

**ALBIN ESER**

Justizielle Rechte

**ALBIN ESER**

## **Justizielle Rechte**

- Art. 47**      **Recht auf einen wirksamen Rechtsbehelf und ein unparteiisches Gericht**
- Art. 48**      **Unschuldsvermutung und Verteidigungsrechte**
- Art. 49**      **Grundsätze der Gesetzmäßigkeit und der Verhältnismäßigkeit im Zusammenhang mit Straftaten und Strafen**
- Art. 50**      **Recht, wegen derselben Straftat nicht zweimal strafrechtlich verfolgt oder bestraft zu werden**

Sonderdruck aus:

**Jürgen Meyer (Hrsg.)**

**Charta der Grundrechte der Europäischen Union**

Nomos Kommentar 4. Auflage, Baden-Baden 2014

Abdruck der Voraufgabe in:

**Albin Eser**

**Transnationales Strafrecht/Transnational Criminal Law  
Gesammelte Beiträge/Collected Publications**

BWV·Berliner Wissenschaftsverlag, Berlin 2011, S. 93 – 160

---

## Titel VI Justizielle Rechte \*

### Vorbemerkungen

- 1 In diesem Titel finden sich so unterschiedliche Rechte geregelt wie das auf einen wirksamen Rechtsbehelf, das auf ein unparteiisches Gericht und das auf Prozesskostenhilfe (Art. 47), ferner die Garantie der Unschuldsvermutung und von Verteidigungsrechten (Art. 48), die Grundsätze der Gesetzmäßigkeit und Verhältnismäßigkeit im Zusammenhang mit Straftaten und Strafen (Art. 49) sowie das Verbot der Doppelbestrafung (Art. 50). Die gemeinsame Bezeichnung dieser Gewährleistungen als „justizielle Rechte“ wird freilich nicht überzubewerten sein, ist doch schon dieser Terminus selbst mehrdeutig, aber vielleicht gerade deshalb geeignet, als loses Band für recht unterschiedliche Garantien zu dienen. Immerhin dürfte seine Aussagekraft größer sein als bei dem mit „Justice“ überschriebenen Kapitel des englischen Pendant. Denn während sich die Doppeldeutigkeit von „Justice“ sowohl im Sinne materieller Gerechtigkeit als auch formeller Justiz verstehen lässt, findet sich in „justiziellen Rechten“ der formal-prozessuale Charakter stärker ausgeprägt. Dies macht es freilich zugleich auch schwerer, die in Art. 49 verkörperten Grundsätze von „nullum crimen, nulla poena sine lege“ zwanglos darunter zu fassen, werden doch die Garantien der Gesetzmäßigkeit staatlichen Strafens traditionell im materiellrechtlichen Sinne verstanden. Daher könnte eine dem englischen Vorbild folgende Überschreibung des Titels mit „Gerechtigkeit“ letztlich doch einiges für sich haben, und sei es auch nur deshalb, weil damit die Sequenz von „Würde des Menschen“ (Titel I), „Freiheiten“ (Titel II), „Gleichheit“ (Titel III), „Solidarität“ (Titel IV) mit einem – den jetzigen „Bürgerrechten“ (Titel V) vorangestellten – Titel über „Gerechtigkeit“ eine menschenrechtlich überzeugendere Folgerichtigkeit erhalte.
- 2 Selbst mit der englischen Titelüberschrift „Justice“ war jedoch – mangels entsprechender Hinweise in den Materialien und Protokollen – wohl nicht mehr gemeint als „judicial guarantees“, während mit „Rechten“ sogar noch mehr, nämlich über bloße Abwehrgarantien hinaus auch Ansprüche und Teilhaberechte gemeint sein können. So geht es bei den „justiziellen Rechten“ ebenso wie bei den synonym so bezeichneten „Justizrechten“<sup>1</sup> – entgegen dem scheinbaren Wortsinn – nicht um Rechte der Justiz, sondern gerade umgekehrt um Rechte des Einzelnen im Verhältnis zur Justiz, und zwar in dreifacher Hinsicht: zum ersten als Rechte *auf Tätigwerden der Justiz* sowohl dem Grunde nach wie auch in bestimmter Weise (Art. 47 Abs. 1 und 2), zum zweiten durch Rechte *gegenüber der Justiz*, indem diese nur bei vorangegangener Strafbarerklärung die Verfolgung aufnehmen (Art. 49 Abs. 1 und 2) und dies auch nur einmal tun darf (Art. 50), sowie zum dritten durch Rechte *im Umgang mit der Justiz*, wie mittels Gewährung von Prozesskostenhilfe (Art. 47 Abs. 3), von Beratungs- und Verteidigungsrechten (Art. 47 Abs. 2 S. 2, Art. 48) und durch Wahrung der Verhältnismäßigkeit staatlichen Strafens (Art. 49 Abs. 3). Auch wenn diese Rechte nicht ausdrücklich auf bestimmte Gerichtszweige eingeschränkt sind, kommen sie der Sache nach doch nur zum Teil für *alle Gerichtsbarkeiten* in Betracht, wie vor allem die Rechtswege- und Gerichtsgarantien (Art. 47 Abs. 1 und 2) und die Prozesshilfe (Art. 47 Abs. 3) sowie bis zu einem gewissen Grad die Unschuldsvermutung (Art. 48 Abs. 1). Demgegenüber sind die übrigen Rechte, wie die Verteidigungsrechte (Art. 48 Abs. 2), die

---

\* Für seine Mitarbeit bei der Aktualisierung dieser Kommentierung bin ich Herrn Referendar *Sebastian Häfele* zu besonderem Dank verpflichtet. *Albin Eser*.

1 Wie beispielsweise im Bericht zur 20. Konventsitzung in: *Meyer/Engels*, Charta der Grundrechte, 2001, S. 244.

Grundsätze der Gesetzmäßigkeit und Verhältnismäßigkeit (Art. 49) und des Doppelbestrafungsverbots (Art. 50), wesensgemäß an die *Strafjustiz* adressiert, weshalb sie vielleicht sogar in einem gemeinsamen Artikel hätten zusammengefasst werden können.

Hinsichtlich ihres grundrechtlichen Charakters handelt es sich bei den Garantien dieses Kapitels um Menschenrechte, die jeder Person zukommen, also nicht um bloße Bürgerrechte, wie sie insbesondere im Titel V den Unionsbürgerinnen und -bürgern vorbehalten werden.<sup>2</sup> Zu den zur Achtung dieser Grundrechte Verpflichteten gehört gemäß Art. 51 Abs. 1 GRC in erster Linie die *Europäische Union* mit ihren Organen, Einrichtungen und sonstigen Stellen (wie etwa Ämter und Agenturen).<sup>3</sup> Gleichermäßen verpflichtet sind aber auch die Mitgliedstaaten der EU, soweit es um die „Durchführung“ von Unionsrecht geht. Dies ist etwa schon dann der Fall, wenn Mitgliedstaaten Union verbindliche Vorschriften unter Strafe stellen.<sup>4</sup>

Wie schon der Verzicht auf den bestimmten Artikel in der Titelüberschrift von „justiziellen Rechten“ erkennen lässt, ist dieser Katalog kein abschließender und daher einer Ergänzung sowohl fähig als auch bedürftig.<sup>5</sup> Solange es an entsprechenden Gewährleistungen fehlt, ist gemäß Art. 52 Abs. 3 und Art. 53 auf die durch die EMRK gewährten Menschenrechte und Grundfreiheiten zurückzugreifen.<sup>6</sup>

Im übrigen gelten auch Menschenrechte nicht ohne Schranken. Soweit sich solche nicht unmittelbar aus den Art. 47-50 ergeben, kommen Einschränkungen aufgrund und im Rahmen der allgemeinen Schrankenvorbehalte in Art. 52 Abs. 1 und 2 in Betracht.<sup>7</sup>

## Artikel 47 Recht auf einen wirksamen Rechtsbehelf und ein unparteiisches Gericht

Jede Person, deren durch das Recht der Union garantierte Rechte oder Freiheiten verletzt worden sind, hat das Recht, nach Maßgabe der in diesem Artikel vorgesehenen Bedingungen bei einem Gericht einen wirksamen Rechtsbehelf einzulegen.

Jede Person hat ein Recht darauf, dass ihre Sache von einem unabhängigen, unparteiischen und zuvor durch Gesetz errichteten Gericht in einem fairen Verfahren, öffentlich und innerhalb angemessener Frist verhandelt wird. Jede Person kann sich beraten, verteidigen und vertreten lassen.

Personen, die nicht über ausreichende Mittel verfügen, wird Prozesskostenhilfe bewilligt, soweit diese Hilfe erforderlich ist, um den Zugang zu den Gerichten wirksam zu gewährleisten.

A. Art. 47 Abs. 1: Recht auf einen wirksamen Rechtsbehelf.....	2	I. Vorgaben.....	2
		1. Art. 13 EMRK.....	2

2 Vgl. Meyer/Engels, Charta der Grundrechte, 2001, S. 31.

3 Wobei dies insbesondere für strafähnliche Maßnahmen relevant werden kann: Jarass, NStZ 2012, 612.

4 EuGH im Fall *Garenfeld*, C-405/10 Z. 38 – Slg. 2011, I-11035 = BeckRS 2011, 81610. Zu weiteren Einzelheiten vgl. *Borowsky*, Art. 51 Rn. 16 ff.

5 Vgl. Meyer, in: Meyer/Engels, Charta der Grundrechte, 2001, S. 16 sowie unten Art. 47 Rn. 41.

6 Vgl. z.B. Eser, unten Art. 48 Rn. 24. Zur neueren Entwicklung des Verhältnisses der GRC zur EMRK vgl. Weiß, EuZW 2013, 287 ff.

7 Erläuterung des Konventspräsidiums *Charte* 4473/00 zu Art. 52 (*Bernsdorff/Borowsky*, Protokolle, S. 43). Vgl. beispielsweise zur Einschränkung der Verfahrensöffentlichkeit Eser, unten Art. 47 Rn. 35.

2. Nationalstaatliche Gewährleistungen	6a	III. Kommentierung.....	25
II. Diskussion im Grundrechtekonvent.....	7	1. Allgemeines.....	25
III. Kommentierung.....	10	2. Rechtswege- und Gerichtsgarantien...	28
1. (Bedingte) Garantie gerichtlichen Rechtsschutzes.....	10	3. Verfahrensgarantien.....	34
2. Verletzung von garantierten Rechten oder Freiheiten.....	16	C. Art. 47 Abs. 3: Anspruch auf Prozesskostenhilfe.....	38
3. Wirksamkeit des Rechtsbehelfs.....	19	I. Vorgaben.....	38
B. Art. 47 Abs. 2: Recht auf ein unparteiisches Gericht.....	20	1. Rechtsprechung des EGMR.....	38
I. Vorgaben.....	20	2. Nationalstaatliche Gewährleistungen	38a
1. Art. 6 Abs. 1 EMRK.....	20	II. Diskussion im Grundrechtekonvent.....	39
2. Nationalstaatliche Gewährleistungen	23a	III. Kommentierung.....	40
II. Diskussion im Grundrechtekonvent.....	24	D. Würdigung.....	41
		E. Literaturübersicht	

1 Art. 47 gewährt in seinen drei Absätzen verschiedene Rechte, auch wenn allen die Gewährleistung eines wirksamen Rechtsschutzes als Ziel gemeinsam sein mag<sup>8</sup> und dabei insbesondere die in den Abs. 1 und Abs. 2 garantierten Rechte inhaltlich zusammenhängen.<sup>9</sup> Gleichwohl erscheint eine getrennte Behandlung angebracht.

**A. Art. 47 Abs. 1: Recht auf einen wirksamen Rechtsbehelf**

**I. Vorgaben**

**1. Art. 13 EMRK**

2 1. Gemäß den Erläuterungen des Präsidiums des Konvents stützt sich Art. 47 Abs. 1 GRC auf Art. 13 EMRK:<sup>10</sup>

*„Jede Person, die in ihren in dieser Konvention anerkannten Rechten oder Freiheiten verletzt worden ist, hat das Recht, bei einer innerstaatlichen Instanz eine wirksame Beschwerde zu erheben, auch wenn die Verletzung von Personen begangen worden ist, die in amtlicher Eigenschaft gehandelt haben.“*

Art. 13 EMRK, der seinerseits auf Art. 8 AEMR der Vereinten Nationen von 1948 zurückgeht, garantiert jedermann zur Durchsetzung seiner Rechte aus der EMRK eine wirksame Beschwerde bei einer nationalen Instanz. Mit dieser als Grundrecht ausgestalteten Verfahrensgarantie soll bereits für den innerstaatlichen Bereich ein effektiver Schutz der Konventionsrechte gewährleistet werden.<sup>11</sup> Der darin zum Ausdruck kommende Vorrang innerstaatlichen Grundrechtsschutzes vor dem internationalen Grundrechtsschutz, wie dies insbesondere auch dem Erfordernis der Rechtswegerschöpfung im (seinerzeitigen) Art. 26 (und dem heutigen Art. 35) EMRK zugrunde liegt, dürfte sich aus der zu seiner Entstehungszeit verbreiteten Vorstellung erklären, dass weder ein wirksamer internationaler Grundrechtsschutz noch ein entsprechender weltweiter Konsens realisierbar sei.<sup>12</sup> Jenseits dieser auf den Schutz durch nationale Instanzen vertrauenden Zielsetzung sind Bedeutung und Tragweite dieses Grundrechts auf einen wirksamen Rechtsbehelf noch immer wenig geklärt, so dass sich Art. 13 EMRK im Schrifttum als eines der unklarsten Grundrechte der

8 Wie von *Jarass*, NJW 2011, 1393 f. zu Recht betont, ohne dass sich aber damit schon seine weitergehende Annahme eines „gemeinsamen Grundrechts“ aller drei Absätze begründen ließe.

9 So vor allem hinsichtlich der Abhängigkeit des in Abs. 1 gewährten Rechtsbehelfs von dem nach Abs. 2 zuvor zu errichtenden Gericht: vgl. unten Rn. 12.

10 *Charte 4473/00 (Bernsdorff/Borowsky*, Protokolle, S. 38).

11 *Holoubek*, JBl 1992, 140, *Mertens*, *Recours*, 1973, S. 47 ff.

12 *Bernegger*, in: *Machacek/Pahr/Stadler*, 1992, S. 736, *Matscher*, in: FS für Seidl-Hohenveldern, S. 317.

Konvention bezeichnet findet.<sup>13</sup> Ohne Anspruch auf Vollständigkeit seien einige der wesentlichen – teils mit Art. 47 Abs. 1 übereinstimmenden, teils davon abweichenden – Grundzüge hervorgehoben:

a) Weniger weitgehend als mit Art. 47 Abs. 1 ermöglicht werden soll,<sup>14</sup> will Art. 13 EMRK lediglich eine Beschwerdemöglichkeit vor einer **nationalen Behörde** sicherstellen, wobei es sich um eine unparteiische Instanz handeln muss, die in einem förmlichen Verfahren untersucht und entscheidet, ob ein dem Beschwerdeführer zustehendes Konventionsrecht verletzt wurde. Im Übrigen besteht zwischen der EMRK und der GRC insofern weitgehende Übereinstimmung, als *Wirksamkeit* des Rechtsbehelfs nicht mit dessen Erfolg gleichzusetzen ist,<sup>15</sup> wohl aber dazu gehört, dass im Erfolgsfalle auf die Aufhebung oder Änderung des angefochtenen Aktes, auf entsprechende Entschädigungen oder auf die Verhängung von Sanktionen hinzuwirken ist.<sup>16</sup> Dafür muss das Verfahren so ausgestaltet sein, dass es vollen Rechtsschutz zu gewährleisten in der Lage ist. Sofern anderweitig ein gerichtlicher Rechtsschutz garantiert wird, wie etwa nach Art. 6 Abs. 1<sup>17</sup> und Art. 5 Abs. 4 EMRK, wird Art. 13 EMRK als *lex generalis* verdrängt.<sup>18</sup> 3

b) Ähnlich wie dies in Art. 47 Abs. 1 festzustellen ist,<sup>19</sup> hat auch Art. 13 EMRK insofern akzessorischen Charakter, als seine Anwendbarkeit die Verletzung einer anderen materiellen Bestimmung der EMRK oder eines Zusatzprotokolls voraussetzt (sog. *materielle Rüge*). Obgleich der Wortlaut dafür, wie zunächst von einer Minderheitsmeinung der EKMR vertreten,<sup>20</sup> eine bereits festgestellte Rechtsverletzung zu erfordern scheint, lässt der EGMR schon die bloße *Behauptung* des Beschwerdeführers, in Konventionsrechten *verletzt zu sein*, genügen.<sup>21</sup> Diese Behauptung der Rechtsverletzung muss jedoch, um missbräuchliche Berufungen auf Art. 13 EMRK auszuschließen, *in vertretbarer Weise* („arguable claim“) erhoben sein.<sup>22</sup> 4

c) Ähnlich wie dies auch noch bei Art. 47 Abs. 1 der Fall ist,<sup>23</sup> war auch schon bei Art. 13 EMRK unklar, ob das Beschwerderecht nur gegen *exekutive Akte*, was unbestritten möglich sein soll, oder auch gegen Konventionsverletzungen durch *Gesetze* oder durch *Gerichte* erhoben werden kann. Da zur Entstehungszeit der Konvention nur die wenigsten Staa- 5

13 Vgl. *Holoubek*, JBl 1992, 137, *Matscher*, in: FS für Seidl-Hohenveldern, 1988, S. 315.

14 Dazu unten Rn. 11.

15 Vgl. EGMR im Fall *Pine Vallen/IRL*, GH 222, Z. 66 = ÖJZ 1992, 459, ferner unten Rn. 19.

16 *Frowein*, in: *Frowein/Peukert*, EMRK, Art. 13 Rn. 8, *Grabenwarter*, EMRK, § 24 Rn. 181, *Holoubek*, JBl 1992, 143 f., jeweils m.w.N. Die tatsächliche Implementierung der gerichtlichen Entscheidung fordernd der EGMR im Fall *Hornsby*, 19.3.1997 = ÖJZ 1998, 236 f.

17 Vgl. unten Rn. 20.

18 Vgl. EGMR im Fall *Sporrong und Lönnroth*, GH 51/A, Z. 88 = EuGRZ 1983, 528, *Silver*, GH 61/A, Z. 110 = EuGRZ 1984, 153, *Hentrich*, GH 296/A, Z. 64 = EuGRZ 1996, 593 ff., ferner *Frowein*, in: *Frowein/Peukert*, EMRK, Art. 13 Rn. 10, *Holoubek*, JBl 1992, 142 f.

19 Dazu unten Rn. 17.

20 So EKMR im Bericht *Klass* E 3798/68, Yb 12, 306, 324; kritisch dazu m.w.N. *Frowein*, in: *Frowein/Peukert*, EMRK, Art. 13 Rn. 2 ff.

21 EGMR im Fall *Klass*, GH 28, 29 Z. 64 = EuGRZ 1979, 278. Vgl. auch *Grabenwarter*, EMRK, § 24 Rn. 177.

22 Grundlegend dazu EGMR im Fall *Silver*, GH 61/A, Z. 113 = EuGRZ 1984, 153. Zur Weiterentwicklung und Einzelheiten vgl. in den Fällen *Boyle and Rice*, GH 131/A, 23 f., Z. 54, *Powell and Rayner*, GH 172/A = ÖJZ 1990, 419 wie auch *Vilvarajah*, GH 215/A = ÖJZ 1992, 310. Zu der freilich nicht immer konsequenten Argumentationsweise des EGMR in dieser Frage vgl. auch die zusammenfassende Darstellung bei *Bernegger*, in: *Machacek/Pahr/Stadler*, 1992, S. 739 ff. sowie *Matscher*, in: FS für Seidl-Hohenveldern, 1988, S. 319 f.

23 Dazu unten Rn. 18.

ten eine Verfassungsbeschwerde gegen Gesetzgebungsakte kannten, hat der EGMR die Anwendbarkeit von Art. 13 EMRK bei Rechtsverletzungen durch Gesetze lange Zeit verneint,<sup>24</sup> scheint aber diese Position inzwischen aufgeben zu wollen,<sup>25</sup> während im Schrifttum eine solche Erweiterung noch sehr umstritten ist.<sup>26</sup> Auch Gerichtsentscheidungen scheiden als Beschwerdegegenstand nach Art. 13 EMRK aus, da Art. 6 EMRK als rechtsstaatlichen Grundsatz die volle Unabhängigkeit der Gerichte garantiert und Gerichtsentscheidungen im Rechtsmittelverfahren nur durch andere Gerichte, nicht aber durch nichtgerichtliche Behörden, wie nach Art. 13 EMRK,<sup>27</sup> überprüft werden können.<sup>28</sup>

- 6 d) Nicht mehr zu finden ist in Art. 47 Abs. 1 die Klarstellung in Art. 13 EMRK, dass das Beschwerderecht auch gegenüber Konventionsverletzungen bei Handlungen in *amtlicher Eigenschaft* gilt. Eine solche **immunitätsaufhebende** Klausel, wie sie offenbar gegenüber der traditionellen Immunität der englischen Krone gegen Beschwerdeverfahren erforderlich schien,<sup>29</sup> ist für die GRC sicherlich insoweit obsolet, als es um Rechtsbehelfe gegenüber Gemeinschaftsorganen geht, nicht aber ohne weiteres insoweit, als EU-Mitgliedstaaten Unionsrecht (früheres Gemeinschaftsrecht) anwenden.<sup>30</sup>

## 2. Nationalstaatliche Gewährleistungen

- 6a Auf nationalstaatlicher Ebene findet sich das Recht auf einen wirksamen Rechtsbehelf – im Vergleich zu der in Art. 47 ebenfalls garantierten Unabhängigkeit des Gerichts (vgl. unten Rn. 23 a) – lediglich in einem Drittel der EU-Staaten verfassungsrechtlich abgesichert: so in Deutschland (Art. 19 Abs. 4), Estland (§ 15), Finnland (§ 21), Litauen (Art. 30), Portugal (Art. 20 Abs. 5), Rumänien (Art. 21 Abs. 1), Slowakei (Art. 46 Abs. 1), Slowenien (Art. 23), Spanien (Art. 24 Abs. 1) und der Tschechischen Republik (Art. 36 Abs. 1 GR-Deklaration).<sup>31,32</sup>

## II. Diskussion im Grundrechtekonvent

- 7 Die ersten Entwürfe zu Art. 47 Abs. 1 hatten die Formulierung von Art. 13 EMRK nahezu wörtlich übernommen. Um jedoch den Besonderheiten der Union Rechnung zu tragen, wurde der EMRK-Bezug auf eine *nationale Instanz* gestrichen,<sup>33</sup> da die GRC grundsätzlich nur für die Organe und Einrichtungen der Union gelte und Rechtsbehelfe in der Regel nur bei einem europäischen Gericht eingelegt werden könnten. Dabei bestand freilich Unsicherheit hinsichtlich der Frage, ob über den EuGH hinaus auch die nationalen Gerichte

24 So im Fall *Lithgow*, GH/A 102, Z. 206 = EuGRZ 1988, 364; ebenso in *The Holy Monasteries*, GH 301/A, Z. 101 = EuGRZ 1993, 611; hingegen ausdrücklich offengelassen in *Young, James, Webster*, GH 39/B, Z. 177 = EuGRZ 1980, 454.

25 Vgl. dazu *Mathews* (Gibraltar-Urteil), EuZW 1999, 308.

26 Vgl. *Velu/Ergec*, La Convention, S. 98 f., Nr. 121 f., *Frowein*, in: Frowein/Peukert, EMRK, Art. 13 Rn. 11, *Grabenwarter*, EMRK, § 24 Rn. 176; kritisch auch *Hangartner*, AJP 1994, 6, *Matscher*, in: FS für Seidl-Hohenveldern, 1988, S. 330 ff.

27 Vgl. oben Rn. 3.

28 So auch *Frowein*, in: Frowein/Peukert, EMRK, Art. 13 Rn. 12.

29 Vgl. *Frowein*, in: Frowein/Peukert, EMRK, Art. 13 Rn. 7 m.w.N.

30 Vgl. unten Rn. 13 bzw. 14.

31 Nach Art. 3 und 112 der Tschechischen Verfassung vom 16.12.1992 bildet die Deklaration der grundlegenden Rechte und Freiheiten vom 9.1.1991 (GR-Deklaration) einen Bestandteil der Verfassung.

32 Über ausdrückliche Verfassungsgarantien eines Rechts auf effektiven Rechtsschutz hinaus sind aber auch gewisse *verfassungsgerichtliche* Anerkennungen von Rechtsschutz vorzufinden; vgl. die Nachweise bei *Heselhaus/Nowak*, Handbuch § 51 vor Rn. 1.

33 Vgl. *Charte* 4123/1/00 Art. 4, aber auch *Charte* 4141/00 Art. 1.

angerufen werden können, soweit geschützte Rechte bei Anwendung von materiellem Gemeinschaftsrecht durch einen EU-Mitgliedstaat verletzt werden.<sup>34</sup>

Weitgehende Einigkeit bestand darüber, dass der behördliche Schutz im Sinne eines *gerichtlichen Schutzes* zu verstärken sei,<sup>35</sup> so dass konsequenterweise die bisherige „wirksame Beschwerde“ durch „wirksamer Rechtsbehelf“ zu ersetzen war. Soweit gelegentliche Forderungen, auch Verwaltungsstellen als Beschwerdeinstanz anzuerkennen, erhoben wurden, vermochten sie sich nicht durchzusetzen.<sup>36</sup>

Kontroversen gab es hinsichtlich der Frage, ob der Rechtsschutz auf Rechte und Freiheiten im Sinne der GRC zu begrenzen sei, oder nicht vielmehr im Lichte der Rechtsprechung des EuGH für *alle auf EU-Ebene gewährten Rechte* ein Rechtsbehelf zur Verfügung stehen müsse.<sup>37</sup> Auch wenn diese weitergehende Einräumung von Rechtsschutz schließlich Eingang in Art. 47 Abs. 1 fand,<sup>38</sup> lässt dieser noch manche Fragen offen.

### III. Kommentierung

#### 1. (Bedingte) Garantie gerichtlichen Rechtsschutzes

a) Durch Art. 47 Abs. 1 soll der sich schon aus Art. 6 Abs. 1 EMRK ergebende und auch unionsrechtlich bereits allgemein anerkannte Grundsatz **effektiven gerichtlichen Rechtsschutzes** gewährleistet werden.<sup>39</sup> Dazu wird jeder Person **das Recht auf einen wirksamen Rechtsbehelf** eingeräumt. Auch wenn dies nur gegen Verletzungen von Rechten oder Freiheiten gilt, die durch das Recht der Union garantiert sind,<sup>40</sup> handelt es sich seinem Grundcharakter nach um ein *Menschenrecht*, das allenfalls insoweit auf ein bloßes EU-Bürgerrecht eingeengt sein kann, als das im konkreten Fall verletzte Recht seinerseits nur einem EU-Bürger zusteht.<sup>41</sup> Zwar wird durch Einräumung eines bloßen **Rechtsbehelfs** anders als nach Art. 19 Abs. 4 GG kein bestimmter *Rechtsweg* – und noch weniger ein mehrstufiges Rechtsmittelverfahren – eingeräumt, ebenso wenig wie die erforderliche *Wirksamkeit* des Rechtsbehelfs jedenfalls nicht mit Erfolgsgarantie gleichzusetzen ist.<sup>42</sup> Gleichwohl darf der Rechtsbehelf keine geringere Kraft haben, als sie der Beschwerde nach Art. 13 EMRK zugestanden wird. Das heißt, dass mit dem Rechtsbehelf zumindest eine Überprüfung und

34 Vgl. *Bernsdorff/Boroswky*, Protokolle, S. 176, 276 f. sowie unten Rn. 14.

35 Vgl. die Erläuterung des Konventspräsidiums zu Art. 7 *Charte* 4149/00 und 4284/00, ferner *Charte* 4422/00 und 4423/00 Art. 45, *Bernsdorff/Boroswky*, Protokolle, S. 177, 277, sowie unten Rn. 11.

36 Vgl. *Meyer/Engels*, Charta der Grundrechte, 2001, S. 243.

37 Vgl. *Charte* 4470/00 Art. 46 sowie *Bernsdorff/Boroswky*, Protokolle, S. 176, 277.

38 Vgl. unten Rn. 16.

39 EuGH im Fall *DEB*, C-279/09, Z. 33, Slg. 2010, I-13849 = NJW 2011, 2496, EuGH im Fall *Chartary*, C-457/09, Z. 25 = BeckRS 2011,80315, EuGH im Fall *Samba Diouf*, C-69/10, Z. 49 = NVwZ 2011, 1382, EuGH im Fall *KME*, C-272/09 P, Z. 83 ff., 92 = BeckRS 2011, 81924, EuGH im Fall *Otis*, C-199/11, Z. 45 ff. = EuZW 2013, 24; vgl. auch EuGH im Fall *Chalkor*, C-386/10 P, Z. 51 f.a = EuZW 2012,190, EuGH im Fall *Melloni*, C-399/11, Z. 47 ff. = NJW 2013,1215 sowie *Borraccetti*, in: Di Federico, EU Charter, S. 98 ff.

40 Vgl. *Calliess/Ruffert/Blanke*, EUV/EGV, Art. 47 GRCh Rn. 6, *Frenz*, Handbuch Europarecht 4, Rn. 4998, *Jarass*, Charta, Art. 47 Rn. 6, *Schwarzelvan Vormizeele*, EU; Art. 47 GRCh Rn. 5, *Tettinger/Stern/Alber*, Grundrechte-Charta, Art. 47 Rn. 12, *Vedder/Heintschel-von Heinegg/Foltz*, Unionsrecht. Art. 47 GRC Rn. 3.

41 *Calliess/Ruffert/Blanke*, EUV/EGV, Art. 47 GRCh Rn. 5.

42 Vgl. oben Rn. 3 sowie unten Rn. 19.



Entscheidung durch die angerufene Instanz eröffnet wird,<sup>43</sup> dem Beschwerdeführer wenigstens schriftlich rechtliches Gehör zu gewähren ist<sup>44</sup> und im Falle einer festgestellten Rechtsverletzung eine adäquate Abhilfemöglichkeit bestehen muss.<sup>45</sup> Um dies in realisierbarer Weise überhaupt anstreben zu können, bedarf die anzufechtende Entscheidung grundsätzlich einer Begründung.<sup>46</sup>

- 11 b) Diese Gewährleistungen werden nicht zuletzt dadurch unterstrichen, dass der Rechtsbehelf bei einem Gericht muss eingelegt werden können. Damit ist die GRC über die sich mit einer bloß behördlichen Überprüfung begnügenden EMRK<sup>47</sup> bewusst hinausgegangen.<sup>48</sup> Diese Verstärkung des Beschwerderechts zu einem *gerichtlichen Rechtsschutz* schließt natürlich nicht aus, dass diesem Schritt eine außergerichtliche Schlichtung<sup>49</sup> oder auch ein behördliches Beschwerde- oder ein dienstaufsichtsrechtliches Verfahren vorausgehen kann, sofern dadurch der Rechtsbehelf bei einem Gericht nicht wesentlich erschwert und letztlich nicht ausgeschlossen wird.<sup>50</sup>
- 12 c) Die danach recht großzügig erscheinende gerichtliche Rechtsschutzgarantie, zumal gegen einen ebenfalls weit interpretierbaren Begriff angreifbarer Rechtsverletzungen eröffnet,<sup>51</sup> erfährt jedoch eine wesentliche Einschränkung dadurch, dass der Rechtsbehelf nur „nach Maßgabe der in diesem Artikel vorgesehenen Bedingungen“ eingelegt werden kann; und dazu gehört nach Art. 47 Abs. 2 – neben anderem – ein zuvor durch Gesetz errichtetes Gericht. Auch wenn sich zu den Entstehungs- und Hintergründen dieser Klausel den Materialien praktisch nichts entnehmen lässt und man aus deutscher Sicht geneigt sein könnte, darin nicht mehr als das Prinzip des „gesetzlichen Richters“ ausgedrückt zu sehen,<sup>52</sup> scheint damit doch mehr, nämlich in erster Linie gemeint zu sein, dass die Einlegung eines gerichtlichen Rechtsbehelfs nach Abs. 1 zuvor die Errichtung eines entsprechenden Gerichts nach Abs. 2 voraussetzt und, solange dies nicht geschehen ist, nichts anderes als die derzeit vorhandenen Gerichtsinstanzen und verfügbaren Verfahrenswege sollen angerufen bzw. beschritten werden können. Denn kaum anders wäre zu verstehen, dass nach den Erläuterungen des Konventspräsidiums die GRC „nicht darauf ab(ziele), das in den Verträgen vorgesehene System von Rechtsbehelfen, vor allem nicht die Bestimmungen über die Zulässig-

43 Wobei diese allerdings über die Befugnis verfügen muss, alle für die bei ihr anhängige Streitigkeit relevanten Tatsachen- und Rechtsfragen zu prüfen (EuGH im Fall *Otis*, C-199/11, Z. 45 ff. = EuZW 2013, 26) und der zuständige Richter von solchen Prüfungs- und Würdigungsbefugnissen auch Gebrauch zu machen hat (EuGH im Fall *Chalkor*, C-386/10 P, Z. 62 ff. = EuZW 2012, 190, EuGH im Fall *KME*, C-272/09 P, Z. 101 = BeckRS 2011, 81924).

44 Zu dem sich bereits aus Art. 6 EMRK ergebenden Anspruch auf rechtliches Gehör (vgl. *Meyer-Ladewig*, EMRK, Art. 6 Rn. 101 ff m.w.N.), den der EuGH in den Art. 47 und 48 GRC verankert sieht, vgl. im Fall *Otis*, *Otis*, C-199/11, Z. 47 f. = EuZW 2013, 26, im Fall *Radu*, C-93/11, Z. 32 = NJW 2013, 1146.

45 Vgl. EuGH im Fall *Steffensen*, C-276/01 Z: 77, Slg, 2003, I-3735, m. Anm. *Schaller*, EuZW 2003, 671 f., *Frowein*, in: *Frowein/Peukert*, EMRK, Art. 13 Rn. 6, *Grabenwarter*, EMRK, § 24 Rn. 180, *Holoubek*, JBl 1992, 143 f., *Villiger*, EMRK, § 29 Rn. 649 f.

46 Vgl. EuGH im Fall *KME*, C-272/09 P, Z. 101 = BeckRS 2011, 81924, Vgl. auch unten Rn. 34.

47 Vgl. oben Rn. 3.

48 Vgl. *Bernsdorff/Borowsky*, Protokolle, S. 176, 276 f., *Tettinger/Stern/Alber*, Europäische Grundrechte-Charta, Art. 47 Rn. 3, *Vedder/Heintschel-von Heinegg/Foltz*, Unionsrecht. Art. 47 GRC Rn. 2.

49 In diesem Sinne EU-Kommissar *Vitorino*, in: *Bernsdorff/Borowsky*, Protokolle, S. 278.

50 Vgl. dazu auch die schon in Art. 13 EMRK nicht für ausreichend erachtete Aufsichtsbeschwerde: so *Frowein*, in: *Frowein/Peukert*, EMRK, Art. 13 Rn. 4, entgegen dem EGMR in *Silver*, GH 61, 43, Z. 114 ff. = EuGRZ 1984, 154 sowie *Campbell* und *Fell*, GH 80, Z. 127 ff. = EuGRZ 1985, 545.

51 Näher dazu unten Rn. 16 ff.

52 Vgl. unten Rn. 31.

keit, zu ändern“,<sup>53</sup> und dass dieser bestehende Rechtszustand für den Einzelnen sogar als ein „ausreichender prozessualer Rechtsschutz“ befunden wird.<sup>54</sup> Selbst wer diese optimistische Einschätzung nicht teilt und weiterhin die Forderung nach einer europäischen Grundrechtsbeschwerde erhebt,<sup>55</sup> räumt damit indirekt ein, dass die Geltendmachung des in Abs. 1 garantierten gerichtlichen Rechtsbehelfs von der zusätzlichen Schaffung eines entsprechenden Gerichts abhängt und, solange es daran fehlt, gerichtlicher Rechtsschutz nur im Rahmen der bereits bestehenden Verfahren möglich ist.<sup>56</sup> Das hat derzeit zweierlei zur Folge:

Soweit es um Rechtsschutz gegen *Rechtsverletzungen durch EU-Organ*e geht, bleibt für EU-Bürger lediglich der vom EuGH auf der Basis von Art. 6 Abs. 2 EUV aus den gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten und der EMRK entwickelte Weg einer Nichtigkeitsklage nach Art. 230 Abs. 4 EGV<sup>57</sup> (*europäische Rechtsschutzebene*). Bei diesem inzwischen recht ausdifferenzierten und effektiven Grundrechtsschutz<sup>58</sup> blieb jedoch bis zum Inkrafttreten des Lissabon-Vertrags zu beachten, dass dafür eine individuell-konkrete Entscheidung in Verbindung mit Art. 230 Abs. 4 EGV oder eine unmittelbare und individuelle Betroffenheit durch einen generell-abstrakten Rechtsakt der Gemeinschaft vorausgesetzt wurde, wobei der EuGH insbesondere individuelle Betroffenheit<sup>59</sup> restriktiv versteht.<sup>60</sup> Um diese Härte zu korrigieren, ist nun durch Art. 263 Abs. 4 AEUV die Klagebefugnis dahingehend erleichtert, dass Rechtsakte mit Verordnungscharakter den Kläger lediglich unmittelbar (und nicht bedingt auch individuell) betreffen müssen und keine Durchführungsmaßnahmen nach sich zu ziehen brauchen.<sup>61</sup>

53 *Charte* 4473/00 zu Art. 47 Abs. 1 (*Bernsdorff/Borowsky*, Protokolle, S. 39).

54 So *Hilf*, Sonderbeilage zu NJW, EuZW, NVwZ und JuS 2000, 6\*.

55 So namentlich u.a. die in Fn. 60 Genannten.

56 Übersehen von *Mahlmann*, *Cardozo Journal of International and Comparative Law* 11 (2004), 933.

57 Vgl. *Calliess/Ruffert/Kingreen*, EUV/EGV, Art. 6 EUV Rn. 19 ff., 34. ff., *Grabitz/Hilf/Nettesheim/Pernice/Mayer*, EU, nach Art. 6 EU Rn. 362 *Heselhaus/Nowak*, Handbuch, § 51 Rn. 10 a, *Jarass*, NJW 2011, 1395, *Lenz/Borchardt/Wolfgang*, EGV, Anh. zu Art. 6 EU Rn. 1 ff.

58 Zum Rechtsschutz beim EuGH vgl. jetzt auch Art. 19 Abs. 1 S. 2 EUV in Verbindung mit Art. 251 ff. AEUV.

59 Nach EuGH war individuelle Betroffenheit nach der sogenannten *Plaumann-Formel* zu prüfen: „Wer nicht Adressat einer Entscheidung ist, kann nur dann geltend machen, von ihr individuell betroffen zu sein, wenn die Entscheidung ihn wegen bestimmter persönlicher Eigenschaften oder besonderer, ihn aus dem Kreis aller übrigen Personen heraushebender Umstände berührt und ihn daher in ähnlicher Weise individualisiert wie den Adressaten“ (EuGH, 15.7.1992, Rs. 25-62, Z. 4).

60 *Calliess/Ruffert/Cremer*, EUV/EGV, Art. 263 AEUV Rn. 39 ff., *Darwitz*, NJW 1993, 1114 f., *Grabitz/Hilf/Nettesheim/Booß*, EU, Art. 263 AEUV Rn. 47 ff., *Lenz/Borchardt*, EGV, Art. 263 AEUV Rn. 26 ff. – Zwar zog der EuG in der Rechtssache *Jégo-Quéré* unter Berufung auf Art. 47 GRC ein rechtsschutzfreundlicheres Verständnis in Betracht (EuG 3.5.2002, Rs. T-177/01, *Jégo-Quéré & Cie SA*); dies hat der EuGH in seiner Berufungsentscheidung allerdings zurückgewiesen und damit gleichsam hingenommen, dass europäische Rechtsschutzdefizite bei Verordnungen ohne europäische Vollzugsakte entstehen, wenn der unmittelbar durch die Verordnung Betroffene keine individuelle Betroffenheit darlegen und folglich die Verordnung nicht europäisch anfechten kann, weil es in solchen Fällen den Mitgliedsstaaten der Union obliege, europäische Rechtsschutzdefizite durch nationale Rechtsschutzmöglichkeiten auszugleichen (EuGH 1.4.2004, Rs. C-263/02 P, *Jégo-Quéré & Cie SA* = NJW 2004, 2006, Z. 31 f.; dazu u.a. *Lenz/Staeglich*, NVwZ 2004, 1425 ff.). Selbst wenn national kein vorbeugender Rechtsschutz gewährt wird, d.h. der Betroffene sich unter Umständen rechtsuntreu zu verhalten und eine weitere Sanktion in Kauf zu nehmen hätte, um eine Verordnung gerichtlich angreifen zu können, wäre damit europäischer Rechtsschutz verwehrt (EuGH, a.a.O., Z. 34).

61 Näher dazu *Everling*, *Europarecht Beiheft* 1/2009, 73 f. Zur Vorgeschichte vgl. auch *Meyer*, in: FS für Eser, S. 805.

