

Professor Dr. Martin Heger* und Lukas Huthmann
**„Grundrechtsvielfalt“ in Europa: Wegmarken
hin zu einem europäisierten deutschen
Strafverfassungsrecht?**

Mögliche Auswirkungen des neu vom Bundesverfassungsgericht
in *Recht auf Vergessen I* und *Recht auf Vergessen II* eingeführten
Konzepts auf das Strafrecht

<https://doi.org/10.1515/zstw-2021-0029>

I. Einleitung

In seinen Beschlüssen *Recht auf Vergessen I (RaV I)* und *Recht auf Vergessen II (RaV II)*¹ wandte sich das Bundesverfassungsgericht der schwierigen Frage zu, inwiefern Bürgerinnen und Bürger² ein Recht darauf haben, im Internet „vergessen“ zu werden³. Die Beschlüsse bewegen sich inhaltlich im komplexen Spannungsfeld zwischen Wahrung von Persönlichkeitsrechten im Internet, unternehmerischer Freiheit von Suchmaschinenbetreibern, Meinungsfreiheit von Sendern und dem Informationsinteresse der Öffentlichkeit – und das ergänzt um die Dimension der Zeitlichkeit. Sie entfalten jedoch über das Datenschutz- und Persönlichkeitsrecht hinaus Wirkung: In ihnen positioniert sich das Bundesverfassungsgericht (nachfolgend im Fließtext: BVerfG) dazu, wie Grundrechte *generell* in der multidimensionalen Struktur der Europäischen Union (EU) garantiert werden sollten. Zentrale Fragen waren insofern, wie sich nationale Grundrechte aus dem Grundgesetz zu europäischen aus der Grundrechte-Charta verhielten, wie viel

1 BVerfG, 06.11.2019 – 1 BvR 16/13 – Recht auf Vergessen I; BVerfG, 06.11.2019 – 1 BvR 276/17 – Recht auf Vergessen II.

2 Im folgenden Text werden die femininen oder maskulinen Formen jeweils stellvertretend für alle Geschlechter genutzt.

3 Zum Begriff: *Mayer-Schönberger*, Delete: The Virtue of Forgetting in the Digital Age, 2011

***Kontaktpersonen:** Martin Heger, Inhaber des Lehrstuhls für Strafrecht, Strafprozessrecht, europäisches Strafrecht und neuere Rechtsgeschichte an der Humboldt-Universität zu Berlin.
Lukas Huthmann, wiss. Mitarbeiter ebendort und Kollegiat des DFG-Graduiertenkollegs „Dynamische Integrationsordnung“.

Grundrechtspluralismus möglich sei und wer für die Interpretation bzw. die Garantie von Grundrechten in welcher Situation zuständig wäre. Angesichts der hohen Wellen, die die Entscheidung geschlagen hat⁴, zielt der vorliegende Beitrag darauf ab, potenzielle Auswirkungen des dadurch neu eingeführten Modells der Grundrechtsvielfalt auf das deutsche *Strafrecht* zu beleuchten.

Nun mag man zunächst staunen, warum zwei Verfassungsgerichtsbeschlüsse zur Frage des Schutzes von Persönlichkeitsrechten im Internet von Bedeutung für das Strafrecht sein sollten. Dieser erste Eindruck erscheint noch verstärkt, wenn man zusätzlich bedenkt, dass die stark *europarechtliche* Prägung des Datenschutzrechtes eine entscheidende Rolle in beiden Beschlüssen spielte. Im Gegensatz zum Datenschutzrecht galt und gilt Strafrecht nun nicht als Inbild einer besonders europarechtlich bestimmten Materie⁵. Diesen intuitiven Vorbehalten lässt sich jedoch begegnen. Zum einen muss man sich vor Augen führen, dass die Beschlüsse zwar konkret Fragen zu Persönlichkeitsrechten behandelten, dass sie darüber hinaus aber *grundsätzliche* Feststellungen zum Grundrechtsschutz in der multidimensionalen Architektur der EU beinhalten. Die potenzielle Neuausrichtung des Verhältnisses zweier zentraler Grundrechtsregime – des Grundgesetzes einerseits und der Grundrechte-Charta andererseits – kann Implikationen für andere Fallgestaltungen *generell* mit grundrechtlichen Bezügen haben. Das Strafrecht erscheint insofern besonders prädestiniert: Seine potenziell

⁴ Vgl. dazu in Tageszeitungen exemplarisch *Janisch*, Süddeutsche Zeitung v. 27.11.2019, <https://www.sueddeutsche.de/medien/recht-auf-vergessen-bundesverfassungsgericht-straftaeter-1.4700047> (Stand: 03.09.2021); *Schorkopf*, FAZ.NET, <https://www.faz.net/1.6519250> (Stand: 03.09.2021); in der Fachliteratur *Bobić*, Ger. Law J. 2020, 31; *Avbelj*, Ger. Law J. 2020, 27; *Burchardt*, Ger. Law J. 2020, 1; *Fabbrini/Celeste*, Ger. Law J. 2020, 55; *Goldmann*, Ger. Law J. 2020, 45; *Mathews*, Ger. Law J. 2020, 40; *Schneider*, Ger. Law J. 2020, 19; zusätzlich gab es diverse Blog-Posts, u. a. *Gärditz*, Verfassungsblog, <https://verfassungsblog.de/grundrechts-mobile-statt-starrer-kompetenzschichten/> (Stand: 03.09.2021); *Kleinlein*, Verfassungsblog, <https://verfassungsblog.de/neue-starke-stimme-in-der-europaeischen-grundrechts-polyphonie/> (Stand: 03.09.2021); *Breuer*, Verfassungsblog, <https://verfassungsblog.de/wider-das-recht-auf-vergessen-des-bundesverfassungsgerichts/> (Stand: 03.09.2021); *Schramm*, Verfassungsblog, <https://verfassungsblog.de/grundrechtsvielfalt-als-allzweckwaffe-im-rechtsprechungsverbund/> (Stand: 03.09.2021); *Friedl*, European Law Blog v. 12.12.2019, <https://europeanlawblog.eu/2019/12/12/new-laws-of-forgetting-the-german-constitutional-court-on-the-right-to-be-forgotten/> (Stand: 03.09.2021).

⁵ So postulierte noch das Bundesverfassungsgericht selbst in seiner Entscheidung zum Lissabon-Vertrag aus dem Jahr 2009, dass „seit jeher Entscheidungen über das materielle und formelle Strafrecht“ als „besonders sensibel für die demokratische Selbstgestaltungsfähigkeit eines Verfassungsstaates gelten“, woraus es für diesen „grundrechtsrelevanten Bereich“ enge Grenzen für die europäische Integration ableitete, BVerfG, 30.06.2009 – 2 BvE 2/08 – Lissabon-Vertrag, Rdn. 252f.

freiheitsbeschränkende Wirkung macht es zu einem äußerst grundrechtssensiblen Bereich.

Zum anderen muss die nach wie vor verbreitete Perzeption von Strafrecht als nationaler Domäne, weitgehend von europäischen Einflüssen abgeschirmt, kritisch reflektiert werden. Zwar stimmt es, dass Strafrecht sowohl aus deutscher verfassungsrechtlicher als auch aus genuin europarechtlicher Perspektive einen Sonderweg in der europäischen Integration genommen hat und insofern nicht mit dem Datenschutzrecht auf eine Stufe zu setzen ist. Und doch ist der gestiegene und tendenziell weiter steigende Einfluss der EU in diesem Bereich schwer zu leugnen⁶. In einer immer engeren Union⁷ mit weitreichenden wirtschaftlichen, politischen und gesellschaftlichen Verflechtungen ist eine strikte organische Trennung von Rechtsbereichen als nationale oder EU-Domäne illusorisch⁸. Einen einheitlichen Raum mit frei passierbaren Grenzen zu schaffen, hat nicht nur die Mobilität der EU-Bürgerinnen erhöht, sondern auch zu einem Anstieg grenzüberschreitender Kriminalität geführt⁹. Diesem kann ebenso wenig rein national begegnet werden, wie den Gefahren durch den international agierenden Terrorismus. Zudem hat sich gezeigt, dass die EU auf strafrechtliche Mittel angewiesen ist, um ihre Institutionen, Interessen und Politikziele verteidigen zu können. Zur Gewährleistung eines Raumes der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts (vgl. insofern Art. 67 AEUV) ist folglich zumindest eine partielle „Europäisierung“ des Strafrechts unumgänglich¹⁰. Es bleibt daher festzuhalten, dass Europarecht und

6 Während Strafrecht in den Ursprungsverträgen (EGKS, EWG, EAG) noch eine sehr untergeordnete Rolle spielte, hat die Bedeutung durch die Verträge von Maastricht, Amsterdam und Nizza stetig zugenommen. Die Überführung aus dem intergouvernementalen in den supranationalen Bereich durch die Abschaffung der Säulenstruktur im Lissabon-Vertrag wird als weiterer Meilenstein in der Entwicklung des europäischen Strafrechts gesehen. Für einen geschichtlichen Überblick: *Sieber*, in: *Europäisches Strafrecht*, 2. Aufl. 2014, S. 31 ff., Rdn. 139 ff., *Satzger*, in: Böse (Hrsg.), *EnzEuR XI, Europäisches Strafrecht mit polizeilicher Zusammenarbeit*, 2. Aufl. 2020, S. 61 ff., Rdn. 4 ff., *Summers/Schwarzenegger/Ege/Young*, *The Emergence of EU Criminal Law*, 2014, 5 ff.; vgl. für die deutsche verfassungsrechtliche Perspektive: BVerfG, 30.06.2009 – 2 BvE 2/08 – Lissabon-Vertrag, Rdn. 249, 251 ff., *Meyer*, *Demokratieprinzip und Europäisches Strafrecht*, 2009, S. 29 ff.

7 Vgl. Präambel des EU-Vertrages.

8 Vgl. dazu *Sieber*, in: *ZStW* 121 (2009), S. 1, 5–8; *Streng*, in: *Strafrecht und Kriminalität in Europa*, 2003, S. 143 ff.; *Jähne/Schramm*, *Europäisches Strafrecht*, 2017, S. 2f.

9 *Schünemann* spricht insofern von einem „einheitlichen kriminalgeografischen Raum“, vgl. *Schünemann*, *Die Europäisierung der Strafrechtspflege als Demontage des demokratischen Rechtsstaats*, 2014, S. 69.

10 „Europäisierung“ wird hier begrenzt auf Maßnahmen der EU verstanden, vgl. zum Begriff *Hecker*, *Europäisches Strafrecht*, 5. Aufl. 2015, S. 5. Dass es sich bei der Europäisierung des Strafrechts nicht um eine Forderung, sondern bereits den *Status Quo* handelt, zeigt der folgende kursorische

Strafrecht keine so voneinander isolierten Sphären (mehr) sind, dass Verfassungsgerichtsbeschlüsse mit europarechtlichen Schwerpunkten von vornherein ohne jegliche Relevanz erscheinen würden.

Sind die anfänglichen Vorbehalte ausgeräumt, stellt sich die Herausforderung zu konkretisieren, wann Auswirkungen der Rechtsprechung im Strafrecht zu erwarten sind. *Prima facie* dann, wenn eine strafrechtliche Frage, für die bisher die Wertung des Grundgesetzes maßgeblich war, nun durch das vom BVerfG neu geordnete Verhältnis von Grundgesetz und Grundrechte-Charta anders bewertet werden müsste. Vier kumulative Bedingungen erscheinen dafür maßgeblich¹¹. *Erstens*. Es bedarf einer strafrechtlichen Frage mit Grundrechtsbezug. *Zweitens*. Die Grundrechte-Charta muss für die konkrete strafrechtliche Frage – zumindest zusätzlich zum Grundgesetz – anwendbar sein. Ist dies nicht der Fall, stellt sich die Frage nach dem neu geordneten Verhältnis der Grundrechtsregime nicht. *Drittens*. In Ergänzung zur „Anwendbarkeit“ der Charta muss diese auch „Wirkung“ vor oder zumindest neben den Grundgesetzgrundrechten entfalten¹². Würden die Gewährleistungen der Charta vollständig hinter denen des Grundgesetzes zurück-

Überblick: Aufbauend auf dem Prinzip der gegenseitigen Anerkennung und des gegenseitigen Vertrauens wurde die Zusammenarbeit der nationalen Strafverfolgungsbehörden auf europäischer Ebene gestärkt und stetig ausgebaut. Legislative Maßnahmen, wie prominent der Rahmenbeschluss zum Europäischen Haftbefehl oder jüngst die Richtlinie zur Europäischen Ermittlungsanordnung, setzen das Prinzip der gegenseitigen Anerkennung sekundärrechtlich um und erleichtern so die grenzüberschreitende Strafverfolgung. Unterstützt werden die nationalen Polizei- und Justizbehörden von europäischen Institutionen wie Europol, Eurojust, dem Europäischen Amt für Betrugsbekämpfung (OLAF) oder dem europäischen Justiznetzwerk für strafrechtliche Angelegenheiten (EJN). Dass dieser Prozess noch längst kein Ende gefunden hat, unterstreicht der erst 2017 ergangene Beschluss eine Europäische Staatsanwaltschaft zu gründen, die am 1. Juni 2021 ihre Arbeit aufgenommen hat und als (weiterer) Meilenstein in der Europäisierung des Strafrechts gesehen wird, vgl. dazu *Kaiafa-Gbandi*, in: *The European Public Prosecutor's Office-Legal and Criminal Policy Perspectives*, 2015, 234; *Mitsilegas/Giuffrida*, CEPS Policy Insight No. 2017/39 2017; *Erbežnik*, *EuCLR* 2015, 209; *Geelhoed/Erkelens/Meij*, *Shifting Perspectives on the European Public Prosecutor's Office*, 2018; Auch im materiellen Strafrecht lassen sich Harmonisierungstendenzen beobachten, vgl. dazu *Hecker*, S. 371 ff. Europäische Vorgaben prägen dort insbesondere die Rechtsentwicklung in Kriminalitätsbereichen, die häufig einen transnationalen Bezug aufweisen wie dem Umweltstrafrecht, der Terrorismusbekämpfung oder der Wirtschaftskriminalität (siehe für das Umweltstrafrecht *Heger*, *Die Europäisierung des deutschen Umweltstrafrechts*, 2009). Mit möglicher Bedeutung für die hier aufgeworfenen Fragestellung sei zuletzt auf die Anstrengung der EU verwiesen, gewisse Mindeststandards von Beschuldigtenrechten in Strafverfahren zu gewährleisten (vgl. dazu die Entschließung des Rates vom 30. November 2009 über einen Fahrplan zur Stärkung der Verfahrensrechte von Verdächtigen oder Beschuldigten in Strafverfahren [2009/C 295/01]).

¹¹ Diese Bedingungen erscheinen prinzipiell auf andere Rechtsbereiche übertragbar.

¹² Der Begriff „Wirkung“ wurde hier gewählt, um möglichst offen zu halten, was genau aus der Anwendbarkeit der Charta folgen kann (dazu unter III. und IV.). Unionsrechtlich würde die Thema-

treten, wäre trotz „Anwendbarkeit der Charta“ letztlich ausschließlich weiter das Grundgesetz maßgeblich. *Viertens*. Selbst wenn alle drei „formalen“ Bedingungen erfüllt sind, die Charta also für eine strafrechtliche Frage maßgeblich wird, sind *substanziell* nur Auswirkungen unter einer weiteren Voraussetzung zu erwarten: Die Wertungen des Grundgesetzes und die der Charta dürfen nicht vollständig kongruent sein. Bei einer inhaltlichen Divergenz wäre die Entscheidung darüber, welches Grundrechtsregime die Frage wie weit regelt, nämlich nicht nur von normtheoretischer Relevanz, sondern könnte konkret zu einer anderen Beurteilung der Rechtsfrage führen.

Zentrale These dieses Beitrags ist, dass die Beschlüsse grundlegende Veränderungen für den Grundrechtsschutz in Deutschland mit sich bringen, die prinzipiell auch das Potenzial in sich tragen, Auswirkungen im Strafrecht zu haben; dass aber zwei miteinander verknüpfte Faktoren die unmittelbaren Folgen deutlich limitieren dürften: die *restriktive* Interpretation des BVerfG der „Wirkung“ der Grundrechte-Charta im für das Strafrecht charakteristischen „gestaltungsoffenen“, also nicht vollharmonisierten Bereich (oben unter *drittens* beschrieben) und der derzeitige Stand der Integration im Strafrecht. Vor diesem Hintergrund verfolgt der Beitrag zwei Ziele: die Neuerungen durch die Beschlüsse vorzustellen und zu erklären, warum die *unmittelbaren* Wirkungen beschränkt bleiben dürften (dazu II. und III.); und die Voraussetzungen einer weiteren Entfaltung ihres Potenzials zu beleuchten (dazu IV.).

Bei dem Versuch, *unmittelbare* Auswirkungen der Rechtsprechung zu identifizieren, orientiert sich der Beitrag an den vier beschriebenen Bedingungen. Statt eines enumerativen Vorgehens bietet es sich allerdings an, die Frage des Anwendungsbereichs der Charta (oben unter *zweitens* beschrieben) und ihre „Wirkung“ im Verhältnis zum Grundgesetz (*drittens*) vorgezogen zu behandeln. In *Recht auf Vergessen I* und *II* positioniert sich das BVerfG zu diesen seit Langem zwischen ihm und dem Gerichtshof der Europäischen Union (EuGH) umstrittenen Fragestellungen neu. Der Beitrag beginnt daher damit, die wesentlichen Erkenntnisse der Beschlüsse zu diesen Fragen zu rekapitulieren, und sie zu kontextualisieren (II.). Sodann richtet sich der Blick auf das Strafrecht (III.): Wie wirken sich die Beschlüsse im materiellen Teil (III., 1.) und wie im Strafprozessrecht aus (III., 2.)? Die Darstellung verfolgt sowohl das Ziel, die bisherigen Beschränkungen aufzuzeigen, als auch vorbereitend in den vierten Teil überzuleiten. Dort wendet sich der Beitrag dem *zukünftigen* Potenzial der Rechtsprechung zu (IV.). Einerseits wagt er einen Ausblick, wie der neu entworfene Ansatz der Rechtsprechung alternativ interpre-

tik vermutlich als Frage des „Vorrangs“ behandelt werden; dieses Verständnis suggeriert aber eine gewisse Statik, die der Komplexität womöglich unzureichend Rechnung trägt.

tiert werden könnte bzw. welches (Entwicklungs-)Potenzial darin steckt. Insbesondere werden bei der Bewertung die Besonderheiten des strafrechtlichen Kontextes berücksichtigt. Andererseits stellt sich die Frage, ob sich Schritte in der Integration des Strafrechts abzeichnen, die spürbarere Folgen der Rechtsprechung nach sich ziehen würden. Der Beitrag schließt mit einem kurzen Ausblick (V.).

