

DISSERTATION

Titel der Dissertation

„Die Wahl der Rechtsgrundlagen für Strafrechtsmaßnahmen der EU – neueste Entwicklungen und Perspektiven“

Verfasser

Mag. Bernhard Brunnbauer

angestrebter akademischer Grad

Doktor der Rechtswissenschaften (Dr. jur.)

Wien, 2009

Studienkennzahl lt. Studienblatt:	A 083 101
Dissertationsgebiet lt. Studienblatt:	Rechtswissenschaften
Betreuer:	Hon.- Prof. Dr. Wolf Okresek

Meinen Eltern

Inhaltsverzeichnis

I Einleitung	9
A. Untersuchungsgegenstand	9
B. Methodologie	15
II Schranken der Kompetenzausübung	19
A. EU/EG als Rechtsgemeinschaft	19
B. Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung	20
1. Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung und Unionsrecht	22
2. Tatbestand	23
a. Ziele	23
b. Verhältnis von Befugnissen und Zielen	25
c. <i>Implied powers</i> und Annexkompetenzen	26
3. Vertrag von Lissabon	28
4. Rechtssprechung	29
5. Justiziabilität im Rahmen des EUV	31
C. Subsidiaritätsprinzip	32
1. Tatbestand	33
a. Ausschließliche Zuständigkeit	33
b. Negativkriterium	34
c. Positivkriterium	35
2. Vertrag von Lissabon	36
3. Justiziabilität (im Rahmen des EUV)	38
4. Rechtssprechung	40
5. Subsidiaritätsprinzip und Strafrecht	41
a. Vorratsdatenspeicherungs-RL	42
i. Negativkriterium	43
ii. Positivkriterium	44
b. Schlussfolgerungen	44
D. Verhältnismäßigkeitsprinzip	48
1. Tatbestand	48
2. Vertrag von Lissabon	50

3. Rechtssprechung	51
4. Verhältnismäßigkeitsprinzip und Strafrecht	52
a . Geeignetheit	53
b . Erforderlichkeit	54
c . Angemessenheit	55
d . Auswirkungen auf das Strafrecht	56
III Historischer Überblick	59
IV Berührungspunkte zwischen nationalem (Straf)recht und Europa(straf)recht	67
A. Art 10 EGV und nationales Strafrecht	67
B. Verweisungen des Gemeinschaftsrechts auf nationales Strafrecht	71
C. Verweisungen nationalen Strafrechts auf das Gemeinschaftsrecht	74
D. Gemeinschafts- und unionsrechtskonforme Strafrechtsanwendung	76
1. Richtlinienkonforme Auslegung	77
2. Rahmenbeschlusskonforme Interpretation	79
E. Originäre Strafrechtskompetenzen der EU/EG?	82
F. Strafrechtliche Harmonisierungskompetenzen	86
V Strafrechtliche Rechtsangleichungskompetenzen	89
A. Rechtsgrundlagen des EGV	89
1. Art 175 EGV	90
a. Tatbestand	90
b. Ergebnis	92
c. Übertragbarkeit dieser Rechtssprechung	93
2. Art 94 EGV	95
3. Art 96 EGV	99
4. Art 308 EGV	102
Vertrag von Lissabon	106
5. Art 95 EGV	108
a. Inhalt der Vorratsdatenspeicherungs-RL	109
Vorgeschichte	110
b. Tatbestand	112
i. Art 14 EGV	113
ii. Präventive Rechtsangleichung	115
iii. Subjektives und objektives Kriterium	116

c. Art 95 EGV und die Grundfreiheiten	118
Vorratsdatenspeicherungs-RL	120
d. Art 95 EGV und Wettbewerbsverzerrungen	123
Vorratsdatenspeicherungs-RL	124
Subjektives Kriterium	124
Exkurs: Begründungspflicht gem Art 253 EGV	127
Objektives Kriterium	132
Vorhandensein von Wettbewerbsverzerrungen?	132
Funktionsfähigkeit der Vorratsdatenspeicherungs-RL	134
Binnenmarktrelevanz der Vorratsdatenspeicherungs-RL	135
e. Kriminalitätsbekämpfung als Ziel der Vorratsdatenspeicherungs-RL?	137
i. Subjektives Kriterium	138
ii. Objektives Kriterium	139
iii. Kriminalitätsbekämpfung als Hauptzweck der	
Vorratsdatenspeicherungs-RL?	145
Ergebnis	149
f. Weitere Argumente	151
i. Verhältnis Ausschlussklauseln – einschränkende Klauseln	151
ii. Vorratsdatenspeicherungs-RL „als Teil des Systems zum Schutz	
personenbezogener Daten“	153
iii. Unterscheidung Rechtfertigung eines Grundrechtseingriffs – Wahl der	
Rechtsgrundlage	154
iv. Übermäßige Erweiterung des Anwendungsbereichs der dritten Säule	154
v. Argument des Datenschutzes	155
vi. Art 47 EUV	156
Schlussfolgerungen	162
Auswirkungen auf die Rs „Vorratsdatenspeicherung“	162
vii. Strafrecht als Kernbereich staatlicher Souveränität?	164
viii. Strafrecht als Mittel zur Durchsetzung von Gemeinschaftszielen	165
ix. Demokratiedefizit	167
g. Resultat	171

B . Art 29 ff EUV	172
1. Tatbestände	172
a. Art 31 Abs 1 lit e EUV	176
i. Tätigkeitsfelder	176
ii. Schranken der Kompetenzausübung	178
iii. „Tatbestandsmerkmale...“	179
b. Art 31 Abs 1 lit c EUV	181
Vorratsdatenspeicherungs-RL	182
2. Historische Interpretation	184
3. Systematische Interpretation	188
4. Ergebnis	189
VI Strafrechtliche Rechtsangleichung im Vertrag von Lissabon	191
A. Allgemeines	192
1. Notbremse	193
2. Leitlinienkompetenz des Europäischen Rates	195
B. Rechtsangleichung im Bereich des materiellen Strafrechts	196
C. Rechtsangleichung im Bereich des Strafverfahrensrechts	199
D. Strafrechtliche Annexkompetenz	201
VII Zusammenfassung und Ausblick	205
A. Status quo	205
B. Zukunft	207
1. Fortbestehen der Säulenstruktur	207
2. Vertrag von Lissabon	208
VIII Abkürzungsverzeichnis	211
IX Entscheidungsregister	215
X Literaturverzeichnis	219
XI Anhang	229
A. Kurzfassung/Abstract	229
B. Lebenslauf	230

I Einleitung

A. Untersuchungsgegenstand

Die Klärung von Kompetenzfragen ist von grds Bedeutung. „Nur eine kompetente Autorität kann gültige Normen setzen; und nur auf einer zur Normsetzung ermächtigenden Norm kann solche Kompetenz beruhen.“¹

Kernpunkt dieser Arbeit ist die Wahl² der richtigen Rechtsgrundlage für strafrechtliche Harmonisierungsmaßnahmen im Rahmen der **Europäischen Union (EU)**, unter Bezugnahme auf den **Vertrag über die Europäische Union (EUV)** einerseits und den **Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft (EGV)** andererseits.

Da mit dieser (weiten) Formulierung ein Themenkreis eröffnet wird, der den Umfang dieser Arbeit sprengen würde³, soll im Folgenden skizziert werden, welche Aspekte im Mittelpunkt der Untersuchung stehen:

Die Formulierung „im Rahmen der EU“ soll zum Ausdruck bringen, dass der Fokus dieser Arbeit jene Kompetenzgrundlagen betrifft, die den Rechtssetzungsorganen der EU bzw **Europäischen Gemeinschaft (EG)**⁴ ein Tätigwerden auf strafrechtlichem Gebiet erlauben.

Durch den Verweis auf die EU wird zudem betont, dass nicht nur die Rechtsgrundlage der Europäischen Gemeinschaft (als „Grundlage der Union“ iSd Art 1 Abs 3 EUV), der EGV, im vorliegenden Zusammenhang interessiert, sondern auch die Art 29 ff EUV, die unter dem **„Titel VI. Bestimmungen über die polizeiliche und justitielle Zusammenarbeit in**

¹ *Kelsen*, Reine Rechtslehre² (1960) 197. Siehe in diesem Zusammenhang auch *Stolzlechner*, Einführung in das öffentliche Recht⁴ (2007) Rz 191 ff sowie die Ausführungen in Kap II) A.).

² Dass der (auch in der Lit diesbezüglich gebräuchliche) Begriff der *Wahl* einer Konkretisierung bedarf, wird in Kapitel (Kap) II) A.) und B.) näher dargestellt.

³ Vgl dazu zB die Habilitationsschrift von *Satzger*, Die Europäisierung des Strafrechts (2001), deren Umfang trotz prinzipieller Aussparung der Art 29 ff EUV mehr als 700 Seiten ausmacht.

⁴ Art 5 EUV, Art 7 EGV. Auf eine nähere Auseinandersetzung mit der Frage, ob es sich bei den in Art 7 EGV aufgezählten Organen um selbstständige handelt oder diese nur als *geliehen* zu betrachten sind, wird hier verzichtet. Der Wortlaut des Art 5 EUV spricht für Ersteres, „die koordinationsrechtliche Struktur der Union eher für eine Organleihe“ (*Streinz*, Europarecht⁸ [2008] Rz 267).

Der Einfachheit halber ist in der Folge nur mehr von *Unionsorganen* die Rede.

Strafsachen [PJZS]“ (die sog „**dritte Säule**“)⁵ die Möglichkeit von strafrechtlichen Maßnahmen der EU ja geradezu ankündigen.

Aus Praktikabilitätsgründen soll in der Folge als Sammelbegriff für die Europäische Union einerseits und die Europäische Gemeinschaft andererseits die Bezeichnung „**EU/EG**“ verwendet werden. Nur dann, wenn es notwendig ist, zwischen der dritten Säule und den Gemeinschaftskompetenzen zu differenzieren, werden unterschiedliche Begrifflichkeiten herangezogen.

In diesem Zusammenhang soll die Arbeit nicht nur klären, ob die Tatbestände des EGV bzw EUV der EU/EG die Befugnis verleihen, *überhaupt*⁶ im geplanten Ausmaß strafrechtlich tätig zu werden (**Frage der vertikalen Kompetenzverteilung bzw der Verbandskompetenz**)⁷, sondern auch, welche von an sich in Betracht kommenden Rechtsgrundlagen des EGV oder des EUV zur Anwendung kommen können (**Frage der horizontalen Kompetenzverteilung**). Angesichts der Tatsache, dass sich der Europäische Gerichtshof (EuGH) (aus nachvollziehbaren prozessökonomischen Gründen) bisher eher spärlich mit Fragen der vertikalen Kompetenzverteilung auseinandergesetzt hat, stellt dies eine Notwendigkeit dar.

Trotz des weiten Wortlauts „Strafrechtsmaßnahmen“ im Titel dieser Arbeit soll es im Folgenden nur um das **gerichtliche Strafrecht** (Kriminalstrafrecht) gehen (zu dessen Definition siehe sogleich).

Ausgeklammert bleibt das Verwaltungsstrafrecht⁸ (dem auf Gemeinschaftsebene zB Geldbußen wie nach Art 83 Abs 2 lit a EGV zuzurechnen sind). Der Einfachheit halber und falls keine Verwechslungsgefahr vorliegt, ist im weiteren Verlauf dieser Untersuchung immer dann, wenn von „Strafrecht“ die Rede ist, das gerichtliche Strafrecht gemeint.

⁵ Einem Tempelmodell entsprechend baut die EU auf drei Säulen auf: Neben der dritten gibt es die erste Säule, die sich aus der EG und der Europäische Atomgemeinschaft (EAG) zusammensetzt, sowie die zweite, welche die Gemeinsame Außen- und Sicherheitspolitik (GASP) beinhaltet. Gemeinsame Vorschriften der EU bilden das Dach des Tempels.

⁶ In Anbetracht der fortgeschrittenen Integration innerhalb der EU/EG ist aber „*Max Webers* Definition des Staates als der (einzigen) Instanz legitimer Gewaltausübung“ jedenfalls überholt (siehe dazu die Fragestellung von *Jung*, Konturen und Perspektiven des europäischen Strafrechts, JuS 2000, 417 [417]).

⁷ Auch Rechtsmaßnahmen der dritten Säule können einen Verstoß gegen die Verbandskompetenz der EU/EG bedeuten, da die Bestimmungen der PJZS den Unionsorganen ebenso wie jene des EGV nur beschränkte Kompetenzen verleihen. Siehe dazu die Ausführungen in Kap II) A.).

AA *Schroeder*, Zu eingebildeten und realen Gefahren durch kompetenzüberschreitende Rechtsakte der Europäischen Gemeinschaft, EuR 1999, 452 (452) Fn 2.

⁸ Auf eine Abgrenzung zu nicht-strafrechtlichen Sanktionen wird hier verzichtet. Siehe dazu *Satzger*, Die Europäisierung des Strafrechts 64 ff und 80 ff.

Eine Definition des Strafrechts sucht man sowohl im EGV als auch im EUV vergeblich.⁹ Im Rahmen der österreichischen Rechtsordnung erfolgt eine formale Abgrenzung zwischen dem Kriminal- und Verwaltungsstrafrecht dahingehend, dass Erstgenanntes von Gerichten (daher auch der Begriff gerichtliches Strafrecht), Letzteres von Verwaltungsbehörden angewandt wird¹⁰.

Zwar ist einzuräumen, dass ein bloßer Blick auf *eine* nationale Rechtsordnung (wie zB die österreichische) unzureichend ist, um einen für das EG- bzw EU-Recht passenden Begriff des Strafrechts herauszubilden¹¹. Die Einheit bzw Wirksamkeit des Gemeinschafts- bzw Unionsrechts könnte dadurch beeinträchtigt werden.¹² Im Rahmen einer „wertenden Rechtsvergleichung“¹³ sollte prinzipiell ein autonomer¹⁴ gemeinschafts- bzw unionsrechtlicher Typus des Strafrechts gefunden werden.

Dass jedoch¹⁵ „Freiheitsstrafen...stets nur zur Ahndung von Kriminalstraftaten verhängt [werden]“ und somit ein taugliches Abgrenzungskriterium zwischen Kriminal- und Verwaltungsstrafrecht abgeben, muss angesichts der österreichischen Rechtslage bestritten werden: Unter Beachtung von verfassungsrechtlichen Schranken (Art 3 Abs 2 Bundesverfassungsgesetz über den Schutz der persönlichen Freiheit [PersFrG]) können auch Verwaltungsbehörden Freiheitsstrafen verhängen, was sich in einem österreichischen Vorbehalt zu Art 5 Abs 1 lit a Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK) bemerkbar gemacht hat.¹⁶

Berücksichtigt man die österreichische Rechtslage, wäre es besser, das Kriminal- in Abgrenzung zum Verwaltungsstrafrecht dadurch zu definieren, dass es in die Zuständigkeit der Gerichte fällt, somit von unabhängigen, unabsetzbaren und unversetzbaren Richtern

⁹ Satzger, Die Europäisierung des Strafrechts 58 und 74 sowie Wasmeier/Jour-Schröder in Schwarze/von der Groeben (Hg), Kommentar zum Vertrag über die Europäische Union und zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft⁶ (2003) Art 29 EUV Rz 21.

¹⁰ Fuchs, Österreichisches Strafrecht Allgemeiner Teil I⁷ (2008) 5.

¹¹ Vgl in diesem Zusammenhang Satzger, Die Europäisierung des Strafrechts 74.

¹² Siehe dazu Potacs, Auslegung des Gemeinschaftsrechts durch den Europäischen Gerichtshof (1996) 18 ff (mit Nachweisen aus der Rsp) und Streinz, Europarecht Rz 572.

¹³ Satzger, Die Europäisierung des Strafrechts 75.

¹⁴ Vgl Satzger, Die Europäisierung des Strafrechts 64.

¹⁵ So Satzger, Die Europäisierung des Strafrechts 76.

¹⁶ Fuchs, Strafrecht AT I 6. Zwar anerkennt der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) die Unabhängigen Verwaltungssenate der Länder (UVS) als Tribunale iSd Art 6 EMRK (nur diese dürfen gemäß Art 5 Abs 1 lit a EMRK Freiheitsstrafen verhängen). Doch sind die UVS insofern nicht mit Gerichten zu vergleichen, als deren Mitglieder nicht auf Lebenszeit, sondern auf sechs Jahre ernannt werden. Der Vorbehalt Österreichs besteht weiterhin.

angewandt wird und eine diesbezügliche Verurteilung bis zur Tilgung im Strafregister aufscheint.

Prinzipien wie das Verschlechterungsverbot (*reformatio in peius*), das Gesetzlichkeits- und das Schuldprinzip sollte man hingegen mangels Unterscheidungskraft vernachlässigen. Die besondere Tadelfunktion bzw das sozialetische Unwerturteil der Kriminalstrafe sind als selbstständige Unterscheidungsmerkmale ebenso wenig aussagekräftig¹⁷, können jedoch als Ausdruck der gerichtlichen Verurteilung und Eintragung ins Strafregister angesehen werden.¹⁸

Angesichts der Schwierigkeit, unabhängig von staatlichen Kategorisierungen wie jener nach österreichischem Recht, eine gemeinschafts- bzw unionsrechtliche Definition des Strafrechts zu finden und unter Berücksichtigung des Umstands, dass die „Kategorie der Strafsachen“ in den Rechtsordnungen aller Mitgliedstaaten (MS) existiert¹⁹, kann mE die autonome strafrechtliche Begriffsbildung für die Ebene der EU/EG im hier interessierenden Zusammenhang relativiert werden: Wenn die MS zur (im Mittelpunkt dieser Arbeit stehenden) *strafrechtlichen* Rechtsangleichung verpflichtet werden, ist es objektiv nachvollziehbar, welche innerstaatlichen Strafvorschriften sie zu harmonisieren bzw dass sie neue Bestimmungen in ihr nationales Strafrechtssystem einzufügen haben. Die vielbeschworene Einheit und Wirksamkeit des Gemeinschafts- bzw Unionsrechts wird hier sicher nicht mehr beeinträchtigt, als wenn den MS die Möglichkeit offen steht²⁰, selbst festzulegen, ob eine konkrete Sanktion kriminal- oder verwaltungsstrafrechtlicher Natur sei.

Den Schwerpunkt dieser Arbeit bildet, wie bereits erwähnt, die strafrechtliche Rechtsangleichung der EU/EG. Dabei wird einerseits auf die Bedeutung des Strafrechts als Kernbereich staatlicher Souveränität²¹, andererseits auf die Wichtigkeit einer strafrechtlichen Harmonisierung für die Erreichung von Gemeinschafts- bzw Unionszielen eingegangen. In

¹⁷ Auch der Versuch des Generalanwalts (GA) *Jacobs*, in den Schlussanträgen (SA) zur Rechtssache (Rs) C-240/90 (*Deutschland/Europäische Kommission [Kom]*) Rn 11, strafrechtliche Sanktionen gemeinschaftsrechtlich zu charakterisieren („gesellschaftliche Missbilligung oder ein Unwerturteil“), führt zu keinem konkreten Ergebnis. Vgl hierfür *Wasmeier/Jour-Schröder*, Art 29 EUV Rz 25.

¹⁸ Siehe dazu *Fuchs*, Strafrecht AT I 4 und *Satzger*, Die Europäisierung des Strafrechts 79 (der zugibt, dass die von ihm herausgestellten Kriterien den *meisten* nationalen Kriminalstrafrechtssystemen immanent sind).

¹⁹ *Wasmeier/Jour-Schröder*, Art 29 EUV Rz 21.

²⁰ So *Satzger*, Die Europäisierung des Strafrechts 455, der in seiner Habilitationsschrift die Entscheidungen in den Rs C-176/03 und C-440/05 - siehe dazu ausführlich in Kap V) A.)1.) - noch nicht berücksichtigen konnte und seine Ausführungen auf den EGV bezog.

²¹ Siehe dazu *Wasmeier/Jour-Schröder*, Art 29, Rz 20 sowie *Röben*, Vorbemerkungen zu den Art 29 bis 42 EUV Rz 21 („sensibler Bereich staatlicher Souveränität“) und *Fromm*, ZIS 2008 , 168 (mit weiteren Lit-Hinweisen in Fn 7).

Kap IV) soll ergänzend ein Überblick über die sonstigen Wechselwirkungen zwischen der EU/EG und den MS im Bereich des Strafrechts gegeben werden.

Um die Aktualität der Thematik zu unterstreichen, soll die jüngere Rsp des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) zur Kompetenzproblematik rund um das Strafrecht miteinbezogen werden, was durch eine ausführliche, über strafrechtliche Belange hinausgehende Auseinandersetzung mit der **Rs C-301/06 (Irland/Europäisches Parlament [EP] und Rat; „Vorratsdatenspeicherung“ [„VDS“])**²², in welcher sich der Gerichtshof mit der Rechtsgrundlage der **Richtlinie (RL) 2006/24/EG**²³ zu befassen hatte, unterstrichen wird. Auch hier stellt sich die Frage nach der (richtigen) Rechtsgrundlage für die EG/EU bezüglich einer *strafrechtsbezogenen* Maßnahme: Vergleicht man beispielsweise jene Bestimmungen der *Strafprozessordnung* (StPO), welche die „Auskunft über Daten einer Nachrichtenübermittlung“ betreffen (siehe §§ 134 ff leg cit), ist diese Schlussfolgerung mE durchaus gerechtfertigt.²⁴

In diesem Zusammenhang sei noch erwähnt, dass trotz der inhaltlichen Reichweite der Kompetenznormen des Titel VI EUV (Bestimmungen über die *polizeiliche und justizielle Zusammenarbeit in Strafsachen*)²⁵ das Sicherheitspolizeirecht – jene Bestimmungen, die die Verhinderung und Beendigung von strafbaren Maßnahmen betreffen²⁶ - nicht im Fokus dieser Arbeit steht.

Aktualitätsgründen ist auch die Tatsache geschuldet, dass sich die Arbeit mit möglichen zukünftigen Neuerungen in diesem Bereich auseinandersetzt, hervorgerufen durch den **Vertrag von Lissabon 2007 (VvL)**²⁷. Die Wahrscheinlichkeit, dass der VvL und damit auch die für die strafrechtliche Rechtsangleichung relevanten, sich im **Vertrag für die Arbeitsweise der EU (AEUV)**²⁸ befindlichen Art 82 leg cit in Kraft treten werden, ist nach

²² ABI 2009 C 82/2.

²³ RL des EP und des Rates vom 15.03.2006 über die Vorratsspeicherung von Daten, die bei der Bereitstellung öffentlich zugänglicher elektronischer Kommunikationsdienste oder öffentlicher Kommunikationsnetze erzeugt oder verarbeitet werden, und zur Änderung der RL 2002/58/EG (ABI 2006 L 105/54), im Folgenden als **VDS-RL** bezeichnet.

²⁴ Vgl *Fuchs*, Strafrecht AT I 48. AA *Dawes/Lynskey*, The ever-longer arm of EC Law: The extension of Community competence into the field of Criminal Law, CMLR 2008, 131ff (158).

Siehe in diesem Zusammenhang ausführlich die Analyse in Kap V A.) 5.) e.).

²⁵ So lässt Abs 1 lit b des die *polizeiliche Zusammenarbeit* ermöglichenden Art 30 EUV den Schluss zu, (auch) als Rechtsgrundlage der VDS-RL dienen zu können (siehe dazu im Vergleich Abs 1 lit c des sich auf die *justizielle Zusammenarbeit* beziehenden Art 31 EUV, der in Kap V B.) 1.) b.) näher dargestellt wird).

²⁶ Vgl §§ 21 f Sicherheitspolizeigesetz (SPG).

²⁷ ABI 2007 C 306/1.

²⁸ ABI 2008 C 115/47.

der jüngsten (02.10.2009), bereits zweiten²⁹ Volksabstimmung in Irland, wo sich über zwei Drittel der Abstimmenden für den VvL aussprachen, und den anschließenden Ratifizierungen in Polen und Tschechien groß.

Auch wenn durch die Auflösung der Säulenstruktur infolge eines in Kraft getretenen VvL sich nicht mehr die Frage stellt, ob Strafrechtsmaßnahmen auf den EGV *oder* EUV zu stützen sind, wird auch weiterhin die Frage nach der richtigen Rechtsgrundlage von Bedeutung sein, zumal die EU³⁰ auch dann – wie noch zu zeigen sein wird - nicht über umfassende Kompetenzen im strafrechtlichen Bereich verfügen wird.

Bevor mögliche Rechtsgrundlagen für strafrechtliche Maßnahmen im hier interessierenden Zusammenhang analysiert werden, wird in Kap II) A.) und B.) die Frage beantwortet, warum die EU/EG überhaupt darauf angewiesen ist, *die* korrekte Kompetenzgrundlage ihrem Tätigwerden (auch im strafrechtlichen Bereich) zugrunde zu legen.

Diesbezüglich macht es auch Sinn, die Auswirkungen der Prinzipien der Subsidiarität und der Verhältnismäßigkeit auf strafrechtliche Rechtsangleichungsmaßnahmen zu durchleuchten, was in Kap II) C.) und D.) geschehen soll.

Daran anschließend, in Kap V), sollen jene Rechtsvorschriften des EGV bzw EUV dargestellt werden, die als Grundlagen strafrechtlicher Maßnahmen der EU/EG in Frage kommen. Dies schließt auch eine kritische Analyse der (aktuellen) Rsp des EuGH zu diesem Bereich mit ein, wobei jedoch die eigene methodologische Lösungsfindung im Vordergrund stehen soll.

Der Darstellung der durch den VvL bewirkten Änderungen bezüglich der strafrechtlichen Harmonisierung in Kap VI) folgen zum Abschluss eine Zusammenfassung der wesentlichen Aussagen dieser Arbeit in Kap VII) A.) und ein kurzer Ausblick über die Zukunft der strafrechtlichen Rechtsangleichung auf Ebene der EU/EG in Kap VII) B.).

²⁹ Bei der ersten diesbezüglichen irischen Volksabstimmung im Juni 2008 war noch eine Mehrheit gegen den VvL.

³⁰ Der Begriff EG wird im Zuge des VvL durch jenen der EU (die nach Art 1 Abs 3 S 2 EUV zF Rechtsnachfolgerin der EG ist und ausdrücklich – Art 47 EUV zF - Rechtssubjektivität zuerkannt bekommt) ersetzt.

B. Methodologie

Wie noch näher auszuführen sein wird, ist die rechtliche Zuweisung von Aufgaben an Rechtsträger und Organe ein Grundpfeiler jedes dem Grundsatz der Rechtsstaatlichkeit verpflichteten Systems. Die jeweilige Feststellung dieser Kompetenzzuweisung bedarf einer genauen Analyse der einschlägigen Bestimmungen der Verträge: Daraus ergibt sich auch die der Arbeit zugrunde liegende Methodik, nach der die Gründungsverträge als Ausgangspunkt gewählt werden und sodann auch versucht wird, die darauf beruhende Rsp zu beurteilen.

Der Herangehensweise des EuGH entsprechend, sollen alle anerkannten Auslegungsregeln (Wortlaut, System, Sinn und Zweck, Entstehungsgeschichte)³¹ im Rahmen dieser Untersuchung zur Anwendung kommen.

Auch wenn der EuGH **Art 31 ff Wiener Übereinkommen über das Recht der Verträge vom 23.05.1969 (WVK)** niemals zitiert hat und seine Rsp auch nahe legt, den EGV nicht als normalen völkerrechtlichen Vertrag zu betrachten³², ist es mE dennoch zulässig, auf die WVK und deren völkerrechtliche Auslegungsregeln zu rekurrieren, um das Recht der EU/EG zu interpretieren.³³

Trotz ihres besonderen, supranationalen Charakters ist die EG weiterhin eine völkerrechtliche Verbindung, was umso mehr für die intergouvernemental geprägte EU (als zweite und dritte Säule sowie als Dach der „Tempelkonstruktion“) gelten muss. Daran kann auch die (richtige) Einschätzung³⁴ nichts ändern, „daß der Vertrag von Amsterdam der PJZS einen eigenständigen Charakter verleiht, der sich vom herkömmlichen Völkerrecht abhebt.“

Der gewöhnliche Sinn der Begriffe ist als Ausgangspunkt der Interpretation heranzuziehen.³⁵ Diese grammatische Methode wird in ihrer Bedeutung, wie eine empirische Untersuchung der EuGH-Entscheidungen aus dem Jahr 1999 beweist, unterschätzt.³⁶

³¹ *Streinz*, Europarecht Rz 570.

³² Siehe dazu *Schroeder*, Die Auslegung des EU-Rechts, JuS 2004, 180 (181).

³³ AA *Röben*, Vorbemerkungen zu den Art 29 bis 42 EUV Rz 27, demzufolge aber „sekundär...der Rückgriff auf völkerrechtliche Begründungen durchaus in Betracht [kommt]“ (unter Hinweis auf EuGH 05.03.1996 verbundene [verb] Rs C-46/93 und C-48/93 [*Brasserie du Pêcheur*] Slg 1996 I-01029 Rn 27).

³⁴ *Jour-Schröder/Wasmeier*, in Schwarze/von der Groeben (Hg), Kommentar zum Vertrag über die Europäische Union und zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft⁶ (2003) Vorbemerkung zu den Art 29 bis 42 EUV Rz 4.

³⁵ EuGH 23.03.1982 Rs 53/81 (*Levin*) Slg 1982, 01035 (01048). Siehe dazu *Potacs*, Auslegung 3 und 9 f.

Hinzuweisen ist jedoch auf jene Schwierigkeit, die sich dadurch ergibt, dass alle authentischen bzw Amtssprachen für die Auslegung des Primär- und Sekundärrechts gleichermaßen verbindlich sind. Bei Bedeutungsunterschieden sollen Ziel und Zweck des Vertrages (Art 33 Abs 4 WVK)³⁷ einen Einklang der verschiedenen sprachlichen Fassungen ermöglichen.

Hiermit ist die für den EuGH so wichtige³⁸ teleologische Interpretationsmethode (siehe auch die *effet utile*-Rsp³⁹) angesprochen. Sie orientiert sich an den Vertragszielen und will die Funktionsfähigkeit der Gemeinschaften sicherstellen⁴⁰, was der Rolle des EuGH (neben der Kom) als „Motor der Integration“ entspricht⁴¹.

In diesem Zusammenhang ist bemerkenswert, dass der Gerichtshof jene Vorgangsweise, die zB nach österreichischem Rechtsverständnis Rechtsfortbildung ist, als Auslegung des Vertrages einordnet.⁴²

Trotz der aner kennenswerten Notwendigkeit (aus Sicht des EuGH), angesichts der zT divergierenden Sprachfassungen der einzelnen Rechtstexte dem Sinn und Zweck einer Vorschrift und, dem entsprechend, dem Integrationsziel⁴³ im Rahmen der Interpretation besondere Bedeutung einzuräumen, ist es erforderlich, gewisse Grenzen zu beachten:

So wird durch eine überbordende Auslegung bzw Fortbildung von EU/EG-Recht sowohl die horizontale (Art 7 EGV), als auch die vertikale Kompetenzverteilung (Art 5 Abs 1 EGV) in Frage gestellt – mit Auswirkungen auf das institutionelle Gleichgewicht zwischen den Unionsorganen und den Kompetenzumfang der EU/EG an sich.⁴⁴ So sollte eine lückenfüllende Rechtsfortbildung mit erhöhten Anforderungen in der Urteilsbegründung einhergehen und jene Grenze beachtet werden, deren Überschreiten zu

Dies entspricht Art 31 Abs 1 WVK (als für die EU/EG als internationale Organisation rechtsverbindliche Auslegungsquelle, siehe *Fischer/Köck/Karollus*, *Europarecht*⁴ [2002] Rz 813), wobei zu beachten ist, dass diese Konvention nur auf die Auslegung völkerrechtlicher Verträge (somit des Primärrechts) Anwendung finden kann.

³⁶ *Calliess*, *Grundlagen, Grenzen und Perspektiven europäischen Richterrechts*, NJW 2005, 929 (929).

³⁷ Für das Sekundärrecht kommt eine analoge Anwendung dieser Regel in Betracht.

³⁸ *Herdegen*, *Auslegende Erklärungen von Gemeinschaftsorganen und Mitgliedstaaten zu EG-Rechtsakten*, ZHR 1991, 52 (52, 58 und 62). *Hintersteininger*, *Zur Interpretation des Gemeinschaftsrechts*, ZÖR 1998 53, 239 (255) spricht von der „entscheidende[n] Methode“. Siehe auch *Calliess*, NJW 2005, 929.

³⁹ Vgl *Potacs*, *Auslegung* 15 ff und *Schroeder*, JuS 2004, 186, mit Hinweisen auf die Rsp.

⁴⁰ *Streinz*, *Europarecht* Rz 570.

Zur „Funktionalität des EU-Rechts“ und der sich daraus ergebenden „herausragende[n] Stellung der teleologischen Auslegungsmethode im EU-Recht“ siehe *Schroeder*, JuS 2004, 185 f.

⁴¹ *Streinz*, *Europarecht* Rz 566.

⁴² Vgl dazu *Calliess*, NJW 2005, 933 und *Schroeder*, JuS 2004, 184, die darauf hinweisen, dass nach frz Methodenverständnis Rechtsfortbildung stets als Auslegung betrachtet wird.