- 14 Soweit Rechtsschutz gegen *Rechtsverletzungen durch Mitgliedstaaten der EU bei Anwendung von Gemeinschaftsrecht* gesucht wird, ist dafür – wie bei jeder innerstaatlichen Rechtsverletzung – grundsätzlich der Rechtsweg zu den nationalen Gerichten eröffnet (*nationale Rechtsschutzebene*).<sup>62</sup> Weil jedoch dabei Gemeinschaftsrecht betroffen ist, können die Gerichte eines Mitgliedstaates ein Vorlageverfahren nach Art. 267 AEUV an den EuGH einleiten, so dass jedenfalls bei fehlerhafter Anwendung von grundrechtskonformem Gemeinschaftsrecht durch mitgliedstaatliche Behörden ein Anwendungsbereich für eine gemeinschaftsrechtliche Grundrechtsbeschwerde gegeben ist.<sup>63</sup> Doch selbst wenn nach der Rechtsprechung des BVerfG bei europarechtsrelevanten Sachverhalten unter bestimmten Voraussetzungen eine Pflicht der nationalen Gerichte zur Vorlage an den EuGH bestehen soll,<sup>64</sup> dürfte damit, nicht zuletzt angesichts der recht vagen Bedingungen, an welche die Vorlagepflicht geknüpft ist, kaum ein lückenloser Rechtsschutz gewährleistet sein. Die Vorlagepflicht ist jetzt in Art. 267 Abs. 3 AEUV für Verfahren der letzten nationalen Instanz vorgesehen, wie dies schon bisher in Art. 234 EGV der Fall war.
- 14a Diese Lücken wurden vom EuGH im Fall *Köbler* dahingehend korrigiert, dass die massive Verletzung der Vorlagepflicht Schadensersatzansprüche auf der Grundlage des europäischen Staatshaftungsrechts auslösen kann.<sup>65</sup> Ohnehin impliziert das *europäische Staatshaftungsrecht sekundäre Rechtsschutzmöglichkeiten* gegen rechtsverletzende Exekutiv-, Legislativ- und nunmehr auch Judikativakte der Mitgliedsstaaten, die Gemeinschaftsrecht (nicht) anwenden oder (nicht) umsetzen.<sup>66</sup>
- 15 Die damit eröffneten Sekundär-Rechtsschutzwege verdeutlichen die Lückenhaftigkeit des direkten Rechtsschutzes, so dass auch die Forderung nach einer – über Art. 47 hinausgehenden – „europäischen Grundrechtsbeschwerde“ erklärlich wird.<sup>67</sup> Eine dahingehende Erweiterung wurde freilich vom Verfassungskonvent verworfen<sup>68</sup> und wird nicht zu erreichen sein, ohne zugleich auch die Festschreibung auf die derzeitigen Zuständigkeiten der EU-Organe in Art. 51 Abs. 2 aufzubrechen.<sup>69</sup>

## 2. Verletzung von garantierten Rechten oder Freiheiten

- 16 a) Indem die verletzten Rechte oder Freiheiten durch Recht der Union garantiert sein müssen, vermochte sich die weitergehende Forderung nach der Rechtsbehelfsfähigkeit jeder Rechtsverletzung, gleich ob das verletzte Recht durch die GRC, ein nationales Gesetz oder

62 Nach Art. 10 EGV (jetzt Art. 4 Abs. 3 (II) EUV) sind nationale Gerichte verpflichtet, möglichst umfassende nationale Rechtsschutzmöglichkeiten zur Verfügung zu stellen. Vgl. *Callies/Ruffert/Kahl*, EUV/EGV<sup>2</sup>, Art. 10 EGV Rn. 31 ff., *Schwarze/Hatje*, EU, Art. 4 EUV Rn. 55, 62 ff.

63 Vgl. *Callies*, EuZW 2001, 267 f., *Krüger/Polakiewicz*, EuGRZ 2001, 95 ff., *Magiera*, DÖV 2000, 1018, 1024.

64 Siehe bereits BVerfGE 73, 339, 366 ff.; 82, 159, 194 ff., ferner BVerfG NJW 2001, 1267 f.

65 EuGH im Fall *Köbler*, 30.9.2003, Rs. C-224/01. Der EuGH verwirft dabei ausdrücklich die für ein richterliches Haftungsprivileg vorgetragene Argumente.

66 Vgl. *Schwarze/Hatje*, EU Art. 4 EUV Rn. 53.

67 So – entgegen *Hilf*, Sonderbeilage zu NJW, EuZW, NVwZ und JuS 2000, 6\* – u.a. *Callies*, EuZW 2001, 267 f., *Hohmann*, Parl 2000, Beil. 52-53, S. 11, *Reich*, ZRP 2000, 375 ff., mit dem Vorschlag, eine Grundrechtsbeschwerde in einem Art. 230 Abs. 6 EGV zu konstituieren, ferner *Lindner*, ZRP 2007, 54 ff., *Tappert*, DRiZ 2000, 207; *Weber*, NJW 2000, 544; vgl. auch die entsprechenden Gesetzesvorschläge für die Einführung einer Grundrechtsbeschwerde von *Everling*, in: Verhandlungen des 60. Deutschen Juristentages Münster, 1994, S. N 19; zusammenfassend und m.w.N. *Böcker*, Rechtsbehelfe, S. 159 Fn. 615.

68 Vgl. *Böcker*, Rechtsbehelfe, S. 225 ff.

69 Vgl. – mit teils unterschiedlicher Tendenz – *Koenig*, EuZW 2000, 417; zu diesem Problemkreis auch *Lindner*, DÖV 2000, 543 ff.

ein internationales Übereinkommen gewährleistet wird, nicht durchzusetzen.<sup>70</sup> Andererseits ist jedoch durch den uneingeschränkten Verweis auf das Unionsrecht sichergestellt, dass nicht nur die durch die GRC ausdrücklich garantierten Grundrechte, sondern jedwede durch Unionsrecht anerkannten Rechte und Freiheiten rechtsbehelfsfähig sind und dazu nicht zuletzt auch die vom EuGH gemäß Art. 6 Abs. 2 EUV im Wege der Rechtsfortbildung auf der Basis der gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten und der EMRK sowie von anderen völkerrechtlichen Verträgen entwickelten Rechte und Freiheiten gehören.<sup>71</sup>

b) Wie schon nach Art. 13 EMRK, so setzt auch der Rechtsbehelf nach Art. 47 Abs. 1 die Geltendmachung einer bestimmten Rechtsverletzung voraus.<sup>72</sup> Für diese materielle Rüge braucht jedoch die Rechtsverletzung selbst nicht schon erwiesen zu sein; denn da sie gerade Gegenstand des Rechtsbehelfs sein soll, muss es genügen, dass die Verletzung „in vertretbarer Weise behauptet“ wird. Dazu können auch die vom EGMR entwickelten Maßstäbe<sup>73</sup> in analoger Anwendung hilfreich sein.

Hinsichtlich der für die Rechtsverletzung verantwortlichen Staatsgewalt lässt ebenso wie schon Art. 1 EMRK auch Art. 47 Abs. 1 offen, ob der Rechtsbehelf nur gegen Rechtsverletzungen durch die Exekutive<sup>74</sup> oder auch solche der *Judikative* oder der *Legislative* gegeben sein sollen. Aus den gleichen Gründen wie bei der EMRK werden jedoch auch hier nur rechtsverletzende Akte der Verwaltung direkt<sup>75</sup> rechtsbehelfsfähig sein können,<sup>76</sup> zumal nach den Erläuterungen des Konventspräsidiums die GRC nicht auf eine Erweiterung der bestehenden Rechtsbehelfe und deren Zulässigkeit abziele.<sup>77</sup>

### 3. Wirksamkeit des Rechtsbehelfs

Wie schon bei Art. 13 EMRK<sup>78</sup> ist auch hier die *Wirksamkeit* des Rechtsbehelfs nicht mit Erfolgsgarantie gleichzusetzen;<sup>79</sup> denn erforderlich ist nicht mehr, aber auch nicht weniger als eine ernsthafte und unparteiliche Prüfung der Rüge durch ein Gericht, das von dem für die behauptete Rechtsverletzung zuständigen Organ unabhängig ist. Dazu gehört aber auch, dass im Falle einer begründeten Rüge der angefochtene Akt gemäß den allgemeinen

70 Vgl. oben Rn. 9 sowie *Bernsdorff/Borowsky*, Protokolle, S. 176 f., 277 f., *Calliess/Ruffert/Blanke*, EUV/EGV, Art. 47 GRCh Rn. 6, *Schwarzelvan Vormizeele*, EU Art. 47 GRC Rn. 5 f., *Tettinger/Stern/Alber*, Europäische Grundrechte-Charta, Art. 47 Rn. 12 ff. Immerhin werden aber durch die Garantie für die Union verbindliche völkerrechtliche Verträge erfasst; vgl. *Frenz*, Handbuch Europarecht 4, Rn. 5001, *Jarass*, Charta, Einl. Rn. 21 ff.

71 Zu dieser mit dem Fall *Stauder* (EuGH, 29/69 – Slg. 1969, 419) einsetzenden Rechtsprechung zu Gemeinschaftsgrundrechten vgl. über die vom Konventspräsidium in *Charte* 4473/00 zu Art. 47 Abs. 2 aufgeführten Fälle *Johnston* (222/84 – Slg. 1986, 1651), *Heylens* (222/86 – Slg. 1987, 4097) und *Borelli* (C-97/91 – Slg. 1992, I-6313) hinaus – näher *Calliess/Ruffert/Kingreen*, EUV/EGV, Art. 6 EUV Rn. 21 f., ferner *Grabitz/Hilf/Nettesheim/Pernice/Mayer*, EU, nach Art. 6 EU Rn. 52 ff., *Jarass*, NJW 2011, 1394, *Lenz/Borchardt/Wolfgang*, EGV, Anh. zu Art. 6 EU Rn. 20-75, *Ritgen*, ZRP 2000, 371 f.

72 Dazu wie auch zu deren sog. akzessorischen Charakter vgl. oben Rn. 4.

73 Vgl. die Nachweise oben Fn. 19.

74 Dazu u.a. EuG im Fall *max.mobil*, 30.1.2002, Rs. T-54/99 = EuZW 2002, S. 186 ff.

75 Insofern bleiben sekundäre Schadensersatzansprüche auf Grundlage des europäischen Staatshaftungsrechts unberührt.

76 Vgl. oben Rn. 5 m.w.N. – A.A. offensichtlich *Lenz/Staeglich*, NVwZ 2004, 1424, wonach sich das in Art. 47 verankerte Gebot effektiven Rechtsschutzes auch auf europäische Normativakte beziehe.

77 *Charte* 4473/00 zu Art. 47 Abs. 1 (*Bernsdorff/Borowsky*, Protokolle, S. 38 f.).

78 Vgl. oben Rn. 3.

79 *Schwarzelvan Vormizeele*, EU, Art. 47 GRC Rn. 10, *Tettinger/Stern/Alber*, Europäische Grundrechte-Charta, Art. 47 Rn. 37. Vgl. auch *Shelton*, in: *Peers/Ward*, Fundamental Rights, S. 360 ff.

dafür vorgesehenen Verfahren rechtlich wie tatsächlich aufgehoben oder geändert, d.h. die gerichtliche Entscheidung implementiert wird und auf entsprechende Entschädigungen oder auf die Verhängung von Sanktionen hinzuwirken ist.<sup>80</sup>

## B. Art. 47 Abs. 2: Recht auf ein unparteiisches Gericht

### I. Vorgaben

#### 1. Art. 6 Abs. 1 EMRK

- 20 1. Gemäß den Erläuterungen des Präsidiums des Konvents entspricht Art. 47 Abs. 2 dem Art. 6 Abs. 1 EMRK:<sup>81</sup>

*„Jede Person hat ein Recht darauf, dass über Streitigkeiten in Bezug auf ihre zivilrechtlichen Ansprüche und Verpflichtungen oder über eine gegen sie erhobene strafrechtliche Anklage von einem unabhängigen und unparteiischen, auf Gesetz beruhenden Gericht in einem fairen Verfahren, öffentlich und innerhalb angemessener Frist verhandelt wird. Das Urteil muss öffentlich verkündet werden; Presse und Öffentlichkeit können jedoch während des ganzen oder eines Teiles des Verfahrens ausgeschlossen werden, wenn dies im Interesse der Moral, der öffentlichen Ordnung oder der nationalen Sicherheit in einer demokratischen Gesellschaft liegt, wenn die Interessen von Jugendlichen oder der Schutz des Privatlebens der Prozessparteien es verlangen oder – soweit das Gericht es für unbedingt erforderlich hält – wenn unter besonderen Umständen eine öffentliche Verhandlung die Interessen der Rechtspflege beeinträchtigen würde.“*

Art. 6 Abs. 1 EMRK, dem Art. 10 der AEMR von 1948 und dann Art. 13 Abs. 1 UN-Entwurf von 1949 als Vorlage dienten,<sup>82</sup> proklamiert Verfahrensgarantien, die eigentlich selbstverständlich sein sollten, aber selbst auf europäischer Ebene immer wieder der menschenrechtlichen Durchsetzung bedürfen: nämlich das Recht auf ein faires, zügiges und öffentliches Verfahren, wie es nur von einem unabhängigen und unparteiischen Gericht erwartet werden kann. Ohne hier auf die vielfältigen Ausprägungen dieser inzwischen durch eine reiche Kasuistik fortentwickelten Garantien eingehen zu können,<sup>83</sup> erscheinen im Hinblick auf den – teils übereinstimmenden, teils davon abweichenden – Art. 47 Abs. 2 folgende Punkte erwähnenswert:

- 21 a) Über die vorerwähnten Garantien der *Unabhängigkeit* und *Unparteilichkeit*<sup>84</sup> eines gesetzlich zu errichtenden *Gerichts* sowie der *Öffentlichkeit*, *Zügigkeit* und *Fairness* des Verfahrens hinaus wird durch Art. 47 Abs. 2 auch das Recht des Beschwerdeführers, sich *beraten*, *verteidigen* und *vertreten* zu lassen, deklariert,<sup>85</sup> wobei Ansätze dieses teilweise auch durch Art. 48 Abs. 2 garantierten Verteidigungsrechts schon in Art. 6 Abs. 3 (c) EMRK zu finden sind, sofern in diesen Beratungs- und Vertretungsgarantien ohnehin nicht schon Ausprägungen des Fairness-Grundsatzes im Sinne von Waffengleichheit zu sehen sind.<sup>86</sup>

80 Vgl. oben Rn. 3, 10, ferner *Frenz*, Handbuch Europarecht 4, Rn. 5013 f.

81 *Charte* 4473/00 zu Art. 47 Abs. 2 (*Bernsdorff/Borowsky*, Protokolle, S. 39).

82 Vgl. *Peukert*, in: Frowein/Peukert, EMRK<sup>2</sup>, 1996, Art. 6 Rn. 1.

83 Zu Einzelheiten vgl. insbes. die Kommentierungen von *Peukert*, in: Frowein/Peukert, EMRK, Art. 6 Rn. 1 ff., *Grabenwerter*, EMRK, § 24 Rn. 27-96, *Villiger*, § 18.

84 Deren Fehlen vom EGMR im Fall *Öcalan*, 12.3.2003 = EuGRZ 2003, S. 472 ff. und im Fall *Karkin*, 23.9.2003, im Hinblick auf das türkische Staatssicherheitsgericht als nicht unabhängiges und unparteiliches Gericht konstatiert wurde. Dazu u.a. auch *Kühne*, JZ 2003, 672 f. Der zweistufige Prüfungsmaßstab wird rekapituliert vom EGMR im Fall *Thaler*, 3.2.2005, Z. 30 ff.

85 Vgl. unten Rn. 37.

86 Vgl. IntKomm/Miehsler/Vogler, EMRK, Art. 6 Rn. 372; ähnlich auch *Weigend*, StV 2000, 385.

Hinsichtlich der Öffentlichkeit des Verfahrens, die in Art. 6 Abs. 1 EMRK eine ungemein detaillierte und gleichzeitig auch schon Ausnahmen spezifizierende Beschreibung erfährt, begnügt sich Art. 47 Abs. 2 mit der lapidaren Forderung von Öffentlichkeit.

b) Während hinsichtlich des Charakters der verhandlungsfähigen Sachen in Art. 47 Abs. 2 weder eine Einschränkung noch eine Differenzierung zu finden ist, beschränkt sich Art. 6 Abs. 1 EMRK seinem Wortlaut nach auf Entscheidungen über *zivilrechtliche* Ansprüche und über die Stichhaltigkeit einer *strafrechtlichen* Anklage. Darüber hinaus haben jedoch durch ein nicht am nationalen Recht, sondern am Sinn der EMRK orientierten Verständnis dieser Materien inzwischen auch Streitgegenstände Zugang zum EGMR gefunden, die hierzulande als sozial- oder gar als verwaltungsrechtlich eingeordnet würden.<sup>87</sup> 22

c) Ähnlich wie dies auch noch bei Art. 47 Abs. 2 den Anschein hat,<sup>88</sup> schienen auch schon die in Art. 6 Abs. 1 EMRK eingeräumten Garantien nur auf bereits *anhängige* Verfahren anwendbar zu sein, nicht aber ein Recht auf ein Gericht und auf den Zugang zum Gericht zu gewährleisten. Gegenüber einer solchen Fehldeutung wurde jedoch vom EGMR schon mehrfach klargestellt, dass Art. 6 Abs. 1 EMRK nicht nur den *Zugang zu den Gerichten* garantieren will,<sup>89</sup> sondern die Vertragsstaaten auch als verpflichtet ansieht, positiv dafür Sorge zu tragen, dass der Einzelne von seinem Recht auf Zugang zum Gericht in wirksamer Weise Gebrauch machen kann.<sup>90</sup> 23

## 2. Nationalstaatliche Gewährleistungen

Auf nationalstaatlicher Ebene kann sich die *Unabhängigkeit des Richters*, wenn auch mit unterschiedlichen Nuancen, in den EU-Staaten einer nahezu allgemeinen verfassungsrechtlichen Absicherung erfreuen: so in Belgien (Art. 151 § 1), Bulgarien (Art. 117 Abs. 2), Deutschland (Art. 97 Abs. 1, 101), Estland (§ 146), Finnland (§ 3), Frankreich (Art. 64), Griechenland (Art. 87 Abs. 1), Irland (Art. 35 Abs. 2), Italien (Art. 104), Litauen (Art. 31, 109), Malta (Art. 39 Abs. 1), Österreich (Art. 87), Polen (Art. 45 Abs. 1, 173, 178 Abs. 1), Portugal (Art. 203), Rumänien (Art. 123 Abs. 2), Slowakei (Art. 46 Abs. 1), Slowenien (Art. 23, 125), Spanien (Art. 117 Abs. 1), Tschechische Republik (Art. 81, 82 Abs. 1) sowie Art. 36 Abs. 1 GR-Deklaration<sup>91</sup> und Ungarn (Art. 50 Abs. 3, 57 Abs. 1). Gleiches gilt weitgehend auch noch für die verfassungsrechtliche Garantie des *Öffentlichkeitsgrundsatzes*: so in Belgien (Art. 148, 149), Bulgarien (Art. 121 Abs. 3), Dänemark (§ 65), Estland (§ 24), Finnland (§ 21), Griechenland (Art. 93 Abs. 2), Irland (Art. 34 Abs. 1), Litauen (Art. 31, 117), Luxemburg (Art. 88, 89), Malta (Art. 39 Abs. 3), Niederlande (Art. 121), Österreich (Art. 90), Polen (Art. 45 Abs. 1), Portugal (Art. 206), Rumänien (Art. 126), Schweden (Kap. 2 § 11), Slowakei (Art. 48 Abs. 2), Slowenien (Art. 24), Spanien (Art. 24 Abs. 2, 120 Abs. 1 u. 3), Tschechische Republik (Art. 96 Abs. 2 der Verfassung sowie Art. 38 Abs. 2 GR-Deklaration),<sup>92</sup> Ungarn (Art. 57 Abs. 1) und Zypern (Art. 154).<sup>93</sup> Demgegenüber wurde eine verfassungsrechtliche Absicherung des *Fairnessgrundsatzes* offenbar 23a

87 Vgl. im Einzelnen den Überblick über den sachlichen Geltungsbereich von Art. 6 EMRK bei Peukert, in: Frowein/Peukert, EMRK, Art. 6 Rn. 5 ff., ferner Villiger, EMRK, § 18 Rn. 375, 387 ff., 391.

88 Vgl. unten Rn. 28.

89 In diesem Sinne vgl. insbes. EGMR im Fall *Golder*, GH 18/A, Z. 25 ff. = EuGRZ 1975, 91 ff.; ebenso im Fall *Silver*, GH 61/A, Z. 80 ff. = EuGRZ 1984, 149.

90 Vgl. insbes. Fall *Airey*, GH 32, Z. 20 ff. = EuGRZ 1979, 627 hinsichtlich der Einräumung von Verfahrenshilfen, sowie Peukert, in: Frowein/Peukert, EMRK, Art. 6 Rn. 54, Grabenwerter, EMRK, § 24 Rn. 46.

91 Vgl. oben Fn. 28.

92 Vgl. oben Fn. 28.

93 Für Deutschland vgl. Art. 6 EMRK in Verbindung mit §§ 169 ff. GVG.

nur in Bulgarien (im Sinne von „Waffengleichheit“: Art. 121 Abs. 1), Italien (Art. 111) und Malta (Art. 39 Abs. 1) für erforderlich gehalten. Auch die verfassungsrechtliche Zusicherung einer Verhandlung innerhalb einer *angemessenen Frist* findet sich in vergleichsweise wenigen EU-Ländern: so in Bulgarien (Art. 31 Abs. 1), Malta (Art. 39 Abs. 1), Portugal (Art. 20 Abs. 4), Schweden (Kap. 2 § 9), Slowakei (Art. 48 Abs. 2) und Spanien (Art. 24 Abs. 2). Wiederum häufiger findet sich das Recht auf *Verteidigung* garantiert (wie zu dem ebenfalls zu den Verteidigungsrechten zu rechnenden Art. 48 GRC aufgelistet).<sup>94</sup>

## II. Diskussion im Grundrechtekonvent

- 24 Soweit sich die in Art. 47 Abs. 2 enthaltenen Verfahrensgarantien überhaupt diskutiert finden, geht es weniger um deren grundsätzliche Berechtigung als um ihre formale Fassung und systematische Stellung.<sup>95</sup> Dabei wurde allgemein eine engere Anlehnung an Art. 6 EMRK moniert<sup>96</sup> sowie auf Vorschlag des Konventspräsidiums noch der den nationalen Verfassungstraditionen entsprechende Beratungs- und Verteidigungspassus angefügt.<sup>97</sup>

## III. Kommentierung

### 1. Allgemeines

- 25 Der den Abs. 2 betreffende Teil der Artikelüberschrift gibt mit „Recht auf ein unparteiisches Gericht“ den Inhalt dieser Gewährleistung nur unvollständig wieder; denn bei differenzierter Betrachtung lassen sich dem Art. 47 Abs. 2 verschiedenartige Rechtswege- und Verfahrensgarantien entnehmen. Da diese jeder Person zuerkannt werden, haben sie *menschenrechtlichen* Charakter, der allenfalls insoweit auf bloße EU-Bürgerrechte eingeengt sein kann, als ein Durchsetzungsanspruch nur gegen die Gerichtsbarkeit der EU und deren Mitgliedstaaten besteht.
- 26 Hinsichtlich des sachlichen Anwendungsbereichs gibt es die noch in Art. 6 Abs. 1 EMRK vorzufindende Beschränkung auf zivil- und strafrechtliche Sachen<sup>98</sup> in Art. 47 Abs. 2 nicht mehr, so dass ein Recht auf gerichtliche Behandlung für *jede Art von Rechtsstreitigkeit* garantiert wird, was aus dem Charakter der Europäischen Gemeinschaft als einer „Rechtsgemeinschaft“ gefolgert wird.<sup>99</sup> Mit einer solchen allgemeinen Rechtsweggarantie, die der des Art. 19 Abs. 4 GG nahe kommt,<sup>100</sup> gehen die Gewährleistungen der GRC nicht nur über den Schutzbereich der EMRK, sondern auch über die Verfassungstraditionen mancher Mitgliedstaaten hinaus, da viele nationale Verfassungen nicht derart umfassende Rechtswege einräumen.<sup>101</sup> Daher werden Konflikte mit einzelnen nationalen Verfahrens-

94 Vgl. im einzelnen *Eser*, unten Art 48 Rn. 22 a.

95 Vgl. im einzelnen *Charte* 4123/1/00 REV 1, Art. 5; 4141/00 Art. 2 Abs. 1 und Art. 3, 4284/00 Art. 8 Abs. 1; 4333/00 Art. 8; 4422/00 Art. 45 Abs. 2; 4423/00 Art. 45 Abs. 2; 4470/00 Art. 46 Abs. 2 sowie *Bernsdorff/Borowsky*, Protokolle, S. 177, 278 f.

96 Vgl. *Bernsdorff/Borowsky*, Protokolle, S. 278.

97 Vgl. *Charte* 4333/00 Art. 8 Abs. 1 S. 2; 4420/00 Art. 45 Abs. 2 S. 2; 4470/00 Art. 46 Abs. 2 S. 2, wobei dieser Vorschlag seinerseits auf eine Initiative von *J. Meyer* zurückgeht; vgl. *Meyer/Engels*, Charta der Grundrechte, 2001, S. 31 f., 299 sowie unten Rn. 37.

98 Vgl. oben Rn. 22.

99 So im Anschluss an das Urteil des EuGH im Fall *Les Verts*, 194/83 – Slg. 1986, 1339, 1365 die Erläuterung des Konventpräsidiums in *Charte* 4473/00 zu Art. 47 Abs. 2 (*Bernsdorff/Borowsky*, Protokolle, S. 39).

100 *Calliess*, EuZW 2001, 263 f.

101 Vgl. die Einzelangaben oben Rn. 23 a sowie *Heselhaus/Nowak*, Handbuch, § 51 Rn. 23 ff. Näher zu den unterschiedlichen europäischen Zugangsrechten zur Justiz vgl. *Ward*, in: *Peers/Ward*, Fundamental Rights, S. 123 ff.

systemen nicht ausbleiben, zumal über den durch Art. 47 Abs. 2 garantierten Zugang zu einem Gericht hinaus aufgrund der Kohärenzklausel des Art. 52 Abs. 3 auch jene Garantien einzuhalten sind, die vom EGMR zu Art. 6 EMRK vor allem hinsichtlich der Verwaltungsgerichtsbarkeit entwickelt wurden;<sup>102</sup> demzufolge werden insbesondere hinsichtlich des Gebots einer öffentlichen mündlichen Verhandlung und der erforderlichen Kontrollbefugnis der Verwaltungsgerichtsbarkeit gewisse Schwierigkeiten erwartet.<sup>103</sup>

Im übrigen sind für das Verständnis der durch Art. 47 Abs. 2 eingeräumten Einzelgarantien auch die entsprechenden Präzisierungen des EGMR zu *Art. 6 Abs. 1 EMRK analog* heranzuziehen.<sup>104</sup> 27

## 2. Rechtswege- und Gerichtsgarantien

a) Als Rechtsweggarantie muss als allererstes der Zugang zu einem Gericht gewährleistet sein. Das setzt voraus, dass nicht nur eine zuständige Gerichtsinstanz vorhanden oder erforderlichenfalls einzurichten ist, sondern dass diese gemäß den vom EGMR zu Art. 6 Abs. 1 EMRK entwickelten Grundsätzen auch *tatsächlich* zugänglich sein muss.<sup>105</sup> Dazu gehört auch, dass die Anrufung des Gerichts nicht durch exzessive (Gerichts-)Kosten<sup>106</sup> oder nur schwer zu überwindende Verfahrenshindernisse unverhältnismäßig behindert oder gar ausgeschlossen sein darf. In gleicher Weise muss auch die *Durchführung des Verfahrens* praktisch möglich wie auch die *Durchsetzung der Entscheidung* gewährleistet sein.<sup>107</sup> Dagegen lässt sich aus dieser Rechtsweggarantie weder der Zugang zu einem bestimmten Gerichtstyp, wie etwa dessen Besetzung mit Geschworenen,<sup>108</sup> noch die Gewährleistung eines über die erstinstanzliche Entscheidung hinausgehenden Rechtsmittelzuges ableiten.<sup>109</sup> 28

Als Gericht sind nicht nur die ordentlichen Gerichte der Mitgliedstaaten qualifiziert; vielmehr kommen dafür auch andere Einrichtungen in Betracht, die justizförmig organisiert, von der Exekutive und Legislative unabhängig und bei der Ausübung ihrer Funktionen weder weisungsgebunden sind noch – abgesehen von etwaiger Überprüfung durch eine Rechtsmittelinstanz – Rechenschaft abzulegen haben und aufgrund eines geregelten und mit entsprechenden Garantien ausgestellten Verfahrens nach Recht und Gerechtigkeit über bestimmte rechtliche Ansprüche und Verpflichtungen oder über strafrechtliche oder vergleichbare Vorwürfe und Verantwortlichkeiten zu entscheiden haben.<sup>110</sup> 29

b) Dabei muss es sich um ein „zuvor durch Gesetz errichtetes Gericht“ handeln, weil darin in einer demokratischen Gesellschaft eine der Grundvoraussetzungen seiner Unabhängigkeit zu sehen ist.<sup>111</sup> Damit sind Sonder- oder Ausnahmegerichte jedenfalls insoweit ausge- 30

102 Vgl. dazu *Grabenwarter*, Verfahrensgarantien, S. 414 ff., 465 ff., 595 ff.

103 So namentlich von *Grabenwarter*, DVBl. 2001, 8.

104 So auch nach den Erläuterungen des Konventspräsidiums *Charte* 4473/00 zu Art. 47 Abs. 2 (*Bernsdorff/Borowsky*, Protokolle, S. 39). Vgl. auch *Heselhaus/Nowak*, Handbuch, § 51 Rn. 16, 31.

105 Vgl. oben Rn. 23, ferner *Jarass*, NJW 2011, 1395 f.

106 EGMR im Fall *Kreuz*, 19.6.2001, Z. 66.

107 Vgl. *Calliess/Ruffert/Blanke*, EUV/EGV, Art. 47 GRCh Rn. 1, *Jarass*, Charta, Art. 47 Rn. 47 ff.

108 Vgl. *Peukert*, in: Frowein/Peukert, EMRK, Art. 6 Rn. 203.

109 Vgl. *Grabenwarter*, EMRK, § 24 Rn. 57. Entsprechendes gilt auch für etwaige Begrenzungen des vorläufigen Rechtsschutzes; vgl. *Jarass*, Charta, Art. 47 Rn. 14. *Villiger*, EMRK, § 19 Rn. 430 m.w.N.

110 Vgl. *Peukert*, in: Frowein/Peukert, EMRK, Art. 6 Rn. 200 m.w.N.

111 Vgl. Bericht der EKMR 7360/76, *Zand*, DR 15, 70. Vgl. auch *Frenz*, Handbuch Europarecht 4, Rn. 5029, *Luchtman*, in: *Luchtman*, Choice of Forum, S. 28 f.



schlossen, als sie ad hoc von der Regierung oder einem sonstigen Exekutivorgan für bestimmte Fälle eingesetzt werden.<sup>112</sup> Auch wird man von einer Errichtung des Gerichts durch Gesetz nur dann sprechen können, wenn nicht nur der Errichtungsakt als solcher auf Gesetz beruht, sondern auch der organisatorische Aufbau sowie die sachlichen und örtlichen Zuständigkeiten der jeweiligen Gerichtsbarkeiten zumindest durch gesetzliche Rahmenvorschriften geregelt sind, wobei dann freilich innerhalb dieses Rahmens der Justizminister beispielsweise ermächtigt sein kann, aufgrund von exekutiven Ausführungsvorschriften weitere Gerichte oder Spruchkörper der betreffenden Art einzurichten.<sup>113</sup>

- 31 Obgleich nicht explizit ausgesprochen, könnte es nahe liegen, aus dem Erfordernis der gesetzlichen Errichtung des Gerichts auch das Prinzip des „gesetzlichen Richters“ abzuleiten, wonach nicht nur die Zuständigkeit des Gerichts und dessen etwaiger Spruchkörper (unmittelbar oder mittelbar) auf der Grundlage eines Gesetzes bestimmt sein muss, sondern auch der zur Entscheidung berufene Richter im voraus durch generelle, jeden möglichen Einzelfall erfassende Regelungen möglichst eindeutig festgelegt sein soll.<sup>114</sup> Gleichwohl scheint dieses rechtsstaatlich bedeutsame, weil insbesondere auf die Abwehr sachwidriger Eingriffe in die Rechtsprechung von außen gerichtete Prinzip bei der Deutung von Art. 6 EMRK in der einschlägigen Literatur – soweit ersichtlich – bisher keinen Niederschlag gefunden zu haben. In der Tat wird man es auch dem hier infragestehenden Art. 47 Abs. 2 nicht zwingend entnehmen können;<sup>115</sup> denn nicht nur, dass das heute in Deutschland besonders hochgehaltene Prinzip des „gesetzlichen Richters“ in anderen Ländern – wegen nicht erlittener missbräuchlicher Erfahrungen – nicht in gleicher Weise gehandhabt, wenn überhaupt bekannt ist,<sup>116</sup> vielmehr ist auch die besondere Absicherung dieses Grundsatzes in Art. 101 GG<sup>117</sup> ein Indiz dafür, dass es nicht ohne weiteres im Erfordernis der gesetzlichen Errichtung des Gerichts mitenthalten ist. Art. 47 Abs. 2 hält demnach keine Antwort auf die Frage parat, ob eine europäische Staatsanwaltschaft eine Anklage willkürlich vor das ihr günstigste Forum soll bringen dürfen (sog. forum- oder jurisdiction-shopping) oder dabei an klare, im Voraus formulierte Regeln zu binden ist.<sup>118</sup>

112 Vgl. *Tettinger/Stern/Alber*, Europäische Grundrechte-Charta, Art. 47 Rn. 56. – Zur ausnahmsweisen Zulässigkeit von Sondergerichtsbarkeiten, etwa im Zusammenhang mit Nationalisierungsmaßnahmen, vgl. EGMR im Fall *Lithgow*, GH 102, Z. 204 ff. = EuGRZ 1988, 364 sowie *Peukert*, in: Frowein/Peukert, EMRK, Art. 6 Rn. 201.

113 Siehe auch *Villiger*, EMRK, § 19 Rn. 413 f.

114 Näher zu dieser, in Deutschland sogar verfassungsrechtlich abgesicherten Garantie, dass „niemand seinem gesetzlichen Richter entzogen werden (darf)“ (Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG), vgl. *KK/Pfeiffer/Hannich*, StPO, Einleitung Rn. 25 m.w.N., wobei insbesondere der Plenarbeschluss in BVerfGE 95, 322, 322, 333 Beachtung verdient. Rechtsvergleichend zum Ganzen vgl. *Eser*, in: FS für Salger, S. 247 ff., sowie insbesondere im Hinblick auf die EU-Ebene *Panzavolta*, in: Luchtman, Choice of Forum, S. 145 ff., 155 f.

115 A.A. *Sätzger*, StV 2003, 140, sowie ohne nähere Begründung *Frenz*, Handbuch Europarecht 4, Rn. 5029, während *Heselhaus/Nowak*, Handbuch, § 51 Rn. 49 f. weniger die (als grundsätzlich anerkannt erachtete) Existenz als offenbar nur noch die Reichweite der Garantie des „gesetzlichen Richters“ für diskussionsbedürftig halten.

116 So das Ergebnis der rechtsvergleichenden Untersuchung von *Eser*, in: FS für Salger, S. 247 ff. A.A. – freilich ohne entsprechende Verweise – *Guglielmetti et. al.*, Stellungnahme zum Grünbuch „Europäische Staatsanwaltschaft“, S. 9 („[L]e principe de sécurité juridique [...] serait aussi respectueuse du principe du juge naturel, lequel a valeur constitutionnelle dans de nombreux ordres juridiques.“) [http://europa.eu.int/comm/anti\\_fraud/green\\_paper/contributions/pdf/gp\\_college\\_eu3\\_fr.pdf](http://europa.eu.int/comm/anti_fraud/green_paper/contributions/pdf/gp_college_eu3_fr.pdf).

117 Vgl. oben Fn. 114.

118 Zusammenfassend zu dieser kontrovers diskutierten Frage „Follow-Up Report“ der Kommission, Com(2003) 128, S. 17, [http://europa.eu.int/comm/anti\\_fraud/green\\_paper/suivi/suivi\\_en.pdf](http://europa.eu.int/comm/anti_fraud/green_paper/suivi/suivi_en.pdf); vgl. auch *Panzavolta*, in: Luchtman, Choice of Forum, S. 155 ff.

c) Die geforderte **Unabhängigkeit** des Gerichts ist nicht nur Ausdruck des in allen Mitgliedstaaten geltenden Gewaltenteilungsprinzips, sondern auch ein Gebot der Rechtsstaatlichkeit, da ein effektiver Rechtsschutz nur durch Richter, die als nicht beteiligte Dritte in persönlicher und sachlicher Hinsicht unabhängig sind, zu gewährleisten ist.<sup>119</sup> An dieser Unabhängigkeit braucht es nicht schon deshalb zu fehlen, weil die Mitglieder des Gerichts von einem Exekutivorgan ernannt werden bzw. die Amtsperiode oder das Sachgebiet von vornherein beschränkt ist, vorausgesetzt jedoch, dass innerhalb dieser Grenzen zumindest fachlich Unabsetzbarkeit bzw. Weisungsfreiheit gewährleistet ist.<sup>120</sup> Ebenso wenig wie das Gericht schon dadurch zu einem seine Unabhängigkeit aufhebenden „*judex in sua causa*“ wird, wenn es über eine Maßnahme des Organs (wie der EU-Kommission) zu entscheiden hat, von dem es bestellt wurde.<sup>121</sup>

Bei der zudem erforderlichen **Unparteilichkeit** des Gerichts geht es im wesentlichen um die subjektive Einstellung des einzelnen Richters: Von ihm wird prinzipielle Neutralität gegenüber den Verfahrensbeteiligten sowie ein sachgemäßes Urteilen ohne Ansehen der Person erwartet, wobei eine solche Unparteilichkeit bis zum Beweis des Gegenteils vermutet wird.<sup>122</sup>

### 3. Verfahrensgarantien<sup>123</sup>

a) Bei der aus dem anglo-amerikanischen Rechtskreis entlehnten Gewährleistung eines **fairen Verfahrens**, dessen Erfordernisse allerdings weder definiert noch konkretisiert sind,<sup>124</sup> handelt es sich um eine Ausprägung des Rechtsstaatsprinzips, wie es sich inzwischen in verschiedenen Verfahrensgarantien niedergeschlagen hat.<sup>125</sup> Für diese ist charakteristisch, dass sie den Verfahrensbeteiligten sowohl ausreichende Mitwirkungsrechte sichern als sie auch vor einseitigen Benachteiligungen schützen sollen, wobei der EGMR das Verfahren in seiner Gesamtheit auf seine Fairness hin untersucht.<sup>126</sup> Dazu gehört im Sinne eines *kontradiktorischen* Verfahrens<sup>127</sup> vor allem das Prinzip der „*Waffengleichheit*“, wobei den Verfahrensbeteiligten bei der Vertretung ihrer möglicherweise gegenläufigen Interessen und

119 KK/Pfeiffer/Hannich, StPO, Einleitung Rn. 24.

120 Zu weiteren Einzelheiten vgl. die Erläuterungen zu dem insoweit inhaltsgleichen Art. 6 Abs. 1 EMRK von Peukert, in: Frowein/Peukert, EMRK, Art. 6 Rn. 204 ff., ferner Calliess/Ruffert/Blank, EUV/EGV, Art. 47 GRCh Rn. 11, Frenz, Handbuch Europarecht 4, Rn. 5020 f., Jarass, Charta, Art. 47 Rn. 19 ff.

121 Vgl. EuGH im Fall *Otis*, C-199/11, Z. 39, 64 ff. = EuZW 2013, 24 m. Anm. Landbrecht.

122 Auch insoweit vgl. zu weiteren Einzelheiten Peukert, in: Frowein/Peukert, EMRK, Art. 6 Rn. 213 ff., Grabenwarter, EMRK, § 24 Rn. 39 ff., ferner Callewaert, EuGRZ 1996, 368, Frenz, Handbuch Europarecht 4, Rn. 5024 ff., Jarass, Charta, Art. 47, Rn. 28, Tettinger/Stern/Alber, Europäische Grundrechte-Charta, Art. 47 Rn. 57.

123 Zur diesbezüglichen Besorgnis des Europäischen Parlaments im Hinblick auf den Status verschiedenster Verfahrensgarantien in Mitgliedsstaaten vgl. Resolution vom 15.1.2003, Z. 148 oder Resolution vom 4.9.2003, Z. 146.

124 Die Maxime des fairen Verfahrens erfährt in den einzelnen, im Rahmen von Art. 48 Abs. 2 zu diskutierenden Verteidigungsrechten spezifische Ausprägungen. Insofern verhält sich Art. 47 Abs. 2 zu Art. 48 Abs. 2 wie Art. 6 Abs. 1 EMRK zu Art. 6 Abs. 3 EMRK; vgl. zu letzterem den EGMR im Fall *Artico*, 13.5.1980, Z. 32.

125 Grundlegend u.a. Spaniol, Recht auf Verteidigerbeistand, S. 199 ff.; zur Garantie eines fairen Verfahrens vgl. Grabenwarter, EMRK, § 24 Rn. 60 ff., Villiger, EMRK, § 21 Rn. 470 ff. Vgl. zum Ganzen auch Eser, Ritsumeikan L.R. 2009, 179 f. sowie Borraccetti, in: Di Federico, EU Charter, S. 100 ff.

126 Vgl. dazu noch Eser, unten Art. 48 Rn. 20 a.

127 Vgl. – unter Berufung auf die ständige Rechtsprechung des EGMR – EuGH im Fall *Varec*, C-450/06 Z. 46, Slg. I-581 = EuZW 2008, 209.