II. *Recht auf Vergessen I und II* – ein neues System multidimensionalen Grundrechtsschutzes?

Die beiden Beschlüsse des BVerfG stellen ein weiteres wichtiges Kapitel in der beeindruckenden Entwicklungsgeschichte von Grundrechtsschutz in der Europäischen Union dar¹³. Sie enthalten Neuerungen zu zentralen Fragen in der Organisation von Grundrechtsschutz im komplexen Mehrebenensystem der Union¹⁴: *Wann* regeln *welche* Grundrechte eine Situation und *wer* wendet sie an? Dass der effektive Schutz von Grundrechten zu einem Thema von so entscheidender Bedeutung für die EU werden würde, war bei Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft noch nicht abzusehen. Erst die dynamisch wachsenden Kompetenzen der Union schufen mehr und mehr die Notwendigkeit, ein immer ausdifferenzierteres System mehrdimensionalen Grundrechtsschutzes zu etablieren¹⁵. Wichtige Akteure in dieser Entwicklung waren seit jeher der EuGH und mitgliedersstaatliche Verfassungs- und Höchstgerichte¹⁶. Sinnbildlich – und für diesen Beitrag besonders relevant – ist insofern der Jahrzehnte andauernde Dialog zwi-

13 vgl. dazu insgesamt *Nicolaysen*, in: Handbuch der Europäischen Grundrechte, 2. Auflage 2020, S. 1.

14 vgl. zum Begriff des Mehrebenensystems *Reinbacher*, Strafrecht im Mehrebenensystem, 2014, S. 54 ff.

15 Auch wenn die EU nach wie vor kein Staat ist, trifft sie Regelungen in grundrechtssensiblen Bereichen, was eine Grundrechtsbindung erforderlich macht. Ihr Selbstverständnis als „Rechtsgemeinschaft“ verpflichtet sie in besonderem Maße zur Garantie von Grundrechten. Eine Rechtsgemeinschaft zu sein, ist für die EU besonders wichtig, da sie in einem anderen klassisch zur Legitimation herangezogenen Strang – Demokratie – auch nach den Änderungen durch den Lissabon Vertrag nach verbreiteter Meinung defizitär bleibt. Zum Demokratiedefizit und der Bedeutung für das Strafrecht vertieft: *Meyer*, vgl. Anm. 6.

16 Darüber hinaus ist das Verhältnis zu einem dritten gewichtigen Akteur in dem gerichtlichen Schutz von Grundrechten, dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR), hochrelevant. Die Spannung des Verhältnisses spiegelt sich u. a. darin wider, dass der EuGH das angestrebte Beitrittsabkommen der EU zur EMRK für mit den Verträgen unvereinbar erklärte, vgl. EuGH, 18.12.2014 – Gutachten 2/13 – EMRK-Beitritt; vgl. insgesamt: *Ekarde/Lessmann*, KJ 2006, 381 ff.

schen EuGH und dem BVerfG. Er ist vom Formulieren oft konträrer Machtansprüche bei Grundrechtsfragen einerseits und dem Bemühen, sich aufeinander zuzubewegen, andererseits, charakterisiert¹⁷. Dieser Konflikt ist nach den vorliegend interessierenden Entscheidungen zum „Recht auf Vergessen“ mit dem PPSU-Urteil des BVerfG vom 5.5.2020¹⁸ sowie den Reaktionen des EuGH und der EU-Kommission darauf auf eine neue Eskalationsstufe gehoben worden, doch geht es in diesem Fall zumindest vordergründig allein um eine Frage der Kompetenz: Hat der EuGH bei seiner vom BVerfG erfragten, diesem danach aber inhaltlich offensichtlich nicht genehmen Vorabentscheidung in Sachen Euro-Rettung sich noch innerhalb der ihm durch das EU-Recht von den Mitgliedstaaten eingeräumten Kompetenzen bewegt oder diese – wie es das BVerfG ausgedrückt hat – in schlechterdings unvertretbarer Weise überschritten? Auch hinter diesem Kom-

17 Als Ausgangspunkt der dialogischen Grundrechtsentwicklung zwischen Bundesverfassungsgericht und dem EuGH wird häufig der Beschluss des Bundesverfassungsgerichts in *Solange I* gesehen. In dieser beanspruchte das Verfassungsgericht, *solange* für den Grundrechtsschutz auch bei der Überprüfung von Gemeinschaftsrecht zuständig zu sein, wie kein dem Grundgesetz adäquater Katalog von Grundrechten auf Gemeinschaftsebene existiere (BVerfGE 37/271 – Solange I, Rdn. 56). Tatsächlich war der Beschluss in *Solange I* allerdings nicht Auslöser, sondern schon eine erste Reaktion auf die einsetzende Grundrechtsentwicklung auf Unionsebene. Zwei Urteile des EuGH lieferten dafür den Anstoß: 1969 die Rechtssache *Stauder*, in der der EuGH erstmals festhielt, für die Wahrung von Grundrechten als Teil der allgemeinen Grundsätze der Gemeinschaftsrechtsordnung zuständig zu sein; und 1970 die Rechtssache *Internationale Handelsgesellschaft*, in der der EuGH – insofern konträr zum Verfassungsgericht in *Solange I* – betonte, warum eine Prüfung von Handlungen der Gemeinschaftsorgane am Maßstab europäischer Grundrechte unerlässlich sei – nämlich um die Autonomie und Einheitlichkeit des Gemeinschaftsrechtes zu sichern (EuGH, 17.12.1970 – C-11/70 – Internationale Handelsgesellschaft, Rn. 3–4; EuGH, 12.11.1969 – C-29/69 – Stauder, siehe auch EuGH, 14.05.1974 – C-4/73 – Nold, Rn. 13). Die somit ab den 1970'ern stetig vom EuGH vorangetriebene Etablierung (ungeschriebener) europäischer Grundrechte führte schließlich zu einer bemerkenswerten Wende in der Judikatur des Bundesverfassungsgerichts. In *Solange II* kehrte es seine Vermutung aus *Solange I* um und erklärte, dass es von nun an von der Äquivalenz europäischen Grundrechtsschutzes ausgehe. Hoheitsakte der EU wolle es demnach fortan nicht mehr selbst am Maßstab der Grundgesetz-Grundrechte überprüfen (BVerfGE 73/339 – Solange II, Rn. 132). Dies gälte solange, wie die EU einen wirksamen Schutz generell gewährleiste. Im *Bananenmarkt-Beschluss* konkretisierte das Verfassungsgericht schließlich, was erforderlich wäre, um die *Solange II*-Vermutung zu entkräften und wieder eine Grundrechtskontrolle am Grundgesetz auszulösen (BVerfGE 102/147 – Bananenmarkt). Die hohen Anforderungen, die das Verfassungsgericht aufstellte, deuteten darauf hin, dass sich die vormalig skeptische und distanzierte Haltung zum EuGH in der Frage der Grundrechtsgewährleistung zunehmend zu einem „Kooperationsverhältnis“ zu entwickeln schien. Der stark justiziell geprägte Prozess der europäischen Grundrechtsgenese fand einen vorläufigen Höhepunkt darin, dass die europäischen Grundrechte in Form der Grundrechte-Charta der EU in geschriebene Form übertragen wurden. Seit dem Vertrag von Lissabon ist sie rechtlich verbindliches Primärrecht (vgl. Art. 6 Abs. 1 EUV).

18 BVerfG, 05.05.2020 – 2 BvR 859/15.

petenzkonflikt dürften sich inhaltliche Streitfragen verbergen (darf man den Euro in hoch verschuldeten Ländern auch um den Preis durch Niedrigzinspolitik retten, dass (deutsche) Spareinlagen keinerlei Ertrag mehr erzielen?). Doch ist in dieser Hinsicht die Entscheidung des BVerfG ja (noch) offen geblieben; die EZB hat Zeit bekommen, ihre bemängelten Ausführungen zur Verhältnismäßigkeit nachzubessern (und sollte es dazu binnen der gesetzten Frist kommen, bliebe es – mangels einer negativen Entscheidung des BVerfG in der Sache – eben ein reiner Kompetenzkonflikt¹⁹). Das alles zeigt aber schlaglichtartig noch einmal eines auf: Bei dem langjährigen institutionellen Konflikt zwischen EuGH und BVerfG handelt es sich allerdings nicht schlicht um ein Kompetenzgerangel zweier Höchstgerichte. Nein, die Frage nach der Zuständigkeit ist eng mit einer Inhaltlichen verbunden: Wie viel Grundrechtskonvergenz ist notwendig oder wünschenswert und wie viel (nationaler) Pluralismus möglich?

Recht auf Vergessen (RaV) I und II stellen in vielerlei Hinsicht eine Zäsur dar und sind für die Frage des Grundrechtsschutzes im Verbundsystem von kaum zu überschätzender Bedeutung²⁰. Für potenzielle Auswirkungen im *Strafrecht* sind zwei Aspekte der Beschlüsse besonders wichtig: Zum einen die Neuausrichtung des BVerfG, wann die Charta *anwendbar* ist, und zum anderen der neu entworfene Ansatz, was aus der Anwendbarkeit der Charta *parallel* zum Grundgesetz *folgt* (im Folgenden als „Wirkung“ bezeichnet). Da die Beschlüsse als „Reaktion“ auf die unionsrechtliche Perspektive gesehen werden müssen, ist es unumgänglich, bei ihrer Darstellung den europarechtlichen Kontext mit einzubeziehen.

1. Ein weiterer Anwendungsbereich für die Charta

Mit *RaV I* und *II* endet eine lang andauernde Kontroverse zwischen EuGH und BVerfG in Bezug auf den Anwendungsbereich der Grundrechte-Charta. Inwiefern *europäische* Grundrechte nicht nur Organe der EU binden, sondern auch für die Mitgliedstaaten verpflichtend sind, war schon umstritten, bevor die Grundrechte-Charta überhaupt existierte²¹. Ihre Einführung und Überführung in das Primärrecht markierte nicht das erhoffte „Ende der (Grundrechts-)Geschichte“. Vielmehr löste es eine neue Welle unterschiedlicher Interpretationen des etwas missver-

¹⁹ Das in der Zwischenzeit von der Kommission gegen Deutschland eingeleitete Vertragsverletzungsverfahren unterstreicht die Brisanz.

²⁰ So auch *Wendel*, JZ 2020, 157.

²¹ Vgl. schon EuGH, 18.06.1991 – C-260/89 – ERT; *Risse*, HRRS 2014, 93, 94 ff.; generell zur Frage der Grundrechtsbindung von Mitgliedsstaaten *Nowak*, in: Heselhaus/Nowak, Handbuch der Europäischen Grundrechte, 2. Auflage 2020, 201, Rdn. 25 ff.

ständig formulierten Passus in Art. 51 Abs. 1 GRCh aus. Die Charta ist danach für „die Mitgliedsstaaten ausschließlich bei der *Durchführung* des Rechts der Union“ anwendbar. Was das aus unionsrechtlicher Perspektive bedeutet, war Gegenstand der als Meilenstein betrachteten Rechtssache *Åkerberg Fransson*²². Ein kurzer Rückblick auf die Entscheidung lohnt sich nicht nur aus dem Grund, dass sich das BVerfG durch die jüngsten Beschlüsse zumindest sehr weit der Interpretation des EuGH angenähert hat. Es lohnt sich auch, da sich das Urteil thematisch um eine strafrechtliche Frage drehte²³.

Herr Åkerberg Fransson war wegen Steuerhinterziehung vor einem schwedischen Strafgericht angeklagt. Bereits zuvor war er wegen derselben Handlungen von einem Verwaltungsgericht mit administrativen Sanktionen belegt worden. Für das schwedische Strafgericht stellte sich daher die Frage, ob die kumulative Sanktionierung aus verwaltungs- und strafrechtlichem Verfahren gegen den Grundsatz der Doppelbestrafung aus Art. 50 GRCh verstoße. Voraussetzung dafür wäre zunächst die Anwendbarkeit der Charta. Da es sich sowohl bei der Festsetzung der steuerlichen Sanktionen als auch der Einleitung des Strafverfahrens um Maßnahmen des schwedischen Staates handelte, bedurfte es der Klärung, ob diese als „Durchführung des Rechts der Union“ zu bewerten sind – bzw. vorgeschaltet, was dies überhaupt bedeutet. Der EuGH befand, dass die Mitgliedsstaaten „in allen unionsrechtlich geregelten Fallgestaltungen“ an die Charta gebunden wären²⁴. Nicht weniger bemerkenswert als diese Feststellung an sich war die darauffolgende Anwendung auf den konkreten Fall. Allein die Verpflichtung der Mitgliedsstaaten, rechtswidrige Handlungen zu bekämpfen, die sich gegen die finanziellen Interessen der EU richten,²⁵ genügte nach Ansicht des EuGH, um in einem nationalen Strafverfahren, das sich ausschließlich nach nationalen Normen zur Bekämpfung von Steuerhinterziehung richtet, eine „Durchführung des Unionsrechts“ zu sehen²⁶.

Wenig überraschend stieß diese extensive Auslegung des Anwendungsbereichs der Charta auf Widerspruch mitgliedersstaatlicher Verfassungs- und Höchstgerichte; unter ihnen in bemerkenswert deutlicher Form das BVerfG. In

22 EuGH, 26.02.2013 – C-617/10 – Åkerberg Fransson

23 vgl. dazu Heger, in: Festschrift für Kühne, 2013, S. 565.

24 EuGH, 26.02.2013 – C-617/10 – Åkerberg Fransson, Rdn. 19 ff.

25 vgl. Art. 325 AEUV bzw. die RL 2006/112/EG.

26 EuGH, 26.02.2013 – C-617/10 – Åkerberg Fransson, Rn. 26 ff. Vgl. allerdings EuGH, 06.03.2014 – C-206/13 – Siragusa, insb. Rdn. 24, wo der EuGH zeigt, dass nicht jeder irgendwie geartete Bezug zum Unionsrecht ausreicht. Art. 51 GrCh verlangt „einen hinreichenden Zusammenhang von einem gewissen Grad [...], der darüber hinaus geht, dass die fraglichen Sachbereiche benachbart sind oder der eine von ihnen mittelbare Auswirkung auf den anderen haben kann.“; vgl. dazu aus der jüngeren Rechtsprechung EuGH, 06.10.2016 – C-218/15 – Paoletti u. a., Rdn. 14

seiner Entscheidung zur *Antiterrordatei* bekräftigte es, dass Maßnahmen nur dann an den europäischen Grundrechten der Charta anstelle des Grundgesetzes zu messen seien, wenn sie durch das Unionsrecht „determiniert“ wären²⁷. Nicht nur das ablehnende Ergebnis, sondern vielmehr die Begründung und Form der Entscheidung sind aufschlussreich, um das Verhältnis zwischen BVerfG und EuGH bei der Frage der Zuständigkeit für Grundrechtsschutz zu begreifen. Einmütig in diesem Punkt lehnte das BVerfG eine Vorlage(-pflicht) an den EuGH ab und begründete dies damit, dass die Grundrechte-Charta *offensichtlich* im vorliegenden Fall nicht anwendbar wäre²⁸. Explizit ging das Gericht dabei auf das Urteil des EuGH in *Åkerberg Fransson* ein und erläuterte, warum dieses unter keinen Umständen so verstanden werden könne, als sei der Anwendungsbereich der Charta für Fallgestaltungen wie der im Ausgangsverfahren eröffnet. Zunächst einleitend mit dem Verweis auf ein „kooperative[s] Miteinander“ zwischen den Gerichten, stellt das BVerfG unmissverständlich seine Lesart der Entscheidung dar²⁹. Diese dürfe nicht in einer Weise interpretiert und angewendet werden, dass „jeder sachliche Bezug zu einer Regelung zum bloß abstrakten Anwendungsbereich des Unionsrechts oder rein tatsächliche Auswirkungen auf diese ausreiche“, um die Bindung der Mitgliedsstaaten an die Grundrechte-Charta zu begründen³⁰.

Diese restriktive Interpretation ist nun passé. Innerstaatliche Regelungen sind nach *RaV I* auch dann als Durchführung des Unionsrechts im Sinne des Art. 51 Abs. 1 GRCh zu beurteilen, „wenn für deren Gestaltung den Mitgliedsstaaten Spielräume verbleiben, das Unionsrecht dieser Gestaltung aber einen hinreichend gehaltvollen Rahmen setzt, der erkennbar auch unter Beachtung der Unionsgrundrechte konkretisiert werden soll“³¹. Das BVerfG weicht insofern von seiner bis dato restriktiven (z. B. in *Antiterrordatei* formulierten³²) Haltung ab und

27 BVerfG, 24.04.2013 – 1 BvR 1215/07 – Antiterrordatei, Rdn. 88

28 BVerfG, 24.04.2013 – 1 BvR 1215/07 – Antiterrordatei, Rdn. 88–91

29 BVerfG, 24.04.2013 – 1 BvR 1215/07 – Antiterrordatei, Rdn. 91. Dass diese Lesart nicht unbedingt mit der des EuGH übereinstimmt – und sehr sicher nicht so unzweifelhaft ist, dass eine Vorlagepflicht nach der *Acte Clair*-Doktrin ausnahmsweise abzulehnen wäre – dürfte dem Bundesverfassungsgericht bewusst gewesen sein. Vor diesem Hintergrund kann die hinzutretende Argumentation mit schwerem Geschütz gesehen werden: Das Verfassungsgericht konstatierte, dass eine andere Interpretation (als die eigene) „offensichtlich als *Ultra-vires*-Akt zu beurteilen“ wäre und die mitgliedstaatliche Grundrechtsgewährleistung in einer Weise gefährden würde, die „die Identität der durch das Grundgesetz errichteten Verfassungsordnung in Frage stellte“ (ebenfalls Rdn. 91); vgl. zu den (sehr hohen) Anforderungen für einen *Acte Clair* das Bundesverfassungsgericht selbst: BVerfG, 04.10.2011 – 1 BvL 3/08; sowie EuGH, 06.10.1982 – C-283/81 – CILFIT

30 BVerfG, 24.04.2013 – 1 BvR 1215/07 – Antiterrordatei, Rdn. 91

31 BVerfG, 06.11.2019 – 1 BvR 16/13 – Recht auf Vergessen I, Rdn. 44

nähert sich der vom EuGH, insbesondere in *Åkerberg Fransson* und *Siragusa*, propagierten Reichweite an³³. Die Charta ist nun auch aus deutscher verfassungsrechtlicher Perspektive für Bereiche anwendbar, die nicht vollständig vom Unionsrecht *determiniert* sind, sondern in denen den Mitgliedsstaaten noch Gestaltungsspielräume verbleiben³⁴. Die Garantien der Charta sollen zu denen des Grundgesetzes *hinzutreten*³⁵. Das bisher vom BVerfG vertretene Exklusivitätsmodell – entweder GG oder Charta – wird somit zugunsten der Möglichkeit einer parallelen Anwendbarkeit der Grundrechtsregime aufgegeben³⁶.