⁴³ EGV-Präambel ErwGr 1; Art 1 Abs 2 EUV.

⁴⁴ Siehe dazu ausführlich *Calliess*, NJW 2005, 930.

gesetzeskorrigierendem Richterrecht, zum Ignorieren von planmäßigen Lücken führen würde.⁴⁵

Gerade bei einer für die mitgliedstaatliche Souveränität so wichtigen Materie wie dem Strafrecht⁴⁶ muss die EU/EG besonderes Augenmerk auf die durch Art 5 Abs 1 EGV⁴⁷ gezogenen Grenzen legen.

In diesem Sinne ist, soweit aus faktischen Gründen möglich, auch der Entstehungsgeschichte einer Vorschrift Beachtung zu schenken, zumal diese auch eine wichtige integrationspolitische Dimension hat.⁴⁸

Zu beachten ist jedoch die im völkerrechtlichen Auslegungsgefüge untergeordnete Stellung der historischen Interpretationsmethode (Art 32 WVK). So spielt sie auch für den EuGH bei der Auslegung des Primärrechts eine relativ geringe Rolle.⁴⁹

Bedeutsamer ist sie für die Sinnermittlung beim Sekundärrecht⁵⁰, insbesondere wenn die gesetzgeberischen Absichten in den Begründungserwägungen Ausdruck gefunden haben⁵¹.

Erklärungen des Rates eignen sich zur Interpretation auch dann, wenn sie nicht veröffentlicht wurden, sofern die sie interpretierenden Rechtsakte keine unmittelbaren Rechtswirkungen für Private zeitigen.⁵² Angesichts der zahlreichen Veröffentlichungen (auch von Kom- und EP-Dokumenten) dürfte diese Problematik heutzutage jedoch als relativiert angesehen werden können..

Um den Willen des Gesetzgebers möglichst genau rekonstruieren zu können⁵³, sollen somit alle Interpretationsmethoden eine Berücksichtigung finden, wobei, dem EuGH entsprechend⁵⁴, eine ökonomische Vorgangsweise nicht ausgeschlossen wird.

Erlaubt der **Wortlaut** einer Norm keine zufriedenstellende Antwort, soll der Zusammenhang der einzelnen Vorschriften, zB die Stellung von EGV und EUV zueinander, analysiert

⁴⁵ So zu Recht *Calliess*, NJW 2005, 932 f, der in diesem Zusammenhang auch auf die mögliche Einschränkung mitgliedstaatlicher Befugnisse hinweist.

⁴⁶ Vgl hierfür die Erläuterungen in Kap V) A.) 5.) f.) vii.).

⁴⁷ Siehe dazu Kap II) A.).

⁴⁸ *Herdegen*, ZHR 1991, 59 (bezüglich „eines förmlich bekundeten Konsenses der Mitgliedstaaten“). Ablehnend zu dieser Auslegungsmethode im Bereich des EU/EG-Rechts *Schroeder*, JuS 2004, 183.

⁴⁹ *Potacs*, Auslegung 21 f. Nicht veröffentlichte und unzugängliche Vorarbeiten zu den Gründungsverträgen lässt der Gerichtshof überhaupt außer Acht.

⁵⁰ *Potacs*, Auslegung 22 ff.

⁵¹ *Herdegen*, ZHR 1991, 62. Da Begründungserwägungen klassischerweise dem konkreten Normtext eines Sekundärrechtsakts vorangestellt bzw Bestandteil desselben sind, liegt hier eigentlich eine Form der systematischen Interpretation vor.

⁵² *Herdegen*, ZHR 1991, 63. Siehe zur Problematik auch *Potacs*, Auslegung 23 f.

⁵³ *Potacs*, Auslegung 8 („bewegliches System“).

⁵⁴ *Hintersteininger*, ZÖR 1998 53, 253.

werden.⁵⁵ Neben der an Ziel und Zweck **orientierten objektiv- teleologischen Interpretation** muss, wie bereits erwähnt, auch die **Entstehungsgeschichte** der Bestimmungen eine Berücksichtigung finden.

Nur eine Vorgehensweise, die ohne starre Rangordnung *alle* Interpretationsmethoden zu integrieren versucht, ist mE fähig, ein überzeugendes Auslegungsergebnis abzuliefern.

Unter diesen Prämissen versucht diese Arbeit, die Kompetenzverteilung bzw –abgrenzung im Bereich der strafrechtlichen Rechtsangleichung auf Ebene der EU/EG herauszuarbeiten.

⁵⁵ Dem soll nicht entgegenstehen, dass für den EuGH, wie *Schroeder*, JuS 2004, 183, betont, „die *systematische Interpretation* keinen entscheidenden Stellenwert bei der Auslegung des EU-Rechts [hat].“

II Schranken der Kompetenzausübung

Durch die Verwendung der Begriffe „Wahl der Rechtsgrundlage“ im Titel dieser Arbeit wird zwar einerseits deutlich, dass (Straf-)Rechtsmaßnahmen einer ihnen zugrunde liegenden Vorschrift bedürfen, andererseits die EU/EG aber frei in der Entscheidung zu sein scheint, welche sie nun im konkreten Fall als Grundlage bestimmt.

An dieser Stelle soll veranschaulicht werden, warum die EU/EG einer Rechtsgrundlage für ihr Handeln bedarf und sie, wie es eigentlich der Titel der Untersuchung suggeriert, gerade nicht frei ist, was die konkrete *Wahl* betrifft.

A. EU/EG als Rechtsgemeinschaft

Die eben genannten Schlussfolgerungen sind der Tatsache geschuldet, dass die EU/EG eine **Rechtsgemeinschaft** bildet:

Schon der ehemalige Kommissionspräsident der (damaligen) Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft (EWG)⁵⁶, *Walter Hallstein*, verwendete den Begriff „Rechtsgemeinschaft“ im Zusammenhang mit den Europäischen Gemeinschaften.⁵⁷

Im hier interessierenden Sinn soll der Ausdruck Rechtsgemeinschaft als „Parallelbildung zum Rechtsstaat“⁵⁸ verstanden werden, was es prinzipiell nicht erforderlich macht zu klären (und auch den Rahmen dieser Arbeit sprengen würde), ob man zur näheren Definition der EU/EG Bundesstaat, Konföderation, Föderation, loser Staatenbund oder dergleichen verwenden soll.⁵⁹

⁵⁶ Von 1958 bis 1967.

⁵⁷ *Nicolaysen*, Die Europäische Union als Rechtsgemeinschaft in Weidenfeld (Hg), Europa-Handbuch I⁴ (2006) 109 (109); *Scheuing*, Rechtsstaatlichkeit im Europäischen Recht in Müller-Graff/Ritzer (Hg), Europäisches öffentliches Recht (2006) 203 (203).

⁵⁸ *Nicolaysen*, Rechtsgemeinschaft 109. Hervorhebung durch den Verfasser.

⁵⁹ Siehe dazu zB *Anderson*, Federalism: An Introduction (2008) 5 und 10 (“The European Union is a unique political creation with both confederal and federal features...perhaps more confederal than federal” und *Nettesheim*, Kompetenzen, in von Bogdandy (Hg), Europäisches Verfassungsrecht (2003) 415 (420) (die EU als „konsoziative Föderation“ im Gegensatz zum „bundesstaatlichen Föderalismus“).

Denn der damit im Zusammenhang stehende Begriff der Rechtsstaatlichkeit (als Teilaspekt des Legalitätsprinzips⁶⁰) soll nur auf die Herrschaft des Rechts verweisen, was in der englischsprachigen Terminologie („*rule of law*“) besser zum Ausdruck kommt.

Der EuGH hat dabei schon lange vor seiner primärrechtlichen Verankerung durch den Vertrag von Amsterdam 1997 (VvA) (Art 6 Abs 1 HS 1 EUV)⁶¹ dieses Prinzip der Rechtsstaatlichkeit bzw Legalität als ungeschriebenen Bestandteil des Gemeinschaftsrechts anerkannt.⁶²

Welche konkreten Konsequenzen ergeben sich aus dem Grundsatz der Rechtsstaatlichkeit für die Tätigkeit der Unionsorgane?

Da Gegenstand dieser Arbeit die Wahl der Rechtsgrundlage für die strafrechtliche Rechtsangleichung ist, soll hier nur jener Aspekt des Legalitätsprinzips herausgestellt werden, der als für die Kompetenzproblematik maßgeblich anzusehen ist.⁶³

B. Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung

Entnimmt man dem allgemeinen Rechtsstaatsbegriff die „Vorstellung von der fundamentalen Bedeutung des Rechts“, so bedeutet dies, „dass die Ausübung von Hoheitsgewalt auf rechtlicher Grundlage und im Einklang mit dem Recht erfolgen muss.“⁶⁴

Soll die EU/EG als Rechtsgemeinschaft diesem rechtsstaatlichen Aspekt gerecht werden, ist es erforderlich, ihre Hoheitsgewalt auf eine rechtliche Grundlage zu stellen und somit zu begrenzen.

Kodifizierter Ausdruck dieser Notwendigkeit ist **Art 5 Abs 1 EGV**⁶⁵, der gleichermaßen die Aufgabe erfüllt, in der Art eines Grundprogramms⁶⁶ festzulegen, dass die Befugnisse der MS

⁶⁰ Vgl zur „demokratische[n] Komponente“ des Legalitätsprinzips (*Weber*, Justizielle Zusammenarbeit in Strafsachen und parlamentarische Demokratie, EuR 2008, 88 [90]) die Ausführungen zum Demokratiedefizit in Kap V) A.) 5.) f.) ix.).

⁶¹ Die durch den Vertrag von Maastricht 1992 (VvM) eingeführte Präambel zum EUV hat in Abs 4 aber bereits zuvor ein Bekenntnis zum Grundsatz der Rechtsstaatlichkeit abgegeben.

⁶² *Scheuing*, Rechtsstaatlichkeit 204 (mit Nachweisen zur Rsp).

⁶³ Siehe dazu *Weber* EuR 2008, 90 („[ü]berdies kommt dem Gesetzlichkeitsprinzip die Funktion zu, Exekutive und Judikative an allgemein formulierte Gesetze zu binden“).

⁶⁴ *Nicolaysen*, Rechtsgemeinschaft 111.

die Regel, jene der EU/EG die Ausnahme sind. Daraus ergibt sich zwangsläufig die notwendige Begrenzung der Verbandskompetenz der EU/EG auf den Inhalt der konkreten Kompetenzbestimmungen im EUV bzw EGV.

Die MS sollen, worauf auch Art 48 EUV verweist, die vielbeschworenen *Herren der Verträge* bleiben.

Die Kodifikation des Prinzips der begrenzten Einzelermächtigung, welches auch in anderen Formulierungen⁶⁷ in Erscheinung tritt, ohne dass damit eine grds andere rechtliche Beurteilung verbunden wäre, fand erst im Rahmen des am 01.11.1993 in Kraft getretenen VvM statt, wo innerhalb des damaligen Art 3b EGV⁶⁸ für die Kompetenzausübung neben dem Subsidiaritätsprinzip (SP)⁶⁹ (Abs 2 leg cit) und dem Verhältnismäßigkeitsprinzip (VP)⁷⁰ (Abs 3 leg cit) auch Abs 1 leg cit als unabdingbare Voraussetzung für jedes Gemeinschaftshandeln eingeführt wurde.

Art 5 Abs 1 EGV lautet folgendermaßen:

„Die Gemeinschaft wird innerhalb der Grenzen der ihr in diesem Vertrag zugewiesenen Befugnisse und gesetzten Ziele tätig.“

⁶⁵ Zu dessen Anwendbarkeit außerhalb der ersten Säule siehe weiter unten.

⁶⁶ Wenn *Schroeder*, EuR 1999, 456, aufgrund des von Anfang an die Kompetenzauslegung bestimmenden *effet utile*-Prinzips dem Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung „in der Gemeinschaftswirklichkeit...Leitcharakter“ abspricht, Art 5 Abs 1 EGV durch die „Systematik der Gemeinschaftsverfassung relativiert“ sieht und „[i]n allen föderalen Systemen...ein extensives Kompetenzverständnis der oberen Ebene“ erblickt, so mag dies zwar als empirischer Befund zutreffen. Nichtsdestotrotz sollte mE die aus rechtsstaatlicher Sicht essentielle Berücksichtigung dieses Grundsatzes stets beachtet werden, auch wenn das eine Änderung in der Rechtspraxis erfordert.

⁶⁷ Vgl *Jarass*, Die Kompetenzverteilung zwischen der Europäischen Gemeinschaft und den Mitgliedstaaten, AöR 1996, 173 (174) und *von Borries*, Das Subsidiaritätsprinzip im Recht der Europäischen Union, EuR 1994, 263 (267) (*Prinzip der begrenzten Kompetenzzuweisung*); *Bieber*, Subsidiarität im Sinne des Vertrages über die Europäische Union in Nörr/Oppermann (Hg), Subsidiarität: Idee und Wirklichkeit: zur Reichweite eines Prinzips in Deutschland und Europa (1997) 165 (171) (*Prinzip der begrenzten Handlungsermächtigung*); *Gaster*, Das Subsidiaritätsprinzip im Gemeinschaftsrecht in Timmermann (Hg), Subsidiarität und Föderalismus in der Europäischen Union (1998) 19 (32) (*Prinzip der Zuweisung von Befugnissen*); *Schwartz*, Subsidiarität und EG-Kompetenzen; Der neue Titel "Kultur"; Medienvielfalt und Binnenmarkt, AfP 1993, 409 (410) (*Grundsatz der vertraglich zugewiesenen Ziele und Befugnisse*) und *von Bogdandy/Bast* in Grabitz/Hilf (Hg), Das Recht der Europäischen Union (27. Ergänzungslieferung 2005) Art 5 EGV Rz 1 (*Prinzip der positiven Legalität*).

⁶⁸ Gemäß den durch Art 12 des am 01.05.1999 in Kraft getretenen VvA verfüigten Umnummerierungen von EUV und EGV wurde aus Art 3b EGV – ohne inhaltliche Veränderung - Art 5 EGV.

⁶⁹ Kap II) C.).

⁷⁰ Kap II) D.).

Implizit ist das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung aber schon in **Art 7 Abs 1 UAbs 2 EGV**⁷¹ enthalten, der bereits vor dem VvM Bestandteil der europäischen Rechtsordnung war.⁷²

Zwar ist es richtig, dass Art 7 Abs 1 UAbs 2 EGV⁷³ die Beachtung der Organbefugnisse im Verhältnis zueinander und somit die horizontale Kompetenzordnung regelt⁷⁴. Da aber die Gemeinschaft nur durch ihre Organe agieren kann und somit auf deren konkrete Zuständigkeiten angewiesen ist, lässt sich eine erweiterte Auslegung des Art 7 Abs 1 UAbs 2 EGV teleologisch rechtfertigen.

1. Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung und Unionsrecht

Das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung gilt uneingeschränkt auch für Tätigkeiten im Rahmen des prinzipiell intergouvernemental konzipierten EUV.

Implizit ergibt sich dies wiederum aus der dem **Art 7 Abs 1 UAbs 2 EGV** nachempfundenen Bestimmung des **Art 5 EUV**, der die Unionsorgane dazu verpflichtet, *„ihre Befugnisse nach Maßgabe und im Sinne der Verträge zur Gründung der Europäischen Gemeinschaften sowie der nachfolgenden Verträge und Akte zu deren Änderung oder Ergänzung einerseits und der übrigen Bestimmungen des vorliegenden Vertrags andererseits aus[züben].“*

Ohne ihre Organe kann die Union nicht handeln – und diese können eben gemäß Art 5 EUV nur unter Beachtung des gemeinschafts- und unionsrechtlichen Primärrechts tätig werden.

Jedoch wurde auch im EUV mittels **Art 2 Abs 2 leg cit** das Einzelermächtigungsprinzip ausdrücklich kodifiziert, indem *„[d]ie Ziele der Union...nach Maßgabe dieses Vertrages [des EUV] entsprechend den darin enthaltenen Bedingungen und der darin vorgesehenen Zeitfolge unter Beachtung des Subsidiaritätsprinzips, wie es in Art 5 des Vertrags zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft bestimmt ist, verwirklicht [werden].“*

⁷¹ Calliess in Calliess/Ruffert, EUV/EGV³ (2007) Art 5 EGV Rz 8, verweist in diesem Zusammenhang auch auf Art 3, Art 202, Art 211 und Art 249 Abs 1 EGV.

⁷² Fromm, Urteilsanmerkung [Rs C-440/05], ZIS 2008, 168 (168), vermag diesen Grundsatz auch in Art 10 Abs 1 EGV wiederzuerkennen (argumento „Verpflichtungen, die sich aus diesem Vertrag...ergeben“).

⁷³ „Jedes Organ handelt nach Maßgabe der ihm in diesem Vertrag zugewiesenen Befugnisse.“

⁷⁴ von Bogdandy/Bast, Art 5 EGV Rz 1. Demgegenüber differenziert Schima, Das Subsidiaritätsprinzip im Europäischen Gemeinschaftsrecht (1994) 46 f, nicht zwischen Art 4 Abs 1 EWGV (jetzt Art 7 Abs 1 EGV) und Art 3b Abs 1 EWGV (jetzt Art 5 Abs 1 EGV).

Somit wird die Union durch den Verweis auf den gesamten Art 5 EGV explizit darauf verpflichtet, nicht nur das Subsidiaritätsprinzip (Art 5 Abs 2 leg cit) und das Verhältnismäßigkeitsprinzip (Abs 3 leg cit), sondern eben auch die vertikale Kompetenzverteilung zwischen EG/EU und MS iSv Abs 1 leg cit bei ihren Handlungen zu beachten.

2. Tatbestand

Nachdem gerade aufgezeigt wurde, dass sich das für die Wahl der Rechtsgrundlage so entscheidende Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung aus mehreren Bestimmungen des Primärrechts herleiten lässt und seine Anwendung nicht nur im Rahmen des EGV, sondern auch gemäß dem EUV geboten ist, werden nun die einzelnen Tatbestandselemente des Art 5 Abs 1 EGV einer genaueren Untersuchung zugeführt.

Dabei soll auch ein Bezug zur strafrechtlichen Thematik dieser Arbeit hergestellt werden.

Dem Wortlaut des Art 5 Abs 1 EGV entsprechend muss ein Tätigwerden der Gemeinschaft *sowohl* durch eine ihr verliehene Befugnis *als auch* durch ein ihr gesetztes Ziel gedeckt sein.

Neben den konkreten Zuständigkeiten werden also gesondert auch die der „Gemeinschaft...gesetzten Ziele“ betont. Bevor auf das Verhältnis von Befugnissen einerseits und Zielen andererseits näher eingegangen wird, soll vorab ein Versuch unternommen werden, letztere näher zu definieren.

a. Ziele

Was sind nun die Ziele, die das Handeln der EG/EU bestimmen sollen? Gibt es einen kodifizierten Zielkatalog im EGV bzw EUV?

Für die Union ergeben sich die Ziele explizit aus Art 2 EUV, dessen 1. Satz bestimmt: „*Die Union setzt sich folgende Ziele*“. Daran anschließend werden diese in fünf Spiegelstrichen (SS) mehr oder weniger konkret definiert.

Da die Ziele des EGV im allgemeinen Kontext der Verträge auszulegen sind⁷⁵, ist auch Art 2 EUV von Bedeutung⁷⁶, wenn es darum geht, die Ziele des Gemeinschaftshandelns zu interpretieren.

Demgegenüber findet sich im EGV kein mit Art 2 EUV vergleichbarer ausdrücklicher Hinweis auf die *Ziele der Gemeinschaft* am Beginn des Vertrags, was aber insofern kein Problem darstellt, als die Art 2 und 3 EGV⁷⁷ sowie Art 4 leg cit – trotz der verwendeten Terminologie (*Aufgabe bzw Tätigkeit der Gemeinschaft*) – nichts anderes als Ziele formulieren.⁷⁸ Die allgemeinen Aufgaben in Art 2 EGV werden hierbei durch Art 3 leg cit mittels eines umfangreichen Katalogs näher konkretisiert.⁷⁹ Zu beachten ist in diesem Zusammenhang auch, dass im Rahmen des Art 2 EGV jene Bereiche, die aufgrund der Verwendung von „*durch*“ nur als Mittel zur Durchsetzung der Vertragsziele erscheinen, wie die Errichtung des Gemeinsamen Marktes, auch selbst Ziele sind.⁸⁰

Auch die Präambeln der Verträge eignen sich für die Bestimmung von Vertragszielen,⁸¹ wobei es mE von untergeordneter Bedeutung ist, ob die Ziele des Art 2 EGV „im Lichte der Präambel auszulegen“ sind⁸² oder ob die Präambeln selbst Ziele vorgeben⁸³.

⁷⁵ So von Bogdandy in Grabitz/Hilf (Hg), Das Recht der Europäischen Union (15. Ergänzungslieferung 2000), Art 2 EGV Rz 55 unter Berufung auf EuGH 14.12.1991 Gutachten 1/91 („EWR I“) Slg 1991 I-06079 (06102) Rn 17, welches zum Verhältnis von EGV und Einheitlicher Europäischer Akte (EEA) Stellung nahm.

⁷⁶ Von Bogdandy, Art 2 EGV Rz 56.

⁷⁷ Siehe dazu von Bogdandy, Art 2 EGV Rz 2 und Art 2 EGV und *ders* in Grabitz/Hilf (Hg), Das Recht der Europäischen Union (15. Ergänzungslieferung 2000) Art 3 EGV Rz 2.

⁷⁸ Vgl in diesem Zusammenhang auch Rossi in Calliess/Ruffert (Hg), EUV/EGV³ (2007) Art 308 EGV Rz 31 und Schwartz in Schwarze/von der Groeben (Hg), Kommentar zum Vertrag über die Europäische Union und zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft⁶ (2003) Art 308 EGV Rz 89 ff.

⁷⁹ Von Bogdandy, Art 3 EGV Rz 2.

Nach Ruffert in Calliess/Ruffert (Hg), EUV/EGV³ (2007) Art 3 EGV Rz 1, handelt es sich bei Art 3 EGV um eine Ausführungs- und Erläuterungsvorschrift zur Zielbestimmung des Art 2 leg cit. Siehe auch Zuleeg in Schwarze/von der Groeben (Hg), Kommentar zum Vertrag über die Europäische Union und zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft⁶ (2003) Art 3 EGV Rz 1.

⁸⁰ Von Bogdandy, Art 2 EGV Rz 3.

⁸¹ Vgl dazu Schwartz, Art 308 EGV Rz 111 (mit Verweis auf die hM).

⁸² So von Bogdandy, Art 2 EGV Rz 57.

⁸³ In diese Richtung bereits EuGH 13.07.1966 Rs 56 und 58/64 (*Consten/Kom*) Slg 1966, 00321 (00388).

AA Rossi, Art 308 EGV Rz 35, der darauf verweist, dass das Gericht erster Instanz (EuG) aus der Präambel nicht das allgemeine Ziel der Gemeinschaft ableiten wollte, den Weltfrieden und die internationale Sicherheit zu verteidigen (EuG 21.09.2005 Rs T-306/01 [*Yusuf*] Slg 2005 II-03533 Rn 153 ff). Angesichts des Umstands, dass der EuGH in früheren Urteilen aus der Präambel eben sehr wohl Gemeinschaftsziele abgeleitet hat, muss die Verallgemeinerungsfähigkeit der Aussage in der Rs *Yusuf* jedoch bezweifelt werden.

Lassen sich noch aus weiteren Bestimmungen des Gemeinschaftsrechts Ziele ableiten?

Die Beantwortung dieser Frage ist va für die Thematik dieser Arbeit von Relevanz: Da die Kriminalitätsbekämpfung weder in den Art 2, 3 und 4 EGV noch in der Präambel eine Erwähnung findet, könnte man meinen, dieses Ziel sei keines der Gemeinschaft.

Ein Blick auf **Art 61 lit a und e EGV** bringt jedoch mE die Erkenntnis, dass auch die mit dem Erlass von strafrechtlichen Maßnahmen verbundenen Zwecke Gemeinschaftsziele sind. Diese Bestimmung nimmt zwar Bezug auf den EUV (bzw dessen Art 29 ff) und kann selbst nicht als Rechtsgrundlage für den Erlass von strafrechtlichen Harmonisierungsvorschriften herangezogen werden⁸⁴ – dies ändert aber nichts daran, dass Strafverfolgungszwecke *auch zu Zielen der Gemeinschaft* erklärt werden.⁸⁵

b. Verhältnis von Befugnissen und Zielen

Die Bedeutung der Suche nach konkreten Zielen relativiert sich aber dadurch, dass die Kompetenznormen im EG/EU-Recht durch ihre finale Determination⁸⁶ diese Ziele oft⁸⁷ schon inkorporiert haben.

ME ist es somit aus systematischen (Kompetenznormen als Konkretisierungen der Ziele) und teleologischen (funktionale Bestimmung der Befugnisnormen) Erwägungen heraus

⁸⁴ Art 42 EUV sieht unter vereinfachten Bedingungen eine Überführung von „Maßnahmen in den in Artikel 29 [EUV] genannten Bereichen...unter Titel IV [Art 61 ff EGV]“ vor.

Bisher ist es jedoch noch zu keiner Anwendung dieser Bestimmung gekommen (Zeder, Europastrafrecht: Aktueller Stand, öAnwBl 249 [250]), was mE den Schluss zulässt, dass nach Art 61 ff EGV eben keine strafrechtlichen Rechtsangleichungsmaßnahmen, wie sie für die dritte Säule typisch sind, erlassen werden können. Vgl in diesem Zusammenhang aber Wasmeier/Thwaites, The "battle of the pillars": Does the European Community have the power to approximate national criminal laws?, Eur Law Rev 2004, 613 (623 f).

Dementsprechend gelten für ein Vorabentscheidungsverfahren (Art 234 EGV) bezüglich eines auf Art 31 Abs 1 lit e EUV – siehe dazu die Erläuterungen in Kap V) B.) 1.) a.) - gestützten Rechtsakts die Vorschriften des Art 34 Abs 3 und 4 EUV und nicht jene des Art 68 EGV (Röben in Grabitz/Hilf [Hg], Das Recht der Europäischen Union [13. Ergänzungslieferung 1999] Art 34 EUV Rz 41).

⁸⁵ Siehe dazu Wolter, Die polizeiliche und justitielle Zusammenarbeit in Strafsachen in der Europäischen Union in Hirsch/Wolter/Brauns (Hg), Festschrift für Günter Kohlmann (2003) 693 (703 ff), der - ua bezogen auf Art 29 ff EUV - „die polizeirechtliche...Gewährleistung von Sicherheit [und] die sicherheitspolizeiliche Vorsorge“ nicht als Unionsziele betrachtet. Angesichts des weiten Wortlauts von Art 29 ff EUV (siehe auch Art 61 lit a und e EGV) muss diese Ansicht jedoch verwundern – mE sind die eben erwähnten Ziele sowohl als Unions- als auch als Gemeinschaftsziele zu betrachten.

⁸⁶ In diesem Sinne Jarass, AöR 1996, 174, der zu Recht darauf hinweist, dass „beide Elemente...nicht selten ineinander übergehen, weil Befugnisnormen an Zielregelungen anknüpfen“.

⁸⁷ Zur wohl einzigen Ausnahme diesbezüglich – Art 308 EGV – vgl die Darstellung in Kap V) A.) 4.).

angebracht, Rechtsakte der EG/EU – entgegen dem Wortlaut des Art 5 Abs 1 EGV - nicht stets daraufhin überprüfen zu müssen, ob sie einschlägigen Befugnissen *und* Zielen entsprechen.

c. Implied powers und Annexkompetenzen

Neben sich ausdrücklich aus spezifischen Bestimmungen ergebenden Vorschriften verfügt die EU/EG auch über solche, die „implizit aus ihnen abgeleitet werden können.“⁸⁸

Damit angesprochen ist die aus dem US-amerikanischen Verfassungsrecht und dem Völkerrecht bekannte⁸⁹ Figur der *implied powers*, die bereits frühzeitig vom EuGH anerkannt wurde.⁹⁰

Als synonyme Begriff hierfür bietet sich jener der „Annex-Kompetenz“ an⁹¹, der auch in der Lit zur Strafrechtsproblematik der EU/EG vorkommt⁹².

Die *implied powers* stellen keine Ausnahme vom Grundsatz der begrenzten Einzelermächtigung dar, wie der EuGH im bereits erwähnten Gutachten „EMRK“ klargestellt hat⁹³. Diese impliziten Kompetenzen sind „ja gerade Bestandteil der ‚zugewiesenen Befugnisse‘“⁹⁴ iSd Art 5 Abs 1 EGV.

Bei der Rechtsfigur der *implied powers* kann man zwischen einer befugnis-⁹⁵ und einer funktionsbezogenen⁹⁶ Variante unterscheiden, wobei letztgenannte schwerlich mit Art 5 Abs 1 EGV vereinbar scheint.⁹⁷

⁸⁸ So der EuGH in seinem Gutachten 2/94 („EMRK-Beitritt“) vom 28.03.1996, Slg 1996 I-01759 (01787) Rn 25, bezüglich impliziter Gemeinschaftskompetenzen.

⁸⁹ Zuleeg in Schwarze/von der Groeben (Hg), Kommentar zum Vertrag über die Europäische Union und zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft⁶ (2003) Art 5 EGV Rz 3.

⁹⁰ Vgl die Nachweise bei von Bogdandy, Art 5 EGV Rz 14 und Zuleeg, Art 5 EGV Rz 3.

⁹¹ Siehe Zuleeg, Art 5 EGV Rz 3.

⁹² Vgl nur Eisele, Europäisches Strafrecht - Systematik des Rechtsgüterschutzes durch die Mitgliedstaaten, JA 2000, 991 (993 f) und Streinz, Schleichende oder offene Europäisierung des Strafrechts? in Dannecker/Langer/Ranft/Schmitz/Brammsen (Hg), Festschrift für Harro Otto (2007) 1029 (1035 f).

⁹³ Gutachten 2/94 Rn 23 ff.

⁹⁴ Calliess, Art 5 EGV Rz 17 (mit weiteren Argumenten). Siehe auch Rossi, Art 308 EGV, Rz 61; Schwartz, Art 308 EGV Rz 67 und Zuleeg, Art 5 EGV Rz 3.

⁹⁵ Eine implizite Kompetenz ist dann anzunehmen, wenn sie zur wirksamen und sinnvollen Ausübung einer anderen Zuständigkeit erforderlich ist. Vgl dazu EuGH 15.11.1994 Gutachten 1/94 („WTO“) Slg 1994 I-05267.

HM ist, dass die *implied powers* neben Art 308 EGV bestehen⁹⁸ bzw diesem sogar vorgehen⁹⁹: Sollten also implizite Kompetenzen eine (ausreichende) Rechtsgrundlage für Gemeinschaftsmaßnahmen darstellen, ist ein Rückgriff auf letztgenannte Bestimmung (vgl dessen Tatbestandsvoraussetzung „und sind in diesem Vertrag die hierfür erforderlichen Befugnisse nicht vorgesehen“) untersagt.

Dem Grundsatz der begrenzten Einzelermächtigung wird aber nur dann Genüge getan, wenn (angebliche) implizite Befugnisse einer strengen Prüfung unterzogen werden, wobei der EuGH selbst¹⁰⁰ einschränkende Kriterien für Annexkompetenzen aufgestellt hat.

Welche Konsequenzen ergeben sich daraus für strafrechtliche Maßnahmen der EU/EG?¹⁰¹ Wie weit reichen jene sich aus den Vorschriften des EUV bzw EGV ergebenden impliziten Befugnisse, „bei deren Fehlen sie [die expliziten Bestimmungen] sinnlos wären oder nicht in vernünftiger und zweckmäßiger Weise zur Anwendung gelangen könnten“¹⁰²? Können auf deren Grundlage auch Rechtshandlungen im Bereich der strafrechtlichen Rechtsangleichung ergriffen werden?

Die Untersuchungen zu den einzelnen, für strafrechtliche Rechtsangleichungsmaßnahmen in Frage kommenden Kompetenzgrundlagen in Kap V) sollen darauf Antworten geben.

⁹⁶ Ein Organ muss über all jene Befugnisse verfügen, welche dieses zur Erfüllung der ihm obliegenden Aufgaben benötigt. Siehe dazu verb Rs 281/85 ua (*BRD/Kom*) Slg 1987, 03203 Rn 28 sowie Gutachten 1/76 („Stilllegungsfond Binnenschiffahrt“) Slg 1977, 00741 Rn 28.

⁹⁷ Vgl *Eilmannsberger*, Zur gegenwärtigen und zukünftigen vertikalen Kompetenzverteilung in der Europäischen Union, JRP 2003, 113 (115 f).

⁹⁸ *Calliess*, Art 5 EGV Rz 16.

⁹⁹ Siehe *Grabitz* in *Grabitz/Hilf* (Hg), Das Recht der Europäischen Union (2. Ergänzungslieferung), Art 235 EGV Rz 40; *Rossi*, Art 308 EGV Rz 64 und *Schwartz*, Art 308 EGV Rz 69.

¹⁰⁰ Siehe dazu in Kap V) A.) 1.).