Prozessrollen gleichwertige wie gleichermaßen effektive Befugnisse gewährleistet sein sollen.<sup>128</sup> Dazu bedarf es grundsätzlich eines Akteneinsichtsrechts<sup>129</sup> wie auch des Rechts zu Stellungnahmen, was insbesondere zu vorgelegten Beweismitteln bedeutsam sein kann.<sup>130</sup> Aus dem dafür ebenfalls wesentlichen Anspruch auf *rechtliches Gehör*<sup>131</sup> soll sich jedoch nicht unbedingt eine Pflicht zur Anhörung vor Ausstellung eines Haftbefehls ergeben.<sup>132</sup> Eine weitere Ausprägung erfährt das Fairnessprinzip durch die gerichtliche *Fürsorgepflicht*, die zu vielfältigen Hinweis-, Belehrungs- und Aussetzungspflichten seitens des Gerichts führt, um den Prozessbeteiligten die tatsächliche Wahrnehmung ihrer Verfahrensrechte wie auch insgesamt die Justizförmigkeit des Verfahrens zu sichern.<sup>133</sup> Dazu wird auch die grundsätzliche Pflicht zur *Begründung* und *Bekanntgabe von Entscheidungen* zu rechnen sein, um den Betroffenen eine Kontroll- und Beschwerdemöglichkeit zu geben. Nicht zuletzt gehört zur Fairness des Verfahrens auch das *Folterverbot*<sup>134</sup> sowie ganz allgemein das *Missbrauchsverbot*, wonach eine bewusste Umgehung von Verfahrensvorschriften unzulässig ist.<sup>135</sup>

- 35 b) Auch bei der gebotenen *Öffentlichkeit* des Verfahrens handelt es sich um eine grundlegende Ausprägung der Rechtsstaatlichkeit. Durch diese Verfahrensmaxime soll sowohl eine der öffentlichen Kontrolle entzogene Geheimjustiz unterbunden als auch das Vertrauen der Öffentlichkeit in die Gerichte gestärkt werden.<sup>136</sup> Obgleich auch schon in Art. 6 Abs. 1 EMRK garantiert, bedürfen zwei scheinbare Abweichungen davon der Klarstellung: Während zum einen Art. 47 Abs. 2 lediglich von der Öffentlichkeit der *Verhandlung* spricht, muss nach Art. 6 Abs. 1 S. 2 EMRK auch das Urteil öffentlich *verkündet* werden, wobei dafür nicht schon die bloße Verlesung des Urteilstenors genügt, sondern auch die öffentliche *Begründung* dazu gehört.<sup>137</sup> Die demgegenüber verkürzte Ausdrucksweise in Art. 47 Abs. 2 wird jedoch, wenn man den kaum trennbaren Sinnzusammenhang zwischen Verhandlungs- und Urteilsöffentlichkeit aufrechterhalten will, schwerlich als Zurückdrängung der Urteilsverkündung in die Nichtöffentlichkeit zu verstehen sein, wird doch traditionell selbst da, wo die Verhandlungsöffentlichkeit eingeschränkt werden kann, jedenfalls

128 Vgl. EuGH im Fall *Otis*, C-199/11, Z. 72 ff. = EuZW 2013, 24 m. Anm. *Landbrecht* (S. 28 f.), wo das Prinzip der Waffengleichheit auch aus dem Grundsatz effektiven gerichtlichen Rechtsschutzes begründet wird. Zu der vor allem im Strafprozess bedeutsamen Waffengleichheit zwischen Anklage und Verteidigung, zu der insbesondere auch das Konfrontationsrecht gehört (unten Rn. 28), vgl. u.a. *Roxin/Schünemann*, Strafverfahrensrecht, § 11 Rn. 7. – Kritisch zum Begriff der Waffengleichheit *Safferling*, NStZ 2004, 181 ff.

129 *Jarass*, NJW 2011, 13 97; zur Wahrnehmung dieses Recht durch den Angeklagten vgl. EGMR im Fall *Öcalan*, 12.3.2003, Z. 161 ff sowie unten Art. 48 Rn. 25 a Fn. 245. Zu etwaigen Einschränkungen zur Wahrung von Grundrechten Dritter, wie insbesondere von Geschäftsgeheimnissen, vgl. EuGH im Fall *Varec*, C-450/06 Z. 47 ff, Slg. I-581 = EuZW 2008, 209 m.w.N.

130 Vgl. EuGH im Fall *Steffensen*, C-276/01 Z. 77, Slg. 2003, I-3735 m. Anm. *Schaller*, EuZW 2003, 671 f., ferner *Borraccetti*, in: Di Federico, EU Charter, S. 105 ff.

131 Vgl. oben zu Fn. 44.

132 EuGH im Fall *Radu*, C-93/11, Z. 28 ff. = NJW 2013, 1146 m. kritischer Besprechung *Gaede* NJW 2013, 1279 f.

133 Vgl. *KK/Pfeiffer/Hannich*, StPO, Einleitung Rn. 32, sowie eingehend *Plötz*, Fürsorgepflicht.

134 Vgl. EGMR im Fall *Gaefgen*, 30.6.2008, Nr. 22978/05 = NStZ 2008, 699 (m. Anm. *Esser* NStZ 2008, 657), wobei jedoch grundsätzlich zwischen dem Verbot der Erpressung von Aussagen zu bereits begangenen Taten und dem Erzwingen einer Rettung aus drohender Lebensgefahr zu unterscheiden wäre; näher dazu *Eser*, in: FS für Hassemer, S. 713 ff., 722 f.

135 *Jarass*, NJW 2011, 1396. Zu weiteren Einzelheiten mit Nachweisen vgl. die Judikatur und Literatur zu dem im Wesentlichen inhaltsgleichen Art. 6 Abs. 1 EMRK bei *Peukert*, in: Frowein/Peukert, EMRK, Art. 6 Rn. 112 ff.

136 Näher dazu *Villiger*, EMRK, § 20.

137 EGMR im Fall *Biryoko*, -14810/02, Z. 28 ff. = NJW 2009, 2873 f.

die öffentliche Verkündung der Entscheidung (wie z.B. in § 173 GVG) gefordert.<sup>138</sup> Und soweit zum anderen der nach Art. 6 Abs. 2 S. 2 Halbs. 2 EMRK zugelassene Ausschluss der Öffentlichkeit in Art. 47 Abs. 2 nicht ausdrücklich erwähnt ist, sind die EMRK-Einschränkungen der Öffentlichkeit über Art. 52 Abs. 3 auch im Rahmen der GRC möglich.<sup>139</sup>

c) Das Recht auf Verhandlung **innerhalb angemessener Frist** verpflichtet zu einer zügigen und effizienten Durchführung des Verfahrens, um Rechtsstreitigkeiten möglichst bald dem Rechtsfrieden zuzuführen und durch übermäßige Verfahrensdauer nicht die Glaubwürdigkeit und Effizienz der Gerichtsbarkeit zu gefährden.<sup>140</sup> Die praktische Bedeutung dieses Grundsatzes zeigt sich nicht zuletzt an der steigenden Zahl von Beschwerden, die wegen übermäßiger Verfahrensdauer an den EGMR gerichtet werden.<sup>141</sup> Die Angemessenheit der Verfahrensdauer lässt sich nicht nach fixen Fristen bemessen, da sie letztlich vom Prozessgegenstand, vom Umfang und der Schwierigkeit der Materie und vom Verhalten der Prozessbeteiligten abhängt.<sup>142</sup> Doch selbst wenn das Beschleunigungsgebot verletzt ist, führt dies auch bei strafrechtlichen Verfahren nicht ohne weiteres zu einem Prozesshindernis, sondern in der Regel lediglich zur Berücksichtigung auf der Rechtsfolgenseite, wie insbesondere in der Strafzumessung.<sup>143</sup> Soweit jedoch Verfahrensverzögerungen seitens der Strafverfolgungsorgane zu besonders schwerwiegenden oder gar irreparablen Nachteilen für den Betroffenen führen, wird von einem Teil des Schrifttums wohl zu Recht für den endgültigen Verzicht auf die Weiterführung des Strafverfahrens plädiert.<sup>144</sup>

d) Eine über die EMRK hinausgehende Novität stellt die Deklaration des Rechts dar, sich **beraten, verteidigen und vertreten zu lassen**, wobei sich diese Gewährleistung zum Teil auch mit den durch Art. 48 Abs. 2 garantierten Verteidigungsrechten überschneidet.<sup>145</sup> Die Wahrnehmung dieses Beratungs- und Vertretungsrechts soll jedoch nicht ausschließlich Rechtsanwälten vorbehalten sein, wie dies zeitweilig vom Konventspräsidium vorgeschlagen worden war;<sup>146</sup> vielmehr kann man sich nach Verzicht auf ein solches „Rechtsanwaltprivileg“ auch durch Laien beraten und vertreten lassen.<sup>147</sup> Allerdings werden dabei etwaige nationale Rechtsberatungsregelungen zu beachten sein.

138 Zustimmend *Frenz*, Handbuch Europarecht 4, Rn. 5047, im gleichen Sinne *Callies/Ruffert/Blanke*, EUV/EGV, Art. 47 GRCh Rn. 16, sowie nun auch *Jarass*, Charta, Art. 47 Rn. 40 (wohl unter Missinterpretation der hier vertretenen Auffassung).

139 So im Sinne möglichst knapper Formulierungen auch die Erläuterungen des Konventspräsidiums in *Charte* 4149/00 und 4284/00, jeweils zu Art. 8; vgl. auch VerfGH Wien, EuGRZ 2012, 332 Rn. 49 ff. Zu weiteren Einzelheiten vgl. *Peukert*, in: Frowein/Peukert, EMRK, Art. 6 Rn. 187 ff.

140 Vgl. *Frenz*, Handbuch Europarecht 4, Rn. 5049 f., *Grabenwarter*, EMRK, § 24 Rn. 69, *Villiger*, EMRK, 1999, § 20 Rn. 452 m.w.N. sowie *Borraccetti*, in: Di Federico, EU Charter, S. 102 ff.

141 Vgl. *Peukert*, in: Frowein/Peukert, EMRK, Art. 6 Rn. 237, sowie *Ambos*, NStZ 2002, 629 ff.

142 Näher dazu – einschließlich einer Auflistung von Fällen mit noch tolerierter oder für übermäßig befundener Verfahrensdauer – *Peukert*, in: Frowein/Peukert, EMRK, K<sup>2</sup> (1996), Art. 6 Rn. 153; ferner *Grabenwarter*, EMRK, § 24 Rn. 70 f., *Heselhaus/Nowak*, Handbuch, § 51 Rn. 17, 42 m.w.N.

143 Vgl. BGH NStZ 1997, 451, 452; *KK/Pfeiffer*, StPO, Einleitung Rn. 11, *Meyer-Goßner*, StPO, Art. 6 MRK Rn. 9; aber auch BGHSt 35, 137.

144 Vgl. *Hillenkamp*, NJW 1989, 2847 ff.; *Roxin*, NStZ 1991, 153; *SK/Rogall*, StPO, vor § 133 Rn. 120.

145 Vgl. oben Rn. 21 sowie *Eser*, unten Art. 48 Rn. 21, 26 f.

146 Vgl. *Charte* 4333/00 zu Art. 8 sowie die Gegenstimmen im Konvent auf der 12. Sitzung (*Bernsdorff/Borowsky*, Protokolle, S. 278 zu Art. 8).

147 Vgl. ferner *Frenz*, Handbuch Europarecht 4, Rn. 5057, *Jaeger*, NJW 2004, 6 f., *Jarass*, Charta, Art. 47 Rn. 46.

### C. Art. 47 Abs. 3: Anspruch auf Prozesskostenhilfe

#### I. Vorgaben

##### 1. Rechtsprechung des EGMR

- 38 1. Art. 47 Abs. 3 hat kein ausdrückliches Vorbild in der EMRK; vielmehr wurde der Anspruch auf Prozesskostenhilfe aus der Rechtsprechung des EGMR gewonnen.<sup>148</sup> Ansatzpunkte dafür finden sich in der Rechtsweggarantie von Art. 6 Abs. 1 EMRK, das darin verkörperte Recht auf Zugang zum Gericht auch praktisch sicherzustellen und die Einlegung eines wirksamen Rechtsbehelfs zu ermöglichen, sowie im Recht auf den unentgeltlichen Beistand eines Pflichtverteidigers im Falle von Mittellosigkeit nach Art. 6 Abs. 3 (c) EMRK. Zudem sieht jüngst der EGMR, wenn Prozesskostenhilfe ungerechtfertigt verweigert wird, den Grundsatz der Waffengleichheit verletzt.<sup>149</sup>

Ein gewisses Vorbild kann auch in dem Prozesskostenhilfesystem, das bereits für die bei den europäischen Gerichten anhängigen Rechtssachen besteht,<sup>150</sup> gesehen werden.<sup>151</sup>

##### 2. Nationalstaatliche Gewährleistungen

- 38a 2. Auf nationalstaatlicher Ebene ist eine verfassungsrechtliche Absicherung von *Prozesskostenhilfe* bislang nur in wenigen EU-Ländern vorzufinden, wie in Malta (Art. 39 Abs. 6 lit. c), Portugal (Art. 20 Abs. 1), Spanien (Art. 119), Tschechische Republik (Art. 40 Abs. 3 GR-Deklaration)<sup>152</sup> und Zypern (Art. 30 Abs. 3 lit. d).

#### II. Diskussion im Grundrechtekonvent

- 39 Die Prozesskostenhilfe war vergleichsweise eingehend Gegenstand der Diskussion,<sup>153</sup> weil es insoweit keine gemeinsamen Grundsätze der Mitgliedstaaten gibt<sup>154</sup> und finanzielle Unterstützung bis dahin nur in Strafverfahren in Form von unentgeltlichem Beistand eines Verteidigers vorgesehen war.<sup>155</sup> Die Erweiterung von Prozesskostenhilfe auf Verwaltungsverfahren wurde damit begründet, dass es solche Verfahren zur Entstehungszeit der EMRK kaum gegeben habe und diese daher nicht zu berücksichtigen waren; zudem werde die Kontrolle von EU-Maßnahmen in Deutschland vorwiegend durch die Verwaltungsgerichtsbarkeit ausgeübt.<sup>156</sup> Ferner wurde Bedenken gegen die Gewährung von Prozesskostenhilfe von Seiten der EU-Kommission entgegengehalten, dass die Mitgliedstaaten die Prozesskostenhilfe weiterhin selbständig definieren könnten.<sup>157</sup>

148 Und zwar insbesondere aus dem Fall *Airey*, GH 32/A, Z. 20 ff. = EuGRZ 1979, 626; vgl. Meyer/Engels, Charta der Grundrechte, 2001, S. 64.

149 EGMR im Fall *Steel and Morris*, 15.2.2005, Z. 72.

150 Gemäß Art. 94-97 VfO-EuG bzw. Art. 76 VfO-EuGH.

151 Vgl. Erläuterungen des Konventspräsidiums *Charte* 4473/00 zu Art. 47 Abs. 3 (*Bernsdorff/Borowsky*, Protokolle, S. 39).

152 Vgl. oben Fn. 31.

153 Vgl. im Einzelnen die Formulierungsvorschläge in *Charte* 4123/00 REV 1 Art. 5 Abs. 2; 4149/00 Art. 8 S. 2; 4284/00 Art. 8 Abs. 2; 4422/00 Art. 45 Abs. 2; 4423/00 Art. 45 Abs. 2; 4470/00 Art. 46 Abs. 3 sowie *Bernsdorff/Borowsky*, Protokolle, S. 177, 178, 278 f.

154 So die Erläuterung des Präsidiums zu Art. 5 Abs. 2 in *Charte* 4123/1/00; zu ausnahmsweisen Gewährleistungen vgl. oben Rn. 38 a.

155 Vgl. oben Rn. 38 zu Art. 6 Abs. 3 lit. c EMRK.

156 Vgl. Meyer/Engels, Charta der Grundrechte, 2001, S. 235.

157 So *Vitorino*, in: Meyer/Engels, Charta der Grundrechte, 2001, S. 243.

### III. Kommentierung

Durch Gewährung von Prozesskostenhilfe soll der durch Art. 47 Abs. 2 eröffnete Zugang zu den Gerichten wirksam gewährleistet werden. Dies gilt für alle Arten von Verfahren. Soweit es um die Verteidigung in Strafverfahren geht, kommt in erster Linie der unentgeltliche Beistand eines Pflichtverteidigers in entsprechender Anwendung von Art. 6 Abs. 3 (c) EMRK in Betracht.<sup>158</sup> Soweit zivil- oder handelsrechtliche Streitsachen mit grenzüberschreitendem Bezug betroffen sind, finden sich detaillierte Regelungen in Richtlinie 2002/8/ EG des Rates vom 27.1.2003, die gemeinsame Mindestvorschriften für die Prozesskostenhilfe festlegt.<sup>159</sup> Auch für juristische Personen ist Prozesskostenhilfe nicht ausgeschlossen.<sup>160</sup>

Die Gewährung von Prozesskostenhilfe hängt davon ab, ob und inwieweit die betroffene Person nicht über ausreichende Mittel verfügt. Dazu wird der Antragsteller entsprechend den Voraussetzungen, unter denen vor dem EuG und dem EuGH Prozesskostenhilfe gewährleistet wird, seine Bedürftigkeit durch Unterlagen nachzuweisen haben, ebenso wie danach die beabsichtigte Rechtsverfolgung „nicht offensichtlich aussichtslos“ sein darf.<sup>161</sup> Ein Anspruch auf völlige und endgültige Freistellung von den entstandenen Pflichtverteidigergebühren besteht freilich nicht.<sup>162</sup>

### D. Würdigung

Die weitere Verstärkung der bereits durch die EMRK eingeräumten Rechtsbehelfsgarantie durch Ausbau zu einer gerichtlichen Rechtswegegarantie ist zweifellos zu begrüßen.<sup>163</sup> Vor den europäischen Gerichten ist Art. 47 GRC als vollwertige Rechtsquelle anerkannt, die effektiven Rechtsschutzmöglichkeiten Vorschub leisten soll.<sup>164</sup> Soweit es jedoch um die Rüge von Grundrechtsverletzungen geht, werden dem Betroffenen zu viele Umwege zugemutet, solange es an einer Grundrechtsbeschwerde fehlt,<sup>165</sup> wie sie von verschiedener Seite bereits gefordert wird.<sup>166</sup> Auch dass es bislang keinen Schutz der Bürger bei Zwangsmaßnahmen seitens der Polizei und/oder der Staatsanwaltschaft gibt, wird zu Recht als ein zu behebendes Defizit beklagt.<sup>167</sup>

### E. Literaturübersicht

*Bernegger, Sabine*, Das Recht auf eine wirksame Beschwerde – Art. 13 EMRK, in: Machacek, Rudolf/Pahr, Willibald P./Stadler, Gerhard (Hrsg.), 40 Jahre EMRK. Grund- und Menschenrechte in Österreich, Band II, Kehl/Straßburg/Arlington 1992, S. 709; *Böcker, Nicolai*, Wirksame Rechtsbehelfe zum Schutz der Grundrechte der Europäischen Union, Baden-Baden 2005; *Borraccetti, Marco*, Fair Trial, Due Process and Rights of Defence in the EU Legal Order, in: Di Federico, Giacomo (ed.), The EU Charter of

158 Vgl. oben Rn. 38.

159 Vgl. Art. 1 RL 2002/8/EG.

160 EuGH im Fall *DEB* C-279/09, Z. 59 ff. = EuZW 2011, 137, 140.

161 Vgl. die Nachweise oben Fn. 150 sowie Art. 6 Abs. 1 RL 2002/8/ EG. Zu weiteren Einzelheiten vgl. *Frenz*, Handbuch Europarecht 4, Rn. 5059 ff.

162 BVerfG, NJW 2003, 196; OLG Hamm, NStZ-RR 2000, 160. A.A. OLG Düsseldorf, NStZ 1985, 370.

163 Vgl. oben Rn. 25 ff.

164 Vgl. EuG, 30.1.2002, Rs. T-54/99, *max.mobil* = EuZW 2002, S. 186 ff.; EuG, 3.5.2002, Rs. T-177/01, *Jégo-Quéré*; EuGH, 1.4.2004, Rs. C-263/02 P, *Jégo-Quéré* = NJW 2004, S. 2006 ff.

165 Vgl. oben Rn. 12.

166 Vgl. neben den oben Rn. 15 in Fn. 67 Genannten auch *Meyer/Engels*, Charta der Grundrechte, 2001, S. 31.

167 *Meyer*, in: *Meyer/Engels*, Charta der Grundrechte, 2001, S. 374.

Fundamental Rights, Dordrecht 2011, S. 95; *Callewaert, Johan*, Die Europäische Menschenrechtskonvention und die Verfahrensgarantien, Probleme der Anwendung des Art. 6 EMRK, EuGRZ 1996, 366; *Calliess, Christian*, Die Charta der Grundrechte der Europäischen Union – Fragen der Konzeption, Kompetenz und Verbindlichkeit, EuZW 2001, 261; *Danwitz, Thomas von*, Die Garantie effektiven Rechtsschutzes im Recht der Europäischen Gemeinschaft, NJW 1993, 1108; *Eser, Albin*, Der „gesetzliche Richter“ und seine Bestimmung für den Einzelfall, in: Eser, Albin/Kullmann, Hans Josef, u.a. (Hrsg.), Straf- und Strafverfahrensrecht. Festschrift für Hannskarl Salger, Köln 1995, S. 247; *ders.*, Human Rights Guarantees for Criminal Law and Procedure in the EU-Charter of Fundamental Rights, in: *Ritsumeikan Law Review* 2009, 163; *ders.*, Zwangsandrohung zur Rettung aus konkreter Lebensgefahr – Gegenkritische Rückfragen zur sogenannten „Rettungsfolter“, in: Herzog, Felix / Neumann, Ulfried (Hrsg.), Festschrift für Winfried Hassemer, Heidelberg 2010, S. 713; *Everling, Ulrich*, Referat, in: Ständige Deputation des Deutschen Juristentages (Hrsg.), Verhandlungen des Sechzigsten Deutschen Juristentages Münster 1994, Band III/1, Sitzungsberichte – Referate und Beschlüsse Teil N: Empfiehlt es sich, das System des Rechtsschutzes und der Gerichtsbarkeit in der Europäischen Gemeinschaft, insbesondere die Aufgaben der Gemeinschaftsgerichte und der nationalen Gerichte, weiterzuentwickeln?, München 1994, S. N 1 – N 24; *ders.*, Rechtsschutz in der Europäischen Union nach dem Vertrag von Lissabon, in: Schwarze, J./Hatje, A., Der Reformvertrag von Lissabon, Europarecht, Beiheft 1/2009, 71; *Gaede, Karsten*, Minimalistischer EU-Grundrechtsschutz bei der Kooperation im Strafverfahren, in: NJW 2013, 1279; *Grabenwarter, Christoph*, Die Charta der Grundrechte für die Europäische Union, DVBl. 2001, 1; *ders.*, Verfahrensgarantien in der Verwaltungsgerichtsbarkeit. Eine Studie zu Art. 6 EMRK auf der Grundlage einer rechtsvergleichenden Untersuchung der Verwaltungsgerichtsbarkeit Frankreichs, Deutschlands und Österreichs, Wien 1997; *Hangartner, Yvo*, Das Recht auf eine wirksame Beschwerde gemäß Art. 13 EMRK und seine Durchsetzung in der Schweiz, AJP 1994, 3; *Hannich, Rolf* (Hrsg.), Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung (KK), 6. Auflage, München 2008; *Hilf, Meinhard*, Die Charta der Grundrechte der Europäischen Union, Sonderbeilage zu NJW, EuZW, NVwZ und JuS 2000, 5; *Hillenkamp, Thomas*, Verfahrenshindernisse von Verfassungs wegen, NJW 1989, 2841; *Hohmann, Harald*, Die Charta der Grundrechte der Europäischen Union, Parl 2000, Beilage 52 – 53, 5; *Holoubek, Michael*, Das Recht auf eine wirksame Beschwerde bei einer nationalen Instanz, JBl. 1992, 137; *Jarass, Hans D.*, Bedeutung der EU-Rechtsschutz Gewährleistung für nationale und EU-Gerichte, in: NJW 2011, 1393; *ders.*, Strafrechtliche Grundrechte im Unionsrecht, NStZ 2012, 611; *Koenig, Christian*, EU-Grundrechtcharta – ein neuer supranationaler Kompetenztitel?, EuZW 2000, 417; *Krüger, Christian/Polakiewicz, Jörg*, Vorschläge für ein kohärentes System des Menschenrechtsschutzes in Europa, EuGRZ 2001, 92; *Kühne, Hans-Heiner*, Die Entscheidung des EuGHMR in Sachen Öcalan, JZ, 670; *Lenz, Sebastian/Saeglich, Simone*, Kein Rechtsschutz gegen EG-Verordnungen? – Europäische Rechtsschutzdefizite und ihr Ausgleich durch die Feststellungsklage nach § 43 I VwGO, NVwZ 2004, 1421; *Lindner, Franz*, EG-Grundrechtscharta und gemeinschaftlicher Kompetenzvorbehalt, DÖV 2000, 543; *ders.*, Fortschritte und Defizite im EU-Grundrechtsschutz, in: ZRP 2007, 54; *Luchtman, Michiel*, Choice of Forum and the Prosecution of Cross-Border Crime in the European Union, in: Luchtman, Michiel (ed.), Choice of Forum in Cooperation Against EU Financial Crime, The Hague 2013, S. 3; *Magiera, Siegfried*, Die Grundrechtscharta der Europäischen Union, DÖV 2000, 1017; *Matscher, Franz*, Zur Funktion und Tragweite der Bestimmung des Art. 13 EMRK, in: Böckstiegel, Karl-Heinz/Folz, Hans-Ernst u.a. (Hrsg.), Völkerrecht. Recht der Internationalen Organisationen. Weltwirtschaftsrecht. Festschrift für Ignaz Seidl-Hohenveldern, Köln/Berlin/Bonn/München 1988, S. 315; *Mertens, Pierre*, Le droit de recours effectif devant les instances nationales en cas de violation d'un droit de l'homme, Bruxelles 1973; *Meyer, Jürgen*, Die künftige Europäische Verfassung und das Strafrecht, in: Arnold, Jörg u.a. (Hrsg.), Menschengerechtes Strafrecht. Festschrift für Albin Eser, München 2005, S. 797; *Meyer-Goßner, Lutz*, Strafprozessordnung, Gerichtsverfassungsgesetz, Nebengesetze und ergänzende Bestimmungen, 52. Auflage, München 2009; *Meyer-Ladewig, Jens*, EMRK, 3. Aufl. Baden-Baden 2011; *Panzavolta, Michele*, Choice of Forum and the Lawful Judge Concept, in: Luchtman, Michiel (ed.), Choice of Forum in Cooperation Against EU Financial Crime, The Hague 2013, S. 143; *Plötz, Winfried*, Die gerichtliche Fürsorgepflicht im Strafverfahren, Lübeck 1980; *Reich, Norbert*, Zur Notwendigkeit einer Europäischen Grundrechtsbeschwerde, ZRP 2000, 375; *Ritgen, Klaus*, Grundrechtsschutz in der Europäischen Union, ZRP 2000, 371; *Roxin, Claus/Schünemann, Bernd*, Strafrechtliche und strafprozessuale Probleme der Vorverurteilung, NStZ 1991, 153; *Roxin, Claus*, Strafverfahrensrecht, 26. Auflage, München 2009; *Rudolphi, Joachim/Horn, Eckhard/Samson, Erich/Günther, Hans-Ludwig/Hoyer, Andreas* u.a. (Hrsg.), Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch (SK), Band 1, Allgemeiner Teil (§§ 1-37), Neuwied, Stand: Nov. 2009; *Rudolphi, Hans-Joachim/Frisch, Wolfgang/Paeffgen, Hans-Ulrich* u.a. (Hrsg.), Systematischer Kommentar zur Strafprozeßordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz (SK StPO), München, Berlin, 54. Lieferung, Stand: Sept. 2007; *Safferling, Christoph*, Audiatur et altera pars – die prozessuale Waffengleichheit als Prozess-

prinzip? – Qui statuit alliquid inaudita altera, Aequum liquet statuerit haud aequus fuit, NStZ 2004, 181; *Satzger, Helmut*, Gefahren für eine effektive Verteidigung im geplanten europäischen Verfahrensrecht – eine kritische Würdigung des Grünbuchs zum strafrechtlichen Schutz der finanziellen Interessen der Europäischen Gemeinschaften und zur Schaffung einer europäischen Staatsanwaltschaft, StV 2003, 137; *Shelton, Dinah*, Remedies and The Charter of Fundamental Rights of the European Union, in: Peers, Steve/Ward, Angela (eds.), The European Union Charter of Fundamental Rights, Oxford 2004, S. 349; *Spaniol, Margret*, Das Recht auf Verteidigerbeistand im Grundgesetz und in der Europäischen Menschenrechtskonvention, Berlin 1990; *Tappert, Willi*, Eine Charta der Grundrechte für die Europäische Union, DRiZ 2000, 204; *Velu, J. Jacques/Ergec, Rusen*, La Convention européenne des droits de l'homme, Bruxelles 1990; *Villiger, Mark E.*, Handbuch der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK), Zürich 1999; *Ward, Angela*, Access to Justice, in: Peers, Steve/Ward, Angela (eds.), The European Union Charter of Fundamental Rights, Oxford 2004, S. 123; *Weber, Albrecht*, Die Europäische Grundrechtscharta – auf dem Weg zu einer europäischen Verfassung, NJW 2000, 537; *Weigend, Thomas*, Die Europäische Menschenrechtskonvention als deutsches Recht – Kollisionen und ihre Lösung, StV 2000, 384; *Weiß, Wolfgang*, Grundrechtsschutz durch den EuGH: Tendenzen seit Lissabon, in: EuZW 2013, 287-292; *Zu-leeg, Manfred*, Zum Verhältnis nationaler und europäischer Grundrechte, EuGRZ 2000, 511.

## Artikel 48 Unschuldsvermutung und Verteidigungsrechte

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

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

A. Art. 48 Abs. 1: Unschuldsvermutung .....	2	2. Nationalstaatliche Gewährleistungen .....	22a
I. Vorgaben .....	2	II. Diskussion im Grundrechtekonvent .....	23
1. Artikel 6 Abs. 2 EMRK .....	2	III. Kommentierung .....	24
2. Nationalstaatliche Gewährleistungen .....	2a	1. Konkretisierungsbedürftigkeit der „Verteidigungsrechte“ anhand der EMRK .....	24
II. Diskussion im Grundrechtekonvent .....	3	2. Gewährleistete Verteidigungsrechte .....	25a
III. Kommentierung .....	4	C. Würdigung .....	30
1. Herleitung und Bedeutung der Unschuldsvermutung .....	4	D. Literaturübersicht .....	
2. Anwendungsbereich und Tragweite .....	11		
B. Art. 48 Abs. 2: Verteidigungsrechte .....	20		
I. Vorgaben .....	20		
1. Artikel 6 Abs. 3 EMRK .....	20		

In diesem Artikel sind zwei verschiedene Verfahrensgarantien zusammengefasst, deren Gemeinsamkeit im wesentlichen nur darin besteht, für das Strafverfahren bedeutsam zu sein.<sup>168</sup> Insofern unterscheidet sich Art. 48 von den auch für andere Verfahrenszweige bedeutsamen Garantien des Art. 47. Um so mehr hätte es der strafrechtliche Charakter der Verfahrensgarantien des Art. 48 nahegelegt, auch noch die strafrechtlichen Garantien der Art. 49 und 50 miteinzubinden.<sup>169</sup> Nachdem davon abgesehen worden war, blieb auch das schwache Band zwischen den in den Art. 48 eingeordneten Verfahrensgarantien im Konvent strittig.<sup>170</sup> Dies rechtfertigt es, die in den zwei Absätzen des Art. 48 geregelten Garantien getrennt zu behandeln.

168 Vgl. *Jarass* NStZ 2012, 613.

169 Vgl. *Eser*, oben Vorbemerkungen zu Titel VI Rn. 2.

170 Vgl. unten Rn. 3 und 23, insbes. mit den Nachweisen in Fn. 178,179 bzw. 238,239.



## A. Art. 48 Abs. 1: Unschuldsvermutung

### I. Vorgaben

#### 1. Artikel 6 Abs. 2 EMRK

- 2 1. Art. 48 Abs. 1 entspricht nahezu wörtlich dem Art. 6 Abs. 2 EMRK:

„Jede Person, die einer Straftat angeklagt ist, gilt bis zum gesetzlichen Beweis ihrer Schuld als unschuldig.“

Bei dieser sog. Unschuldsvermutung, die ihrerseits Art. 11 Abs. 1 der AEMR der Vereinten Nationen von 1948 zum Vorbild hat, handelt es sich um ein von allen Rechtsstaaten anerkanntes Prinzip. Bei aller Hochachtung für diese ihrerseits aus verschiedenen anderen Rechten, wie insbesondere der Menschenwürde oder dem Rechtsstaats- und Schuldprinzip abgeleiteten Verfahrensgarantie,<sup>171</sup> leidet diese jedoch an dem gerne verdrängten Widerspruch, dass bei einer bis zu einem förmlichen Schuldspruch als unschuldig geltenden Person genau genommen keinerlei Zwangsmaßnahmen, wie etwa Untersuchungshaft, vorgenommen werden dürften, die gegenüber einem Unschuldigen nicht gerechtfertigt wären. Ohne sich mit diesem Grunddilemma von strafrechtlichen Maßnahmen an einer als „unschuldig“ geltenden Person sichtlich auseinandergesetzt zu haben, werden von der Rechtsprechung und Literatur zu Art. 6 Abs. 2 EMRK sowohl Zwangsmaßnahmen gegen noch nicht rechtskräftig verurteilte Tatverdächtige als auch Kostennachteile für letztlich freigesprochene Personen für zulässig gehalten, was schwerlich vertretbar wäre, wenn die Geltung als „unschuldig“ ernstlich und ausnahmslos beim Wort zu nehmen wäre.<sup>172</sup> In der Tat hat offenbar bereits die EMRK selbst die Unschuldsvermutung nicht als derart absolut und bis zum förmlichen Schuldspruch jegliche Zwangseingriffe ausschließend gesehen, da sonst die in Art. 5 Abs. 1 (c) EMRK eingeräumte Möglichkeit zu rechtmäßigem Freiheitsentzug bei hinreichendem Tatverdacht nicht denkbar wäre.<sup>173</sup> Gleichwohl bleibt damit die Bezeichnung als „Unschuldsvermutung“ mit einer inneren Widersprüchlichkeit behaftet,<sup>174</sup> an der sich auch durch die geringfügige Umformulierung in Art. 48 Abs. 1, wo statt von „gesetzlichem“ Beweis nun von „rechtsförmlich erbrachtem“ Beweis gesprochen wird, nichts Wesentliches geändert hat.<sup>175</sup>

#### 2. Nationalstaatliche Gewährleistungen

- 2a 2. Auf nationalstaatlicher Ebene hat die *Unschuldsvermutung* bereits in vielen EU-Ländern verfassungsrechtliche Verankerung gefunden: so in Bulgarien (Art. 31 Abs. 3), Estland (§ 22), Lettland (Art. 92), Litauen (Art. 31), Malta (Art. 39 Abs. 5), Polen (Art. 42 Abs. 3), Portugal (Art. 32 Abs. 2), Slowakei (Art. 50 Abs. 2), Slowenien (Art. 27), Spanien (Art. 24 Abs. 2), Tschechische Republik (Art. 40 Abs. 2 GR-Deklaration),<sup>176</sup> Ungarn (Art. 57 Abs. 2) und Zypern (Art. 12 Abs. 4). Danach soll, wie traditionell üblich und der Kurzfassung

171 Näher dazu unten Rn. 4.

172 Zu solchen, auch gegenüber einem noch nicht für schuldig Befundenen möglichen Maßnahmen und Nebenfolgen vgl. den Überblick von *Peukert*, in: Frowein/Peukert, EMRK, Art. 6 Rn. 272 ff.

173 Vgl. EKMR E 7981/77 vom 5.10.1977 und E 13671/88 vom 3.7.1989.

174 Mit besonderer Schärfe kritisiert von *Bohnert*, Abschlussentscheidung, S. 243: „Die Pflicht zur Unschuldsvermutung ist ein Un-Sinn“. Ähnlich ist für *Meyer*, in: FS für Tröndle, S. 61, hinsichtlich der Bedeutung der „Unschuldsvermutung“ klar, dass es insofern „keinerlei Klarheit“ gebe. Vgl. auch *Frenz*, Handbuch Europarecht 4, Rn. 5080, 5082 f. der, wie üblicherweise auch andere, diesem „Grunddilemma“ offenbar mit Abwägung der kollidierenden Güter meint beikommen zu können. Vgl. demgegenüber unten Rn. 5.

175 Vgl. unten Rn. 5.

176 Vgl. *Eser*, oben Art. 47 Fn. 31.

sung als „Unschuldsvermutung“ entsprechend, der Angeklagte bis zum gesetzlichen Beweis seiner Schuld „als unschuldig gelten“. Demgegenüber wird die italienische Formulierung (Art. 27 Abs. 2) dem wahren Sinn dieser Garantie insofern besser gerecht, als der Angeklagte bis zur endgültigen Verurteilung „nicht als schuldig zu betrachten“ ist.<sup>177</sup>

## II. Diskussion im Grundrechtekonvent

Ohne dass die Unschuldsvermutung als solche, da in nahezu allen Verfassungen und Menschenrechtskonventionen anerkannt, hinsichtlich ihrer Existenzberechtigung oder ihrer Ausgestaltung in Zweifel gezogen worden wäre,<sup>178</sup> gab es im Konvent lediglich Dissens darüber, ob die das Strafverfahren betreffenden Justizgrundrechte überhaupt in die GRC aufgenommen werden sollten. Das wurde zum Teil unter Hinweis auf die fehlende Zuständigkeit der EU auf dem Gebiet des Strafrechts abgelehnt, wobei dem aber die auf eine Strafrechtsharmonisierung in der EU hinlaufende Entwicklung mit einer entsprechenden zukunftsweisenden Funktion der GRC entgegengehalten wurde.<sup>179</sup>

## III. Kommentierung

### 1. Herleitung und Bedeutung der Unschuldsvermutung

Die schon bei den bisherigen Verbürgungen der Unschuldsvermutung umstrittene Frage, worauf diese im Grundsatz unbestrittene Garantie letztlich zurückzuführen sei, wird auch durch Art. 48 Abs. 1 nicht ausdrücklich beantwortet. Deshalb werden die zahlreichen Erklärungsversuche, mit denen Art. 6 Abs. 2 EMRK einerseits mehr material aus der Menschenwürde<sup>180</sup> oder teils mehr formal – wie vom BVerfG – aus dem Rechtsstaatsprinzip<sup>181</sup> hergeleitet oder davon ihrerseits abgeleitete Verfassungsgrundsätze wie das allgemeine Persönlichkeitsrecht<sup>182</sup> und das Schuldprinzip<sup>183</sup> herangezogen oder darin gewisse Konkretisierungen des Rechtsstaatsgebots<sup>184</sup> oder des Übermaßverbots<sup>185</sup> erblickt werden, wohl weiter fortgeführt werden.<sup>186</sup> Da solche Herleitungen nicht selten dazu dienen, um dem zu erklärenden Grundsatz ergebnisorientiert eine bestimmte Funktion vorzugeben, ist eine unvoreingenommene Sinnggebung eher zu erwarten, wenn man die sog. „Unschuldsvermutung“ aus sich selbst und ihrem strafprozessualen Zusammenhang heraus zu deuten versucht.

Wäre dabei das „gelten“ als „unschuldig“, solange nicht der rechtsförmliche Beweis von Schuld erbracht ist, wirklich beim Wort zu nehmen, so würde sich ein Grunddilemma be-

177 Vgl. oben Rn. 2 sowie unten Rn. 4 ff.

178 Vgl. im Einzelnen die Formulierungsvorschläge in *Charte* 4123/1/00 REV 1 Art. 5 Abs. 3 (a); 4140/00 Art. 2 Abs. 2; 4149/00 Art. 9; 4284/00 Art. 2; 4422/00 Art. 1; 4423/00 Art. 46 Abs. 2; 4470/00 Art. 47 Abs. 1 sowie *Meyer/Engels*, Charta der Grundrechte, S. 32; vgl. auch *Bernsdorff/Borowsky*, Protokolle, S. 179, 282.

179 Vgl. den Bericht von *Meyer/Engels*, Charta der Grundrechte, 2001, S. 243 f.

180 So u.a. *Degener*, Verhältnismäßigkeit, S. 213 f., *Meyer*, in: FS für Tröndle, S. 62, *Vogler*, in: FS für Kleinknecht, S. 436.

181 Siehe vor allem schon BVerfGE 19, 342, 347 sowie BVerfG NJW 1994, 377.

182 So *Kühl*, Unschuldsvermutung, S. 20; ähnlich *Stürner*, JZ 1980, 3.

183 *Frister*, Schuldprinzip, S. 84, 89 ff., *ders.*, Jura 1988, 360. In diese Richtung auch *Eser*, in: FS für Stree/Wessels, 1993, S. 845.

184 *KK/Pfeiffer/Hannich*, StPO, Einleitung Rn. 32 a, *Paeffgen*, Vorüberlegungen, S. 53, *Schubarth*, Unschuldsvermutung, S. 32, *Stürner*, JZ 1980, 3.

185 So vor allem *Gropp*, JZ 1991, 807 sowie (bis zur ersatzlosen Streichung in der 26. Aufl. von *Schünemann*) bei *Roxin*, Strafverfahrensrecht, § 11 Rn. 4.