2. Weiter Anwendungsbereich, aber ... – Kompensation auf institutioneller Ebene

Dass das BVerfG nun einen weiten Anwendungsbereich der Charta anerkennt, bedeutet nicht, dass es nicht weiter versuchen würde, einen schleichenden Bedeutungsverlust der Grundgesetz-Grundrechte zu verhindern. Mit *RaV I* und *II* leitet es insofern einen Richtungswechsel ein³⁷. Eine Strategie ist, den Bedeutungsgewinn der Charta auf *institutioneller* Ebene zu kompensieren: Grundrechtsschutz im neuen Verbundsystem soll nicht sukzessive allein zur Aufgabe des EuGH (und der ihm ggf. zur Vorlage verpflichteten Fachgerichte) werden. Nein, das Verfassungsgericht schreibt sich eine Schlüsselrolle in diesem System multidimensionalen Grundrechtsschutzes zu. In bestimmten Situationen – im Bereich der Vollharmonisierung – will es zukünftig *selbst* die Charta anwenden³⁸. Diese Erweiterung des eigenen Prüfungsprogramms kann als bahnbrechendste Neuerung der Beschlüsse gewertet werden³⁹. Doch auch im nicht-vollständig vereinheitlichten, dem sog. gestaltungsoffenen Bereich, wird das BVerfG eine wichtige Stellung bekleiden. Es definiert für sich eine Position, die es ihm erlaubt, sich in den grundrechtlichen Dialog zwischen EuGH und Fachgerichten einzuschalten (dazu sogleich).

32 BVerfG, 24.04.2013 – 1 BvR 1215/07 – Antiterrordatei, Rdn. 88

33 BVerfG, 06.11.2019 – 1 BvR 16/13 – Recht auf Vergessen I, Rdn. 43f.

34 BVerfG, 06.11.2019 – 1 BvR 16/13 – Recht auf Vergessen I, Rdn. 44

35 BVerfG, 06.11.2019 – 1 BvR 16/13 – Recht auf Vergessen I, Rdn. 44

36 Wendel spricht insofern von der Umstellung von einem „dualistischen Trennungsmodell“ auf ein „kooperatives Verflechtungsmodell“, vgl. *Wendel*, JZ 2020, 157.

37 vgl. dazu auch *Karpenstein/Kottmann*, EuZW 2020, 185 ff.

38 BVerfG, 06.11.2019 – 1 BvR 276/17 – Recht auf Vergessen II, 1. Leitsatz

39 *Wendel*, JZ 2020, 157, 160; siehe dazu schon *Bäcker*, EuR 2015, 389, 410 ff.

3. Weiter Anwendungsbereich, aber... – Kompensation durch neu formulierte „Wirkung“

Der zweite Ansatz des BVerfG einer Marginalisierung der Grundgesetz-Grundrechte entgegenzutreten ist, dass es neu bestimmt, was aus der Anwendbarkeit der Charta in Ergänzung zu den Grundgesetzgrundrechten *folgt*. Durch die eingeleitete Entwicklung weg von der Trennung hin zu einem Überlappen der Grundrechtssphären rücken andere Frage in den Fokus: Wie verhalten sich die Grundrechtsregime zueinander, wenn sie gleichzeitig anwendbar sind? Ist eines der beiden vorrangig heranzuziehen⁴⁰? Und wenn ja, nach welchen Regeln bestimmt sich der Vorrang? Oder greift ein Modus, dass beide *kombiniert* gelten, z. B. in Form eines gemischt national-europäischen Verfassungsrechts? Diese Fragen sind verknüpft mit weiteren für das Verhältnis der EU zu den Mitgliedsstaaten Charakteristischen zu Einheit und Vielfalt: Bleibt noch Raum für national divergierende Grundrechte? Oder findet ein Prozess der fortschreitenden Unitarisierung statt, an dessen Ende angesichts des immer weiter um sich greifenden Unionsrechts ein weitgehender Bedeutungsverlust nationaler Grundrechte stehen dürfte? Wie bereits angedeutet, ist das BVerfG bemüht, Letzteres zu verhindern. Es konzipiert dafür ein differenziertes Modell, das alternativ zu dem für das Europarecht charakteristischen Prinzip des klaren *Vorrangs des Unionsrechts*,⁴¹ „Vielfalt“ im Grundrechtsschutz akzentuiert⁴².

Ein zentraler Gedanke des neuen Modells ist, dass die Entscheidung darüber, welche Grundrechte eine Frage konkret regeln, dynamisch vom Grad der Durch-

40 Prinzipiell erscheint bei Anwendung einer strikten Vorrangregel (vergleichbar mit Art. 31 GG: Bundesrecht bricht Landesrecht) sowohl eine Auflösung in Richtung des GG als auch in Richtung der Grundrechte-Charta möglich. Beide Ansätze hätten jedoch äußerst problematisch Implikationen. Da die deutsche Staatsgewalt stets an das Grundgesetz gebunden ist (Art. 1 Abs. 3 GG), würde eine strikte Vorrangregel zugunsten des Grundgesetzes die Grundrechte-Charta makulieren. Sie wäre zwar „anwendbar“, aber stets bedeutungslos, da sie auf der Ebene der „Wirkung“ von den Grundgesetzgewährleistungen verdrängt werden würde. Ein solches Ergebnis erscheint nicht nur aus europarechtlicher Perspektive, sondern auch im Hinblick auf Art. 23 GG schwer zu rechtfertigen. Umgekehrt den Konflikt in Richtung eines strikten Vorrangs der Grundrechte-Charta aufzulösen, scheint zwar europarechtlich möglich, würde aber angesichts des nun potenziell sehr weitreichenden Anwendungsbereiches der Charta zu einer weitgehenden Marginalisierung der Grundgesetz-Grundrechte führen. Sie wären zukünftig nur noch in Situationen maßgeblich, die keinen oder nur einen nur sehr entfernten Bezug zum Europarecht aufweisen. Vgl. dazu insgesamt *Kingreen* in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, 5. Auflage 2016, Art. 51 GRCh Rdn. 11ff.

41 Grundlegend EuGH, 15.07.1964 – C-6/64 – *Costa/E.N.E.L.*; für den Vorrang des Unionsrechts vor nationalem Verfassungsrecht: EuGH, 17.12.1970 – C-11/70 – *Internationale Handelsgesellschaft*, Rdn. 3; und insbesondere EuGH, 26.02.2013 – C-399/11 – *Melloni*, Rdn. 55 ff

42 Dies dürfte nicht zuletzt von dem Interesse getragen sein, nicht selbst an Einfluss zu verlieren.

dringung der Rechtsmaterie durch das Europarecht abhängt; es ist somit „fachrechtsakzessorisch“⁴³. Im verfassungsgerichtlichen Modell kann zunächst zwischen zwei Kategorien möglicher Durchdringungsgrade unterschieden werden⁴⁴: Einerseits dem vollharmonisierten Bereich, in dem – trotz paralleler Bindung an die Grundgesetz-Grundrechte (vgl. Art. 1 Abs. 3 GG) – *ausschließlich* die Gewährleistungen der Charta Anwendung finden,⁴⁵ allerdings mit der Neuerung, dass das BVerfG von nun an selbst die Charta anwenden will und sich somit aktiv in den Dialog zwischen Fachgerichten und EuGH einbringt (s. o.);⁴⁶ andererseits dem nicht-vollharmonisierten Bereich, wo den Mitgliedsstaaten Umsetzungs- bzw. Gestaltungsspielraum verbleibt. Dort soll zukünftig „Grundrechtsvielfalt“ herrschen⁴⁷. Eine der zentralen Herausforderungen in diesem Modell dürfte darin bestehen, die Bereiche voneinander abzugrenzen bzw. valide Kriterien dafür zu entwickeln (a). Eine andere dürfte es werden, das Konzept der „Grundrechtsvielfalt“ (europarechtskonform) zu verstehen (b).

a) Abgrenzung „vollständig vereinheitlichtes“ und „gestaltungsoffenes“ Unionsrecht

Das BVerfG entwickelt einige Kriterien, anhand derer die Abgrenzung vorgenommen werden kann⁴⁸. So soll die Beurteilung nicht aufgrund einer allgemeinen Betrachtung des Regelungsbereiches, sondern in Bezug auf die konkret anzuwendenden Vorschriften erfolgen⁴⁹. Der Kontext einer konkreten Regelung sowie die insgesamt verfolgte Intention der Vollvereinheitlichung (oder eben nicht) dürfen berücksichtigt werden; wofür auch die Rechtsformwahl – Richtlinie oder Verordnung – eine Rolle spielen kann⁵⁰. Allerdings lassen sich allein daraus keine anschließenden Konsequenzen ziehen⁵¹. Ebenso wenig bietet die dem deutschen Recht geläufige Differenzierung zwischen „unbestimmten Rechtsbegriffen“ und

43 BVerfG, 06.11.2019 – 1 BvR 16/13 – Recht auf Vergessen I, Rdn. 53 f.

44 Denklogisch ergänzen lässt sich das Modell um eine dritte Kategorie: Rechtsbereiche, die keinen oder nur einen sehr entfernten Europarechtsbezug haben. Mangels Anwendbarkeit der Charta (s. o.) stellt sich dort die Frage des Verhältnisses der Grundrechtsregime nicht; es gilt weiterhin ausschließlich das Grundgesetz.

45 BVerfG, 06.11.2019 – 1 BvR 276/17 – Recht auf Vergessen II, 2. Leitsatz

46 BVerfG, 06.11.2019 – 1 BvR 276/17 – Recht auf Vergessen II, 1. Leitsatz

47 BVerfG, 06.11.2019 – 1 BvR 16/13 – Recht auf Vergessen I, 1. Leitsatz (a und b)

48 BVerfG, 06.11.2019 – 1 BvR 276/17 – Recht auf Vergessen II, Rdn. 77 ff.

49 BVerfG, 06.11.2019 – 1 BvR 276/17 – Recht auf Vergessen II, Rdn. 78

50 BVerfG, 06.11.2019 – 1 BvR 276/17 – Recht auf Vergessen II, Rdn. 79

51 BVerfG, 06.11.2019 – 1 BvR 276/17 – Recht auf Vergessen II, Rdn. 79

„Ermessen“ ein eindeutiges Abgrenzungskriterium⁵². Entscheidend ist, ob die konkrete unionsrechtliche Regelung auf Ermöglichung von Vielfalt angelegt ist oder ob sie auf eine gleichförmige Rechtsanwendung abzielt⁵³.

b) Was bedeutet „Grundrechtsvielfalt“?

Im Vergleich zur klaren Vorrangregelung zugunsten der Charta im vollharmonisierten Bereich, ist das Modell der „Grundrechtsvielfalt“ in Gestaltungsraumsituationen komplexer und interpretationsbedürftig. Das BVerfG folgt insofern einem dezidiert Grundgesetz-freundlichen Ansatz. Inwiefern die Rechtsprechung innerhalb und außerhalb ihrer eigenen Logik auch anders interpretiert werden kann, soll hier nicht die leitende Frage sein (dazu aber IV.). Vielmehr gilt es zunächst die Konzeption des BVerfG zu verstehen. „Grundrechtsvielfalt“ à la BVerfG bedeutet, dass prinzipiell eine Trennung der Grundrechtsregime beibehalten wird. Die Gewährleistungen werden also nicht „gemischt“ oder kommen gleichzeitig zur Anwendung, sondern es herrscht weiterhin eine Vorrangregel. Diese wirkt allerdings – aus europarechtlicher Perspektive kontraintuitiv – in aller Regel *zugunsten des Grundgesetzes*.

Doch zunächst ein Blick zurück. Das Postulat von „Grundrechtsvielfalt“ ist eine neue Positionierung des BVerfG zu einer Problematik, die aus europarechtlicher Perspektive bereits in der Rechtssache *Melloni* thematisiert wurde.⁵⁴ Das

52 BVerfG, 06.11.2019 – 1 BvR 276/17 – Recht auf Vergessen II, Rdn. 80

53 BVerfG, 06.11.2019 – 1 BvR 276/17 – Recht auf Vergessen II, Rdn. 80

54 Es handelt sich allerdings nicht um die ‚erste Antwort‘ des Bundesverfassungsgerichts. Bis zu den Beschlüssen *Recht auf Vergessen I* und *II* verfolgte es eine andere Linie, *Melloni* zu begegnen. In seinem Beschluss zum Europäischen Haftbefehl (BVerfG, 15.12.2015 – 2 BvR 2735/14 – Europäischer Haftbefehl II, insb. Rdn. 34 und 41 ff.) reagierte es in einer ähnlichen Fallgestaltung wie der in *Melloni*, indem es die bereits im Lissabon-Urteil angedeutete „Identitätskontrolle“ aktivierte, vgl. BVerfG, 30.06.2009 – 2 BvE 2/08 – Lissabon-Vertrag, Rdn. 249; siehe zur Identitätskontrolle: *Burchardt*, ZaöRV 2016, 527 ff.; *Classen*, EuR 2016, 304 ff. Im Kern relativierte das Bundesverfassungsgericht im Beschluss zum *Europäischen Haftbefehl* seine Haltung aus *Solange II* und proklamierte für sich ein (weiteres) Kontrollrecht für Grundrechtsfragen über die bisherige Rechtsprechung hinaus: Es prüft am Maßstab des Grundgesetzes nicht nur, wenn die EU *generell* keinen dem Grundgesetz vergleichbaren Schutz gewährleistet, sondern auch dann, wenn die integrationsfeste Menschenwürde betroffen ist (vgl. dazu Rdn. 44 ff.). Das sei bei einer Verurteilung zu einer mehrjährigen Haftstrafe in Abwesenheit – was nach dem italienischen Recht möglich ist – der Fall. Wiederum hielt das Bundesverfassungsgericht eine Vorlage an den EuGH nicht für notwendig (vgl. Rdn. 125). Gelegenheit für den EuGH, zumindest indirekt zu antworten, lieferten die verbundenen Rechtssachen *Aranyosi* und *Căldăraru*, die von der Bemühung getragen zu sein scheinen, Grundrechtsstandards in Auslieferungssituationen anzunähern und zu einem kooperativen Verhältnis

Urteil *Melloni* erging nicht nur am selben Tag wie *Åkerberg Fransson* (und hatte thematisch ebenfalls einen strafrechtlichen Schwerpunkt);⁵⁵ *Melloni* komplementiert den Entwurf eines unionalen Grundrechtsschutzes aus Sicht des EuGH. Die beiden Urteile stellen insofern in gewisser Hinsicht zwei Seiten einer Medaille dar⁵⁶. Während sich *Åkerberg Fransson* um die Frage des *Anwendungsbereiches* der Charta drehte, stand bei *Melloni* die Frage im Zentrum, wie viel Raum nationalen Grundrechten im Verhältnis zu ihren Pendants in der Charta und generell dem Europarecht noch verbleibt⁵⁷. Kurz gefasst lag der Entscheidung die Problematik zugrunde, ob Mitgliedsstaaten strafrechtliche Auslieferungen nach dem Rahmenbeschluss zum Europäischen Haftbefehl verweigern dürften, wenn dem zwar keine europäischen, aber (höhere) nationale Grundrechtsstandards entgegenstünden⁵⁸. Der EuGH ordnete die Frage als *Vorrangs*-Problematik ein⁵⁹. Er erkannte den Mitgliedsstaaten zwar grundsätzlich zu, über die Charta-Gewährleistungen hinauszugehen und höhere eigene Grundrechtsstandards zu bewahren (vgl. insofern auch Art. 53 GRCh). Es schränkte diese Befugnis aber dahingehend ein, dass dadurch „das Schutzniveau der Charta, der Vorrang, die Einheit und die Wirksamkeit des Unionsrechts“ nicht beeinträchtigt werde dürfte⁶⁰. In der Konsequenz bedeutete dies, dass kein Raum zur Entfaltung national eigener und über die Charta hinausgehender Grundrechtsstandards mehr besteht, wenn dies die Wirksamkeit auch bloß sekundären Unionsrechts (wie dem Rahmenbeschluss zum Europäischen Haftbefehl) einschränkt. Anders ausgedrückt: nationaler Grundrechtspluralismus nur in den (engen) Grenzen der Funktionsfähigkeit des Unionsrechts, da *stets* das Prinzip des Vorrangs gilt.

Insbesondere in *RaV I* versucht das BVerfG einen Weg aufzuzeigen, wie den vom EuGH in *Melloni* aufgestellten Anforderungen Rechnung getragen werden kann und *gleichzeitig* den Grundgesetz-Grundrechten eine möglichst weite Wir-

der Gerichte beizutragen; siehe dazu: EuGH, 05.04.2015 – C-404/15 und C-659/15 PPU – Aranyosi und Căldăraru.

55 EuGH, 26.02.2013 – C-399/11 – Melloni.

56 Der enge Zusammenhang der Entscheidungen zeigt sich auch dadurch, dass der EuGH in *Åkerberg Fransson* bereits auf *Melloni* verweist, vgl. EuGH, 26.02.2013 – C-617/10 – *Åkerberg Fransson*, Rdn. 29.

57 EuGH, 26.02.2013 – C-399/11 – Melloni, Rdn. 55 ff.

58 Konkret ging es um eine Verurteilung in Abwesenheit, was nach der spanischen Verfassung das Recht auf ein faires Verfahren verletzt. Siehe zur Thematik: *Kromrey/Morgenstern*, ZIS 2017, 106 ff.