¹⁰¹ Für *Braum*, Europäische Strafgesetzgebung: Demokratische Strafgesetzlichkeit oder administrative Opportunität?, wistra 2006, 121 (122f), der in der „[p]olitische[n] Opportunität...das wichtigste Charakteristikum europäischer Strafgesetzgebung insgesamt“ erblickt, stellt Art 5 Abs 1 EGV „das rechtsverbindliche Gegengewicht“ dazu dar.

¹⁰² EuGH Rs 8/55 (*Fédéchar*) Slg 1956, 00297 (312).

3. VvL

Durch den VvL wird es zu einer textlichen Veränderung beim Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung ua dahingehend kommen, dass der Union gemäß **Art 5 Abs 2 EUV in der zukünftigen Fassung (zF)** „*Zuständigkeiten...zur Verwirklichung der darin festgelegten Ziele übertragen*“ werden.

Dies kann als Kodifikation jener an systematischen und teleologischen Aspekten anknüpfenden Interpretation des Art 5 Abs 1 EGV im neuen EUV angesehen werden, die hier vertreten wird: Die Ziele wurden bereits in den Zuständigkeiten der Union *festgelegt*, müssen also nicht gesondert überprüft werden.¹⁰³

Es ist somit davon auszugehen, dass der VvL keine Änderungen bezüglich des Prinzips der begrenzten Einzelermächtigung hervorrufen wird, zumal auch die sonstigen textlichen Unterschiede, wonach der „*der Grundsatz der begrenzten Einzelermächtigung*“ *expressis verbis* festgeschrieben wird und „*alle der Union in den Verträgen nicht übertragenen Zuständigkeiten...bei den Mitgliedsstaaten*“ verbleiben, nichts Neues bringen.

¹⁰³ Da der Zuständigkeitsnorm des Art 308 *AEUV* auch in ihrer neuen Fassung selbst keine Ziele immanent sind, führt die Neukodifikation des Prinzips der begrenzten Einzelermächtigung insofern zu einem systematischen Widerspruch, der jedoch mittels einer teleologischen Reduktion des Art 5 Abs 2 EUV zF zu lösen ist.

4. Rsp

Die Frage nach der Wahl der richtigen Rechtsgrundlage für das Handeln der EU/EG beschäftigte den EuGH über die Jahre hinweg schon in zahlreichen Entscheidungen, wie ein kurzer Überblick illustrieren soll:¹⁰⁴

Eine für die Entwicklung der Kompetenzfrage maßgebliche Aussage formulierte der EuGH in der **Rs 45/86**¹⁰⁵, wonach „[i]m Rahmen des Zuständigkeitssystems der Gemeinschaft...die Wahl der Rechtsgrundlage eines Rechtsakts nicht allein davon abhängen [kann], welches nach der Überzeugung eines Organs das angestrebte Ziel ist, sondern sich auf *objektive, gerichtlich nachprüfbare Umstände* gründen [muss].“

Ein für Kompetenzfragen bahnbrechendes Urteil stellte die Entscheidung in der **Rs C-300/89**¹⁰⁶ dar, indem nicht nur, wie in der bereits erwähnten Rs 45/86, auf die für die Wahl der Rechtsgrundlage maßgeblichen „objektive[n], gerichtlich nachprüfbare[n] Umstände“ hingewiesen wurde, sondern diese auch eine nähere Konkretisierung erfuhren („[z]u diesen Umständen gehören insbesondere *das Ziel und der Inhalt des Rechtsakts*“). Dieser Leitsatz wurde seitdem in kompetenzrechtlichen Urteilen immer wieder betont.

Die Beachtlichkeit des **Schwerpunkts** einer Maßnahme stellte der EuGH implizit in der Entscheidung in der **Rs C-77/88**¹⁰⁷ heraus, indem er es für die Anwendbarkeit einer Rechtsgrundlage nicht genügen ließ, dass ihr Regelungsbereich „nur nebenbei“ betroffen sei.

Diesem Verständnis entsprechend betonte der Gerichtshof in der **Rs C-155/91**¹⁰⁸, dass trotz der Tatsache, dass einige Bestimmungen des Rechtsakts „Auswirkungen“ auf einen anderen Regelungsbereich haben, bei mehreren in Betracht kommenden Maßnahmen der

¹⁰⁴ Der Übersichtlichkeit halber beschränkt sich die Auflistung auf die wesentlichen Aussagen zur Wahl der Kompetenzgrundlage, ohne auf die konkreten Sachverhalte einzugehen. In Kap V) wird ausführlich auf jene Entscheidungen eingegangen, welche sich mit Kompetenzfragen *strafrechtlicher Rechtsmaßnahmen* auseinandersetzen.

¹⁰⁵ EuGH 26.03.1987 („APS I“) Slg 1987, 01493 Rn 11. Hervorhebung durch den Verfasser.

¹⁰⁶ EuGH 11.06.1991 („Titandioxid“) Slg 1991 I-02867 Rn 10. Siehe dazu auch die Entscheidung in der Rs C-295/90 („Studenten-RL“) vom 07.07.1992 Slg 1992 I-04193 Rn 13. Hervorhebung durch den Verfasser.

¹⁰⁷ EuGH 04.10.1991 („Tschernobyl II“) Slg 1991 I-04529 Rn 17.

¹⁰⁸ EuGH 17.03.1993 (*Kom/Rat*) Slg 1993 I-00939 Rn 18 und 20.

„Hauptzweck“ des in Frage stehenden Rechtsakts entscheidend für die Beurteilung sei, welche Kompetenznorm zur Anwendung kommen müsse.

In der **Rs C-84/94**¹⁰⁹ musste sich der EuGH zum ersten Mal (im Rahmen des Art 5 EGV) mit dem Abs 1 *leg cit* auseinandersetzen:¹¹⁰ Um eine Abgrenzung zwischen (mehreren in Betracht kommenden Rechtsgrundlagen) zu erreichen, wurde – iSd Schwerpunkttheorie – auf das „wesentliche[] Ziel“ des Rechtsakts abgestellt.

Es ist somit augenscheinlich, dass mit der ausdrücklichen Kodifizierung des Prinzips der begrenzten Einzelermächtigung in Art 5 Abs 1 EGV durch den VvM keine Änderung in der diesbezüglichen Rsp – zumindest vorerst – einherging. Bei der Entscheidung, welche von mehreren in Betracht kommenden Kompetenznormen zur Anwendung kommen müsse (wenn eine Doppelabstützung wegen unterschiedlicher Verfahrensvoraussetzungen ausgeschlossen ist), war weiterhin der Schwerpunkt der Maßnahme entscheidend.

Einen Meilenstein in der kompetenzrechtlichen Rsp des EuGH stellte das Urteil in der **Rs C-376/98**¹¹¹ dar: Im Mittelpunkt stand – im Gegensatz zu früheren Fällen, wo mehrere Rechtsgrundlagen denkbar waren – die Frage, ob überhaupt eine (Verbands)kompetenz für die Gemeinschaft zum (zur Rechtsangleichung führenden) Handeln besteht, da alternativ eine Zuständigkeitsnorm mit Harmonisierungsverbot zur Debatte stand.¹¹² Diesbezüglich verwies der EuGH im Rahmen seiner Begründung ausdrücklich auf den „in Artikel 3b EG-Vertrag (jetzt Artikel 5 EG) niedergelegten Grundsatz, dass die Befugnisse der Gemeinschaft auf Einzelermächtigungen beruhen.“ Das Ergebnis seiner Überlegungen bestand darin, die dem Rechtsakt zugrunde gelegte Kompetenznorm eng auszulegen – eine im Vergleich zu früheren Entscheidungen auffällige Berücksichtigung der mitgliedstaatlichen Kompetenzen.¹¹³

¹⁰⁹ EuGH 12.11.1996 („Arbeitszeit-RL“) Slg 1996 I-05755 Rn 30.

¹¹⁰ *Calliess*, Art 5 EGV Rz 10.

¹¹¹ EuGH 05.10.2000 („Tabakwerbe-RL“) Slg 2000 I-08419 Rn 83.

¹¹² *von Bogdandy/Bast*, Art 5 EGV Rz 12.

¹¹³ Siehe dazu *Calliess*, Art 5 EGV Rz 10, der einen Vergleich zur Rs „Arbeitszeit-RL“ zieht, wo der EuGH „die Kompetenzgrundlage – nach eingehender Prüfung – noch weit ausgelegt [hatte]“.

5. Justiziabilität im Rahmen des EUV

Ist das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung auch im Bereich des EUV justiziabel?

Blickt man auf die bisherige Rsp, dürfte diesbezüglich kein Zweifel bestehen: So wandte der Gerichtshof dort, wo die Gültigkeit von Rahmenbeschlüssen (RBe) zur Diskussion stand, die auf Art 5 Abs 1 EGV bezogene bisherige Rsp auch auf die dritte Säule an („[d]ie Wahl der Rechtsgrundlage eines gemeinschaftlichen¹¹⁴ Rechtsakts [muss sich] nach ständiger Rechtssprechung auf objektive, gerichtlich nachprüfbare Umstände gründen, zu denen insbesondere das Ziel und der Inhalt des Rechtsakts gehören“¹¹⁵).

Vergegenwärtigt man sich jene Bestimmung, welche die Zuständigkeitsbereiche des EuGH im Rahmen des EUV taxativ aufzählt (**Art 46 EUV**), verblüfft diese Einschätzung des Gerichtshofs: Der auf Art 5 EGV Bezug nehmende Art 2 Abs 2 EUV findet dort keine Erwähnung, was den Schluss nahe legt, der EuGH könne die Einhaltung des Prinzips der begrenzten Einzelermächtigung bei Maßnahmen nach dem EUV nicht überprüfen.

Diese Ansicht wird jedoch durch **Art 46 lit b iVm Art 35 Abs 6 EUV** relativiert: Da die Rechtsgültigkeit eines RBe auch bezüglich der „*Verletzung dieses Vertrags [EUV]*“ vom EuGH überprüft werden kann (Art 35 Abs 6 EUV), eine Missachtung des Grundsatzes der begrenzten Einzelermächtigung (Art 2 Abs 2 EUV) aber solch einen Verstoß begründet, ist es möglich, den EuGH auch mit der Verletzung des Einzelermächtigungsprinzips (im Rahmen der dritten Säule) zu konfrontieren.

Die vom EuGH praktizierte Vorgangsweise, das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung bzw dessen Konkretisierungen im Zuge des EUV ebenso anzuwenden, ist somit gerechtfertigt.

¹¹⁴ Einen Hinweis darauf, dass seine Rsp zum Gemeinschaftsrecht auf das Unionsrecht eigentlich nur mutatis mutandis übertragen werden kann, unterließ der EuGH leider.

¹¹⁵ EuGH 23.10.2007 Rs C-440/05 („Meeresverschmutzung“) Slg 2007 I-09097 Rn 61. Siehe zuvor schon EuGH 13.09.2005 Rs C-176/03 („Umweltstrafrecht“) Slg 2005 I-07879 Rn 45. Eine ausführliche Auseinandersetzung mit diesen Entscheidungen findet in Kap V) A.) 1.) statt.

C. Subsidiaritätsprinzip

In engem systematischen Zusammenhang (was sich auch durch die Aufnahme im selben Artikel bemerkbar macht) mit dem Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung steht das **Subsidiaritätsprinzip (SP) nach Art 5 Abs 2 EGV**.

Obwohl es unter rechtsstaatlichen Prämissen keine Notwendigkeit gibt, solch einen Grundsatz der Kompetenzausübung zum Bestandteil einer Rechtsordnung zu machen, verpflichtet seine primärrechtliche Kodifikation zur Beachtung seitens der Unionsorgane, die ja ihre Befugnisse gemäß Art 5 EUV „nach Maßgabe und im Sinne“ der Verträge (EUV und EGV sowie die entsprechenden Änderungen und Ergänzungen) auszuüben haben: Da auch das SP mit seinen inhaltlichen Anforderungen (siehe sogleich) Bestandteil der Verträge, die es zu beachten gilt, ist, muss es in der konkreten Rechtsanwendung durch die EU/EG Berücksichtigung finden.

Wie sich aus der Entstehungsgeschichte und systematischen Stellung innerhalb des Art 5 EGV¹¹⁶, aber auch aufgrund ihres Wortlauts („wird...nur tätig“) ergibt, ist dem SP die Schonung der mitgliedstaatlichen Kompetenzen als Zielsetzung immanent.

Im Gegensatz zu Abs 1 leg cit geht es aber hier nicht primär um die Frage nach einer konkreten Rechtsgrundlage für ein Tätigwerden der EU/EG¹¹⁷, sondern darum, *ob* sie – bei Vorliegen einer Unions- bzw Gemeinschaftskompetenz - handeln soll.¹¹⁸ Der Gesetzessystematik des Art 5 EGV entsprechend folgt auf die erfolgreiche Suche nach der passenden Kompetenznorm (Abs 1 leg cit) also die Prüfung nach deren Anwendbarkeit¹¹⁹ im konkreten Fall.

¹¹⁶ *Kennntner*, Das Subsidiaritätsprotokoll des Amsterdamer Vertrags - Anmerkungen zum Begrenzungscharakter des gemeinschaftsrechtlichen Subsidiaritätsprinzips, NJW 1998, 2871 (2874). Siehe auch *Lambers*, Subsidiarität in Europa - Allheilmittel oder juristische Leerformel?, EuR 1993, 229 (231), der im SP aber auch ein „politisches Gestaltungselement, das in der Formulierung zahlreicher Artikel Spuren hinterlassen hat“, sieht.

¹¹⁷ Wie bereits erwähnt, gilt Art 5 EGV in seiner Gesamtheit aufgrund von Art 2 Abs 2 EUV auch für die Union – das SP muss also auch im Rahmen des EUV Beachtung finden.

¹¹⁸ *Calliess*, Art 5 EGV Rz 19, spricht in diesem Zusammenhang von der „Ob-Frage“.

¹¹⁹ Bei nicht ausschließlichen Zuständigkeiten.

1. Tatbestand

Art 5 Abs 2 EGV lautet folgendermaßen:

„In den Bereichen, die nicht in ihre ausschließliche Zuständigkeit fallen, wird die Gemeinschaft nach dem Subsidiaritätsprinzip nur tätig, sofern und soweit die Ziele der in Betracht gezogenen Maßnahmen auf Ebene der Mitgliedsstaaten nicht ausreichend erreicht werden können und daher wegen ihres Umfangs oder ihrer Wirkungen besser auf Gemeinschaftsebene erreicht werden können.“

a. Ausschließliche Zuständigkeit

Bei Kompetenzen, die ausschließlich der EU/EG zustehen, soll nach dem klaren Wortlaut des Art 5 Abs 2 EGV das SP keine Anwendung finden und somit auf den Komplex der konkurrierenden und parallelen Zuständigkeitsnormen¹²⁰ beschränkt sein. Welche Bereiche nun in concreto als ausschließliche Zuständigkeiten angesehen werden können, wird an dieser Stelle nicht untersucht¹²¹.

Erwähnt sei bloß die Einordnung des Art 95 EGV, jener Kompetenzgrundlage, auf die die im Mittelpunkt dieser Arbeit stehende VDS-RL gestützt wurde: Trotz ihres finalen, auf das Binnenmarktziel ausgerichteten Charakters gehört sie mE nicht zu den ausschließlichen Zuständigkeiten der EU/EG.¹²² Da mit dem Begriff des Binnenmarktes zahlreiche Sachbereiche abgedeckt werden, bestünde die Gefahr, dass ansonsten der Handlungsspielraum der MS unangemessen weit eingeschränkt werden könnte.

¹²⁰ Zur deren Definition siehe *Calliess*, Art 5 EGV Rz 35 ff.

¹²¹ Bezüglich der umfangreichen Lit hierzu vgl nur *Calliess*, Art 5 EGV Rz 20 ff; *Jarass*, EG-Kompetenzen und das Prinzip der Subsidiarität nach Schaffung der Europäischen Union, EuGRZ 1994, 209 (210) und *von Borries*, EuR 1994, 274 f.

¹²² So auch EuGH 10.12.2002 Rs C-491/01 (*BAT*) Slg 2002 I-11453 Rn 179. Vgl in diesem Zusammenhang *Eilmannsberger*, JRP 2003, 117 f (mit Verweisen auf die gegensätzlichen Ansichten zu dieser Thematik).

b. Negativkriterium¹²³

Durch die Formulierung „*sofern und soweit die Ziele der in Betracht gezogenen Maßnahmen auf Ebene der Mitgliedsstaaten nicht ausreichend erreicht werden können*“ in Art 5 Abs 2 EGV wird zunächst ausdrücklich auf die MS rekuriert: Wenn man zur Überzeugung gelangt, dass *alle MS*¹²⁴ an sich fähig sind¹²⁵, selbstständig¹²⁶ die jeweiligen Ziele der intendierten Handlungen in ausreichendem, nicht unbedingt optimalem Maße¹²⁷ zu verfolgen, ist der EU/EG der Weg zu einer unions- bzw gemeinschaftsrechtlichen Regelung verwehrt.

Für eine Konkretisierung ist auch das dem VvA beigelegte **Protokoll über die Anwendung der Grundsätze der Subsidiarität und Verhältnismäßigkeit (SP-Protokoll)**¹²⁸ (beschränkt) hilfreich, das in diesem Zusammenhang ua darauf abstellt, ob „*[d]er betreffende Bereich...transnationale Aspekte [auf]weist, die durch Maßnahmen der Mitgliedsstaaten nicht ausreichend geregelt werden können*“ oder „*alleinige Maßnahmen der Mitgliedsstaaten oder das Fehlen von Gemeinschaftsmaßnahmen...gegen die Anforderungen des Vertrags [hingewiesen wird zB auf die Problematik von Wettbewerbsverzerrungen] verstoßen [würden] oder auf sonstige Weise die Interessen der Mitgliedsstaaten erheblich beeinträchtigen*“.¹²⁹

¹²³ So die einprägsame Begriffsbildung von Calliess, Art 5 EGV, Rz 39. Zum ebenso von ihm geprägten „Positivkriterium“ siehe sogleich.

¹²⁴ So überzeugend Bieber, Subsidiarität 177.

¹²⁵ Nach der zustimmungswürdigen Auffassung von Jarass, EuGRZ 1994, 210 f, der sich ausdrücklich auf den Wortlaut („erreicht werden können“) des Art 5 Abs 2 EGV beruft, bleibt es den MS überlassen, „ob sie die fraglichen Ziele erreichen wollen oder nicht.“

¹²⁶ Indem er ua auf „den Zweck des Subsidiaritätsprinzips, möglichst bürgernahe Entscheidungen zu gewährleisten“ abstellt, verneint Calliess, Subsidiaritäts- und Solidaritätsprinzip in der Europäischen Union² (1999) 111 f – zu Recht – die Möglichkeit einer alternativen, intergouvernementalen Zusammenarbeit der MS. AA Lambers, EuR 1993, 236.

¹²⁷ Siehe dazu Blanke, Normativität und Justitiabilität des gemeinschaftsrechtlichen Subsidiaritätsprinzips, ZG 1995, 193 (210); Jarass, EuGRZ 1994, 211 und Konow, Zum Subsidiaritätsprinzip des Vertrags von Maastricht, DÖV 1993, 405 (409). Nach Lambers, EuR 1993, 236 ist es auch nicht notwendig, dass die mitgliedstaatlichen Maßnahmen „einheitlich“ sind.

¹²⁸ ABI 1997 C 340/105.

¹²⁹ Nr 5 SS 2 und 3 SP-Protokoll.

c. Positivkriterium

Dass die mangelnde Fähigkeit der MS noch nicht genügt, um Maßnahmen auf Gemeinschafts- bzw Unionsebene zu rechtfertigen, beweist der auf „*die Ziele der in Betracht gezogenen Maßnahmen*“ bezogene Wortlaut „*und daher wegen ihres Umfangs oder ihrer Wirkungen besser auf Gemeinschaftsebene erreicht werden können*“ in Art 5 Abs 2 EGV.

Auch wenn die Wortfolge „*und daher*“ aufgrund ihres sowohl kumulativen als auch kausalen Charakters zu Irritationen führen kann, ändert dies nichts an der Notwendigkeit einer zweistufigen Prüfung im Rahmen des Art 5 Abs 2 EGV.¹³⁰ Wenn die Ziele der beabsichtigten Tätigkeiten zwar auf der Ebene der MS nicht in zufriedenstellender Art und Weise verfolgt werden können, die EU/EG demgegenüber aber auch keine bessere Lösung diesbezüglich herbeiführen kann, verbietet das Positivkriterium¹³¹ des SP ein unions- bzw gemeinschaftsrechtliches Handeln.¹³²

Zur Interpretation des quantitativen Kriteriums des „*Umfangs*“ kann auf die „Art, Größe und Schwere des jeweils zu lösenden Problems sowie auf die Frage, ob mehrere Mitgliedstaaten von ihm betroffen sind“, abgestellt werden. Der qualitative Begriff der „*Wirkungen*“ vermittele im Vergleich dazu „die Frage nach der Effektivität eines Handelns auf Gemeinschaftsebene.“¹³³

¹³⁰ Vgl zB *Kenntner*, NJW 1998, 2873; *Konow*, DÖV 1993, 409 oder *Schwartz*, AfP 1993, 412.

¹³¹ *Calliess*, Art 5 EGV Rz 47. *Bieber*, Subsidiarität 177, schränkt zu Recht allerdings ein, dass „[i]n aller Regel...der erste Nachweis auch den zweiten einschließen [wird].“

¹³² Dieses Verständnis wurde ausdrücklich durch die Systematik des SP-Protokoll (Nr 5 SS 1 und 3 leg cit) bestätigt.

¹³³ *Calliess*, Subsidiarität 115.

2. VvL

Das Subsidiaritätsprinzip wird dem Wortlaut nach weitestgehend unverändert durch den VvL in **Art 5 Abs 3 EUV zF** transferiert. Es wird lediglich die Wortfolge „*und daher*“ durch „*sondern*“ ersetzt, um (als Reaktion auf die unklare, derzeit geltende Textierung) hervorzuheben, dass das Positiv- zum Negativkriterium in einem kumulativen Verhältnis steht.¹³⁴

Bemerkenswerte Neuerungen gibt es hingegen aufgrund eines primärrechtlichen Annexes zu EUV zF und AEUV, des **Protokolls über die Anwendung der Grundsätze der Subsidiarität und der Verhältnismäßigkeit (SP-Protokoll zF)**¹³⁵, auf das Art 69 AEUV hinsichtlich der Bestimmungen über die polizeiliche und justizielle Zusammenarbeit in Strafsachen (Kap 4 und 5 des Titel V leg cit) explizit Bezug nimmt.

So steht den nationalen Parlamenten ein substantiiertes Recht zur Stellungnahme bei Rechtssetzungsinitiativen zu: Wenn die Anzahl dieser begründeten, die Einhaltung des SP verneinenden Stellungnahmen mindestens ein Drittel der Gesamtzahl der den nationalen Parlamenten zugewiesenen Stimmen¹³⁶ ausmacht (bei Gesetzesinitiativen im Rahmen des Raums der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts ein Viertel), muss der Entwurf überprüft und schlussendlich begründet werden, warum an ihm festgehalten, er geändert oder zurückgezogen wird.

Zurückgehend auf eine niederländische Forderung¹³⁷ wurden – im Gegensatz zum für den Vertrag über eine Verfassung für Europa (VVE) vorgesehenen SP-Protokoll – in Art 7 Abs 3 SP-Protokoll zF besondere Bestimmungen bezüglich des ordentlichen Gesetzgebungsverfahrens festgelegt, welche die Position der nationalen Legislativen verstärken: Wenn die Anzahl begründeter Stellungnahmen mindestens die einfache Mehrheit der Gesamtzahl der den nationalen Parlamenten zugewiesenen Stimmen erreicht, muss die Kom den Vorschlag überprüfen und bei angepeiltem Festhalten daran eine begründete Stellungnahme abgeben. Durch eine Mehrheit von 55 Prozent der Ratsmitglieder oder die

¹³⁴ Vedder in Vedder/Heintschel von Heinegg (Hg), Europäischer Verfassungsvertrag (2007) Art I-11 VVE Rz 13.

¹³⁵ ABl 2007 C 306/148. Siehe hier insbesondere Art 6 ff leg cit.

¹³⁶ Art 7 Abs 2 SP-Protokoll zF. Nach Abs 1 UAbs 2 leg cit besitzt jedes nationale Parlament zwei Stimmen, in einem Zweikammersystem erhält jede Kammer dabei eine Stimme.

¹³⁷ Fischer K, Der Vertrag von Lissabon Text und Kommentar zum Europäischen Reformvertrag (2008) 467.

Mehrheit der abgegebenen Stimmen im EP kann in weiterer Folge der Gesetzgebungsprozess hinsichtlich des konkreten Vorschlags endgültig beendet werden.

Nach dem klaren Wortlaut dieses Abs 3 (Art 7 SP-Protokoll zF) muss man mE jedoch davon ausgehen, dass er nur eingeschränkt im Rahmen des Raums der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts (Titel V AEUV) anwendbar sein wird: Er ist lediglich auf Gesetzesvorschläge der Kom und nicht auf jene von MS zugeschnitten, die (wenn deren Anzahl ein Viertel beträgt) nach Art 76 AEUV prinzipiell auch Initiativen vorlegen können. Die Heranziehung des Art 7 Abs 3 SP-Protokoll zF bei auf Art 67 ff AEUV gestützten Rechtssetzungsvorschlägen ist somit *nur* dann möglich, wenn diese von der Kom ausgehen.

Darüber hinaus steht den MS (entweder direkt oder im Namen ihrer nationalen Parlamente oder deren Kammern) nach Art 8 SP-Protokoll zF die Nichtigkeitsklage (Art 263 AEUV) offen, wenn sie der Ansicht sind, ein Gesetzgebungsakt verstoße gegen das SP.

Ob durch die Einbindung der nationalen Parlamente ein „Mechanismus zur Gewährleistung des bislang papiernen Subsidiaritätsgrundsatzes“ geschaffen wird¹³⁸, kann jedoch erst die Zukunft weisen.

Ausdruck des Grundsatzes der Subsidiarität (und der Verhältnismäßigkeit) sind überdies die Art 67 Abs 1 und Art 82 Abs 2 letzter Satz AEUV mit ihrer an die Unionsorgane gerichteten Verpflichtung, die unterschiedlichen „*Rechtsordnungen und –traditionen der Mitgliedstaaten*“ zu berücksichtigen.

Auch die Tatbestandsmerkmale „*erforderlich*“ (Art 82 Abs 2 AEUV)¹³⁹ und „*unerlässlich*“ (Art 83 Abs 2 AEUV)¹⁴⁰ sind dahingehend zu verstehen.

Abgesehen von den durch das SP-Protokoll zF eingeführten verfahrensrechtlichen Neuerungen, welche die nationalen Parlamente zu einem wichtigen Kontrollfaktor

¹³⁸ So *Kretschmer* in Vedder/Heintschel von Heinegg (Hg), Europäischer Verfassungsvertrag (2007) Art III-259 VVE Rz 2.

¹³⁹ *Kretschmer* in Vedder/Heintschel von Heinegg (Hg), Europäischer Verfassungsvertrag (2007) Art III-270 VVE Rz 25, weist in diesem Zusammenhang auch auf Art 82 Abs 2 UAbs 3 AEUV hin, wonach die MS für den Einzelnen ein höheres Schutzniveau beibehalten können. Für ihn sind diese Vorkehrungen „juristische[] Tranquilizer“.

¹⁴⁰ Siehe zu diesen strafrechtlichen Kompetenzgrundlagen der Rechtsangleichung ausführlich in Kap VI) C.) und D.).

hinsichtlich des SP machen, wird es also keine (bedeutsamen) materiellen Veränderungen hinsichtlich dieses Grundsatzes geben.¹⁴¹

3. Justiziabilität (im Rahmen des EUV)

Nach Einführung des SP durch den VvM stellte sich die für dessen Effektivität grundsätzliche Frage, ob dieses justiziabel sei und somit dessen Einhaltung vom EuGH überwacht werden könne.¹⁴²

Für eine Justiziabilität spricht zunächst das **Gesamtkonzept für die Anwendung des Subsidiaritätsprinzips und des Artikels 3 b des Vertrags über die Europäische Union durch den Rat**¹⁴³, wonach „*die Auslegung dieses Prinzips wie auch die Überprüfung seiner Einhaltung durch die Gemeinschaftsorgane vom Gerichtshof überwacht [wird]*“ (Z 4 SS 5 leg cit).

Blickt man darüber hinaus auf Wortlaut („*wird...tätig*“), Entstehungsgeschichte (keine Aufnahme in die Präambel) und Systematik (Stellung zwischen den zweifellos als Rechtsnormen anerkannten Prinzipien in den Abs 1 und 3 leg cit) des Art 5 Abs 2 EGV, die für eine Rechtsverbindlichkeit des SP sprechen¹⁴⁴, muss davon ausgegangen werden, dass der EuGH eine entsprechende Kontrollkompetenz besitzt, zumal er nach der allgemeinen Diktion des Art 220 Abs 1 EGV „*die Wahrung des Rechts bei der Auslegung und Anwendung dieses Vertrags*“ zu sichern hat¹⁴⁵.

¹⁴¹ Krit zur Wirkung des SP im Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts *Hassemer*, Strafrecht in einem europäischen Verfassungsvertrag, ZStW 2004, 304 (315 f) und *Weigend*, Der Entwurf einer Europäischen Verfassung und das Strafrecht, ZStW 2004, 275 (281).

¹⁴² Siehe dazu *Blanke*, ZG 1995, 213ff; *Lambers*, EuR 1993, 239ff; *Pipkorn*, Das Subsidiaritätsprinzip im Vertrag über die Europäische Union - rechtliche Bedeutung und gerichtliche Überprüfbarkeit, EuZW 1992, 697 (700) und *Schmidhuber/Hitzler*, Die Verankerung des Subsidiaritätsprinzips im EWG-Vertrag - ein wichtiger Schritt auf dem Weg zu einer föderalen Verfassung der Europäischen Gemeinschaft, NVwZ 1992, 720 (724 f).

¹⁴³ Europäischer Rat von Edinburgh vom 12.12.1992, Schlussfolgerungen des Vorsitzes, Anlage I (Bull 12-1992).

¹⁴⁴ *Lambers*, EuR 1993, 240.

¹⁴⁵ Vgl *Blanke*, ZG 1995, 213f.

Da Begriffe wie „*nicht ausreichend*“ und „*besser*“ (Art 5 Abs 2 EGV) einen Beurteilungsspielraum für die Rechtssetzungsorgane bedingen¹⁴⁶, ist die konkrete Kontrollichte für den EuGH aber beschränkt.

Eine Prüfkompetenz des Gerichtshofs ergibt sich aber schon aus der einfachen Tatsache heraus, dass nach Art 253 EGV (bestimmte) Rechtsakte zu begründen sind¹⁴⁷. Dass dies eine Auseinandersetzung mit Aspekten des SP notwendigerweise mit einschließt, lässt sich (zunächst indirekt) aus dem SP-Protokoll folgern, wonach die Kom „*die Sachdienlichkeit ihrer Vorschläge unter dem Aspekt des Subsidiaritätsprinzips begründen [sollte]*“ (Nr 9 SS 2 leg cit) und EP und Rat eine diesbezügliche Kontrollpflicht (auch hinsichtlich ihrer etwaiger Änderungsvorschläge) trifft (Nr 11 leg cit).

Ziel und Zweck dieser Verpflichtungen muss es aber sein, die Begründungspflicht auch hinsichtlich der endgültig erlassenen Rechtsakte vorzuschreiben, um deren Hauptzweck, „den Parteien die Wahrnehmung ihrer Rechte, dem Gerichtshof die Ausübung seiner Rechtskontrolle und den Mitgliedsstaaten sowie deren etwa interessierten Angehörigen die Unterrichtung darüber zu ermöglichen, in welcher Weise die Exekutive den Vertrag angewandt hat“¹⁴⁸, zum Durchbruch zu verhelfen.

Die Verletzung der Begründungspflicht – eine wesentliche Formvorschrift iSv Art 230 EGV¹⁴⁹ – kann dabei zur Aufhebung des mit Nichtigkeitsklage bekämpften Akts führen.

Ist das SP auch im Bereich des EUV – so wie das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung – justiziabel?

Ein Blick auf Art 46 EUV lässt wiederum vermuten, dass dem nicht so ist: Art 2 Abs 2 EUV, der auf Art 5 EGV Bezug nimmt, fällt eben gerade nicht unter jene Vorschriften, für die eine Zuständigkeit des EuGH begründet wird.

Das entscheidende Argument, dass das SP zumindest teilweise auch bei Rechtsmaßnahmen im Rahmen des EUV justiziabel ist, ergibt sich wieder aus Art 46 lit b iVm Art 35 Abs 6 EUV: Da zB die Rechtmäßigkeit eines RBe auch hinsichtlich der „*Verletzung dieses Vertrags [EUV]*“ vom EuGH überprüft werden kann (Art 35 Abs 6 EUV), eine

¹⁴⁶ Lambers, EuR 1993, 241. Siehe auch Bieber, Subsidiarität 175 f.