186 Vgl. zum Ganzen den Überblick von *Stuckenberg*, Unschuldsvermutung, S. 48 ff.

reits daraus ergeben, dass für den zu erbringenden Schuldbeweis ein Verfahren gegen eine Person zu führen wäre, die, weil als unschuldig geltend, eigentlich keinem Strafverfahren unterworfen werden dürfte, ebenso wenig wie ein als unschuldig Geltender sonstigen Zwangsmaßnahmen ausgesetzt werden dürfte, die gegen einen tatsächlich Unschuldigen unzulässig wären. Da eine solche Selbstblockade jeden Strafverfahrens schlechterdings nicht gemeint sein kann, wird die Vermutung von Unschuld nicht mehr bedeuten, als dass bis zum rechtsförmlichen Nachweis der Schuld der Betroffene nicht so behandelt werden darf, als sei er schuldig<sup>187</sup> – so wie dies in der italienischen Verfassung zweckgerechter zum Ausdruck kommt.<sup>188</sup> Demzufolge bezweckt die Vermutung von Unschuld nicht mehr, aber auch nicht weniger als das Verbot der Bezeichnung oder Behandlung eines Nichtverurteilten als schuldig.<sup>189</sup> Das bedarf in dreifacher Hinsicht einer Aus- und Eingrenzung:

- 6 ■ In grundsätzlicher Hinsicht bedeutet dies sowohl das Verbot eines Schuldspruchs wie auch der Auferlegung von Strafen oder strafähnlichen Sanktionen ohne oder vor gesetzlichem Schuldnachweis.<sup>190</sup> Damit verbieten sich sowohl Verdachtsstrafen als auch Schuldvorwegnahmen wie auch die Belastung eines nicht rechtskräftig Verurteilten mit Eingriffen, die im Falle einer Strafe Schuld voraussetzen würden.<sup>191</sup> Dementsprechend dürfte auch eine pauschale Gleichbehandlung von Untersuchungs- und Strafgefangenen unzulässig sein.<sup>192</sup>
- 7 ■ Dieses Verbot schuldimplizierender Behandlung vor förmlicher Schuldfeststellung schließt jedoch andererseits nicht davor liegende Maßnahmen aus, die der Feststellung von Schuld dienen und/oder aufgrund eines bestimmten Tatverdachts entsprechende Eingriffe ermöglichen sollen. Danach werden die in Art. 5 Abs. 1 (c) EMRK zugelassenen Festnahmen und Freiheitsentziehungen bei entsprechendem Tatverdacht,<sup>193</sup> auch ohne ausdrücklich in die GRC übernommen worden zu sein, weiterhin zulässig sein. Demzufolge ist in der Erhebung eines Tatverdachts nicht ohne weiteres eine Verletzung der Unschuldsvermutung zu erblicken,<sup>194</sup> es sei denn, dass mangelnde Schuld bereits rechtsförmlich festgestellt wurde.
- 8 ■ Die danach erforderliche Grenzziehung zwischen verbotener Bezeichnung oder Behandlung als schuldig und davorliegenden Maßnahmen oder Belastungen als zulässig ist daran auszurichten, was nach den Grundsätzen des geringstmöglichen Eingriffs auch einem sich letztlich möglicherweise als unschuldig erweisenden Betroffenen zumutbar wäre.<sup>195</sup>

<sup>187</sup> Zustimmung *Jarass* NStZ 2012, 612.

<sup>188</sup> Vgl. oben Rn. 2 a.

<sup>189</sup> Zustimmung *Calliess/Ruffert/Blanke*, EUV/IGV, Art. 48 CRCh Rn. 3, *Schwarze/van Vormizelle*, EU, Art. 48 Rn. 3; im gleichen Sinne *Tettinger/Stern/Alber*, Europäische Grundrechte-Charta, Art. 48 Rn. 2.

<sup>190</sup> In gleichem Sinne *Bohnert*, Abschlussentscheidung, S. 247 ff., *Geppert*, Jura 1993, 161, *Meyer*, in: FS für Tröndle, S. 68 ff.

<sup>191</sup> In diesem Sinne BVerfGE 74, 358, 371, BVerfG StV 1991, 112.

<sup>192</sup> So auch – wohl entgegen EGMR Nr. 28524/95 (2001) Z. 78 – *Jarass*, Charta, Art. 48, Rn. 12.

<sup>193</sup> Vgl. oben Rn. 2 zu Fn. 173. Im Ergebnis ebenso *Calliess/Ruffert/Blanke*, EUV/EGV, Art. 48 GRCh Rn. 1, *Jarass*, Charta, Art. 48 Rn. 12.

<sup>194</sup> Vgl. *Frowein*, in: FS für Huber, S. 554; im gleichen Sinne *Roxin/Schünemann*, Strafverfahrensrecht, § 11 Rn. 2.

<sup>195</sup> In gleichem Sinne *Geppert*, Jura 1993, 161 f.; *Jarass* NStZ 2012, 613, *SK/Rogall*, StPO, Vorbem. § 133 Rn. 76.

Eine so verstandene Unschuldsvermutung lässt sich mit ihren verschiedenen Grundsätzen und Grenzen teils auf das eine und teils auf das andere der zuvor genannten Rechte und Prinzipien zurückführen<sup>196</sup> und von dorthin begründen und begrenzen. So kann beispielsweise in der Ausrichtung an einem Eingriff, der auch für einen letztlich als unschuldig erwiesenen Betroffenen tolerabel wäre, eine Ausprägung des Übermaßverbots oder im Verbot der Verdachtsstrafe ein Ausfluss des Schuldprinzips gesehen werden. Trotzdem erscheint es sinnvoll, die Grundsätze und Grenzen, die für das Verbot der Bezeichnung und Behandlung eines nichts rechtskräftig Verurteilten als schuldig bedeutsam sind, unter einem allgemeinen Grundsatz wie der einer richtig zu verstehenden „Unschuldsvermutung“ zusammenzufassen.

Auch wenn die Unschuldsvermutung aufgrund ihrer Verankerung in verschiedenen Individualrechten ein *subjektives Recht* darstellt, ist sie nicht ohne weiteres verzichtbar; denn da über den Individualschutz hinaus zugleich auch die Rechtsstaatlichkeit im Sinne eines fairen Verfahrens verbürgt werden soll und es sich insoweit um eine objektive Institutsgarantie handelt, kann diese nicht zur Disposition des einzelnen Betroffenen stehen und ist daher als unverzichtbar anzusehen.<sup>197</sup>

Über die vorgenannten Gewährleistungen hinaus kann die Unschuldsvermutung in der vom EGMR angenommenen Verbindung mit dem Grundsatz „Nemo tenetur seipsum accusare“ auch zu dessen Abstützung dienen,<sup>198</sup> indem das Schweigerecht des Beschuldigten sowie seine Garantie gegen Selbstbelastung ihn – unter anderem – vor unzulässigem Zwang der Behörden schützen sollen. Obwohl die GRC diese fundamentalen, international anerkannten Rechte des Beschuldigten – ebenso wie die EMRK oder das GG – nicht ausdrücklich anspricht, werden sie durch ein Zusammenspiel von Art. 47 Abs. 2 (fair trial) und Art. 48 Abs. 1 (Unschuldsvermutung) garantiert: dies deshalb, weil ein faires Verfahren voraussetzt, dass die Anklage die strafrechtliche Schuldfeststellung nicht mit Beweismitteln betreibt, die durch eine erzwungene aktive Mitwirkung des Beschuldigten gewonnen wurden.<sup>199</sup>

## 2. Anwendungsbereich und Tragweite

a) Wie schon das Abheben auf eine „angeklagte“ Person und den „rechtsförmlich erbrachten Beweis“ erkennen lässt, liegt der Schwerpunkt der Unschuldsvermutung im strafprozessualen Bereich. Dieser ist jedoch nicht auf Verfahren nach der StPO im engeren Sinne zu beschränken; vielmehr ist die Unschuldsvermutung in allen Verfahren zu beachten, die strafähnlichen Charakter haben, wie insbesondere das deutsche *Ordnungswidrigkeitenrecht*.<sup>200</sup> Auf europäischer Ebene von besonderer Bedeutung ist das *Verwaltungssanktionsrecht*, das insbesondere in Wettbewerbs- und Kartellverfahren die Verhängung hoher Bußgelder erlaubt. Hier verzichten Kommission und EuGH – gegen den Widerstand des

196 Vgl. oben zu Fn. 180-186.

197 Grundlegend dazu im Sinne der Unschuldsvermutung als „Verbot der Desavouierung des Verfahrens“ *Stuckenberg*, ZStW 111, 452 ff., 459.

198 Vgl. EGMR im Fall *Saunders*, 29.12.1996, Z. 68, im Fall *Heaney and McGuinness*, 21.12.2000, Z. 40, sowie im Fall *Jallah*, 11.7.2006 – 54810/00, Z. 87 ff. (NJW 2006, 3117, 3122). – Zur insbesondere in der Vergangenheit teilweisen divergenten Auslegung des nemo-tenetur-Grundsatzes durch den EGMR bzw. den EuGH vgl. *Pache*, NVwZ 2001, 1346 m.w.N. sowie die Rechtsprechungsanalyse von *Dine*, in: Peers/Ward, Fundamental Rights, S. 286 ff.

199 *SK/Paeffgen*, StPO, Art. 6 EMRK Rn. 81.

200 In diesem Sinne bereits zur EMRK der EGMR in *Öztürk*, GH 73/A, Z. 53 = EuGRZ 1985, 67; vgl. auch *Lutz*, GH 123, Z. 50 f. = EuGRZ 1987, 401; vgl. *Jarass* NStZ 2012, 612 m. w. N.

Schrifttums<sup>201</sup> – darauf, Verwaltungssanktionen strafähnliche Natur zu attestieren, weil für den Schutz des Betroffenen auf vermeintlich gleichwertige allgemeine Rechtsgrundsätze, wie die Unschuldsvermutung<sup>202</sup> oder den *nemo tenetur*-Schutz gegen Selbstbezeichnung,<sup>203</sup> abgestellt wird. Daran ist zu kritisieren, dass diese allgemeinen Rechtsgrundsätze hinter formalisierten und justiziablen strafrechtlichen Garantien zurückbleiben (können); demzufolge sind repressive oder präventive – und somit nicht nur restitutive – Verwaltungssanktionen als strafähnlich zu qualifizieren.<sup>204</sup>

- 11a In zeitlicher und statusmäßiger Hinsicht verbietet es sich, das Eingreifen der Unschuldsvermutung bis zum Zeitpunkt der Anklageerhebung hinauszuschieben; denn anstatt den Begriff des „Angeklagten“ auf seinen rechtstechnischen Zweck zu beschränken, ist darunter vielmehr sinngemäß jeder tatsächlich *Beschuldigte* zu verstehen.<sup>205</sup> Demzufolge greift die Unschuldsvermutung bereits im Ermittlungsverfahren Platz, und zwar von dem Zeitpunkt an, in dem sich die Ermittlungen wegen eines Verdachts einer strafbaren Handlung auf eine bestimmte Person konkretisieren.
- 12 Gemäß der zuvor festgestellten Funktion als Verbot der Bezeichnung oder Behandlung eines Nichtverurteilten als schuldig verbieten sich auf jeden Fall Schuldvorwegnahmen und Verdachtsstrafen. Zudem muss aber auch die *Beweisführungslast* auf der Seite des Staates und nicht beim Betroffenen liegen, mit der weiteren Folge, dass bei Nichterweislichkeit der Schuld der Angeklagte nach dem Grundsatz von „*in dubio pro reo*“ freizusprechen ist und der Anklagevorwurf nicht durch Verzögerung eines Freispruchs beliebig lange aufrecht erhalten werden darf.<sup>206</sup> Diese sog. materielle Beweislast der staatlichen Organe schließt jedoch nicht jegliche *Beweislastumkehr* aus, sofern diese auf erwiesene Tatsachen gestützt ist und dem Betroffenen die Möglichkeit der Widerlegung eingeräumt bleibt.<sup>207</sup>
- 13 Sofern damit nicht bereits ein Schuldurteil impliziert wird, können auch schon durch das Vorliegen von entsprechendem *Tatverdacht* Ermittlungsmaßnahmen bis hin zu bestimmten Zwangseingriffen, wie Durchsuchungen und Beschlagnahmen, zulässig sein; dies insbesondere dann, wenn wegen Art und Tatverdächtigkeit des betroffenen Ortes oder Gegenstandes selbst erwiesenermaßen unschuldige Personen bestimmte Vorbeugungs- oder Aufklärungsmaßnahmen zu tolerieren hätten.<sup>208</sup> Ebenso wenig steht die Unschuldsvermutung einer vorläufigen Festnahme oder Untersuchungshaft entgegen, vorausgesetzt jedoch, dass die Freiheitsentziehung nicht allein mit vorweggenommener Tatschwere oder mit einer Wiederholungsgefahr begründet wird, die zunächst einmal den Nachweis einer – dann möglicherweise erneuten – Ersttat voraussetzen würde.<sup>209</sup>
- 14 Auf einer solchen Gratwanderung zwischen (zulässiger) Anknüpfung an Verdachtsgründe und (unzulässiger) Schuldvorwegnahme ist auch für den umstrittenen *Widerruf einer Straf-*

201 Vgl. *Heselhaus/Nowak*, Handbuch, § 51 Rn. 4, *Schwarze*, EuZW 2003, 261, *Schwarze/van Vormizeele*, EU, Art. 48 Rn. 4 m.w.N., aber auch *Jarass NStZ* 2012, 612.

202 Vgl. EuGH im Fall *Hüls*, 8.7.1999, Rs. C-199/92 P, Z. 150.

203 Vgl. Rn. 10 a sowie EuG im Fall *Mannesmannröhren-Werke*, 20.2.2001, T-112/98, Z. 77 = EuZW 2001, S. 345.

204 *Schwarze*, EuZW 2003, 262, 264 ff.

205 Vgl. EGMR im Fall *Heaney and McGuinness*, 21.12.2000, Z. 41, *Frenz*, Handbuch Europarecht 4, Rn. 5078.

206 Näher zu diesem Fragenbereich *Tophinke*, Unschuldsvermutung, S. 355 ff.

207 Vgl. EGMR im Fall *Salabiaku*, 7.10.1988, Series A, 141-A (Rn. 28), *Peukert*, in: Frowein/Peukert, EMRK 2 (1996), Art. 6 Rn. 158, *Satzger*, Internationales und Europäisches Strafrecht, 6. Aufl. 2013, § 11 Rn. 80.

208 Vgl. oben Rn. 9.

209 Vgl. *Peukert*, in: Frowein/Peukert, EMRK, Art. 6 Rn. 272 m.w.N.

*aussetzung zur Bewährung* wegen einer erneuten Straftat zu verfahren, wie dies z.B. nach § 56 f Abs. 1 Nr. 1 StGB möglich ist.<sup>210</sup> Sofern es bei solchen Vollstreckungsmaßnahmen nicht um die „Bestrafung“ der Nachtat, sondern lediglich um deren Indizcharakter für eine sich nachträglich als verfehlt herausstellende Prognoseentscheidung aufgrund der Ersttat geht, kann jedenfalls insoweit nicht von der Vorwegnahme einer weiteren schuldhaften Tat gesprochen werden, als zur Überzeugung des die Strafaussetzung widerrufenden Gerichts die erwartete Bewährung nicht eingetreten ist. Davon kann mit der EKMR jedenfalls dann ausgegangen werden, wenn ein glaubhaftes Geständnis vorliegt, das frei von Zwang unter Beachtung rechtsstaatlicher Grundsätze zustandegekommen ist.<sup>211</sup>

Ähnliche Gratwanderungen können bei *Kostenentscheidungen* im Falle eines Freispruchs oder bei Einstellung des Strafverfahrens veranlasst sein. So soll einerseits aus der Unschuldsvermutung nach Art. 6 Abs. 2 EMRK weder ein Anspruch auf Erstattung der notwendigen Auslagen des Angeklagten noch eine Entschädigung für erlittene rechtmäßige Untersuchungshaft abzuleiten sein, ebenso wie ein Freispruch grundsätzlich nicht verhindern könne, dem Freigesprochenen einen Teil der Kosten aufzuerlegen.<sup>212</sup> Andererseits wäre es mit der Unschuldsvermutung unvereinbar, solche Kostentragungspflichten so zu begründen, als habe der Betroffene die ihm zu Last gelegte strafbare Handlung begangen oder bei Durchführung des Verfahrens mit seiner Verurteilung zu rechnen gehabt.<sup>213</sup>

b) Die Unschuldsvermutung endet mit dem rechtsförmlich erbrachten Beweis der Schuld. Demgegenüber spricht Art. 6 Abs. 2 EMRK lediglich vom „gesetzlichen Beweis“ der Schuld. Obgleich sich nach der Erläuterung des Konventspräsidiums die beiden Formulierungen entsprechen sollen,<sup>214</sup> lassen sich dem neuen Wortlaut doch gewisse Präzisierungen entnehmen: Während nämlich ein „gesetzlicher Beweis“ der Schuld schon darin erblickt werden könnte, dass er bei Vorliegen der objektiven Voraussetzungen eines gesetzlichen Tatbestandes mit dementsprechenden Schuldvermutungen geführt werden könne, sofern diese nur gesetzlich vorgesehen sind,<sup>215</sup> wird durch das ausdrückliche Abheben auf die Rechtsförmlichkeit des Schuldnachweises ein Nachweisverfahren gefordert, das *rechtsstaatlichen* Grundsätzen entspricht. Insofern wird man es auch nicht, wie dies zu Art. 6 Abs. 2 EMRK vertreten wird, dem innerstaatlichen Recht überlassen dürfen, was zum gesetzlichen Nachweis der Schuld gehört, selbst wenn dieser Weg einer Missbrauchskontrolle der Konventionsorgane unterliegen soll,<sup>216</sup> vielmehr ist dann ein positiv-rechtsstaatliches Verfahren des Schuldnachweises zu fordern und nicht erst negativ eine Missbrauchsfeststellung abzuwarten. Zudem wird in zeitlicher Hinsicht die Rechtsförmlichkeit erfordern, die Unschuldsvermutung bis zum Eintritt der *Rechtskraft* des Schuldspruchs aufrechtzuerhalten und nicht schon vorher, wie vom EGMR nicht hinreichend klargestellt,<sup>217</sup> enden zu

210 Näher zum Streitstand Schönke/Schröder-*Stree/Kinzig*, StGB, § 56 f Rn. 3 a m.w.N.

211 Vgl. E 15871/89 (StV 1992, 282 f.) sowie *Peukert*, in: Frowein/Peukert, EMRK, Art. 6 Rn. 276 m.w.N.

212 Vgl. *Peukert*, in: Frowein/Peukert, EMRK, Art. 6 Rn. 272 m.w.N. zu Entscheidungen der EKMR.

213 Aus der dahingehenden Judikatur des EGMR vgl. insbes. *Minelli*, GH 62, Z. 34-37 = EuGRZ 1983, 479. Wohl weniger streng BVerfGE 82, 106 ff.; krit. dazu *Geppert*, Jura 1993, 164 f. Vgl. zum Ganzen auch *Laubenthal/Mitsch*, NStZ 1988, 113, *Peukert*, in: Frowein/Peukert, EMRK, Art. 6 Rn. 273, *Schubarth*, Unschuldsvermutung, S. 26.

214 *Charte* 4473/00 zu Art. 48 Abs. 1 (*Bernsdorff/Borowsky*, Protokolle S. 39).

215 So eine bei *Peukert*, in: Frowein/Peukert, EMRK<sup>2</sup> (1996), Art. 6 Rn. 158 anklingende, wenn auch gleichzeitig abgelehnte (bzw. in der 3. Aufl. nicht einmal mehr erwogene) Deutung von Art. 6 Abs. 2 EMRK.

216 Vgl. *Peukert*, in: Frowein/Peukert, EMRK, Art. 6 Rn. 263 zu *Windisch*, GH 186, Z.25 = EuGRZ 1989, 467.

217 EGMR in *Minelli*, GH 62, Z. 37 = EuGRZ 1983, 479.

lassen.<sup>218</sup> Sofern hingegen nach einem vollständig durchgeführten Verfahren ein Schuldspruch rechtskräftig geworden ist, kann man sich auf die Unschuldsvermutung auf das Verjährungsbeginn dem Scheitern einer Sanktion berufen.<sup>219</sup>

- 17 Zur Rechtsförmlichkeit gehört auch, dass die Schuldfeststellung von einer dafür *zuständigen Instanz* getroffen wird. Obgleich es der strafprozessuale Grundcharakter der Unschuldsvermutung nahe legen könnte, den Schuldnachweis dem *Strafrichter* vorzubehalten, erscheint eine solche Einengung, wie sie sich zu Art. 6 Abs. 2 EMRK vertreten findet,<sup>220</sup> weder zwingend noch zweckmäßig; denn nicht nur, dass damit beispielsweise beim Vorwurf einer Ordnungswidrigkeit die Unschuldsvermutung nicht schon mit einem rechtskräftig gewordenen Bußgeldbescheid der zuständigen Verwaltungsbehörde, sondern erst nach einem durch einen Einspruch auszulösenden gerichtlichen Verfahren enden könnte; vielmehr müsste praktisch in allen nicht-strafrechtlichen Verfahren, in denen inzidenter Aussagen über einen strafprozessualen Sachverhalt bis hin zu nichtverfahrensbeteiligten Personen zu treffen wären, ein strafrechtliches Vorschaltverfahren vorausgehen, was nicht zuletzt schwerlich mit dem Grundsatz der Unabhängigkeit der Richter eines Gerichtszweiges von dem eines anderen vereinbar wäre. Ebenso wie daher einerseits die Richter des einen Gerichts ohne Bindung an die Erkenntnisse anderer Gerichte die entscheidungserheblichen Vorfragen selbst feststellen und entscheiden dürfen, wird andererseits die Unschuldsvermutung auch einen Strafrichter nicht daran hindern können, im Rahmen der Strafzumessung eine nicht angeklagte oder nicht mehr anklagbare Straftat indiziell mitzuverwerten, sofern deren Sachverhalt in einem anderen Verfahren prozessordnungsgemäß nachgewiesen worden war.<sup>221</sup>
- 18 c) Soweit in der Unschuldsvermutung ein weit über das Strafrecht hinausgehendes „übergreifendes, für die neuzeitliche Form gesellschaftlichen Zusammenlebens konstitutives Rechtsprinzip“ gesehen wird,<sup>222</sup> das für eine friedliche Koexistenz von Individuen ein allgemein verbindliches Verfahren für Schuldzuschreibungen erfordere, lässt sich Derartiges weder aus Art. 6 Abs. 6 EMRK noch aus Art. 48 Abs. 1 entnehmen. Mangels einer Drittwirkung der Unschuldsvermutung bei Beschuldigungen zwischen Bürgern ist daher auch bei *Pressekampagnen* der Betroffene auf den zivilrechtlichen Persönlichkeitsschutz und/oder den strafrechtlichen Ehrenschutz verwiesen.<sup>223</sup> Eine gewisse *mittelbare „Drittwirkung“* kann sich jedoch daraus ergeben, dass der Staat unbewiesenen Schuldzuweisungen keinen Vorschub leisten darf und daher staatliche Organe einen noch nicht rechtskräftig

218 Ebenso schon jetzt zu Art. 6 EMRK Peukert, in: Frowein/Peukert, EMRK, Art. 6 Rn. 263. Im gleichen Sinne BVerfGE 35, 202, 232; Meyer-Goßner, StPO, Art. 6 MRK Rn. 15.

219 EuGH 22/02, Slg. 2006, II-3567 Rn. 82, Jarass NStZ 2012, 612.

220 In diesem Sinne namentlich Köster, Rechtsvermutung, S. 144 ff., 173 ff.; Ostendorf, StV 1990, 232, Vogler, in: FS für Tröndle, S. 438.

221 Bruns, NStZ 1981, 83; Meyer-Goßner, StPO, Art. 6 MRK Rn. 14; Peukert, EuGRZ 1980, 261.

222 So namentlich Marxen, GA 1980, 373; in die gleiche Richtung Köster, Rechtsvermutung, S. 158 ff., S. 173 ff., Paeffgen, Vorüberlegungen, S. 42 ff.

223 Ebenso Geppert, Jura 1993, 162, Peukert, in: Frowein/Peukert, EMRK, Art. 6 Rn. 269 ff., Schwarzelvan Vormizeele, EU, Art. 48 GRC Rn. 5.

Verurteilten öffentlich nicht als „schuldig“ bezeichnen und Derartiges auch nicht indirekt zum Ausdruck bringen dürfen.<sup>224</sup>

Auch soweit Vorwürfe unterhalb der Schwelle strafähnlichen Charakters bleiben,<sup>225</sup> wie etwa die Behauptung zivilrechtlicher Verantwortlichkeit oder der Verletzung von arbeits- oder sozialrechtlichen Verpflichtungen, ist dem nicht mit der Unschuldsvermutung entgegenzutreten.<sup>226</sup> Noch weniger wird man auf rein gesellschaftlicher Ebene Vorhaltungen unethischen Verhaltens mit der Unschuldsvermutung begegnen können, sondern sich gegebenenfalls gegen üble Nachrede oder Verleumdung (zivil- oder strafrechtlich) im Klagewege zu wehren haben.

## B. Art. 48 Abs. 2: Verteidigungsrechte

### I. Vorgaben

1. Auch Art. 48 Abs. 2 soll nach Erläuterung des Konventspräsidiums dem Art. 6 Abs. 3 EMRK entsprechen;<sup>227</sup> dieser hat jedoch eine detailliertere Fassung:

„Jede angeklagte Person hat mindestens folgende Rechte:

- (a) innerhalb möglichst kurzer Frist in einer ihr verständlichen Sprache in allen Einzelheiten über Art und Grund der gegen sie erhobenen Beschuldigung unterrichtet zu werden;
- (b) ausreichende Zeit und Gelegenheit zur Vorbereitung ihrer Verteidigung zu haben;
- (c) sich selbst zu verteidigen, sich durch einen Verteidiger ihrer Wahl verteidigen zu lassen oder, falls ihr die Mittel zur Bezahlung fehlen, unentgeltlich den Beistand eines Verteidigers zu erhalten, wenn dies im Interesse der Rechtspflege erforderlich ist;
- (d) Fragen an Belastungszeugen zu stellen oder stellen zu lassen und die Ladung und Vernehmung von Entlastungszeugen unter denselben Bedingungen zu erwirken, wie sie für Belastungszeugen gelten;
- (e) unentgeltliche Unterstützung durch einen Dolmetscher zu erhalten, wenn sie die Verhandlungssprache des Gerichts nicht versteht oder spricht.“

Art. 6 Abs. 3 EMRK enthält Mindestgarantien<sup>228</sup> eines rechtsstaatlichen Strafverfahrens, die auch dem Internationalen Pakt über bürgerliche und politische Rechte von 1966 in seinem Art. 14 Abs. 3 nahezu wörtlich als Vorbild dienten. Da diese Verfahrensgarantien als

224 Vgl. Frowein, in: FS für Huber, S. 553 ff., Jarass NStZ 2012, 613, Roxin/Schünemann, Strafverfahrensrecht, § 11 Rn. 2, Schwarzel/van Vormizeele, EU, Art. 48 GRC Rn. 5, Tettinger/Stern/Alber, Europäische Grundrechte-Charta, Art. 48 Rn. 3. Weitergehend für eine allgemeine Schutzpflicht des Staates, über seine eigenen Organe hinaus Äußerungen in Bezug auf ein anhängiges Strafverfahren zu unterbinden, vgl. Grabenwarter, EMRK, § 24 Rn. 129, Peukert, in: Frowein/Peukert, EMRK, Art. 6 Rn. 267, Ulsamer, in: FS für Zeidler, S. 1802; vgl. auch Callewaert, EuGRZ 1996, 369.

225 Vgl. oben Rn. 11.

226 Vgl. Peukert, in: Frowein/Peukert, EMRK, Art. 6 Rn. 271, mit Hinweis auf den versicherungsrechtlichen Fall der EKMR E 13925/88.

227 Charta 4473/00 (Bernsdorff/Borowsky, Protokolle S. 39).

228 Im Schrifttum ist umstritten, ob diese Mindestgarantien einen ausreichenden Schutzgehalt formulieren und damit als Kern eines europäischen Strafverfahrensrechts anzusehen sind – in diesem Sinne Esser, StraFO 2003, 335, wohingegen skeptisch Schünemann, StV 2003, 122. Obwohl eine umfassende Darstellung der strafverfahrensrechtlichen Rechtsprechung des EGMR noch aussteht, sind Einzelfragen in zahlreichen Monographien behandelt: vgl. Esser, Auf dem Weg, S. 450 ff.; Kieschke, Die Praxis des EGMR; Rzepka, Zur Fairness; Simon, Die Beschuldigtenrechte; Schleiminger, Konfrontation.



Konkretisierungen eines „fairen Verfahrens“ im Sinne von Art. 6 Abs. 1 EMRK gelten, werden Verletzungen des Abs. 3 von den Organen der EMRK grundsätzlich immer im Lichte von Abs. 1 gesehen.<sup>229</sup> Dementsprechend erkennt der EGMR<sup>230</sup> nur dann auf eine Vertragsverletzung, wenn eine Einzelrechtsverletzung zu einem insgesamt unfairen Verfahren geführt hat. Gegen den Widerstand der Literatur<sup>231</sup> lässt der EGMR aufgrund dieses *Gesamtbetrachtungsansatzes* die Kompensation einzelner Rechtsverstöße zu, so dass die Tür zu einer „relativierenden Abwägungslehre,“<sup>232</sup> geöffnet ist, die klare Konturen vermissen lässt.<sup>233</sup>

- 21 Die nach Art. 6 Abs. 3 lit. (a) EMRK vorgesehene *Unterrichtung* soll dem Betroffenen die Vorbereitung seiner Verteidigung im Sinne von lit. (b) ermöglichen, die gemäß lit. (c) in Form der Selbstverteidigung und/oder der Wahlverteidigung sowie in der unentgeltlichen Zuordnung eines Pflichtverteidigers bestehen kann. Das in lit. (d) garantierte Recht zur Benennung und Befragung von Zeugen soll der Wahrung der „Waffengleichheit“ dienen. Auch in der nach lit. (e) erforderlichenfalls unentgeltlichen Unterstützung durch einen Dolmetscher findet der Fair-Trial-Grundsatz Ausdruck.<sup>234</sup>
- 22 Ob diese Verteidigungsrechte nur für die Hauptverhandlung oder frühestens, wie das Anknüpfen an eine „angeklagte Person“ nahe legen könnte, ab der Anklageerhebung eingeräumt werden, ist in der EMRK-Rechtsprechung nicht restlos geklärt. Nach derzeitigem Stand soll es aufgrund einer differenzierenden Betrachtungsweise auf die Umstände des zu beurteilenden Falles und die Art des geltend gemachten Rechts ankommen,<sup>235</sup> wobei der EGMR tendenziell eine Beteiligung der Verteidigung in den Stadien vor der Hauptverhandlung, insbesondere wenn Untersuchungshaft angeordnet ist,<sup>236</sup> einfordert.

## 2. Nationalstaatliche Gewährleistungen

- 22a 2. Auf nationalstaatlicher Ebene hat das Recht auf *Verteidigung*, wenn auch in teils unterschiedlicher Reichweite bereits in der Hälfte der EU-Länder eine verfassungsrechtliche Verankerung erfahren: so in Bulgarien (Art. 122), Estland (§ 21), Italien (Art. 24 Abs. 2), Lettland (Art. 92), Litauen (Art. 31), Malta (Art. 39 Abs. 6 lit. b u. c), Niederlande (Art. 18), Polen (Art. 42 Abs. 2), Portugal (Art. 20 Abs. 2, 32 Abs. 3), Rumänien (Art. 24), Slowakei (Art. 50 Abs. 3), Slowenien (Art. 29), Spanien (Art. 24 Abs. 1 u. 2), Tschechische Republik (Art. 40 Abs. 3 GR-Deklaration),<sup>237</sup> Ungarn (Art. 57 Abs. 3) und Zypern (Art. 12 Abs. 5 lit. b u. c, 30 Abs. 3 lit. d).

## II. Diskussion im Grundrechtekonvent

- 23 Umstritten waren weniger Inhalt und Umfang der zu garantierenden Verteidigungsrechte als vielmehr deren formale Fassung und konkretisierte Verankerung. Während einerseits

229 Vgl. *Windisch*, GH 186, Z. 23 = EuGRZ 1989, 467, *Peukert*, in: Frowein/Peukert, EMRK, Art. 6 Rn. 278.

230 Vgl. EGMR im Fall *Windisch*, 28.8.1990, Z. 25.

231 Vgl. *Ambos*, ZStW 115 (2003), 611 ff. und *Walther*, GA 2003, 218 f., jeweils m.w.N.

232 *Walther*, GA 2003, 218.

233 Vgl. auch *Frenz*, Handbuch Europarecht 4, Rn. 5058, 5107 ff., *Heselhaus/Nowak/Schorkopf*, Handbuch, § 53 Rn. 71 ff., *Jarass*, Charta, Art. 48 Rn. 21 f.

234 Zu weiteren Einzelheiten mit Hinweisen zur einschlägigen Judikatur der EMRK-Organen vgl. *Peukert*, in: Frowein/Peukert, EMRK, Art. 6 Rn. 278 ff.

235 Vgl. *Imbroscia*, GH 275/A, 13, Z.36 = ÖJZ 1994, 517; ähnlich bereits IntKomm/Vogler, EMRK, Art. 6 Rn. 374 f. Näher dazu *Peukert*, in: Frowein/Peukert, EMRK, Art. 6 Rn. 281.

236 Vgl. *Ambos*, NStZ 2003, 14 ff. m.w.N.

237 Vgl. *Eser*, oben Art. 47 Fn. 31.

eine mehr oder weniger komplette Übernahme der einschlägigen Bestimmungen der EMRK überlegt wurde, hat man dem andererseits teils das Interesse an einer möglichst kurzen und prägnanten Fassung, teils die erforderliche Offenheit für die Einbringung gemeinsamer Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedsstaaten, insbesondere soweit sie weitergehende Rechte gewährten, entgegengehalten, wobei man sich schließlich damit zufrieden gab, dass, wie auch in der Erläuterung des Konventspräsidiums zu Art. 48 Abs. 2 zum Ausdruck kommend,<sup>238</sup> nach Art. 52 Abs. 3 das Verteidigungsrecht im Sinne von Art. 48 Abs. 2 „dieselbe Bedeutung und dieselbe Tragweite wie das durch die EMRK garantierte Recht“ habe.<sup>239</sup>

### III. Kommentierung

#### 1. Konkretisierungsbedürftigkeit der „Verteidigungsrechte“ anhand der EMRK

Für sich genommen bringt Art. 48 Abs. 2 nicht mehr zum Ausdruck, als dass dem Angeklagten überhaupt Verteidigungsrechte zustehen, die zu gewährleisten sind. Was dagegen zu diesen Verteidigungsrechten gehört und in welchem Umfang sie jeweils zu achten sind, lässt die Bestimmung offen. Dies könnte es nahe legen, Verteidigungsrechte nur insoweit grundrechtlich verankert zu sehen, als sie von den jeweiligen nationalen Rechten eingeräumt werden, mit der Konsequenz, dass der zu gewährleistende Standard innerhalb der Mitgliedsstaaten unterschiedlich sein könnte. Um einer solchen Entwicklung, die schwerlich mit der einheitlichen Garantie europäischer Grundrechte vereinbar wäre, entgegenzuwirken, muss hier auf Art. 52 Abs. 3 zurückgegriffen werden, der den in der GRC enthaltenen „Rechten“, zu denen auch die „Verteidigungsrechte“ des Art. 48 Abs. 2 zählen, die „gleiche Bedeutung und Tragweite, wie sie ihnen in der (EMRK) verliehen wird“, garantiert. Demzufolge ist der in Art. 6 Abs. 3 EMRK garantierte Katalog von Verteidigungsrechten in den Art. 48 Abs. 2 hineinzulesen.<sup>240</sup>

Wie schon die EMRK<sup>241</sup> lässt auch Art. 48 Abs. 2 durch Abheben auf den „Angeklagten“ offen, ab wann die Verteidigungsrechte zu gewährleisten sind. Ähnlich wie es schon bei der Unschuldsvermutung nicht auf den rechtstechnischen Begriff der „Anklage“ ankommen kann,<sup>242</sup> ist auch ein Verteidigungsbedürfnis bereits dann anzuerkennen, wenn sich eine Person aufgrund einer bestimmten *Beschuldigung* konkreten Ermittlungsmaßnahmen ausgesetzt sieht.<sup>243</sup> Dies braucht nicht zu heißen, dass die Verteidigungsrechte von Anfang bis zum Ende gleichsam statisch gleich sein müssten; vielmehr können sie je nach dem Stand des Verfahrens und den besonderen Umständen des zu beurteilenden Falles differieren, ähnlich wie dies auch bei Art. 6 Abs. 3 EMRK gehandhabt wird.<sup>244</sup>

238 *Charte* 4473/90 (*Bernsdorff/Borowsky*, Protokolle, S. 40).

239 Vgl. zum Diskussionsverlauf im Einzelnen *Charte* 4123/1/00 ERV 1 Art. 5, 4141/00 Art. 2 Nr. 3, 4149/00 Art. 9, 4284/00 Art. 9, 4422/00 Art. 46, 4423/00 Art. 46, 4470/00 Art. 47, *Bernsdorff/Borowsky*, Protokolle, S. 151 f., 282, 375; *Meyer/Engels*, Charta der Grundrechte, S. 32, S. 243 f.

240 Zustimmung *Schwarzel/van Vormizeele*, EU, Art. 48 GRC Rn. 7; in gleichem Sinne *Jarass* NStZ 2012, 614. Zur Kritik dazu vgl. unten Rn. 30.

241 Vgl. oben Rn. 20.

242 Vgl. oben Rn. 11.

243 Vgl. *Frenz*, Handbuch Europarecht 4, Rn. 5105 f., *Jarass*, Charta, Art. 48 Rn. 4 ff. Zur Rechtsprechung des EGMR vgl. *Ambos*, ZStW 115 (2003), 595 f.

244 Vgl. oben Rn. 22.

## 2. Gewährleistete Verteidigungsrechte

- 25a Der Rechtsprechung des EGMR ist zu entnehmen, dass die *Wahrnehmung von Verteidigungsinteressen* grundsätzlich nicht der Staatsanwaltschaft obliegt; ob Verteidigungsrechte echte Beschuldigtenrechte sind oder aber von einem Verteidiger stellvertretend ausgeübt werden, hängt von den Besonderheiten des Einzelfalles ab und ist unter Rückgriff auf die EMRK-Rechtsprechung zu ermitteln.<sup>245</sup> Unklar und eines der dringendsten Probleme ist zudem die *institutionelle Durchsetzung und Überprüfung* dieser europäischen Verteidigungsrechte, wobei zum einen ihre Durchsetzung der Fürsorgepflicht<sup>246</sup> des entscheidenden Gerichts unterfällt und zum anderen nur eine zentrale Auslegungs- und Überprüfungsinstanz, wie z.B. eine zu errichtende Strafkammer am EuGH, ein Gegengewicht zur zunehmenden Zentralisierung der europäischen Strafverfolgung schaffen und somit eine Zersplitterung des Rechtsschutzes<sup>247</sup> verhindern könnte.
- 26 a) Die Möglichkeit sachgerechter Verteidigung als Kern dieses Grundrechts setzt als erstes die unverzügliche *Unterrichtung des Beschuldigten* über die ihm angelasteten Beschuldigungen in einer ihm verständlichen Sprache voraus (Art. 6 Abs. 3 lit. a und b EMRK). Dazu ist erforderlich, aber auch genügend, dass der Betroffene vor einer maßgeblichen Entscheidung jeweils so rechtzeitig und konkret unterrichtet wird, dass ihm genügend Zeit und Gelegenheit für seine Verteidigungsvorbereitung bleibt. Dies kann auch erfordern, dem Betroffenen unbeaufsichtigten schriftlichen und mündlichen Verkehr mit seinem Verteidiger zu ermöglichen,<sup>248</sup> sowie – persönlich oder jedenfalls mittels des Verteidigers – Gelegenheit zur Einsicht in die Verfahrensakten<sup>249</sup> und zur Besichtigung der Beweisgegenstände zu geben.<sup>250</sup> Leitlinie bei der Ausübung dieses Rechts muss es sein, dass die Kontrollorgane in die Vorbereitung der Verteidigung nicht ohne rechtfertigenden Grund und nur im unbedingt erforderlichen Umfang eingreifen.<sup>251</sup> Um wirksam verteidigen zu können, ist vor allem auch sein Recht, gehört zu werden, von wesentlicher Bedeutung.<sup>252</sup> Dies soll jedoch nicht unbedingt die persönliche Anwesenheit des Betroffenen, da kein absolutes Recht, voraussetzen.<sup>253</sup>
- 27 b) Sein Recht auf Verteidigung muss der Betroffene sowohl in eigener Person als auch durch Hinzuziehung eines Wahlverteidigers oder erforderlichenfalls eines unentgeltlichen Pflichtverteidigers ausüben dürfen (Art. 6 Abs. 3 lit. c EMRK).<sup>254</sup> Anstelle einer solchen Wahlmöglichkeit dem Betroffenen das Recht auf Selbstverteidigung im Sinne eines „entweder – oder“ nur alternativ zur Verteidigung durch einen Verteidiger einzuräumen, wie dies

245 So entschied der EGMR im Fall *Öcalan*, 12.3.2003, Z. 161 ff., dass das Akteneinsichtsrecht nicht auf den Verteidiger beschränkt werden dürfe, wenn der Beschuldigte die Beweise besser einschätzen könne als sein Rechtsbeistand. Vgl. aber auch Art. 47 Rn. 34 zuFn. 129.

246 Vgl. den EGMR im Fall *Cuscani*, 24.9.2002, Z. 38 ff. oder im Fall *Czekalla*, 10.10.2002, Z. 65 ff.

247 Vgl. *Braum*, StV 2003, 578.

248 Zu der insbesondere im Rahmen von europäischen Wettbewerbs- und Kartellverfahren relevanten Frage, ob das Anwaltsprivileg auch bei Syndikusanwälten gilt, vgl. *Seitz*, EuZW 2004, 231 ff. mit Darstellung der EuG- und EuGH-Rechtsprechung.

249 Insbesondere bei Haftprüfungsverfahren ist nach der Rechtsprechung des EGMR die Verweigerung von Akteneinsicht praktisch unzulässig; vgl. *Ambos*, ZStW 115 (2003), 639 m.w.N.

250 Diese Rechte sind Ausfluss der von den Strafverfolgungsorganen zu fordernden Offenlegung ihrer Beweismittel („disclosure of evidence“); vgl. dazu den EGMR im Fall *Edwards and Lewis*, 22.7.2003, Z. 52 ff.

251 Zu weiteren Einzelheiten vgl. *Jarass* NStZ 2012, 614 m.w.N.

252 Vgl. Art. 47 Rn. 34 sowie *Borraccetti*, in: Di Federico, EU Charter, S. 100 ff. m.w.N.

253 EuGH im Fall *Melloni*, C-399/11, Z. 49 = NJW 2013, 1215, 1218 m. kritischer Besprechung *Gaede*, NJW 2013, 1279, 1281.

