>30</sup> Es ist dies eine rechtswissenschaftliche Deutung, die trotz des Scheiterns des Verfassungsvertrags zulässig ist, weil sie zu den „einschlägigen Fragen, Wissensbeständen und Diskursen führt.“<sup>31</sup> Darin liegt eine Abkehr von der (vornehmlich deutschen) staatsrechtlichen Orthodoxie, Staat und Verfassung bzw. Verfassungsrechtsstaat und Verfassungsrecht begrifflich zu koppeln, d.h. das Entstehen einer Verfassung oder eines Verfassungsrechts jenseits des Staats begrifflich auszuschließen.<sup>32</sup> Eine solche begriffliche Koppelung überzeugt freilich nicht. Sie missachtet die historische wie auch die herrschaftsphilosophische Kontingenz des Staates, der weder die einzige noch die notwendigerweise beste Form organisierter politischer Herrschaftsgewalt ist.<sup>33</sup> Akzeptiert man dies, so ist Sorge davor unbegründet, dass ein verfassungsrechtlicher Zugang zum Unionsrecht dem Entstehen eines europäischen Bundesstaates Bahn brechen würde. Gleiches gilt für die Sorge, dass die Rede vom Unionsverfassungsrecht den nationalstaatlichen Begriff der Verfassung entwerten bzw. das Legitimationspotential des nationalen Verfassungsrechts mindern würde. Die orthodoxe Gegenüberstellung von Staat und Nicht-Staat und von Verfassungsrecht und Nicht-

<sup>29</sup> S. dazu unten § 8 C. II. 3.

<sup>30</sup> Vgl. aus dem überbordenden Schrifttum nur *von Bogdandy/Bast*, in: dies. (Hrsg.), *Europäisches Verfassungsrecht*, S. 1; *Gerkrath*, *L'émergence d'un droit constitutionnel pour l'Europe*; *Häberle*, *Europäische Verfassungslehre*; *A. Peters*, *Elemente einer Theorie der Verfassung Europas*; *C. Walter*, DVBl. 2000, 1 (insbes. 12 f.). – Den Diskussionsstand zusammenfassend und mit umfassenden Nachweisen *Möllers*, in: von *Bogdandy/Bast* (Hrsg.), *Europäisches Verfassungsrecht*, S. 227 (240 ff.). – Bereits EuGH Rs. 294/83, Urt. v. 23.4.1986 (*Les Verts*), Rdnr. 23 sprach vom (damaligen) Gründungsvertrag der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft als „Verfassungsurkunde der Gemeinschaft.“

<sup>31</sup> So prägnant *von Bogdandy*, in: ders./*Bast* (Hrsg.), *Europäisches Verfassungsrecht*, S. 13 (16).

<sup>32</sup> Vgl. hierzu nur *Grimm*, JZ 1995, 581.

<sup>33</sup> So selbst *Grimm*, JZ 1995, 581 (590), der gar nicht behaupten will, dass „die politische Form des Nationalstaats um ihrer selbst willen bewahrenswert wäre.“

Verfassungsrecht erweist sich so als nicht zwingend. Das gibt den Blick dafür frei, dass jedes dauerhafte Arrangement einer politisch institutionalisierten, durch einfaches Recht wirkenden Herrschaftsgewalt der Organisation, Limitation und Legitimation durch ein höherrangiges Recht bedarf.<sup>34</sup> Dieses wird hier funktional als Verfassungsrecht bezeichnet, das gleichsam eine Rahmenordnung für die (kriminal-)politische Relationierung konfligierender Güter schafft.