¹⁴⁷ Siehe zur Begründungspflicht ausführlich den Exkurs in Kap V) A.) 5.) d.).

¹⁴⁸ Schmidt in Schwarze/von der Groeben (Hg), Kommentar zum Vertrag über die Europäische Union und zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft⁶ (2003) Art 253 EGV Rz 5 (mit zahlreichen Verweisen auf die Rsp).

¹⁴⁹ Müller-Ibold, Die Begründungspflicht im europäischen Gemeinschaftsrecht und im deutschen Recht: eine rechtsvergleichende Untersuchung (1990) 112 (bezüglich Art 173 EWG-Vertrag, der Vorgängerbestimmung des Art 230 EGV).

Missachtung des Grundsatzes der Subsidiarität (Art 2 Abs 2 EUV) aber solch einen Verstoß begründet, ist es möglich, den EuGH auch mit der Verletzung des SP (im Rahmen der dritten Säule) zu konfrontieren.

4. Rsp

Die Zahl jener Urteile, die sich explizit mit dem SP bzw seiner konkreten Überprüfung auseinandersetzen, ist spärlich.¹⁵⁰

In der schon angeführten Rs „Arbeitszeit-RL“¹⁵¹ stellte der EuGH, ohne sich zur Kontrolle des Art 5 Abs 2 EGV in concreto verpflichtet zu fühlen, äußerst lapidar fest, dass, „[s]obald der Rat also festgestellt hat, daß...die in diesem Bereich bestehenden Bedingungen...harmonisiert werden müssen,...die Erreichung dieses Ziels durch ein Setzen von Mindestvorschriften unvermeidlich ein gemeinschaftsweites Vorgehen voraus[setzt]“.

Zu Recht wurde diesbezüglich befürchtet, dass die Prüfkriterien des SP bei solch einem Rechtsverständnis leer laufen könnten.¹⁵² Die bloße Feststellung des Harmonisierungsziels durch den Rat würde stets reichen, um ein unions- bzw gemeinschaftsweites Tätigwerden zu rechtfertigen. Fälle, in denen das SP begrenzenden Charakter für ein Handeln der EU/EG hätte, wären so kaum mehr denkbar.

Obwohl sich der EuGH in der bereits erwähnten Rs *BAT*¹⁵³ erstmals allgemein mit den Kriterien des Art 5 Abs 2 EGV auseinandersetzte, muss angesichts von abstrakten „Stehsätzen“ wiederum (siehe die Rs „Arbeitszeit-RL“) bezweifelt werden, ob das SP so jemals zu einer Schonung der mitgliedstaatlichen Kompetenzen wird beitragen können.¹⁵⁴

Zusammenfassend lässt sich also sagen, dass die Handhabung des SP durch den EuGH im Sinne einer wünschenswerten, praktischen Nutzbarmachung ausgebaut werden könnte: Eine gezielte, auf den konkreten Sachverhalt abgestellte zweistufige Prüfung, die die Fähigkeiten

¹⁵⁰ Einen Überblick über jene Urteile, die das SP zumindest „streifen“, bietet *Schima*, Die Beurteilung des Subsidiaritätsprinzips durch den Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften, ÖJZ 1997, 761 (764 ff).

¹⁵¹ Rs C-84/94 Rn 47.

¹⁵² *Calliess*, Urteilsanmerkung [Rs C-84/94], EuZW 1996, 757 (758).

¹⁵³ Rs C-491/01 Rn 180 ff.

¹⁵⁴ *Calliess*, Art 5 EGV Rz 42.

der MS zur Problemlösung einerseits und den diesbezüglichen Mehrwert der EU/EG andererseits analysiert, ist derzeit nicht zu erkennen.

Dies sollte unter dem Gesichtspunkt der Justiziabilität des SP bedacht werden.

5. SP und Strafrecht

Welche Auswirkungen kann das SP auf den Erlass von strafrechtlichen Rechtsangleichungsmaßnahmen durch die EU/EG haben?

Eine besondere Bedeutung des SP (und auch des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes nach Art 5 Abs 3 EGV¹⁵⁵) für strafrechtliche Rechtsangleichungsmaßnahmen im Rahmen der dritten Säule (gemäß Art 31 Abs 1 lit e EUV) wird zum einen durch Art 29 Abs 2 SS 3 EUV („soweit dies erforderlich ist“) suggeriert.¹⁵⁶

Ein Blick auf die Entscheidung in der bereits erwähnten Rs „Meeresverschmutzung“ macht zum anderen deutlich, dass der EuGH strafrechtliche Maßnahmen der EU/EG als vom SP (bzw vom Verhältnismäßigkeitsgrundsatz¹⁵⁷) beeinflusst ansieht. Zwar nimmt er nicht ausdrücklich Bezug auf Art 5 Abs 2 EGV (bzw Abs 3 leg cit), doch lassen seine Ausführungen zur Reichweite der Harmonisierungskompetenz auf strafrechtlichem Gebiet mE keine andere Auffassung zu („[d]ie Bestimmung von Art und Maß der anzuwendenden strafrechtlichen Sanktionen fällt...nicht in die Zuständigkeit der Gemeinschaft“).¹⁵⁸

¹⁵⁵ Kap II) D.).

¹⁵⁶ Wasmeier/Jour-Schröder, Art 29 EUV Rz 19. Vgl in diesem Zusammenhang auch Röben in Grabitz/Hilf (Hg), Das Recht der Europäischen Union (13. Ergänzungslieferung 1999) Vorbemerkung zu Titel VI EUV Rz 42, der verschiedene Beispiele im Rahmen der PJZS aufzählt, die seiner Meinung nach „dem Prinzip der Subsidiarität von Unionshandeln auf mehreren Stufen Rechnung“ tragen.

¹⁵⁷ Kap II) D.).

¹⁵⁸ Rs „Meeresverschmutzung“ Rn 70. Zur strafrechtlichen Rechtsangleichungskompetenz siehe Kap V). Aus heutiger Sicht (nach den Urteilen in den Rs „Umweltstrafrecht“, „Meeresverschmutzung“ und „VDS“) mutet die mittlerweile historische Einschätzung von Wasmeier/Jour-Schröder, Art 29 EUV Rz 55, interessant an, wonach „mit Rücksicht auf das Subsidiaritätsprinzip und den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit...die Gemeinschaft bisher aber noch keine strafrechtliche Anweisungskompetenz beansprucht [hat].“ Kritik am Begriff der Anweisungskompetenz äußert Calliess, Auf dem Weg zu einem einheitlichen europäischen Strafrecht? - Kompetenzgrundlagen und Kompetenzgrenzen einer dynamischen Entwicklung, ZEuS 2008, 3 (27 f), da dieser „eine eigenständige, neue europarechtliche Kompetenzkategorie“ impliziere.

a. VDS-RL

Im Folgenden soll analysiert werden, inwieweit die im Mittelpunkt dieser Arbeit stehende VDS-RL mit Art 5 Abs 2 EGV im Einklang steht.¹⁵⁹

Einen ersten Anhaltspunkt liefert dazu ErwGr 21 VDS-RL, wo das SP explizit seinen Niederschlag findet:

„Da die Ziele dieser Richtlinie, nämlich die Harmonisierung der Pflichten für Diensteanbieter bzw. Netzbetreiber im Zusammenhang mit der Vorratsspeicherung bestimmter Daten und die Gewährleistung, dass diese Daten zum Zwecke der Ermittlung, Feststellung und Verfolgung von schweren Straftaten, wie sie von jedem Mitgliedstaat in seinem nationalen Recht bestimmt werden, zur Verfügung stehen, auf Ebene der Mitgliedstaaten nicht ausreichend erreicht werden können und daher wegen des Umfangs und der Wirkungen dieser Richtlinie besser auf Gemeinschaftsebene zu erreichen sind, kann die Gemeinschaft gemäß dem in Artikel 5 des Vertrags [EGV] niedergelegten Subsidiaritätsprinzip tätig werden.“

Damit reiht sich die VDS-RL in die Reihe jener (bisherigen) Rechtsakte ein, die sich durch eine dürftige Berücksichtigung der Vorgaben des SP auszeichnen. Die Unionsorgane wiederholen lediglich den Tatbestand des Art 5 Abs 2 EGV, ohne selbst zu begründen, warum gerade ein Vorgehen auf mitgliedstaatlicher Ebene unzureichend *und* die EU/EG dazu besser befähigt ist.

Anhand der Kriterien des Art 5 Abs 2 EGV soll nun der Versuch einer Überprüfung der VDS-RL unternommen und gleichzeitig bewiesen werden, dass dies auch in komprimierter, aber nicht bloß die Tatbestandsvoraussetzungen des SP wiederholender Form geschehen kann.

¹⁵⁹ Dies ungeachtet der Tatsache, dass im Falle von finalen Kompetenzen (wie Art 95 EGV) „das Subsidiaritätsprinzip in aller Regel keinen sinnvollen Anwendungsbereich mehr [hat]“ und die „praktische Bedeutung“ des Subsidiaritätsgrundsatzes bei finalen Zuständigkeiten in einer sorgfältigeren Prüfung der Tatbestandsvoraussetzungen dieser Befugnisnormen liege (Eilmannsberger, JRP 2003, 116 f).

i. Negativkriterium

Dass die Ziele der VDS-RL bereits „durch die Umsetzung der *Cybercrime-Convention* des Europarates und die Verbesserung der grenzüberschreitenden Zusammenarbeit auf dem in Frage stehenden Gebiet...erreicht werden könnten“¹⁶⁰, schließt ein Tätigwerden der EU/EG wegen eines Verstoßes gegen das SP nicht aus: Wie oben bereits erwähnt, muss im Rahmen des Negativkriteriums lediglich geprüft werden, ob die MS *für sich genommen* nicht in der Lage sind, die verfolgten Ziele zu erreichen. Somit kann die grenzüberschreitende Zusammenarbeit keine zu überprüfende Alternative iSd Art 5 Abs 2 EGV darstellen.

Ebenso wenig wie die *Cybercrime*-Konvention, die als (klassisches völkerrechtliches) Rechtsinstrument des Europarates nicht mit den supranationalen Rechtsakten der ersten Säule vergleichbar ist. Darüber hinaus weist die Konvention zwar Bestimmungen (Art 14 ff leg cit) bezüglich der Speicherung von Daten auf (einzelfallbezogene Sicherungsspeicherung), deren Inhalt weicht jedoch deutlich von jenem der Vorschriften der VDS-RL ab.

Wenn in diesem Zusammenhang die Kom der Ansicht ist, dass es keine Notwendigkeit gibt, Fragen der Rechtshilfe und des behördlichen Zugangs bezüglich der Vorratsdatenspeicherung in einer RL zu klären, da diese Gebiete zu einem großen Teil bereits in Rechtshilfeabkommen und anderen Kooperationsmechanismen geregelt werden,¹⁶¹ muss dies bei der Prüfung der Kriterien des SP wiederum unberücksichtigt bleiben: Alternative völkerrechtliche Formen der Zusammenarbeit sind im Rahmen des Positivkriteriums außer Acht zu lassen.

Kein MS kann mE im Alleingang die Ziele der VDS-RL, die Verhinderung von Wettbewerbsverzerrungen und die Kriminalitätsbekämpfung¹⁶², erreichen, zumal die EU/EG mittlerweile auf 27 Mitgliedstaaten angewachsen ist und eine „Selbstkoordinierung“ angesichts dessen geradezu absurd erscheint.

¹⁶⁰ EP 31.5.2005, A6-0174/2005, 9.

¹⁶¹ KOM (2005) 438 endg, 11 Nr 3.4.

¹⁶² Siehe dazu (va bezüglich der Gewichtung dieser Ziele) Kap V) A.) 5.) d.) und e.).

ii. Positivkriterium

Dass beide Ziele der VDS-RL „wegen ihres Umfangs oder ihrer Wirkungen besser auf Gemeinschaftsebene erreicht werden können“ (Art 5 Abs 2 EGV), kann mE mit guten Gründen angenommen werden: Wie im Rahmen des Negativkriteriums bereits erwähnt, ist es schwer vorstellbar, dass es zu einer tatsächlichen Harmonisierung der nationalen Vorschriften zur Vorratsdatenspeicherung im Falle von mitgliedstaatlichen Alleingängen kommt, auch wenn jeder MS sich redlich bemühen würde.

Das ambitionierte Ziel einer Rechtsangleichung im hier interessierenden Zusammenhang kann auf getrennten Wegen nicht ernsthaft angegangen werden, nur die EU/EG ist in der Lage, den einzelnen MS konkrete Verpflichtungen aufzuerlegen. Sie ist es, die mittels Rechtsformen (RL) und Verfahren (Vertragsverletzungsverfahren nach Art 226 EGV) die MS zur entsprechenden Harmonisierung zwingen kann (Kriterium des „Umfangs“).

Zudem sind verbindliche Vorgaben auf Ebene der EU/EG sicherlich effektiver (Kriterium der „Wirkungen“) als alleiniges mitgliedstaatliches Handeln, zB hinsichtlich des zeitlichen Faktors (die Frage nach einer Umsetzungsfrist würde sich bei einem unabhängigen Tätigwerden der MS klarerweise nicht stellen).

Im Ergebnis lässt sich somit festhalten, dass die Kriterien des SP der Rechtsgültigkeit der VDS-RL nicht entgegenstehen.

b. Schlussfolgerungen

Die eben durchgeführte kurze Analyse der VDS-RL anhand der Voraussetzungen des Art 5 Abs 2 EGV legt die Einschätzung nahe, dass auch strafrechtliche Harmonisierungsvorschriften der EU/EG wohl selten, wenn überhaupt, an der Subsidiaritätsprüfung scheitern werden.

Im Zusammenhang mit der Frage, ob bzw in welchem Ausmaß die EU/EG strafrechtliche Rechtsangleichungsmaßnahmen erlassen kann (die für die vorliegende Arbeit essentielle

Fragestellung), wird immer wieder das Argument vorgebracht, das Strafrecht sei ein „**Kernbestandteil der Souveränität eines Staates**“¹⁶³ und deswegen (aus kompetenzrechtlicher Sicht) einem besonderen Schutz unterworfen.

ME könnte diese Sichtweise Ausdruck eines speziellen Subsidiaritätsgrundsatzes sein, in dem Sinne, dass vor etwaigen Angleichungsmaßnahmen der EU/EG im strafrechtlichen Bereich ein besonderes Augenmerk auf die Schonung der mitgliedstaatlichen Kompetenzen geworfen werden muss. Dies würde sich nicht nur auf die Auslegung des Art 5 Abs 2 EGV, sondern auch auf das VP des Art 5 Abs 3 EGV¹⁶⁴ auswirken.

Die Annahme eines speziellen SP ist aber überhaupt nur dann gerechtfertigt, wenn man das Strafrecht tatsächlich als Kernbereich staatlicher Souveränität betrachten kann.

Dazu soll zunächst der Frage nachgegangen werden, ob das Strafrecht tatsächlich „ein mit besonderen nationalen, auch rechtssystematischen Traditionen und Wertvorstellungen durchsetztes Gebiet“¹⁶⁵ ist.

Dass die MS über unterschiedliche Strafrechtssysteme verfügen, ist wohl unbestreitbar.¹⁶⁶

So ist zB im Bereich des formellen Rechts die Pflicht zur strafrechtlichen Verfolgung durch die Staatsanwaltschaft (Legalitätsprinzip) zwar nach österreichischem und deutschem Recht vorgesehen, in den meisten anderen MS steht es der Anklagebehörde allerdings frei, Anklage zu erheben (Opportunitätsprinzip).¹⁶⁷ Darüber hinaus sind Unterschiede nicht nur bezüglich einzelner Delikte (etwa hinsichtlich der Behandlung des Schwangerschaftsabbruchs, dem Schutz von staatlichen Symbolen bzw Verfassungsorganen oder der Verfolgung der nationalsozialistischen Wiederbetätigung), sondern auch im Bereich des Allgemeinen Teils

¹⁶³ *Reiter*, Strafrecht und Europäische Union, JAP 2006/07, 73 (73). Siehe auch *Fromm*, ZIS 2008, 168; *Röben*, Vorbemerkung zu Titel VI EUV Rz 21 („sensibler Bereich staatlicher Souveränität“); *Satzger*, Die Europäisierung des Strafrechts, 157 ff (mit weiteren Nachweisen zu dieser Thematik) und *Wasmeier/Jour-Schröder*, Art 29 EUV Rz 20 und die irische Klage in der Rs C-301/06, Nr 5.8.: „Criminal law and policies concerning the protection of public security remain a cornerstone of national sovereign identity“ (Hervorhebung durch den Verfasser). *Kainer*, Der Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts nach dem Verfassungsvertrag in Jopp/Matl (Hg), Der Vertrag für eine Verfassung für Europa (2005) 283 (302 f), spricht in diesem Zusammenhang von „eine[r] staatliche[n] Grundaufgabe“, von der „Legitimation für Staatlichkeit“ überhaupt und verweist dazu auf die „Herstellung des ewigen Landfriedens 1495“ (!).

¹⁶⁴ Kap II) D.).

¹⁶⁵ *Röben*, Art 29 EUV Rz 27. Vgl in diesem Zusammenhang auch *Schnapauff*, Europäische Zusammenarbeit in den Bereichen Justiz und Inneres - primärrechtliche Aspekte in Magiera/Sommermann (Hg), Verwaltung und Governance im Mehrebenensystem der Europäischen Union (2002) 143 (143 f).

¹⁶⁶ Siehe auch *Satzger*, Die Europäisierung des Strafrechts 455, demzufolge „jeder Mitgliedstaat eine eigene Konzeption des Kriminalstrafrechts besitzt“.

¹⁶⁷ *Zeder*, Auf dem Weg zu einem Strafrecht der EU?, *juridikum* 2001, 47 (48).

des Strafrechts (abweichende Bestimmungen hinsichtlich der Versuchsstrafbarkeit und des Notwehrrechts) zu erkennen.¹⁶⁸

Alleine die Tatsache, dass dem Strafrecht in der intergouvernemental geprägten dritten Säule ein eigener Platz zuerkannt wurde, spricht dafür, es nicht mit anderen Rechtsbereichen gleichzusetzen, sondern als besondere Rechtskategorie anzusehen.

Auch wenn es gewiss zahlreiche Rechtsgüter und Regelungsbereiche gibt, wo zwischen vielen Staaten (und auch den MS) Übereinstimmung herrscht,¹⁶⁹ ist mE die Annahme, dass Strafrecht sei ein Kernbereich staatlicher Souveränität, also durchaus gerechtfertigt.

Aus primärrechtlicher Sicht finden sich in Art 6 Abs 3 EUV und 10 EGV¹⁷⁰ Anhaltspunkte dafür, dass dem SP (und auch dem VP des Art 5 Abs 3 EGV¹⁷¹) bei strafrechtlichen Rechtsangleichungsmaßnahmen der EU/EG besondere Beachtung geschenkt werden muss: Nach Art 6 Abs 3 EUV „achtet [die EU] die nationale Identität ihrer Mitgliedstaaten“. Dies ergibt sich für den Bereich des Gemeinschaftsrechts schon aus Art 10 EGV, der, wie der EuGH in zahlreichen Entscheidungen bereits dargelegt hat¹⁷², nicht nur eine Loyalitätspflicht der MS, sondern auch der Gemeinschaft begründet.

Dass die nationale Identität durch jene, den einzelnen Strafrechtsordnungen zugrundeliegenden, unterschiedlichen Traditionen und Wertvorstellungen geprägt ist, ist durchaus nachvollziehbar: Wenn zB in Monarchien dem Monarchen und seiner Familie besonderer strafrechtlicher Schutz zu Teil wird¹⁷³, so ist dies als Ausdruck der Identität der jeweiligen Bevölkerungen zu verstehen.

Angesichts der durch Rechtsvergleichung ermittelten Unterschiede in den mitgliedstaatlichen Strafrechtsordnungen und der Tatsache, dass die diesen Bestimmungen zugrunde liegenden Wertvorstellungen und Traditionen die jeweilige nationale Identität prägen, muss der

¹⁶⁸ Satzger, Die Europäisierung des Strafrechts 160 f (mit konkreten Nachweisen).

¹⁶⁹ Satzger, Die Europäisierung des Strafrechts 162, nennt als ein Beispiel hierfür die Einigung „auf die materiellrechtlichen Inhalte des die Grundlage für die Errichtung eines Ständigen Internationalen Strafgerichtshofs (IStGH) bildenden Statuts von Rom“.

¹⁷⁰ Vgl dazu Satzger, Die Europäisierung des Strafrechts 166 ff, der aus diesen Bestimmungen ein „strafrechtsspezifisches Schonungsgebot“ ableitet. Art 6 Abs 3 EUV („übergreifender Verfassungsgrundsatz“) diene dabei als Bestätigung von Art 10 EGV „für die gesamte Unionsebene“.

¹⁷¹ Kap II) D.).

¹⁷² In der Lit wird auch die Meinung vertreten, „[d]ie Loyalitätspflichten der Gemeinschaft fließen vielmehr aus einem allgemeinen, ungeschriebenen Grundsatz der loyalen Zusammenarbeit, der sich als richterliche Rechtsfortbildung zu Lasten der Gemeinschaft darstelle und – über Art. 10 EG[V]...hinaus – das gesamte Gemeinschaftsrecht beherrsche.“ Siehe dazu die Nachweise bei Satzger, Die Europäisierung des Strafrechts 172.

¹⁷³ Vgl zu diesem sowie zu weiteren Beispielen Satzger, Die Europäisierung des Strafrechts 160.

Subsidiaritätsprüfung bei strafrechtlichen Maßnahmen der EU/EG *besondere* Beachtung geschenkt werden:¹⁷⁴ Der systematische Zusammenhang zwischen Art 6 Abs 3 EUV, Art 10 EGV und Art 5 Abs 2 EGV verpflichtet dazu.

Im Ergebnis ist somit Folgendes festzuhalten: Auch wenn im Fall der VDS-RL kein Verstoß gegen die Vorgaben des Art 5 Abs 2 EGV zu konstatieren ist, muss die Subsidiaritätsprüfung bei Maßnahmen der EU/EG im strafrechtlichen Bereich besonders sorgfältig durchgeführt werden.

¹⁷⁴ Vgl dazu auch *Wasmeier/Thwaites*, Eur Law Rev 2004, 623.

D. Verhältnismäßigkeitsprinzip

Art 5 EGV wird in Abs 3 *leg cit* durch das **Verhältnismäßigkeitsprinzip (VP)** komplementiert, das als *allgemeiner Rechtsgrundsatz* dem Gemeinschaftsrecht schon vor der ausdrücklichen Kodifikation durch den VvM bekannt war.¹⁷⁵ Dass es auch auf das Verhältnis zwischen der EU/EG und den MS anzuwenden ist, wurde durch seine Aufnahme in Art 5 EGV, der, wie schon erwähnt, die Schonung der mitgliedstaatlichen Kompetenzen im Verhältnis zur Unions- bzw Gemeinschaftsebene zum Ziel hat, klargestellt.¹⁷⁶

An dieser Stelle sei nochmals darauf hingewiesen, dass durch den Verweis in Art 2 Abs 2 EUV auf (den gesamten) Art 5 EGV letztgenannte Bestimmung auch im Rahmen des EUV zu beachten ist. Somit haben die Unionsorgane bei Maßnahmen nach dem EUV das VP zu beachten.

1. Tatbestand

Art 5 Abs 3 EGV lautet wie folgt:

„Die Maßnahmen der Gemeinschaft gehen nicht über das für die Erreichung der Ziele dieses Vertrags erforderliche Maß hinaus.“

Diese knappe Formulierung lässt zum einen erkennen, dass im systematischen Vergleich zu Abs 2 *leg cit* das VP auf alle Maßnahmen, also auch dann, wenn sie in den Bereich der ausschließlichen Zuständigkeiten fallen, Anwendung findet.¹⁷⁷

¹⁷⁵ Vgl dazu zB *Bieber*, Subsidiarität, 171; *Calliess*, Art 5 EGV Rz 50 f; *Lambers*, EuR 1993, 233 und *von Borries*, EuR 1994, 269.

¹⁷⁶ *Kenntner*, NJW 1998, 2874 Fn 26 und *von Borries*, EuR 1994, 269. Bezüglich des VP abseits von kompetenzrechtlichen Aspekten vgl aus der umfangreichen Lit zB *Kischel*, Die Kontrolle der Verhältnismäßigkeit durch den Europäischen Gerichtshof, EuR 2000, 380 und *Pache*, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in der Rechtssprechung der Gerichte der Europäischen Gemeinschaften, NVwZ 1999, 1033 (mit jeweils umfangreichen Hinweisen auf die Rsp).

¹⁷⁷ *Calliess*, Art 5 EGV Rz 50 und *Zuleeg*, Art 5 EGV Rz 37.

Zum anderen ergibt sich nach dem Wortlaut der Bestimmung eine Einengung des VP insofern, als nur *ein* Teilaspekt¹⁷⁸ seines allgemein anerkannten¹⁷⁹ Prüfschemas angesprochen ist: Die **Erforderlichkeit**.¹⁸⁰

Da jedoch eine Maßnahme nur dann zur Zweckerreichung erforderlich sein kann, wenn sie an sich geeignet ist, das intendierte Ziel zu erreichen, muss die **Geeignetheit** der Rechtshandlung (als normalerweise erster Prüfungsschritt) vorausgesetzt werden.¹⁸¹

Demgegenüber kann man das dritte Kriterium der klassischen Verhältnismäßigkeitsprüfung, die **Angemessenheit** (*Verhältnismäßigkeit ieS*) einer Maßnahme, wonach „die auferlegten Belastungen in angemessenem Verhältnis zu den angestrebten Zielen stehen [müssen]“¹⁸², nicht in Art 5 Abs 3 EGV hineinlesen, was aber mE nicht zur Folge hat, dass diese „ungeschriebene[] Art der Verhältnismäßigkeit“¹⁸³ von den Gemeinschaftsorganen nicht berücksichtigt werden muss.¹⁸⁴

Zurück zum Kriterium der Erforderlichkeit, das in Art 5 Abs 3 EGV ausdrücklich angesprochen ist und im Rahmen der Kontrolltätigkeit des EuGH „die bei weitem wichtigste Rolle spielt“:¹⁸⁵ Kernaussage dieses Teilaspekts des VP ist, dass bei mehreren an sich geeigneten Maßnahmen diejenige gewählt werden muss, welche die geringste Belastung für die Betroffenen darstellt.¹⁸⁶

¹⁷⁸ So auch *Lambers*, EuR 1993, 233 f.

¹⁷⁹ *Calliess*, Art 5 EGV Rz 51 und *Zuleeg*, Art 5 EGV 37 (mit Verweisen auf die Rsp).

¹⁸⁰ Vgl dazu *Suhr*, Strafrechtsharmonisierung in der Europäischen Union – Neue Grenzziehungen und zusätzliche Kontrollaufträge, ZEuS 2008, 45 (59), der die Ausführungen des EuGH in den Rs C-176/03 („Umweltstrafrecht“) (Rn 48) und C-440/05 („Meeresverschmutzung“) (Rn 66) zur *Unerlässlichkeit von Maßnahmen* mit dem Erforderlichkeitskriterium des Art 5 Abs 3 EGV verknüpft.

¹⁸¹ *Zuleeg*, Art 5 EGV Rz 38. *Calliess*, Art 5 EGV Rz 51, weist in diesem Zusammenhang darauf hin, dass „die Geeignetheit einer Maßnahme... in der Rechtsprechung des EuGH eine relativ unbedeutende Rolle [spielt].“

¹⁸² EuGH 11.07.1989 Rs 265/87 (*Schröder*) Slg 1989, 02237 (02269). *Pache*, NVwZ 1999, 1036, weist jedoch darauf hin, dass jene Unterkategorie „nur zurückhaltend überprüft wird“. Siehe auch *Satzger*, Die Europäisierung des Strafrechts, 457, der dieses Kriterium als überflüssig betrachtet, da die „mit der Angemessenheitsprüfung verbundene Interessenabwägung bereits durch die Kompetenzverteilung im EG-Vertrag vorweggenommen worden ist.“

¹⁸³ So die treffende Bezeichnung von *Zuleeg*, Art 5 EGV Rz 40.

¹⁸⁴ Ein Blick auf Nr 7 SP-Protokoll lässt den Schluss zu, dass, selbst bei geeigneten und erforderlichen Maßnahmen auf Ebene der EU/EG, das Interesse an der Aufrechterhaltung der Funktionstüchtigkeit einer innerstaatlichen Rechtsordnung im konkreten Einzelfall höher wiegen kann – ein impliziter Verweis darauf, dass auch das Angemessenheitskriterium nach Art 5 Abs 3 EGV zu berücksichtigen ist.

¹⁸⁵ *Pache*, NVwZ 1999, 1036.

¹⁸⁶ *Zuleeg*, Art 5 EGV Rz 39. Siehe auch *Jarass*, Die Kompetenzverteilung zwischen der Europäischen Gemeinschaft und den Mitgliedstaaten, AÖR 1996, 173 (193) („Prinzip des schonendsten Mittels“). Bezüglich des sich daraus ergebenden Entscheidungsspielraums der MS vgl Nr 7 SP-Protokoll.

Unklar ist aufgrund der irritierenden Formulierung „*sofern und soweit*“¹⁸⁷ in Art 5 Abs 2 EGV das spezifische Verhältnis dieses Abs 2 zu Abs 3 leg cit. Durch das Wort „*soweit*“ entsteht der Eindruck, dass bereits im Rahmen des Art 5 Abs 2 EGV eine Verhältnismäßigkeitsprüfung durchgeführt und Abs 3 leg cit quasi vorweggenommen werden muss (freilich nur im Bereich von nicht-ausschließlichen Kompetenzen).

Die durch den Wortlaut von Art 5 EGV hervorgerufenen Auslegungsschwierigkeiten sind aber insofern für die Rechtsanwendung bezüglich der hier interessierenden nicht-ausschließlichen Kompetenzen (dazu gehört, neben den strafrechtlichen Rechtsangleichungsbefugnissen, mE auch Art 95 EGV, die Rechtsgrundlage der VDS-RL) irrelevant, da es schlussendlich gleichgültig ist, ob das VP im Rahmen des Abs 2 leg cit oder eigenständig nach Abs 3 leg cit geprüft wird.¹⁸⁸ Am dreistufigen Prüfungsschema ändert sich insofern nichts.

2. VvL

Auch beim Grundsatz der Verhältnismäßigkeit (**Art 5 Abs 4 EUV zF**) sind – ähnlich den Neuerungen bezüglich der Prinzipien der begrenzten Einzelermächtigung und der Subsidiarität – keine großen Veränderungen zu erwarten.

Wenn „*die Maßnahmen der Union inhaltlich wie formal nicht über das zur Erreichung der Ziele der Verträge [EUV zF und AEUV] erforderliche Maß hinaus[gehen]*“¹⁸⁹ dürfen, dann kann dies nur bedeuten, dass neben einer möglichst weitgehenden inhaltlichen Zurückhaltung auch auf die Form des Rechtsakts Bedacht genommen, einer RL beispielsweise der Vorzug gegenüber einer Verordnung (VO) eingeräumt werden sollte.¹⁹⁰

Zwar werden die Unionsorgane bei der Anwendung des VP auch das SP-Protokoll zF zu beachten haben (Art 5 Abs 4 UAbs 2 EUV zF), jene Normen, die den nationalen Parlamenten und deren Kammern unter bestimmten Bedingungen suspensive Vetorechte sowie

¹⁸⁷ Hervorhebung durch den Verfasser.

¹⁸⁸ *Pache*, NVwZ 1999, 1038.

¹⁸⁹ Art 5 Abs 4 UAbs 1 EUV zF. Hervorhebung durch den Verfasser.

¹⁹⁰ Siehe diesbezüglich bereits jetzt Nr 6 SP-Protokoll.

Klagemöglichkeiten einräumen (Art 6 ff SP-Protokoll zF), beschränken sich unter grammatikalischen und systematischen Gesichtspunkten jedoch auf das SP.

3. Rsp

Vorangestellt sei, dass – neben dem Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung und dem SP – auch der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit nach Art 5 Abs 3 EGV im Bereich des EUV teilweise justiziabel ist: Gemäß Art 46 lit b iVm Art 35 Abs 6 EUV ist der EuGH zB befugt, einen RBe für nichtig zu erklären, wenn eine „*Verletzung des Vertrags [EUV]*“ vorliegt. Dieser Verstoß kann wiederum darin bestehen, dass entgegen Art 2 Abs 2 EUV iVm Art 5 (Abs 3) EGV das VP missachtet wurde.¹⁹¹ Ähnlich wie beim SP ist jedoch auch beim Verhältnismäßigkeitsgrundsatz die Kontrolldichte des EuGH begrenzt, was die diesbezügliche Rsp belegt:

In der bereits erwähnten Rs „Arbeitszeit-RL“¹⁹² ging der Gerichtshof von einem weiten Ermessensspielraum des Gesetzgebers bei sozialpolitischen Entscheidungen und komplexen Abwägungen aus: „Die Ausübung einer solchen Befugnis kann daher gerichtlich nur daraufhin überprüft werden, ob ein offensichtlicher Irrtum oder ein Befugnismißbrauch vorliegt oder ob das Organ die Grenzen seines Ermessens offenkundig überschritten hat.“

In diesem Sinne betonte er in der **Rs C-233/94**¹⁹³ unter Hinweis auf wirtschaftlich komplexe Sachverhalte, dass „der Gerichtshof die Beurteilung des Gemeinschaftsgesetzgebers nicht durch seine eigene ersetzen [kann].“

In allgemeiner Diktion folgte der EuGH diesem Verständnis in der ebenfalls bereits erwähnten Rs *BAT*¹⁹⁴, wonach „der Gemeinschaftsgesetzgeber über ein weites Ermessen [verfügt] in einem Bereich...in dem von ihm politische, wirtschaftliche und soziale Entscheidungen verlangt werden und in dem er komplexe Prüfungen durchführen muss“ und

¹⁹¹ So wurde in ErwGr 5 des Beschlusses (Be) 2005/671/JI über den Informationsaustausch und die Zusammenarbeit betreffend terroristische Straftaten (ABl 2005 L 253/22), einem Rechtsakt der dritten Säule, ausdrücklich der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in Bezug genommen.