254 So auch *Schwarzel/van Vormizeele*, Art. 48 GRC Rn. 8.

– angloamerikanischer Tradition entsprechend – gelegentlich vertreten wird,<sup>255</sup> wäre mit dem aus der Menschenwürde des Beschuldigten und seiner sich daraus ergebenden Stellung als Prozesssubjekt (mit entsprechenden eigenen Verfahrensrechten) unvereinbar, zumal das aus der Subjektstellung fließende Recht auf eigene aktive Verteidigung auch gegenüber der anwaltlichen Verteidigungsstrategie Bestand haben muss.<sup>256</sup> Dies schließt jedoch nicht aus, einzelne Verteidigungsrechte, wie insbesondere das Akteneinsichtsrecht, aufgrund nationaler Rechtsetzung dem Verteidiger vorzubehalten. Entsprechendes kann für den zeitweiligen Ausschluss des Angeklagten von seinem grundsätzlichen Recht auf Teilnahme an der Verhandlung in Betracht kommen. Während das Recht auf Vertretung durch einen Wahlverteidiger uneingeschränkt ist, darf die unentgeltliche Beordnung eines Verteidigers von der Mittellosigkeit des Angeklagten wie auch Rechtspflegeinteressen abhängig gemacht werden, wie insbesondere vom öffentlichen Interesse an einer gerechten Urteilsfindung durch anwaltliche Verteidigung.

c) Von wesentlicher Bedeutung für eine wirksame Verteidigung ist das Frage- und Beweis-antragsrecht, wobei der EGMR sich am adversatorischen bzw. kontradiktorischen System orientiert und das Frage- als Konfrontationsrecht versteht.<sup>257</sup> Über das grundsätzliche allgemeine *Anhörungsrecht*<sup>258</sup> hinaus gehört dazu nach Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK insbesondere das Recht, Belastungszeugen zu befragen und Entlastungszeugen unter denselben Bedingungen wie Belastungszeugen zu laden und vernehmen zu lassen, um im Sinne von „Waffengleichheit“, deren ausdrückliche Nennung im Konvent gefordert worden war,<sup>259</sup> dem Angeklagten hinsichtlich der Beweiserhebung die gleichen Befugnisse wie der Anklagevertretung einzuräumen.<sup>260</sup> 28

d) Von steigender Bedeutung in einem immer enger zusammenwachsenden Europa mit sich entsprechend verstärkendem Grenzverkehr ist auch das Recht auf unentgeltliche Beordnung eines Dolmetschers (Art. 6 Abs. 3 lit. e EMRK), sofern der Angeklagte die Gerichtssprache nicht so sicher beherrscht, dass er der Verhandlung folgen, ihre Vorgänge verstehen und sich selbst in zweckentsprechender Weise artikulieren kann. Dieses Recht ist bei allen für die Verteidigung wesentlichen Vorgängen, wie etwa auch Haftprüfungsverfahren und sonstigen gerichtlichen Einvernahmen, zu gewährleisten. Dazu gehört nicht zuletzt auch der Verkehr mit dem Verteidiger sowie die Übersetzung von Schriftstücken, deren Kenntnis für eine wirksame Verteidigung erforderlich ist. 29

e) Angesichts der vom EGMR vorgenommenen *Gesamtbetrachtung*, der man sich im Hinblick auf Art. 52 Abs. 3 nicht wird entziehen dürfen, führt nicht jede Verteidigungsrechtsverletzung zu einem korrespondierendem *Beweisverwertungsverbot*.<sup>261</sup> So sind beispielsweise Aussagen anonymisierter Zeugen verwertbar, solange die Verurteilung nicht allein 29a

255 Wie namentlich von IntKomm/Vogler, EMRK, Art. 6 Rn. 534; vgl. auch Weigend, StV 2000, 385.

256 Näher zu einem solchen kumulativen Nebeneinander von Selbstverteidigung und Beistand eines Verteidigers im Sinne eines „sowohl als auch“, wie dies in der internationalen Strafgerichtsbarkeit derzeit noch heftig umstritten ist, vgl. Eser, in: FS für Widmaier, S. 168 ff. m.w.N.

257 Vgl. Walther, GA 2003, 204 ff.

258 Vgl. Art. 47 Rn. 10, 34.

259 Vgl. namentlich Sagnier (in: Bernsdorff/Borowsky, Protokolle, S. 179).

260 Zu der im Einzelnen umstrittenen Frage, inwieweit nur „unmittelbare“ oder auch „mittelbare“ Zeugen – und dabei insbesondere auch Zeugen vom Hörensagen – benannt und befragt werden dürfen, vgl. im Einzelnen Peukert, in: Frowein/Peukert, EMRK, Art. 6 Rn. 308 ff.

261 Wie dies der EGMR im Fall *Teixeira*, 9.6.1998, Z. 31 ff., wohl im Sinne eines absoluten Beweisverwertungsverbots hinsichtlich der mit einer Tatprovokation zusammenhängenden Tatumstände, ausgesprochen hat, wobei Anleihen aus der angloamerikanischen „entrapment-defence“ unverkennbar sind.

oder zu einem wesentlichen Teil auf diesen Aussagen beruht, selbst wenn die Verteidigung in keiner Phase des Verfahrens die Möglichkeit einer Befragung hatte.<sup>262</sup> Soweit Art. 52 Abs. 1 *Einschränkungen* von Verteidigungsrechten überhaupt zulässt, müssen sie dem verfolgten Zweck „tatsächlich“ entsprechen und demgemäß erforderlich und geeignet sowie angemessen in dem Sinne sein, dass sie nicht offensichtlich außer Verhältnis zum verfolgten Zweck stehen.<sup>263</sup>

### C. Würdigung

- 30 So sehr es hinsichtlich der sog. *Unschuldsvermutung* (Art. 48 Abs. 1) einerseits zu begrüßen ist, dass ihre weltweite Geltung auch für den Bereich der Europäischen Union ausdrücklich proklamiert wird, so sehr bleibt andererseits zu bedauern, dass nicht die Gelegenheit zu einer widerspruchsfreien Fassung genutzt wurde.<sup>264</sup>
- 31 Auch die ausdrückliche Gewährleistung von *Verteidigungsrechten* (Art. 48 Abs. 2) ist zu begrüßen. Weil jedoch darunter sowohl verschiedenartige als auch unterschiedlich weitgehende Rechte verstanden werden können, hätte man sich nicht mit der subsidiären Heranziehung der aus Art. 6 Abs. 3 EMRK detailliert ausformulierten Rechte begnügen,<sup>265</sup> sondern die Chance zu einer zeitgerechten Fassung und Ergänzung nutzen sollen. Dies gilt umso mehr, als Wissenschaft wie Praxis mit der Europäisierung des Strafrechts zunehmend einen „inquisitorischen Overkill“<sup>266</sup> verbinden, da Strafverfolgungsbehörden die Anwendbarkeit des jeweils punitivsten Strafrechts ermöglicht werde. Diese insbesondere gegen die gegenseitige Anerkennung von Beweismitteln oder gegen die Einführung eines europäischen Haftbefehls vorgebrachte Kritik,<sup>267</sup> die sich jüngst durch die Verfassungswidrigkeitserklärung des „Umsetzungsgesetzes zum Rahmenbeschluss über den Europäischen Haftbefehl“ bestärkt fühlen kann,<sup>268</sup> hätte durch eine profunde Kodifizierung liberaler Verteidigungsrechte entkräftet werden können. Auch der Vorschlag für einen Rahmenbeschluss über bestimmte Verfahrensrechte in Strafverfahren,<sup>269</sup> der mit dem Ziel antritt, die Rechte des Beschuldigten zu stärken und klarer zu konturieren, ist weit davon entfernt, einen Katalog von Verteidigungsrechten<sup>270</sup> zu entwerfen. Auch dass wichtige Verteidigungsrechte mit keinem Wort erwähnt sind, ist Zeichen einer verfehlten Schwerpunktsetzung.
- 32 Gleichwohl bietet Art. 48 Abs. 2 auch Chancen, weil die Lage der nationalen Verteidigungsrechte keinesfalls „rosig“ ist<sup>271</sup> und insofern durch die GRC eine Reformdebatte ermöglicht wird, wie sie die EMRK nie anstoßen konnte, weil deren innerstaatlicher Rang wie auch ihre Wirkung jahrelang staats- und völkerrechtsdogmatisch desavouiert wurde.<sup>272</sup>

262 Vgl. zu den einzelnen Voraussetzungen *Esser*, StraFO 2003, 340 und *Jung*, GA 2003, 199 ff.

263 EuGH im Fall *Gambazzi*, C- 394/07, Slg. 2009, I-2563 RN. 32 f., *Jarass* NStZ 2012, 614.

264 Vgl. dazu oben Rn. 2, 4 ff.

265 Vgl. oben Rn. 24 ff.

266 So wohl erstmals apostrophiert von *Schünemann*, StV 2003, 118.

267 Vgl. *Sommer*, StV 2003, 127 und *Gleiß*, ZStW 115 (2003), 131 ff.

268 Vgl. BVerfG, 2 BvR 2236/04 vom 18.7.2005, Absatz-Nr. 116 ff., NJW 2005, 2289 ff.

269 Kom(2004), 328 endg., 28.4.2004. [http://europa.eu.int/comm/justice\\_home/doc\\_centre/criminal/procedural/doc/com328\\_28042004\\_en.pdf](http://europa.eu.int/comm/justice_home/doc_centre/criminal/procedural/doc/com328_28042004_en.pdf).

270 Im Schrifttum finden sich solche Kataloge u.a. bei *Ahlbrecht/Lagodny*, StraFO 2003, 329 ff. und *Braum*, StV 2003, 580.

271 Vgl. *Nitschmann*, GA 2004, 658.

272 Vgl. *Ambos*, ZStW 115 (2003), 587 ff. Zu nennen ist beispielhaft die in § 359 Nr. 6 StPO vorgesehene bloße *inter partes*-Wirkung von EGMR-Entscheidungen.

## D. Literaturübersicht

*Ahlbrecht, Heiko/Lagodny, Otto*, Einheitliche Strafverfahrensgarantien in Europa? – Eine kritische Bestandsaufnahme, *StraFo* 2003, 329; *Ambos, Kai*, Europarechtliche Vorgaben für das (deutsche) Strafverfahren – Teil I – Zur Rechtsprechung des EGMR von 2000-2002, *NStZ* 2002, 628; *ders.*, Europarechtliche Vorgaben für das (deutsche) Strafverfahren – Teil II – Zur Rechtsprechung des EGMR von 2000-2002, *NStZ* 2003, 14; *ders.*, Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte und die Verfahrensrechte. Waffengleichheit, partizipatorisches Vorverfahren und Art. 6 EMRK, *ZStW* 115 (2003), 583; *Bohnert, Joachim*, Die Abschlussscheidung des Staatsanwalts, Berlin 1992; *Borraccetti, Marco*, Fair Trial, Due Process and Rights of Defence in the EU Legal Order, in: Di Federico, Giacomo (ed.), *The EU Charter of Fundamental Rights*, Dordrecht 2011, S. 95; *Braum, Stefan*, Aufbruch oder Abbruch europäischer Strafverteidigung?, *StV* 2003, 576; *Bruns, Hans-Jürgen*, Prozessuale „Strafzumessungsverbote“ für nicht mitangeklagte oder wieder ausgeschiedene strafbare Vor- und Nachttaten? *NStZ* 1981, 81; *Callewaert, Johan*, Die Europäische Menschenrechtskonvention und die Verfahrensgarantien, Probleme der Anwendung des Art. 6 EMRK, *EuGRZ* 1996, 366; *Degener, Wilhelm*, Grundsatz der Verhältnismäßigkeit und strafprozessuale Zwangsmaßnahmen, Berlin 1985; *Dine, Janet*, Criminal Law and the Privilege Against Self-Incrimination, in: Peers, Steve/Ward, Angela (eds.), *The European Union Charter of Fundamental Rights*, Oxford 2004, S. 269; *Eser, Albin*, Neue Wege der Gewinnabschöpfung im Kampf gegen die organisierte Kriminalität?, in: Küper, Wilfried/Welp, Jürgen (Hrsg.), *Beiträge zur Rechtswissenschaft*, Festschrift für Walter Stree und Johannes Wessels, Heidelberg 1993, S. 833; *ders.*, Verteidigung in der internationalen Strafgerichtsbarkeit – Eine rechtsvergleichende Analyse, in: Schöch, Heinz u.a. (Hrsg.), *Strafverteidigung, Revision und die gesamten Strafrechtswissenschaften*. Festschrift für Gunter Widmayer, Köln 2008, 147; *ders.*, Human Rights Guarantees for Criminal Law and Procedure in the EU-Charter of Fundamental Rights, in: *Ritsumeikan Law Review* 2009, 163; *Esser, Robert*, Auf dem Weg zu einem europäischen Strafverfahrensrecht, Berlin 2002; *ders.*, Mindeststandards einer Europäischen Strafprozessordnung unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte, *StraFO* 2003, 335; *Frister, Helmut*, Schuldprinzip, Verbot der Verdachtsstrafe und Unschuldsvermutung als materielle Grundprinzipien des Strafrechts, Bonn 1988; *ders.*, Zur Bedeutung der Unschuldsvermutung (Art. 6 II MRK) und zum Problem „gerichtskundiger“ Tatsachen, *Jura* 1988, 356; *Frowein, Jochen Abr.*, Zur Bedeutung der Unschuldsvermutung in Art. 6 Abs. 2 der Europäischen Menschenrechtskonvention, in: *Recht als Prozeß und Gefüge*. Festschrift für Hans Huber, Bern 1981, S. 553; *Gaede, Karsten*, Minimalistischer EU-Grundrechtsschutz bei der Kooperation im Strafverfahren, *NJW* 2013, 1279; *Geppert, Klaus*, Grundlegendes und Aktuelles zur Unschuldsvermutung des Art. 6 Abs. 2 der Europäischen Menschenrechtskonvention, *Jura* 1993, 160; *Gleiß, Sabine*, Die „Verkehrsfähigkeit von Beweisen“ im Strafverfahren, *ZStW* 115 (2003), 131; *Gropp, Walter*, Zum verfahrenslimitierenden Wirkungsgehalt der Unschuldsvermutung, *JZ* 1991, 804; *Hannich, Rolf* (Hrsg.), *Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung (KK)*, 6. Auflage, München 2008; *Internationaler Kommentar zur Europäischen Menschenrechtskonvention*, Heribert Golsong u.a. (Hrsg.), Köln/Berlin/Bonn/München, Stand: 5. Lieferung September 2003; *Jaeger, Renate*, Rechtsanwältin als Organ der Rechtspflege – Notwendig oder überflüssig? Bürde oder Schutz?, *NJW* 2004, 1; *Jarass, Hans D.*, Strafrechtliche Grundrechte im Unionsrecht, *NStZ* 2012, 611-616; *Jung, Heike*, „Funktionstüchtigkeit der Strafrechtspflege“ contra „schützende Formen“ – ein prozessualer „Klassiker“ im Lichte der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte, *GA* 2003, 191; *Kieschke, Olaf*, Die Praxis des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte und ihre Auswirkungen auf das deutsche Strafverfahrensrecht, Berlin 2003; *Köster, Rolf-Jürgen*, Die Rechtsvermutung der Unschuld. Historische und dogmatische Grundlagen, Bonn 1979; *Kühl, Kristian*, Unschuldsvermutung, Freispruch und Einstellung, Köln 1983; *Laubenthal, Klaus/Mitsch, Wolfgang*, Rechtsfolgen nach dem Tod des Angeklagten im Strafverfahren, *NStZ* 1988, 108; *Marxen, Klaus*, Medienfreiheit und Unschuldsvermutung, *GA* 1980, 365; *Meyer, Karlheinz*, Grenzen der Unschuldsvermutung, in: Jescheck, Hans-Heinrich/Vogler, Theodor (Hrsg.), *Festschrift für Herbert Tröndle*, Berlin/New York 1989, S. 61; *Meyer-Goßner, Lutz*, Strafprozessordnung, Gerichtsverfassungsgesetz, Nebengesetze und ergänzende Bestimmungen, 52. Auflage, München 2009; *Nitschmann, Kathrin*, Strafverteidigung in Europa – Ein Tagungsbericht, *GA* 2004, 655; *Ostendorf, Heribert*, Unschuldsvermutung und Bewährungswiderruf, *StV* 1990, 230; *Pache, Eckhard*, Das europäische Grundrecht auf einen fairen Prozess, *NVwZ* 2001, 1342; *Paeffgen, Hans-Ulrich*, Vorüberlegungen zu einer Dogmatik des Untersuchungshaft-Rechts, Köln/Berlin/Bonn/München 1986; *Peukert, Wolfgang*, Die Garantie des „fair trial“ in der Straßburger Rechtsprechung, *EuGRZ* 1980, 247; *Roxin, Claus/Schünemann, Bernd*, Strafverfahrensrecht, 26. Auflage, München 2009; *Rudolph, Hans-Joachim/Frisch, Wolfgang/Paeffgen, Hans-Ulrich u.a.* (Hrsg.), *Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz (SK StPO)*, München, Berlin, 54. Lieferung, Stand: Sept. 2007; *Rzepka, Dorothea*, Zur Fairness im

deutschen Strafverfahren, Frankfurt a.M. 2000; Schönke, Adolf/Schröder, Horst, Kommentar zum Strafgesetzbuch, 28. Auflage, München 2010; Schubarth, Martin, Zur Tragweite des Grundsatzes der Unschuldsumutung, Basel, Stuttgart 1978; Schünemann, Bernd, Bürgerrechte ernst nehmen bei der Europäisierung des Strafverfahrens!, StV 2003, 116; Schwarze, Jürgen, Rechtsstaatliche Grenzen der gesetzlichen und richterlichen Qualifikation von Verwaltungssanktionen im europäischen Gemeinschaftsrecht, EuZW 2003, 261; Seitz, Claudia, Unternehmensjuristen und das Anwaltsprivileg im europäischen Wettbewerbsverfahren – Wandel in der europäischen Rechtsprechung?, EuZW 2004, 231; Simon, Oliver, Die Beschuldigtenrechte nach Art. 6 Abs. 3 EMRK, Tübingen 1998; Sommer, Ulrich, Die Europäische Staatsanwaltschaft, StV 2003, 126; Stuckenberg, Carl-Friedrich, Untersuchungen zur Unschuldsumutung, Berlin/New York 1998; ders., Die normative Aussage der Unschuldsumutung, ZStW 111 (1998), 422; Stürner, Rolf, „Fair trial“ und öffentliche Meinung, JZ 1980, 1; Topfink, Esther, Das Grundrecht der Unschuldsumutung aus historischer Sicht und im Lichte der Praxis des schweizerischen Bundesgerichts, der EMRK-Organen und des UNO-Menschenrechtsausschusses, Bonn 2000; Ulsamer, Gerhard, Europäische Menschenrechtskonvention und deutsche Strafverfolgungspraxis, in: Fürst, Walter/Herzog, Roman/Umbach, Dieter C. (Hrsg.), Festschrift für Wolfgang Zeidler, Band 2, Berlin, New York 1987, S. 1799; Vogler, Theo, Die strafrechtliche Verwertung strafbarer Vor- und Nachtaten bei der Strafzumessung und die Unschuldsumutung (Art. 6 Abs. 2 EMRK), in: Gössel, Heinz/Kauffmann, Hans (Hrsg.), Strafverfahren im Rechtsstaat. Festschrift für Theodor Kleinknecht, München 1985, S. 429; Walther, Susanne, Zur Frage eines Rechts des Beschuldigten auf „Konfrontation von Belastungszeugen“, GA 2003, 205; Weigend, Thomas, Die Europäische Menschenrechtskonvention als deutsches Recht – Kollisionen und ihre Lösung, StV 2000, 384.

### Artikel 49 Grundsätze der Gesetzmäßigkeit und der Verhältnismäßigkeit im Zusammenhang mit Straftaten und Strafen

- (1) Niemand darf wegen einer Handlung oder Unterlassung verurteilt werden, die zur Zeit ihrer Begehung nach innerstaatlichem oder internationalem Recht nicht strafbar war. Es darf auch keine schwerere Strafe als die zur Zeit der Begehung angedrohte Strafe verhängt werden. Wird nach Begehung einer Straftat durch Gesetz eine mildere Strafe eingeführt, so ist diese zu verhängen.
- (2) Dieser Artikel schließt nicht aus, dass eine Person wegen einer Handlung oder Unterlassung verurteilt oder bestraft wird, die zur Zeit ihrer Begehung nach den allgemeinen, von der Gesamtheit der Nationen anerkannten Grundsätzen strafbar war.
- (3) Das Strafmaß darf zur Straftat nicht unverhältnismäßig sein.

I. Vorgaben .....	2	2. Das Gesetzmäßigkeitserfordernis .....	12
1. Art. 7 Abs. 1 EMRK .....	2	3. Das Bestimmtheitsgebot .....	20
2. Art. 15 Abs. 1 S. 3 IPbPR .....	3	4. Das Analogieverbot .....	23
3. Art. 7 Abs. 2 EMRK .....	4	5. Das Rückwirkungsverbot .....	27
4. Grundsatz der Verhältnismäßigkeit ...	5	6. Der Grundsatz des mildereren Gesetzes (Art. 49 Abs. 1 S. 3) .....	34
5. Nationalstaatliche Gewährleistungen	5a	7. Die Verhältnismäßigkeit von Straftat und Strafmaß (Art. 49 Abs. 3) .....	36
II. Diskussion im Grundrechtekonvent .....	6	IV. Würdigung .....	39
III. Kommentierung .....	9	V. Literaturübersicht	
1. „Nullum crimen, nulla poena sine lege“ im Allgemeinen .....	9		

1 Im Unterschied zu den vorangehenden Art. 47 und 48, in denen jeweils teils verschiedenartige justizielle Rechte zusammengespant werden, haben die in Art. 49 erfassten Rechte einen gemeinsamen Kern in den Grundsätzen der *Gesetzmäßigkeit* und *Verhältnismäßigkeit*. Auch sind sie mehr materieller denn prozeduraler Natur. Doch wie auch immer formuliert und strukturiert, kann der Sache nach kein Zweifel daran sein, dass jedenfalls der in Art. 49 Abs. 1 und 2 verkörperte – in Deutschland üblicherweise als „Gesetzlichkeitsprinzip“ bezeichnete – Grundsatz der Gesetzmäßigkeit im Zusammenhang mit Straftaten

und Strafen zu den allgemeinen Rechtsgrundsätzen gehört, die den gemeinsamen Verfassungstraditionen der EU-Mitgliedsstaaten zugrunde liegen und außerdem durch verschiedene völkerrechtliche Verträge gewährleistet sind.<sup>273</sup> Jedenfalls erscheint hier – anders als bei der gesonderten Behandlung der einzelnen Absätze der Art. 47 und 48 – eine einheitliche Kommentierung angebracht.

## I. Vorgaben

### 1. Art. 7 Abs. 1 EMRK

Art. 49 Abs. 1 und 2 entsprechen dem nahezu wortgleichen Art. 7 Abs. 1 EMRK:

2

*„Niemand darf wegen einer Handlung oder Unterlassung verurteilt werden, die zur Zeit ihrer Begehung nach innerstaatlichem oder internationalem Recht nicht strafbar war. Es darf auch keine schwerere als die zur Zeit der Begehung angedrohte Strafe verhängt werden.“*

Sowohl das in S. 1 enthaltene Gesetzmäßigkeitsprinzip, das wohl erstmals von *Feuerbach* in die lateinischen Formeln „nulla poena sine lege“, „nulla poena sine crimine“, „nullum crimen sine poena legali“ gegossen wurde,<sup>274</sup> als auch das in S. 2 ausgesprochene Verbot rückwirkender Strafschärfung finden sich als essentielle rechtsstaatliche Garantien bereits in Art. 11 Abs. 2 AEMR der Vereinten Nationen von 1948 verankert und auch in Art. 15 Abs. 1 S. 1 und 2 Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte von 1966 bestärkt. Von entsprechenden Gewährleistungen in den nationalen Strafgesetzbüchern unterscheiden sich die internationalen Garantien lediglich insoweit, als neben innerstaatlichem Recht auch das internationale Recht eine Gesetzlichkeitsgrundlage bieten kann. Damit soll, wie noch deutlicher in Art. 7 Abs. 2 EMRK ausgesprochen,<sup>275</sup> nicht zuletzt aufgrund der in den Nürnberger Prozessen gegen mutmaßliche Kriegsverbrecher gemachten Erfahrungen dem Einwand begegnet werden, Verbote oder Erlaubnisse des nationalen Rechts nicht gekannt bzw. irrig angenommen zu haben: Indem stattdessen auch Völkergewohnheitsrecht als Strafbarkeitsgrundlage in Betracht kommt, kann sowohl möglichen nationalen Strafbarkeitslücken als auch national begründeten Verbotsirrtümern begegnet werden.<sup>276</sup> Auf weitere Einzelheiten zu Zielsetzung und Deutung dieser Grundsätze ist in der Kommentierung zurückzukommen.

### 2. Art. 15 Abs. 1 S. 3 IPbPR

Art. 49 Abs. 1 S. 3 entspricht fast wortgleich dem Art. 15 Abs. 1 S. 3 IPbPR von 1966:

3

*„Wird nach Begehung einer strafbaren Handlung durch Gesetz eine mildere Strafe eingeführt, so ist das mildere Gesetz anzuwenden.“*

273 Wie neuerdings vom EuGH in seinem Urteil vom 3.5.2007 zum Europäischen Haftbefehl (C-303/05) in Erinnerung gebracht. Vgl. auch *Heselhaus/Ruffert/Schorkopf*, Handbuch, § 59 Rn. 34 m.w.N.

274 Näher zu der – ideengeschichtlich schon vor *Feuerbach* einsetzenden – Entwicklung dieses Grundsatzes *Roxin*, Strafrecht, § 5 Rn. 12 ff., 22 m. Fn. 29.

275 Vgl. unten Rn. 4.

276 Vgl. *Ambos*, Internationales Strafrecht, § 10 Rn. 87, *Peukert*, in: *Frowein/Peukert*, EMRK, Art. 7 Rn. 1, sowie unten Rn. 18.



Als Ausnahme von dem an sich in Art. 49 Abs. 1 ausgesprochenen Rückwirkungsverbot wird hier die *Rückwirkung von mildereren Strafdrohungen* eingeräumt, wie dies auch bereits in zahlreichen Mitgliedstaaten geltendes Recht ist.<sup>277</sup>

### 3. Art. 7 Abs. 2 EMRK

#### 4 Art. 49 Abs. 2 hat ein nahezu inhaltsgleiches Vorbild in Art. 7 Abs. 2 EMRK:

„Dieser Artikel schließt nicht aus, dass jemand wegen einer Handlung oder Unterlassung verurteilt oder bestraft wird, die zur Zeit ihrer Begehung nach den von den zivilisierten Völkern anerkannten allgemeinen Rechtsgrundsätzen strafbar war.“

Bei diesem Vorbehalt wird die schon zu Art. 49 Abs. 1 S. 1 erwähnte Erweiterung auf die Strafbarkeit nach internationalem Recht<sup>278</sup> noch deutlicher: Es geht im wesentlichen darum, Verurteilungen von Kriegs- und Humanitätsverbrechen gegen den Einwand zu schützen, sie verstießen mangels eines ausdrücklichen nationalen Verbots gegen den Grundsatz von *nullum crimen sine lege*, und zwar insbesondere gegen das Rückwirkungsverbot.<sup>279</sup> Wenn dabei hinsichtlich der Anerkennung der Rechtsgrundsätze nicht mehr auf die „zivilisierten Völker“, sondern auf die „Gesamtheit der Nationen“ abgehoben wird, so konnte mit einer solchen, von „imperialistischer Konnotation“ freien Formulierung<sup>280</sup> auch dem Anschein von Diskriminierung „unzivilisierter“ Völker vorgebeugt werden.<sup>281</sup>

### 4. Grundsatz der Verhältnismäßigkeit

- 5 Der in Art. 49 Abs. 3 enthaltene Grundsatz der *Verhältnismäßigkeit* von Straftaten und Strafmaß hat international bislang kein geschriebenes Vorbild. Als ein Grundsatz, der nach heutigem gesamteuropäischem Verständnis jedem staatlichen Eingriff eine rechtsstaatliche Grenze setzt, ist er auch im Geltungsbereich der EMRK und der EU unbestritten etabliert<sup>282</sup> und nicht zuletzt auch für die Begrenzung staatlicher Strafgewalt bedeutsam.<sup>283</sup> Dies findet im deutschen Recht immerhin für den Bereich der Maßregeln der Besserung und Sicherung in § 62 StGB gesetzlichen Ausdruck.

277 Vgl. Erläuterung des Konventpräsidiums zu Art. 49 Abs. 1 in *Charte 4473/00 (Bernsdorff/Borowsky)*, Protokolle S. 40).

278 Vgl. oben Rn. 2.

279 Vgl. *Jeschek*, NJW 1954, 785, *Meyer-Goßner*, StPO, Art. 7 MRK Rn. 1; *Löwe-Rosenberg/Gollwitzer*, StPO, Art. 7 MRK Rn. 2 ff; *Partsch*, Rechte und Freiheiten der EMRK, S. 173 f.; vgl. ferner *Peukert*, in: *Frowein/Peukert*, EMRK, Art. 7 Rn. 11.

280 So die Erklärung von *Meyer/Engels*, Charta der Grundrechte, S. 32.

281 Bemerkenswerterweise wurde die Redeweise von den „zivilisierten Völkern“ auch schon in Art. 15 Abs. 2 IPbPR und in Art. 21 Abs. 1 lit. c des Rom Statuts des Internationalen Strafgerichtshofs (vgl. unten Fn. 311) aufgegeben, um stattdessen von den „von der Völkergemeinschaft anerkannten allgemeinen Rechtsgrundsätzen“ bzw. von den „international anerkannten Regeln und Normen“ zu sprechen. Vgl. auch *Frowein*, in: *Frowein/Peukert*, EMRK, Art. 7 Rn. 13, sowie unten Rn. 7.

282 Wobei man für die grundsätzliche Verankerung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes im Rechtsstaatsprinzip inzwischen sogar einen positivrechtlichen Ansatzpunkt in Art. 5 Abs. 3 (früher Art. 3 b Abs. 3) EGV (jetzt Art. 5 Abs. 4 EUV) meint finden zu können: vgl. *Bleckmann*, JuS 1994, 177 ff., *Pache*, NVwZ 1999, 1035 ff. sowie – insbesondere auch rechtsvergleichend zur Verankerung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes in den verschiedenen europäischen Rechtsordnungen – *Schwarze*, Europäisches Verwaltungsrecht, S. 661 ff.

283 Näher dazu – auch unter Auswertung der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung – *Weigend*, in: FS für Hirsch, S. 917 ff.

## 5. Nationalstaatliche Gewährleistungen

Auf nationalstaatlicher Ebene kann sich jedenfalls der *Gesetzmäßigkeitsgrundsatz* im Bereich der EU nahezu überall einer verfassungsrechtlichen Verankerung erfreuen: so in Belgien (Art. 14), Bulgarien (Art. 5 Abs. 3), Deutschland (Art. 103 Abs. 1), Estland (§ 23), Finnland (§ 8), Griechenland (Art. 7 Abs. 1), Italien (Art. 25 Abs. 2), Litauen (Art. 31), Luxemburg (Art. 14), Malta (Art. 39 Abs. 8), Niederlande (Art. 16), Polen (Art. 42 Abs. 1), Portugal (Art. 29 Abs. 1), Schweden (Kap. 2 § 10), Slowakei (Art. 50 Abs. 6), Slowenien (Art. 28), Spanien (Art. 9 Abs. 3, 25 Abs. 1), Tschechische Republik (Art. 39 GR-Deklaration),<sup>284</sup> Ungarn (Art. 57 Abs. 4) und Zypern (Art. 12 Abs. 1). Demgegenüber findet sich die *Verhältnismäßigkeit* von Strafen bislang offenbar nur in Zypern (Art. 12 Abs. 3) verfassungsrechtlich anerkannt.<sup>285</sup> 5a

## II. Diskussion im Grundrechtekonvent

Während der in Art. 49 Abs. 1 S. 1 verkörperte Grundsatz von *nullum crimen sine lege* von Anfang an unbestritten war,<sup>286</sup> wobei zeitweilig sogar eine Ausdehnung des Rückwirkungsverbots über das Strafrecht hinaus erwogen worden war,<sup>287</sup> wurden die für die Strafhöhe relevanten S. 2 und 3 von Art. 49 Abs. 1 – mit einem nicht recht nachvollziehbaren Wechselspiel zwischen Hineinnahmen und Herausnahmen – erst später eingefügt.<sup>288</sup> 6

Art. 49 Abs. 2, dessen Bedeutung bei Kriegsverbrecherprozessen vom Konventspräsidium zunächst übersehen worden war,<sup>289</sup> blieb nach seiner schließlich erfolgten Einfügung<sup>290</sup> in der Sache unbestritten, wobei jedoch die gewünschte Ersetzung des auf die „zivilisierten Völker“ abhebenden Art. 7 Abs. 2 EMRK durch „demokratisch“ bzw. strafbar nach „internationalem Recht“ bis zur jetzigen Anerkennung durch die „Gesamtheit der Nationen“ offenbar gewisse Mühe machte.<sup>291</sup> 7

Der in Art. 49 Abs. 1 verkörperte Grundsatz der Verhältnismäßigkeit des Strafmaßes wurde erst zu einem fortgeschrittenen Zeitpunkt der Konventsverhandlungen in die GRC aufgenommen,<sup>292</sup> wobei die Forderung, mittels Ersetzung von „Strafmaß“ durch „Strafdrohung“ nur den Gesetzgeber, nicht aber den Richter zu binden, letztlich erfolglos blieb.<sup>293</sup> 8

## III. Kommentierung

### 1. „Nullum crimen, nulla poena sine lege“ im Allgemeinen

Bei einem Vergleich von Äußerungen zu internationalen Regelungen dieses „klassischen“ Prinzips<sup>294</sup> und zur Regelung im deutschen Recht fällt schon in formaler Hinsicht zweierlei auf: Während sich im internationalen Bereich meist das Rückwirkungsverbot vorangestellt 9

284 Vgl. Eser, oben Art 47 Fn. 31.

285 Zwar verlangt auch die griechische Verfassung die Respektierung des Verhältnismäßigkeitsprinzips (Art. 25 Abs. 1 S. 4), ohne dass aber dies – im Unterschied zu Zypern – ausdrücklich auch auf die Strafzumessung bezogen wäre.

286 Vgl. *Charte* 4102/00 Art. 18.

287 Vgl. Bericht von Meyer/Engels, *Charta der Grundrechte*, S. 244.

288 Vgl. *Charte* 4123/1/00 Rev. I Art. 6 und 4141/00 Art. 4.

289 Vgl. Bernsdorff/Borowsky, *Protokolle* S. 153.

290 *Charte* 4149/00 Art. 10.

291 Vgl. *Charte* 4149/00 Art. 10, 4470/00 Art. 48 sowie Bernsdorff/Borowsky, *Protokolle* S. 153 f., 283; sowie oben Rn. 4 mit Fn. 295 bzw. unten Rn. 18.

292 Vgl. *Charte* 4333/00 zu Art. 10, *Charte* 4422/00 Art. 47 Abs. 3.

293 Vgl. Bernsdorff/Borowsky, *Protokolle* S. 283, 375.

294 Vgl. oben Rn. 2, 6.

findet, steht auf nationaler Ebene eher das Gesetzlichkeitsprinzip als solches im Vordergrund. Und während man auf nationaler Ebene vom Prinzip der „Gesetzlichkeit“ zu sprechen pflegt, ist in der Überschrift von Art. 49 vom Grundsatz der „Gesetzmäßigkeit“ die Rede.

- 10 Was den in Art. 49 Abs. 1 verkörperten Grundsatz betrifft, geht es dabei nicht nur, wie die darauf beschränkte Erläuterung des Konventspräsidiums nahe legen könnte, um das Verbot der Rückwirkung von (strafbegründenden bzw. -erschwerenden) Gesetzen und Strafen;<sup>295</sup> vielmehr sind in diesem Grundsatz auch noch andere, wenn nicht sogar vorrangige Prinzipien enthalten.<sup>296</sup> Auch wenn in teils unterschiedlicher Reihenfolge aufgeführt, herrscht doch im Wesentlichen Einigkeit darüber, dass sich dem Gesetzmäßigkeitsgrundsatz vier Einzelprinzipien entnehmen lassen, aus deren Zusammenwirken sich die Garantiefunktion des Strafrechts ergibt: das Erfordernis einer *Rechtsgrundlage* für das Verbot und die Strafe überhaupt,<sup>297</sup> das *Bestimmtheitsgebot*,<sup>298</sup> das *Analogieverbot* und das *Rückwirkungsverbot*.<sup>299</sup> Über dieser – wie auch immer vorzunehmenden – Aufteilung und Reihung in Einzelprinzipien sind jedoch immer die dahinter stehenden allgemeinen Zielsetzungen im Auge zu behalten, von denen vor allem zwei aus der Sicht des Bürgers bedeutsam sind: der Freiheitsschutz durch Umgrenzung des verbotenen Verhaltens sowie der Vertrauensschutz im Sinne von Vorhersehbarkeit und Berechenbarkeit des Strafrechts.<sup>300</sup>
- 11 Daraus folgt, dass es sich bei Art. 49 um Gewährleistungen zugunsten des Täters handelt. Demzufolge bedürfen nur strafbegründende und straferschwerende Vorschriften einer rechtlichen Grundlage, während täterbegünstigende Regeln, wie vor allem Straffreistellungsgründe sowohl gewohnheitsrechtlich entwickelt werden können, als auch einer erweiterten Analogie zugänglich sind und nicht zuletzt auch rückwirkend zur Anwendung kommen können.<sup>301</sup>

295 Vgl. *Charte* 4473/00 (*Bernsdorff/Borowsky*, Protokolle S. 40).

296 In diesem Sinne wird auch von *Frowein*, obgleich zunächst ebenfalls allein das Verbot rückwirkender Strafgesetze hervorhebend, darauf hingewiesen, dass die EKMR in Art. 7 Abs. 1 EMRK in ständiger Rechtsprechung auch noch andere Prinzipien, wie insbesondere den Grundsatz der gesetzlichen Umschreibung von Straftatbeständen sowie das Analogieverbot, verkörpert gesehen habe (in: *Frowein/Peukert*, EMRK, Art. 7 Rn. 2 ff. m.w.N.).

297 Wobei diese im nationalen Strafrecht in der Regel eine „gesetzliche“ sein muss. Näher zu diesem Unterschied zwischen nationalen und internationalen unten Rn. 12 ff.

298 Wobei hinsichtlich eines allgemeinen Bestimmtheitsgebots im europäischen Recht der EuGH von einem entsprechenden allgemeinen Rechtsgrundsatz der Gemeinschaft ausgeht, vgl. EuGH im Fall *Arblade et al.*, 23.11.1999, verb. Rs. C-369 und C-376/96, Z. 43; *Satzger*, JuS 2004, 947; *Slotész/Steinle/Bielesz*, EuZW 2003, 204.

299 Näher zu dieser Aufteilung in Einzelprinzipien *Schönke/Schröder-Eser/Hecker*, StGB, § 1 Rn. 6. Von dieser Reihenfolge abweichend wird teilweise das Analogieverbot dem Bestimmtheitsgebot vorangestellt (so *Jescheck/Weigend*, Strafrecht, S. 133 ff.), teils das Analogieverbot an den Anfang gestellt, um das Gesetzlichkeitserfordernis, das Rückwirkungsverbot und das Bestimmtheitsgebot nachfolgen zu lassen (*Roxin*, Strafrecht, § 5 Rn. 7 ff.), oder teils im Anschluss an das Gesetzlichkeitserfordernis gleich das Rückwirkungsverbot behandelt, um dann mit dem Bestimmtheitsgebot und dem Analogieverbot fortzufahren (*SK/Rudolphi*, StGB, § 1 Rn. 2 ff.). Wiederum anders Teile der verfassungsrechtlichen Literatur, indem das Analogieverbot und das Verbot von Gewohnheitsrecht aus dem Bestimmtheitsgebot als Kerngarantie abgeleitet werden (vgl. etwa *Maunz/Dürig/Schmidt-Aßmann*, GG, Art. 103 Rn. 178).

300 Näher dazu wie auch zu weiteren staatstheoretischen Begründungen, wie insbesondere aus dem Prinzip der gewaltenteilenden Demokratie, vgl. *Schönke/Schröder-Eser/Hecker*, StGB, § 1 Rn. 2 m.w.N., *NK/Hassemmer/Kargl*, StGB, § 1 Rn. 10, sowie aus der Sicht der EMRK, *Frowein*, in: *Frowein/Peukert*, EMRK, Art. 7 Rn. 2 ff.

301 Zu weiteren Einzelheiten vgl. die insoweit gleiche Rechtslage nach §§ 1, 2 StGB bei *Schönke/Schröder-Eser/Hecker*, StGB, § 1 Rn. 7, 11 ff., 25, 30 ff., § 2 Rn. 14 ff. m.w.N.