59 Grundlegend EuGH, 15.07.1964 – C-6/64 – *Costa/E.N.E.L.*; für den Vorrang des Unionsrechts vor nationalem Verfassungsrecht: EuGH, 17.12.1970 – C-11/70 – Internationale Handelsgesellschaft, Rdn. 3

60 EuGH, 26.02.2013 – C-399/11 – Melloni, Rdn. 60

kungskraft erhalten bleibt⁶¹. Auch wenn die Charta-Gewährleistungen in Gestaltungsspielraumsituationen nun grundsätzlich anwendbar sind, entfalten sie keinen generellen Vorrang gegenüber den Grundgesetz-Grundrechten. Vielmehr ist in einer solchen Situation *primär* der Maßstab des Grundgesetzes anzusetzen⁶². Normativ stützt das BVerfG diese primäre Anwendung nationaler Grundrechte auf zwei Grundlagen. Zum einen leitet es her, dass dem Unionsrecht die Idee der „Vielgestaltigkeit des Grundrechtsschutzes“ inhärent sei⁶³. Dort, wo den Mitgliedsstaaten *fachrechtlicher* Gestaltungsspielraum verbleibt, sei auch keine Vereinheitlichung des Grundrechtsschutzes angestrebt. Vielmehr würde das Europarecht in diesen Bereichen nur einen äußeren Rahmen setzen, innerhalb dessen sich die eigenen grundrechtlichen Wertungen der Mitgliedsstaaten entfalten könnten⁶⁴. Zum anderen folgert es aus diesem Primat der Grundrechtsvielfalt eine Vermutung dahingehend, dass durch die Grundrechte des Grundgesetzes in der Regel das Schutzniveau der Charta „mitgewährleistet“ wird⁶⁵.

Die primäre Heranziehung der Grundrechte des Grundgesetzes wird etwas dadurch abgeschwächt, dass das BVerfG eine Auslegung der Grundgesetz-Grundrechte in Konformität mit der Charta verlangt⁶⁶. Dass das BVerfG damit aber eine neue, deutlich weitgehendere Verpflichtung als die ohnehin sonst bestehende Pflicht zur europarechtskonformen Auslegung postulieren wollte, muss angesichts der folgenden Relativierung bezweifelt werden. Mit Verweis auf die eigene Rechtsprechungslinie betont das BVerfG explizit, dass daraus nicht folge, dass „unter Nutzung des offenen Wortlauts der Grundrechte jede Interpretation internationaler oder europäischer Entscheidungsinstanzen oder Gerichte zu übernehmen ist“⁶⁷.

Das BVerfG versucht dann, einen klaren Widerspruch zur EuGH-Rechtsprechung in *Melloni* zu vermeiden: Die „primäre“ oder „alleinige“ Heranziehung des Grundgesetzes muss daher Grenzen kennen⁶⁸. Das BVerfG zieht sie dort, wo die

61 BVerfG, 06.11.2019 – 1 BvR 16/13 – Recht auf Vergessen I, Rdn. 45 ff.

62 BVerfG, 06.11.2019 – 1 BvR 16/13 – Recht auf Vergessen I, Rdn. 45

63 Argumentation unter Heranziehung des Europarechts, insb. Präambel, Abs. 3 GRCh, Präambel Abs. 6 EUV, Art. 51 Abs. 1, 2, Art. 52 Abs. 4, 6, Art. 53 GRCh; sowie Art. 5 Abs. 3 EUV und Art. 51 Abs. 1 Satz 1 GRCh, BVerfG, 06.11.2019 – 1 BvR 16/13 – Recht auf Vergessen I, 1. Leitsatz (a und b) und Rdn. 48. Es geht sogar soweit, dass „Vielgestaltigkeit des europäischen Grundrechtsschutzes“ ein „Strukturprinzip der Union“ sei, vgl. Rdn. 54

64 BVerfG, 06.11.2019 – 1 BvR 16/13 – Recht auf Vergessen I, Rdn. 50–54

65 BVerfG, 06.11.2019 – 1 BvR 16/13 – Recht auf Vergessen I, Rdn. 55–59

66 BVerfG, 06.11.2019 – 1 BvR 16/13 – Recht auf Vergessen I, Rdn. 60 ff.

67 BVerfG, 06.11.2019 – 1 BvR 16/13 – Recht auf Vergessen I, Rdn. 62

68 BVerfG, 06.11.2019 – 1 BvR 16/13 – Recht auf Vergessen I, Rdn. 63

Vermutung, das Schutzniveau der Charta wäre durch das GG mitgewährleistet, durch „konkrete und hinreichende Anhaltspunkte“ widerlegt werden kann⁶⁹. In diesen (Ausnahme-)Fällen können final mitgliedstaatliche Handlungen unmittelbar an der Charta geprüft werden. Entscheidend für die Wirkung im gestaltungsoffenen Bereich wird sein, wie offen oder restriktiv die Anforderungen an eine Widerlegung der Vermutung interpretiert werden. Für das BVerfG hängt dies zunächst davon ab, ob das Fachrecht – wie im Regelfall – von Grundrechtsvielfalt ausgeht oder ob es *ausnahmsweise* engere Maßgaben für die grundrechtliche Ausgestaltung vorsieht⁷⁰. Engere unionsrechtliche Vorgaben müssen sich aus dem „Wortlaut und Regelungszusammenhang des Fachrechts“ selbst ergeben⁷¹. Der allgemeine Verweis, dass (bestimmte) Grundrechte der Charta berücksichtigt werden müssen, soll dafür ausdrücklich nicht ausreichen⁷². Im Regelfall (Unionsrecht lässt Grundrechtsvielfalt zu) greift die Vermutung der Mitgewährleistung nur dann nicht, „wenn und soweit sich das im Einzelfall maßgebliche Schutzniveau aus Rechten der Charta herleitet, die keine Entsprechung im Grundgesetz in seiner Auslegung durch die Rechtsprechung haben“⁷³.

Liegen in einer der beiden Situationen konkrete und hinreichende Anhaltspunkte vor, muss in einem nächsten Schritt geprüft werden, ob das Grundgesetz das Schutzniveau der Charta tatsächlich (ausnahmsweise) nicht mitgewährleistet⁷⁴. Dafür erforderlich ist eine Auseinandersetzung u. a. mit „Judikaten des Gerichtshofs“, dem „gefestigten Stand der Fachdiskussion“ und „Entscheidungen anderer Gerichte, die zur Grundrechte-Charta ergangen sind“⁷⁵. Wie offen sich das BVerfG aber letztlich *tatsächlich* dafür zeigt, europarechtliches Einwirken auf die grundgesetzlichen Wertungen zuzulassen, kann angesichts des in Randnummer 71 festgelegten Prüfungsprogramms bezweifelt werden⁷⁶: Grundsätzlich sei es danach bei einer Prüfung anhand des Grundgesetzes *nicht* erforderlich zu überprüfen, ob Grundrechtsvielfalt bestehe und welche Schutzanforderungen aus der Charta folgen. Es könne sogar regelmäßig offenbleiben, ob die Charta für die betroffene Situation überhaupt anwendbar ist. Die Fragen würden sich

69 BVerfG, 06.11.2019 – 1 BvR 16/13 – Recht auf Vergessen I, Rdn. 63

70 BVerfG, 06.11.2019 – 1 BvR 16/13 – Recht auf Vergessen I, Rdn. 65 ff.

71 BVerfG, 06.11.2019 – 1 BvR 16/13 – Recht auf Vergessen I, Rdn. 68

72 BVerfG, 06.11.2019 – 1 BvR 16/13 – Recht auf Vergessen I, Rdn. 68

73 BVerfG, 06.11.2019 – 1 BvR 16/13 – Recht auf Vergessen I, Rdn. 69

74 BVerfG, 06.11.2019 – 1 BvR 16/13 – Recht auf Vergessen I, Rdn. 70 f.

75 BVerfG, 06.11.2019 – 1 BvR 16/13 – Recht auf Vergessen I, Rdn. 70

76 Auch für die Folgenden: BVerfG, 06.11.2019 – 1 BvR 16/13 – Recht auf Vergessen I, Rdn. 71

nämlich nur dann stellen, wenn konkrete und hinreichende Anhaltspunkte dafür bestehen, dass das Grundgesetz ausnahmsweise das Schutzniveau der Charta nicht mitgewährleistet. Das konkrete verfassungsgerichtliche Verständnis von Grundrechtsvielfalt bedeutet demnach, dass eine Auseinandersetzung mit den Gewährleistungen der Charta nur im Ausnahmefall erfolgt; nämlich nur dann, wenn die Vermutung der Mitgewährleistung bereits ausreichend infrage gestellt wurde.

4. Zwischenfazit

Die Entscheidungen beinhalten konzeptionell wichtige Weichenstellungen. Die Ablösung des Exklusivitätsmodells durch die Anerkennung, dass Charta und Grundgesetz parallel anwendbar sein können, stellt eine grundsätzliche und folgenreiche Neuausrichtung aus Perspektive des BVerfG und des deutschen Verfassungsrechts dar. Ebenfalls äußerst bemerkenswert ist, dass das BVerfG im vollständig vereinheitlichten Unionsrecht zukünftig selbst die Charta anwenden wird. Entscheidend, um eine Marginalisierung der Grundgesetz-Grundrechte hinter der Charta zu verhindern, dürfte aber die Differenzierung zwischen zwei „Wirkungsmodi“ sein: zwar Vorrang der Charta-Gewährleistungen im vollharmonisierten Unionsrecht, aber „Grundrechtsvielfalt“ mit primärer Heranziehung der Grundgesetz-Grundrechte im gestaltungsoffenen Bereich. In der konkreten Interpretation des BVerfG von „Grundrechtsvielfalt“ liegt ein äußerst limitierender Faktor: In der Regel hat die Charta bei Gestaltungsoffenheit lediglich den Status einer zu berücksichtigenden Interpretationsquelle; nur ausnahmsweise, nämlich *nachdem* die Vermutung der Mitgewährleistung widerlegt wurde, erfolgt überhaupt erst eine eingehendere Auseinandersetzung mit dem spezifischen Gewährleistungsgehalt der Charta-Garantien.

III. Unmittelbare Auswirkungen im Strafrecht – *Same old same old?*

Recht auf Vergessen I und *II* bringen grundlegende und weitreichende Neuerungen für den mehrdimensionalen Grundrechtsschutz. Trotzdem dürften die Auswirkungen im Strafrecht begrenzt sein. Zunächst *für* eine Auswirkung spricht zwar, dass der Anwendungsbereich der Charta auch für den strafrechtlichen Kontext geweitet sein dürfte. Sie ist nun für mitgliedstaatliche Maßnahmen anwendbar, wenn für deren Gestaltung das Unionsrecht einen „hinreichend gehaltvollen

Rahmen“ gesetzt hat⁷⁷. Zur Ausweitung des Anwendungsbereichs im Kontrast steht jedoch die neu definierte beschränkte „Wirkung“ der Charta-Grundrechte: Sie genießen nur im *vollständig vereinheitlichten* Bereich Vorrang. In dem für europäische Einflüsse im Strafrecht charakteristischen Fall der *Gestaltungsoffenheit* ist die „Wirkung“ der Charta hingegen, wie gesehen, limitiert.

Daraus folgt: Verbleiben den Mitgliedsstaaten noch Gestaltungsräume bei der Ausgestaltung des Strafrechts, ist in aller Regel weiterhin allein das Grundgesetz maßgeblich. Es besteht lediglich eine Pflicht, das Grundgesetz im Lichte der Charta auszulegen. Diese Pflicht ist allerdings so vage formuliert, dass über ihre konkreten Auswirkungen nur sehr diffus spekuliert werden könnte. Nur in Ausnahmefällen ist das Grundgesetz *nicht* alleiniger Prüfungsmaßstab. Dafür muss durch hinreichende und konkrete Anhaltspunkte die Vermutung widerlegt werden, dass das Grundgesetz das Schutzniveau der Charta „mitgewährleistet“. Erst dann würde bei der Behandlung einer strafrechtlichen Frage überhaupt eine eingehendere Auseinandersetzung mit der Charta, ihrer Anwendbarkeit und konkretem Aussagegehalt stattfinden. Ultimativ kann es auch zu ihrer unmittelbaren Heranziehung führen – weswegen es nicht *a priori* ausgeschlossen erscheint, dass vereinzelt Auswirkungen auftreten. Letztlich dürfte es aber angesichts der formulierten Anforderungen bei einer wirklichen „Ausnahme“ bleiben.

Ein Blick in das materielle und prozessuale Strafrecht lohnt nichtsdestotrotz. Zum einen, um gerade diese möglichen Ausnahmen aufzudecken, zum anderen, um zu veranschaulichen, wo noch Potenzial der Rechtsprechung liegen dürfte (dazu sodann IV.)

1. Materielles Strafrecht

Welche strafrechtlichen Materien zum materiellen Strafrecht zu zählen sind und welche entweder dem Verfahrensrecht zugehören oder strafrechtliche Sanktionsinstrumente sui generis (wie in Deutschland die Einziehung i. S. v. §§ 73 ff. StGB) darstellen, ist innerhalb der EU-Mitgliedstaaten nicht einheitlich geregelt. So gilt etwa die Verjährung, die in Deutschland in §§ 78 ff. StGB und damit formal eigentlich als Teil des materiellen Rechts ausgeformt ist, inhaltlich als Prozesshindernis und damit als Teil des Strafverfahrensrechts; anderenfalls wäre eine rückwirkende Verlängerung der Verjährungsfrist z. B. gegen NS-Kriegsverbrecher im Lichte von Art. 103 Abs. 2 GG rechtlich nicht möglich gewesen. Demgegenüber soll die Verjährung im italienischen Recht nach der dortigen Rspr. dem materiellen Recht

77 S. o., insb. BVerfG, 06.11.2019 – 1 BvR 16/13 – Recht auf Vergessen I, Rdn. 44

zugehören, so dass – wie im Verfahren *Taricco II*⁷⁸ deutlich geworden – eine während eines laufenden Strafverfahrens erfolgte Verlängerung gegen den Grundsatz „nulla poena sine lege“ verstoßen sollte. Aus Sicht des BVerfG spielen solche Differenzen innerhalb der Kriminaljustizsysteme der Mitgliedstaaten aber keine Rolle, denn es ist nur berufen, über Entscheidungen der deutschen Strafjustiz als Teil der deutschen Judikative zu befinden, so dass vorliegend schlicht die deutsche Differenzierung zwischen materiellem Strafrecht und Verfahrensrecht zur Anwendung gelangen kann. Zum materiellen Strafrecht in diesem Sinne zählen neben den Straftatbeständen und den für deren Verwirklichung angedrohten Strafen auch die dazu im Allgemeinen Teil des StGB erlassenen allgemeinen Regelungen, soweit diese nicht ausnahmsweise – wie etwa bei der Verjährung und der Einziehung, aber auch (zumindest nach der h.M.) beim Strafantrag und der Ermächtigung – von der Strafrechtspraxis aus dem Bereich des materiellen Strafrechts ausgeklammert sind.

In einer ersten Entscheidung zum Strafrecht aufbauend auch auf Richtlinien-Vorgaben hat der für strafrechtliche Fragen zuständige Zweite Senat des BVerfG in einem Beschluss aus März 2020 zwar vordergründig den Ansatz des Ersten Senats aus *RaVI* aufgegriffen, daraufhin aber einem Hineinlesen auch von Gewährleistungen der Charta für das über die zwingenden europäischen Vorgaben hinausgehende nationale Umsetzungsrecht, bei dem dem deutschen Gesetzgeber ein Spielraum zukommt, eine Absage erteilt und damit – trotz expliziter Referenz zu *RaVI* – im Ergebnis faktisch an dem tradierten Prüfungsmaßstab festhalten wollen.⁷⁹

„Bei Bestehen eines Gestaltungsspielraums sind die zur Ausfüllung von Unionsrecht erlassenen nationalen Rechtsakte einer verfassungsgerichtlichen Kontrolle am Maßstab des Grundgesetzes zugänglich (vgl. BVerfGE 122, 1 <20 f.>; 129, 78 <90 f.>; 140, 317 <335 f. Rn. 39>; ferner BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 6. November 2019 – 1 BvR 16/13 –, Rn. 42). Gleiches gilt, wenn eine innerstaatliche Rechtsvorschrift nicht der Umsetzung, sondern der Ergänzung und Durchführung zwingenden Unionsrechts dient (vgl. BVerfGE 143, 38 <51 ff. Rn. 31 ff.>). [...] Danach sind die vorgelegten Vorschriften vollumfänglich – und ausschließlich – am Maßstab des Grundgesetzes überprüfbar.“

⁷⁸ EuGH, 05.12.2017 – C-42/17 – M. A.S. und M.B. (*Taricco II*)

⁷⁹ BVerfG, 11.03.2020 – 2 BvL 5/17, Rdn. 65 ff. Dies gilt jedoch nur für den gestaltungsoffenen Bereich. Anders verhielt es sich in der jüngsten Entscheidung des Zweiten Senats zum Europäischen Haftbefehl (BVerfG, 01.12.2020 – 2 BvR 1845/18). Dort ging der Zweite Senat von einer vollständig vereinheitlichten Materie aus und kam dementsprechend in Übereinstimmung mit dem Ersten Senat zu einer Prüfung am Maßstab der Unionsgrundrechte, vgl. BVerfG, 01.12.2020 – 2 BvR 1845/18, Rdn. 35 ff. (siehe dazu noch III. 2.)