¹⁹² Rs C-84/94 Rn 58.

¹⁹³ EuGH 13.05.1997 („Einlagensicherungssysteme“) Slg 1997 I-02405 Rn 55 f.

¹⁹⁴ Rs C-491/01 Rn 123.

eine rechtswidrige Maßnahme nur dann vorliegt, „wenn sie zur Erreichung des Zieles, das das zuständige Organ verfolgt, offensichtlich ungeeignet ist“.

Diese Rsp lässt das VP zahnlos werden. Auch wenn es aus Gründen der Gewaltenteilung klar ist, dass der EuGH nicht zum Gesetzgeber mutieren darf, wäre eine auf den Einzelfall bezogene, konkrete Prüfung des Ermessensspielraums wünschenswert.¹⁹⁵ Will man das VP samt seinen Auswirkungen auf die Kompetenzausübung ernst nehmen, dürfen abstrakte Rechtssprechungsformeln wie die eben genannten nicht dazu führen, dass ohne Überprüfung der konkreten Entscheidungsgrundlagen die Ansicht des Gesetzgebers phrasenhaft bestätigt wird.

4. VP und Strafrecht

Im Folgenden soll mittels einer Verhältnismäßigkeitskontrolle anhand der VDS-RL versucht werden, den Vorgaben des Art 5 Abs 3 EGV mit seinem dreistufigen Prüfschema gerechter zu werden als dies bei der bisherigen, zum Grundsatz der Verhältnismäßigkeit ergangenen Rsp der Fall war.¹⁹⁶

¹⁹⁵ In diesem Sinne *Calliess*, EuZW 1996, 758 f, der sich gegen eine (bloße) „judikative[] Evidenzkontrolle“ stellt.

¹⁹⁶ Zur impliziten Bezugnahme des EuGH (auch) auf das VP im Rahmen der strafrechtlich bedeutsamen Entscheidung in der Rs „Meeresverschmutzung“ vgl die Ausführungen in Kap II) C.) 4.).

a. Geeignetheit

Ist die VDS-RL geeignet, die ihr immanenten Ziele (Beseitigung bzw Verhinderung von Wettbewerbsverzerrungen¹⁹⁷ sowie die Bekämpfung der Kriminalität) zu erreichen?

Diesbezügliche Zweifel¹⁹⁸ beziehen sich dabei etwa auf das Volumen jener Daten, die gespeichert werden müssen: Eine Analyse *dieser* Datenmengen sei unmöglich (vor allem im Internetbereich). Dank „im Internet frei verfügbarer Anonymisierungs- und Verschlüsselungssoftware“ bestünde (bei entsprechenden Kenntnissen) weiterhin die Möglichkeit, im *World Wide Web* anonym zu bleiben.

Trotz dieser berechtigten Bedenken ändert dies mE nichts an der Tatsache, dass die VDS-RL geeignet ist, Strafverfolgungszwecken zu dienen: Die Kom hat darauf hingewiesen, dass die Vorratsdatenspeicherung in zahlreichen Fällen der Kriminalitätsbekämpfung hilfreiche Dienste erwiesen hat.¹⁹⁹ Infolgedessen ist zu erwarten, dass ein gewisser Grundstandard in den MS hinsichtlich der Speicherung von Verkehrs- und Standortdaten auf Vorrat dazu führen kann, die Verbrechensbekämpfung in und zwischen den einzelnen MS zu erleichtern.

Es kann also mit guten Gründen angenommen werden, dass die VDS-RL an sich geeignet ist, das Ziel der Kriminalitätsbekämpfung zu erreichen.

¹⁹⁷ Auf eine Untersuchung der Geeignetheit der VDS-RL hinsichtlich des Binnenmarktziels wird an dieser Stelle jedoch verzichtet. Siehe dazu die Analyse der Binnenmarktrelevanz in Kap V) A.) 5.) d.), die diesen Aspekt der Verhältnismäßigkeitsprüfung aufnimmt.

¹⁹⁸ Siehe dazu *Westphal*, Die Richtlinie zur Vorratsdatenspeicherung von Verkehrsdaten - Brüsseler Stellungnahme zum Verhältnis von Freiheit und Sicherheit in der "Post-911-Informationsgesellschaft", EuR 2006, 706 (714 f) (mwN).

¹⁹⁹ KOM (2005) 438 endg, Nr 1.2. (mit konkreten Beispielen).

b. Erforderlichkeit

Dass die Rechtsmaßnahme geeignet ist, die mir ihr verbundenen Ziele zu erreichen, genügt jedoch noch nicht: Bei mehreren geeigneten Maßnahmen muss, wie oben bereits erwähnt, diejenige gewählt werden, welche die geringste Belastung für die Betroffenen – im Rahmen des Art 5 Abs 3 EGV sind das die MS – darstellt.

Bezüglich des Erforderlichkeitskriteriums wird angeführt²⁰⁰, dass auch ein einzelfallbezogenes Speicherungsverfahren (*quick-freeze-Verfahren*)²⁰¹ den mit der VDS-RL intendierten Strafverfolgungszwecken dienen könnte – mit der Konsequenz, dass nicht auch die Verkehrs- und Standortdaten von unbescholtenen bzw unverdächtigen Betroffenen für eine Dauer von mindestens sechs Monaten gespeichert werden.

Gemäß den Erfahrungen von Providern beziehen sich die Behördenanfragen fast ausschließlich auf die ersten drei Monate der Speicherung, was die Notwendigkeit der in Art 6 leg cit vorgesehenen Speicherfrist von sechs Monaten bis zu zwei Jahren in Frage stellt.²⁰²

Nach einer anderen Untersuchung richtet sich der weitaus größte Anteil an Begehren der Strafverfolgungsbehörden nach Zugang zu Telefon- und nicht Internetdaten.²⁰³ Ist somit die Aufnahme von Daten im Zusammenhang mit dem Internet in die Datenkategorien der VDS-RL erforderlich?

Kürzere Speicherfristen, weniger Datenkategorien und ein anderes, einzelfallbezogenes Speicherungsverfahren würden bei vielleicht gleicher Effizienz der Maßnahme hinsichtlich der Kriminalitätsbekämpfung das Grundrecht auf Datenschutz der von der Speicherung Betroffenen nicht oder weniger stark einschränken.

Da es jedoch nicht Aufgabe dieser Arbeit ist, die datenschutzrechtlichen (oder andere grundrechtliche) Aspekte der VDS-RL zu untersuchen, kann auf eine (weitere) Vertiefung der Verhältnismäßigkeitsprüfung hinsichtlich eines Grundrechtseingriffs verzichtet werden.

²⁰⁰ Siehe dazu *Westphal*, EuR 2006, 715 (mwN).

²⁰¹ Dieses wird in den USA eingesetzt und ist auch in der *Cybercrime*-Konvention des Europarates vorgesehen.

²⁰² Die Art-29-Datenschutzgruppe führt in ihrer Stellungnahme (St) zum RB-Entwurf (9/2004), 4, in diesem Zusammenhang aus: „Untersuchungen europäischer Telefongesellschaften haben gezeigt, dass das Gros der von Strafverfolgungsbehörden abgerufenen Daten nicht älter als sechs Monate war.“

²⁰³ Siehe dazu KOM (2005) 438 endg, Nr 1.2.

Im Sinne der spezifischen kompetenzrechtlichen Ausprägung des VP für das Verhältnis EU/EG – MS in Art 5 Abs 3 soll vielmehr erläutert werden, ob nicht eine andere, im Vergleich zur VDS-RL ebenso effiziente Maßnahme der EU/EG die MS weniger belasten würde: ME wäre diese Frage dann virulent geworden, wenn die VDS-RL eine Bestimmung beinhalten würde, die den MS eine Ersatzpflicht bezüglich der konkreten Kosten gegenüber den von der Vorratsdatenspeicherung betroffenen Telekommunikationsunternehmen auferlegt. Solch eine Vorschrift wurde jedoch ausdrücklich nicht in den RL-Text aufgenommen.

Da es auch keine anderen Anhaltspunkte dafür gibt, dass den MS durch die VDS-RL eine (besondere) Last auferlegt wurde, welche bei alternativen, ebenso wirksamen Rechtsmaßnahmen nicht der Fall wäre²⁰⁴, kann mit guten Gründen angenommen werden, dass die RL auch das Erforderlichkeitskriterium im hier interessierenden Zusammenhang erfüllt.

c. Angemessenheit

Bezüglich des letzten Schritts der Verhältnismäßigkeitsprüfung, der Angemessenheit einer Maßnahme, stellt sich die Frage, ob die mit der Maßnahme verbundenen Belastungen in angemessenem Verhältnis zu den angestrebten Zielen stehen.

Angesichts der Normenunklarheit (was kann man sich unter den „*schweren Straftaten*“ iSv Art 1 Abs 1 VDS-RL bzw den „*zuständigen nationalen Behörden*“ iSv Art 4 leg cit vorstellen?), der Möglichkeit von „Profilbildungen“ aufgrund der zahlreichen Datenkategorien- bzw -typen, der einer „Inhaltsüberwachung“ gleichkommenden Speicherung von aufgerufenen Internetseiten, des interpretationsbedürftigen Art 12 Abs 1 S 1 leg cit (wie sind die „*besonderen Umstände*“ zu verstehen, bei deren Vorliegen die in Art 6 leg cit vorgesehene maximale Speicherfrist von zwei Jahren erweitert werden darf?) und mangelnder Vorkehrungen, um eine zweckfremde Verwendung der

²⁰⁴ So finden sich auch keine Bestimmungen in der VDS-RL, die mitgliedstaatliche Behörden in irgendeiner Weise in die Pflicht nehmen und so zu einer indirekten Kostenbelastung der MS führen würden.

gespeicherten Daten auch durch die Telekommunikationsunternehmen zu verhindern, kommen berechnigte Zweifel an der Angemessenheit der VDS-RL auf.²⁰⁵

Wie oben bereits erläutert, ist es nicht die Aufgabe der im Rahmen dieser Arbeit vorzunehmenden Verhältnismäßigkeitsprüfung iSv Art 5 Abs 3 EGV, die (datenschutz-)rechtlichen Auswirkungen dieser RL auf die mittelbar davon Betroffenen, die Telekommunikationsunternehmen bzw diejenigen, deren Daten auf Vorrat gespeichert werden, zu analysieren.

Es geht vielmehr um die Frage, ob die Belastungen der MS noch in einem angemessenen Verhältnis zu den Zielen der VDS-RL stehen.

Vergegenwärtigt man sich in diesem Zusammenhang, dass die durch die VDS-RL hervorgerufenen Belastungen der MS auch anders hätten ausfallen können (verpflichtende Übernahme jener Kosten, die den Telekommunikationsunternehmen entstehen²⁰⁶ bzw konkrete Pflichten für die nationalen Behörden, zB hinsichtlich des Datentransfers in andere MS), besteht aus mitgliedstaatlicher Sicht mE wenig Grund, die Angemessenheit dieser RL insofern in Zweifel zu ziehen.

Es spricht somit nichts dafür, dass die VDS-RL gegen das VP in seiner kompetenzrechtlichen Ausprägung verstößt.²⁰⁷

d. Auswirkungen auf das Strafrecht

Welche Schlüsse lassen sich aus der eben durchgeführten Prüfung für die Beantwortung der Frage ziehen, inwiefern das VP des Art 5 Abs 3 EGV Auswirkungen auf strafrechtliche Maßnahmen der EU/EG haben kann?

Wie bereits im Rahmen der Ausführungen zum SP erläutert, müssen mE die mit dem Strafrecht verbundenen Traditionen und Wertvorstellungen zu einer *besonderen*

²⁰⁵ Siehe dazu *Westphal*, EuR 2006, 715 ff (mwN). Hervorhebung durch den Verfasser.

²⁰⁶ ZB jene finanziellen Belastungen, die durch größere technische Speicherkapazitäten anfallen.

²⁰⁷ Siehe dazu auch ErwGr 21 leg cit, der in phrasenhafter Diktion die VDS-RL in Übereinstimmung mit dem VP des „Artikel 5 des Vertrags [EGV] sieht“.

Berücksichtigung der Vorgaben des Art 5 Abs 2 EGV bei Rechtsangleichungsmaßnahmen der EU/EG im strafrechtlichen Bereich führen.

Die gleiche Schlussfolgerung muss auch für das VP gelten: Die Kriterien der Geeignetheit, Erforderlichkeit und Angemessenheit sind der Beurteilung unter der Maxime zugrunde zulegen, dass dem Strafrecht iSv Art 6 Abs 3 EUV und Art 10 EGV eine besondere Bedeutung für die nationale Identität zukommt.

In diesem Sinne bleibt zu wünschen, dass der EuGH bzw zuvor die Rechtssetzungsorgane der EU/EG den konkreten Vorgaben des Art 5 Abs 3 EGV insbesondere bei strafrechtlichen Maßnahmen gerecht werden, zumal vor allem nicht jede geeignete und erforderliche Rechtshandlung auch angemessen ist.

Auch wenn die spezifische Belastung *der MS* in Relation zu den Zielen der VDS-RL noch als angemessen bewertet werden kann, sind durchaus Konstellationen denkbar, wo dieser Befund bezweifelt werden muss:²⁰⁸ Hätte eine Rechtsmaßnahme zur Angleichung der nationalen Bestimmungen über die Vorratsdatenspeicherung beispielsweise den MS eine Ersatzpflicht bezüglich der den Telekommunikationsunternehmen im Rahmen der Speicherung anfallenden Kosten auferlegt, ist es angesichts der berechtigten Zweifel an der Effektivität der Vorratsdatenspeicherungspflicht²⁰⁹ mE mehr als fraglich, ob solch eine Maßnahme noch als angemessen beurteilt werden kann.

Im Ergebnis ist somit Folgendes festzuhalten: Auch wenn im Fall der VDS-RL kein Verstoß gegen die Vorgaben des Art 5 Abs 3 EGV zu konstatieren ist, muss der Verhältnismäßigkeitsprüfung bei Maßnahmen der EU/EG im strafrechtlichen Bereich besonderes Augenmerk geschenkt werden.

²⁰⁸ Vgl in diesem Zusammenhang *Satzger*, Die Europäisierung des Strafrechts 459, demzufolge der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz eine „punktueller Rechtsvereinheitlichung“ ausschließt, sowie *Kubiciel*, Grund und Grenzen strafrechtlicher Anweisungskompetenz der Europäischen Gemeinschaft, NStZ 2007, 136 (139) (Verzicht „auf detaillierte Vorformulierungen von Tatbeständen“).

²⁰⁹ Dies ändert jedoch nichts an der Tatsache, dass der Inhalt der VDS-RL, wie Beispiele aus der Vergangenheit gezeigt haben, zur Kriminalitätsbekämpfung beitragen und somit die Erforderlichkeit (als zweiter Prüfungsschritt des Art 5 Abs 3 EGV) der Maßnahme bejaht werden kann.

III Historischer Überblick

Im Folgenden soll ein kurzer Überblick über die Geschichte der strafrechtlichen Kompetenzen der EU/EG gegeben werden.

Erste Kooperationsansätze der MS in den Bereichen Zoll, Polizei und Justiz gab es bereits kurz nach Gründung der EWG²¹⁰, konkretere Formen nahmen die Bemühungen aber erst in den 1980er Jahren an.²¹¹

Einen expliziten Strafrechtsbezug wies die Entscheidung in der **Rs 203/80**²¹² auf: Der EuGH legte hier ausdrücklich fest, dass „für die Strafgesetzgebung und die Strafverfahrensvorschriften...grundsätzlich die Mitgliedstaaten zuständig [bleiben].“

In dieser Rechtssache ging es aber nicht um die Problematik einer potentiellen strafrechtlichen Anweisungskompetenz, sondern um die Frage, inwiefern mitgliedstaatliche (administrative und) strafrechtliche Maßnahmen die Grundfreiheiten (hier die Freiheit des Kapital- und Zahlungsverkehrs)²¹³ beschränken können. Unter Anknüpfung an seine frühere Rsp verwies der Gerichtshof sinngemäß darauf, dass solche Bestimmungen verhältnismäßig sein müssen.²¹⁴

In Weiterführung dieser Rsp entschied der Gerichtshof in der **Rs 186/87**²¹⁵, „daß für das Strafrecht und das Strafverfahrensrecht...grundsätzlich die Mitgliedstaaten zuständig sind“. Doch auch in dieser Entscheidung sollte nicht die Frage beantwortet werden, ob die EU/EG über eine Harmonisierungskompetenz auf strafrechtlichem Gebiet verfügt, sondern ob

²¹⁰ *Jour-Schröder/Wasmeier*, Vorbemerkungen zu den Art 29 bis 42 EUV Rz 8 und *Suhr* in Calliess/Ruffert (Hg), EUV/EGV³ (2007) Art 29 EUV Rz 4.

²¹¹ Auch die sog **TREVI-Arbeitsgruppen** (*Terrorisme, Radicalisme, Extremisme, Violence Internationale* – die erste Zusammenkunft fand in der it Hauptstadt Rom [Trevibrunnen] statt), Mitte der 70er Jahre auf Veranlassung des Europäischen Rates ins Leben gerufen, um die Zusammenarbeit der MS auf den Gebieten Justiz und Inneres zu verbessern, blieben bloße Kooperationsmechanismen. Vgl dazu *Jour-Schröder/Wasmeier*, Vorbemerkungen zu den Art 29 bis 42 EUV Rz 11 f und *Röben*, Vorbemerkung zu Titel VI EUV Rz 1.

²¹² EuGH 11.11.1980 (**Casati**) Slg 1981, 02595 Rn 27 f. In den Rs „Umweltstrafrecht“ (Rn 47) und „Meeresverschmutzung“ (Rn 66) – siehe sogleich - wurde auf dieses Urteil Bezug genommen.

²¹³ In concreto stand die gemeinschaftsrechtliche Zulässigkeit von it Devisenvorschriften, die auch strafrechtliche Vorschriften enthielten, zur Debatte.

²¹⁴ Im Ergebnis wurde ein Verstoß gegen das Gemeinschaftsrecht verneint, da dieses keine Liberalisierung hinsichtlich jener Geschäfte verlangte, die nach den it Vorschriften kontrolliert werden sollten.

²¹⁵ EuGH 02.02.1989 (**Ian William Cowan/Tresor public**) Slg 1989, 00195 Rn 19 f.

ationale Strafvorschriften - entgegen dem Diskriminierungsverbot (Art 12 EGV) - Personen benachteiligen dürfen²¹⁶ (was im Ergebnis verneint wurde).

Für die Rechtsentwicklung in den Bereichen Zoll, Polizei und Justiz war neben der am 01.07.1987 in Kraft getretenen **Einheitlichen Europäische Akte (EEA)**, die das Binnenmarktziel in den EWGV aufnahm, vor allem das **Schengener Abkommen vom 14.06.1985**²¹⁷ von Bedeutung: Dieses nur von einzelnen MS (Belgien, Deutschland, Frankreich, Luxemburg, Niederlande) – außerhalb der Gemeinschaftsverträge - abgeschlossene völkerrechtliche Übereinkommen zum schrittweisen Abbau der Grenzkontrollen sah auch auf das Strafrecht bezogene Maßnahmen (Rechtshilfe, Verbot der Doppelbestrafung, Auslieferung und Vollstreckung von Strafurteilen) vor.²¹⁸

Eine für das strafrechtliche Kompetenzverständnis einschneidende Entscheidung²¹⁹ fällte der EuGH im Jahre 1988 im Zusammenhang mit dem sog „**Griechischen Maisskandal**“: Hierbei deklarierte die griechische Behörde einen in Wahrheit aus Jugoslawien stammenden Mais, der in zwei Schiffsladungen von einem Unternehmen im Mai 1986 aus Griechenland nach Belgien ausgeführt worden war, als griechischen, was dazu führte, dass der EG zustehende Agrarabschöpfungen nicht erhoben wurden (es handelte sich offiziell um keine Drittstaateinfuhr). Griechenland unterließ es, gegen die Beteiligten die nach griechischem Recht vorgesehenen Straf- und Disziplinarmaßnahmen (wegen gemeinschaftswidriger Hinterziehung) einzuleiten und wurde daraufhin von der Kom in einem Vertragsverletzungsverfahren verklagt (und schlussendlich vom Gerichtshof verurteilt).

Der EuGH leitete dabei aus Art 10 EGV die Verpflichtung der MS ab, „alle geeigneten Maßnahmen zu treffen, um die Geltung und die Wirksamkeit des Gemeinschaftsrechts zu gewährleisten.“²²⁰ Wie in Kap IV) A.) noch gezeigt werden wird, kann sich daraus die Pflicht für die MS ergeben, aufgrund der Loyalitätspflicht des Art 10 EGV auch strafrechtliche Maßnahmen zu ergreifen.

²¹⁶ Im konkreten Fall ging es um eine frz Strafrechtsvorschrift, die Opferentschädigungen (nach einer mit Körperverletzung verbundener Gewalttat) nur Inhabern einer Fremdenkarte sowie frz Staatsangehörigen zuerkannte.

²¹⁷ Siehe auch das Schengener Durchführungsübereinkommen (SDÜ) vom 19.06.1990.

²¹⁸ *Jour-Schröder/Wasmeier*, Vorbemerkungen zu den Art 29 bis 42 EUV Rz 20 ff und *Suhr*, Art 29 EUV Rz 5.

²¹⁹ EuGH 21.09.1989 Rs 68/88 („Griechischer Maisskandal“) Slg 1989, 02965.

²²⁰ Rs 68/88 Rn 23.

Spezifisch unionsrechtliche Rechtsgrundlagen für die Materien Justiz und Inneres brachte erst der **VvM** durch Schaffung der damaligen Art K bis K.9 EUV (Titel VI – die sog dritte Säule).²²¹

Da die neu geschaffenen Rechtsinstrumente nur beschränkt verbindlich waren (Gemeinsame Maßnahmen, Standpunkte) bzw von den MS ratifiziert werden mussten (Übereinkommen)²²², wurden neuerliche Änderungen notwendig.

Dies geschah durch den **VvA**, der neben einem neuen Grundkonzept (*Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts*) in unnummerierten Bestimmungen (Art 29 ff EUV) auch konkrete Veränderungen vorsah.²²³

So wurde mit dem der RL nachempfundenen Rahmenbeschluss (RBe) ein effizienteres Rechtsinstrument eingeführt, die Kom erhielt auch ein Initiativrecht, die Kontrollmöglichkeiten von EP und EuGH wurden erweitert und – mit Blick auf das Thema dieser Arbeit besonders hervorzuheben: Mit Art 31 lit e EUV idF des VvA wurde explizit die Möglichkeit zum Erlass von strafrechtlichen Mindestvorschriften geschaffen.

Ein weiterer wichtiger Eckpunkt der PJZS war in weiterer Folge der im Auftrag des Europäischen Rats von Cardiff (15./16.06.1998) erarbeitete **„Wiener Aktionsplan des Rates und der Kommission zur bestmöglichen Umsetzung der Bestimmungen des Amsterdamer Vertrags über den Aufbau eines Raums der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts“**²²⁴. Dieser sah in einem detaillierten Katalog verschiedene – innerhalb von zwei bis fünf Jahren - zu ergreifende Maßnahmen vor (zB auch bezüglich des Kampfes gegen das organisierte Verbrechen).²²⁵

²²¹ Siehe dazu *Jour-Schröder/Wasmeier*, Vorbemerkungen zu den Art 29 bis 42 EUV Rz 24 ff und *Suhr*, Art 29 EUV Rz 6 f.

²²² *Jour-Schröder/Wasmeier*, Vorbemerkungen zu den Art 29 bis 42 EUV Rz 28.

²²³ Vgl *Jour-Schröder/Wasmeier*, Vorbemerkungen zu den Art 29 bis 42 EUV Rz 29 ff und *Suhr*, Art 29 EUV Rz 8 f.

Ebenso wurde der aufgrund der Schengener Verträge geschaffene Rechtsbestand (*Schengener Besitzstand*) einerseits in den EGV, andererseits in den EUV integriert. Die Bestimmungen über die Asyl-, Einwanderungs- und Visumpolitik sowie zur Sicherung der Außengrenzen wanderten genauso wie die Zusammenarbeit in Zivilsachen und zT die Zusammenarbeit in Zollsachen vom EUV in den EGV (Art 61 ff und Art 135 leg cit). Unter Berücksichtigung dieser inhaltlichen Veränderungen der dritten Säule erscheint auch deren neue Bezeichnung – PJZS – nur folgerichtig.

Siehe *Jour-Schröder/Wasmeier*, Vorbemerkungen zu den Art 29 bis 42 EUV Rz 31 und 35 ff sowie *Suhr*, Art 29 EUV Rz 8 und 10.

²²⁴ ABl 1999 C 19/1.

²²⁵ *Jour-Schröder/Wasmeier*, Vorbemerkungen zu den Art 29 bis 42 EUV Rz 43 f und *Suhr*, Art 29 EUV Rz 11. *Röben*, Vorbemerkung zu Titel VI EUV Rz 52 weist auf den für die Kompetenzabgrenzung wichtigen Umstand hin, „daß die Kommission [im Wiener Aktionsplan] ausdrücklich von einem ‚pfeilerübergreifenden Vorgehen‘ im Bereich des ‚law enforcement‘ spricht.“

Dass „das Strafrecht und das Strafprozeßrecht grundsätzlich in die Zuständigkeit der Mitgliedstaaten [fallen]“, hat der Gerichtshof in seinem Urteil in der **Rs C-226/97**²²⁶ wiederholt, zugleich aber betont: „[D]araus kann jedoch nicht geschlossen werden, daß dieser Rechtsbereich nicht vom Gemeinschaftsrecht berührt würde“.

Wie in den vorangegangenen Entscheidungen stand aber auch hier nicht zur Disposition, ob der EGV der EU/EG eine Rechtsangleichungskompetenz auf strafrechtlichem Gebiet verleiht. Es ging wiederum um die Frage, ob eine nationale Rechtsvorschrift, die (iWS) dem strafrechtlichen Bereich zuzuordnen ist, wegen Verstoßes gegen Gemeinschaftsrecht unangewendet bleiben muss (wobei der EuGH dies verneinte).²²⁷

Im Anschluss an den Wiener Aktionsplan kam es am 15./16.10.1999 erstmals zu einer Sondertagung des Europäischen Rats für den Themenbereich „Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts“ (in **Tampere**). Auch hier wurden im Rahmen der **Schlussfolgerungen**²²⁸ Maßnahmenkataloge beschlossen – zB hinsichtlich der Festlegung von gemeinsamen Definitionen, Tatbestandsmerkmalen und Sanktionen bei bestimmten schwerwiegenden Delikten wie auch der Umweltkriminalität.²²⁹

Neben der Festlegung eines Zeitrahmens (Umsetzung bis Ende 2004) wurde auch beschlossen, dass die Kom zur Kontrolle der Beschlüsse (von Tampere) bzw der Einhaltung der festgelegten Fristen (VvA, Wiener Aktionsplan, Schlussfolgerungen von Tampere) einen Fortschrittsanzeiger („Scoreboard“) präsentieren solle, was sie seit März 2000 jährlich tut.²³⁰

²²⁶ EuGH 16.06.1998 (**Lemmens**) Slg 1998 I-03711 Rn 19. Auch auf diese Entscheidung wurde in den Rs C-176/03 („Umweltstrafrecht“) (Rn 47) und C-440/05 („Meeresverschmutzung“) (Rn 66) - siehe sogleich - Bezug genommen.

²²⁷ Im Detail musste untersucht werden, ob eine niederländische Vorschrift, nach der ein für strafrechtliche Beweis Zwecke zu verwendender Alkomat zugelassen wurde, im konkreten Strafverfahren deswegen unangewendet bleiben muss, da – entgegen einer auf den freien Warenverkehr sich beziehenden RL – diese technische Vorschrift nicht der Kom mitgeteilt wurde.

Damit im Zusammenhang steht die sog *Casagrande*-Doktrin, wonach ausschließliche Zuständigkeiten der MS „keine absolute Schranke für gesetzgeberisches Handeln der Gemeinschaft in dem betreffenden Bereich“ errichten können. Angesichts des Umstands, dass der EuGH in der Rs C-186/01 (*Dory*) Slg 2003 I-02479, Urteil vom 11.03.2003, für den Bereich der äußeren Sicherheit einen Abgang von dieser Doktrin (zugunsten des Handlungsspielraums der MS) postulierte (siehe dazu *Eilmannsberger*, JRP 2003, 121), stellt sich die (bisher unbeantwortete) Frage, ob diese Trendwende in der Rsp auch Auswirkungen auf das nationale Strafrecht hat. Dass eine prinzipielle Vergleichbarkeit zwischen den Materien Verteidigung und Strafrecht besteht, beweist die Tatsache, dass sowohl die GASP als auch die PJZS in der dritten Säule angesiedelt sind.

²²⁸ Nach *Zeder*, Juridikum 2001, 47, werden diese als „Bibel“ behandelt.

²²⁹ Dies relativiert die (ohnehin fragliche) Einschätzung von *Wasmeier/Thwaites*, Eur Law Rev 2004, 628, wonach die Nichterwähnung der Umweltkriminalität in Art 29 und Art 31 Abs 1 lit e EUV zur Annahme berechtigt, dass solch ein wichtiger Rechtsbereich dann unter eine Gemeinschaftskompetenz fallen müsse.

²³⁰ Siehe *Jour-Schröder/Wasmeier*, Vorbemerkungen zu den Art 29 bis 42 EUV Rz 45 ff und *Suhr*, Art 29 EUV Rz 12.

Der Vertrag von Nizza 2000 (**VvN**)²³¹ brachte nur wenige Veränderungen für die PJZS (zB wurde die Europäische Stelle für justizielle Zusammenarbeit – **Eurojust** – in den EUV aufgenommen).

Nach den **Terroranschlägen** vom 11.09.2001 in den USA traf sich der Rat zu einer außerordentlichen Tagung am 20.09.2001.²³² In den **Schlussfolgerungen**²³³ ersuchte er die Kom, „Vorschläge zu unterbreiten, mit denen dafür Sorge getragen wird, dass die Strafverfolgungsbehörden die Möglichkeit erhalten, im Zusammenhang mit kriminellen Handlungen zu ermitteln, die unter Anwendung elektronischer Kommunikationssysteme begangen wurden, und Maßnahmen gegen die Urheber zu ergreifen“ (Nr II 4.) – eine erste Initiative für den Erlass von Bestimmungen zur Vorratsdatenspeicherung. (vgl auch den weiter unten zu erörternden Haager Aktionsplan sowie die Erläuterungen zur Vorgeschichte der VDS-RL in Kap V) A.) 5.) a.).

Der zwei Jahre nach *Tampere* Bilanz ziehende **Europäische Rat von Laeken** am 14./15.12.2001²³⁴ stand ebenfalls unter dem Eindruck der Terroranschläge in den USA, was sich auch in den **Schlussfolgerungen**²³⁵ ausdrückte.

Ein für die strafrechtliche Rechtsangleichungsthematik dieser Arbeit zwar nicht einschlägiger²³⁶, aber nichtsdestotrotz ob seiner rechtlichen Brisanz bedeutungsvoller Rechtsakt war und ist der **RBe des Rates vom 13.06.2002 über den Europäischen Haftbefehl und die Übergabeverfahren zwischen den Mitgliedstaaten (2002/584/JI)**²³⁷. Diese auf dem Prinzip der gegenseitigen Anerkennung beruhende Rechtsmaßnahme sieht

²³¹ *Suhr*, Art 29 EUV Rz 13.

²³² Siehe dazu *Suhr*, Art 29 EUV Rz 33 und *Wasmeier/Jour-Schröder*, Art 29 EUV Rz 34 (mit Hinweis auf in weiterer Folge ergangene Rechtsakte wie den Gemeinsamen Standpunkt über die Bekämpfung des Terrorismus [2001/931/GASP; ABl 2001 L 344/ 90] und die RBe zur Terrorismusbekämpfung [2002/475/JI; ABl 2002 L 164/3] und zum Europäischen Haftbefehl [2002/584/JI; ABl 2002 L 190/1]).

²³³ SN 3926/6/01. Vgl auch die Schlussfolgerungen und den Aktionsplan im Rahmen der außerordentlichen Tagung des Europäischen Rates am 21.09.2001 (SN 140/01).