## 2. Das Gesetzmäßigkeitserfordernis

a) Wenn Art. 49 – anstelle von „Gesetzlichkeit“ – mit *Gesetzmäßigkeit im Zusammenhang mit Straftaten und Strafen* überschrieben ist, obwohl die englische Fassung von „legality of criminal offences and penalties“ spricht, so könnte diese Wortwahl, auch wenn dazu aus den Materialien nichts ersichtlich ist, doch einen guten Grund haben: Während nach dem deutschen Verfassungs- und Strafrecht die Strafbarkeit zur Tatzeit „gesetzlich“ bestimmt sein muss (Art. 103 Abs. 2 GG, § 1 StGB), hebt Art. 49 Abs. 1 auf die Strafbarkeit nach (innerstaatlichem oder internationalem) Recht ab, was auch dem mehr materiell interpretierbaren Begriff der „Gesetzmäßigkeit“ näher kommt (Art. 49 Abs. 1 S. 1). Das ist vor allem in dreifacher Hinsicht von Bedeutung: 12

So ist – zum ersten – eine nicht zu unterschätzende Weichenstellung bereits darin zu erblicken, dass als Grundlage für die Strafbarkeit zur Tatzeit kein bereits existierendes Gesetz, sondern lediglich (innerstaatliches oder internationales) Recht vorausgesetzt wird (und dementsprechend auch in den englischen und französischen Fassungen von „law“ bzw. „droit“ die Rede ist). Demzufolge braucht jedenfalls nach der europäischen GRC das fragliche Tun oder Unterlassen nicht unbedingt durch ein förmliches Gesetz für strafbar erklärt zu sein, vielmehr kann sich die Strafbarkeit auch aus einem gewohnheitsrechtlichen Verbot oder Gebot ergeben. Nachdem bereits Art. 7 Abs. 1 EMRK in gleicher Weise formuliert ist, stellt sich die Frage, ob nicht jedenfalls auf europäischer Ebene die traditionelle Redeweise von „*nullum crimen sine lege*“ (im Sinne eines Gesetzes oder Statuts) nicht korrekterweise in „*nullum crimen sine iure*“ (als das lateinische Äquivalent von Recht und Law) zu formulieren wäre. Und nicht nur, dass man damit einem traditionellen Common Law-Verständnis entgegen käme,<sup>302</sup> vielmehr ließen sich auf diese Weise wohl auch unterschiedliche Einschätzungen der Rechtmäßigkeit der Nürnberger Urteile erklären.<sup>303</sup> 13

Indem – zum zweiten – eine Strafbarkeitsgrundlage nach innerstaatlichem oder internationalem Recht genügt, bleibt es für die Gestaltung des nationalen Strafrechts den jeweiligen Gesetzgebern der EU-Mitgliedstaaten überlassen, in welcher Form sie die Rechtsgrundlage der Strafbarkeit bestimmen wollen.<sup>304</sup> Damit steht es insbesondere Ländern aus dem Common Law-Bereich nach wie vor offen, Straftaten auch auf der Grundlage von richterlichem Case law zu verfolgen. Um jedoch „gesetzmäßig“ zu sein und dem übergeordneten Berechenbarkeits- und Vertrauensgrundsatz zu genügen,<sup>305</sup> wird auch für gewohnheitsrechtliche Strafbarkeitsbegründung zumindest zu verlangen sein, dass sie auf einer kontinuierlichen, konsistenten und den Bürger nicht überraschenden Entwicklung beruht; eine Garantie dafür kann im Grundsatz des „*stare decisis*“ erblickt werden, wonach die Gerichte ihre Entscheidungstätigkeit auf die bisherige Tradition aufbauen, sich von dieser binden lassen und mit ihr argumentativ auseinandersetzen.<sup>306</sup> Andererseits bleibt es damit selbst Ländern, nach deren innerstaatlichem Recht – wie in Deutschland – die Strafbarkeit (oder sonstige strafähnliche Sanktionierbarkeit) „gesetzlich“ bestimmt sein muss, überlassen, ob es für dieses Erfordernis eines Gesetzes im formellen Sinne bedarf oder ob auch davon abgeleitete Rechtsverordnungen oder Satzungen, wenn nicht sogar diese selbst, genügen können. 13a

302 Vgl. Eser, in: Ritsumeikan L.R. 2009, 171 f.

303 Vgl. Eser, in: Reginbogin/Safferling, S. 55, 58.

304 Zustimmend Dannecker, in: ZStW 117, 745 f., Schwarzel/van Vormizeele, EU, Art. 49 GRC Rn. 6.

305 Vgl. oben Rn. 10.

306 Vgl. NK/Hassemer/Kargl, StGB, § 1 Rn. 43 m.w.N.

nen.<sup>307</sup> Im Übrigen kommt die Bestimmbarkeit des anzuwendenden nationalen Strafrechts auch nicht dadurch in Wegfall, dass bei internationaler Zusammenarbeit nationaler Strafgerichtsbarkeiten, insbesondere aufgrund des Rahmenbeschlusses über den Europäischen Haftbefehl<sup>308</sup> eine Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedsstaaten erforderlich werden kann; solange dabei die fraglichen Straftaten hinsichtlich der Tatbestandsmerkmale oder der angedrohten Strafen unverändert bleiben und unter Wegfall des Erfordernisses beiderseitige Strafbarkeit für die Definition der für eine Verhaftung relevanten Straftaten weiterhin das Recht eines bestimmten – wie namentlich das des Ausstellungsmitgliedstaates – maßgeblich bleibt, braucht auch für den betroffenen Bürger die Bestimmbarkeit des anzuwendenden Rechts nicht in Zweifel zu geraten.<sup>309</sup>

- 14 Indem – zum dritten – die Strafbarkeit auch auf internationales Recht gestützt werden kann, gilt hinsichtlich der erforderlichen Grundlage zunächst einmal das gleiche wie zuvor: Ob und inwieweit diese „gesetzlich“ bestimmt sein muss oder auch auf Gewohnheitsrecht beruhen kann, steht im legislativen Ermessen der zuständigen internationalen Instanz. Selbst soweit es jedoch danach eine „gesetzmäßige“ internationale Strafbarkeitsgrundlage gibt, begründet dies nicht ohne weiteres eine entsprechende Verfolgbarkeit. Vielmehr sind dabei drei Konstellationen zu unterscheiden:
- 15 aa) Bei Verfolgung aufgrund von internationalen Straftatbeständen oder vergleichbar sanktionierbaren Verbotstatbeständen durch *internationale Organe* bestimmt sich das Gesetzlichkeitserfordernis nicht nach den nationalen, sondern nach den einschlägigen internationalen Bestimmungen. Das bedeutet für den Geltungsbereich der GRC, dass zur Wahrung von *nullum crimen, nulla poena sine lege* (lediglich) dem Grundsatz der Gesetzmäßigkeit nach Art. 49 Abs. 1 – aber über Art. 52 Abs. 3 auch den insoweit inhaltsgleichen Anforderungen von Art. 7 Abs. 1 EMRK – zu genügen ist. Das gilt auch für den Fall, dass die Strafverfolgung von einem den europäischen Instanzen übergeordneten supranationalen Gericht, wie insbesondere dem Internationalen Strafgerichtshof aufgrund des Rom-Statuts vom 18.7.1998,<sup>310</sup> betrieben wird. Auch in einem solchen Fall wäre aber eine Berufung des Betroffenen auf das Gesetzmäßigkeitserfordernis der GRC in Art. 49 Abs. 1, sofern im übrigen die Zuständigkeit der europäischen Organe gegeben wäre, nicht ausgeschlossen, ebenso wie umgekehrt eine Strafverfolgung durch europäische Organe etwa strengere höherrangige supranationale Rechte zu genügen hätte. Diese Fallkonstellation ist jedoch in strafrechtlicher Hinsicht nur von theoretischer Natur, solange die EU keine eigene Strafgewalt besitzt,<sup>311</sup> was jedoch nicht ausschließt, dass Art. 49 Abs. 1 für die Kompetenz der EU-Organe zur Sanktionierung von Verwaltungsunrecht<sup>312</sup> bedeutsam werden kann. Da-

307 Näher zu diesen innerstaatlichen Anforderungen, denen für den deutschen Bereich zwar nicht untergesetzliche Rechtsakte als solche, wohl aber davon abgeleitete Verordnungen genügen können und dies insbesondere auch für die Zulässigkeit von Blankettstrafnormen bedeutsam ist, vgl. *Maunz/Dürig/Schmidt-Aßmann*, GG, Art. 103 Rn. 183, *Schönke/Schröder-Eser/Hecker*, StGB, § 1 Rn. 8, 18, jeweils m.w.N.

308 Rahmenbeschluss des Europäischen Rates 2002/584/JI vom 13.6.2002, ABl. 2002 L 109, S. 1.

309 So zur Gültigkeit des Rahmenbeschlusses über den Europäischen Haftbefehl EuGH 3.5.2007 – C-303/05 – Z. 49 ff. = DVBl. 2007, 897, 100; zustimmend *Frenz*, Handbuch Europarecht 4, Rn. 5121, 5124; kritisch *Schmahl* DVBl. 2007, 1468.

310 In englischer, französischer und deutscher Fassung abgedruckt in: BT-Drucks. 14/2682.

311 Zu dem darüber geführten sowohl politischen wie gemeinschaftsrechtlichen Streit vgl. einerseits mit Berufung auf Art. 280 EGV (jetzt Art. 325 AEUV) eine gewisse Strafkompetenz der EU bejahend *Tiedemann*, in: FS für Roxin, S. 1401, 1406 ff., bzw. andererseits eine solche verneinend *Ambos*, Internationales Strafrecht, § 10 Rn. 5, *Satzger*, ZRP 2001, 549, 552 f., jeweils m.w.N. Vgl. auch *Schönke/Schröder-Eser/Hecker*, StGB, Vorbem. 28 vor § 1.

312 Näher dazu *Dannecker*, in: *Eser/Huber*, S. 41.

gegen werden möglicherweise strengere nationale Anforderungen an das Gesetzlichkeitsprinzip, wie etwa nach Art. 103 Abs. 2 GG, auf der hier infragestehenden Ebene von Strafverfolgungen und Verurteilungen aufgrund von supranationalem und dabei insbesondere von EG-Recht nicht relevant, da sich jene Verfassungsbestimmungen grundsätzlich nur an die nationale Strafgewalt wenden. Demzufolge ist beispielsweise bei Sanktionen, die nicht von deutschen, sondern etwa von EG-Organen verhängt werden, Art. 103 Abs. 2 GG grundsätzlich nicht einschlägig.<sup>313</sup>

bb) Letzteres wird auch für die Fallkonstellation zu gelten haben, dass *nationale Organe* 16 eine Verfolgung und Verurteilung auf direkt wirkendes inter- oder supranationales Recht stützen, wie beispielsweise bei der Sanktionierung von gemeinschaftsrechtlichen Verbotstatbeständen, die nach Art. 288 AEUV für alle Mitgliedsstaaten unmittelbar *verbindlich* sind: Auch in diesem Fall ist die betreffende EG-Norm nicht an den Anforderungen von Art. 103 Abs. 2 GG zu messen.<sup>314</sup>

cc) Soweit dagegen die *nationalen Justizorgane* gleichsam kraft *freiwilliger* Übernahme die 17 Verfolgung und Verurteilung aufgrund von inter- oder supranationalem Recht betreiben wollen, haben die betreffenden Verbots- und Sanktionsnormen nicht nur den jeweiligen Gesetzmäßigkeitsanforderungen des anzuwendenden Strafrechts zu genügen, sondern auch den möglicherweise strengeren Gesetzlichkeitserfordernissen der nationalen Strafgewalt zu entsprechen. Das bedeutet, dass völkerrechtliche Straftatbestände, die eine unmittelbar bindende Wirkung in dem Sinne haben, dass sie die nationale Strafgewalt zur entsprechenden Kriminalisierung und Verfolgung verpflichten, erst noch der Umsetzung in nationales Recht bedürfen, wobei dessen jeweilige Gesetzlichkeitsanforderungen zu beachten sind. Demzufolge sind Straftatbestände, denen nicht schon aufgrund von Art. 25 GG als allgemeinen Regeln des Völkerrechts unmittelbare Wirkung als Bundesrecht zukommt, an den Gesetzlichkeitserfordernissen von Art. 103 Abs. 2 GG zu messen.<sup>315</sup> Und Entsprechendes wird für den Geltungsbereich der GRC auch für die Gesetzmäßigkeitsanforderungen des Art. 49 Abs. 1 zu gelten haben. Deshalb hat die Bundesrepublik Deutschland, um jegliche Geltungszweifel bei der Verfolgung von völkerrechtlichen Verbrechen durch die deutsche Strafgerichtsbarkeit auszuschließen, gut daran getan, das römische Statut des Internationalen Strafgerichtshofs<sup>316</sup> nicht nur zu ratifizieren,<sup>317</sup> sondern durch ein eigenständiges Regelungswerk eines Völkerstrafgesetzbuches<sup>318</sup> auch die unmittelbare innerstaatliche Anwendbarkeit sicherzustellen, wobei naturgemäß auch Art. 103 Abs. 2 GG zu beachten war.

dd) Um eine wiederum andere Konstellation, wenngleich mit der hier infragestehenden Gesamtproblematik zusammenhängend, geht es in der Ausnahmeklausel des Art. 49 Abs. 2. 18 Wie schon zum inhaltsgleichen Art. 7 Abs. 2 EMRK angedeutet,<sup>319</sup> sollten damit die Nürnberger Urteile gegen den Einwand rückwirkender Strafbarerklärung von Taten, die zur Tatzeit nicht strafbar gewesen seien, verteidigt werden.<sup>320</sup> Gegenüber ähnlichen Einwän-

313 So *Maunz/Dürig/Schmidt-Aßmann*, GG, Art. 103 Rn. 247.

314 Näher dazu wie auch zu der damit zusammenhängenden Problematik deutscher Blankettgesetze und Verhaltenspflichten aufgrund von EG-Verordnungen vgl. *Maunz/Dürig/Schmidt-Aßmann*, GG, Art. 103 Rn. 247 f.

315 *Maunz/Dürig/Schmidt-Aßmann*, GG, Art. 103 Rn. 251.

316 Vgl. oben Rn. 15.

317 Durch das Gesetz zum römischen Statut des Internationalen Strafgerichtshofs vom 17. Juli 1998 (IStGH-Statutgesetz), vom 4.12.2000 (BGBl. 2000, Teil II, S. 1393).

318 Gesetz zur Einführung des Völkerstrafgesetzbuches vom 26.6.2002 (BGBl., Teil I, S. 2254).

319 Vgl. oben Rn. 4, 7.

320 Vgl. *Frowein*, in: *Frowein/Peukert*, EMRK Art. 7 Rn. 11, *Grabenwarter*, EMRK, § 24 Rn. 140, *Tettinger/Stern/Alber*, Europäische Grundrechte-Charta, Art. 49 Rn. 9.

den, wie sie dann auch gegen die Verurteilung von DDR-Mauerschützen und deren Auftraggeber erhoben wurden,<sup>321</sup> wird durch Art. 49 Abs. 2 – wenn auch mit einer etwas gewundenen Formulierung – klargestellt, dass für die Gesetzmäßigkeit der Verurteilung genügt, dass das fragliche Verhalten *zur Tatzeit* „nach den allgemeinen, von der Gesamtheit der Nationen anerkannten Grundsätzen strafbar“ war.<sup>322</sup> Dass dabei – einerseits im Unterschied zu Art. 7 Abs. 2 EMRK – nicht mehr auf die Anerkennung der „zivilisierten Völker“ und – andererseits im Unterschied zu Art. 15 Abs. 2 IPbPR – nicht auf die „Völkergemeinschaft“, sondern auf die „Gesamtheit der Nationen“ abgehoben wird, ist auch nach der Erläuterung des Konventspräsidiums ohne Bedeutung,<sup>323</sup> geht es doch bei allen Formulierungen um den heute erreichten weltweiten menschenrechtlichen Standard unter Ausgrenzung offensichtlich menschenrechtswidriger Staatspraxis. Während gleichwohl die Bundesrepublik gegenüber Art. 7 Abs. 2 EMRK den Vorbehalt gemacht hatte, dass auf jeden Fall die Grenzen von Art. 103 Abs. 2 GG gewahrt sein müssen,<sup>324</sup> ist von einem gleichen Vorbehalt gegenüber Art. 49 Abs. 2 bislang nichts bekannt.

- 19 b) In gegenständlicher Hinsicht bedarf sowohl die Strafbarkeit als auch die Strafe einer rechtlichen Grundlage: Ersteres ergibt sich eindeutig aus Art. 49 Abs. 1 S. 1, letzteres – jedenfalls mittelbar – aus den Strafregeln von Art. 49 Abs. 1 S. 2 und 3 sowie Abs. 3.

### 3. Das Bestimmtheitsgebot

- 20 Seine Aufgabe, maßgebliche Grundlage der Strafbarkeit zu sein, kann das Recht nur dann erfüllen, wenn es sowohl die kriminalisierte *Tat* wie auch deren *Folgen* mit hinreichender Bestimmtheit umschreibt. Im Hinblick auf die Interessen des Bürgers dient dies einem doppelten Zweck: der Gewährleistung gleicher Rechtsanwendung und der für die Steuerung des Verhaltens wesentlichen Vorausberechenbarkeit des Rechts.<sup>325</sup>
- 21 Für die Bestimmtheit der Tat bedeutet dies, die Voraussetzungen der Strafbarkeit so konkret zu umschreiben, dass sich die Tragweite und der Anwendungsbereich der Straftatbestände aus dem Wortlaut ergeben oder durch Auslegung ermitteln lassen.<sup>326</sup> Soweit dies nicht durch Gesetz geschieht, sondern – wie zum Teil noch im Common law – durch richterliches Fallrecht, muss der strafbegründende Tatbestand aufgrund der Rechtsprechung

321 Wogegen jedoch bemerkenswerterweise der EGMR in den Fällen *Strelitz, Kessler, und Krenz* (34044/96, 35532197 und 44801/98) und *K.-H. W/D* (37201/97) vom 22.3.2001 (auszugsweise abgedruckt in NJW 2001, 3035 bzw. 3042) nicht auf Art. 7 Abs. 1 EMRK zu rekurrieren brauchte, weil sich die Strafbarkeit zur Tatzeit bereits aus dem nationalen Recht gemäß Art. 7 Abs. 1 EMRK ergebe (NJW 2001, 3041 bzw. 3045). Grundlegend dazu *Kreicker*, Art. 7 EMRK, insbes. S. 12 ff., 94 ff.

322 Mit einer Berufung darauf würde sich beispielsweise nach Ansicht von *Weigend/Zoll* (in: *Eser/Arnold, Systemunrecht*, 98 ff.) die nachträgliche Aufhebung einer bereits eingetretenen Verjährung von unrechtssystembedingten Straftaten durch den polnischen Verfassungsgerichtshof (TK Z 25.9.1993) zu einem Verjährungsgesetz von 1991 rechtfertigen lassen.

323 Vgl. *Charte* 4473/00 (*Bernsdorff/Borowsky*, Protokolle S. 40).

324 Bekanntmachung vom 15.12.1953 (BGBl. 1954, Teil II, S. 14). Kritisch dazu *Kreicker*, Art. 7, S. 98 ff.

325 Zu diesen wie auch zu weiteren Zielsetzungen des Bestimmtheitsgebots näher *Schönke/Schröder-Eser/Hecker*, StGB, § 1 Rn. 16 m.w.N.

326 So in ständiger Rechtsprechung BVerfGE 92, 1, 12 m.w.N. – Mögliche Konflikte mit dem Bestimmtheitsgrundsatz sieht *Satzger*, JuS 2004, 947 ff. bei nationalen Strafgesetzen, die (eventuell sogar dynamisch) auf europäische Normen verweisen, deren Wortlaut aus sämtlichen Amtssprachen besteht und deren Auslegung den eigenständigen europarechtlichen Auslegungsregeln folgt. – Nach Ansicht von *Slotész/Steinle/Bielez*, EuZW 2003, 209 f. wird das Bestimmtheitsgebot durch den weiten, auch nicht durch eine konsistente Bußgeldpraxis konkretisierten Ermessensspielraum verletzt, welcher der Kommission bei der Ahndung von Kartellverstößen zusteht.

der Gerichte feststehen und der Strafrahmen ebenfalls klar umgrenzt sein.<sup>327</sup> An dieser Bestimmtheit fehlt es etwa dann, wenn ein Tatbestand aufgrund seiner Formulierung erhebliche Möglichkeiten für willkürliche Anwendung gibt<sup>328</sup> oder die Interpretation nicht mehr im Rahmen dessen liegt, was auch für einen (beratenen) Laien in den als möglicherweise strafbar erkennbaren Rahmen einer Norm fällt.<sup>329</sup> Auch wenn mit Tatbestandsbestimmtheit weder Eindeutigkeit noch Nichterforderlichkeit von Wertungen gemeint sein kann und daher auch normative Tatbestandsmerkmale, Generalklauseln oder sonstige wertausfüllungsbedürftige Begriffe nicht grundsätzlich auszuschließen sind, muss die Umschreibung der Strafbarkeit jedenfalls einen derartigen Grad von Bestimmbarkeit haben, dass sie verhaltensleitend sein kann und richterlicher Willkür vorbeugt.<sup>330</sup>

Auch die Rechtsfolgen der Tat bedürfen einer rechtlichen Grundlage.<sup>331</sup> Auch wenn dabei an die Bestimmtheit – jedenfalls nach deutscher Tradition – weniger strenge Maßstäbe angelegt werden und demzufolge weite Geldstrafenrahmen ebenso für zulässig gehalten werden wie tatbestandlich nicht näher konkretisierte Strafschärfungen, etwa in Form von „besonders schweren Fällen“, so muss doch zumindest jeweils die Strafart (wie z.B. Freiheitsstrafe und/oder nur Geldstrafe) festgelegt sein, ebenso wie es zu den Verhängungsvoraussetzungen Leitlinien für den Richter geben muss, die seine Entscheidung hinsichtlich der Auswahl und der Bemessung der Sanktion vorhersehbar machen.<sup>332</sup> 22

#### 4. Das Analogieverbot

a) Unter Analogie versteht man eine Methode richterlicher Rechtsfortbildung zur Auffindung und Auffüllung von (planwidrigen und nicht schon durch Auslegung schließbaren) Regelungslücken.<sup>333</sup> Während das Rom-Statut für den Internationalen Strafgerichtshof in seinem Art. 22 Abs. 2 S. 1 ausdrücklich die Erweiterung der Begriffsbestimmung eines Verbrechens durch Analogie verbietet, ist ein solches Verbot weder in Art. 7 Abs. 1 EMRK noch in Art. 49 Abs. 1 ausgesprochen. Gleichwohl ist es dem Bestimmtheitsgebot zu entnehmen, da dieses leicht unterlaufen werden könnte, wenn ein vom Wortlaut des geschriebenen oder von der ständigen Rechtsprechung des ungeschriebenen Verbots nicht erfasstes Verhalten im Wege der Analogie für strafbar erklärt werden könnte. Deshalb ist gemäß der Rechtsprechung zu Art. 7 Abs. 1 EMRK, die nach Art. 52 Abs. 3 auch für die Bedeutung und Tragweite der Rechte aus Art. 49 maßgeblich ist,<sup>334</sup> strafbegründende und strafweiternde Analogie verboten.<sup>335</sup> 23

327 Vgl. *Frowein*, in: *Frowein/Peukert*, EMRK, Art. 7 Rn. 4 mit Verweis auf EKMR E 8710/79, DR 28, 77, 81.

328 Vgl. EGMR in *Kokkinakis/GR*, GH 260-A = ÖJZ 1994, 61.

329 Vgl. EKMR E 8710/79, DR 28, 77, 81 f.

330 Vgl. *Frenz*, Handbuch Europarecht 4, Rn. 5122 ff. Zu weiteren Einzelheiten – auch zur reichhaltigen deutschen Judikatur – vgl. *Schönke/Schröder-Eser/Hecker*, StGB, § 1 Rn. 19 ff.

331 Vgl. *Schwarzel/van Vormizeele*, EU, Art. 49 GRC Rn. 7.

332 An Letzterem hat es nach BVerfG NJW 2002, 1779, 1781 ff. insbesondere an der für verfassungswidrig erklärten Vermögensstrafe (§ 43 a StGB) gefehlt.

333 Allgemein dazu *Canaris*, Lücken im Gesetz, S. 71 ff.; *Larenz*, Methodenlehre, 1991, S. 381 f.

334 Vgl. Erläuterungen des Konventspräsidiums zu Art. 49, wo sich der entsprechende Hinweis auf das „garantierte Recht“, obgleich von der Erläuterung zu Art. 49 Abs. 2 nicht formal abgesetzt, sinngemäß wohl auch auf Art. 49 Abs. 1 beziehen dürfte (*Bernsdorff/Borowsky*, Protokolle S. 40 f.).

335 So im Anschluss an die EKMR (vgl. u.a. E 1852/63, Yb 8, 190, 198) auch der EGMR in *Kokkinakis/GR*, GH 260-A = ÖJZ 1994, 59. Vgl. *Frowein*, in: *Frowein/Peukert*, EMRK, Art. 7 Rn. 2, *Grabenwarter*, EMRK, § 24 Rn. 136 m.w.N.



- 24 Gleichmaßen verboten sind analoge Strafschärfungen, wie z.B. durch Überschreitung vorgesehener Höchststrafen in analoger Anwendung von Strafrahmen gleich schwer erscheinender Straftatbestände oder durch zusätzliche Verhängung einer nicht vorgesehenen (Haupt- oder Neben-)Strafe.<sup>336</sup>
- 25 Bei der dafür erforderlichen Abgrenzung zwischen (zulässiger) Auslegung und (verbotener) Analogie bildet die nach dem Wortlaut äußerste begriffliche Grenze einer Strafnorm zugleich die Grenze für die interpretative Eigenwertung des Richters, wobei deren Voraussehbarkeit aus der Sicht des Normadressaten zu bestimmen ist.<sup>337</sup> Um dabei Grenzverschiebungen zu Lasten des Bürgers vorzubeugen, soll nach Deutung des EGMR durch Art. 7 EMRK schon jede *extensive Auslegung* des Strafgesetzes zu Lasten eines Angeklagten verboten sein.<sup>338</sup> Auch wenn sich neuerdings in ähnlichem Sinne das BVerfG gegen eine „tatbestandsausweitende Auslegung“ ausgesprochen hat,<sup>339</sup> braucht dies nicht den Umschlag zu einer „engen Auslegung“ zu bedeuten, wie er in Art. 22 Abs. 2 des Rom-Statuts des Internationalen Strafgerichtshofs bei der Begriffsbestimmung eines Verbrechens – über die ohnehin verbotene analoge Erweiterung hinaus – vorgeschrieben ist (S. 1) und dabei zudem der „in dubio pro reo-Grundsatz“ auch für die Verbrechensauslegung gelten soll (S. 2). Denn eine solche Abkehr von hierzulande bislang zulässiger – bis hin zu weiter – Auslegung, solange nicht die Grenze zur Analogie überschritten wird, bedürfte wohl eines klareren Ansatzpunktes, als er in Art. 49 Abs. 1 zu finden ist.<sup>340</sup>
- 26 b) Als eine Garantie zugunsten des Täters ist Analogie insoweit nicht ausgeschlossen, als sie *strafeinschränkend* oder *strafmildernd* wirkt. Ebenso wie daher im Bereich der allgemeinen Strafbarkeitsvoraussetzungen Rechtfertigungs-, Entschuldigungs- oder sonstige Straffreistellungsgründe auf analogem Wege erweitert oder gar begründet werden können,<sup>341</sup> kann auch die entsprechende Anwendung von Vorschriften des Besonderen Teils zu einer Einschränkung von Strafen führen.<sup>342</sup>

## 5. Das Rückwirkungsverbot

- 27 a) Während bei den vorangehenden Einzelprinzipien des *nullum crimen, nulla poena sine lege*-Grundsatzes auch der Gewaltenteilungsaspekt, wonach die Begründung und Begrenzung von Strafbarkeit primär Sache der Legislative und nicht der Judikative sein soll, eine wesentliche Rolle spielt, steht beim Rückwirkungsverbot der Bürger stärker im Vordergrund. Wenn dieser durch Bestrafung zu gesetzmäßigem Verhalten angehalten werden soll, macht das nur Sinn, wenn bereits vor Tatbegehung die Strafbarkeit gesetzlich bestimmt war. Und wenn der Bürger von seiner Handlungs- und Entfaltungsfreiheit in rechtstaatlich sicherer Weise soll Gebrauch machen können, setzt dies voraus, dass sein Verhalten nicht im nachhinein für strafbar erklärt oder mit einer schwereren Strafe als voraussehbar sank-

336 Vgl. EGMR in *Welch/GB*, GH 307-A, *Jamil/F*, GH 317-B, ferner zum deutschen Recht *Schönke/Schröder-Eser/Hecker*, StGB, § 1 Rn. 28 m.w.N.

337 Näher zu dieser auch vom BVerfG vertretenen Grundlinie (vgl. insbes. BVerfGE 92, 1, 10, 12) wie auch zu anderen Abgrenzungstheorien vgl. *Perron*, in: Hilgendorf, S. 183 ff., *Schönke/Schröder-Eser/Hecker*, StGB, § 1 Rn. 51, 54.

338 EGMR im Fall *Strelitz u.a.* (oben Fn. 322), NJW 2001, 3035, 3037, wobei freilich dessen Anführung analoger Anwendung als ein Beispiel extensiver Auslegung zweifelhaft erscheinen lässt, ob schon jede tatbestandsausweitende Auslegung oder nur eine die Grenze zur Analogie überschreitende verboten sein soll.

339 BVerfGE 92, 1, 16.

340 Vgl. auch *Eser*, in: Hilgendorf, S. 265 ff. A.A. offenbar *Frenz*, Handbuch Europarecht 4, Rn. 5126.

341 *Frenz*, Handbuch Europarecht 4, Rn. 5127, *Schwarze/van Vormizeele*, EU, Art. 49 GRC Rn. 8.

342 Zu Einzelheiten vgl. *Schönke/Schröder-Eser/Hecker*, StGB, § 1 Rn. 30 ff.

tioniert wird.<sup>343</sup> Diese sowohl der Gewährleistung von Freiheit als auch von Sicherheit dienenden Gründe könnten es erklären, dass in der Erläuterung des Konventspräsidiums zu Art. 49 Abs. 1 überhaupt nur das Rückwirkungsverbot angesprochen wird<sup>344</sup> und – ähnlich wie in § 2 StGB – auch im Rom-Statut des Internationalen Strafgerichtshofs in Art. 24 das Rückwirkungsverbot zusätzlich eine eigenständige Regelung findet.<sup>345</sup>

Während sich das Gesetzmäßigkeitserfordernis und das Bestimmtheitsgebot primär an den *Gesetzgeber* (einschließlich, ergänzender Verordnungen oder Leitlinien)<sup>346</sup> richtet, wendet sich das Rückwirkungsverbot – ähnlich wie schon das Analogieverbot – auch an den *Richter*,<sup>347</sup> indem dieser weder neue Straftatbestände auf bereits begangene Taten anwenden noch schwerere Strafen als bereits zur Tatzeit zulässige für zuvor begangene Taten verhängen darf.<sup>348</sup> Obgleich Art. 49 Abs. 1 S. 1 nur von *Strafbarkeit* und Art. 49 Abs. 1 S. 2 nur von *Strafe* spricht, dürfte das Rückwirkungsverbot – ähnlich wie dies im deutschen Recht verstanden wird<sup>349</sup> – nicht nur für Kriminalstrafen im engeren Sinne, sondern für jede hoheitliche Missbilligung von schuldhaftem Verhalten mit entsprechender Sanktionierung gelten, wie insbesondere für die Sanktionierung von Ordnungswidrigkeiten durch Geldbußen oder Disziplinarstrafen.<sup>350</sup>

b) Hinsichtlich der Strafbarkeit ist die rückwirkende Neuschaffung oder Erweiterung von *strafbegründenden* Normen verboten. Deshalb gilt das Rückwirkungsverbot jedenfalls für die nachträgliche Einführung von besonderen Straftatbeständen. Gleiches dürfte im Hinblick auf die allgemeinen Strafbarkeitsvoraussetzungen etwa auch für die nachträgliche Erweiterung von Garantienpflichten und die Abschaffung oder Einschränkung von Rechtfertigungsgründen gelten.<sup>351</sup>

Weniger klar ist hingegen, inwieweit das Rückwirkungsverbot auch einer rückwirkenden *Änderung der Rechtsprechung* entgegenstehen kann. Von der vorherrschenden Meinung in Deutschland wird dies verneint, weil § 2 StGB jeweils nur auf den Geltungszeitpunkt des *Gesetzes* abhebt und daher dem Vertrauen des Täters in den Fortbestand einer bestimmten Auslegungspraxis allenfalls durch Einräumung eines Verbotsirrtums Rechnung getragen werden könne.<sup>352</sup> Demgegenüber ist aber nicht nur zu bedenken, dass Gesetz und richterliche Rechtsanwendung eine Einheit darstellen, aus der sich erst die Grenze zwischen erlaubt und verboten ergibt, sondern dass auch bei rückwirkender Änderung der Rechtspre-

343 Vgl. auch *Heselhaus/Nowak/Schorkopf*, Handbuch, § 59 Rn. 3 f.

344 Vgl. oben Rn. 10 mit Fn. 296.

345 Näher zu den verschiedenen Formen von – echter und unechter – Rückwirkung *Heselhaus/Nowak/Schorkopf*, Handbuch, § 59 Rn. 15 ff.

346 Wie etwa auch wie etwa auch Sanktionen betreffende Leitlinien der Kommission: vgl. EuGH – Dansk RØrindustri – Rs. 189/02, Slg. 2005, I-5425 er 2009 ff.; *Jarass NStZ* 2012, 614.

347 *Frenz*, Handbuch Europarecht 4, Rn. 5134.

348 Zu letzterem vgl. auch unten Rn. 31.

349 So auch für Art. 103 Abs. 2 GG *Maunz/Dürig/Schmidt-Aßmann*, GG, Art. 103 Rn. 195; *Kunig*, in: v. Münch/Künig, GG, Art. 103 Rn. 18 und für § 1 StGB LK/*Dannecker*, StGB, § 1 Rn. 80 ff.; vgl. auch BVerfGE 26, 186, 203; 45, 346, 351; *Schönke/Schröder-Eser/Hecker*, StGB, § 1 Rn. 5.

350 In gleichem Sinne – entgegen der nicht auch Disziplinarstrafen umfassenden – Meinung der EKMR (E 4279/69, Yb 13, 888, 890; E 4519/70, Yb 14, 616, 622) – *Frowein* jedenfalls insoweit, als es sich um Disziplinarverfahren handelt, die als Strafverfahren im Sinne von Art. 6 EMRK anzusehen sind (in: *Frowein/Peukert*, EMRK, Art. 7 Rn. 8; ferner *Schwarzel/van Vormizeele*, EU, Art. 49 GRC Rn. 9. Vgl. auch *Frenz*, Handbuch Europarecht 4, Rn. 5131 zur abweichenden Ansicht von Generalanwalt *Colomer* zu EuGH-Rs. C-387/97.

351 Vgl. *Schönke/Schröder-Eser/Hecker*, StGB, § 2 Rn. 3 m.w.N.

352 Näher dazu *Sachs/Degenhart*, GG, Art. 103 Rn. 73, LK/*Dannecker*, StGB, § 1 Rn. 432 ff., *Roxin*, Strafrecht, § 5 Rn. 47 ff.

chung der Gedanke des Vertrauensschutzes in gleicher Weise tangiert sein kann wie durch eine rückwirkende Gesetzesänderung. Deshalb ist ein Rückwirkungsverbot jedenfalls insoweit in Erwägung zu ziehen, als eine völlig konforme höchstrichterliche Rechtsprechung ihre Entscheidung zu bestimmten Fragen formelhaft festgelegt hat. Ohne dies als Rechtsprechungsänderungsverbot verstehen zu dürfen, ergibt sich daraus jedenfalls das Verbot, einer (täterbelastenden) Rechtsprechungsänderung eine auf die Tatzeit rückwirkende Kraft beizulegen.<sup>353</sup> Eine solche, auch Rechtsprechungsänderungen erfassende Handhabung des Rückwirkungsverbots erscheint bei Art. 49 Abs. 1 um so mehr angebracht, als darin nicht auf die Gesetzlichkeit, sondern auf das „Recht“ abgehoben wird und dazu nicht zuletzt auch richterliches Gewohnheitsrecht gehören kann.<sup>354</sup>

- 31 c) Hinsichtlich der Rechtsfolgen wird ausdrücklich die Verhängung einer schwereren Strafe als der zur Tatzeit angedrohten verboten (Art. 49 Abs. 1 S. 2). Auch wenn dabei lediglich von „verhängen“ gesprochen wird, ist damit zwar weder die Erschwerung bereits bestehender noch die Einführung neuer Strafen untersagt, wohl aber deren Anwendung durch den Richter auf bereits begangene Taten. Inwieweit bei der Auswechslung oder Modifizierung von Strafarten die neue schwerer ist als die alte, ist nach den gleichen Grundsätzen wie die einer nachträglichen Strafmilderung zu bestimmen.<sup>355</sup>
- 32 Inwieweit das Verschärfungsverbot nur für Strafen im engeren Sinne gelten soll, während Maßregeln der Besserung und Sicherung – wie nach § 2 Abs. 6 StGB – davon auszunehmen seien, ist in Art. 49 offen gelassen. Folgt man dazu der zu dem insoweit inhaltsgleichen Art. 7 Abs. 1 S. 2 EMRK ergangenen Rechtsprechung, so lässt sich zwar zwischen nachträglich nicht verschärfbaren Strafen und (auch) rückwirkend verlänger- oder erweiterbaren Maßregeln unterscheiden.<sup>356</sup> Dabei sei jedoch der Begriff der „Strafe“ im Sinne von Art. 7 EMRK autonom – und somit nicht nach einem möglicherweise davon abweichenden nationalen Strafverständnis – zu bestimmen, wobei sich der Charakter als bloßer „Maßnahme“ vornehmlich daraus ergebe, dass sie lediglich „die ‚Vollstreckung‘ beziehungsweise den ‚Vollzug‘ der ‚Strafe‘ betrifft“.<sup>357</sup> Richtigerweise werden nachträgliche Sanktionserweiterungen mit dem vom Rückwirkungsverbot bezweckten Vertrauensschutz allenfalls insoweit vereinbar sein, als es sich um völlig schuldunabhängige, rein präventiv auf Gefahrenabwehr ausgerichtete Maßnahmen handelt.
- 33 d) Offengelassen ist auch die Frage, inwieweit das Rückwirkungsverbot für Strafverfahrensrecht gilt. Ebenso wie dies von der in Deutschland vorherrschenden Meinung grundsätzlich verneint wird,<sup>358</sup> ist Gleiches auch zur Deutung von Art. 7 Abs. 1 EMRK<sup>359</sup> sowie

353 Näher dazu *Schönke/Schröder-Eser/Hecker*, StGB, § 2 Rn. 7 m.w.N.

354 Vgl. oben Rn. 12 f.

355 Vgl. dazu unten Rn. 35.

356 Wie offenbar vom EGMR im Fall *Welch/GB*, GH 307-A angenommen, wobei er jedoch unter Anlegung eines strengen Maßstabes die rückwirkende Anwendung von Vorschriften über die Einziehung des Erlöses von Drogenhändlern, weil als Strafe ausgestaltet, für unzulässig erklärte. Vgl. auch *Frowein*, in: *Frowein/Peukert*, EMRK, Art. 7 Rn. 7.

357 So EGMR zur *nachträglichen Sicherungsverwahrung* (17.12.2009 Nr. 19359/04 – Z. 117 ff., EuGRZ 2010, 25, 38 ff). Demzufolge wurde in der nachträglich verlängerbaren Sicherungsverwahrung nach § 67 d Abs. 2 StGB eine Verletzung von Art. 7 Abs. 1 EMRK erblickt.

358 Vgl. BGHSt 26, 289, wonach dies eine „Selbstverständlichkeit“ sei; vgl. auch BVerfGE 24, 33, 55; 25, 269 ff sowie LK/*Dannecker*, StGB, § 2 Rn. 30 m.w.N., *Frenz*, Handbuch Europarecht 4, Rn. 5132.

359 Vgl. *Frowein*, in: *Frowein/Peukert*, EMRK, Art. 7 Rn. 8 zur zulässigen Verwendung einer Verfahrensentscheidung des House of Lords, die nach der infrage stehenden Tat ergangen war (EKMR E 6683/74, Decisions and Reports 3, 95 f.).

inzwischen auch zu Art. 49<sup>360</sup> festzustellen ist, Indessen dürfte sich eine pauschale Differenzierung schon deshalb verbieten, weil der Regelungsstandort einer Vorschrift im materiellen oder im prozessualen Recht, wie beispielsweise im Falle der Verjährung, vom Zufall abhängen kann. Doch selbst wenn es deshalb nahe liegen mag, auch Verfahrensvoraussetzungen jedenfalls insoweit dem Rückwirkungsverbot zu unterstellen, als ihnen Strafwürdigkeits- oder Strafbedürftigkeitserwägungen zugrundeliegen, wie dies insbesondere bei Strafantrag und Verjährung angenommen wird,<sup>361</sup> ist die Entscheidung letztlich vom Vertrauensschutzgehalt der betreffenden Norm abhängig zu machen: Ein solcher wird bei rein prozessleitenden Regeln oder Zuständigkeitsnormen ebenso zu verneinen sein wie etwa bei Verjährung, auf deren Eintritt der Täter wegen der Möglichkeit jederzeitiger Unterbrechung weder hoffen kann noch legitimerweise hoffen darf.<sup>362</sup>

## 6. Der Grundsatz des milderen Gesetzes (Art. 49 Abs. 1 S. 3)

Nach diesem in der EMRK noch nicht enthaltenen, wohl aber in Art. 15 Abs. 1 S. 3 IPbPR 34 wie auch in Art. 29 Abs. 4 der portugiesischen Verfassung vorzufindenden Grundsatz sollen nachträgliche Strafmilderungen dem Täter zugute kommen. Anders als § 2 Abs. 3 StGB, wonach bei Gesetzesänderungen vor der Entscheidung das mildeste „Gesetz“ anzuwenden ist und dies unstreitig sowohl für die Strafbarkeitsvoraussetzungen als auch für die Rechtsfolgen gilt, spricht Art. 49 Abs. 1 S. 3 nur von Verhängung der milderen „Strafe“. Gleichwohl wird auch diese Vorschrift dahingehend zu verstehen sein, dass bei jedweder *täterbegünstigenden Gesetzesänderung* zwischen Tatbegehung und letztinstanzlicher Entscheidung das jeweils mildeste Gesetz anzuwenden ist. In dem darin liegenden Gebot rückwirkender Anwendung späteren Rechts ist jedoch keine Durchbrechung des Rückwirkungsverbots zu erblicken, da dieses nur Rückwirkung zu Lasten, nicht aber zu Gunsten des Täters verhindern will.<sup>363</sup> Auch braucht dies nicht ohne weiteres zur Anwendung des im Entscheidungszeitpunkt geltenden Rechts zu führen, da unter Umständen auch ein noch milderes Zwischengesetz zum Zuge kommen kann.