Vor diesem Hintergrund sollen im Folgenden einzelne Konstellationen einer Europäisierung des materiellen Strafrechts dahingehend untersucht werden, ob sich bei ihnen nicht doch das Potenzial eines europäisierten Grundrechtsverständnisses entfalten könnte.

a) Der Stand der Europäisierung des materiellen Strafrechts

Das materielle Strafrecht ist seit Inkrafttreten des Vertrags von Amsterdam am 1.5.1999 unionsweit zunehmend harmonisiert worden. Nach Rahmenbeschlüssen in der damaligen dritten Säule der Polizeilichen und Justiziellen Zusammenarbeit in Strafsachen gestützt auf Art. 31 und 34 Abs. 2 EUV a. F. mit Vorgaben zu Tatbestandsmerkmalen und (Mindest-)Höchststrafen etwa auf den Gebieten der Fälschung des Euro und unbarer Zahlungsmittel, der Bekämpfung von Terrorismus, Organisierter Kriminalität, Menschenhandel, Korruption, Rassismus und Fremdenfeindlichkeit sowie von Cybercrime und Kinderpornographie, die mit dem Vertrag von Lissabon zum 1.12.2009 weitgehend (mit Ausnahme von Fremdenfeindlichkeit und Rassismus) in Art. 83 Abs. 1 UAbs. 2 AEUV übernommen worden sind und deshalb heute mittels Richtlinien EU-weit weiterentwickelt werden können (solche Richtlinien gibt es seither etwa zur Terrorfinanzierung und zum Menschenhandel⁸⁰), sowie vom EuGH zunächst in Form einer Annexkompetenz aus der erster Säule der damaligen EG-Politiken entwickelten und heute inhaltlich etwas ausgebaut (die ursprüngliche Annexkompetenz erstreckte sich nur auf die Vorgabe von Tatbestandsmerkmalen, nicht auch – wie heute – auf Mindestvorgaben zu den Strafen) in Art. 83 Abs. 2 AEUV übernommenen Kompetenz für Harmonisierungsvorgaben auf den von der EU bereits harmonisierten Politikfeldern (Paradebeispiel sind immer noch die aufgrund zweier Urteile des EuGH⁸¹ 2008/09 erlassenen Richtlinien zum Umweltstrafrecht⁸² und zur Meeresverschmutzung⁸³), ist schließlich zuletzt auch auf der Grundlage von Art. 325 Abs. 1 AEUV mit der PIF-Richtlinie zum Schutz der finanziellen Interessen der EU⁸⁴ eine Mindestvorgabe vor allem für Straftaten zum Nachteil der EU ergangen (z. B. Sub-

80 RL 2018/1673 vom 23. Oktober 2018 über die strafrechtliche Bekämpfung der Geldwäsche und RL 2011/36/EU vom 5. April 2011 zur Verhütung und Bekämpfung des Menschenhandels und zum Schutz seiner Opfer.

81 EuGH, 13.09.2005 – C 176/03 und 23.10.2007 – C 440/05 (beide Kommission/Rat).

82 RL 2008/99/EG.

83 RL 2009/123/EG.

84 RL 2017/1371 vom 5.7.2017 über die strafrechtliche Bekämpfung von gegen die finanziellen Interessen der EU gerichtetem Betrug.

ventionsbetrug – die mit dem gleichen Ziel vorausgegangene PIF-Konvention von 1995 war ein völkerrechtlicher Vertrag zwischen den EU-Mitgliedstaaten und konnte daher keine vergleichbare unionsrechtliche Zwangswirkung zur Strafrechtsharmonisierung für die Vertragsstaaten begründen).

Im Zuge der Einführung der Europäischen Staatsanwaltschaft (EUSTa) wäre es denkbar gewesen, anstelle der PIF-Richtlinie die darin vorgegebenen Straftaten zum Schutz der EU auch in einer Verordnung unmittelbar verbindlich niederzulegen; dazu ist es vor allem deshalb nicht gekommen, weil die inzwischen eingeleitete Etablierung der EUSTa nicht, wie in Art. 86 AEUV als Regelfall vorgesehen, aufgrund einstimmigen Beschlusses aller EU-Mitgliedstaaten erfolgt ist, sondern „nur“ aufgrund verstärkter Zusammenarbeit von zunächst 17 und inzwischen 22 EU-Mitgliedstaaten.

Allerdings gibt es bereits seit den Anfängen der Europäischen Gemeinschaften die vom BGH als solche anerkannte Figur der sog. supranationalen Gesamttatbestände⁸⁵. Charakteristisch für diese Gruppe von kraft Unionsrechts allein durch dessen Bezugnahme auf nationale Strafnormen automatisch anwendbaren Straftatbeständen zum Schutz europäischer Rechtsgüter ist, dass der nationale Gesetzgeber – anders als bei Harmonisierungsvorgaben – gerade nicht sein (Straf-)Recht an die EU-Vorgaben anpassen muss (tut er dies nicht, ändert sich an der Strafbarkeit nach nationalem Recht nichts, obwohl natürlich gegen die EU-Vorgaben verstoßen worden ist). Die beiden Beispiele sind die Vorgabe in Art. 30 der EuGH-Satzung, die als Teil des primären Unionsrechts gilt, wonach Meineide vor dem EuGH als solche auf Antrag des EuGH vor den mitgliedstaatlichen Gerichten nach deren nationalen Strafnormen gegen Meineid in Zivilprozessen verfolgt werden sollen, sowie die Vorgabe in Art. 194 des bis heute geltenden EAGV (Euratom), die eine ähnliche Verpflichtung zur Strafverfolgung von Geheimnisverletzungen zum Nachteil von Euratom in den Mitgliedstaaten vor deren Gerichten und nach deren Geheimschutz-Strafnormen vorsieht.

b) EU-Rechtsakte zum Strafrecht als bloße Mindestvorgaben

Von den letzten beiden supranationalen Gesamttatbeständen abgesehen, die nicht zu einer EU-weiten Harmonisierung der fraglichen Straftatbestände, sondern zu einer Assimilierung der Strafbarkeit für Taten zum Nachteil der EU an das Recht des jeweils zur Strafverfolgung berufenen Mitgliedstaat führen, geht es aber

⁸⁵ BGHSt. 17, 121; dazu *Heger*, in: *EnzEuR XI*, Europäisches Strafrecht mit polizeilicher Zusammenarbeit, 2. Aufl. 2020, S. 179, Rdn. 20 ff.

bei allen genannten Strafrechtsgaben in Rahmenbeschlüssen wie Richtlinien durchweg nur um eine (Mindest-)Harmonisierung des nationalen Strafrechts; stets bleibt den Mitgliedstaaten eine schärfere Strafnorm möglich, soweit nicht ausnahmsweise andere europarechtliche Grenzen – wie die Grundfreiheiten des AEUV – einer über die EU-Vorgaben hinausgehenden Strafbewehrung Grenzen setzen. Eine Vollharmonisierung der Strafrechtsnormen in den Mitgliedstaaten ist bislang in keinem EU-Rechtsakt vorgesehen. Auch nach dem Vertrag von Lissabon mögliche Vorgaben nicht nur von (Mindest-) Höchststrafen, sondern auch von (Mindest-)Mindeststrafen hat es bislang in der Strafrechtsgabepaxis der EU (noch) nicht gegeben.

Aus Sicht des BVerfG spricht daher nichts dagegen, die von einer Richtlinie gelassenen und vom Gesetzgeber genutzten Spielräume ebenso wie über die Strafrechtsgaben hinausgehende Strafnormen inhaltlich allein an den nationalen Grundrechten und nicht zumindest auch an der Grundrechte-Charta zu messen.

c) Zwingende Vorgaben und Grenzen des Unionsrechts

aa) Unionsrechtliche Grenzen für nationale Strafen

Allerdings gibt es einzelne denkbare Einfallstore, etwa mit Blick auf Strafvorgaben. Eine solche zwingende Vorgabe für mögliche Strafen stellen die Verbote der Todesstrafe (Art. 2 Abs. 2 GRCh) und der unmenschlichen und erniedrigenden Strafen (Art. 4 GRCh) dar, doch ist erstere für Deutschland bereits explizit durch Art. 102 GG ausgeschlossen. Unmenschliche und erniedrigende Strafen sind zwar im Grundgesetz nicht explizit ausgeschlossen, doch würde ihre Androhung und Verhängung gegen die Menschenwürde aus Art. 1 GG verstoßen – obendrein gibt es im heutigen deutschen Strafrecht nur noch die Geld- und Freiheitsstrafe sowie das Fahrverbot als Nebenstrafe (§ 44 StGB); diese Strafen verstoßen aber – anders als bestimmte Ehrenstrafen (z. B. Pranger), die Prügelstrafe und erst recht Verstümmelungen – zumindest abstrakt nicht gegen Art. 4 GRCh, weshalb der Gesetzgeber – solange er das Instrumentarium der möglichen Strafen nicht ändert – in keinen Konflikt mit Art. 4 GRCh geraten könnte, so dass bei einer verfassungsgerichtlichen Überprüfung der Umsetzung von Strafvorgaben der EU letztlich diese Verbürgung nicht zusätzlich herangezogen werden muss.

Doch führt das derzeitige Konzept der Vorgabe von Mindesthöchststrafen dazu⁸⁶, dass die nationalen Gesetzgeber mindestens eine bestimmte Strafrahmen-

⁸⁶ Ausführlich zur Harmonisierung auf Rechtsfolgenseite: *Satzger*, Harmonisierung strafrechtlicher Sanktionen in der Europäischen Union, 2020.

obergrenzen übernehmen müssen, die Untergrenze des Strafrahmens aber im Regelfall bis zur nach nationalem Recht möglichen absoluten Mindeststrafe ziehen können; auch können sie die vorgegebene Mindeststrafrahmenobergrenze beliebig nach oben ziehen (theoretisch bis zur nach nationalem Recht zulässigen Höchststrafe). Da auch das Grundgesetz keine expliziten Vorgaben zu möglichen Strafrahmenunter- und -obergrenzen vorhält, könnte hier Art. 49 Abs. 3 GRCh ins Spiel kommen: „Das Strafmaß darf zur Straftat nicht unverhältnismäßig sein.“ Vor allem mit Blick auf aufgrund nationalen Rechts massiv überschrittenen (Mindest-)Höchststrafen, aber auch wenn der EU-Gesetzgeber – wie in der Umweltstrafrechts-Richtlinie – von einer solchen Vorgabe absieht und deshalb der nationale Strafgesetzgeber den in seiner Strafrechtsordnung für die umgesetzten Tatbestände geltenden Strafrahmen vordergründig (fast) beliebig ziehen kann, könnte das BVerfG Art. 49 Abs. 3 GRCh auch außerhalb zwingenden Umsetzungsrechts ggf. zusammen mit einzelnen Grundrechten und dem allgemeinen Verhältnismäßigkeitsprinzip „in Stellung bringen“. Im Rahmen der Umsetzung der Umweltstrafrechts-Richtlinie gab es zwischenzeitlich einen Fall, bei dem dieser Gedanke durchaus nicht fern hätte liegen können, denn zur in dieser Richtlinie geforderten effektiven Verfolgung von vorgegebenen Verstößen gegen das Jagdrecht ist im Referentenentwurf vorgeschlagen worden, die Strafrahmenobergrenze für fahrlässige Verstöße in § 38 Abs. 2 BJagdG von bis dahin sechs Monaten Freiheitsstrafe auf nicht weniger als drei Jahre anzuheben und damit zu versechsfachen; dass der Fall keiner für das BVerfG sein könnte, folgt daraus, dass sich der Gesetzgeber im weiteren Gesetzgebungsverfahren besonnen hat und schließlich eine Strafrahmenobergrenze von einem Jahr – wie sie zur Erfüllung der Richtlinien-Vorgabe ausreichend war – vorgesehen hat.

bb) Grenzen der Strafbarkeit bei akzessorischen Straftatbeständen

Vor allem in zum Wirtschafts- oder Verwaltungsrecht akzessorischen Teilgebieten des Strafrechts (z. B. Wirtschafts- und Umweltstrafrecht), aber auch gelegentlich darüber hinaus in allenfalls mittelbar akzessorischen Straftatbeständen kann sich die Frage stellen, welche Wirkung aus einer Vollharmonisierung der der Strafnorm zugrundeliegenden zivil- oder öffentlich-rechtlichen Normen resultieren kann⁸⁷. Verdeutlicht werden soll dies an dem bekannten Beispiel, ob angesichts der Vollharmonisierung des Verbraucherrechts durch die UGP-Richtlinie das darin von der EU zugrunde gelegte Verbraucherleitbild eines „mündigen Verbrauchers“ auch für eine (Verbraucher-)Täuschung als Tathandlung eines Betrugs

⁸⁷ Dazu allg. Heger, in: Festschrift für Kühl, 2014, S. 669 ff.

i. S. v. § 263 StGB relevant sein soll mit der Folge, dass ohne weiteres leicht durchschaubare Täuschungen, die ein mündiger Bürger schlechterdings nicht für bare Münze nehmen würde, auch nicht als betrugsrelevante Täuschung gewertet werden könnten (und zwar auch dann nicht, wenn der in concreto angesprochene leichtgläubige Verbraucher die Aussage geglaubt hat). Der BGH hat in zwei Entscheidungen aus dem Jahr 2014 einer solchen Einschränkung des deutschen Betrugsstrafrechts inhaltlich gut nachvollziehbar eine Absage erteilt, weil dadurch der strafrechtliche Verbraucherschutz – entgegen der Intention der Richtlinie – geschwächt und nicht gestärkt worden wäre⁸⁸. Da es in beiden Fällen nicht um einen grenzüberschreitenden Vertrieb von Waren oder Dienstleistungen gegangen ist, musste nicht entschieden werden, ob sich aus den Grundfreiheiten für transnationale Konstellationen möglicherweise doch eine andere Betrachtungsweise hätte ergeben können. Geht es nicht um den nur allenfalls mittelbar zum Verbraucherrecht akzessorisch ausgestalteten § 263 StGB, sondern um explizit akzessorische Materien wie das Umweltstrafrecht und erst recht um tatbestandsinterne Verweisungen auf EU-Recht (wie z. B. in §§ 328 III Nr. 1, 329 IV StGB) würde die deutsche Strafnorm – bei einer zugrunde liegenden Vollharmonisierung – durch die Sanktionierung von Rechtsverstößen (auch) gegen die EU-Vorgaben letztlich nur dem *effet utile* derselben und damit eben der vollständigen Durchsetzung der Vollharmonisierung dienen. Denkbar wäre in einem solchen Fall etwa, dass das aus Art. 103 Abs. 2 GG folgende Bestimmtheitsgebot mindestens mit Blick auf die durch die deutschen Strafnormen in Bezug genommenen EU-Rechtsakte durch die entsprechende Regelung in Art. 49 Abs. 1 Satz 1 GRCh („Niemand darf wegen einer Handlung oder Unterlassung verurteilt werden, die zur Zeit ihrer Begehung nach innerstaatlichem oder internationalem Recht nicht strafbar war“) modifiziert werden könnte; auf den ersten Blick sind zwar die deutsche und die europäische Verbürgung des Gesetzmäßigkeitsprinzips inhaltsgleich, doch wird die Vorgabe in der GRCh schon deshalb weiter verstanden, weil etwa das strikte Schriftlichkeitserfordernis des traditionellen deutschen „*nullum crimen sine lege*“ in Bezug auf von der GRCh ebenfalls erfasste Rechtsgebiete des common law (nach dem Brexit vor allem Irland) in einen Grundsatzkonflikt geraten könnten.

cc) Die Grundfreiheiten des AEUV als Grenzen möglicher Umsetzungsgesetze

Schließlich könnten auch aus den Grundfreiheiten unionsrechtliche Grenzen für eine nach dem Inhalt der Richtlinie aufgrund von Art. 83 AEUV nach oben offene Vorgabe gezogen sein. Ein Beispiel hierfür war der Rahmenbeschluss zum Men-

88 BGH, 05.03.2014 – 2 StR 616–12 und BGH, 28.5.2014 – 2 StR 437/13.

schenhandel von 2002⁸⁹, der u. a. bestimmte Strafvorschriften gegen Menschenhandel etwa zum Zwecke der sexuellen Ausbeutung gegenüber Minderjährigen vorgesehen hat; die Minderjährigkeit endete in diesem Sinne von Europarechtswegen wie nach deutschem Recht mit dem 18. Geburtstag. Gleichwohl hat der deutsche Gesetzgeber bei der Umsetzung eine Schutzaltersgrenze von 21 Jahren gezogen, so dass die grenzüberschreitende Anwerbung von volljährigen Prostituierten (insbesondere aus den osteuropäischen EU-Mitgliedstaaten) für deutsche Bordellbetreiber – nach der Aufhebung der Sittenwidrigkeit der Prostitutionsausübung durch das ProstG 2001⁹⁰ – strafbewehrt war. Zugleich war damit auch die Möglichkeit für erwachsene 18–20jährige Personen, Angebote für eine Prostitutionsausübung in Deutschland zu erhalten, faktisch ausgeschlossen. Sie hätten dafür zuerst nach Deutschland reisen und sich dann dort vor Ort in einem Bordell bewerben müssen, was für nur wenige Jahre ältere Personen oder eben bereits in Deutschland lebende 18jährige Prostituierte (bei denen es kein i. S. v. §§ 232 ff. StGB strafbarer Menschenhandel sein konnte) nicht der Fall gewesen wäre. Vor dem Hintergrund der Dienstleistungsfreiheit und der Arbeitnehmerfreizügigkeit erscheint diese nationalrechtliche Übererfüllung der klaren Vorgaben des Rahmenbeschlusses zumindest fragwürdig. Um eine Diskriminierung ausländischer Unionsbürger beim Zugang zum – wohl wirklich lukrativen – deutschen Markt für sexuelle Dienstleistungen zu vermeiden, hätte man vielleicht das Diskriminierungsverbot in Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG in Hinsicht auf die dort erwähnte „Abstammung“ und in Art. 21 GRCh um die unionsrechtlichen Grundfreiheiten bzw. Diskriminierungsverbote ergänzen können.

Ähnliches könnte gelten für die Vorgaben zur Strafbarkeit gem. § 326 Abs. 2 StGB von Im- und Export von Abfällen innerhalb der EU; würde der deutsche Gesetzgeber – was aber nicht der Fall gewesen ist – hier die EU-Vorgaben substantiell übersteigen und auch von diesen nicht erfasste Betätigungsformen innerstaatlich unter Strafe stellen, könnte – weil der grenzüberschreitende Handel mit Abfällen auch unter die Warenverkehrsfreiheit fällt – die vordergründig nur an den nationalen Grundrechten zu messende überschießende Strafbarkeit möglicherweise im Verhältnis zu den EU-Mitgliedstaaten (nicht zu Drittstaaten) die Warenverkehrsfreiheit des Art. 30 AEUV verletzen, so dass sich auch bei Nichteinschlägigkeit eines Grundrechtsverstößes nach deutschem Recht ein solcher vielleicht aus der Zusammenschau mit der fraglichen Grundfreiheit ergeben könnte.⁹¹

⁸⁹ RB 2002/629/JI vom 19. Juli 2002 zur Bekämpfung des Menschenhandels.

⁹⁰ Zu dessen strafrechtlichen Konsequenzen vgl. *Heger*, StV 2003, 350 ff.