Dieses muss – was im Verfassungsvergleich eigentlich selbstverständlich ist – die Besonderheiten des jeweiligen politischen Gemeinwesens abbilden, hier also die der Europäischen Union als föderale Integrationsgemeinschaft *sui generis*. Ein europäisches Verfassungsrechtsdenken steht also nicht für die unbesehene Übertragung staatlicher Begriffswelten, sondern für die Adaption der auch diesen zugrundeliegenden Ordnungsfunktionen. Die herrschaftstheoretischen Besonderheiten der europäisierten justiziellen Zusammenarbeit in Strafsachen liegen darin, dass es weniger zu einer Entmachtung des Staates durch supranationale Institutionen als vielmehr zu einem durch sie effektuierten Wandel von Staatlichkeit kommt. Die durch die gegenseitige Anerkennung bewirkte „Ent-Territorialisierung“,<sup>35</sup> „Ent-Grenzung“<sup>36</sup> oder „räumliche Enthebung“ mitgliedstaatlicher Strafrechtspflege führt zu intraterritorialem Herrschaftsverlust bei gleichzeitigem extraterritorialem Herrschaftsgewinn der Mitgliedstaaten.<sup>37</sup> Eine Untersuchung der Konstitutionalisierung der gegenseitigen Anerkennung in Strafsachen muss daher die Spielräume und Grenzen ausloten, die einem solchen Herrschaftsarrangement unionsverfassungsrechtsprinzipiell gesetzt sind. Welche Rechtsprinzipien dabei zum Tragen kommen, was also vom Begriff der Konstitutionalisierung erfasst ist, ist dabei keineswegs ausgemacht. Wie später noch darzustellen sein wird, soll in dieser Arbeit das Demokratieprinzip nicht weiterverfolgt werden. Vielmehr sollen etwaige – immer nur vor der Folie bestimmter Demokratieideale beschreibbare – Demokratiedefizite bei der gegenseitigen Anerkennung justizieller Entscheidungen in Strafsachen anderweitig kompensiert werden, namentlich durch die Beachtung des Rechtsstaatsprinzips, des Prinzips des europäischen

<sup>34</sup> So im Ergebnis auch *Streinz*, Europarecht, Rdnr. 142 f.

<sup>35</sup> Dazu mit Blick auf das öffentliche Recht allgemein *von Danwitz*, Verwaltungsrechtliches System und europäische Integration, S. 414 f.; *Neßler*, NVwZ 1995, 863 (865); *S. Michaels*, Anerkennungs-pflichten im Wirtschaftsverwaltungsrecht, S. 287.

<sup>36</sup> Dazu mit Blick auf das öffentliche Recht allgemein *Rengeling*, VVDStRL 53 (1994), 202 (219). – Vgl. ferner *Ohler*, Die Kollisionsordnung des Allgemeinen Verwaltungsrechts, S. 63 zum öffentlich-rechtlichen Begriffsapparat, dort auch m.w.N.

<sup>37</sup> Dies führt zu verschiedenen Perspektiven, mit denen man die gegenseitige Anerkennung in Strafsachen untersuchen kann. S. dazu noch sogleich unten III.

Grundrechtsschutzes sowie des in jede Richtung weisenden föderalen Loyalitätsgebots (Art. 4 Abs. 2 und 3 EUV), das das Gebot der Achtung der mitgliedstaatlichen Identität mitumfasst.<sup>38</sup>

Ein in dieser Arbeit zur Diskussion zu stellender Schlüsselbegriff<sup>39</sup> ist der der *Garantieverantwortung*. Nach hier zu vertretender Auffassung verantwortet im Ausgangspunkt die Europäische Union die normative Garantie dafür, dass das „Produkt“ wie auch der „Prozess“ der anzuerkennenden Entscheidung mindestens gleichwertig und daher anerkenungsfähig ist.<sup>40</sup> Diese normative Garantieverantwortung trifft in akteurszentristischer Hinsicht die Anerkennungsorgane, die zwar formell dem Anerkennungsmitgliedstaat zugeordnet sind, aber funktional die europäische öffentliche Gewalt repräsentieren, wenn und weil sie in Durchführung zwingenden Unionsrechts handeln (Art. 51 Abs. 1 Satz 1 GRC). Insofern kommt ein vollständiger oder weitgehender Transfer dieser Garantieverantwortung (z.B. nach Maßgabe einer umgekehrten Solange II-Doktrin) auf den Entscheidungsmitgliedstaat nach hier zu vertretender Ansicht nicht in Betracht.<sup>41</sup> Wenn und weil der Akt der Anerkennung in Durchführung zwingenden Unionsrechts erfolgt, kommen die Bindungen des Unionsverfassungsrechts zum Tragen.