Ob und gegebenenfalls welches Gesetz im Vergleich zu einem früheren oder späteren als 35 *milder* anzusehen ist, dies ist unter Berücksichtigung des *gesamten Rechtszustandes*, von dem das Ob und Wie der Strafbarkeit abhängt, zu bestimmen, wobei jedoch nicht ein abstrakter Vergleich der Tatbestände und deren allgemeine Strafdrohungen genügt, sondern maßgeblich darauf abzuheben ist, welches Gesetz für den *konkreten Fall* die mildeste Beurteilung zulässt.<sup>364</sup>

## 7. Die Verhältnismäßigkeit von Straftat und Strafmaß (Art. 49 Abs. 3)

Ogleich bislang ohne geschriebenes Vorbild, kann sich der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit 36 sowohl als rechtsstaatliches Maßprinzip im allgemeinen wie auch als Begrenzung staatlichen Strafens im besonderen bereits europaweiter Anerkennung erfreuen.<sup>365</sup> Die Notwendigkeit eines gerechten Verhältnisses zwischen Strafmaß und Straftat wird aus der

360 Vgl. Generalanwalt Kokott im Fall *Santesteban*, Rs. 296/08, Z. 45, Slg. 2008, I-6307, *Jarass* NStZ 2012, 615.

361 Vgl. namentlich *Jakobs*, Strafrecht, S. 67 f., 95 f. m.w.N.

362 Vgl. des Weiteren dazu *Schönke/Schröder-Eser/Hecker*, StGB, § 2 Rn. 6 m.w.N. In gleichem Sinne BVerfGE 25, 269 ff., 269.

363 Vgl. oben Rn. 11.

364 So jedenfalls die zum deutschen Recht vorherrschende Meinung: vgl. *Schönke/Schröder-Eser/Hecker*, StGB, § 2 Rn. 14 ff., 18 ff. m.w.N.

365 Vgl. oben Rn 5 f., 8.

Menschenwürde in Verbindung mit dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht sowie aus dem Rechtsstaatsprinzip hergeleitet.<sup>366</sup> Als Instrument zur Kontrolle des staatlichen Strafanspruchs als der schärfsten Waffe des Staates gegenüber dem Einzelnen ist es sowohl für den Gesetzgeber als auch für die Rechtsanwendung durch den Richter von Belang.

- 37 a) Auf der Ebene der Gesetzgebung lässt der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz die Kriminalisierung und Sanktionierung von Verhalten nur insoweit zu, als dies zum Schutz des betroffenen Rechtsguts im Rahmen legitimer Strafzwecke erforderlich, geeignet und angemessen ist. Von dem darauf ausgerichteten „Gebot sinn- und maßvollen Strafens“ könnten aus der reichhaltigen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts vor allem zwei Entscheidungen Auswirkungen auf die europäische Kriminalpolitik haben. Das gilt zum einen für die absolute Androhung lebenslanger Freiheitsstrafe, bei der dem Verurteilten eine konkrete und grundsätzlich realisierbare Chance bleiben muss, die Freiheit wiederzugewinnen<sup>367</sup> – eine verfassungsrechtliche Bedingung, welcher der deutsche Strafgesetzgeber inzwischen durch die mögliche Aussetzung des Strafrestes bei lebenslanger Freiheitsstrafe (§ 87 a StGB) Rechnung getragen hat. Und das gilt zum anderen für die angesichts unterschiedlicher internationaler Drogenpolitik bedeutsame Entscheidung, dass die Kriminalisierung des bloßen Besitzes von Drogen zum Eigengebrauch (nur) insoweit verhältnismäßig ist, als es den Strafverfolgungsorganen möglich bleibt, beispielsweise durch Absehen von Strafe einem geringen individuellen Unrechts- und Schuldgehalt der Tat Rechnung zu tragen.<sup>368</sup>
- 38 b) Auf der Ebene der gesetzesanwendenden Rechtsprechung darf die Strafe (einschließlich etwaiger Nebensanktionen) nicht außer Verhältnis zur Straftat stehen, wobei sowohl dem objektiven Gewicht des Unrechts als auch der individuellen Schwere der Schuld besondere Bedeutung zukommt.<sup>369</sup> Dazu ist in jedem Einzelfall zu prüfen, ob die Verhängung einer strafrechtlichen Sanktion zur Erreichung der staatlichen Zielsetzung erforderlich ist und das Gewicht der zu schützenden Rechtsgüter in einem angemessenen Verhältnis zur Beschränkung der Rechte des Betroffenen steht.<sup>370</sup> Könnte es daran in einem um Auslieferung ersuchenden Staat fehlen, wäre diese zu verweigern.<sup>371</sup>

#### IV. Würdigung

- 39 Auch wenn die Regelung des Rückwirkungsverbots als wenig geglückt zu bezeichnen ist,<sup>372</sup> bleibt die Bestätigung des *nullum crimen, nulla poena sine lege*-Grundsatzes zu begrüßen. Auch dass in der Artikelüberschrift anstelle der traditionellen „Gesetzlichkeit“ vom Grundsatz der „Gesetzmäßigkeit“ gesprochen wird, ist nicht zuletzt deshalb bemerk-

366 Vgl. insbes. BVerfGE 19, 342, 347 ff; seitdem ständige Rechtsprechung des BVerfG und aller Verwaltungsgerichte. Näher dazu und m.w.N. *Bleckmann*, JuS 1994, 177 ff, sowie zum Verhältnismäßigkeitsgrundsatz auf europäischer Ebene *Schwarze*, Europäisches Verwaltungsrecht, S. 661 ff.

367 BVerfGE 45, 187 ff.

368 Cannabis-Entscheidung BVerfGE 90, 145 ff. Zu der auch in anderen Delikt Bereichen unterschiedlichen Kriminalpolitik innerhalb der EU vgl. *Dannecker*, ZStW 117 (2005), 746 f.

369 Dies wird auch für strafähnliche Maßnahmen, wie etwa für Bußgelder bei Wettbewerbsverstößen, zu gelten haben; zu dabei zu beachtenden Kriterien vgl. EuGH im Fall *Chalkor*, C-386/10 P, Z. 55 ff. = EuZW 2012, 190, EuGH im Fall *KME*, C-272/09 P, Z. 49 ff., 96 ff. = BeckRS 2011, 81924. Bei völlig schuldunabhängigen Maßregeln hingegen wird auf den allgemeinen Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zurückzugreifen sein. Vgl. auch *Frenz*, Handbuch Europarecht 4, Rn. 5147, *Jarass*, Charta, Art. 49 Rn. 8 f.

370 Vgl. vor allem BVerfGE 90, 145, 185; in diesem Sinne auch *Schönke/Schröder-Stree/Kinzig*, StGB, § 46 Rn. 71, sowie *Weigend*, in: FS für Hirsch, S. 924.

371 Vgl. OLG Köln, BeckRS 2010, 00518., OLG Stuttgart, StV 2010, 262.

372 Vgl. oben Rn. 27 ff.

kenswert, weil damit die Strafbarkeit aufgrund von – nationalem und internationalem – Gewohnheitsrecht leichter widerspruchsfrei zu begründen ist.<sup>373</sup> Nicht zuletzt ist auch in der ausdrücklichen Anmahnung des Verhältnismäßigkeitsprinzips – und zwar sowohl gegenüber dem Gesetzgeber als auch gegenüber dem Richter – ein Fortschritt zu erblicken.<sup>374</sup>

## V. Literaturübersicht

*Ambos, Kai*, Internationales Strafrecht, 3. Auflage, München 2011; *Bleckmann, Albert*, Begründung und Anwendungsbereich des Verhältnismäßigkeitsprinzips, JuS 1994, 177; *Canaris, Claus Wilhelm*, Feststellung von Lücken im Gesetz, München 1983; *Dannecker, Gerhard*, Strafrecht der Europäischen Gemeinschaft, in: Huber, Barbara/Eser, Albin (Hrsg.), Strafrechtsentwicklung in Europa, Bd. 4, Teil 3, Freiburg i. Breisgau 1995; *ders.*, Die Dynamik des materiellen Strafrechts unter dem Einfluss europäischer und internationaler Entwicklungen, in: ZStW 117 (2005), 697; *Eser, Albin*, Das Internationale Militärtribunal von Nürnberg aus deutscher Perspektive, in: Reginbogin, Herbert R./Safferling Christoph J.M. (eds.), The Nuremberg Trials – International Criminal Law since 1945, München 2006, S. 53; *ders.*, Human Rights Guarantees for Criminal Law and Procedure in the EU-Charter of Fundamental Rights, Ritsumeikan Law Review 2009, 163; *ders.*, Zur Abgrenzung von Auslegung und Analogie, in: Hilgendorf, Eric (Hrsg.), Das Gesetzlichkeitsprinzip im Strafrecht, Tübingen 2013, S. 259; *Jakobs, Günther*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 2. Auflage, Berlin/New York 1991; *Jarass, Hans D.*, Strafrechtliche Grundrechte im Unionsrecht, NStZ 2012, 611-616; *Jescheck, Hans Heinrich*, Die europäische Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten, NJW 1954, 783; *Jescheck, Hans Heinrich/ Weigend, Thomas*, Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil, 5. Auflage, Berlin 1996; *Kreicker, Helmut*, Art. 7 EMRK und die Gewalttaten an der deutsch-deutschen Grenze, Baden-Baden 2002; *Larenz, Karl*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Auflage, Berlin/ Heidelberg/New York u.a. 1991; *Laufhütte, Heinrich Wilhelm/ Rissing-van Saan, Ruth/ Tiedemann, Klaus*, Leipziger Kommentar zum StGB (LK), Großkommentar, Bd. 1, Einleitung, §§ 1-31, 12. Aufl., Berlin/New York 2006; *Löwe-Rosenberg*, Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, Großkommentar, Erb, Volker u.a. (Hrsg.), 1. Bd. (Einleitung; §§ 1-47), 26. Auflage, Berlin/New York 2006; *Meyer-Göfner, Lutz*, Strafprozessordnung, Gerichtsverfassungsgesetz, Nebengesetze und ergänzende Bestimmungen, 52. Auflage, München 2009; *Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch (NK)*, Bd. 1, §§ 1-145 d, *Kindhäuser, Urs/Neumann, Ulfried/Paeffgen, Hans Ulrich* (Hrsg.), Baden-Baden, 3. Aufl. 2010; *Pache, Eckhard*, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in der Rechtsprechung der Gerichte der Europäischen Gemeinschaften, NVwZ 1999, 1033; *Partsch, Karl Josef*, Rechte und Freiheiten der EMRK, Berlin 1966; *Perron, Walter*, Die Unterscheidung zwischen Auslegung und Analogie aus deutscher Sicht, in: Hilgendorf, Eric (Hrsg.), Das Gesetzlichkeitsprinzip im Strafrecht, Tübingen 2013, 183; *Roxin, Claus*, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band 1, 4. Auflage, München 2006; *Rudolphi, Hans-Joachim/Horn, Eckhard/Samson, Erich/Günther, Hans-Ludwig/Hoyer, Andreas* u.a. (Hrsg.), Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch (SK), Band 1, Allgemeiner Teil (§§ 1 – 37), Köln 120. Lieferung, Stand: Nov. 2009; *Satzger, Helmut*, Auf dem Weg zu einem europäischen Strafrecht, ZRP 2001, 549; *ders.*, Die Internationalisierung des Strafrechts als Herausforderung für den strafrechtlichen Bestimmtheitsgrundsatz, JuS 2004, 943; *Schmahl, Stefanie*, Der Europäische Haftbefehl vor dem EuGH, DVBl. 2007, 1463; *Schönke, Adolf/Schröder, Horst*, Kommentar zum Strafgesetzbuch, 29. Auflage, München 2014; *Schwarze, Jürgen*, Europäisches Verwaltungsrecht. Entstehung und Entwicklung im Rahmen der Europäischen Gemeinschaft, Baden-Baden 2005; *Solzész, Ulrich/Steinle, Christian/Bielez, Holger*, Rekordgeldbußen versus Bestimmtheitsgebot – Die Kartellverordnung auf dem Prüfstein höherrangigen Gemeinschaftsrechts, EuZW 2003, 202; *Tiedemann, Klaus*, EG und EU als Rechtsquellen des Strafrechts, in: Schünemann, Bernd/Achenbach, Hans u.a. (Hrsg.), Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag, Berlin/New York 2001, S. 1401; *Weigend, Ewald/Zoll, Andrzej*, Polen, in: Eser, Albin/Arnold, Jörg (Hrsg.), Strafrecht in Reaktion auf Systemunrecht 5, Freiburg 2002, 27; *Weigend, Thomas*, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit als Grenze staatlicher Strafgewalt, in: Weigend, Thomas/Küpper, Georg (Hrsg.), Festschrift für Hans Joachim Hirsch, Berlin 1999, S. 917.

373 Vgl. oben Rn. 12 ff.

374 Vgl. oben Rn. 36 ff.

## Artikel 50 Recht, wegen derselben Straftat nicht zweimal strafrechtlich verfolgt oder bestraft zu werden

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

I. Vorgaben .....	1	2. Horizontal-transnationale Geltung....	11
1. Art. 4 des Protokolls Nr. 7 zur EMRK	1	3. Vertikale national-supranationale Geltung.....	16a
2. Art. 54 SDÜ.....	2	IV. Würdigung.....	17
3. EuGH-Rechtsprechung.....	3	V. Literaturübersicht	
4. Nationalstaatliche Gewährleistungen	3a		
II. Diskussion im Grundrechtekonvent.....	4		
III. Kommentierung.....	5		
1. Innerstaatliches „ne bis in idem“.....	6		

### I. Vorgaben

#### 1. Art. 4 des Protokolls Nr. 7 zur EMRK

1 Ein erstes Vorbild für Art. 50 ist in Art. 4 des Protokolls Nr. 7 zur EMRK zu sehen.<sup>375</sup>

- (1) „Niemand darf wegen einer Straftat, wegen der er bereits nach dem Gesetz und dem Strafverfahrensrecht eines Staates rechtskräftig verurteilt oder freigesprochen worden ist, in einem Strafverfahren desselben Staates erneut verfolgt oder bestraft werden.“
- (2) Absatz 1 schließt die Wiederaufnahme des Verfahrens nach dem Gesetz und dem Strafverfahrensrecht des betreffenden Staates nicht aus, falls neue oder neu bekannt gewordene Tatsachen vorliegen oder das vorausgegangene Verfahren schwere, den Ausgang des Verfahrens berührende Mängel aufweist.
- (3) Von diesem Artikel darf nicht nach Art. 15 der Konvention abgewichen werden.“

Unter den geläufigen Kurzbezeichnungen als „ne bis in idem“ oder als „Verbot der Doppelbestrafung“ war dieser Grundsatz auf internationaler Ebene bereits durch den Internationalen Pakt über bürgerliche und politische Rechte von 1966 (Art. 14 Abs. 7) anerkannt worden, so dass es bei der Aufnahme in das 7. Zusatzprotokoll zur EMRK lediglich um eine ausdrückliche Übernahme auf europäischer Ebene ging.<sup>376</sup> Im Vergleich zu Art. 50 sind zwei Abweichungen erwähnenswert: Während das EMRK-Zusatzprotokoll lediglich die *innerstaatliche* Geltung des ohnehin in den Mitgliedstaaten der EU bereits anerkannten Doppelbestrafungsverbots bekräftigt, will Art. 50 diesem jedenfalls unionsweit auch *zwischenstaatliche* Anerkennung verschaffen.<sup>377</sup> Und während das Zusatzprotokoll zur EMRK mit seinem Abs. 2 noch die Möglichkeit einer *Wiederaufnahme* des Verfahrens meinte ausdrücklich sicherstellen zu müssen, wird dies von Art. 50 offenbar für entbehrlich gehalten.<sup>378</sup>

375 So jedenfalls nach der insoweit kommentarlosen Anführung dieses Artikels an erster Stelle in der Erläuterung des Konventspräsidiums in *Charte 4473/00 (Bernsdorff/Borowsky, Protokolle S. 140)*. Vgl. auch Böse GA 2011, S. 506 f., Weiß, EuZW 2013, 289, 291.

376 Vgl. zur Entstehungsgeschichte dieses Protokolls *Frowein/Peukert, EMRK<sup>2</sup> (1996), S. 853 f.*

377 Vgl. unten Rn. 11.

378 Vgl. unten Rn. 4.

## 2. Art. 54 SDÜ<sup>379</sup>

Speziell für den Bereich der Schengen-Staaten findet sich in Art. 54 SDÜ ein weiteres Doppelbestrafungsverbot: 2

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

Diese Vorschrift im Schengener Durchführungsübereinkommen (SDÜ) von 1990,<sup>380</sup> in dessen Art. 54-58 sich der Geltungsumfang des Doppelbestrafungsverbots geregelt findet,<sup>381</sup> ist im wesentlichen inhaltsgleich mit Art. 1 des (noch nicht in Kraft getretenen) EG-„ne bis in idem“-Übereinkommens von 1987.<sup>382</sup> Damit gehört die transnationale Geltung von „ne bis in idem“ jedenfalls für den Bereich der EU bereits zu deren Rechtsbesitzstand.<sup>383</sup> Von Art. 50 weichen die SDÜ-Regeln jedoch insoweit ab, als eine erneute Strafverfolgung durch einen anderen Mitgliedstaat nur und erst dann ausgeschlossen ist, wenn die Vollstreckung der Sanktion bereits angelaufen oder nicht mehr möglich ist.<sup>384</sup>

## 3. EuGH-Rechtsprechung

Auch in der Rechtsprechung des EuGH hatte der ne bis in idem-Grundsatz bereits Anerkennung gefunden, wobei nicht erst die Verhängung mehrerer Strafen für ein- und dieselbe Verfehlung, sondern schon die Einleitung mehrerer Verfahren aufgrund desselben Lebenssachverhalts für verboten erklärt wurde.<sup>385</sup> Allerdings wurde dabei der Tatbegriff so eng gefaßt, daß im Fall von Verfahren, die unterschiedlichen Zielen dienen, eine Verfehlung mehrfach sollte sanktioniert werden können; demzufolge sollte auch parallelen Verfahren auf der Ebene der Gemeinschaft und eines Mitgliedstaates das Doppelbestrafungsverbot 3

379 Umfassend dazu *Kniebühler*, Transnationales ‚ne bis in idem‘, S. 154 ff., *Hußung*, Tatbegriff, S. 121 ff., *Stein*, ne bis in idem. Vgl. auch *Eser*, in: *Sieber*, Europäisches Strafrecht, § 36 Rn. 69 ff., *Zöller*, in: FS für Krey S. 507 ff.

380 Übereinkommen vom 19.6.1990 zur Durchführung des Übereinkommens von Schengen vom 15.6.1985 (BGBl. 1993, Teil II, S. 1010, 1902).

381 Abgedruckt und Einzelheiten dazu bei *Schomburg*, in: *Schomburg/Lagodny/Gleiß/Hackner*, SDÜ, Art. 54-58 (5. Aufl. S. 1672 ff.); ferner *Kühne*, JZ 1998, 876 ff.

382 Übereinkommen vom 25.5.1987 zwischen den Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaft über das Verbot der doppelten Bestrafung (abgedruckt in: *Schomburg/Lagodny/Gleiß/Hackner*, 4. Aufl., S. 1202 ff.).

383 So auch die Erläuterung des Konventpräsidiums zu Art. 50 in *Charte 4473/00 (Bernsdorff/Borowsky*, Protokolle S. 41). Zu weiteren Bestimmungen in (teils geplanten und teils bereits in Kraft getretenen) Übereinkommen des Europarats und der EU, in denen der „ne bis in idem“-Grundsatz Anerkennung findet, wie insbesondere auch die vom Konventspräsidium genannten Art. 7 des Übereinkommens über den Schutz der finanziellen Interessen der Europäischen Gemeinschaften gegen Betrug sowie Art. 10 des Übereinkommens über die Bekämpfung der Bestechung, vgl. den Überblick von *Ebensperger*, ÖJZ 1999, 177 ff., und von *Schomburg*, NJW 2000, 1833 ff.

384 Vgl. *Eser*, in: *Sieber*, Europäisches Strafrecht, § 36 Rn. 73, *Hecker*, Europäisches Strafrecht, § 13 Rn. 23 sowie die ausführliche Rechtsprechungsübersicht zum EuGH, wie insbes. zum Fall *Bourquain* (Rs. C-297/07), bei *Agnostopoulos*, in: FS für Hassemer, S. 1123 ff. Zum Vollstreckungserfordernis vgl. neuerdings auch LG Aachen – 52 Ks 9/08 vom 8.12.2009 mit Besprechung von *Burchard/Brodowski*, in: *StraFo* 2010, 137 ff. ferner zum Vergleich mit Art. 50 GRC unten Rn. 14.

385 EuGH – *Gutmann*, verbundene Rechtssachen 18 und 35/66 – Slg. 1966, 178; EuGH – *Limburgse Vinyl Maatschappij NV*, verbundene Rechtssachen T-305/94 u.a., Slg. 1999, II-935 f. Vgl. auch *Agnostopoulos*, in: FS für Hassemer, S. 1123 ff., *Heselhaus/Nowak/Schorkopf*, Handbuch, § 59 Rn. 1 ff.



nicht entgegenstehen, wobei jedoch die zeitlich frühere Sanktion bei der nachfolgenden Entscheidung zu berücksichtigen sei.<sup>386</sup> Insofern geht der EuGH immerhin über den Standard der EMRK hinaus, die in Art. 4 Abs. 1 ihres 7. Zusatzprotokolls nur eine innerstaatliche Doppelbestrafung verbietet. Von dieser Linie war auch schon zuvor die EKMR nicht abgewichen, obwohl die Ableitung des Doppelbestrafungsverbot aus dem in Art. 6 EMRK garantierten Anspruch auf „fair trial“<sup>387</sup> durchaus einen Ansatzpunkt auch für grenzüberschreitende Beachtung hätte liefern können.

#### 4. Nationalstaatliche Gewährleistungen

- 3a 4. Auf nationalstaatlicher Ebene ist das *Doppelbestrafungsverbot* bislang lediglich in einem Drittel der EU-Staaten verfassungsrechtlich abgesichert, und dies zudem nur für den *innerstaatlichen* Bereich:<sup>388</sup> so in Deutschland (Art. 103 Abs. 3),<sup>389</sup> Estland (§ 23), Litauen (Art. 31), Malta (Art. 39 Abs. 9), Portugal (Art. 29 Abs. 5), Slowakei (Art. 50 Abs. 5), Slowenien (Art. 31), Spanien (Art. 25 Abs. 1), Tschechische Republik (Art. 40 Abs. 5 GR-Deklaration)<sup>390</sup> und Zypern (Art. 12 Abs. 2).<sup>391</sup>

## II. Diskussion im Grundrechtekonvent

- 4 Nachdem gemäß der ersten Fassung des späteren Art. 50 recht lapidar jede erneute Strafverfolgung oder Verurteilung nach einem Freispruch oder einer rechtskräftigen Verurteilung – und dies zudem ohne irgendeine inner- oder zwischenstaatliche Begrenzung – verboten sein sollte,<sup>392</sup> wurde von dem Versuch, Art. 4 des 7. Zusatzprotokolls zur EMRK wortgetreu zu übernehmen und damit das Doppelbestrafungsverbot auf den innerstaatlichen Geltungsbereich zu beschränken,<sup>393</sup> schließlich wieder Abstand genommen, weil der Verweis auf die EMRK den Widerspruch von Mitgliedstaaten hervorrufen könne, welche die EMRK nicht unterzeichnet bzw. Vorbehalte angemeldet haben.<sup>394</sup> Während im weiteren Verlauf die Frage einer (schließlich nicht übernommenen) Ausnahmeklausel für Wiederaufnahme nur eine beiläufige Rolle spielte,<sup>395</sup> ging es vornehmlich um die Frage, ob die Anwendbarkeit des *ne bis in idem*-Grundsatzes auf die Gerichtsbarkeit innerhalb eines Mitgliedstaates beschränkt bleiben sollte, oder ob er auch darüber hinaus Beachtung erheische. Letzteres wurde schließlich mit Blick auf die wachsende Bedeutung supranationaler Rechtsakte und der damit verbundenen Europäisierung des Rechtsschutzes jedenfalls für den Bereich der Europäischen Union in den jetzigen Art. 50 aufgenommen.<sup>396</sup>

386 EuGH – *Wilhelm/Bundeskartellamt*, 14/68 – Slg. 1969, 1 f.; siehe auch GA *Verloren van Themaat* in EuGH – *Könecke*, 117/83 – Slg. 1984, 3316 f.; dazu *Ebensperger*, ÖJZ 1999, 179; zur neueren Entwicklung vgl. unten Rn. 15.

387 Vgl. u.a. EKMR E 8945/80, DR 39, 43, (47) sowie *Peukert*, in: Frowein/Peukert, EMRK, Art. 6 Rn. 278 ff. m.w.N.

388 Vgl. unten Rn. 6.

389 Vgl. BVerfG, NJW 2012, 1202, *Brodowski*, StV 2013, 340.

390 Vgl. *Eser*, oben Art. 47 Rn. 31.

391 Vgl. auch den Überblick bei *Eser*, in: Sieber, Europäisches Strafrecht, § 36 Rn. 46 ff., 59 ff.

392 *Charte* 4102/00 Art. 17 und *Charte* 4123/1/00 Art. 7.

393 *Charte* 4141/00 Art. 5.

394 *Charte* 4149/00 Art. 11 und 4284/00 Art. 11. Vgl. auch *Meyer/Engels*, Charta der Grundrechte, S. 244.

395 Vgl. *Bernsdorff/Borowsky*, Protokolle, S. 283 f.

396 *Charte* 4470/00 Art. 49. Vgl. im einzelnen *Bernsdorff/Borowsky*, Protokolle, S. 154, 283 f., 375, *Meyer/Engels*, Charta der Grundrechte, S. 32, *Stalberg*, Anwendungsbereich, S. 15 ff., sowie *Satzger*, in: FS für Roxin (2011), S. 1518 ff., *Schomburg/Suominen-Picht*, NJW 2012, 1190.

### III. Kommentierung

Art. 50 ist in dreifacher Hinsicht bedeutsam: zum einen für die innerstaatliche Strafgerichtsbarkeit, indem niemand ein weiteres Mal strafrechtlich verfolgt oder bestraft werden darf, wenn er im selben Land bereits rechtskräftig abgeurteilt worden ist (1.); zum zweiten auf zwischenstaatlicher Ebene, indem jedenfalls für den Bereich der EU eine erneute Strafverfolgung nach Aburteilung in einem anderen Mitgliedsstaat untersagt wird (2.); und zum dritten im Verhältnis von Mitgliedsstaaten und EU, indem die Kumulation einer nationalen und einer supranationalen Sanktionierung zu vermeiden ist (3.).<sup>397</sup>

#### 1. Innerstaatliches „ne bis in idem“

a) Auch wenn Art. 50 nur von einer vorangegangenen Aburteilung in der „Union“ spricht, sollen damit nicht nur zwischenstaatliche Mehrfachverfahren ausgeschlossen sein; vielmehr muss das erst recht auch schon innerhalb eines Mitgliedstaates gelten.<sup>398</sup> Falls man dies nicht schon in Art. 50 selbst impliziert sieht, würde sich der innerstaatliche Geltungsbereich des Doppelbestrafungsverbots jedenfalls über Art. 52 Abs. 3 aus der insoweit inhaltsgleichen Garantie in Art. 4 des 7. Zusatzprotokolls zur EMRK ergeben.<sup>399</sup> Die EU-grundrechtliche Bekräftigung des Doppelbestrafungsverbots ist auch nicht etwa deshalb bedeutungslos, weil seine innerstaatliche Geltung in den Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten weitgehend anerkannt ist.<sup>400</sup> Denn nicht nur, dass dies nicht in allen Ländern auch verfassungsrechtlich abgesichert ist,<sup>401</sup> vielmehr ist das Zusatzprotokoll zur EMRK bislang nur von knapp der Hälfte der EU-Mitgliedstaaten ratifiziert.<sup>402</sup>

b) Ungeachtet möglicher nationaler Unterschiede bei der Ausgestaltung des innerstaatlichen Doppelbestrafungsverbots,<sup>403</sup> beruht dieses auf einer Verschränkung von materiellen Schutzzwecken (wie insbesondere hinsichtlich der Menschenwürde) und prozessualen Rechtssicherheitsaspekten, was es letztlich verbietet, eine Person ein weiteres Mal den Stigmatisierungseffekten und der existentiellen Unsicherheit eines Strafverfahrens auszusetzen,<sup>404</sup> sowie auf dem Effektivitätsgebot, eine Mehrfachbelastung der Strafverfolgungsbe-

397 Näher zu dieser Grundstruktur vgl. *Kniebühler*, Transnationales „ne bis in idem“, S. 10 ff., ferner *Schwarzelvan Vormizeele*, EU, Art. 49 GRC Rn. 3, sowie *Stalberg*, Anwendungsbereich, S. 41 ff. mit teilst noch weiteren Bereichsebenen; vgl. unten 464. Zu den bei solchen nationalen und internationalen Konkurrenzen verschiedener Strafgerichte auftretenden Interessenskollisionen näher *Eser*, in: Sieber, Europäisches Strafrecht, § 38 Rn. 11 ff., *ders.*, in: Sinn, S. 562 ff., sowie *Gropp*, in: Sinn, S. 48 ff., *Van Bockel*, Ne bis In Idem, S. 25 ff.

398 Eingehend zu diesem Anwendungsbereich vgl. *Stalberg*, Anwendungsbereich, S. 45 ff.; vgl. ferner *Hecker*, Europäisches Strafrecht, § 13 Rn. 3 f., *Schwarzelvan Vormizeele*, EU, Art. 50 GRC Rn. 4, *Vedder/Heintschel-von Heinegg*, Europäisches Unionsrecht, Art. 50 GRC Rn. 2.

399 In diesem Sinne dürfte auch der entsprechende Verweis in der Erläuterung des Konventpräsidiums in *Charte 4473/00 (Bernsdorff/Borowsky)*, Protokolle S. 41) zu verstehen sein. Vgl. auch *Eckstein ZStW* 124 (2012), 493, *Heselhaus/Nowak/Nehl*, Handbuch, § 58 Rn. 2.

400 *Frowein/Peukert*, EMRK, Art. 4 des 7. ZP Rn. 2; *Dannecker*, in: FS für Kohlmann, S. 597 ff.

401 Vgl. oben Rn. 3 a.

402 Vgl. *Grabenwarter*, DVBl. 2001, 9, *Satzger*, Internationales Strafrecht, § 11 Rn. 94.

403 Zu Begriff und Handhabung im deutschen Recht vgl. *KK/Pfeiffer/Hannich*, StPO, Einleitung Rn. 170 f. m.w.N. Zu termino- wie teleologischen Unterschieden aus rechtsvergleichender Sicht vgl. *de la Cuesta*, Revue internationale de droit pénal 73 (2002), S. 709 f.

404 In diesem Sinne beispielsweise die plastische Formulierung des EuGH im Fall *Gasparini*, C-467/04 Z. 44 = StV 2007, 113 zu dem insoweit dem gleichen Zweck wie Art. 50 GRC dienenden Art. 54 SDÜ: „Diese Vorschrift gewährleistet Personen, die nach Strafverfolgung rechtskräftig abgeurteilt worden sind, ihren Bürgerfrieden“. Des weiteren vgl. *BK/Rüping*, GG, Art. 103 Abs. 3 Rn. 11; *Pieroth*, in: Jarass/Pieroth, GG, Art. 103 Rn. 71; *Maurz/Dürig/Schmidt-Aßmann*, GG, Art. 103 Rn. 258 ff.

hörden durch Mehrfachverfolgung zu vermeiden.<sup>405</sup> Um eine effiziente Strafverfolgung gewährleisten und diese nicht schon mit dem Hinweis auf ein anderweitig laufendes Verfahren blockieren zu können, setzt das Verbot der erneuten Strafverfolgung oder Verurteilung durch ein Gericht desselben Staates die Rechtskraft der freisprechenden oder verurteilenden Entscheidung im früheren Verfahren voraus. Darunter fallen Entscheidungen, die einen Vorgang unter vollständiger Erfassung mit Rechtskraftwirkung abschließend entscheiden. Davon kann weder bei Einstellungsverfügungen der Staatsanwaltschaft<sup>406</sup> noch bei bloßen Prozessurteilen<sup>407</sup> die Rede sein, während gerichtlichen Einstellungen eine bestimmte Sperrwirkung zuerkannt wird.<sup>408</sup>

- 8 Obleich Art. 50 GRC seinem Wortlaut nach nur im Hinblick auf die erneute Verfolgung von „Strafverfahren“ spricht, ist wohl unstrittig davon auszugehen, dass bereits die vorangegangene Aburteilung in einem Strafverfahren erfolgt sein muss, also sowohl das erste wie auch zu verhindernde weitere Verfahren Strafcharakter haben müssen. Bei diesem nicht zuletzt aufgrund uneinheitlicher Übersetzungen mehrdeutigen Begriff<sup>409</sup> ist, – ähnlich wie bei Art. 6 EMRK und dementsprechend bei Art. 4 des 7. Zusatzprotokolls zur EMRK – ein weiter Strafrechtsbegriff zugrunde zu legen, der neben dem Kriminalstrafrecht im engeren Sinne nach der Rechtsprechung des EGMR auch das Ordnungswidrigkeitenrecht umfasst.<sup>410</sup> Dementsprechend können auch Disziplinarmaßnahmen eine Sperrwirkung auslösen, sofern sie mit Blick auf die Schwere der verhängten Sanktion als strafähnlich zu betrachten sind.<sup>411</sup> Wenn diesem weiten Verständnis die in der Erläuterung des Konventpräsidiums geforderte Verhängung einer Strafe durch ein „Strafgericht“<sup>412</sup> entgegenzustehen scheint, so geht es dabei genau besehen doch allein um die berechnete Forderung, dass sich beim Verbot der Doppelbestrafung „gleichartige Sanktionen“ gegenüberstehen müssen. In diesem Sinne hat neuerdings auch der EuGH in der Rechtssache *Fransson*<sup>413</sup> zu Art. 50 GRC festgestellt, dass dieser der Einleitung eines Strafverfahrens wegen Steuerhinterziehung entgegenstehen kann, wenn wegen derselben Abgabe unrichtiger Erklärungen bereits eine steuerliche Sanktion verhängt wurde, wobei für die strafrechtliche Natur von Steuerzuschlägen drei Kriterien wesentlich seien: die rechtliche Einordnung der Zuwiderhandlung im innerstaatlichen Recht, die Art der Zuwiderhandlung sowie die Art und der Schweregrad der angedrohten Sanktion.<sup>414</sup>

405 Vgl. *Heselhaus/Nowak/Nehl*, Handbuch, § 58 Rn. 4, *Van den Wyngaert/Ongena*, in: Cassese/Gaeta/Jones, 2002, Vol. I, S. 707.

406 So aber offenbar *Anagnostopoulos*, in: FS für Hassemer, S. 1124, 1137, *Frenz*, Handbuch Europarecht 4, Rn. 5169, *Jarass*, Charta, Art. 50 Rn. 6, Vgl. aber zum Ganzen auch unten Rn. 13.

407 Insoweit ebenso *Jarass*, Charta, Art. 50 Rn. 6, NStZ 2012, 616.

408 *Dreier/Schulze-Fielitz*, GG, Art. 103 Abs. 3 Rn. 26 ff.; *Heselhaus/Nowak/Nehl*, Handbuch, § 58 Rn. 13.

409 Vgl. *Brodowski*, StV 2013, 344.

410 EGMR im Fall *Öztürk*, GH 73/A, Z. 53 = EuGRZ 1985, 67, EGMR im Fall *Zolotukhin*, 14939/03, Z. 48 ff. = NJOZ 2010,2630 f. Vgl. auch *Jarass*, NStZ 2012,612 sowie oben *Eser*, Art. 48 Rn. 11, Art. 49 Rn. 28.

411 Vgl. etwa *Frowein/Peukert*, EMRK<sup>2</sup> (1996), Art. 4 des 7. ZP Rn. 2 bzw. *Frowein*, in: *Frowein/Peukert*, EMRK, Art. 6 Rn. 25 ff., *Grabenwarter*, DVBl. 2001, 9.

412 *Charte 4473/00 (Bernsdorff/Borowsky)*, Protokolle S. 41).

413 EuGH im Fall *Fransson*, C- 617/10, NVwZ 2013,561 – eine Entscheidung, die zwar hinsichtlich ihrer Aussagen zum Verhältnis des Unionsrechts und der EMRK und der sich daraus für die europäische und die nationale (Verfassungs-)Gerichtsbarkeit ergebenden Konsequenzen umstritten ist (vgl. *Eckstein*, ZIS 2013, 220 ff., *Weiß*, EuZW 2013, 287 ff), nicht jedoch – soweit ersichtlich – hinsichtlich des für das Doppelverfolgungsverbot relevanten Strafcharakters.

414 EuGH a.a.O. Z. 32 ff., 35; ebenso bereits EuGH im Fall *Bonda*, C- 489/10 = EuZW 2012, 543. Vgl. *Weiß*, EuZW 2013, 291.

Im Übrigen hängt der Umfang des Doppelbestrafungsverbots auch davon ab, was unter der bereits abgeurteilten Straftat zu verstehen ist. In manchen EU-Gerichtsbarkeiten wird dies im normativen Sinne gedeutet und daher maßgeblich auf den abgeurteilten *Deliktstatbestand* abgehoben.<sup>415</sup> Demgegenüber kommt es nach deutscher Auffassung in mehr prozessuellem Sinne auf die Gleichartigkeit des *Lebensvorgangs* an, der nach natürlicher Lebensauffassung als einheitlich zu bewerten ist, auf den die Anklage hinweist und innerhalb dessen der Angeklagte einen Straftatbestand verwirklicht haben soll.<sup>416</sup> Im gleichen Sinne wird teilweise auch die Straftat im 7. Zusatzprotokoll zur EMRK verstanden, indem es nicht nur auf den Urteilstenor ankommt, dieser vielmehr im Zusammenhang mit der gesamten Entscheidung zu verstehen und dabei insbesondere der Lebenssachverhalt festzustellen ist, welcher Gegenstand des früheren Verfahrens war.<sup>417</sup> Die diesbezügliche Rechtsprechung des EGMR ist freilich uneinheitlich, wobei tendenziell die normative Aufspaltung eines einheitlichen Lebensvorgangs in getrennt verfolgbare Straftatbestände zugelassen wird,<sup>418</sup> sofern sich diese nicht in ihren wesentlichen Elementen gleichen.<sup>419</sup>

c) Art. 50 gibt den Betroffenen einen subjektiven Rechtsanspruch, der im Falle einer rechtskräftigen Entscheidung zu einem Verfahrenshindernis gegen eine erneute Strafverfolgung führt.<sup>420</sup>

## 2. Horizontal-transnationale Geltung<sup>421</sup>

a) Noch weitaus wichtiger als für den innerstaatlichen Bereich, in dem das Doppelbestrafungsverbot schon weithin anerkannt ist, erscheint die von der GRC beabsichtigte transnationale Ausweitung, auch wenn nach Art. 50 die Sperrwirkung nur von Aburteilungen in Mitgliedstaaten der Europäischen Union ausgehen kann (und demzufolge Verfahren in nicht der EU angehörenden Drittstaaten nach wie vor nicht erfasst werden).<sup>422</sup> Nachdem traditionellerweise die deutsche Gerichtsbarkeit nur durch inländische Entscheidungen nach Art. 103 Abs. 3 GG von Verfassungen wegen von einer nochmaligen Verfolgung abgehalten wird und demzufolge nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts aus-

415 Näher dazu *Thomas*, Einmaligkeit, S. 188 ff., *Stuckenberg*, Tatbegriff, S. 569 ff., *Van den Wyngaert/Stessens*, ICLQ 1999, 788 ff., *Van den Wyngaert/Ongena*, in: *Cassese/Gaeta/Jones*, 2002, Vol. I, S. 713 ff.

416 So BVerfGE 23, 191, 202; 45, 434, 435, *Maunz/Dürig/Schmidt-Aßmann*, GG, Art. 103 Rn. 283, von *Kunig*, in: *Münch/Kunig*, GG, Art. 103 Rn. 39.

417 Vgl. *Frowein/Peukert*, EMRK<sup>2</sup> (1996), Art. 4 des 7. ZP mit Verweis auf EKMR E 20972/92, E 17012/90, E 16345/90, ferner hinsichtlich der Rechtsprechungen zu Art. 54 SDÜ *Frenz*, Handbuch Europarecht 4, Rn. 5162, *Heselhaus/Nowak/Nehl*, Handbuch, § 58 Rn. 6, *Hußung*, Tatbegriff, S. 133 ff. Vgl. aber dazu auch unten Rn. 15.

418 Vgl. EGMR im Fall *Gradinger*, 23.10.1995, Z. 55, wo Straftat als einheitliches Verhalten („same conduct“) verstanden wurde, wohingegen die Mehrheit im Fall *Oliveira*, 30.7.1998, Z. 27 eine normative Differenzierung nach Deliktstatbeständen für zulässig erachtet.

419 Vgl. EGMR im Fall *Franz Fischer*, 29.5.2001, Z. 25. Zu einem neuerdings zu beobachtenden Wechsel der EMRG-Rechtsprechung in eine mehr faktische Richtung vgl. unten Rn. 15.

420 So zum deutschen Recht *Löwe-Rosenberg/Kühne*, StPO, Einleitung K Rn. 74 ff.

421 Grundlegend dazu *Kniebühler*, Transnationales „ne bis in idem“, S. 64 ff., *Stalberg*, Anwendungsbereich, S. 163 ff., *Thomas*, Einmaligkeit, S. 90 ff.; vgl. auch *Eicker*, Strafverfolgung, S. 80 ff., *Jung*, in: FS für Schüler-Springorum, S. 49 ff.; *Mansdörfer*, ne bis in idem, S. 135 ff., *Radtke/Busch*, EuGRZ 2000, 421 ff., *Van den Wyngaert/Stessens*, ICLQ 1999, 788 ff., *Van den Wyngaert/Ongena*, in: *Cassese/Gaeta/Jones*, 2002, Vol. I, S. 709 ff., 716 ff.

422 Vgl. OLG München StV 2013, 313 m. Anm. *Brodowski*, S. 340, ferner *Jarass*, NStZ 2012, 616, *Stalberg*, Anwendungsbereich, S. 26 f., 335 f.

ländische Strafentscheidungen (bzw. solchen ähnliche)<sup>423</sup> bisher kein Verfahrenshindernis darstellen sollen<sup>424</sup> kann eine frühere ausländische Verurteilung lediglich über das „Anrechnungsprinzip“ nach § 51 Abs. 3 StGB Berücksichtigung erfahren<sup>425</sup> Umso mehr kommt angesichts wachsenden grenzüberschreitenden Verkehrs und dementsprechender Kriminalität inter- und supranationalen Doppelbestrafungsverboten immer größere Bedeutung zu.<sup>426</sup> Gewiss kann dazu bereits auf einen beachtlichen europäischen Rechtsbesitzstand verwiesen werden.<sup>427</sup> Da jedoch bislang nicht alle Mitgliedstaaten der EU diesen Übereinkommen beigetreten sind und daher lediglich Art. 54 SDÜ einen größeren Geltungsbereich erlangt hat, ist die unionsweite Bedeutung von Art. 50 nicht zu unterschätzen.