Zur prinzipiellen Kritik bezüglich einer Anlassgesetzgebung im Bereich des Strafrechts der EU/EG siehe *Zeder*, *öAnwBl* 2008, 263 f.

²³⁴ Vgl *Jour-Schröder/Wasmeier*, Vorbemerkungen zu den Art 29 bis 42 EUV Rz 48 und *Suhr*, Art 29 EUVRz 14.

²³⁵ Nr 17 f. Siehe dazu *Suhr*, Art 29 EUV Rz 14.

²³⁶ Angesichts des Inhalts dieses Rechtsaktes war es nicht fraglich, ob er auf die erste Säule hätte gestützt werden müssen.

²³⁷ ABl 2002 L 190/1.

prinzipiell nicht nur die teilweise Aufhebung der beiderseitigen Strafbarkeit, sondern auch die Auslieferung eigener Staatsbürger vor.²³⁸

In einem vom belgischen Schiedshof initiierten Vorabentscheidungsverfahren (Art 234 EGV), wo es um die Frage ging, ob die gegenseitige Anerkennung bzw der Europäische Haftbefehl auf den EUV gestützt werden kann, hat der EuGH die Rechtsgültigkeit dieses RBe bestätigt.²³⁹

Kurz nach Unterzeichnung des VVE am 29.10.2004 (siehe dazu gleich unten) beschloss der Europäische Rat in Anknüpfung an *Tampere* am 04./05.11.2004 das „**Haager Programm zur Stärkung von Freiheit, Sicherheit und Recht in der Europäischen Union**“²⁴⁰, zu dessen konkreter Umsetzung der Rat gemeinsam mit der Kom am 02./03.06.2005 einen Aktionsplan²⁴¹ verabschiedete, welcher ein Arbeitsprogramm für die Jahre 2005 – 2010 festlegt.²⁴²

Dieser Aktionsplan sah in Nr 3.1. l bis o)²⁴³ für das Jahr 2005 neben Maßnahmen im Bereich des Fluggastdatenaustausches die „Annahme eines Rechtsakts über die Zurückhaltung von im Zusammenhang mit der Bereitstellung öffentlicher elektronischer Kommunikationsdienste verarbeiteten Daten für Zwecke der Aufdeckung, Untersuchung und Verfolgung von Straftaten“ (Nr 3.1.a)) vor. Dem wurde durch die VDS-RL vom 15.03.2006 – also mit Verspätung – entsprochen (siehe dazu auch die Ausführungen zur Vorgeschichte der VDS-RL in Kap V) A.) 5.) a.).

Zu beträchtlichen Änderungen in den strafrechtlichen Kompetenzgrundlagen der EU/EG wäre es durch das Inkrafttreten des VVE²⁴⁴ gekommen.

Dieser, im Wesentlichen auf den Entwurf eines VVE des sog Verfassungskonvents zurückgehende Vertrag, der den EUV und den EGV, nicht aber den Vertrag zur Gründung der Europäischen Atomgemeinschaft (EAGV) aufgehoben hätte, wurde zwar am 29.04.2004 von

²³⁸ Siehe dazu (bzw zum österreichischen Umsetzungsgesetz, dem Bundesgesetz über die justizielle Zusammenarbeit in Strafsachen mit den Mitgliedstaaten der EU [EU-JZG], BGBl I 36/2004) *Murschetz*, Der Rahmenbeschluss über den Europäischen Haftbefehl und seine Umsetzung im EU-JZG, ÖJZ 2007, 98.

²³⁹ EuGH 03.05.2007 Rs C-303/05 (*Advocaten voor de Wereld VZW/ Leden van de Ministerraad*) Slg 2007 I-03633.

²⁴⁰ ABl 2005 C 53/1.

²⁴¹ **Aktionsplan des Rates und der Kommission zur Umsetzung des Haager Programms zur Stärkung von Freiheit, Sicherheit und Recht in der Europäischen Union** (ABl 2005 C 198/1).

²⁴² *Suhr*, Art 29 EUV, Rz 15.

²⁴³ Siehe dazu Kap V) A.) 5.) d.).

²⁴⁴ ABl 2004 C 310/1. Siehe dazu dessen Kap IV „Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts“ (Art III-257 ff VVE) sowie ausführlich, bezogen auf die strafrechtliche Rechtsangleichung, die Darstellung der weitestgehend vergleichbaren Bestimmungen des VvL.

den Staats- und Regierungschefs der MS unterzeichnet, trat jedoch, ausgehend von negativen Volksabstimmungen in Frankreich und den Niederlanden im Juni 2005, nie in Kraft.²⁴⁵

Der wesentliche Inhalt des VVE²⁴⁶ wurde aber durch den VvL²⁴⁷ übernommen, der nach einer auf die negativen Referenden in Frankreich und den Niederlanden folgenden „Reflexionsphase“ durch das Mandat des Europäischen Rates vom 21./22.06.2007 vorbereitet und am 13.12.2007 unterzeichnet wurde. Statt eines einheitlichen Verfassungstextes wurde hier der EUV beibehalten, der EGV in AEUV umbenannt.

Im Zuge einer negativen irischen Volksabstimmung im Juni 2008 ist es bisher noch zu keinem Inkrafttreten des VvL gekommen.²⁴⁸ Dies könnte sich jedoch, nach der zweiten, positiven Volksabstimmung in Irland vom 02.10.2009 und den jüngsten Ratifizierungen des VvL in Polen und Tschechien, bald ändern.

Eine bahnbrechende Entscheidung für die strafrechtliche Kompetenzproblematik stellte das bereits erwähnte Urteil des Gerichtshofs in der **Rs C-176/03 („Umweltstrafrecht“)** im Jahr 2005 dar: Hierbei klagte die Kom auf Nichtigkeit des umweltstrafrechtliche Bestimmungen enthaltenden RBe 2003/80/JI, da sie der Meinung war, dass in diesem Zusammenhang vielmehr ein Vorgehen im Rahmen der ersten Säule (sie legte selbst im Jahr 2001 einen auf Art 175 Abs 1 EGV gestützten RL-Entwurf vor) rechtskonform sei.

Der EuGH gab der Kom Recht und stellte hierzu fest, dass der Gemeinschaftsgesetzgeber auch „Maßnahmen in Bezug auf das Strafrecht der Mitgliedstaaten ergreifen“ kann.²⁴⁹

Mit der Kompetenzabgrenzung zwischen erster und dritter Säule musste sich der Gerichtshof auch im Jahre 2006 in den **verb Rs C-317/04 und C-318/04**²⁵⁰ auseinandersetzen. Es ging dabei um die Frage, ob Rechtsakte, die die Erhebung und Übermittlung von Flugpassagierdaten durch Fluglinien an US-amerikanische Behörden regeln, auch dann zu Recht auf Art 95 EGV (bzw auf die auf dieser Bestimmung fußende RL 95/46/EG

²⁴⁵ Siehe dazu *Streinz*, Europarecht Rz 57 ff.

²⁴⁶ Und somit auch die das Strafrecht betreffenden Vorschriften des Titel V („Der Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts“) AEUV (Art 67 ff leg cit). Siehe zu den strafrechtlichen Harmonisierungskompetenzen dieser Bestimmungen in Kap VI).

²⁴⁷ ABl 2007 C 306/1.

²⁴⁸ Vgl *Streinz*, Europarecht Rz 62 ff.

²⁴⁹ Rs C-176/03 Rn 48. Nähere Ausführungen zu dieser Rs finden sich in Kap V) A.) 1.).

Angesichts dessen erscheint es fraglich, ob der Trend zugunsten einer Heranziehung der dritten Säule (*Streinz*, Europäisierung des Strafrechts 1037 f) auch in Zukunft bestand haben wird. Die Entscheidungen in den Rs „Meeresverschmutzung“ und „VDS“ verstärken im Gegensatz zum Urteil in den verb Rs „Fluggastdaten“ diese Zweifel (siehe dazu sogleich bzw ausführlich in Kap V).

²⁵⁰ EuGH 30.05.2006 („Fluggastdaten“) Slg 2006 I-04721 Rn 58.

[DS-RL]²⁵¹) gestützt werden können, wenn dieser Vorgang der öffentlichen Sicherheit und Tätigkeit des Staates im Bereich des Strafrechts dient.

Im Gegensatz zur Entscheidung in der Rs „Umweltstrafrecht“ sprach sich der EuGH gegen eine Rechtsgrundlage der ersten Säule hierbei aus, da „[d]ie Übermittlung...in einem von staatlichen Stellen geschaffenen Rahmen statt[findet] und...der öffentlichen Sicherheit [dient].“²⁵²

In engem Zusammenhang mit der Rs „Umweltstrafrecht“ stand das Urteil in der ebenfalls schon erwähnten **Rs C-440/05 („Meeresverschmutzung“)** im Jahr 2007: Die Kom bekämpfte den RBe 2005/667/JI, der gemeinsam mit der RL 2005/35/EG²⁵³ der strafrechtlichen Bekämpfung der Meeresverschmutzung durch Schiffe dienen sollte, da sie der Meinung war, auch der RBe hätte auf Basis der ersten Säule (Art 80 Abs 2 EGV) erlassen werden müssen.

Wie in der Rs „Umweltstrafrecht“ gab der Gerichtshof auch hier der Kom (prinzipiell²⁵⁴) Recht, führte aber gleichzeitig explizit aus, dass „[d]ie Bestimmung von Art und Maß der anzuwendenden strafrechtlichen Sanktionen“ in die Zuständigkeit der MS falle.²⁵⁵

Die jüngste sich mit der Kompetenzabgrenzung zwischen erster und dritter Säule befassende Entscheidung fällt der EuGH am 10.02.2009 in der **Rs C-301/06 („VDS“)**²⁵⁶, die (bezüglich der Rsp) den Schwerpunkt der vorliegenden Arbeit bildet. Der Gerichtshof hatte zu beurteilen, ob die VDS-RL, welche Telekommunikationsunternehmen verpflichtet, bestimmte Datenkategorien für mindestens sechs Monate auf Vorrat zu speichern, zu Recht auf Art 95 EGV gestützt wurde.

Trotz der Tatsache, dass die gespeicherten Daten Strafverfolgungszwecken dienen sollen, entschied der EuGH im Gegensatz zu den verb Rs „Fluggastdaten“, dass die erste Säule zu Recht als Rechtsgrundlage herangezogen wurde, da „die Richtlinie 2006/24 in überwiegendem Maß das Funktionieren des Binnenmarktes betrifft.“²⁵⁷

²⁵¹ ABI 1995 L 281/31.

²⁵² Vgl in diesem Zusammenhang auch EuGH 20.05.2003 Rs C-465/00 ua („Bezügebegrenzungsgesetz“) Slg 2003 I-04989, wo es ebenfalls um Fragen des Datenschutzes und das Funktionieren des Binnenmarktes ging.

²⁵³ ABI 2005 L 255/11.

²⁵⁴ Zwar sah der Gerichtshof nicht für alle Bestimmungen des RBe die erste Säule als richtige Kompetenzgrundlage an, doch führte die Unteilbarkeit des RBe letztendlich zur Nichtigerklärung des gesamten Rechtsakts.

²⁵⁵ Rs C-440/05 Rn 70.

²⁵⁶ Siehe dazu ausführlich in Kap V) A.) 5.).

²⁵⁷ Rs „VDS“ Rn 85.

IV Berührungspunkte zwischen nationalem (Straf)recht und Europa(straf)recht

Im Folgenden soll ein (nur kurzer) Überblick über die verschiedenen Berührungspunkte zwischen dem nationalen (Straf-)Recht und dem Europa-(Straf-)Recht gegeben werden.

Der Untersuchungsgegenstand dieser Arbeit, die strafrechtliche Rechtsangleichung, wird dabei nur kurz erörtert. Seiner ausführlichen Darstellung sind die Kap V ff) gewidmet.

A. Art 10 EGV und nationales Strafrecht

Der Wortlaut von Art 10 EGV lautet folgendermaßen:

„Die Mitgliedstaaten treffen alle geeigneten Maßnahmen allgemeiner oder besonderer Art zur Erfüllung der Verpflichtungen, die sich aus diesem Vertrag oder aus Handlungen der Organe der Gemeinschaft ergeben. Sie erleichtern dieser die Erfüllung ihrer Aufgabe.

Sie unterlassen alle Maßnahmen, welche die Verwirklichung der Ziele dieses Vertrags gefährden könnten.“

Diese Bestimmung, welche eine Loyalitätspflicht der MS gegenüber der Gemeinschaft zum Ausdruck bringt,²⁵⁸ brachte der Gerichtshof in einer für die europarechtliche Strafrechtsproblematik essentiellen, bereits erwähnten Entscheidung (Rs „Griechischer Maisskandal“)²⁵⁹ zur Anwendung, deren hier interessierende Aussagen lauten:

²⁵⁸ Bezüglich anderer, aus Art 10 EGV ableitbarer Prinzipien vgl die Darstellungen von von Bogdandy in Grabitz/Hilf (Hg), Das Recht der Europäischen Union (20. Ergänzungslieferung 2002) Art 10 EGV und Zuleeg in Schwarze/von der Groeben (Hg), Kommentar zum Vertrag über die Europäische Union und zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft⁶ (2003) Art 10 EGV. Kahl in Calliess/Ruffert (Hg), EUV/EGV³ (2007) Art 10 EGV Rn 7, spricht bezüglich Art 10 EGV gar von einem „dem EGV und dem EUV selbst immanenten originär gemeinschafts- bzw. unionsrechtlichen allgemeinen Rechtsgrundsatz[] in Gestalt eines fundamentalen Verfassungsstrukturprinzips.“

Zur Anwendbarkeit der Vorgaben des Art 10 EGV im Rahmen des EUV siehe sogleich.

²⁵⁹ Rs 68/88 Rn 23 ff.

In einem *obiter dictum* in der Rs C-77/97 (*Österreichische Unilever GmbH/Smithkline Beecham Markenartikel GmbH*) Slg 1999 I-00431 Rn 36, entschied der Gerichtshof (im Zusammenhang mit einem Verstoß gegen sekundäres Gemeinschaftsrecht durch Privatpersonen), dass „die von den Mitgliedstaaten nach Artikel 6 Absatz 3 der Richtlinie 76/768 zu erlassenden Bestimmungen zur Verhinderung jeder Werbung für

„Enthält eine gemeinschaftsrechtliche Regelung keine besondere Vorschrift, die für den Fall eines Verstoßes gegen die Regelung eine Sanktion vorsieht, oder verweist sie insoweit auf die nationalen Rechts- und Verwaltungsvorschriften, so sind die Mitgliedstaaten nach Artikel 5 EWG-Vertrag [jetzt Art 10 EGV] verpflichtet, alle geeigneten Maßnahmen zu treffen, um die Geltung und die Wirksamkeit des Gemeinschaftsrechts zu gewährleisten.

Dabei müssen die Mitgliedstaaten, denen allerdings die Wahl der Sanktionen verbleibt, namentlich darauf achten, daß Verstöße gegen das Gemeinschaftsrecht nach ähnlichen sachlichen und verfahrensrechtlichen Regeln geahndet werden wie nach Art und Schwere gleichartige Verstöße gegen nationales Recht, wobei die Sanktion jedenfalls wirksam, verhältnismäßig und abschreckend sein muss.

Außerdem müssen die nationalen Stellen gegenüber Verstößen gegen das Gemeinschaftsrecht mit derselben Sorgfalt vorgehen, die sie bei der Anwendung der entsprechenden nationalen Rechtsvorschriften walten lassen.“

Aus diesem Urteil lässt sich Folgendes schließen:²⁶⁰

1) Wenn es Verstöße gegen Gemeinschaftsrecht gibt, die mit jenen gegen nationales Recht gerichteten vergleichbar sind, so müssen die MS dagegen mit *ähnlichen* materiell- sowie verfahrensrechtlichen Bestimmungen vorgehen (Assimilierungsgebot²⁶¹).

Können nun von dieser Verpflichtung der MS auch strafrechtliche Sanktionen umfasst sein, wie zT²⁶² behauptet wird?

Gäbe es zB in einem MS einen strafrechtlichen Tatbestand des Meineids und betrachtet man „die europäische Rechtspflege“ als Schutzgut der EU/EG²⁶³, stellt sich die Frage, ob dieser

kosmetische Mittel, durch die diesen nicht innewohnende Merkmale vorgetäuscht werden, vorsehen [müssen], daß eine solche Werbung eine Zuwiderhandlung — *insbesondere strafrechtlicher Art* — darstellt, gegen die abschreckend wirkende Sanktionen festgesetzt werden können“ (Hervorhebung durch den Verfasser). Siehe dazu *Wasmeier/Thwaites*, Eur Law Rev 2004, 622 f.

²⁶⁰ Vgl hierfür auch *Satzger*, Internationales und Europäisches Strafrecht² (2008) § 8 Rz 25 ff.

Kodifiziert wurde diese Rsp in Art 280 Abs 2 EGV. Siehe dazu Kap IV) E.).

²⁶¹ Vgl *Reiter*, JAP 2006/07, 74 („Diskriminierungsverbot“); *Satzger*, Internationales und Europäisches Strafrecht § 8 Rz 27 (der auch vom „Gebot der Gleichbehandlung“ spricht) sowie *Tiedemann*, EG und EU als Rechtsquellen des Strafrechts in *Schünemann/Achenbach/Bottke/Haffke/Rudolphi* (Hg), Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 15. Mai 2001 (2001) 1403 (1405).

²⁶² *Calliess*, ZEuS 2008, 21, *Jung*, JuS 2000, 420, *Reiter*, JAP 2006/07, 74.

²⁶³ So nachvollziehbar *Hecker*, Europäisches Strafrecht als Antwort auf transnationale Kriminalität, JA 2002, 723 (725).

MS nach Art 10 EGV verpflichtet ist²⁶⁴, den Anwendungsbereich seiner dadurch betroffenen Vorschriften zu erweitern (wobei neben einer gesetzlichen Neukodifikation uU auch eine Änderung in der Rsp in Betracht kommt).

Da, wie auch oben bereits kursiv hervorgehoben, der EuGH in der Rs „Griechischer Maisskandal“²⁶⁵ nur von „*ähnlichen* sachlichen und verfahrensrechtlichen Regeln“ sprach, welche die MS bei Gemeinschaftsrechtsverletzungen anzuwenden hätten, die „nach Art und Schwere“ mit nationalen Rechtsverstößen vergleichbar sind, ist es mE nach dieser Rsp nicht zwingend, dass die MS unbedingt mit strafrechtlichen Maßnahmen vorgehen müssen.

2) Weiters folgt aus der Entscheidung, dass „die Sanktion jedenfalls wirksam, verhältnismäßig und abschreckend sein muss.“ Die inhaltlich vergleichbaren Begriffe „wirksam“ und „abschreckend“ deuten auf die Notwendigkeit einer spezial- und generalpräventiven Wirkung der Sanktion hin, mit „verhältnismäßig“ wird deren Angemessenheit in Relation zu den angestrebten Zielen und dem Grad der Rechtsverletzung verlangt.²⁶⁶

Es lässt sich somit festhalten, dass Art 10 EGV (in seiner Interpretation durch den EuGH) die MS auch zum Erlass von strafrechtlichen Maßnahmen verpflichten kann. Dies jedoch nur dann, wenn andere Sanktionen gegen gemeinschaftswidriges Verhalten nicht als wirksam und abschreckend angesehen werden können. Dabei muss die strafrechtliche Rechtsfolge aber verhältnismäßig sein.

Angesichts der prinzipiellen Bedenken²⁶⁷, die gegen eine Befugnis der EU/EG (bzw bezüglich deren Reichweite), strafrechtliche Rechtsangleichungsmaßnahme zu erlassen, bestehen, muss hier mE mit besonderer Vorsicht vorgegangen werden:

Ansonsten würde mithilfe des Art 10 EGV der Einflussbereich des Rechts der EU/EG auf das (nationale) Strafrecht uferlos und könnte zur Umgehung von mangelnden Kompetenzen der Unionsorgane auf strafrechtlichem Gebiet führen.²⁶⁸

²⁶⁴ Diese Verpflichtung kann notfalls auch über Art 226 EGV durchgesetzt werden. Siehe *Eisele*, Europäisches Strafrecht - Systematik des Rechtsgüterschutzes durch die Mitgliedstaaten, JA 2000, 991 (993) und *Reiter*, JAP 2006/07, 74.

²⁶⁵ Rs 68/88 Rn 24.

²⁶⁶ *Satzger*, Internationales und Europäisches Strafrecht § 8 Rz 27 („abstrakte Mindestvorgabe“). *Reiter*, JAP 2006/07, 74 Fn 4, sieht die Verhältnismäßigkeit dann als gewahrt an, „wenn bei ähnlichen Sachverhalten im nationalen wie im europäischen Bereich auch eine entsprechend ähnliche Strafbarkeit besteht.“

²⁶⁷ Siehe dazu Kap V).

²⁶⁸ Wenn *Eisele*, Urteilsanmerkung [Rs C-440/05], JZ 2008, 251 (253 f), „der Gemeinschaft entgegen der Auffassung des *EuGH* [Rs 440/05, Rn 70] im Einzelfall auch die Kompetenz zur Anweisung strafrechtlicher Sanktionen“ mit dem Argument zubilligt, eine sich aus dem *Gebot der Gemeinschaftstreue* ergebende, „ohnehin bereits bestehende Verpflichtung“ der MS wird nur „deklaratorisch festgestellt und gegebenenfalls näher

Da die Loyalitätspflicht²⁶⁹ auch im Rahmen des EUV gilt²⁷⁰, sind die sich aus der Rsp zu Art 10 EGV ergebenden Erwägungen prinzipiell für die Rechtsbereiche der Art 29 ff EUV von Bedeutung.

Angesichts der (derzeit) fehlenden Möglichkeit eines Vertragsverletzungsverfahrens innerhalb der dritten Säule wird es aber an deren Justiziabilität mangeln.²⁷¹

präzisiert“, darf diese Interpretationstechnik mE angesichts des Prinzips der begrenzten Einzelermächtigung nicht dazu führen, dass Art 10 EGV stillschweigend in eine Kompetenznorm umgewandelt wird.

Dass es noch immer eine substantiellen Unterscheidung zwischen aus Art 10 EGV fließenden Pflichten der MS und dem Erlass von strafrechtlichen Maßnahmen der EU/EG gibt (zB hinsichtlich der Rechtskontrolle durch ein Vorabentscheidungsverfahren oder der Möglichkeit der Regelung von Einzelheiten) – siehe in diesem Zusammenhang *Kainer*, Der Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts 295 - ändert nichts an den zu Recht bestehenden Befürchtungen.

²⁶⁹ *Zuleeg*, Art 10 EGV Rz 1, spricht in diesem Zusammenhang von „Unionstreue“ (in Anlehnung an die für Art 10 EGV kreierte Begriffsbildung „Gemeinschaftstreue“). Krit zu diesen Begriffen jedoch *von Bogdandy*, Art 10 EGV Rz 6 („bundesstaatliche Zustände suggerierende Begriffsbildung“).

²⁷⁰ *Von Bogdandy*, Art 10 EGV Rz 5 nennt hierfür Art 1 Abs 3 S 2, Art 31 Abs 1 lit d, Art 34 Abs 1 und Art 37 EUV. *Kahl*, Art 10 EGV Rz 7, verweist auf die amtliche Überschrift des Titels VI EUV („polizeiliche und justizielle Zusammenarbeit“) und auf die „Notwendigkeit zur Erreichung des Vertragsziels einer immer engeren Union der Völker Europas“ nach Art 1 EUV.

Warum der Inhalt des Art 10 EGV aber „in der 3. Säule von geringerer Anforderungsdichte“ (*Röben*, Vorbemerkung zu Titel VI EUV Rz 44) sein soll, ist mE nicht nachvollziehbar.

²⁷¹ Der VvL bringt mit Art 4 AEUV lediglich geringfügige Änderungen mit sich - am Wesensgehalt wird sich somit nichts ändern.

Mit Auflösung der Säulenstruktur wird die Bestimmung *ausdrücklich* auch für den strafrechtlichen Bereich (Art 82 ff AEUV) anwendbar. Durch das dann im Rahmen des Titels V AEUV mögliche Vertragsverletzungsverfahren (Art 258 ff AEUV) werden sich dann keine Probleme hinsichtlich der Justiziabilität mehr stellen. Vgl in diesem Zusammenhang *Kahl*, Art 10 EGV Rz 87 f.

B. Verweisungen des Gemeinschaftsrechts auf nationales Strafrecht

Eine Durchdringung des nationalen Strafrechts durch das Recht der EU/EG ergibt sich auch dann, wenn gemeinschafts- bzw unionsrechtliche Bestimmungen auf mitgliedstaatliche Strafvorschriften verweisen.

Als klassisches Beispiel²⁷² hierfür fungiert **Art 30 Protokoll über die Satzung des Gerichtshofs (EuGH-Satzung)**, der folgendermaßen lautet:

„Jeder Mitgliedstaat behandelt die Eidesverletzung eines Zeugen oder Sachverständigen wie eine vor seinen eigenen in Zivilsachen zuständigen Gerichten begangene Straftat. Auf Anzeige des Gerichtshofs verfolgt er den Täter vor seinen zuständigen Gerichten.“

Das nationale Strafanwendungsrecht wird durch solch eine Gesetzestechnik unweigerlich erweitert.²⁷³ In Österreich ist davon § 288 Abs 2 Strafgesetzbuch (StGB) betroffen.²⁷⁴

Die hM betrachtet Art 30 EuGH-Satzung als „unmittelbar geltendes supranationales Gemeinschaftsrecht“ bzw *self-executing*.²⁷⁵ Dagegen spricht aber zB²⁷⁶, dass ohne nationale Bestimmung, die den Meineid unter Strafe stellt, Art 30 EuGH-Satzung (der voraussetzen scheint, dass eine mitgliedstaatliche Vorschrift *besteht*) leerläuft. Nur dann, wenn die MS bereits eine entsprechende Vorschrift erlassen haben, müssten sie auch die Eidesverletzung vor dem EuGH unter Strafe stellen bzw die nationalen Behörden solch einen Sachverhalt unter die mitgliedstaatliche Norm subsumieren.

Nichtsdestotrotz entsteht durch solch eine Konstruktion „letztlich gemeinschaftsrechtliches Kriminalstrafrecht“²⁷⁷, da die Loyalitätspflicht (Art 10 EGV²⁷⁸) die MS mE zwingt,

²⁷² Siehe dazu Calliess, ZEuS 2008, 17 („[d]er wohl bekannteste Fall“).

²⁷³ Satzger, Internationales und Europäisches Strafrecht § 7 Rz 16, spricht in diesem Zusammenhang von einer Einführung eines neuen Anknüpfungsprinzips im internationalen Strafrecht.

²⁷⁴ Reiter, JAP 2006/07, 74.

²⁷⁵ Calliess, ZEuS 2008, 17 (mit Nachweisen).

²⁷⁶ Weitere Nachweise, die gegen eine unmittelbare Geltung des Art 30 EuGH-Satzung sprechen, finden sich bei Satzger, Internationales und Europäisches Strafrecht § 7 Rz 17, der diesbezüglich (Rz 19) auch auf die ähnliche Bestimmung des Art 194 Abs I UAbs 2 EAGV verweist.

²⁷⁷ So die nachvollziehbare Formulierung von Eisele, Einführung in das Europäische Strafrecht - Sanktionskompetenzen auf europäischer Ebene, JA 2000, 896 (900). Genau genommen müsste es aber heißen: *Gemeinschaftsrechtlich bedingtes Strafrecht*.

Mittels Art 311 EGV iVm Art 46 lit b EUV ist Art 30 EuGH-Satzung auch im Rahmen der dritten Säule anwendbar.

²⁷⁸ Siehe dazu Kap IV A.).

Strafvorschriften des Meineids vorzusehen, damit Art 30 EuGH-Satzung nicht leerläuft.²⁷⁹ Nach dem Protokoll über die Satzung des Gerichtshofs besteht somit eine gemeinschafts- bzw unionsrechtliche Pflicht der MS zur Ahndung von Eidesverletzungen vor dem EuGH, auch wenn Art 30 EuGH-Satzung an sich „rechtlich nicht vollkommen“²⁸⁰ (iSv nicht *self-executing*) ist.

Auch wenn die Gleichbehandlung des Meineids vor dem EuGH mit jenem vor den nationalen Gerichten prinzipiell begrüßenswert ist, zieht diese Assimilierungstechnik, die die Angleichung des Schutzes von nationalen und europäischen (solcher der EU/EG) Rechtsgütern bezweckt, doch auch Konsequenzen nach sich:

Unter Subsidiaritäts- bzw Verhältnismäßigkeitsgesichtspunkten stellt sich die Frage, ob eine vollkommene Angleichung der nationalen Strafvorschriften zum Meineid überhaupt notwendig ist, zumal nach Art 10 EGV die Pflicht besteht, dass die MS ähnliche bzw wirksame, verhältnismäßige und abschreckende Sanktionen Bestimmungen einführen.

Schwerer wiegt aus nationaler Sicht das Prinzip *nulla poena sine lege*, da ja das nationale Strafgesetz ohne Mitwirkung des mitgliedstaatlichen Parlaments in seinem Anwendungsbereich durch gemeinschafts- bzw unionsrechtliche Gesetzestechniken ausgeweitet wird.

Besonders problematisch wäre im Zusammenhang mit dem Grundsatz *nulla poena sine lege*²⁸¹ eine Verweisung durch Sekundärrecht (ohne Einflussmöglichkeit der nationalen Parlamente in einem Ratifikationsverfahren), was aber von der hM²⁸² zu Recht als unzulässig betrachtet wird.²⁸³ Sofern es primärrechtliche Neukodifikationen bzw Änderungen (Art 48 EUV) gibt und diese von den Mitgliedsstaaten ratifiziert werden (entweder durch entsprechenden Parlamentsbeschluss und/oder eine Volksabstimmung), entfallen die Bedenken hinsichtlich der Einhaltung dieses Prinzips. Im Falle der EuGH-Satzung kann jedoch, so ausdrücklich Art 245 Abs 2 EGV²⁸⁴, eine Änderung auch ohne mitgliedstaatliche Ratifikation herbeigeführt werden (mit Ausnahme von Titel I EuGH-Satzung).

²⁷⁹ Siehe auch den letzten Satz des Art 30 EuGH-Satzung, der eine Verfolgungspflicht nahelegen scheint.

²⁸⁰ Satzger, Internationales und Europäisches Strafrecht § 7 Rz 17 und Streinz, Europäisierung des Strafrechts 1035.

²⁸¹ Vgl hierfür die Erläuterungen in Kap V) A.) 5.) f.) ix.).

²⁸² Siehe dazu Eisele, JA 2000, 900.

²⁸³ Die Problematik besteht aber nur hinsichtlich unmittelbar anwendbarer Sekundärrechtsakte wie zB VO, da bei diesen den nationalen Parlamenten keine Einflussmöglichkeit zusteht.

²⁸⁴ Der freilich den nationalen Ratifikationsverfahren unterlegen ist.

Zusammenfassend lässt sich sagen, dass, auch wenn es zu rechtsstaatlich problematischen Folgen kommen kann, die Assimilierungstechnik an sich kein unzulässiges Regelungsinstrument darstellt.

Derzeit ist zwar keine primärrechtliche Vorschrift des Unionsrechts ersichtlich, die für die Anwendung der Assimilierungstechnik in Frage käme. Dies könnte jedoch bei Sekundärrechtsakten (RBe) erwogen werden, deren Umsetzungsbedürftigkeit in nationales Recht auch dem Grundsatz *nulla poena sine lege* entsprechen würde. Da bei letztgenannten Rechtsaktformen die unmittelbare Wirksamkeit, anders als bei RL (siehe Art 249 Abs 3 EGV), primärrechtlich explizit ausgeschlossen wurde (Art 34 Abs 2 lit b letzter Satz EUV), scheidet hier eine „Umgehung“ des nationalen Gesetzgebers aus.

C. Verweisungen nationalen Strafrechts auf das Gemeinschaftsrecht

Das nationale Strafrecht erfährt eine Beeinflussung durch europarechtliche Vorschriften auch insofern, als dass mitgliedstaatliche Strafbestimmungen auf sie verweisen.²⁸⁵

Dabei wird, um den Tatbestand einer Strafnorm zu beschreiben, meist eine unmittelbar wirksame VO in Bezug genommen, aber auch RL²⁸⁶ sind insofern denkbar. Ebenso vorstellbar ist es, auf Rechtsakte der dritten Säule wie zB RBe zu verweisen, sofern die allgemeinen Voraussetzungen hierzu (siehe sogleich) eingehalten werden.

Im Rahmen dieser Verweisungstechnik muss beachtet werden, dass die verwiesene EG-Bestimmung materiell Gemeinschaftsrecht bleibt, da der Anwendungsvorrang²⁸⁷ und Art 10 EGV, die auch hier zu beachten sind, unterschiedliche Auslegungen in den MS verhindern wollen (die Gemeinschaftsrechtsnorm unterliegt weiterhin gemeinschaftsrechtlichen Auslegungsgrundsätzen). Somit ist nur eine formale Inkorporation des EG-Rechts in das nationale **Blankettstrafgesetz** erlaubt.²⁸⁸

Auch wenn der Anwendungsvorrang und das Loyalitätsprinzip des Art 10 EGV gemeinschaftsrechtliche Rechtsinstitute sind, ist eine einheitliche Auslegung im Unionsrecht (und damit eine nur formale Einbeziehung des EU-Rechtsakts) ebenso erforderlich.