#### 4. Unionsverfassungsrechtsdenken im Europarecht

Da diese Bindungen normenhierarchisch höherrangig sind, erheben sie nicht nur den allgemeinen Anspruch des Unionsrechts, nationalen Vorschriften einschließlich des nationalen Verfassungsrechts vorzugehen.<sup>42</sup> Sie entfalten insbesondere auch Vorrang vor dem Sekundärrecht.<sup>43</sup> Für den in Normenhierarchien denkenden deutschen Juristen mag das nichts Ungewöhnliches sein. Für das Unionsrecht, das de facto über lange Zeit – um hierfür *Huber* als Kronzeugen zu benenne – „von einem Anwendungsvorrang des Sekundärrechts

<sup>38</sup> S. dazu unten § 9 C.

<sup>39</sup> Mit *Vofskuhle*, *VerwArch* 2001, 184 (196) kann man sagen: Ein Schlüsselbegriff gibt keine eindeutige Antwort, weist aber den Weg.

<sup>40</sup> S. zu dieser Abgrenzung zwischen „Produkt“ und „Verfahren“ unten § 5 B.

<sup>41</sup> S. dazu unten §§ 7 und 8.

<sup>42</sup> Vgl. exemplarisch und unter Nachweis der einschlägigen Leitentscheidungen (*Van Gend & Loos*; *Costa gegen E.N.E.L.*) die Darstellung durch den Präsidenten des EuGH *Skouris*, in: Merten/Papier (Hrsg.), *Handbuch der Grundrechte*, § 171 Rdnr. 46 ff. Dazu, dass die berühmt-berüchtigte Frage nach dem Geltungsgrund des Unionsrechts in den Mitgliedstaaten (kraft mitgliedstaatlicher Ermächtigung oder kraft des Selbststands des Unionsrechts) in der Sache eine unentscheidbar ist, statt Vieler und mit umfassenden Nachweisen *J. Michaels*, *Anerkennungspflichten im Wirtschaftsverwaltungsrecht*, S. 199 ff.

<sup>43</sup> Vgl. allgemein zur primärrechtskonformen Auslegung des abgeleiteten Unionsrechts *Leible/Domrose*, in: *Riesenhuber* (Hrsg.), *Europäische Methodenlehre*, § 9 Rdnr. 7 ff.

ausgegangen ist, ist es geradezu revolutionär.<sup>44</sup> Dass nicht nur die (deutsche) Wissenschaft vom Europarecht diesen revolutionären Mentalitätswechsel – diese Binnenkonstitutionalisierung des Unionsrechts – mitträgt, sondern auch der EuGH, hat sich jüngst in seiner Aufsehen erregenden Entscheidung zur Vorratsdatenspeicherung gezeigt.<sup>45</sup> Für sekundärrechtliche Anerkennungsinstrumente bedeutet das: Sie müssen unionsverfassungsrechtskonform gehandhabt, d.h. im Lichte des Primärrechts ausgelegt werden.<sup>46</sup> Ein sekundärrechtlich angeordnetes oder in das Sekundärrecht hineinzulesendes blindes Vertrauen des Anerkennungs- in den Entscheidungsmitgliedstaat oder ein sekundärrechtlich vorgesehenes oder mit dem Sekundärrecht interpretativ zu verbindendes absolutes Kontrollverbot seitens des Anerkennungsmitgliedstaats ist unionsverfassungsrechtlich nicht (länger) tragfähig.<sup>47</sup>

### 5. Verfassungsrechtsdenken im Rechtshilferecht

Aus gutem Grund wurde die unionsverfassungsrechtliche Programmatik dieser Arbeit bis dato ohne Verweis auf „das“ Rechtshilferecht formuliert. Denn das Verhältnis hierzu ist polyvalent und muss die verschiedenen rechtshilferechtlichen Entwicklungsstufen berücksichtigen: *Zum Ersten* wird entgegen der weiterhin in Rechtspolitik und Schrifttum – bezeichnenderweise selten von Praktikern – vertretenen Auffassung die gegenseitige Anerkennung hier nicht eo ipso als Paradigmenwechsel,<sup>48</sup> d.h. nicht als radikale Abkehr von rechtshilferechtlichem Denken verstanden.<sup>49</sup> Im Gegenteil. Analytisch hat das „neue“

<sup>44</sup> Huber, EuR 2008, 190 (192).