⁹¹ Dazu *Heger*, Die Europäisierung des deutschen Umweltstrafrecht, S. 50 ff.

2. Strafprozessrecht

Grundrechtliche Wertungen sind für das Strafverfahren von essenzieller Bedeutung. Sie sichern beschuldigten oder angeklagten Personen Schutz in einer für sie besonders vulnerablen Situation, in der sie sich der Strafgewalt des Staates und insofern potenziell besonders intensiven Freiheitsbeschränkungen ausgesetzt sehen⁹². Das Grundgesetz trägt dieser Konfliktlage durch spezifische Garantien Rechnung. Es sichert das Recht auf einen gesetzlichen Richter (Art. 101 I 2 GG), auf rechtliches Gehör (Art. 103 I GG), das Rückwirkungs- und Analogieverbot (Art. 103 II GG), das Verbot der Doppelbestrafung (Art. 103 III GG) und expliziten Schutz bei Freiheitsentziehung (Art. 104 GG). Diese als „Justizgrundrechte“ bezeichneten Garantien finden Äquivalente in den Art. 48–50 der Grundrechte-Charta⁹³. Über diese spezifisch strafrechtlichen Garantien hinaus, haben auch andere Gewährleistungen der Charta Bedeutung für das Strafverfahren⁹⁴: allen voran ihr Art. 1 (der Schutz der Menschenwürde). Aber auch die Art. 4 (Verbot der Folter und unmenschlicher oder erniedrigender Strafe oder Behandlung), Art. 5 und 6 der Charta (Recht auf Freiheit und Sicherheit), Art. 7 und 8 (Achtung des Privat- und Familienlebens, der Wohnung und Kommunikation und der Schutz personenbezogener Daten) oder Art. 47 (Rechtsweggarantie) können für strafprozessrechtliche Fragestellungen Bedeutung haben.

Bevor einige potenzielle Spannungsfelder zwischen den Wertungen des GG und ihrer Pendanten in der Charta gezeigt werden, muss jedoch geklärt werden, wann die Charta den jüngsten Beschlüssen folgend überhaupt *anwendbar* ist. Nach *RaV I* und *II* fallen strafverfahrensrechtliche Regelungen unter die Charta, wenn das Unionsrecht zumindest einen „hinreichend haltvollen Rahmen“ gesetzt hat⁹⁵. Für das Strafprozessrecht sind dafür zwei Wege vorstellbar: Evident ist die Charta anwendbar, wenn das Unionsrecht hinreichend haltvolle Anforderungen an die Ausgestaltung mitgliedstaatlicher Strafverfahren *selbst* stellt. Seit dem Vertrag von Lissabon findet sich diesbezüglich primärrechtlich eine Kompetenznorm in Art. 82 Abs. 1 und 2 AEUV⁹⁶. Da auch bereits zuvor erlassene

⁹² Vgl. dazu, dass nicht nur die final drohende Strafe, sondern auch das Verfahren an sich schon sanktionierende Wirkung haben kann: *Gaede*, in: ZStW 129 (2017), S. 911.

⁹³ Für einen Überblick über die europäischen Grund- und Verfahrensrechte siehe *Gaede*, in: *EnzEuR XI*, Europäisches Strafrecht mit polizeilicher Zusammenarbeit, 2. Aufl. 2020, S. 97, Rdn. 58–92; *Jarass*, *NStZ* 2012, 611.

⁹⁴ Vgl. dazu *Gaede*, in: *EnzEuR XI* (Anm. 93), S. 97, Rdn. 59–69.

⁹⁵ *BVerfG*, 06.11.2019 – 1 BvR 16/13 – Recht auf Vergessen I, Rdn. 44

⁹⁶ Nach Absatz 1 dürfen das Europäische Parlament und der Rat Maßnahmen erlassen, die bei der grenzüberschreitenden Verfolgung und Verhütung von Straftaten die Koordinierung und Kooperation verbessern. Absatz 2 ermächtigt zum Erlass von „Mindestvorschriften“ zur Angleichung des

Sekundärrechtsakte (insb. Rahmenbeschlüsse) in Kraft bleiben,⁹⁷ lässt sich mittlerweile eine beeindruckende Bandbreite von unionsrechtlichen Maßnahmen verzeichnen, die unterschiedliche Stadien und Parteien eines Strafverfahrens betreffen. Exemplarisch sei nur auf Folgende hingewiesen⁹⁸: die Richtlinie zur Europäischen Ermittlungsanordnung (EEA),⁹⁹ den Rahmenbeschluss über den Europäischen Haftbefehl (EuHB),¹⁰⁰ die Richtlinie über Sicherstellung und Einziehung,¹⁰¹ die Richtlinien zur Verwirklichung des Fahrplans zur Stärkung der Verfahrensrechte von Verdächtigen oder Beschuldigten in Strafverfahren¹⁰² oder die

Strafverfahrensrecht, soweit dies zur Erleichterung der gegenseitigen Anerkennung justizieller Entscheidungen „erforderlich“ ist. Auch wenn es bei der Abgrenzung zwischen vollständig vereinheitlichtem und gestaltungsoffenem Unionsrecht nicht allein auf die Rechtsform des Unionsaktes ankommt, vgl. BVerfG, 06.11.2019 – 1 BvR 276/17 – Recht auf Vergessen II, Rdn. 77, ist es doch wert zu bemerken, dass Art. 82 Abs. 1 auch zum Erlass von Verordnungen berechtigt. Art. 82 Abs. 2 hingegen berechtigt explizit nur zum Erlass von Mindestvorschriften in Form von Richtlinien, sodass darauf gestützte Maßnahmen in aller Regel dem gestaltungsoffenen Bereich zuzurechnen sind. Siehe dazu *Böse*, in: *EnzEuR IX*, Europäisches Strafrecht mit polizeilicher Zusammenarbeit, 2013, S. 149, insb. Rdn. 27

97 Siehe Art. 9 im Protokoll (Nr. 36) über die Übergangsbestimmungen (Konsolidierte Fassungen des Vertrages über die Europäische Union und des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union [2008/C 115/01]).

98 Siehe für einen umfassenden Überblick der Sekundärrechtsakte: *Wanitschek*, Die Grundrechte-Charta der Europäischen Union im Strafverfahren Anwendbarkeit und Rechtsfolgen, 2018, S. 81–156.

99 RL 2014/41/EU vom 3. April 2014 über die Europäische Ermittlungsanordnung in Strafsachen (dazu *Böse*, ZIS 2014, 152ff.; ausf. *Leonhardt*, Die Europäische Ermittlungsanordnung in Strafsachen, 2017, und *Wortmann*, Die Europäische Ermittlungsanordnung in Strafsachen, 2020).

100 RB 2002/584/JI vom 13.6.2002 über den Europäischen Haftbefehl und die Übergabeverfahren zwischen den Mitgliedstaaten (dazu nur *Heger/Wolter*, in: *Ambos/König/Rackow*, Rechtshilferecht in Strafsachen, 2. Aufl. 2020, 2. Teil Rdn. 619 ff.).

101 RL 2014/42/EU vom 3. April 2014 über die Sicherstellung und Einziehung von Tatwerkzeugen und Erträgen aus Straftaten in der Europäischen Union

102 RL 2010/64/EU vom 20. Oktober 2010 über das Recht auf Dolmetschleistungen und Übersetzungen in Strafverfahren; RL 2012/13/EU vom 22. Mai 2012 über das Recht auf Belehrung in Strafverfahren; RL 2013/48/EU vom 22. Oktober 2013 über das Recht auf Zugang zu einem Rechtsbeistand in Strafverfahren und in Verfahren zur Vollstreckung des Europäischen Haftbefehls sowie über das Recht auf Benachrichtigung eines Dritten bei Freiheitsentzug und das Recht auf Kommunikation mit Dritten und mit Konsularbehörden während des Freiheitsentzugs; RL (EU) 2016/343 vom 9. März 2016 über die Stärkung bestimmter Aspekte der Unschuldsvermutung und des Rechts auf Anwesenheit in der Verhandlung in Strafverfahren; RL (EU) 2016/800 vom 11. Mai 2016 über Verfahrensgarantien in Strafverfahren für Kinder, die Verdächtige oder beschuldigte Personen in Strafverfahren sind; RL (EU) 2016/1919 vom 26. Oktober 2016 über Prozesskostenhilfe für Verdächtige und beschuldigte Personen in Strafverfahren sowie für gesuchte Personen in Verfahren zur Vollstreckung eines Europäischen Haftbefehls

Richtlinie zu Opferrechten¹⁰³. Nicht vergessen werden sollte darüber hinaus einerseits, dass auch nicht originär das Strafverfahren betreffende Rechtsakte Anforderungen an dieses stellen können¹⁰⁴, und andererseits, dass das Recht europäischer Strafverfolgungsbehörden (insb. Europol, Eurojust, OLAF und die Europäische Staatsanwaltschaft) Auswirkungen auf das nationale Strafverfahrensrecht haben kann¹⁰⁵.

Zunächst etwas unorthodox anklingend, lässt sich aus der Rechtsprechung des EuGH noch ein weiterer möglicher Weg entnehmen, wann die Charta für strafverfahrensrechtliche Sachverhalte Anwendung findet. Nach der Argumentation in *Åkerberg Fransson* ist die Charta auch dann anwendbar, wenn zwar keine Anforderungen an das Verfahren selbst gestellt werden, das Strafverfahren aber aus dem Grund betrieben wird, ein Delikt zu verfolgen, das *inhaltlich* der Umsetzung einer europarechtlichen Vorgabe dient¹⁰⁶. Prinzipiell dürfte dieser Gedanke aus europarechtlicher Sicht auf andere Delikte übertragbar sein, die durch europäische Vorgaben überformt sind¹⁰⁷. Unklar ist allerdings, ob das BVerfG der extensiven Logik aus *Åkerberg Fransson* folgt¹⁰⁸. Auch wenn es sich auf *maßstäblicher* Ebene dem EuGH nun angenähert hat, lassen sich aus *RaV I* und *RaV II* nur sehr begrenzt Schlüsse auf die zukünftige *Interpretation* dieses neuen Maßstabes schließen. Ob Strafverfolgung eines materiell europarechtlich überformten Delikts einen „hinreichend gehaltvollen Rahmen“ setzt, bleibt zum jetzigen Zeitpunkt noch unklar.

Die Frage wirft eine grundsätzlichere auf, nämlich *wie weit* die Bindung an die Charta wirkt. Zwei Dimensionen lassen sich insofern unterscheiden. Erstens: Ist die Charta für *alle Verfahrensabschnitte* anwendbar, wenn ihre Eröffnung nur

103 Richtlinie 2012/29/EU vom 25. Oktober 2012 über Mindeststandards für die Rechte, die Unterstützung und den Schutz von Opfern von Straftaten

104 Vgl. zum Beispiel Art. 1, 3, 4 und 8 der mittlerweile außer Kraft gesetzten RL zur Vorratsdatenspeicherung (RL 2006/24/EG vom 15. März 2006), mit der eine Harmonisierung der Speicherpflichten von Daten, u. a. zur Verfolgung schwerer Straftaten, erreicht werden sollte.

105 Dazu schon *Hauck*, in: *EnzEuR XI*, Europäisches Strafrecht mit polizeilicher Zusammenarbeit, 2. Aufl. 2020, S. 605 ff., Rdn. 120 ff.

106 Gedanke aus EuGH, 26.02.2013 – C-617/10 – *Åkerberg Fransson*: Die Prüfung anhand von Art. 50 der GRCh war dort nicht darauf zurückzuführen, dass die Mitgliedsstaaten den Grundsatz ne bis in idem in ihren Rechtsordnungen umsetzen sollten. Es hing mit der materiell-rechtlichen Frage zusammen, die das Strafverfahren erst ausgelöst hatte: Bekämpfung von Steuerhinterziehung zum Nachteil der finanziellen Interessen der EU.

107 Vgl. dazu III. 1. a)

108 Womöglich hat der EuGH selbst seine eigene Sichtweise aus *Åkerberg Fransson* relativiert; vgl. EuGH, 06.03.2014 – C-206/13 – *Siragusa*, Rn. 24; EuGH, 06.10.2016 – C-218/15 – *Paoletti* u. a., Rdn. 14.

darauf zurückzuführen ist, dass das Unionsrecht für einen Abschnitt (beispielsweise für das Ermittlungsverfahren) Vorgaben macht? Hier eine klare Trennlinie zu finden, bei der berücksichtigt werden muss, ob sich Entscheidungen aus zeitlich vorgelagerten Verfahrensstadien noch auswirken, dürfte eine große Herausforderung werden. Zweitens: Sofern man den materiell-rechtlichen Weg grundsätzlich akzeptiert, ist die Charta dann für *alle Delikte* eines Strafverfahrens oder nur die europarechtlich Überformten anwendbar¹⁰⁹? Aufgrund der Konzeption des Anwendungsbereiches der Charta in Art. 51 wird es wohl grundsätzlich unvermeidbar sein, dass je nach Verfahren ggf. unterschiedliche Prozessgrundrechte anwendbar sein werden. Solche Differenzierungen lassen sich durch die komplexe Struktur des mehrdimensionalen Grundrechtsschutzes prinzipiell auch rechtfertigen. Gerade wenn sich die inhaltlichen Garantien der nationalen und europäischen Ebene jedoch (signifikant) unterscheiden sollten, dürfte die Rechtfertigung für Ungleichbehandlung schwieriger werden. Man stelle sich nur vor, dass zwei Personen in getrennten Verfahren wegen Steuerhinterziehung angeklagt sind, wobei aber nur eine Person auch Steuern *zum Nachteil der EU* hinterzogen haben soll¹¹⁰. Pointiert gefragt: Wie überzeugend ist es dann, wenn sich die beiden Verfahren nach potenziell inhaltlich vollständig anders ausgestalteten Prozessgrundrechten richten?

Diese zugespitzte Situation tritt, wie eingangs erläutert, nur auf, wenn weitere Bedingungen erfüllt sind. Zunächst folgt allein aus der „Anwendbarkeit“ der Charta noch nicht, dass diese im Verhältnis zum GG auch (vorrangig) „wirkt“. In Erinnerung gerufen: Nach *RaV II* und *II* ist dies zunächst nur im vollharmonisierten Bereich der Fall. Wo den Mitgliedsstaaten noch Gestaltungsräume verbleiben, „wirkt“ die Grundrechte-Charta in aller Regel nur als (eine) zu berücksichtigte Interpretationsquelle¹¹¹. Existieren also nach derzeitigem Stand unionsrechtlich Vorgaben im Hinblick auf Strafverfahren, die auf vollständige Vereinheitlichung abzielen? Ausschließen lässt sich das für Bereiche, in denen lediglich Mindeststandards erreicht werden sollen (mithin alle Rechtsakte, die unter Art. 82 Abs. 2 AEUV fallen). Grundsätzlich möglich erscheint es hingegen für Maßnahmen, die

109 Vgl. dazu *Risse*, HRRS 2014, 93, 101ff.; *Eckstein*, ZIS 2013, 220, 224.

110 Anknüpfungspunkt einer eventuellen Strafbarkeit wäre in beiden Fällen § 370 AO. Die Anwendbarkeit der Grundrechtscharta würde davon abhängen, ob und inwieweit das materielle Steuerrecht europarechtlichen Bezug hat. Nicht zuletzt die von der Europäischen Kommission lancierten Bemühungen zur Einführung einer Digital- oder Plastiksteuer verdeutlichen die Bewegung in diesem Bereich.

111 Nur beim Vorliegen hinreichender und konkreter Anhaltspunkte, dass die Grundrechte des GG die der Charta ausnahmsweise nicht mitgewährleisten, können diese unmittelbar heranzuziehen sein. Dabei handelt es sich aber um eine inhaltliche Frage.

der Verbesserung der justiziellen Zusammenarbeit in Strafsachen dienen (Art. 82 Abs. 1 AEUV)¹¹². Und in der Tat deutet sich in diesem Bereich eine Neuerung in Richtung eines europäisierten Grundrechtsverständnisses an.

Ein gutes Jahr nach den Beschlüssen *Recht auf Vergessen I* und *II* bot sich dem Zweiten Senat (erneut) die Gelegenheit, sich mit dem Modell des Ersten Senats auseinanderzusetzen. Die Entscheidung erging zu einem neuralgischen Punkt des Grundrechtsschutzes im Strafrecht in Europa: den Bedingungen der Auslieferung bzw. Verweigerung derselben im Rahmen des Europäischen Haftbefehls¹¹³. Der Zweite Senat folgte dem Ansatz des Ersten aus *RaV II* und akzeptiert die eingeleitete Rechtsprechungsänderung. Im vollständig vereinheitlichen Bereich, also dort, wo das Unionsrecht zwingende Vorgaben macht, prüft das BVerfG von nun an am Maßstab der Unionsgrundrechte¹¹⁴. Für den Bereich der Überstellung im Anwendungsbereich des Europäischen Haftbefehls sah der Senat eine vollständige Vereinheitlichung als gegeben an¹¹⁵. Folge ist, dass er die Grundrechtskonformität einer Auslieferungsentscheidung im Rahmen des Europäischen Haftbefehls nicht mehr am Maßstab des Grundgesetzes in der Form der Identitätskontrolle prüft (so noch in *Haftbefehl II*), sondern unmittelbar die Charta (hier speziell Art. 4 GRCh) und deren Konkretisierung als „Funktionsäquivalent“ heranzieht¹¹⁶.

Auch wenn der Rahmenbeschluss zum Europäischen Haftbefehl in der Europäisierung des Strafrechts sicherlich in vielerlei Hinsicht eine Sonderrolle eingenommen hat, stellt diese Anerkennung des Zweiten Senats doch einen bedeutenden Schritt zu einem europäisierten Grundrechtsverständnis dar – augenscheinlich mit Konsequenzen für das Strafrecht. Die genaue Reichweite des Beschlusses bleibt allerdings abzuwarten. Die Kernfrage, wann das Unionsrecht vollständig vereinheitlicht ist oder nicht, scheint nämlich nicht so offensichtlich zu beantworten sein, wie es der Zweite Senat im vorliegenden Beschluss durch seine bündige Feststellung ohne weitere Begründung suggeriert¹¹⁷. Inwiefern das Unionsrecht zwingend ist oder ob doch noch (wenn auch minimale) nationale Spielräume be-

¹¹² Dazu *Satzger* in: *Streinz*, EUV/AEUV, 3. Aufl. 2018, Art. 82 Rdn. 20–31.