Würden die MS bzw ihre Rechtsanwendungsorgane gemeinschafts- bzw unionsrechtliche Auslegungsgrundsätze bei der Interpretation der konkreten Strafvorschrift unberücksichtigt lassen, könnte dies mE zu einem Verstoß gegen das Kohärenzgebot des Art 3 Abs 1 EUV führen.

Man unterscheidet prinzipiell zwischen dynamischen und statischen Verweisungen, je nachdem, ob eine EU/EG-Rechtsnorm in einer aktuellen oder in einer bestimmten Fassung in Bezug genommen wird.

²⁸⁵ Hecker, JA 2002, 728, spricht in diesem Zusammenhang von „*europarechtsakzessorischem Strafrecht*“. Siehe auch Calliess ZEuS 2008, 18 f.

²⁸⁶ So zutreffend Eisele, Einflussnahme auf nationales Strafrecht durch Richtlinienggebung der Europäischen Gemeinschaft, JZ 2001, 1157 (1164).

Satzger, Internationales und Europäisches Strafrecht § 8 Rz 65, weist darauf hin, dass RL erst in nationales Recht umgesetzt werden müssen (die unmittelbare Wirkung von RL im Bereich des Strafrechts scheidet aus) und sich somit im Zusammenhang mit Verweisungen keine Probleme ergeben können. Er erkennt aber die (zumindest theoretische) Möglichkeit mitgliedstaatlicher Bestimmungen, auf noch nicht umgesetzte RL zu verweisen.

²⁸⁷ EuGH 15.07.1964 Rs 6/64 (*Costa/E.N.E.L.*) Slg 1964, 01253.

²⁸⁸ Satzger, Internationales und Europäisches Strafrecht § 8 Rz 69 ff. Die *Form* als nationales Gesetz darf also über den eigenständigen Charakter der EG-Norm nicht hinwegtäuschen.

Vor allem bei dynamischen Verweisungen können auf mitgliedstaatlicher Ebene Konflikte mit dem Legalitätsprinzip²⁸⁹ auftreten: Wird zB auf eine EU/EG-Bestimmung in ihrer jeweils gültigen Fassung dynamisch verwiesen, könnte der daraus resultierende Rechtsaufindungsaufwand unzumutbar und der Bestimmtheitsgrundsatz als Teil des Legalitätsprinzips verletzt werden. Richtet sich die Strafnorm an einen fachkundigen Adressatenkreis (Expertenstrafrecht), wäre dies eventuell hinzunehmen.²⁹⁰

Besonders problematisch erweisen sich dynamische Verweisungen, wenn man sich die Kompetenzverteilung, mit Blick auf die EU/EG das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung, vergegenwärtigt. So wäre es möglich (unter der Prämisse, der nationale Gesetzgeber schafft mit Blankettstrafgesetzen die Voraussetzungen hierfür), dass die EU/EG mittels neuen oder geänderten Normen, auf die dann verwiesen wird, die Rolle des mitgliedstaatlichen Strafgesetzgebers einnimmt.

Probleme bei statischen Verweisungen kann es dadurch geben, dass auf eine nicht mehr existente Strafnorm verwiesen und damit eine Strafbarkeitslücke hervorgerufen wird.²⁹¹

Im Ergebnis bleibt somit festzuhalten, dass die Blankettstrafgesetzgebung auf nationaler Ebene, die zur Tatbestandsbeschreibung auf das Recht der EU/EG verweist, nicht grds unzulässig ist. Statische Verweisungen sind nur dann ein Problem, wenn auf eine nicht mehr vorhandene gemeinschafts- bzw unionsrechtliche Norm Bezug genommen wird, was zu Strafbarkeitslücken führen kann. In Anbetracht der oben erwähnten Bedenken und der Rsp des VfGH²⁹², wonach dynamische Verweisungen auf Normen eines anderen Rechtssetzungsorgans verfassungswidrig sind, sollte die letztgenannte Regelungstechnik im vorliegenden Zusammenhang jedoch unterbleiben.

²⁸⁹ Siehe dazu Kap II) A.).

²⁹⁰ *Satzger*, Internationales und Europäisches Strafrecht § 8 Rn 77. Dass neben dem Expertenstrafrecht auch geringe Strafen eine Ausnahme vom Bestimmtheitsgrundsatz rechtfertigen können, ist mE jedoch nicht nachvollziehbar.

²⁹¹ Bei dynamischen Verweisungen wäre nach dhM eine solche Lücke dann anzunehmen, wenn (zB) eine VO durch eine andere geändert oder ersetzt wird und das unter die Norm subsumierbare Verhalten weiterhin strafbar ist, aber „einen völlig neuen Unrechtstypus verkörpert.“ Siehe dazu *Satzger*, Internationales und Europäisches Strafrecht § 8 Rz 80 ff, mit Verweis auf den *lex-mitior*-Grundsatz des § 2 Abs 3 dStGB (deutsches Strafgesetzbuch) wonach bei einer Änderung der Strafvorschriften zwischen Tat und Aburteilung jeweils die mildesten zur Anwendung kommen (bzw gar keine, sofern es auch nur kurz einen Zustand der Strafflosigkeit gegeben hat).

²⁹² Vgl zB die Entscheidung vom 13.12.1991, G 280 und 281/91 sowie G 325/91.

D. Gemeinschafts- und unionsrechtskonforme Strafrechtsanwendung

Eine europarechtliche Beeinflussung erfährt das nationale Recht, auch auf strafrechtlichem Gebiet, durch die Verpflichtung zur gemeinschafts- und, wie noch zu zeigen sein wird, unionsrechtskonformen Rechtsanwendung.²⁹³

Zum einen kann der Vorrang unmittelbar anwendbaren Gemeinschaftsrechts²⁹⁴ dazu führen, dass auch²⁹⁵ entgegenstehendes nationales Strafrecht, sowohl was den Tatbestand als auch die Rechtsfolgen betrifft, unangewendet bleiben muss. Zu denken ist hier an unmittelbar anwendbare RL-Bestimmungen²⁹⁶, aber auch an die Grundfreiheiten des EGV²⁹⁷, das Diskriminierungsverbot (Art 12 EGV) sowie den Allgemeinen Rechtsgrundsatz der Verhältnismäßigkeit.²⁹⁸

Aber auch nicht unmittelbar anwendbares Gemeinschaftsrecht²⁹⁹ (bzw auch Unionsrecht³⁰⁰) muss bei der Anwendung bzw Auslegung nationalen Strafrechts berücksichtigt werden.

Zu Recht hat der EuGH auf die Unterschiede zwischen Anwendungsvorrang und gemeinschaftsrechtskonformer Auslegung hingewiesen, denen bei nicht unmittelbar anwendbaren und nicht mit Vorrangwirkung bedachten Normen besondere Beachtung zu Teil werden muss: Gibt es für die nationalen Gerichte überhaupt keinen Beurteilungsspielraum bei der Auslegung der mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen, darf das Gemeinschaftsrecht³⁰¹ nicht berücksichtigt werden.³⁰²

²⁹³ Siehe dazu *Satzger*, Internationales und Europäisches Strafrecht § 8 Rz 84 ff.

²⁹⁴ Rechtsakte der zweiten und dritten Säule der EU sind weder unmittelbar anwendbar noch genießen sie einen Anwendungsvorrang (vgl *Streinz*, Europarecht Rz 473).

Auch enthält der EUV keine Bestimmungen wie die Grundfreiheiten des EGV, die jenen Kriterien entsprechen.

²⁹⁵ Eine ausdrückliche Ausdehnung dieses Grundsatzes auf das Strafrecht brachte das Urteil des EuGH vom 15.12.1976 in der Rs 41/76 (*Donnerwolcke/Procureur de la République*) Slg 1976, 01921 (*Reiter*, JAP 2006/07, 75 Fn 14).

²⁹⁶ Siehe dazu EuGH 05.04.1979 Rs 148/78 (*Ratti*) Slg 1979, 01629.

²⁹⁷ Vgl nur EuGH 06.11.2003 Rs C-243/01 (*Gambelli*) Slg 2003 I-13031.

²⁹⁸ *Satzger*, Internationales und Europäisches Strafrecht § 8 Rz 85 ff, verwendet diesbezüglich den Begriff der Neutralisierungswirkung.

²⁹⁹ *Satzger*, Internationales und Europäisches Strafrecht § 8 Rz 96, weist richtigerweise darauf hin, dass eine gemeinschaftsrechtskonforme Interpretation (dazu gleich weiter unten) nationalen Rechts Konflikte mit unmittelbar anwendbarem Gemeinschaftsrecht verhindern könne.

³⁰⁰ Siehe dazu sogleich.

³⁰¹ Das gleiche muss auch im Rahmen des Unionsrechts gelten.

³⁰² EuGH 10.04.1984 Rs 14/83 (*von Colson und Kamann*) Slg 1984, 01891 Rn 27 f. Siehe dazu *Satzger*, Internationales und Europäisches Strafrecht § 8 Rz 97.

Bereits aus dem Völkerrecht (Art 26 WVK), dem Grundsatz des *pacta sunt servanda*, ergibt sich, dass in Kraft getretene Verträge die Parteien binden und von diesen nach „Treu und Glauben“ zu erfüllen sind. Die diesbezügliche gemeinschaftsrechtliche Konkretisierung in Form des Loyalitätsprinzips (Art 10 EGV) verpflichtet die MS zu einer gemeinschaftsrechtskonformen Interpretation ihres nationalen Rechts³⁰³. Das Strafrecht macht hier keine Ausnahme.³⁰⁴

1. Richtlinienkonforme Auslegung

Von besonderer Bedeutung hinsichtlich der gemeinschaftskonformen Auslegungspflicht ist die richtlinienkonforme Interpretation nationalen Rechts.³⁰⁵

Auf mitgliedstaatlicher Ebene muss bereits unter teleologischen Gesichtspunkten jene RL, die zum Erlass der nationalen Vorschriften geführt hat, bei deren Auslegung berücksichtigt werden, wobei mit Blick auf bestimmte RL-Begriffe auch Wortlaut und Systematik zu beachten sind.³⁰⁶ Eine besondere Vorrangstellung genießt diese Interpretationsmethode jedoch nicht³⁰⁷, zumal dies im Ergebnis einen Anwendungsvorrang bzw eine unmittelbare Wirkung der RL bedeuten könnte.

Der bereits erwähnte Art 10 EGV dient wiederum dazu, die MS *gemeinschaftsrechtlich* in die Pflicht zu nehmen³⁰⁸, um RL bei der Interpretation des nationalen Rechts zu beachten.

Nach Ansicht des EuGH³⁰⁹ muss „ein nationales Gericht, soweit es bei der Anwendung des nationalen Rechts – gleich, ob es sich um vor oder nach der RL erlassene Vorschriften handelt – dieses Recht auszulegen hat, seine Auslegung soweit wie möglich am Wortlaut und Zweck

³⁰³ Fischer/Köck/Karollus, Europarecht Rz 884.

³⁰⁴ Siehe zB Jung, JuS 2000, 420; Reiter, JAP 2006/07, 75 und Satzger, Internationales und Europäisches Strafrecht § 8 Rz 95 ff.

³⁰⁵ Nach Hecker, JA 2002, 728, handelt es sich dabei um „eines der Hauptinstrumente zur Anpassung des nationalen Rechts an die Gemeinschaftsrechtsordnung, zur Überwindung tradierter Rechtsvorstellungen der Mitgliedstaaten und zur Durchsetzung des Geltungsanspruchs des Gemeinschaftsrechts.“

³⁰⁶ Satzger, Internationales und Europäisches Strafrecht § 8 Rz 97.

³⁰⁷ So zu Recht Killmann, Die rahmenbeschlusskonforme Auslegung im Strafrecht vor dem EuGH, JBl 2005, 566 (571) (dies gilt auch bei der rahmenbeschlusskonformen Auslegung – siehe dazu weiter unten).

³⁰⁸ Satzger, Internationales und Europäisches Strafrecht § 8 Rz 97 (Hervorhebung durch den Verfasser).

³⁰⁹ EuGH 13.11.1990 Rs 106/89 (*Marleasing*) Slg 1990 I-04135 Rn 8.

der Richtlinie ausrichten...um das mit der Richtlinie verfolgte Ziel zu erreichen“. Der Gerichtshof geht also davon aus, dass nicht nur jene nationalen Bestimmungen der richtlinienkonformen Interpretation unterliegen, die in Umsetzung der heranzuziehenden RL ergangen sind, sondern die gesamte nationale Rechtsordnung zu Auslegungszwecken dieser RL untersteht.³¹⁰

Da das gesamte Primärrecht und das von ihm abgeleitete Sekundärrecht der EU/EG in untrennbarem Zusammenhang mit den nationalen Rechtsordnungen stehen, liegt der EuGH mit seiner Rechtsansicht hier sicher richtig. Auch mit dem Loyalitätsprinzip des Art 10 EGV lässt sich diese Sichtweise untermauern.

Die gemeinschafts- und damit richtlinienkonforme Interpretation findet ihre Grenze nicht nur, wie nach allgemeinen methodologischen Grundsätzen, im Wortlaut und im Zweck einer auszulegenden nationalen Vorschrift, sondern – so ausdrücklich der EuGH³¹¹ – in den allgemeinen Grundsätzen des Gemeinschaftsrechts, wobei insbesondere die Grundsätze der Rechtssicherheit und des Rückwirkungsverbots zu beachten sind. Diesbezüglich führte der EuGH mehrmals³¹² aus, „dass eine Richtlinie für sich allein – unabhängig von zu ihrer Durchführung erlassenen innerstaatlichen Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaats – nicht die Wirkung haben kann, die strafrechtliche Verantwortlichkeit derjenigen, die gegen die Vorschriften dieser Richtlinie verstoßen, festzulegen oder zu verschärfen“ – eine Konsequenz des Umstandes, dass nicht zum Vorteil reichende RL auch bei hinreichender Bestimmtheit und Klarheit und nicht fristgerechter Umsetzung nicht unmittelbar wirksam werden können.

Zu Recht bedeutet das jedoch nicht, dass eine strafbarkeitserweiternde gemeinschafts- bzw auch unionsrechtskonforme Auslegung deswegen verboten wäre, da die konkrete Rechtsanwendung immer Aufgabe der Rsp ist, die im Rahmen der zulässigen Interpretationsmethoden ihre Meinung auch ändern und das (an sich unveränderte) nationale Recht neu interpretieren kann.³¹³

³¹⁰ Huber, Die Rechtsakte der "Dritten Säule" im nationalen Recht, ÖJZ 2007, 404 (407) und Killmann, JBl 2005, 572, welche dieselbe Argumentation zu Recht auf RBe und deren Auslegungsfunktion (siehe dazu weiter unten) übertragbar halten.

³¹¹ EuGH 08.10.1987 Rs 80/86 (*Kolpinghuis Nijmegen*) Slg 1987, 03969 (*Satzger*, Internationales und Europäisches Strafrecht § 8 Rz 98).

³¹² Siehe dazu EuGH 11.06.1987 Rs 14/86 (*Pretore di Salò*) Slg 1987, 02545 Rn 20; EuGH 26.09.1996 Rs C-168/95 (*Arcaro*) Slg 1996, I-04705 Rn 37; EuGH 12.12.1996 verb C-74/95 und C-129/95 Slg 1996 I-06609 Rn 24 und EuGH 07.01.2004 Rs C-60/02 („Strafverfahren gegen X“) Slg 2004 I-00651 Rn 61.

³¹³ Siehe dazu *Satzger*, Internationales und Europäisches Strafrecht § 8 Rz 100 f; *Streinz*, Europäisierung des Strafrechts 1033 und *Weber*, EuR 2008, 94 f.

2. Rahmenbeschlusskonforme Interpretation

Analog dazu, und aus strafrechtlicher Sicht natürlich besonders bedeutsam, gibt es auch eine Pflicht zur *unionsrechtskonformen* Interpretation mitgliedstaatlichen Rechts: So kann auch hier, ohne abschließende Klärung der Frage, ob der EUV bereits eine „neue[] Rechtsordnung des Völkerrechts“³¹⁴ darstellt, auf Art 26 WVK rekuriert werden, der die Parteien eines völkerrechtlichen Vertrags zu seiner Einhaltung „nach Treu und Glauben“ verpflichtet.³¹⁵

Wie bereits weiter oben erwähnt, sind darüber hinaus die Vorgaben des Art 10 EGV, der ua die MS zu einem loyalen Verhalten gegenüber der EG verpflichtet, auch im Rahmen des EUV beachtlich.³¹⁶

Eine Bestätigung dieser Ansicht ergibt sich aus dem EuGH-Urteil in der ***Rs Pupino***³¹⁷: So führte der Gerichtshof ua aus, dass „[d]er zwingende Charakter von Rahmenbeschlüssen, der mit den gleichen Worten wie in Art. 249 III EG[V] zum Ausdruck gebracht wird...für die nationalen Behörden und insbesondere auch die nationalen Gerichte eine Verpflichtung zu gemeinschaftsrechtskonformer Auslegung des nationalen Rechts zur Folge [hat].“³¹⁸

Unter Rückgriff auf die „Verfasser des Vertrages“³¹⁹ und den *effet utile*-Gedanken im Zusammenhang mit der Kontrollbefugnis des EuGH (Art 35 EUV)³²⁰ unterstrich der EuGH in der Folge seine Ansicht.

³¹⁴ So *Hermann*, Urteilsanmerkung [Rs C-105/03] EuZW 2005, 436 (438).

³¹⁵ Siehe dazu *Adam*, Die Wirkung von EU-Rahmenbeschlüssen im mitgliedstaatlichen Recht, EuZW 2005, 558 (560) sowie *Killmann*, JBl 2005, 568.

³¹⁶ Vgl. hierfür auch *Satzger*, Internationales und Europäisches Strafrecht § 8 Rz 118, der auf Art 1 Abs 2 und Abs 3 S 2 EUV verweist; *Fetzer/Groß*, Die Pupino-Entscheidung des EuGH - Abkehr vom intergouvernementalen Charakter der EU? - Erwiderung auf Hermann, EuZW 2005, 436, EuZW 2005, 550 (551), die Art 3 Abs 1 EUV erwähnen und *Schroeder*, Neues vom Rahmenbeschluss - ein verbindlicher Rechtsakt der EU, EuR 2007, 349 (362) (unter Hinweis auf Art 34 Abs 2 lit b EUV).

³¹⁷ EuGH 16.06.2005 Rs C-105/03 Slg 2005 I-05258. Zum ersten Mal wurde hier von einem mitgliedstaatlichen Gericht eine Vorabentscheidung des EuGH bezüglich eines RB eingeholt (*Killmann*, JBl 2005, 567).

³¹⁸ Rs C-105/03 Rn 34. Die Verwendung der Formulierung „unionsrechtskonforme Auslegung“ (bzw. „rahmenbeschlusskonforme“ – nach den SA der GA *Kokott* vom 11.11.2004 Rn 22 ff) wäre angesichts der noch immer bestehen Unterscheidung zw. Gemeinschafts- und Unionsrecht angebracht gewesen. Siehe auch *Satzger*, Internationales und Europäisches Strafrecht § 8 Rz 118 Fn 176 und *Streinz*, Europäisierung des Strafrechts 1044. *Suhr* in Calliess/Ruffert (Hg), EUV/EGV³ (2007) Art 34 EUV Rn 16 Fn 27, weist in diesem Zusammenhang auf die bessere, ebenso verbindliche it Sprachfassung hin.

³¹⁹ Rs C-105/03 Rn 36.

³²⁰ Rs C-105/03 Rn 38 („wenn die Einzelnen nicht berechtigt wären, sich auf Rahmenbeschlüsse zu berufen, um vor den Gerichten der Mitgliedstaaten eine gemeinschaftsrechtskonforme Auslegung des nationalen Rechts zu erreichen“).

Die Entscheidung des EuGH und die Schlussanträge (SA) der GA *Kokott* haben unterschiedliche Reaktionen ausgelöst: So wird angenommen, dass die Entscheidung „nur ein erster Schritt“ in Richtung Anerkennung von unmittelbarer Wirkung und Vorrang auch im Bereich des Unionsrechts ist³²¹ bzw eine „Neujustierung des Verhältnisses von Unions- und Gemeinschaftsrecht“ bevorsteht³²², was zT sogar ausdrücklich begrüßt wird³²³. Andererseits sieht man in dem Urteil „keine Abkehr vom intergouvernementalen Charakter der EU“³²⁴.

Letzterer Ansicht ist zuzustimmen: So ist der Wortlaut jener Bestimmungen, die RL und RBe definieren (Art 249 Abs 3 EGV und Art 34 Abs 2 lit b S 2 EUV), praktisch ident.³²⁵ Teleologisch nachvollziehbar, ging der Gerichtshof nun davon aus, dass die „Verfasser des Vertrages“ für die dritte Säule ein Rechtsinstrument einführen wollten, welches „analoge[] Wirkungen wie im EG-Vertrag“ aufweist, „um einen wirksamen Beitrag zur Verfolgung der Ziele der Union zu leisten.“³²⁶

Die Parallelität zur richtlinienkonformen Auslegung unterstrich der EuGH dadurch, dass er auch bei der rahmenbeschlusskonformen Interpretation die Grenzen in den allgemeinen Rechtsgrundsätzen, wie insbesondere der Rechtssicherheit und dem Rückwirkungsverbot, erblickte³²⁷ und postulierte, ohne nationales Umsetzungsgesetz können keine Strafen festgelegt oder verschärft werden, sollte jemand gegen Bestimmungen des RBe verstoßen³²⁸.

Vergegenwärtigt man sich jene Feststellung, wonach „der Grundsatz gemeinschaftsrechtskonformer Auslegung nicht zu einer Auslegung contra legem des nationalen Rechts führen [dürfe]“³²⁹, erscheinen mE jegliche Vermutungen hinsichtlich eines zukünftigen EuGH-Urteils, in welchem „die ‚neue Stufe der Integration‘ mit der ‚neuen Rechtsordnung des Völkerrechts‘ verknüpft wird“³³⁰, nicht nachvollziehbar.

³²¹ *Herrmann*, EuZW 2005, 438.

³²² So *Adam*, EuZW 2005, 560 f, der im Urteil Indizien dafür sieht, dass „der EuGH vom Vorrang des Unionsrechts ausgeht“. Ähnlich *Herrmann*, EuZW 2005, 438.

³²³ So *Schroeder*, EuR 2007, 351 f, der unter Hinweis auf den gescheiterten VVE quasi subsidiär dem EuGH zubilligt, „eine richterliche Angleichung der beiden Rechtsmaterien Unions- und Gemeinschaftsrecht herbeizuführen“.

³²⁴ *Fetzer/Groß*, EuZW 2005, 551.

³²⁵ Abgesehen davon, dass beim RBe die Angleichungsfunktion und die nicht unmittelbare Wirksamkeit betont wird (Art 34 Abs 2 lit b S 1 und S 3 EUV) – Letzteres unterscheidet ihn tatsächlich von der RL.

³²⁶ Rs C-105/03 Rn 36.

³²⁷ Rs C-105/03 Rn 44.

³²⁸ Rs C-105/03 Rn 45.

³²⁹ Rs C-105/03 Rn 47.

³³⁰ *Herrmann*, EuZW 2005, 438.

Es bleibt somit Folgendes festzuhalten: Die unionsrechts- und damit auch rahmenbeschlusskonforme³³¹ Auslegung mitgliedstaatlichen Rechts unterliegt (auch³³² gemäß der begrüßenswerten *Pupino*-Entscheidung) jenen Voraussetzungen und Grenzen, die auch bei der gemeinschafts- bzw richtlinienkonformen Interpretation zu beachten sind.

³³¹ RBe sind als Sekundärrechtsakte des im Range des Primärrechts stehenden EUV anzusehen.

³³² Vgl in diesem Zusammenhang Art 1 Abs 2 und 3 EUV, Art 3 Abs 1 EUV und Art 34 Abs 2 lit b EUV, welche als Bestätigung dieser Rsp dienen können.

E. Originäre Strafrechtskompetenzen der EU/EG?

An dieser Stelle soll der Frage nachgegangen werden, ob die EU/EG die Befugnis besitzt, in den MS unmittelbar anwendbares, originäres Strafrecht zu erlassen. Zu diesem Zweck wird jene Bestimmung analysiert, deren Wortlaut den Eindruck erweckt, dass die EU/EG auch zur Setzung von originären Strafrechtsmaßnahmen befugt ist: **Art 280 EGV**.

Nach der Textierung des Art 280 Abs 4 S 1 EGV ist der Rat gemeinsam mit dem EP (im Rahmen des Mitentscheidungsverfahrens nach Art 251 EGV und nach Anhörung des Rechnungshofes) berechtigt, „[z]ur Gewährleistung eines effektiven und gleichwertigen Schutzes in den Mitgliedstaaten...die erforderlichen Maßnahmen zur Verhütung und Bekämpfung von Betrügereien, die sich gegen die finanziellen Interessen der Gemeinschaft richten“, zu beschließen.

Der systematische Vergleich mit Abs 2 leg cit, der die MS im Wege einer Konkretisierung³³³ der Loyalitätspflicht des Art 10 EGV in die Pflicht nimmt, die finanziellen Interessen der Gemeinschaft in gleicher Weise wie die eigenen zu schützen, führt zunächst zur Erkenntnis, dass die in Abs 4 leg cit angesprochenen *Maßnahmen* an sich auch solche strafrechtlicher Natur umfassen: In Abs 2 leg cit ist im Zusammenhang mit der Bekämpfung von betrügerischen Handlungen gegen die eigenen finanziellen Interessen ebenso von *Maßnahmen* die Rede, und diese umfassen in den nationalen Rechtsordnungen (zumindest auch) strafrechtliche Sanktionen.³³⁴

Auch wenn nach Abs 4 S 1 leg cit eine originäre Kompetenz der EU/EG bezüglich des Strafrechts nicht ausgeschlossen ist, so macht doch gleich darauf der 2. Satz des Art 280 Abs 4 EGV stutzig:

*„Die Anwendung des Strafrechts der Mitgliedstaaten und ihre Strafrechtspflege bleibt von diesen Maßnahmen unberührt.“*³³⁵

³³³ Deklaratorisch in Bezug auf Maßnahmen der Betrugsbekämpfung (*Satzger*, Die Europäisierung des Strafrechts 434).

³³⁴ Siehe *Satzger*, Die Europäisierung des Strafrechts 139 und *Tiedemann*, EG und EU als Rechtsquellen des Strafrechts 1408 f.

³³⁵ Eine wortgleiche Formulierung findet sich in der Unberührtheitsklausel des letzten Satzes von Art 135 EGV (Zusammenarbeit im Zollwesen). Auf eine gesonderte Darstellung diesbezüglich wird deshalb verzichtet.

Durch diese unglücklichen Begrifflichkeiten³³⁶ ist eine am Wortlaut orientierte Interpretation schwierig³³⁷: Was haben sich die MS unter den Begriffen „*Anwendung des Strafrechts*“ bzw. „*bleibt...unberührt*“ gedacht?

Manche ziehen aus dem Begriff *Anwendung* fälschlicherweise die Schlussfolgerung, dass die MS nationales Strafrecht weiterhin setzen bzw. eben *anwenden* können und das Gemeinschaftsrecht nur „*komplementär* und *subsidiär*“³³⁸ ist, was eine Durchbrechung des gemeinschaftsrechtlichen Anwendungsvorrangs bedeuten würde.

Solch eine am vagen Wortlaut des Art 280 Abs 4 S 2 EGV orientierte Auslegung reicht mE jedoch keinesfalls aus, in dieser Formulierung eine Ausnahme von diesem allgemeinen Rechtsgrundsatz des Gemeinschaftsrechts erblicken zu können. Auch das „*bleibt...unberührt*“ in Abs 4 S 2 leg cit sollte nicht dahingehend missverstanden werden³³⁹.

Es gibt keinen Anhaltspunkt dafür, dass die Vertragsparteien (Art 31 Abs 4 WVK) der EU/EG mit Art 280 Abs 4 EGV eine originäre Strafrechtskompetenz verleihen wollten.

Zwei weitere gewichtige Umstände sprechen gegen eine originäre Strafrechtsbefugnis der EU/EG:³⁴⁰

Die Kom brachte im Zusammenhang mit ihrem *Grünbuch zum Schutz der finanziellen Interessen der Europäischen Gemeinschaften und zur Schaffung einer europäischen Staatsanwaltschaft*³⁴¹ einen Vorschlag eines (neuen) Art 280a EGV³⁴² ein. Nach dessen Abs 3 lit a erlässt der Rat im Rahmen des Mitentscheidungsverfahrens nach Art 251 EGV „*Vorschriften zur Festlegung der Tatbestandsmerkmale von Betrug und jeder anderen rechtswidrigen Handlung, die gegen die finanziellen Interessen der Gemeinschaft gerichtet ist, sowie die Strafen für alle Straftatbestände*“. Wäre die Ansicht jener, die bereits bisher in

³³⁶ Siehe auch *Satzger*, Die Europäisierung des Strafrechts 140.

³³⁷ Auch die englischsprachige Version ist insofern nicht aufschlussreicher: „*These measures shall not concern the application of national criminal law or the national administration of justice.*“

³³⁸ *Tiedemann*, EG und EU als Rechtsquellen des Strafrechts 1409, dem allerdings in weiterer Folge zuzustimmen ist, wenn er es ablehnt, dass es im Rahmen des Art 280 Abs 4 S 2 EGV lediglich darum gehe, das nationale Strafverfahren und die nationale „Strafrechtspflege“ iS einer Weitergeltung der nationalen Justizorganisation zu schützen (Hervorhebung durch den Verfasser).

³³⁹ Berücksichtigungswürdig ist jedoch die Ansicht von *Satzger*, Die Europäisierung des Strafrechts 140 f, der darauf verweist, dass das nationale Strafrecht auch einen strafrechtlichen Freiraum durch Nichtsanktionierung von bestimmten Verhaltensweisen schafft. Wenn nun die EU/EG Straftatbestände erlassen könnte, blieben die mitgliedstaatlichen Strafrechtsordnungen insofern nicht mehr „*unberührt*“.

³⁴⁰ Vgl in diesem Zusammenhang auch die Argumentation von *Böse*, Die Zuständigkeit der Europäischen Gemeinschaft für das Strafrecht; Zugleich Besprechung von EuGH, Urteil vom 13.9.2005, GA 2006, 211 (214 f), der die strafrechtliche Regelungsbefugnis der EU/EG im Rahmen von Art 280 EGV deswegen ausschließt, da der Betrug zum „Bereich des klassischen Kernstrafrechts“ gehört.

³⁴¹ KOM (2001) 715 endg.

³⁴² Drs KOM (2000) 608, 10 f.

Art 280 Abs 4 EGV eine Kompetenzgrundlage zum Erlass von originärem Strafrecht durch die EG gesehen haben, richtig, ist der Kom-Vorschlag zum neuen Art 280a EGV gar nicht notwendig – wenn man davon ausgeht, dass die Kom nicht bloß eine deklaratorische Vorschrift im Auge hatte.

Von ähnlicher Tragweite ist auch jener Schluss, der sich aus dem VvL mit seinen Änderungen bezüglich Art 280 EGV (dann AEUV)³⁴³ ziehen lässt: In Abs 4 leg cit wird nunmehr auf die strafrechtliche Unberührtheitsklausel verzichtet. Nimmt man an, dass die MS nicht nur zur Klarstellung von bereits bestehenden Kompetenzen auf diese Klausel verzichten, sondern der EU³⁴⁴ eine ausdrückliche Befugnis auf strafrechtlichem Gebiet im speziellen Bereich des Art 280 AEUV einräumen wollten, unterstützt dies die Zweifel an der Ansicht jener, die in Art 280 Abs 4 EGV (bereits jetzt) eine Kompetenzgrundlage zum Erlass von originärem Strafrecht erblicken.

Trotz einer Erwähnung von Art 135 und Art 280 Abs 4 EGV in der bereits weiter oben angeführten Entscheidung in der Rs „Umweltstrafrecht“ (Rn 52) bleibt es unklar, wie weit der EuGH den strafrechtlichen Anwendungsbereich dieser Artikel zieht: „Dass die Art. 135 EG[V] und 280 IV EG[V] die Anwendung des Strafrechts und des Strafverfolgungsrechts in den Bereichen der Zusammenarbeit im Zollwesen und der Bekämpfung der gegen die finanziellen Interessen der Gemeinschaft gerichteten Handlungen den Mitgliedstaaten vorbehalten, steht dem nicht entgegen.“³⁴⁵ Diesen Vorschriften lässt sich nämlich nicht entnehmen, dass im Rahmen der Durchführung der Umweltpolitik jede strafrechtliche Harmonisierung, und sei sie auch so begrenzt wie die des RBe, unzulässig wäre, selbst wenn sie zur Sicherstellung der Wirksamkeit des Gemeinschaftsrechts erforderlich ist.“

Über den Gehalt dieser mehrdeutig³⁴⁶ formulierten, somit mE wenig aussagekräftigen Ausführungen gibt es unterschiedliche Ansichten: So sehen manche darin eine Bestätigung der Annahme, dass „Art. 280 Abs. 4 EGV eine begrenzte Wahrnehmung strafrechtlicher Zuständigkeit durch die Gemeinschaft nicht ausschließt“³⁴⁷, andere die Erkenntnis des EuGH, „gerade diese Bestimmung [schützt] das nationale Strafrecht der Mitgliedstaaten vor

³⁴³ Vgl auch den insofern ähnlichen Art III-415 VVE.