<sup>45</sup> EuGH (GK) verb. Rs. C-293/12 u. C-594/12, Urt. v. 8.4.2014 (*Vorratsdatenspeicherung*).

<sup>46</sup> Vgl. allgemein zur „primärrechtsförderlichen Auslegung des Sekundärrechts“ *Nettesheim*, EuR 2006, 737 (751), dort auch mit der bezeichnenden Feststellung, dass man rechtswissenschaftlich wenig über die Direktivwirkung des höherrangigen für das abgeleitete Unionsrecht nachgedacht hat.

<sup>47</sup> S. dazu unten § 8 D.

<sup>48</sup> S. dazu die Nachweise unten § 8 C. II. 1. c).

<sup>49</sup> Die namentlich von *Klip*, *European Criminal Law*, S. 343 f. und 356 f. auf den Punkt gebrachte Abgrenzung zwischen dem „alten“ rechtshilferechtlichen Ersuchens- (engl. „request“) und dem „neuen“ Anerkennungsmodell hat zu einer terminologischen Umstellung des Zusammenarbeitsrechts geführt. War früher vom *Rechtshilfeersuchen* die Rede, das von einem ersuchenden Staat gestellt werden musste und von einem ersuchten Staat bearbeitet werden durfte, so wird heute von der *Anordnung*, wenn nicht gar von dem Befehl (engl. „order“) gesprochen, der von einem Anordnungsstaat (engl. „issuing state“) ausgeht und von einem Vollstreckungsstaat (engl. „executing state“) zu vollziehen ist. Das *Rechtshilfeersuchen* steht dabei auf den ersten Blick gleichsam für das höfliche Angebot zum Abschluss eines völkerrechtlichen Vertrags zur Leistung von Rechtshilfe im Einzelfall. Das Ersuchen trägt ein Moment des Unverbindlichen in sich. Denn es steht – so die klassische völkerrechtliche Sichtweise – dem ersuchten Staat völlig frei, ob er auf dieses Angebot eingehen oder es im Wege von sog. Spezialitätsbindungen zu modifizieren versuchen will. Demgegenüber kennzeichnet die Anordnung, dass eine eigene Entscheidung von einem anderen Mitgliedstaat anerkannt werden muss, das Moment des Verbindlichen, etwa den Europäischen Haftbefehl oder die Europäische Ermitt-

Recht der justiziellen Zusammenarbeit in Strafsachen in der Europäischen Union viele Berührungspunkte mit dem „ur-alten“, namentlich dem vorkonstitutionellen bzw. innerstaatlich noch nicht konstitutionalisierten<sup>50</sup> Rechtshilferecht.<sup>51</sup> Und in ersterem setzt sich Vieles fort, was im „modernen“ Rechts-