¹¹³ Vgl. schon EuGH, 26.02.2013 – C-399/11 – Melloni; dann BVerfG, 15.12.2015 – 2 BvR 2735/14 – Europäischer Haftbefehl II; EuGH, 05.04.2015 – C-404/15 und C-659/15 PPU – Aranyosi und Căldăraru und schließlich der jüngste Beschluss BVerfG, 01.12.2020 – 2 BvR 1845/18.

¹¹⁴ BVerfG, 01.12.2020 – 2 BvR 1845/18, Rdn. 35 ff.

¹¹⁵ BVerfG, 01.12.2020 – 2 BvR 1845/18, Rdn. 35

¹¹⁶ BVerfG, 01.12.2020 – 2 BvR 1845/18, Rdn. 36, kritisch zu der damit einhergehenden Gefahr eines Absinkens des individualrechtlichen Schutzes: *Gärditz*, Verfassungsblog, <https://verfassungsblog.de/richtige-balance/> (Stand: 03.09.2021).

¹¹⁷ BVerfG, 01.12.2020 – 2 BvR 1845/18, Rdn. 35; so auch *Wendel*, Verfassungsblog, <https://verfassungsblog.de/grundrechtswende-zur-jahreswende/> (Stand: 03.09.2021), der darauf aufmerksam

stehen – und davon abhängig, welche Grundrechte konkret maßgeblich sind, – scheint schwierige Abgrenzungsprobleme aufzuwerfen. Ohne valide Kriterien wird die Beantwortung wohl auch davon abhängen, *wer* diese Frage entscheidet. Das BVerfG hat sich insofern in eine einflussreiche Stellung gebracht hat¹¹⁸.

Schließlich sei noch ein Blick auf die letzte Bedingung gewagt. Inwiefern unterscheiden sich die grundrechtlichen Wertungen von Grundgesetz und Charta? Eine *abstrakte* Beurteilung dieser Frage ist ein äußerst diffiziles Unterfangen. Wie für Grundrechte üblich, sind die genannten Garantien textlich sehr offen formuliert und gewinnen erst durch ihre (typischerweise gerichtliche) Interpretation an Kontur¹¹⁹. Für die Artikel des Grundgesetzes lässt sich insofern auf eine fast 70-jährige Judikatur zurückgreifen, was für die Charta angesichts ihres verhältnismäßig jungen Bestehens nicht der Fall ist. Erschwerend kommt hinzu, dass die Integration im Strafrecht verzögert zu anderen Rechtsgebieten verläuft. Folglich waren die Möglichkeiten für den EuGH, genuine Charta-Konturierungen der entsprechenden Grundrechte zu entwickeln, bisher begrenzt. In gewisser Weise kompensierend wirkt allerdings, dass sich die Rechte der Charta eng an denen der EMRK in ihrer jeweiligen Konkretisierung durch die Rechtsprechung des EGMR orientieren¹²⁰. Auch wenn die EU der EMRK bisher nicht beigetreten ist, kann die Bedeutung der EMRK für die Bestimmung des konkreten Gewährleistungsgehaltes von Rechten in der Grundrechte-Charta kaum überschätzt werden¹²¹. Sie müssen daher bei der Beleuchtung potenzieller Spannungsfelder zwischen Charta und Grundgesetz miteinbezogen werden.

Doch wo könnten Wertungsdivergenzen liegen? Einige Beispiele: Klassische Konfliktfelder bisher, zumindest zwischen BVerfG und EGMR, betrafen die Zuläs-

macht, dass es sich bei der Frage des Bestehens eines Spielraums nicht notwendigerweise um ein bipolares, sondern graduelles Kriterium handeln kann.

118 Zu den daraus folgenden Problemen insb. *Wendel*, JZ 2020, 157, 164 ff.

119 Kritisch dazu *Waldron*, Yale L.J. 2006, 1346; vgl. auch *Cappelletti*, S. Cal. L. 1980, 401; *Eckes*, in: *Garben/Goevere* (Hrsg.), *The Interface Between EU and International Law – Contemporary Reflections*, 2019, S. 101 ff.

120 Zum Einfluss der EMRK auf die Unionsgrundrechte siehe *Szczekalla*, in: *Handbuch der Europäischen Grundrechte*, 2. Auflage 2020, S. 45, Rdn. 21 ff.; vgl. auch *Schneiders*, *Die Grundrechte der EU und die EMRK – Das Verhältnis zwischen ungeschriebenen Grundrechten, Grundrechte-Charta und Europäischer Menschenrechtskonvention*, 2010, S. 146 ff.

121 Das liegt u. a. an Art. 52 Abs. 3 GrCh: ¹ Soweit diese Charta Rechte enthält, die den durch die Europäische Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten garantierten Rechten entsprechen, haben sie die gleiche Bedeutung und Tragweite, wie sie ihnen in der genannten Konvention verliehen wird. ² Diese Bestimmung steht dem nicht entgegen, dass das Recht der Union einen weiter gehenden Schutz gewährt. Vgl. in der Rechtsprechung des EuGH, 05.10.2010 – C-400/10 – *McB*, Rdn. 53. Siehe auch *Jarass*, *Charta der Grundrechte der Europäischen Union Kommentar*, 3. Auflage 2016, Art. 52 GRCh Rdn. 65

sigkeit der (nachträglichen) Sicherheitsverwahrung¹²² oder überlange Verfahren,¹²³ bzw. die Kompensation dafür. Einen weiteren auch zukünftig wichtigen und kritischen Bereich stellt die Verwertbarkeit illegal erlangter Beweise im Strafprozess dar. Aufgrund der dazu erlassenen Richtlinien (s. o.) dürfte die Charta hier häufig Anwendung finden. In unterschiedlichen Fallgestaltungen kristallisiert sich heraus, dass das BVerfG aus Perspektive des Grundgesetzes einer Verwertung weniger restriktiv gegenübersteht, als der EGMR bei der Auslegung der EMRK. In der Rechtsprechungshistorie ist der Dissens besonders deutlich beim Einsatz von Lockspitzeln zu Tage getreten¹²⁴. Aber auch an anderer Stelle, zeichnet sich ab, dass das BVerfG und der EGMR unterschiedliche Vorstellungen haben, wie strikt der Grundsatz des fairen Verfahrens (Art. 6 EMRK) die Verwertung illegal erlangter Beweise verbietet¹²⁵. Dass das Pendant zu Art. 6 EMRK – der Art. 47 Abs. 2 GrCh – als gleichermaßen restriktiv einer Verwertung gegenüber interpretiert wird, ist jedoch nicht garantiert. Im Gegensatz zum EGMR, der *nur* den Schutz von Menschenrechten als Aufgabe hat, muss der EuGH in seine Abwägung stärker gegenstreitende (Allgemein-)Interessen, in diesem Fall effektive Kriminalitätsbekämpfung, einbeziehen¹²⁶. Zukünftig besonders spannungsgeladen dürfte zudem das Feld des Datenschutzrechts beim Informationsaustausch zwischen den mitgliedstaatlichen Strafverfolgungsbehörden werden¹²⁷.

122 Zunächst hatte das Bundesverfassungsgericht Verfassungsbeschwerden gegen die nachträgliche Verlängerung der Sicherungsverwahrung zurückgewiesen, vgl. BVerfG, 05.02.2004 – 2 BvR 2029/01; Der EGMR stellte aber einen Konventionsverstoß gegen Art. 7 EMRK (Keine Strafe ohne Gesetz) fest, vgl. EGMR, 17.12.2009 – M v. Germany – 19359/04; Daraufhin erklärte auch das Bundesverfassungsgericht die Regelung für verfassungswidrig, vgl. BVerfG, 04.05.2011 – 2 BvR 2365/09; Schließlich sah der EGMR in den neuen deutschen Regelungen zur rückwirkend verlängerten Sicherungsverwahrung keinen Verstoß mehr gegen Art. 5 und 7 EMRK, vgl. EGMR, 07.01.2016 – Bergmann v. Germany – 23279/14

123 Vgl. dazu, auch wenn es konkret um eine zivilrechtliche Streitigkeit ging: BVerfG, 27.04.2006 – 1 BvR 2398/05; BVerfG, 25.04.2007 – 1 BvR 2398/05; EGMR, 02.09.2010 – Rumpf v. Germany – 46344/06.

124 Meyer und Wohlers sprechen von einer „stark abweichende[n] Einschätzung der Schwere des Verstoßes“, siehe Meyer/Wohlers, JZ 2015, 761, 762; BVerfG, 18.12.2014 – 2 BvR 209/14; EGMR, 23.10.2014 – Furcht v. Germany – 54 648/09; vgl. dazu bereits Gaede/Buermeyer, 2008, 279; Petzsche, JR 2015, 81, 88 ff.

125 Zum Beispiel bei der Verwertbarkeit von durch menschenrechtswidrigen Brechmitteleinsatz erlangten Beweismitteln: EGMR, 11.07.2006 – Jalloh – 54810/00, Rdn. 84 ff.; dazu Gaede, HRRS 2006, 241.

126 Das zeigt sich bereits in *Melloni*, wo der EuGH *zugunsten* der Funktionsfähigkeit des Auslieferungsverkehrs und nicht des höchstmöglichen Grundrechtsschutzes entschied, siehe EuGH, 26.02.2013 – C-399/11 – Melloni, Rdn. 60 ff.

127 dazu schon Zöller, ZIS 2011, 64 ff.

IV. Potenzielle Entwicklung

Legt man die Vorstellung des BVerfG zugrunde, sind die unmittelbaren Auswirkungen im Strafrecht noch limitiert. Dies ist vornehmlich auf die restriktive Interpretation der „Wirkung“ der Charta im gestaltungsoffenen Bereich zurückzuführen. Diese Wirkung ist entscheidend, da europarechtliche Vorgaben im Strafrecht aufgrund des nach wie vor besonders ausgeprägten Autonomiebedürfnisses der Mitgliedsstaaten – bis auf die oben angedeuteten Ausnahmen, insb. beim Europäischen Haftbefehl – selten das Niveau von vollständiger Vereinheitlichung erreichen. Wie die bisherige Entwicklung europäischen Grundrechtsschutzes zeigt, ist jedoch nichts „in Stein gemeißelt“. Das reziproke Aufgreifen, Interpretieren und Fortentwickeln gewichtiger Grundrechtsjudikatur prägt seit Anbeginn das Verhältnis zwischen BVerfG und EuGH. Vor diesem Hintergrund scheint auch hier ein Blick auf das vielleicht *zukünftige* Potenzial der Rechtsprechung gewinnbringend. Zwei Gedanken stehen dabei im Vordergrund. Zum einen darüber nachzudenken, wie die Rechtsprechung allgemein und insbesondere das Konzept der „Grundrechtsvielfalt“ alternativ interpretiert und weitergedacht werden kann; zum anderen mögliche Schritte in der Strafrechtsintegration und ihre Auswirkungen zu beleuchten.

1. „Grundrechtsvielfalt“ ja – aber wie?

Ob „Grundrechtsvielfalt“ insgesamt ein überzeugender Ansatz ist, kann jeweils mit guten Gründen angenommen oder abgelehnt werden. Auf eine solch externe Bewertung des Konzepts soll es vorliegend jedoch nicht ankommen. Stattdessen wird das verfassungsgerichtliche Verständnis von „Grundrechtsvielfalt“ an ihm immanenten Kriterien gemessen. Der Beitrag kommt zu dem Schluss, dass das vom BVerfG hergeleitete normative Fundament nur teilweise die konkrete Handhabung des Konzepts trägt. Der Ansatz des BVerfG ist insgesamt zu statisch. Eine *dynamischere* Interpretation könnte dieses Problem lösen.

Das BVerfG stützt das Konzept von Grundrechtsvielfalt auf zwei für das Unionsrechts tragende und miteinander zusammenhängende Prinzipien: die Achtung der Vielfalt der Kulturen und Traditionen der Völker Europas (und der nationalen Identitäten der Mitgliedsstaaten) einerseits,¹²⁸ und den Grundsatz der

¹²⁸ Siehe insb. Präambel, Abs. 6 EUV; Präambel, Art. 3 GrCh.

Subsidiarität andererseits¹²⁹. Das Modell föderativer Vielfalt im Grundrechtsschutz sieht das BVerfG nicht nur im Primärrecht verbürgt, sondern verweist auch unterstützend auf die Rechtsprechung des EuGH¹³⁰. Für das Strafrecht kommt dieser Grundsatz vor allem in Art. 67 AEUV zum Ausdruck, wonach die EU bei der Strafrechtsharmonisierung nicht nur – wie generell aufgrund von Art. 6 III EUV – die gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen aller Mitgliedstaaten als grundrechtliche Gewährleistungen anerkennt, sondern darüber hinaus explizit auch auf eine Achtung der verschiedenen Rechtsordnungen und -traditionen der einzelnen Mitgliedstaaten rekurriert; unterstützt wird dies noch durch die strafrechtsspezifischen „Notbremsen“ in Art. 82 III, 83 III AEUV. Aus der Existenz des „Strukturprinzips“ der Grundrechtsvielfalt leitet das BVerfG her, dass die Mitgliedsstaaten ihre eigenen grundrechtlichen Standards zur Geltung bringen dürfen – sofern sie die Grenzen in *Melloni* respektieren¹³¹. Die Mitgliedsstaaten sind also frei, die jeweiligen und möglicherweise national divergierenden Umstände zu berücksichtigen¹³². Und sie haben – unter Rückgriff auf die *margin of appreciation*-Doktrin des EGMR – einen „Spielraum für die Beurteilung, ob ein Grundrechtseingriff im rechten Verhältnis zum erstrebten Zweck steht“¹³³. Das Unionsrecht gibt nur einen „weiten Rahmen“ vor, der innerstaatlich ausgefüllt werden kann¹³⁴.

Dieser Ansatz ist in sich schlüssig. Der Gedanke, Vielfalt zu wahren und Entscheidungen auf der auf der niedrigsten Stufe zu ermöglichen (Subsidiarität), ist in der Tat für die EU charakteristisch. Plausibel ist daher auch grundsätzlich der Ansatz, unterschiedliche Lösungen für Grundrechtsfragen in der EU zu akzeptieren und nicht generell Vereinheitlichung anzustreben. Auch wenn das BVerfG es nicht expliziert, spricht dafür letztlich ein im Subsidiaritätsprinzip zum Ausdruck gebrachtes demokratisches Argument: National, regional und lokale unterschiedliche Kulturen, Traditionen, historische Erfahrungen und Präferenzen können am besten berücksichtigt werden, wenn die Entscheidung möglichst auf der niedrigsten Ebene und somit nah an den davon Betroffenen getroffen wird. Das gilt prinzipiell auch für Grundrechtsfragen. Wichtig ist es aber darauf hinzuweisen, dass dieser Ansatz auf einem bestimmten Verständnis von „Grundrechten“ basiert;

129 Siehe allgemein Art. 5 Abs. 3 EUV und Art. 51 GRCh für den Grundrechtsschutz; insgesamt BVerfG, 06.11.2019 – 1 BvR 16/13 – Recht auf Vergessen I, Rdn. 48–54

130 Insbesondere *Åkerberg Fransson* und – mit entsprechenden Grenzen – *Melloni*; vgl. BVerfG, 06.11.2019 – 1 BvR 16/13 – Recht auf Vergessen I, Rdn. 48, 51, 52, 53, 54.

131 BVerfG, 06.11.2019 – 1 BvR 16/13 – Recht auf Vergessen I, Rdn. 48.

132 BVerfG, 06.11.2019 – 1 BvR 16/13 – Recht auf Vergessen I, Rdn. 54.

133 BVerfG, 06.11.2019 – 1 BvR 16/13 – Recht auf Vergessen I, Rdn. 54.

134 BVerfG, 06.11.2019 – 1 BvR 16/13 – Recht auf Vergessen I, Rdn. 51.

nämlich einem, das zwischen *Grund-* und *Menschenrechten* differenziert¹³⁵. In Abgrenzung zum universellen Anspruch von Menschenrechten, die für jeden unabänderbar gelten, hängt bei Grundrechten der konkrete Gewährleistungsgehalt von gesellschaftlichen Aushandlungsprozessen ab. Dass gewisse Rechte garantiert werden, ist auch diesem Verständnis nach unbedingt. Ihr konkreter Inhalt ist aber kontextabhängig, wandlungsfähig und wird insbesondere in Abgrenzung zu den Rechten anderer in Konfliktsituationen bestimmt.

Das Problem an dem verfassungsgerichtlichen Verständnis liegt nicht in der Herleitung des normativen Fundaments und des daraus abgeleiteten Schlusses, unterschiedliche Lösungen für Grundrechtsfragen in der EU zuzulassen. Es liegt in der konkreten Umsetzung. Sie hat zur Folge, dass in der Praxis überhaupt eine Auseinandersetzung mit der Grundrechte-Charta die Ausnahme bleiben dürfte. Das BVerfG unterscheidet anhand *eines* Kriteriums (Harmonisierungsgrad des Fachrechts) dichotom zwischen vollständiger Einheit des Grundrechtsschutzes im vollharmonisierten Unionsrecht und (nationaler) Vielfalt im gestaltungsoffenen Bereich. Die – in aller Regel erfolgende – alleinige Heranziehung des Grundgesetzes im gestaltungsoffenen Bereich stützt das BVerfG auf eine *Vermutung*, dass bei Anwendung der Grundgesetzgrundrechte der von der Charta vorgegebene Rahmen gewahrt wird¹³⁶. Begründet wird diese Vermutung mit der „übergreifende[n] Verbundenheit des Grundgesetzes und der Charta in einer gemeinsamen europäischen Grundrechtstradition“¹³⁷. Nur in sehr begrenztem Maße erlangt die Charta in gestaltungsoffenen Situationen Bedeutung: durch die sehr zurückhaltend interpretierte Pflicht das Grundgesetz „im Lichte der Charta“ auszulegen,¹³⁸ und die unter hohen Voraussetzungen stehende Möglichkeit, die Vermutung der Mitgewährleistung durch konkrete und hinreichende Anhaltspunkte zu widerlegen¹³⁹.

Der Ansatz des BVerfG erscheint zu statisch. Er birgt die Gefahr, die *für* Konvergenz streitenden Interessen nicht ausreichend zu berücksichtigen.¹⁴⁰ Überzeu-

135 *Palombella*, ARSP 2007, 396, 397 ff.