- 12 b) Hinsichtlich seiner Voraussetzungen und Wirkungen unterscheidet sich die Regelung des *ne bis in idem*-Grundsatzes in Art. 50 von der lapidaren Formulierung in Art. 103 Abs. 3 GG<sup>428</sup> vor allem insofern, als nicht nur – wie letzterenfalls – lediglich eine erneute *Bestrafung*, sondern bereits eine erneute *Verfolgung* ausgeschlossen wird.<sup>429</sup>
- 13 c) Während des weiteren Art. 103 Abs. 3 GG ohne weitere Spezifizierung vom Verbot der mehrmaligen Bestrafung wegen derselben Tat<sup>430</sup> spricht, muss nach Art. 50 der Betroffene derentwegen *rechtskräftig verurteilt oder freigesprochen* worden sein. Soweit es dabei um den Strafcharakter der Aburteilung geht, hat sich bereits ein weites – auch Ordnungswidrigkeiten bis hin zu verwaltungs- und steuerrechtlichen Sanktionierungsverfahren einbeziehendes – Verständnis entwickelt.<sup>431</sup> Hinsichtlich der für die Aburteilung maßgeblichen Instanz können sich die sich schon auf nationaler Ebene stellenden Probleme angesichts der Vielfalt unterschiedlicher verfahrensabschließender Entscheidungen in den einzelnen Strafprozessordnungen der EU-Mitgliedstaaten noch vervielfachen.<sup>432</sup> Um eine Richtigkeitsga-

423 Zum Problem der berufsrechtlichen Doppelbestrafung bei transnational tätigen Anwälten vgl. *Franz*, in: FS für Rieß, S. 875 ff.

424 BVerfGE 12, 62, 66; 75, 1, 15, NJW 2012, 1202, OLG Köln BeckRS 2010, 00518; vgl. auch *Brodowski*, StV 2013, 340.

425 Näher zu diesem bloßen „Anrechnungsprinzip“ im Vergleich mit dem weitergehenden „Erledigungsprinzip“, wie es im Wesentlichen auch dem Doppelbestrafungsverbot zugrunde liegt, vgl. *Eser*, in: Sieber, Europäisches Strafrecht, § 36. Rn. 33 ff., *Jescheck/Weigend*, Strafrecht, S. 171, 176.

426 Vgl. *Frenz*, Handbuch Europarecht 4, Rn. 5178, *Heselhaus/Nowak/Nehl*, Handbuch, § 58 Rn. 20, 36, *Stalberg*, Anwendungsbereich, S. 163 f., *Vervaele*, Utrecht Law Review 2005, 106 ff.

427 Vgl. von den bereits oben in Rn. 2 angeführten Übereinkommen insbesondere den auch die Art. 54 ff. SDÜ umfassenden „Schengen-Besitzstand“, der mit dem Inkrafttreten des Amsterdamer Vertrages mit wenigen Ausnahmen in fast allen EU-Staaten gilt. Näher dazu *Schomburg*, in: Schomburg/Lagodny/Gieß/Hackner, Hauptteil IV, SDÜ (S. 1648 ff.), sowie *Kniebühler*, Transnationales „ne bis in idem“, S. 158 ff., *Schomburg*, NJW 2000, 1833 ff., ferner zu EG-Kartellrechtsfällen *Heselhaus/Nowak/Nehl*, Handbuch, § 58 Rn. 19 ff.

428 Dieser hat folgenden Wortlaut: „Niemand darf wegen derselben Tat aufgrund der allgemeinen Strafgesetze mehrmals bestraft werden“.

429 Vgl. *Zöller*, in: FS für Krey S. 517.

430 Zu deren Begriff vgl. oben Rn. 3 sowie unten Rn. 15.

431 Vgl. oben Rn. 8.

432 Wie beispielsweise hinsichtlich der vom OLG Hamburg, wistra 1996, 193, als nicht verfahrensabschließend eingeschätzten belgischen „transactie“; vgl. auch *Harms*, in: FS für Rieß, S. 725 ff., *Harms*, in: FS für Rieß, S. 725 ff., *Schomburg*, NJW 2000, 1835 ff., *Van den. Wyngaert/Stessens*, ICLQ 1999, 791.

rantie zu verbürgen, wird teilweise gefordert, dass in einem harmonisierten Rechtsraum<sup>433</sup> nur *gerichtliche Entscheidungen* ein transnationales Verbot der nochmaligen Strafverfolgung auslösen können.<sup>434</sup> Demgegenüber hat der EuGH in der Rechtssache *Gözütok und Brügge* zu Art. 54 SDÜ entschieden,<sup>435</sup> dass auch die *nicht-gerichtliche Verfahrenserledigung*, die von einer zur Mitwirkung an der Strafverfolgung berufenen Behörde getroffen wird, ein entsprechendes Verbot zur Folge hat, sofern der verfahrensbeendenden Entscheidung eine Ahndungswirkung zukommt, selbst wenn sich nach nationalem Recht keine volle, sondern *nur beschränkte Rechtskraft* einstellt.<sup>436</sup> Dabei soll es nach einer – zum insoweit inhaltsgleichen Rechtskraftefordernis in Art. 3 Nr. 2 des Rahmenbeschlusses zum Europäischen Haftbefehl ergangenen – Entscheidung des EuGH in der Rechtssache *Mantello* entscheidend darauf ankommen, daß nach dem Recht des Erstverfolgerstaates „die Strafklage aufgrund eines Strafverfahrens endgültig verbraucht“ ist.<sup>437</sup> Dazu bleibt jedoch kritisch anzumerken, ob nicht ähnlich wie der Tatbegriff<sup>438</sup> auch der der „rechtskräftigen Aburteilung“ autonom unionsintern auszulegen wäre.<sup>439</sup> Unter diesem Vorbehalt ist die vorangehend angeführte Rechtsprechung, wie inzwischen in der Rechtssache *Fransson* für steuerrechtliche Sanktionen geschehen,<sup>440</sup> auch auf Art. 50 zu übertragen;<sup>441</sup> würde doch sonst die Attraktivität der für die Praxis so wichtigen außergerichtlichen und nur beschränkt rechtskräftigen Verfahrenseinstellung erheblich gemindert.<sup>442</sup> Die damit gleichermaßen gelockerten Voraussetzungen eines transnationalen „ne bis in idem“ können jedoch zu einem verstärkten „forum shopping“ führen, dem in Zukunft in der EU durch eine

433 Hecker, StV 2001, S. 309 spricht sich gegen die Vereinheitlichung des Beurteilungsmaßstabes aus und will vielmehr die Reichweite der strafprozessualen Erledigungswirkung allein der Definitionsmacht des Erstverfolgerstaates überlassen. – Zum Harmonisierungsbedarf strafrechtlicher Sanktionen zirkuliert ein Fragenkatalog im *Grünbuch über die Angleichung, die gegenseitige Anerkennung und die Vollstreckung strafrechtlicher Sanktionen in der Europäischen Union*, Kom(2004), 334 endg., 30.4.2004.

434 BayOLG NStZ-RR 2001, S. 245; Van den Wyngaert, NStZ 1998, 153 f.

435 EuGH im Fall *Gözütok und Brügge*, verbundene Rechtssachen C-187 und C-385/01, 11.2.2003, Z. 25 ff, Slg. 2003, I- 1345 = (teilweise abgedruckt) NJW 2003, 1173 f. Vgl. hierzu die Rezensionen von Kühne, JZ 2003, 305 ff.; Stein, NJW 2003, 1162 ff., Vogel/Norouzi, JuS 2003, 1059 ff. und Vervaele, Utrecht Law Review 2005, 1100 ff.

436 Auf der gleichen Linie liegen die Entscheidungen des EuGH im Fall *Miraglia*, C- 469/03, Slg. 2005, I- 2009, im Fall *Turansky*, C- 491/07, Slg. 2008, I- 11039; vgl. Satzger, in: FS für Roxin (2011), S. 1537 f. Vgl. auch die Rechtsprechungsübersicht bei Hackner, NStZ 2011, 425 f.

437 EuGH im Fall *Mantello*, C- 261/09, NJW 2011, 983 Z. 43 ff. (aufgrund eines Vorlagebeschlusses des OLG Stuttgart, StV 2010, 264); zustimmend Kretschmer ZAR 2011, 384.

438 Vgl unten Rn. 15.

439 In diesem Sinne auch Böse HRRS 2012, 21; kritisch auch Vogel StRR 2011, 138 f.

440 EuGH im Fall *Fransson*, C- 617/10, NVwZ 2013, 561 Z. 32 ff. (vgl oben zu Fn. 414), wobei allerdings noch der Abklärung bedarf, inwieweit die nach *Fransson* erforderliche „unanfechtbar gewordene Entscheidung“ (Z. 33) mit der ansonsten für ausreichend gehaltenen beschränkten Rechtskraft (vgl. zu Fn. 437 vereinbar ist.

441 Zustimmend Zöller, in: FS für Krey, S. 518. Einer Übertragung steht auch nicht entgegen, dass Art. 50 im Unterschied zu Art. 54 SDÜ von „Verurteilung“ und nicht von „Aburteilung“ spricht. Wenn Stein, ne bis in idem, S. 493 allein aus diesen terminologischen Unterschieden schließt, Art. 50 sei „äußerst eng konzipiert“, dürfte sie die Nachrangigkeit des Wortlauts und die Vorrangigkeit des „effet utile“ im europäischen Auslegungskanon verkennen. Vgl. auch Radtke, in: FS für Seebode, S. 303 ff. m.w.N.

442 Plöckinger/Leidenmühler, wistra 2003, 86.

Überwindung konkurrierender Gerichtsbarkeiten und durch eine Konzentration der Entscheidungskompetenz etwa in einem Mitgliedsstaat zu begegnen ist.<sup>443</sup>

- 14 d) Das in Art. 54 SDÜ vorausgesetzte **Vollstreckungselement**<sup>444</sup> ist in Art. 50 GRC nicht vorgesehen und somit für dessen Bereich weggefallen.<sup>445</sup> Demzufolge ist hier eine erneute Verfolgung schon mit Eintritt der Rechtskraft des vorangegangenen Urteils ausgeschlossen. Demgegenüber soll nach der in der deutschen Rechtsprechung vorherrschenden Auffassung – aufgrund des allgemeinen Schrankenvorbehalts in Art. 52 Abs. 1 GRC – der Strafklageverbrauch nach Art 50 GRC weiterhin dem einschränkenden Vollstreckungselement des Art. 54 SDÜ unterworfen sein.<sup>446</sup> Diese Einschränkung ist jedoch weder aus den vom BGH herangezogenen Erläuterungen des Präsidiums des Konvents zu Art. 50 GRC begründbar noch rechtspolitisch zu legitimieren.<sup>447</sup> Soweit gleichwohl auch für Art. 50 GRC das Vollstreckungselement noch für erforderlich gehalten wird, hat dieses auch dann als erfüllt zu gelten, wenn die Vollstreckung zur Bewährung ausgesetzt ist und die Bewährungszeit noch läuft.<sup>448</sup>
- 15 e) Im übrigen wirft auch der schon innerstaatlich unterschiedlich verstandene, weil teils mehr normativ am Tatbestand oder mehr prozessual am Tatgeschehen ausgerichtete **Tatbegriff**<sup>449</sup> transnational noch größere Vergleichbarkeitsprobleme auf, wenn man allein an die mitgliedstaatlich unterschiedlichen Maßstäbe hinsichtlich Bewertungseinheiten oder Fortsetzungszusammenhängen denkt.<sup>450</sup> Auch wenn teilweise gegen eine Harmonisierung des Tatbegriffs argumentiert wird,<sup>451</sup> findet sich doch überwiegend eine Vereinheitlichung favorisiert. In diesem Sinne ist nach der Grundsatzentscheidung des EuGH im Fall *Mantel-*

443 *Vander Beken/Vermeulen/Lagodny*, NStZ 2002, 624. Auch der *Freiburg Proposal on Concurrent Jurisdictions and the Prohibition of Multiple Prosecutions in the European Union* – abgedruckt u.a. in *Revue Internationale de droit pénal* 73 (2002), S. 1195 ff. – weist die Ermittlung des richtigen Forums als vordringliches Problem bei der Bekämpfung von mehrfacher Strafverfolgung aus und sieht in seinen §§ 1-5 materielle wie formelle Regeln für eine Konzentration der Strafverfolgungsgewalt vor. Vgl. dazu auch unten RN. 17.

444 Vgl. oben Rn. 2.

445 So aufgrund des klaren Wortlauts, aus dem keinerlei Vollstreckungserfordernis zu entnehmen ist., bereits die Vorauslagen (dem namentlich zustimmend *Reichling* StV 2010, 238 wie seinerzeit auch *Vogel*, in: FS für Schroeder, S. 890) sowie inzwischen die in Fn. 448 Angeführten.

446 So die von BVerfG NJW 2012, 1202 für „vertretbar“ erklärte Auffassung von BGHSt 56, 11, 13 [m. zustimmender Anm. *Rosbaud* StV 2013, 291 ff.], BGH BeckRS 2010 Nr. 30899, LG Aachen BeckRS 2010 Nr. 14176 = StV 2010 237 (mit kritischer Anm. *Reichling*); im Ergebnis ebenso *Burchard/Brodowski*, StraFo 2010, 180 ff., *Hecker*, Europ. Strafrecht, § 13 Rn. 39, *Jarass* NStZ 2012, 616., *Kretschmer* ZAR 2011, 386, *Satzger*, Internationales Strafrecht, § 10 Rn. 70; *ders.*, in: FS für Roxin (2011) S. 1515, 1521 ff., *Zöller*, in: FS für Krey, S. 518 f; sowie neuerdings *Vogel* StRR 2011, 137.

447 Grundlegend in diesem Sinne auch *Böse* GA 2011, 504 ff., *Eckstein* ZStW 124 (2012), 509 ff., *ders.*, ZIS 2013, 220 ff., *Merkel/Scheinfeld* ZIS 2012, 206 ff., *Stalberg*, Anwendungsbereich, S. 167 ff., *Swoboda* JICJ 2011, 261 ff; ebenso *Schomburg/Suominen-Picht* NJW 2012, 1191 sowie bereits *Anagnostopoulos*, in: FS für Hassemer, S. 1137, *Heger* ZIS 2009, 406, 408. Differenzierend zwischen Verurteilungs- und Vollstreckungsebene *Safferling*, Internationales Strafrecht, § 12 Rn. 84 f.; vgl. auch *Hackner*, NStZ 2011 425.

448 EuGH im Fall *Kretzinger*, C-288/05, Slg. 2007, I-06441 Z.38 ff.= NJW 2007, 3412 ff., BGHSt 46, 187, BGH NJW 2008, 2932 (m. Anm. *Rübenstahl* 2934), OLG München StV 2013, 314.

449 Vgl. oben Rn. 9.

450 Vgl. etwa *Hecker*, StV 2001, 309 f. m.w.N.

451 Wie namentlich von *Hecker*, StV 2001, 309.

lo<sup>452</sup> der Tatbegriff weder einseitig nach dem Verständnis des Erstaburteilungsstaates noch dem des weiteren Verfolgungstaates auszulegen, sondern als ein autonomer unionsrechtlicher Begriff zu verstehen.<sup>453</sup> Während sich dazu in der Wissenschaft vorwiegend das handhabbarere und klarere prozessuale Verständnis vorgezogen findet,<sup>454</sup> wurde vom EuGH in seiner Wettbewerbs- und Kartellrechtsprechung der Tatbegriff zunächst normativ überhöht, indem dieser in dreifacher Vorraussetzung von der „Identität des Sachverhalts, des Zuwiderhandelnden und des geschützten Rechtsguts“ abhängen sollte.<sup>455</sup> Demgegenüber ist in der EuGH-Rechtsprechung zu Art. 54 SDÜ und zum Europäischen Haftbefehl eine Verschiebung von der normativen zu einer eher faktischen Sicht zu beobachten, indem maßgebend sei für den Tatbegriff „die Identität der materiellen Tat, verstanden als das Vorhandensein eines Komplexes unlösbar miteinander verbundener Tatsachen, [...], unabhängig von der rechtlichen Qualifizierung dieser Tatsachen oder von dem geschützten rechtlichen Interesse“.<sup>456</sup> Eine gleichgerichtete Tendenz zu einem mehr faktisch orientierten Tatbegriff ist auch in der Rechtsprechung des EGMR zu Art. 4 des 7. Zusatzprotokolls zur EMRK zu beobachten.<sup>457</sup>

f) Soweit in besonderen Abkommen Ausnahmen vom Doppelverfolgungsverbot bzw. dahingehende nationale Vorbehalte vorgesehen sind, wie beispielsweise nach Art. 55 SDÜ,<sup>458</sup> bleiben immer noch die in Art. 52 Abs. 1 vorgesehenen Garantien zu beachten.<sup>459</sup> Dem würde auch nicht etwa eine *Missbrauchsklausel* entgegenstehen.<sup>460</sup> Deshalb wäre insbesondere an eine an Art. 20 Abs. 3 des Statuts des Internationalen Strafgerichtshofs zu orientierende teleologische Reduktion von Art. 50 zu denken:: Danach wäre eine Doppelverfol-

452 Oben Fn. 438 bei, Z. 32 ff. = NJW 2011,983 ff., wo es zwar konkret um die Auslegung „derselben Handlung“ in Art. 3 Nr. 2 des Rahmenbeschlusses 2002/584 des Rates zum Europäischen Haftbefehl ging, diese jedoch für das gesamte Unionsrecht einer einheitlichen Auslegung bedürfe (Z. 38 mit Verweis auf EuGH im Fall *Kozłowski*, C-66/08 Z. 41 f. = NJW 2008,3201).

453 Insoweit zustimmend Böse, HRRS 2012,419 ff; grundlegend im gleichen autonomen Sinne *Hußung*, Tatbegriff, S. 213 ff; ferner *Hackner*, NStZ 2011,426 f., *Kretschmer*, ZAR 2011,387, *Luchtman*, Choice of Forum, S. 38 ff., und wohl auch *Vogel*, StRR 2011, 137 f.

454 Vgl. den Resolutionsentwurf der Teilnehmer des Vorkolloquiums der IV. Sektion des XVII. Internationalen Kongresses der Association Internationale de Droit Pénal (AIDP), abgedruckt bei *Biehler*, ZStW 116 (2004), 53 sowie § 6 Abs. 2 lit. c *Freiburg Proposal on Concurrent Jurisdictions and the Prohibition of Multiple Prosecutions in the European Union*, in: *Revue Internationale de droit pénal* 73 (2002), S. 1199, *Plöckinger/Leidenmühler*, wistra 2003, S. 87. A.A. Böse, GA 2003, 757 ff.

455 Vgl. EuGH im Fall *Aalborg Portland*, verb. Rs. C-204, 205, 211, 213, 217, 219/00 P, Slg. 2004 I-00123, Z. 338 = BeckRS 2004 Nr. 79942 sowie den Schlussantrag von Generalanwalt *Colomer* im Fall *Italcementi SpA*, Rs. C-213/00 P, Z. 88, wonach es „untersagt (sei), dass jemand zum Schutz der gleichen Rechtsgüter und wegen desselben rechtswidrigen Verhaltens mehr als einmal strafrechtlich belangt wird“ (Herv. des Verf.). Vgl. auch *Soltész/Marquier*, EuZW 2006, 102 ff.

456 So EuGH im Fall *Van Esbroek*, C- 436/04, Slg. 2006, I- 2333, Z. 36,42 = NJW 2006, 1781, 1783, wonach in der jeweils für sich strafbaren Ausfuhr von Drogen aus dem einen Land und deren Einfuhr in ein anderes Land eine Tat erblickt und demzufolge eine doppelte Verfolgung sowohl der Einfuhr wie auch der Ausfuhr für unzulässig befunden wurde. Zu dieser Entwicklung – mit weiteren Rechtsprechungsnachweise – vgl. *Hußung*, Tatbegriff, S. 158 ff., *Satzger*, in: FS für Roxin (2011) S. 1528 ff., *Stuckenberg*, Tatbegriff, S. 578 ff., *Van Bockel*, Ne Bis In Idem, S. 160 ff.

457 Vgl. EGMR im Fall *Zolotukhin*, 14939/03, Z. 58 ff.= NJOZ 2010,2630, 2632, *Jung*, GA 2010, 474 ff.

458 Vgl. des weiteren Art. 7 Abs. 2 EU-FinIntÜbk-Betrug und Art. 10 des EU-Übereinkommens zur Bekämpfung der Bestechung (oben Fn. 384).

459 Vgl. die abschließende Erläuterung des Konventspräsidiums zu Art. 50 (*Bernsdorff/Borowsky*, Protokolle, S. 41).

460 Näher zu dieser Missbrauchsproblematik vgl. *Eser*, in: Sieber, Europäisches Strafrecht, S. 566, *Thomas*, Einmaligkeit, S. 330 ff.



gung erlaubt, wenn eine Verurteilung oder ein Freispruch zum Ziel hatte, die betroffene Person vor strafrechtlicher Verantwortlichkeit zu schützen, oder wenn die betroffene Person kein faires Verfahren erhalten hat.<sup>461</sup>

### 3. Vertikale national-supranationale Geltung<sup>462</sup>

- 16a Sollte die EU in Zukunft, wie es in der EurVerf vorgesehen war,<sup>463</sup> eigene Strafkompetenzen erhalten, dann wird die Strafgerichtsbarkeit der Mitgliedsstaaten vermehrt mit jener der EU konkurrieren,<sup>464</sup> wie es bereits aus dem Verwaltungssanktionsrecht bekannt ist. Wird Strafgewalt stellvertretend füreinander wahrgenommen, sind also z.B. Gemeinschaftsbehörden gleichermaßen wie Mitgliedsstaaten mit derselben Aufgabe befasst, um das gleiche Rechtsgut zu schützen, so muss das Doppelverfolgungsverbot wie auf transnationaler Ebene Bestand haben.<sup>465</sup> Nur wenn unionsintern<sup>466</sup> unterschiedliche Rechtskreise betroffen sind, kann über eine echte vertikale Hierarchie nachgedacht werden. Würde beispielsweise, wie teilweise vertreten,<sup>467</sup> das Doppelverfolgungsverbot zwar „abwärts“, nicht aber „aufwärts“ gelten, dann würde eine mitgliedstaatliche Verurteilung einer nachfolgenden Strafverfolgung auf EU-Ebene nicht im Wege stehen. Eine entsprechende Hierarchisierung wäre aber kaum mit dem Wortlauf von Art. 50 in Einklang zu bringen und wüsste auch teleologisch schwerlich zu gefallen, zeugte die fehlende „aufwärts“-Wirkung mitgliedstaatlicher Entscheidungen doch von einem paradoxen Misstrauen der EU gegenüber ihren Mitgliedsstaaten, deren Verhältnis untereinander gerade auf gegenseitigem Vertrauen und gegenseitiger Anerkennung gründen soll.

## IV. Würdigung

- 17 Art. 50 ist als transnationale Absicherung des *ne bis in idem*-Grundsatzes grundsätzlich zu begrüßen, zumal nicht zuletzt auch der Einfluss auf die nationalstaatliche Ausgestaltung nicht zu unterschätzen ist.<sup>468</sup> Darin ist selbst dann ein Fortschritt zu erblicken, wenn sein bisheriger Anwendungsbereich – zuständigkeitshalber – auf die Europäische Union beschränkt bleibt und manche Einzelfragen noch weiterer Konkretisierung bedürfen.<sup>469</sup> Im Übrigen wird den mit Mehrfachverfolgungen verbundenen individuellen wie auch innerstaatlichen und transnationalen Problemen erst dann wirksam zu begegnen sein, wenn man es schon gar nicht zu einer Mehrfachverfolgung kommen lässt, sondern einer solchen

461 Vgl. Tallgren/Reisinger Coracini, in: Triffterer, Art. 20 Rn. 44 ff.

462 Grundlegend dazu Kniebühler, Transnationales ‚ne bis in idem‘, S. 374 ff., ferner näherhin zwischen horizontal-supranationalem und vertikal national-supranationalem Anwendungsbereich innerhalb der EU sowie horizontal-nationalem Anwendungsbereich mit Drittstaatenbezug unterscheidend Stalberg, Anwendungsbereich, S. 213 ff., 295 ff. bzw. 335 ff.

463 Art. III-270 ff. EurVerf.

464 Zustimmend Eckstein, ZStW 124 (2012), 494.

465 Vgl. den Schlussantrag des Generalstaatsanwaltes Colomer im Fall *Italcementi SpA*, 11.2.2003, Rs. C-213/00 P, Z. 91, der mit Blick auf die Sicherstellung des freien Wettbewerbs keine unterschiedlichen Ziele der EU und der Mitgliedsstaaten erkennt.

466 Zum Verhältnis von europäischen und außereuropäischen Verwaltungssanktionen vgl. den EuGH im Fall *Boehringer*, 14.12.1972, Rs. 7-72, Z. 3 f. und den EuG im Fall *Tokai Carbon Co. Ltd. et al.*, verbundene Rs. T-236, 239, 244, 246, 251, 252/01, 29.4.2004, Z. 137 ff.

467 Dannecker, in: Eser/Rabenstein, S. 180 f.

468 Wie insbesondere im Sinne eines Übergangs vom bloßen „Anrechnungsprinzip“ hin zu dem in Art. 50 verkörpertem „Erledigungsprinzip“. Vgl. oben Rn. 11, ferner Heselhaus/Nowak/Nehl, Handbuch, § 58 Rn. 20.

469 Vgl. Anagnostopoulos, in: FS für Hassemer, S. 1936 ff., Lagodny, in: FS für Eser, S. 791 f., Stalberg, Anwendungsbereich, S. 335 sowie Eser, in: Ritsumeikan L.R. 2009, 189 f.

von vornherein vorzubeugen versucht. Deshalb wäre als Endziel anzustreben, von einem nur nachträglich-reaktiven Mehrverfolgungsverbot zu präventiver Vermeidung von positiven Kompetenzkonflikten durch international arbeitsteilige Strafjustiz vorzustoßen. Ein hoffnungsvoller, wenn auch noch zu kurzer Schritt in diese Richtung wurde neuerdings durch den „Rahmenbeschluss (des Rats der Europäischen Union) zur Vermeidung und Beilegung von Kompetenzkonflikten in Strafverfahren“ getan.<sup>470</sup>

## V. Literaturübersicht

*Anagnostopoulos, Ilias G.*, Ne bis in idem in der Europäischen Union: Offene Fragen, in: Herzog, Felix/Neumann, Ulfried (Hrsg.), Festschrift für Winfried Hassemer, Heidelberg 2010, 1121; *Bohnert, Jean-Francois/Lagodny, Otto*, Art. 54 SDÜ im Lichte der nationalen Wiederaufnahmegründe. Zugleich Besprechung von BGH, Urteil vom 10.6.1999 – 4 StR 87/98, NSStZ 2000, 636; *Biehler, Anke/Kniebühler, Roland/Lelieur-Fischer, Juliette/Stein, Sibyl* (eds.), Freiburg Proposal on Concurrent Jurisdictions and the Prohibition of Multiple Prosecutions in the European Union, *Revue internationale de droit pénal* 73 (2002), 1195; *Biehler, Anke*, Thema IV: Konkurrierende nationale und internationale strafrechtliche Zuständigkeit und das Prinzip ne bis in idem (Berlin, 1.-4.6.2003), ZStW 116 (2004), 256; *Böse, Martin*, Der Grundsatz „ne bis in idem“ in der Europäischen Union (Art. 54 SDÜ), GA 2003, 744; *ders.*, Die transnationale Geltung des Grundsatzes „ne bis in idem“ und das „Vollstreckungselement“, in: GA 2011, S. 504; *ders.*, Der Grundsatz „ne bis in idem“ und der Europäische Haftbefehl: europäischer ordre public vs. gegenseitige Anerkennung, in: HRRS 2012, 19-23; *ders.*, Choice of Forum and Jurisdiction, in: Luchtman, Michiel (ed.), Choice of Forum in Cooperation Against EU Financial Crime, The Hague 2013, S. 73; *Brodowski, Dominik*, Ne bis in idem im europäisierten Auslieferungsrecht, in: StV 2013, 339-346; *Burchard, Christoph/Brodowski, Dominik*, Art. 50 Charta der Grundrechte der Europäischen Union und das europäische ne bis in idem nach dem Vertrag von Lissabon, in: StraFo 2010, 137; *Cuesta, José Luis de la*, Concurrent National and International Criminal Jurisdiction and the Principle „Ne Bis In Idem“. General Report, *Revue international de droit pénal* 73 (2002), 707; *Dannecker, Gerhard*, Community Fines and non-Member State Sanctions: the Effect of the Principle „ne bis in idem“, in: Eser, Albin/Rabenstein, Christiane (Hrsg.), Neighbours in Law, Freiburg i. Breisgau 2001, S. 153; *ders.*, Die Garantie des Grundsatzes „ne bis in idem“ in Europa, in: Hirsch, Hans Joachim (Hrsg.), Festschrift für Günter Kohlmann zum 70. Geburtstag, Köln 2003, S. 593; *Ebensperger, Stefan*, Strafrechtliches „ne bis in idem“ in Österreich unter besonderer Berücksichtigung internationaler Übereinkommen, ÖJZ 1999, 171; *Eckstein, Ken*, Grund und Grenzen transnationalen Schutzes vor mehrfacher Strafverfolgung in Europa, ZStW 124 (2012), 490; *ders.*, Im Netz des Unionsrechts – Anmerkungen zum Fransson-Urteil des EuGH, in: ZIS 2013, 220; *Eicker, Andreas*, Transstaatliche Strafverfolgung. Ein Beitrag zur Europäisierung, Internationalisierung und Fortentwicklung des Grundsatzes ne bis in idem, Herbolzheim 2004; *Eckstein, Ken*, Grund und Grenzen transnationalen Schutzes vor mehrfacher Strafverfolgung in Europa, ZStW 124 (2012), 490-527; *Eser, Albin*, Human Rights Guarantees for Criminal Law and Procedure in the EU-Charter of Fundamental Rights, in: *Ritsumeikan Law Review* 2009, 163; *ders.*, Konkurrierende nationale und transnationale Strafverfolgung. Zur Sicherung von ‚ne bis in idem‘ und zur Vermeidung von positiven Kompetenzkonflikten, in: Sieber, Ulrich/Satzger, Helmut/von Heintschel-Heinegg, Bernd/Brüner, Franz-Hermann (Hrsg.), Europäischen Strafrecht, § 36, Baden-Baden 2011; *ders.*, Kritische Würdigung der Modellentwürfe eines Regelungsmechanismus zur Vermeidung von Jurisdiktionskonflikten, in: Sinn, Arndt (Hrsg.), Jurisdiktionskonflikte bei grenzüberschreitender Kriminalität, Osnabrück 2012, S. 557-572; *Eser, Albin/Burchard, Christoph*, Interlokales ‚ne bis in idem‘ in Europa?, in: Derra, Jörg (Hrsg.), Freiheit, Sicherheit und Recht. Festschrift für Jürgen Meyer, Baden-Baden 2006, S. 499; *Esser, Robert*, Auf dem Weg zu einem europäischen Strafverfahrensrecht, Berlin, 2002; *Franz, Kurt*, Zum Verbot der Doppelbestrafung im internationalen anwaltlichen Berufsrecht, in: Hanack, Ernst-Walter (Hrsg.), Festschrift für Peter Riess zum 70. Geburtstag, Berlin/New York, 2002, S. 875; *Grabemwarter, Christoph*, Die Charta der Grundrechte für die Europäische Union, DVBl. 2001, 1; *Gropp, Walter*, Kollision nationaler Strafgesetze – nulla prosequutio transnationalis sine lege, in: Sinn, Arndt (Hrsg.), Jurisdiktionskonflikte bei grenzüberschreitender Kriminalität, Osnabrück 2012, S. 41; *Hackner, Thomas*, Das teileuro-

<sup>470</sup> Rahmenbeschluss 2009/948/JI vom 30. 11. 2009, Amtsblatt der Europäischen Union L 328/42 vom 15.12.2009. Näher zu solchen präventiven Bestrebungen vgl. m.w.N. Eser, in: Sieber, § 36 Rn. 95 ff., ferner das von Sinn, Jurisdiktionskonflikte, betriebene und mit einem Regelungsvorschlag abgeschlossene Projekt, sowie Böse/Meyer ZIS 2011, 336 ff., Böse, Herrnfeld, und Luchtman, jeweils in: Luchtman, Choice of Forum, S. 81 ff., 185 ff. bzw. 34, 48 ff. .

päische Doppelverfolungsverbot insbesondere in der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union, in: NStZ 2011,425; *Hannich, Rolf* (Hrsg.), *Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung (KK)*, 6. Auflage, München 2008; *Harms, Monika*, Von Transactien, ordonnances de non-lieu und anderen europäischen Besonderheiten – der lange Weg zu einer einheitlichen europäischen Strafrechtsordnung, in: *Hanack, Ernst-Walter* (Hrsg.), *Festschrift für Peter Riess zum 70. Geburtstag*, Berlin/New York, 2002, S. 725; *Hecker, Bernd*, Das Prinzip „Ne bis in idem“ im Schengener Rechtsraum (Art. 54 SDÜ), StV 2001, 306; *ders.*, *Europäisches Strafrecht*, 3. Auflage, Berlin/Heidelberg, 2010; *Herrnfeld, Hans-Holger*, Mechanisms for Settling Conflicts of Jurisdiction, in: *Luchtman, Michiel* (ed.), *Choice of Forum in Cooperation Against EU Financial Crime*, The Hague 2013, S. 185; *Hußung, Daniel Joachim*, Der Tatbegriff im Artikel 54 des Schengener Durchführungsübereinkommens, Frankfurt 2011; *Jarass, Hans D.*, Strafrechtliche Grundrechte im Unionsrecht, NStZ 2012, 611; *Jescheck, Hans Heinrich Weigend, Thomas*, *Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil*, 5. Auflage, Berlin 1996; *Jung, Heike*, Zur Internationalisierung des Grundsatzes „ne bis in idem“, in: *Albrecht, Peter Alexis u.a.* (Hrsg.), *Festschrift für Horst Schüler-Springorum zum 65. Geburtstag*, Köln, Berlin, Bonn, München 1993, S. 493; *ders.*, Kehrtwende zum Tatbegriff, GA 2010,473; *Kniebühler, Roland Michael*, Transnationales „ne bis in idem“. Zum Verbot der Mehrfachverfolgung in horizontaler und vertikaler Dimension, Berlin 2005; *Kretschmer, Joachim*, Der europäische Grundsatz „ne bis in idem“ und die europaweite Schleuserkriminalität (§ 96 IV AufenthaltG), in: *ZAR (Zeitschrift für Ausländerrecht und Ausländerpolitik)* 2011, 384; *Kühne, Hans-Heiner*, Ne bis in idem in den Schengener Vertragsstaaten. Die Reichweite des Art. 54 SDÜ im deutsch-französischen Kontext, JZ 1998, 876; *Lagodny, Otto*, Überlegungen zu einem menschengerechten transnationalen Straf- und Strafverfahrensrecht, in: *Arnold, Jörg u.a.* (Hrsg.), *Menschengerechtes Strafrecht. Festschrift für Albin Eser zum 70. Geburtstag*, München 2005, S. 777; *Löwe-Rosenberg*, Die Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, Großkommentar, Erb, Volker u.a. (Hrsg.), 1. Bd. (Einleitung; §§ 1-47), 47. Auflage, Berlin/New York 2006; *Luchtman, Michiel*, Choice of Forum and the Prosecution of Cross-Border Crime in the European Union, in: *Luchtman, Michiel* (ed.), *Choice of Forum in Cooperation Against EU Financial Crime*, The Hague 2013, S. 3; *Mansdörfer, Marco*, Das Prinzip ne bis in idem im europäischen Strafrecht, Berlin 2004; *Merkel, Reinhard/Scheinfeld, Joerg*, Ne bis in idem in der Europäischen Union – zum Streit um das „Vollstreckungselement“, in: *ZIS 5/2012*, 206; *Netzer, Felix*, Krimi, Tragödie und Lehrbuch Klassiker – Der Fall Krombach, in: *ZJS 6/2009*, 752; *Plöckinger, Oliver/Leidenmühler, Franz*, Zum Verbot doppelter Strafverfolgung nach Art. 54 SDÜ 1990, wistra 2003, 81; *Radtke, Henning/Busch, Dirk*, Transnationaler Strafklageverbrauch in den sog. Schengen-Staaten?, EuGRZ 2000, 421; *ders.*, Der Begriff der „Tat“ im prozessualen Sinne in Europa, in: *Schneider, Hendrik/Kahlo, Michael/Kleszczewski, Diethelm/Schumann, Heribert* (Hrsg.), *Festschrift für Manfred Seebode*, Berlin 2008, S. 297; *Safferling, Christoph*, Internationales Strafrecht, Heidelberg 2011; *Satzger, Helmut*, Internationales und Europäisches Strafrecht, 6. Auflage Baden-Baden 2013; *ders.*, Auf dem Weg zu einer „europäischen Rechtskraft“?, In: *Manfred Heinrich u.a.* (Hrsg.), *Strafrecht als Scientia Universalis. Festschrift für Claus Roxin zum 80. Geburtstag*, Berlin 2011, Bd. 2, S. 1515; *Schomburg, Wolfgang*, Die Europäisierung des Verbots doppelter Strafverfolgung – Ein Zwischenbericht, NJW 2000, 1833; *ders.*, Konkurrierende nationale und internationale Strafgerichtsbarkeit und der Grundsatz „Ne bis in idem“, in: *Arnold, Jörg u.a.* (Hrsg.), *Menschengerechtes Strafrecht. Festschrift für Albin Eser zum 70. Geburtstag*, München 2005, S. 829; *Schomburg, Wolfgang/Lagodny, Otto/Gleiß, Sabine/Hackner, Thomas*, Kommentar zum Gesetz über die internationale Rechtshilfe in Strafsachen, 4. Auflage, München 2006; 5. Auflage 2012; *Schomburg Wolfgang / Suominen-Pflicht, Irene*, Verbot der mehrfachen Strafverfolgung, Kompetenzkonflikte und Verfahrenstransfer, in: *NJW 2012*, 1190; *Sinn, Arndt* (Hrsg.), *Jurisdiktionskonflikte bei grenzüberschreitender Kriminalität*, Osnabrück 2012; *Soltész, Ulrich/ Marquier, Julia*, Hält „doppelt bestraft“ wirklich besser? – Der ne bis in idem-Grundsatz im Europäischen Netzwerk der Kartellbehörden, in: *EuZW 2006*, 102; *Stalberg, Johannes*, Zum Anwendungsbereich des Art. 50 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union (ne bis in idem), Frankfurt/Main 2013; *Stein, Sibyl*, Eine Meilenstein für das europäische „ne bis in idem“, NJW 2003, 1162; *dies.*, Zum europäischen ne bis in idem nach Artikel 54 des Schengener Durchführungsübereinkommens. Zugleich ein Beitrag zur rechtsvergleichenden Auslegung zwischenstaatlich geltender Vorschriften, Frankfurt a.M. u.a. 2004; *Stuckenberg, Carl-Friedrich*, Der Tatbegriff des europäischen Doppelbestrafungsverbots, in: *Meng, Werner / Ress, Georg / Stein, Torsten* (Hrsg.), *Europäische Integration und Globalisierung*, Baden-Baden 2011, S. 567; *Tallgren, Immi/Reisinger Coracini, Astrid*, Article 20: Ne bis in idem, in: *Triffterer, Otto*, *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, 2. Aufl. München 2008, S. 669; *Thomas, Herbert*, Das Recht auf Einmaligkeit der Strafverfolgung: vom nationalen zum internationalen ne bis in idem; eine rechtsvergleichende Erörterung unter besonderer Berücksichtigung des Rechts der Bundesrepublik Deutschlands, Englands, Schottlands und der USA, Baden-Baden 2002; *Van Bockel, Bas*, The Ne Bis In Idem Principle in EU Law, Austin 2010; *Van den Wyngaert*,

*Christine /Stessens, Guy*, The International *Non Bis In Idem* Principle. Resolving Some of the Unanswered Questions, ICLQ 1999, 779. *Van den Wyngaert, Christine /Ongena, Tom*, Ne bis in idem, in: Casse, Antonio/Gaeta, Paola/Jones, John R.W.D. (eds.), The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary, Vol. II, Oxford 2002, S. 705; *Vander Beken, Tom/Vermeulen Gert/Lagodny, Otto*, Kriterien für die jeweils „beste“ Strafgewalt in Europa – Zur Lösung von Strafgewaltskonflikten jenseits eines transnationalen Ne-bis-in-idem, NStZ 2002, 624; *Vervaele, John A.E.*, The transnational ne bis in idem principle in the EU. Mutual recognition and equivalent protection of human rights, in: Utrecht Law Review 1 (2005), 100; *Vogel, Joachim*, Internationales und europäisches *ne bis in idem*, in: Hoyer, Andreas/Müller, Henning-Ernst/Pawlik, Michael/Wolter, Jürgen (Hrsg.), Festschrift für Friedrich-Christian Schroeder, Heidelberg 2006, 877; *Vogel, Joachim/Norouzi, Ali B.*, Europäisches „ne bis in idem“ – EuGH, NJW 2003, 1173, JuS 2003, 1059; *Weiß, Wolfgang*, Grundrechtsschutz durch den EuGH – Tendenzen seit Lissabon, in: EuZW 2013,287; *Zöller, Mark A.*, Die transnationale Geltung des Grundsatzes ne bis in idem nach dem Vertrag von Lissabon, in: Knut Amelung/Hans-Ludwig Günther/Hans-Heiner Kühne (Hrsg.), Festschrift für Volker Krey, Stuttgart 2010, S. 501.