lungsanordnung das Moment des grundsätzlichen Vollstreckungszwangs oder Art. 50 GRC („europäisches ne bis in idem“) das Moment des grundsätzlichen Beachtungszwangs ausländischer rechtskräftiger Entscheidungen. – Die Verbindlichkeit des Anerkennungsmodells ist aber selbstverständlich kein Novum. Denn auch unter der Geltung des Ersuchensmodells war es möglich und längst üblich, dass die Zusammenarbeit zwischen den Mitgliedstaaten in Rechtshilfe(rahmen)verträgen geregelt wurde (und teilweise auch weiterhin geregelt wird). Diese enthalten die (völkerrechtliche und daher auch rechtstheoretisch verbindliche) Verpflichtung, Rechtshilfe unter den völkervertraglich geregelten Voraussetzungen zu leisten. So liest man etwa in Art. 1 EuAIÜbk, das den Auslieferungsverkehr in Europa vor dem Aufkommen der gegenseitigen Anerkennung in Strafsachen prägt: „Die Vertragsparteien verpflichten sich, gemäß den nachstehenden Vorschriften und Bedingungen einander die Personen auszuliefern, die von den Justizbehörden des ersuchenden Staates wegen einer strafbaren Handlung verfolgt oder zur Vollstreckung einer Strafe oder einer Maßregel der Sicherung und Besserung gesucht werden.“ Unter anderem aufgrund dieser Ver(völker)rechtlichung des Rechtshilfeverkehrs hat das heutige nur noch wenig mit dem historischen Rechtshilferecht gemein, wie es zunächst im Zuge der Herausbildung souveräner Staaten im 18. und frühen 19. Jahrhundert entstanden war. Nur in dieser Frühzeit konnte unter Rechtshilfe im Allgemeinen und beispielhaft unter Auslieferung im Besonderen die souveräne, rechtlich ungebundene, allein durch ihre außenpolitische Opportunität motivierte Entscheidung des ersuchten Staates gesehen werden, den ersuchenden Staat zu unterstützen. Dass im Vergleich dazu die gegenseitige Anerkennung im europäischen Strafverfolgungsverband ein radikal Neues und Anderes ist, verwundert nicht weiter; analytisch weiterführend wäre eine Abgrenzung zwischen einem solch „souveränitätstheoretisch frühzeitlichen“ Ersuchens- und einem Anerkennungsmodell im europäischen Verfassungsverband freilich nicht. Begrifflich wie konzeptionell wird daher dem Übergang vom Ersuchens- zum Anerkennungsmodell in dieser Arbeit keine Beachtung mehr geschenkt werden. Wie wenig weiterführend diese Unterscheidung ist, zeigt sich auch in der Lektüre des rechtshilferechtshistorischen Schrifttums – vgl. nur *Lammasch*, Auslieferungspflicht und Asylrecht (1887), S. 536. Dort ist vom Rechtshilfe „requirierenden“ bzw. dem „requirierten“ Staat als auch vom „requirierten“ Individuum die Rede ist, wobei der lateinische Stamm *requirere* sowohl für „fragen bzw. sich erkundigen“ wie auch für „verlangen bzw. fordern“ stehen kann; diesen Stamm teilen sich auch im Englischen das „request“ wie auch ein „require“.

<sup>50</sup> Historisch bezeichnend *von Martitz*, Internationale Rechtshilfe in Strafsachen (1888), Bd. I, S. 449, bei der Rechtshilfe handele es sich um „überhaupt keine Rechtsfrage“. Die Wirkmacht dieses Denkmusters zeigte sich noch in den frühen 1980ern. Dort trug der Generalbundesanwalt allen Ernstes vor, dass das Rechtsstaatsprinzip im Auslieferungsverfahren, also in „Angelegenheiten, in denen die Bundesrepublik lediglich derivativ, also im fremden Interesse tätig“ werde, nicht (sic) gelte. Zitiert und zu Recht abgelehnt von BGHSt 32, 221 (230) mit der Bemerkung, dass „innerstaatliche Verfolgungsmaßnahmen, die auf ein Auslieferungsersuchen ergehen, stets auf eigenem hoheitlichen Handeln der Bundesrepublik beruhen.“

<sup>51</sup> Das noch nicht konstitutionalisierte nationale (deutsche) Rechtshilferecht muss und wird in dieser Arbeit nicht vertieft werden. Hierzu nur kurz in einer Fußnote: In Deutschland dominierte lange der Streit zwischen der so genannten Rechtspflege- und der Rechtshilfetheorie; vgl. dazu *von Mook*, Auslieferungrechtliche Probleme an der Wende vom 19. zum 20. Jahrhundert; *Stüdemann*, Die Entwicklung der zwischenstaatlichen Rechtshilfe in Strafsachen, S. 27 ff. Die Positionen dieser Theorien sind ideengeschichtlich eindeutig im 19. Jahrhundert verhaftet; vgl. nur das Denken in materiellen bzw. in Prozessrechtsverhältnissen bei *Lammasch*, Auslieferungspflicht und Asylrecht (1887), S. 42 ff.; *von Martitz*, Internationale Rechtshilfe in Strafsachen (1888), Bd. I, S. 434. Schon deshalb wird

hilferecht bereits für überwunden geglaubt wurde. Das gilt insbesondere für das so genannte zweidimensionale Denk- und Verhaltensmuster, das die justizielle Zusammenarbeit in Strafsachen als politisches Verhältnis der beiden beteiligten Staaten konzipiert und dem betroffenen Einzelnen keine signifikante Stellung konzidiert, ihn gleichsam zum „Objekt“ der Zusammenarbeit degradiert.<sup>52</sup> *Zum Zweiten* wird die Konstitutionalisierung der gegenseitigen Anerkennung in dieser Arbeit als Chance begriffen, das rechtsstaatlich und