136 Oder in den Worten des Bundesverfassungsgerichts, dass bei Anwendung des Grundgesetzes die Charta in der Regel „mitgewährleistet“ wird, vgl. BVerfG, 06.11.2019 – 1 BvR 16/13 – Recht auf Vergessen I, Rdn. 55.

137 Verweis auf Entstehung der europäischen Grundrechte auf Basis der verschiedenen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedsstaaten und gemeinsames Fundament und Bedeutung der EMRK, vgl. BVerfG, 06.11.2019 – 1 BvR 16/13 – Recht auf Vergessen I, Rdn. 55 ff.

138 s. o., vgl. BVerfG, 06.11.2019 – 1 BvR 16/13 – Recht auf Vergessen I, Rdn. 60–62

139 BVerfG, 06.11.2019 – 1 BvR 16/13 – Recht auf Vergessen I, Rdn. 63 ff.

140 Diese hängen von der konkreten Rechtsfrage ab. Im Strafverfahrensrecht dienen garantierte Mindeststandards bei Beschuldigtenrechten beispielsweise dazu, das gegenseitige Vertrauen zu stärken. Insgesamt lassen sich die *Melloni*-Grenzen heranziehen: „Schutzniveau der Charta, der

gender wäre eine dynamischere Interpretation von Grundrechtsvielfalt, die von größerer Offenheit gegenüber der Beschäftigung mit der Charta und von mehr Differenzierungsgraden ihrer Wirkungsweise charakterisiert ist. Wo das normative Fundament *tatsächlich* trägt, soll Raum für grundrechtlich unterschiedliche Wertungen existieren. Das ist insbesondere der Fall, wenn für die Entscheidung einer konkreten grundrechtlichen Frage kulturelle oder historische Prägungen eine Rolle spielen. Oder, oft damit zusammenhängend, wenn die Frage effektiv auf der niedrigeren Ebene geregelt werden kann (Prinzip der Subsidiarität). Wo das normative Fundament allerdings nicht bzw. nicht so stark trägt oder wichtigere Belange für eine Unitarisierung sprechen, sollte der Grundrechte-Charta mehr Bedeutung eingeräumt werden. Vehikel für einen solchen Ansatz wäre, die Vermutung der „Mitgewährleistung“ anders zu interpretieren. Statt „pauschal“ aus der Annahme von Grundrechtsvielfalt abzuleiten, dass bis auf Ausnahmefälle eine Auseinandersetzung mit der Charta nicht notwendig sei, könnte diese stärker in die Prüfung miteinbezogen werden. Zum Beispiel, indem bei Zweifeln im Einzelfall eruiert werden müsste, wieviel Vielfalt die Charta tatsächlich einräumt, was konkret möglich und sinnvoll ist und was umgekehrt für Einheit spricht. So ließe sich wesentlich fundierter begründen, warum und wie man diese Vielfalt ausnutzt.

Ein derartiges Verständnis würde viele Möglichkeiten eröffnen: So müsste die Frage nach Einheit oder Vielfalt nicht für alle einvernehmlich beantwortet werden, sondern könnte nach Grundrechten und Situationen differenzieren. Es bestünde beispielsweise die Möglichkeit, zu berücksichtigen, ob national divergierende Grundrechtsstandards überhaupt realpolitisch realisierbar sind. Je mehr die Grundrechte mit globalen Herausforderungen zusammenhängen, desto weniger dürfte der nationale Kontext zukünftig eine Rolle bei der Durchsetzung spielen. In Bereichen wie dem Umweltschutz oder auch dem Datenschutzrecht scheint insofern vieles dafür zu sprechen, auf europäische Konvergenz zu setzen. Und zusätzlich könnten Spezifika einzelner Rechtsgebiete berücksichtigt werden. Das zeigt sich u. a. auch im Strafrecht.

Im Straf- und Strafverfahrensrecht scheint zunächst vieles dafür zu sprechen, dass viel Raum für nationale Divergenz besteht (Kulturgebundenheit, Tradition, besonderer Legitimationsbedarf)¹⁴¹. Allerdings existiert auch eine Reihe von Faktoren, die diese Sichtweise in Frage stellen. So könnte man beispielsweise in Frage stellen, ob das Argument für grundrechtliche Vielfalt und Subsidiarität nicht

Vorrang, die Einheit und die Wirksamkeit des Unionsrechts“, EuGH, 26.02.2013 – C-399/11 – Mello-
ni, Rdn. 60.

141 Vgl. dazu BVerfG, 30.06.2009 – 2 BvE 2/08 – Lissabon-Vertrag, Rdn. 249 ff.

primär dort trägt, wo Grundrechte miteinander konfliktieren. Strafrechtliche Regelungen werden aber stereotypisch als bipolar und nicht als multipolar beschrieben. Mit guten Gründen ließe sich daher vertreten, dass bei der Entscheidung über das konkret maßgebliche Grundrechtsregime nicht das Argument der Vielfalt und der „niedrigsten“ Ebene greifen sollte, sondern immer die für den Betroffenen „günstigste“ Regelung. Dagegen lässt sich allerdings vorbringen, dass die Darstellung von Strafrecht als bipolares Feld unterkomplex ist. Letztlich gilt es auch hier, verschiedene Interessen gegeneinander abzuwägen: Das kollektive Sicherheitsinteresse, das für eine möglichst effektive Strafverfolgung streitet, muss in Einklang mit individuellen Freiheitsrechten, verkörpert durch Beschuldigtenrechten, gebracht werden. Auch Opferschutzgesichtspunkte spielen zunehmend eine Rolle. Dazu kommt, dass – etwa im Wirtschaftsstrafrecht – der Verzicht auf Strafsanktionen bzw. deren effektive Durchsetzung letztlich Fehlverhalten eines Unternehmens im EU-Binnenmarkt begünstigen und damit den unionsweiten Wettbewerb verzerren könnte; umgekehrt könnte eine übermäßige Sanktionierung in einzelnen Mitgliedstaaten wegen der damit verbundenen kaum kalkulierbaren Risiken zu einem faktischen Rückzug der dort ansässigen Unternehmen aus dem Binnenmarkt führen, worunter ebenfalls die Wettbewerbsstruktur leiden müsste. Was dies zeigen soll, ist weniger, dass ein Weg der richtige ist, sondern eher, dass ein differenzierter, dynamischer Ansatz es erlaubt, Spezifika der Rechtsgebiete zu berücksichtigen.

2. Zukunft der Strafrechtsintegration

Der Prozess der europäischen Integration im Strafrecht hat sein Ende nicht erreicht. Sowohl auf einfachgesetzlicher Ebene als auch hinsichtlich der Charta ist mit Entwicklungen zu rechnen, die bedeutsam für den Grundrechtsschutz im Strafrecht im europäischen Mehrebenensystem sein werden.

a) Weiterer Anwendungsbereich und mehr „Wirkung“?

Die Anwendbarkeit der Charta folgt akzessorisch der unionsrechtlichen Durchdringung des Fachrechts. Aufgrund der Zunahme legislativer Tätigkeit der Union im Strafrecht ist die Charta bereits für viele strafrechtliche Fragen anwendbar. Dem Unionsgesetzgeber steht es auch zukünftig frei, im Rahmen der ihm zustehenden Kompetenzen, bestehende Rechtsakte zu erweitern oder neue zu erlassen, was eine dynamischere Ausdehnung des Anwendungsbereiches zur Folge hätte. Solch legislative Änderungen oder Erweiterungen hätten nicht nur Auswirkungen

auf die Anwendbarkeit der Charta, sondern auch deren „Wirkung“ im Verhältnis zum Grundgesetz. Wiederum im Rahmen der primärrechtlich normierten Kompetenzen kann für bestimmte Fragen statt (wie bisher) Gestaltungsoffenheit, zukünftig mehr Kongruenz durch Vollvereinheitlichung angestrebt werden – mit der Folge, dass die Charta Anwendungsvorrang genießen würde. Geht man von den bestehenden Kompetenzgrundlagen aus, dürften Schritte in Richtung von Vollvereinheitlichung am ehesten zum Schutz der finanziellen Interessen der Union zu erwarten sein¹⁴².

b) Weitere Ausdifferenzierung genuiner „Chartagrundrechte“?

Weiter bedeutsam wird die Entwicklung der Grundrechte-Charta selbst sein. Je konkreter die Gewährleistungen durch die Rechtsprechung definiert werden, desto eher zeichnen sich potenzielle Spannungsfelder und Wertungsunterschiede zu den Grundrechten des Grundgesetzes ab. Hier wird es zukünftig auf Detailfragen ankommen.

Prinzipiell liegt die Funktion von *Grundrechten* zu einem großen Teil darin, einen gewissen Mindestgehalt zu definieren, der hierarchisch höherrangig ist und deshalb gerade *nicht* einfach geändert werden kann. Das bedeutet jedoch nicht, dass die einzelnen Ausprägungen der Rechte damit statisch festgehalten wären. Es ist für Grundrechte gerade charakteristisch, dass sich ihre konkreten Gewährleistungen dynamisch und in Abhängigkeit zu gesellschaftlichen Veränderungen entwickeln. Dies lässt sich sowohl am Beispiel des BVerfG als auch des EGMR mit seiner „*Living instrument*“-Doktrin für das Grundgesetz respektive die Konventionsgewährleistungen sehen. Die Beispiele unterstreichen zudem, wie stark justiziell die Grundrechtsentwicklung geprägt ist. Die Herausbildung bestimmter Grundrechtsgewährleistungen lässt sich auf die Charta – und den EuGH als Hauptakteur – übertragen. Zwar erscheint es wenig gewinnbringend zu spekulieren, wie sich einzelne Rechte der Charta mit Relevanz für strafrechtliche Fragen in der Zukunft entwickeln werden. Dafür existieren schlicht zu viele Unabwägbarkeiten. Möglich ist es aber, gewisse Linien aufzuzeigen, die bei der Genese genuiner Charta-Konturierungen eine Rolle spielen dürften.

¹⁴² Art. 325 Abs. 4 AEUV hält für das Europäische Parlament und den Rat eine Kompetenz bereit, die „erforderlichen Maßnahmen“ zur Bekämpfung von Betrugereien zulasten der EU zu erlassen. Überwiegend wird dies so interpretiert, als dass Art. 325 Abs. 4 AEUV – im Gegensatz zu den sonst maßgeblichen materiell-rechtlichen Strafrechtskompetenzen des Art. 83 Abs. 1 und 2 AEUV, die nur Mindestharmonisierung mittels Richtlinien erlauben – auch Verordnungen zulässt, vgl. dazu *Satzger* in: *Streinz* (Anm. 112), Art. 325 Rdn. 26–27.

Ein wichtiger Faktor dürfte insofern sein, *welche Akteure* diesen Prozess prägen – und *wie* sie dies tun. Eine exponierte Stellung wird weiterhin der EuGH einnehmen. Er ist nach den Verträgen explizit zur Auslegung des Unionsrechts berufen, wozu die Grundrechte-Charta gehört¹⁴³. Der EuGH ist aber nicht vollkommen autark. Er ist zum einen in ein justizielles Netzwerk eingebunden: Dieses besteht aus mitgliedstaatlichen Gerichten in ihrer Funktion als Unionsgerichte, einschließlich der jeweiligen Höchst- und Verfassungsgerichte, und darüber hinaus transnationalen Gerichten, wie insbesondere dem EGMR¹⁴⁴. Zum anderen ist der EuGH in ein System des institutionellen Gleichgewichts auf Ebene der EU eingebettet. In beiden Dimensionen wird es notwendig sein, das richtige Verhältnis zu den verschiedenen Akteuren zu finden und den Grad der gebotenen Einflussnahme bzw. notwendigen Autonomie auszutarieren. Damit sind Grundsatzentscheidungen verknüpft. Im Verhältnis zu anderen Institutionen auf EU-Ebene stellt sich die Frage, wer besser für die Regelung von Grundrechtskonfliktlagen positioniert ist: der EuGH als Organ der Judikative oder demokratisch stärker legitimierte Organe wie das Europäische Parlament? Im Hinblick auf die nationalen Gerichte: Wie viel Konvergenz und Divergenz ist im Grundrechtsschutz nötig bzw. möglich?

Im Hinblick auf das Thema dieses Beitrages relevant ist, in welcher Rolle das BVerfG sich bei der Fortentwicklung der Charta-Garantien sieht. Im vollharmonisierten Bereich will es zukünftig selbst die Charta anwenden. Das suggeriert, dass das BVerfG bereits bestehende Auslegungen von Charta-Normen zur Entscheidung konkreter Fallgestaltungen auf diese überträgt. Ein Blick in die Geschichte deutscher Verfassungsgerichtsbarkeit zeigt jedoch, dass das BVerfG seine Rolle bisher immer – und ganz spezifisch im Grundrechtsbereich – nicht bloß als *anwendend*, sondern als *maßstabsbildend* interpretiert hat¹⁴⁵. Es nutzte die Entscheidung konkreter Fälle zur Ausdifferenzierung und Entwicklung abstrakter Maßstäbe der Grundgesetzgrundrechte. Die Erweiterung des eigenen Mandats im vollharmonisierten Bereich, auch die Grundrechte-Charta anzuwenden, eröffnet dem BVerfG die Möglichkeit, auch die Konturierung der Charta-Rechte mitzugestalten. Selbst im gestaltungsoffenen Bereich hat es diese Möglichkeit: durch Fragen zur Auslegung der Charta im Rahmen von Art. 267 Abs. 1 AEUV kann es eigene Vorstellungen an den EuGH herantragen. Dieser kann sich zwar darüber hinwegsetzen (er ist insofern theoretisch letztzuständig¹⁴⁶); er ist jedoch stets an die

¹⁴³ Art. 19 Abs. 1 und 3 b) EUV, Art. 267 Abs. 1 a) AEUV und Art. 6 Abs. 1 EUV

¹⁴⁴ vgl. dazu *Pernice*, EuR 2011, 151 ff.

¹⁴⁵ vgl. dazu *Lepsius*, in: Das entgrenzte Gericht. Eine kritische Bilanz nach sechzig Jahren Bundesverfassungsgericht, 2011, S. 159.

¹⁴⁶ Das PPSP-Urteil dürfte (wohl) eine Ausnahme bleiben.

Einbettung der Vorlagefragen durch das BVerfG gebunden und darauf angewiesen, dass dieses auch zukünftig vorlegen wird. Faktisch ist daher die Position des BVerfG sehr mächtig¹⁴⁷.

Ein weiteres zentrales Verhältnis ist das des EuGH zum EGMR. Wie gesehen ist dieses bisher von einer starken Orientierung des EuGH an der Rechtsprechung des EGMR geprägt. Dafür sprechen auch gute Gründe, wenn man bedenkt, dass die Überschneidungen zwischen den Staaten des Europarates und der EU groß sind und sich geschichtlich auf ein gemeinsames Fundament stützen. Nichtsdestotrotz erscheint es nicht verfehlt, zukünftig mehr Emanzipation von der EMRK und der Rechtsprechung des EGMR zu wagen. Der Grund dafür liegt darin, dass sich die Aufgaben von EuGH und EGMR unterscheiden¹⁴⁸. Während die EMRK nämlich allein für die Garantie von grundrechtlichen Mindeststandards verantwortlich ist, verfolgt die EU auch andere Politikziele, u. a. ihren Bürgerinnen und Bürgern einen Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts zu garantieren.

Stützt man die Architektur dieses Raumes der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts auf das Prinzip des gegenseitigen Vertrauens zwischen den Mitgliedsstaaten und bürdet man den Bürgerinnen und Bürgerinnen damit auf, sich der Strafgewalt eines anderen Mitgliedsstaates zu unterwerfen (etwa mit dem Instrument des Europäischen Haftbefehls), so besteht großer Bedarf, dieses Vertrauen durch effektive (und weitreichende) Garantie von Grundrechten zu stärken. Die Gewährleistung von „Minimalstandards“ in anderen Ländern wird dauerhaft zur Legitimation nicht reichen. Wer würde freiwillig gerne das Risiko eingehen, einem Strafverfahren in einem anderen Land ausgesetzt zu sein, in dem man nur „Minimalstandards“ statt der weitreichenderen Garantien im Heimatland zugestanden bekommt? Funktionsbedingung des Prinzips der gegenseitigen Anerkennung, und damit dem Eckpfeiler der strafrechtlichen Zusammenarbeit, ist *tatsächliches Vertrauen* in die Äquivalenz anderer Systeme. Allein Minimalstandards werden dieses Vertrauen in Äquivalenz langfristig nicht ausreichend rechtfertigen können. Stattdessen muss die EU darauf hinwirken, ein hohes Grundrechtsniveau zu etablieren, statt sich auf die Findung eines Minimalkonsenses zu beschränken.

147 Wie die Historie zeigt, ist das Bundesverfassungsgericht bisher sehr flexibel mit seiner Pflicht zur Vorlage umgegangen.

148 vgl. so auch BVerfG, 06.11.2019 – 1 BvR 16/13 – Recht auf Vergessen I, Rdn. 62.

V. Ausblick

Die Europäische Staatsanwaltschaft wird sowohl für die EU-Ebene, auf der diese Institution formal angesiedelt ist, als auch für die nationalen Gerichte, bei denen die durch Europäische Staatsanwälte eingeleiteten Strafverfahren verhandelt werden, und auch die nationalen Staatsanwaltschaften, in denen einzelne Staatsanwälte neben ihren aus dem nationalen Strafverfahrensrecht folgenden Pflichten als Delegierte Europäische Staatsanwälte auch der EUStA unterstehen und für diese vor nationalen Gerichten agieren müssen, eine große Herausforderung darstellen. Hier könnte es durchaus zu Konflikten kommen, weil eben das Gerichtsverfahren trotz der zugrundeliegenden EU-Vorgaben für das materielle Strafrecht aus der PIF-Konvention ausschließlich dem nationalen Verfahrensrecht folgt und die Gerichte als Teil der deutschen Judikative ebenso wie die in Deutschland agierenden Delegierten Europäischen Staatsanwälte angesichts ihrer formal fortbestehenden Position als Beamte der Staatsanwaltschaften Teil der deutschen Exekutive sind, Akte der öffentlichen Gewalt aber typischer Gegenstand verfassungsgerichtlicher Kontrolle sind. Hier kann die Frage nach dem Prüfungsmaßstab – nationale Grundrechte und/oder die Grundrechte der Charta? – in besonderem Maße bedeutsam werden.