diesem Schulenstreit heute keine präjudizielle Bedeutung für zusammenarbeitsrechtliche Sach- sowie zusammenarbeitskategoriale Theoriefragen zugemessen; vgl. *Vogel*, in: Grützner/Pötz/Kreß, Internationaler Rechtshilfeverkehr in Strafsachen, Vor § 1 Rdnr. 6; *Vogler*, Auslieferungsrecht und Grundgesetz, S. 28. Das ist richtig, wenn auch entscheidend sein dürfte, dass der historische Streit zwischen Rechtspflege- und Rechtshilfetheorie ein Streit um aus konstitutioneller Sicht jeweils „falsche“ Rechtsgründe der inländischen Mitwirkung an fremder Strafrechtspflege war; dass es historisch um den umstrittenen „Rechtsgrund“ der Auslieferung als Prototyp dieser Mitwirkung ging, zeigt sich deutlich bei *von Bar*, Lehrbuch des internationalen Privat- und Strafrechts (1892), S. 289, während das Nachkriegsschrifttum sinnverstellend von der umstrittenen „Rechtsnatur“ der Auslieferung spricht, so etwa *H. Meyer*, Die Einlieferung, S. 14; *Vogler*, Auslieferungsrecht und Grundgesetz, S. 27. – Die *Rechtspflegetheorie* gab die Auslieferung als Akt der eigenen Strafrechtspflege aus, weil das Recht zur Auslieferung durch das Recht zur Bestrafung, d.h. durch eine „Concurrenz von Strafansprüchen zweier Staaten gegen ein Individuum“ bedingt sein sollte. Nur so sollte sich der Eingriff in die Freiheit des Verfolgten rechtfertigen lassen; so prominent *Lammash*, Auslieferungspflicht und Asylrecht (1887), S. 42 ff. sowie dazu krit. *von Martitz*, Internationale Rechtshilfe in Strafsachen (1888), Bd. I, S. 437 Fn. 70, jeweils m.w.N. zum damaligen Schrifttum. Dieser Ansatz der Rechtspflegetheorie ist jedoch aus heutiger Sicht erkennbar nicht richtig. Die Mitwirkung an fremder Strafrechtspflege und die damit einhergehenden Grundrechtseingriffe lassen sich auch durch den Grundsatz der internationalen oder europäischen Solidarität bei der Verfolgung von (potentiellen) Straftaten und Straftätern rechtfertigen; zu diesem rechtshilferechtlichen „Fundamentalgebot“ *Vogel*, in: Grützner/Pötz/Kreß, Internationaler Rechtshilfeverkehr in Strafsachen, Vor § 1 Rdnr. 24 ff. m.w.N. – Umgekehrt verabsolutierte die *Rechtshilfetheorie* das politische Interesse an strafjustizieller Zusammenarbeit und maß den Individualinteressen des Verfolgten keinerlei Bedeutung zu, wenn sie die Rechtshilfe als allein außenpolitisch motivierte Unterstützung fremder Strafrechtspflege ausgab; vgl. etwa *von Martitz*, Internationale Rechtshilfe in Strafsachen (1888), Bd. I, S. 434 ff. Doch auch das ist unter konstitutionellen Vorzeichen heute erkennbar kaum noch vertretbar. Grundrechtsdogmatisch ist dieses politische Interesse ein legitimer Zweck, der freilich nicht alle Mittel heiligt, d.h. der rechtshilferechtliche Grundrechtseingriffe zwar im Ausgangspunkt potentiell, nicht aber in jedem Fall und ohne Ansehung der grundrechtlichen Wesensgehalte und des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes im Ergebnis rechtfertigen kann. Der bloße Unterstützungszweck befreit den Rechtshilfe leistenden Staat mit anderen Worten nicht automatisch davor, die schützenden Formen und Grundsätze des (eigenen oder fremden) Straf- und Strafprozessrechts in Ansatz zu bringen, um Rechtshilfe verhältnismäßig und grundrechtsschonend zu leisten; das Gegenteil unter Verweis auf die bloße Unterstützung fremder Strafrechtspflege anzunehmen, wie man das etwa im neueren Schrifttum bei *Scheuermann*, Das Prinzip der gegenseitigen Anerkennung im geltenden und künftigen Europäischen Strafrecht, S. 159 und 161 liest, war und wäre schlechte Begriffsjurisprudenz. Ähnlich wie hier *Braun*, wistra 2007, 401 (405); *Deiters*, ZIS 2006, 472 (479); *Hassmer*, in: Schorkopf (Hrsg.), Der Europäische Haftbefehl vor dem Bundesverfassungsgericht, S. 230 („schlechte Theorie“). Zu „apologetisch“ hingegen *Nalawajko*, Der Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung, S. 191.

<sup>52</sup> Vgl. zu dieser Parallelisierung von gegenseitiger Anerkennung und zweidimensionalem Rechtshilferechtsdenken *Lagodny*, StV 2014, Heft 8, Editorial.

grundrechtlich äußerst zweifelhafte Erbe des vor-konstitutionellen Rechtshilferechts auszuschlagen. Daher soll im Verlauf der Arbeit programmatisch an die Stelle der Dogmatik der klassischen Rechtshilfenvoraussetzungen und -hindernisse die allgemeine unionsverfassungsrechtliche Grundrechts- und die föderale Loyalitätsdogmatik gesetzt werden.<sup>53</sup> Nicht etwa, um damit „alten Wein in neuen Schläuchen“ feilzubieten, sondern um zu zeigen, dass die Europäische Union normativ, institutionell und dogmatisch dazu im Stande ist, eine adäquate, menschengerechte und auch der Identität der Mitgliedstaaten gerecht werdende justizielle Zusammenarbeit in Strafsachen zu organisieren und zu garantieren. Und *zum Dritten* ist diese unionsverfassungsrechtliche Konstitutionalisierung der gegenseitigen Anerkennung letztlich nur konsequente Fortsetzung der nationalen Konstitutionalisierungsprozesse des modernen Rechtshilferechts, das in den letzten Jahrzehnten zunehmend verfassungs- und menschenrechtlichen Bindungen unterworfen wurde.<sup>54</sup> Dahinter darf – so kann hier programmatisch zum Schluss gekommen werden – eine gegenseitige Anerkennung in einem „Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts, in dem die Grundrechte und die verschiedenen Rechtsordnungen und -traditionen der Mitgliedstaaten geachtet werden“ (Art. 67 Abs. 1 AEUV), nicht zurücktreten.

## II. Forschungsgegenstand

Der unmittelbare Forschungsgegenstand dieser Arbeit ist auf den ersten Blick äußerst beschränkt:

Es geht „nur“ um die Zuständigkeiten der Europäischen Union zum Erlass von Regeln und Verfahren, mit denen die Anerkennung aller Arten von Urteilen und gerichtlichen Entscheidungen in der gesamten Union sichergestellt werden (Art. 82 Abs. 1 UA 2 lit. a AEUV). Dabei sollen unionsrechtlich zwingende Anerkennungsregeln und -verfahren in den Blick genommen werden,<sup>55</sup> da sich daran die zentralen Kritikpunkte<sup>56</sup> an der gegenseitigen Anerkennung in Strafsachen in der Europäischen Union entzünden.

<sup>53</sup> S. dazu unten § 9 B. und C.

<sup>54</sup> Grundlegend dazu *Lagodny*, Die Rechtsstellung des Auszuliefernden in der Bundesrepublik Deutschland. – S. zur „konstitutionalisierten“, d.h. dem Grundgesetz subsumierten Rechtshilfedogmatik des Bundesverfassungsgerichts noch unten § 8 C. II 4.

<sup>55</sup> Z.B. das Gebot, bei bestimmten Listendelikten die beiderseitige Strafbarkeit nicht zu prüfen und exemplarisch einen Europäischen Haftbefehl oder eine Europäische Ermittlungsanordnung auch dann vollstrecken zu müssen, wenn die Tat im Inland nicht mit Strafe bedroht ist.

<sup>56</sup> Z.B. dass die gegenseitige Anerkennung dazu führe, dass sich in Europa immer die punitivste Strafrechtsordnung durchsetze.

In weiterer Beschränkung des Forschungsgegenstands geht es ferner lediglich um die „horizontale“ gegenseitige Anerkennung zwischen den Mitgliedstaaten der Europäischen Union.

*Nicht erfasst* ist daher die Außendimension des Raums der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts, d.h. die auf die Grundlage der gegenseitigen Anerkennung stellbare<sup>57</sup> justizielle Zusammenarbeit mit Drittstaaten oder außereuropäischen supranationalen Institutionen (wie dem Internationalen Strafgerichtshof).<sup>58</sup> Ebenso wenig bearbeitet werden etwaige – momentan rein hypothetisch denkbare – „echte vertikale“ Anerkennungsverhältnisse zwischen Mitgliedstaaten und europäischen Institutionen<sup>59</sup> (wie einer Europäischen Staatsanwaltschaft<sup>60</sup>). Gleiches gilt für „unechte vertikale“, letztlich also für „diagonale“ Mischmodelle, wie sie derzeit mit Blick auf das institutionelle Setting der Europäischen Staatsanwaltschaft diskutiert werden; sollte sich beispielhaft die so genannte „Doppel-Hut“-Stellung der von den Mitgliedstaaten abgeordneten Europäischen Staatsanwälte durchsetzen, der zufolge diese abgeordneten Europäischen zugleich auch nationale Staatsanwälte bleiben würden,<sup>61</sup> so ließe sich trefflich darüber streiten, ob die in ihrer Doppelrolle getroffenen Entscheidungen nun europäische, europäisierte oder nationale sind oder sein sollten. Letzteres zeigt, warum sich diese Arbeit auf die einfache – die in der Tat so einfach gar nicht ist – horizontale gegenseitige Anerkennung zwischen den EU-Mitgliedstaaten konzentriert. Denn die Besonderheiten einer außereuropäischen oder einer binneneuropäisch-vertikalen gegenseitigen Anerkennung verschatten den Blick auf das hier interessierende Allgemeine der gegenseitigen Anerkennung strafjustizieller Entscheidungen. In den Außenbeziehungen der Europäischen Union liegt das Besondere in der noch deutlicher zu Tage tretenden Präponderanz der Macht- in der Außenpolitik.<sup>62</sup>

<sup>57</sup> Als Kompetenzgrundlage kommt insofern nicht Art. 82 Abs. 1 UA 2 lit. a AEUV in Betracht, der wegen Art. 82 Abs. 1 UA 1 nur für die Zusammenarbeit „in“ der Europäischen Union gilt, sondern allein der Fünfte Teil des AEUV. Vgl. *Vogel*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, EU-Recht, Art. 82 AEUV Rdnr. 16.

<sup>58</sup> Vgl. hierzu *Brodowski*, New Journal of European Criminal Law 2011, 21.

<sup>59</sup> Als Kompetenzgrundlage drängt sich insofern Art. 82 Abs. 1 UA 2 lit. a AEUV auf, der immerhin „alle Arten von Urteilen und gerichtlichen Entscheidungen in der gesamten Union“ erfasst. Vgl. *Vogel*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, EU-Recht, Art. 82 AEUV Rdnr. 16.

<sup>60</sup> Vgl. dazu den Kommissions-Vorschlag über die Errichtung der Europäischen Staatsanwaltschaft v. 17.7.2013, KOM(2013) 534 final. Dazu etwa *Grünewald*, HRRS 2013, 508.

<sup>61</sup> Vgl. zu diesem Modell und seiner Bezeichnung die Beschlussempfehlung und den Bericht des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz v. 4. 6. 2014, BT-Drs. 18/1658, S. 4.

<sup>62</sup> So nähert sich im „europäischen Großraum“ die justizielle Zusammenarbeit mit Drittstaaten durchaus jener der Mitgliedstaaten untereinander an; vgl. nur den Beschluss des Rates 2006/697/EG v. 27.6.2006 über die Unterzeichnung des Übereinkommens zwischen der Europäischen Union und der Republik Island und dem Königreich Norwegen über das Übergabeverfahren zwischen den Mit-