³⁴⁴ Der Begriff EG wird im Zuge des VvL durch jenen der EU (die nach Art 1 Abs 3 S 2 EUV zF Rechtsnachfolgerin der EG ist und ausdrücklich – Art 47 EUV zF - Rechtssubjektivität zuerkannt bekommt) ersetzt.

³⁴⁵ Rs C-176/03 Rn 52 bezieht sich auf Rs C-176/03 Rn 51, wo der EuGH den Umweltschutz als Hauptzweck des zu überprüfenden RBe und Art 175 EGV als korrekte Rechtsgrundlage ansah.

³⁴⁶ In diese Richtung auch *Heger*, Urteilsanmerkung [Rs C-176/03], JZ 2006, 310 (312) Fn 28.

³⁴⁷ *Braum*, Europäische Strafgesetzgebung: Demokratische Strafgesetzlichkeit oder administrative Opportunität?, wistra 2006, 121 (124).

harmonisierenden Maßnahmen der EG“³⁴⁸, was aber strafrechtliche Rechtsangleichungshandlungen in anderen Bereichen, zB der Umweltpolitik, nicht ausschließe.

Im Ergebnis kann somit festgehalten werden, dass der EuGH in der Rs „Umweltstrafrecht“ keine Anhaltspunkte liefert, die zu einer anderen kompetenzrechtlichen Auslegung des 280 Abs 4 EGV (sowie des Art 135 EGV) führen würden. Die überwiegenden Argumente sprechen daher dafür, dass Art 280 Abs 4 EGV (und auch Art 135 EGV) der EU/EG keine Befugnis zum Erlass von originärem Strafrecht verleiht. Wenn nicht einmal jene Bestimmungen (Art 280 Abs 4 und Art 135 EGV), deren Wortlaut am ehesten noch den Eindruck vermittelt, die EU/EG sei befugt, unmittelbar anwendbare strafrechtliche Maßnahmen zu setzen, der EU/EG eine originäre Strafrechtsbefugnis zugestehen, so kann dies bei anderen Kompetenzvorschriften umso weniger zutreffen.³⁴⁹

Abschließend sei noch erwähnt, dass nicht einmal der Wortlaut der Art 29 ff EUV³⁵⁰ zur Annahme berechtigt, dass auf ihrer Grundlage originäre Rechtsmaßnahmen im strafrechtlichen Bereich erlaubt sind: Unmittelbar wirksames Strafrecht kann somit auch nicht auf Bestimmungen der dritten Säule gestützt werden.

³⁴⁸ *Diem*, Die "safe-harbor"-Verordnung und das Urteil des EuGH zum Rahmenbeschluss über den Schutz der Umwelt durch das Strafrecht, *wistra* 2006, 366 (369).

³⁴⁹ Insofern ist die (auf Art 175 Abs 1 EGV bezogene) Ansicht von *Foerster*, (Umwelt-) Strafrechtliche Maßnahmen im Europarecht; Bedeutung des EuGH-Urteils Rs C-176/03, Kommission/Rat (2007) 62, wonach es keine „gemeinschaftsrechtliche Grundlage“ für eine Beschränkung der Handlungsform gibt, unrichtig.

³⁵⁰ Vgl dazu ausführlich Kap V) B.).

F. Strafrechtliche Harmonisierungskompetenzen

Die vorliegende Arbeit soll sich jedoch im Folgenden auf jene Fragestellung konzentrieren, die – vgl nur die diesbezügliche jüngere Rsp³⁵¹ - derzeit die größte Brisanz für sich beanspruchen kann: Verfügt die EU/EG über die Kompetenz, quasi über Art 10 EGV hinausgehend³⁵² bzw ohne auf diese Vorschrift angewiesen zu sein, Maßnahmen zu erlassen, die die MS zur Einführung oder Angleichung (auch) von strafrechtlichen Bestimmungen verpflichten?

Wenn ja – so die zentrale Frage der vorliegenden Untersuchung: Welche Rechtsgrundlagen kommen hierfür in Betracht? Und: In welchem Ausmaß besteht solch eine Kompetenz?

Ausgangspunkt der Beantwortung dieses Fragenkomplexes ist jener: Findet sich im primären Gemeinschafts- oder Unionsrecht überhaupt eine Kompetenznorm wieder, welche die EU/EG zur strafrechtlichen Rechtsangleichung befähigt?

Mit Blick auf den EUV lässt sich diese Frage ohne Zweifel bejahen: So bestimmt zB Art 31 Abs 1 lit e EUV³⁵³, dass „[d]as gemeinsame Vorgehen im Bereich der justiziellen Zusammenarbeit in Strafsachen...die schrittweise Annahme von Maßnahmen zur Festlegung von Mindestvorschriften über die Tatbestandsmerkmale strafbarer Handlungen und die Strafen in den Bereichen organisierte Kriminalität, Terrorismus und illegaler Drogenhandel [einschließt].“

Darüber hinaus gibt es durchaus Gründe zur Annahme, dass auch die ersten Säule den Erlass von strafrechtlichen Rechtsangleichungsmaßnahmen ermöglicht bzw sogar gebietet. Die Entscheidungen des EuGH in den Rs „Umweltstrafrecht“, „Meeresverschmutzung“ und „VDS“ bestätigen dies.

Im folgenden Kap sollen die Aussagen dieser Rsp genauso einer kritischen Überprüfung unterzogen werden wie die jener Entscheidung (verb Rs „Fluggastdaten“), die sich zwar nicht mit der Rechtmäßigkeit einer *Harmonisierungsmaßnahme* an sich, jedoch auch mit der Frage nach strafrechtlichen Kompetenzen im Bereich des EGV befasst hat.

³⁵¹ Rs „Umweltstrafrecht“, „Fluggastdaten“, „Meeresverschmutzung“ und „VDS“.

³⁵² Siehe dazu *Satzger*, Die Europäisierung des Strafrechts 460.

³⁵³ Vgl dazu eingehend in Kap V) B.) 1.) a.).

Dabei wird jedoch auf einen sich nach dieser Rsp orientierenden Aufbau verzichtet. Anknüpfungs- bzw Gliederungspunkte sollen vielmehr jene Rechtsgrundlagen sein, die – mit Blick auf die bisherige Lit und Rsp – als Kompetenznormen für strafrechtliche Harmonisierungsmaßnahmen in Betracht kommen.

V Strafrechtliche Rechtsangleichungskompetenzen

Im Rahmen der Untersuchung nach Rechtsgrundlagen für eine Angleichungskompetenz auf strafrechtlichem Gebiet werden zunächst Vorschriften des EGV einer Analyse zugeführt. Anschließend wird dargelegt, inwiefern die Bestimmungen des EUV (die dritte Säule) für strafrechtliche Harmonisierungsmaßnahmen herangezogen werden können. Wie bereits erwähnt, wird dabei auf die (jüngere) Rsp eingegangen, wobei der Schwerpunkt in der die VDS-RL betreffenden Rs C-301/06 („VDS“) liegt, wo der Gerichtshof am 10.02.2009 zu einer Entscheidung kam.

A. Rechtsgrundlagen des EGV

Ausgangspunkt der Frage, ob Bestimmungen des EGV der EU/EG die Kompetenz zum Erlass von strafrechtlichen Rechtsangleichungsmaßnahmen verleihen, ist – wie bei jedem Interpretationsvorgang³⁵⁴ - der Wortlaut der fraglichen Vorschriften.

Mit anderen Worten: Führt schon eine grammatikalische Auslegung zum Ergebnis, dass der EGV keine Normen enthält, die zur Harmonisierung auf strafrechtlichem Gebiet ermächtigen und somit, dem Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung entsprechend, die EU/EG im Rahmen der ersten Säule diesbezüglich nicht tätig werden darf?

Betrachtet man hierfür sowohl den Wortlaut der einzelnen Spezialermächtigungen (zB Art 80 Abs 2 iVm Art 71 und Art 175 Abs 1 iVm Art 174 EGV) als auch den der generalklauselartigen Kompetenznormen (Art 94 ff, Art 308 EGV), so lässt sich daraus zunächst nichts entnehmen, was strafrechtliche Angleichungsmaßnahmen auf deren Grundlage verbieten würde.³⁵⁵

³⁵⁴ Siehe dazu Kap I) B.).

³⁵⁵ Satzger, Die Europäisierung des Strafrechts 409, 413, 419; Wasmeier/Thwaites, Eur Law Rev 2004, 628, 630 f. Anders könnte sich die Situation für Maßnahmen nach Art 135 S 1 und Art 280 Abs 4 S 1 EGV darstellen (siehe die entsprechenden Formulierungen in Art 135 S 2 und Art 280 Abs 4 S 2 EGV). Vgl dazu die Erläuterungen bezüglich einer originären Strafrechtskompetenz in Kap IV) E.).

Doch genügt dies jenen Vorgaben des Art 5 Abs 1 EGV, welche der EU/EG bei ihrer Tätigkeit die „Grenzen der ihr in diesem Vertrag zugewiesenen Befugnisse und gesetzten Ziele“ aufzeigen? Die Beantwortung dieser für diese Arbeit zentralen Frage schließt sich an die (beispielhafte) Erläuterung der Spezial- und Generalermächtigungen des EGV, welche für strafrechtliche Harmonisierungsmaßnahmen prinzipiell in Betracht kommen, an. Der als Rechtsgrundlage der VDS-RL dienende und somit ausführlich zu erörternde Art 95 EGV wird hierbei am Ende analysiert, was zur Folge hat, dass hinsichtlich der Generalermächtigungen der numerische Aufbau der Darstellung durchbrochen wird.

1. Art 175 EGV

Da eine einschlägige Rsp des EuGH vorhanden ist, sei stellvertretend für andere Spezialermächtigungen³⁵⁶ des EGV auf Art 175 Abs 1 iVm Art 174 EGV verwiesen, um anhand derer der Frage nachzugehen, ob aufgrund von gemeinschaftsrechtlichen Spezialvorschriften strafrechtliche Harmonisierungsmaßnahmen erlassen werden können.

a. Tatbestand

Art 175 Abs 1 EGV lautet:

„Der Rat beschließt gemäß dem Verfahren des Artikels 251 [EGV] und nach Anhörung des Wirtschafts- und Sozialausschusses sowie des Ausschusses der Regionen über das Tätigwerden der Gemeinschaft zur Erreichung der in Artikel 174 [EGV]³⁵⁷ genannten Ziele.“

³⁵⁶ Vgl dazu Satzger, Die Europäisierung des Strafrechts 408 ff.

³⁵⁷ Siehe dazu den insofern relevanten Abs 1 leg cit:

„Die Umweltpolitik der Gemeinschaft trägt zur Verfolgung der nachstehenden Ziele bei:

- Erhaltung und Schutz der Umwelt sowie Verbesserung ihrer Qualität;*
- Schutz der menschlichen Gesundheit;*
- umsichtige und rationelle Verwendung der natürlichen Ressourcen;*
- Förderung von Maßnahmen auf internationaler Ebene zur Bewältigung regionaler oder globaler Umweltprobleme.“*

Der Wortlaut dieser Rechtsgrundlage bietet zunächst keinen Anhaltspunkt³⁵⁸ dafür, dass die EG/EU auf ihnen fußende strafrechtliche Rechtsangleichungsmaßnahmen erlassen kann.

Nach der Doktrin der *implied powers*³⁵⁹ (deren Gültigkeit aus rechtsdogmatischer Sicht außer Zweifel steht), die neben expliziten Befugnissen auch solche - impliziten - anerkennt, die zur (zweckmäßigen) Ausübung der ausdrücklichen Kompetenzbestimmungen notwendig sind, ist es mE jedoch durchaus denkbar, dass die EU/EG auf Art 175 Abs 1 iVm Art 174 EGV auch strafrechtliche Harmonisierungsmaßnahmen stützen kann.

Hierzu sei ein Blick auf die (jüngere) Rsp des EuGH geworfen: In der bereits erwähnten Rs C-176/03 („Umweltstrafrecht“) hatte sich der Gerichtshof mit der Frage zu befassen, ob der **RBe 2003/80/JI des Rates vom 27.11.2003 über den Schutz der Umwelt durch das Strafrecht**, der die MS erstmals explizit zum Erlass von strafrechtlichen Sanktionen verpflichtete³⁶⁰, zu Recht auf Art 34 iVm Art 29 und Art 31 lit e EUV gestützt wurde bzw Teile des RBe nicht auf Art 175 Abs 1 iVm Art 174 EGV hätten gestützt werden müssen. Der EuGH führte aus³⁶¹, dass der Gemeinschaftsgesetzgeber berechtigt sei,

„Maßnahmen in Bezug auf das Strafrecht der Mitgliedstaaten zu ergreifen, die seiner Meinung nach erforderlich sind, um die volle Wirksamkeit der von ihm zum Schutz der Umwelt erlassenen Rechtsnormen zu gewährleisten, wenn die Anwendung wirksamer, verhältnismäßiger und abschreckender Sanktionen durch die zuständigen nationalen Behörden eine zur Bekämpfung schwerer Beeinträchtigungen der Umwelt unerlässliche Maßnahme darstellt.“

In der dem Urteil in der Rs „Umweltstrafrecht“ ähnlichen, ebenfalls bereits erwähnten Entscheidung in der Rs C-440/05 („Meeresverschmutzung“) griff der EuGH diese Argumentationsweise ausdrücklich auf: Hier stand die richtige Rechtsgrundlage des **RBe 2005/667/JI des Rates vom 12.07.2005 zur Verstärkung des strafrechtlichen Rahmens zur Bekämpfung der Verschmutzung durch Schiffe** zur Disposition, wobei es um die Frage ging, ob nicht Art 80 Abs 2 EGV³⁶² Teilen dieses RBe zugrunde zu legen wäre.

³⁵⁸ AA Wasmeier/Thwaites, Eur Law Rev 2004, 632.

³⁵⁹ Kap II) B.) 2.) c.).

³⁶⁰ Streinz, Urteilsanmerkung [Rs C-176/03], JuS 2006, 164 (166). Vgl in diesem Zusammenhang auch die Darstellung von Heigenhauser, Verteilung der Zuständigkeiten bei strafrechtlichen Maßnahmen zwischen Erster und Dritter Säule der EU, JAP 2005/06, 212.

³⁶¹ Rs „Umweltstrafrecht“ Rn 48.

³⁶² „Der Rat kann mit qualifizierter Mehrheit darüber entscheiden, ob, inwieweit und nach welchen Verfahren geeignete Vorschriften für die Seeschifffahrt und Luftfahrt zu erlassen sind.“

Der Gerichtshof war diesbezüglich – insoweit vergleichbar mit der Rs „Umweltstrafrecht“ – der Ansicht, dass verschiedene Artikel des RBe 2005/667/JI „im Wesentlichen die Verbesserung der Sicherheit des Seeverkehrs und den Umweltschutz zum Ziel [haben] und wirksam auf der Grundlage von Art. 80 Abs. 2 EG[V] [hätten] erlassen werden können.“³⁶³

Eine im Gegensatz zur Entscheidung in der Rs „Umweltstrafrecht“ wichtige Einschränkung der strafrechtlichen Harmonisierungskompetenz statuierte der Gerichtshof jedoch dahingehend, dass „[d]ie Bestimmung von Art und Maß der anzuwendenden Sanktionen...nicht in die Zuständigkeit der Gemeinschaft [fällt].“³⁶⁴

b. Ergebnis

Vergegenwärtigt man sich die Essentialia der *implied powers*-Lehre, die den Wortlaut von Kompetenzbestimmungen um implizite, zweckmäßige Befugnisse erweitert, ist es also vorstellbar (und durch die Rsp des EuGH mittlerweile auch bestätigt worden), dass Spezialermächtigungen des EGV wie Art 175 Abs 1 iVm Art 174 EGV zum Erlass von strafrechtlichen Harmonisierungsmaßnahmen herangezogen werden können.³⁶⁵

Im Rahmen dieser Bestimmung ist, so der EuGH unter Verweis auf seine frühere Rsp, „*der Gemeinschaftsgesetzgeber...u.a. für den Erlass von ‚Maßnahmen zur Verbesserung der Verkehrssicherheit‘ und ‚aller sonstigen zweckdienlichen Vorschriften‘ im Bereich der Seeschifffahrt zuständig*“ (siehe Art 71 Abs 1 lit c und d EGV) (Rs „Meeresverschmutzung“ Rn 58).

³⁶³ Rs „Meeresverschmutzung“ Rn 69.

³⁶⁴ Rs „Meeresverschmutzung“ Rn 70.

³⁶⁵ Zu jenen Argumenten, die dennoch gegen eine strafrechtliche Angleichungskompetenz der EU/EG sprechen können, vgl Kap V) B.) 2.) und 3.).

c. Übertragbarkeit dieser Rsp

Inwiefern sind die kompetenzrechtlichen Ausführungen des EuGH in den Rs „Umweltstrafrecht“ und „Meeresverschmutzung“ auf andere Rechtsgrundlagen überhaupt übertragbar?³⁶⁶

Eine ausdrückliche Festlegung in puncto möglicher Verallgemeinerung seiner Thesen lässt der EuGH in beiden Entscheidungen vermissen.³⁶⁷ So weisen entscheidende Aussagen des Gerichtshofs³⁶⁸ einen ausdrücklichen Bezug zum Umweltschutz auf, was die Vermutung nahelegt, die Rsp des EuGH sei nicht (ohne weiteres) auf andere Kompetenzgrundlagen übertragbar.

Das EP ist bezüglich einer extensiven Interpretation des Urteils in der Rs „Umweltstrafrecht“ skeptisch und „fordert die Kommission auf, die Schlussfolgerungen des Gerichtshofs nicht automatisch auf jeden weiteren möglichen Themenbereich der ersten Säule auszudehnen“³⁶⁹.

Demgegenüber hält die Kom die Entscheidung in der Rs „Umweltstrafrecht“ für „ein Grundsatzurteil, dessen Bedeutung weit über den Bereich des Umweltschutzes hinausreicht, da dieselbe Argumentation auch ausnahmslos auf die übrigen gemeinsamen Politiken und die vier Grundfreiheiten (Freizügigkeit sowie freier Waren-, Dienstleistungs- und Kapitalverkehr) Anwendung finden kann.“³⁷⁰

Auch der Rat, der in einer (bezüglich einzelner Sachgebiete) generalisierenden Art und Weise Schlussfolgerungen aus dem Urteil in der Rs „Umweltstrafrecht“ zieht, dürfte die Rsp des EuGH für verallgemeinerungsfähig halten. Im Vergleich zur Kom sind seine Aussagen jedoch restriktiver, was die strafrechtliche Regelungsweite innerhalb der ersten Säule anlangt.³⁷¹

ME ist zu erwarten, dass der Gerichtshof in mit den Rs „Umweltstrafrecht“ und „Meeresverschmutzung“ vergleichbaren Fällen ähnlich entscheiden wird - wenn sich

³⁶⁶ Vgl hierfür *Dawes/Lynskey*, The ever-longer arm of EC Law: The extension of Community competence into the field of Criminal Law, CMLR 2008, 131 (140 ff).

³⁶⁷ *Calliess*, ZEuS 2008, 31; *Dawes/Lynskey*, CMLR 2008, 133 und *Fromm*, ZIS 2008, 174 (bezüglich der Rs „Meeresverschmutzung“).

³⁶⁸ Rs „Umweltstrafrecht“ Rn 48 und 51; Rs „Meeresverschmutzung“ Rn 66.

³⁶⁹ P6_TA(2006)0260 Nr 3.

Weitere Anhaltspunkte für die zurückhaltende Auslegung des EP finden sich in den ErwGr J und L sowie in Nr 9 f.

³⁷⁰ KOM (2005) 583 endg, Nr 6.

Unter weiter (Nr 8 leg cit): „Materiellrechtlich gesehen gilt die Argumentation des Gerichtshofs folglich nicht nur für den Umweltschutz“. Vgl auch *Fromm*, ZIS 2008, 176.

³⁷¹ Rat 6053/06 und 6466/06.

beispielsweise einmal die Frage stellt, ob es eine auf Art 95 EGV gestützte strafrechtliche Annexkompetenz gibt.³⁷²

Der Wortlaut von Art 95 Abs 1 EGV lädt die EU/EG geradezu dazu ein, im Sinne der Entscheidung in der Rs „Umweltstrafrecht“ strafrechtliche Rechtsangleichungsmaßnahmen zu verabschieden, die ihrer Ansicht nach zur Gewährleistung der *vollen Wirksamkeit* der dem Binnenmarkt dienenden Vorschriften notwendig sind, *wenn die Anwendung wirksamer, verhältnismäßiger und abschreckender Sanktionen durch die zuständigen nationalen Behörden unerlässlich ist*, um schwere Beeinträchtigungen des Binnenmarktziels zu verhindern bzw zu bekämpfen.

³⁷² Für eine prinzipielle Übertragbarkeit spricht sich auch Zeder, öAnwBl 2008, 255, aus.

2. Art 94 EGV

Diese Bestimmung hat zwar ihren Charakter als „Rechtsangleichungs-Grundnorm“³⁷³ verloren.³⁷⁴ Dies ist wohl darauf zurückzuführen, dass sie gegenüber dem später eingeführten, das Mitentscheidungsverfahren nach Art 251 EGV vorsehenden Art 95 EGV³⁷⁵ nur subsidiär³⁷⁶ anwendbar ist.³⁷⁷

Nichtsdestotrotz spricht die funktionale Ausrichtung³⁷⁸ dieser Generalermächtigungsnorm prinzipiell dafür, sie nicht nur für „wirtschaftlich relevante Sachverhalte“, sondern zB auch für den Erlass von strafrechtlichen Harmonisierungsmaßnahmen heranzuziehen.³⁷⁹

Dies soll anhand einer kurzen Erläuterung der wesentlichen Tatbestandsvoraussetzungen des folgendermaßen lautenden Art 94 EGV verdeutlicht werden:

„Der Rat erlässt einstimmig auf Vorschlag der Kommission und nach Anhörung des Europäischen Parlaments und des Wirtschafts- und Sozialausschusses Richtlinien für die Angleichung derjenigen Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten, die sich unmittelbar auf die Errichtung oder das Funktionieren des Gemeinsamen Marktes auswirken.“

Trotz des Terminus „**Angleichung**“ ist es weder erforderlich, dass die in Aussicht genommenen, zu harmonisierenden Vorschriften tatsächlich unterschiedlich sind³⁸⁰, noch dass in allen MS bereits eine entsprechende Regelung existiert (auch das Fehlen einer Norm

³⁷³ Kahl in Calliess/Ruffert (Hg), EUV/EGV³ (2007) Art 94 EGV Rz 3 und Tietje in Grabitz/Hilf (Hg), Das Recht der Europäischen Union (27. Ergänzungslieferung 2005) Art 94 EGV Rz 1, unter Verweis auf Oppermann.

³⁷⁴ Kahl, Art 94 EGV Rz 19 und Tietje, Art 94 EGV Rz 1 f und 38.

³⁷⁵ Siehe dazu Kap V) A.) 5.).

³⁷⁶ Kahl, Art 94 EGV Rz 16. Die nachrangige Stellung des Art 94 EGV (Art 115 AEUV) kommt im VvL dadurch zum Ausdruck, dass er mit Art 95 EGV (Art 114 AEUV) die Position wechselt sowie in ihm die Formulierung „*unbeschadet des Artikels Art 114 [AEUV]*“ aufgenommen wird.

Angesichts der schon bisher festzustellenden (weitgehenden) Bedeutungslosigkeit des Art 94 EGV wäre es besser gewesen, diese Bestimmung zur streichen (siehe dazu Kahl, Art 94 EGV Rz 22).

³⁷⁷ Aufgrund von primär heranzuziehenden Spezialvorschriften ist der tatsächliche Regelungsbereich des Art 94 EGV hinsichtlich der Bereichsausnahmen des Art 95 Abs 2 EGV auf Bestimmungen bezüglich direkter Steuern begrenzt. Siehe dazu Kahl, Art 94 EGV Rz 4, 17 und Tietje, Art 94 EGV Rz 1, 38.

³⁷⁸ Das bedeutet jedoch nicht, dass die Rechtsangleichung lediglich einen Selbstzweck erfülle (Kahl, Art 94 EGV Rz 2 und Taschner in Schwarze/von der Groeben [Hg], Kommentar zum Vertrag über die Europäische Union und zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft⁶ [2003] Art 94 EGV Rz 39).

³⁷⁹ Taschner, Art 94 EGV Rz 35.

³⁸⁰ Kahl, Art 94 EGV Rz 9; Taschner, Art 94 EGV Rz 3 und Tietje, Art 94 EGV Rz 13.

kann den Gemeinsamen Markt beeinträchtigen)³⁸¹. Auch die präventive Rechtsangleichung ist möglich – wenn es also im betreffenden Sachbereich noch gar keine Bestimmung in den MS gibt.³⁸² Somit käme nach diesen Vorgaben auch die völlige Neuschaffung von strafrechtlichen Materien durch die EU/EG nach Art 94 EGV in Betracht.

Eine Definition des **Gemeinsamen Marktes** sucht man im EGV vergebens. In der Lit³⁸³ haben sich verschiedene Auslegungsvarianten herausgebildet, die zT dem Begriff jede Eigenständigkeit gegenüber jenem der EG nehmen. In Anbetracht von Wortlaut und Gesetzssystematik (Art 2 EGV) erscheint es jedoch angebracht, zwischen den Bereichen Wirtschaftsunion, Währungsunion, Landwirtschaft, Verkehr, Außenhandel und eben Gemeinsamer Markt zu unterscheiden³⁸⁴, damit Letzterer nicht zur Bedeutungslosigkeit verkommt.³⁸⁵

Erwähnenswert ist, dass der EuGH den Gemeinsamen Markt enger („dessen Bedingungen denjenigen eines wirklichen Binnenmarktes nahe kommen“³⁸⁶) als den Binnenmarkt³⁸⁷ definiert und ausdrücklich³⁸⁸, in dem er auf die Art 2 und 3 EGV verweist, „unverfälschte Wettbewerbsbedingungen“ in letzteren Begriff mit einbezieht³⁸⁹.³⁹⁰ Trotz bestehender Unterschiede zwischen den Begriffen des Gemeinsamen Marktes und des Binnenmarktes ergeben sich daraus aber keine tatbestandsmäßigen Auswirkungen auf Art 94 EGV.³⁹¹

Dass das Kriterium des Gemeinsamen Marktes keine (große) Hürde für den Erlass von strafrechtlichen Maßnahmen darstellt, ergibt sich aber vor allem durch das in der Praxis bedeutungslos gebliebene³⁹² und schwer zu fassende³⁹³ Begriffspaar

³⁸¹ Kahl, Art 94 EGV Rz 9; Taschner, Art 94 EGV Rz 33; Tietje, Art 94 EGV Rz 11.

³⁸² Kahl, Art 94 EGV Rz 9, 18; Taschner, Art 94 EGV Rz 22, 34; Tietje, Art 94 EGV Rz 12.

AA Satzger, Die Europäisierung des Strafrechts 420 f.

³⁸³ Siehe die Nachweise bei Schwartz, Art 308 EGV Rz 148 ff.

³⁸⁴ Vgl Schwartz, Art 308 EGV Rz 153. Zur Frage des Verhältnisses zwischen den Begriffen des Gemeinsamen Marktes und des Binnenmarktes siehe sogleich.

³⁸⁵ Grabitz, Art 235 EGV Rz 58, sieht den Gemeinsamen Markt von den Elementen Marktfreiheit, Marktgleichheit und Wettbewerbsfreiheit umfasst. Vgl auch Rossi, Art 308 EGV Rz 38 f.

³⁸⁶ EuGH 05.05.1982 Rs 15/81 (*Gaston Schul*) Slg 1982, 01409 Rz 33.

³⁸⁷ Die Zweifel von Zacker, Binnenmarkt und Gemeinsamer Markt, RIW 1989, 489 (489), ob der EuGH „mit ‚Binnenmarkt‘ nicht eher binnenmarktähnliche Verhältnisse meinte“, sind angesichts der klaren Formulierung im Urteil unbegründet: Dem EuGH kann mE nicht unterstellt werden, dass er mit einem *wirklichen Binnenmarkt* nur *binnenmarktähnliche Verhältnisse* meinte.

³⁸⁸ Siehe dazu die bereits erwähnte Rs „Titandioxid“ Rn 14.

³⁸⁹ Letztgenannter Aspekt wird – wie noch zu zeigen sein wird – für die vorliegende Arbeit von besonderer Relevanz sein.

³⁹⁰ Durch den VvL wird der Begriff des Gemeinsamen Marktes durch jenen des Binnenmarktes ausnahmslos ersetzt, was deren problematisches Nebeneinander beendet. Siehe dazu *Beutel* in Vedder/Heintschel von Heinegg (Hg), Europäischer Verfassungsvertrag (2007) Artikel III-130 Rz 6.

³⁹¹ Tietje, Art 94 EGV Rz 4.

³⁹² Kahl, Art 94 EGV Rz 12 und Taschner, Art 94 EGV Rz 37.

„**unmittelbar...auswirken**“, in das es eingebettet ist. Eine tatsächliche Beeinträchtigung des Gemeinsamen Marktes ist hierbei gar nicht erforderlich ist³⁹⁴, was eine Nähe zum vergleichbaren Tatbestandsmerkmal des Art 308 EGV³⁹⁵ suggeriert.³⁹⁶ In Anbetracht des Prinzips der begrenzten Einzelermächtigung (5 Abs 1 EGV) sollte jedoch ein gewisser Bezug³⁹⁷ der anzugleichenden nationalen Vorschriften zum Gemeinsamen Markt gegeben sein, damit dieses Tatbestandskriterium nicht gänzlich leer läuft.

Mit Blick auf Art 3 Abs 1 lit h EGV³⁹⁸ ergibt sich eine weitere Tatbestandsvoraussetzung des Art 94 EGV: Die Rechtsangleichung muss für das Funktionieren³⁹⁹ des Gemeinsamen Marktes **erforderlich** sein.⁴⁰⁰ Dieses Erforderlichkeitskriterium darf aber nicht mit jenem von Art 5 Abs 2 und 3 EGV verwechselt werden, da man in Art 3 Abs 1 lit h EGV ein Tatbestandsmerkmal des Art 94 EGV sehen muss, das SP und das VP aber prinzipiell erst bei Bejahen der tatbestandsmäßigen Voraussetzungen einer Vorschrift überprüft werden müssen. Angesichts des auch hier zu konstatierenden Beurteilungsspielraums ist es mE mehr als fraglich, ob der Erlass von strafrechtlichen Harmonisierungsmaßnahmen an diesem Kriterium scheitern könnte.

Ein grober Überblick über die Tatbestandsmerkmale des Art 94 EGV macht bereits deutlich, dass es prinzipiell denkbar ist, auch strafrechtliche Rechtsangleichungsmaßnahmen auf diese Kompetenzgrundlage zu stützen:⁴⁰¹ Zwar könnte im Einzelfall der Nachweis, dass nationales, anzugleichendes Strafrecht⁴⁰² auf wirtschaftliche Dispositionen durch betroffene Unternehmen Einfluss hat, schwierig sein.⁴⁰³ Angesichts der dürftigen Aussagekraft der Kriterien „*unmittelbar auf die Errichtung und das Funktionieren des Gemeinsamen Marktes*

³⁹³ Taschner, Art 94 EGV Rz 37 und Tietje, Art 94 EGV Rz 24, zweifeln zu Recht an der rechtlichen Aussagekraft dieses Merkmals.

³⁹⁴ Taschner, Art 94 EGV Rz 36. AA Kahl, Art 94 EGV Rz 12.

Für den EuGH genügt bereits die Geeignetheit der anzugleichenden Rechtsvorschriften, sich unmittelbar auf den Gemeinsamen Markt auszuwirken (EuGH 16.12.1976 Rs 33/76 (*Rewe*) Slg 1976, 01989 Rn 5).

³⁹⁵ „[I]m Rahmen des Gemeinsamen Marktes“. Siehe dazu Kap V A.) 4.).

³⁹⁶ Vgl in diesem Zusammenhang auch Satzger, Die Europäisierung des Strafrechts 422 f.

³⁹⁷ So könnte zumindest die Frage gestellt werden, ob eine negative Auswirkung von mitgliedstaatlichen Normen auf den Gemeinsamen Markt nicht ganz ausgeschlossen werden kann.

³⁹⁸ Insofern ist es nicht richtig, wenn Kahl, Art 94 EGV Rz 24, hier von einem „ungeschriebene[n] Tatbestandsmerkmal“ spricht.

³⁹⁹ Mittlerweile muss davon ausgegangen werden, dass die „Errichtung...des Gemeinsamen Marktes“ bereits abgeschlossen ist (Taschner, Art 94 EGV Rz 39).

⁴⁰⁰ Siehe dazu Kahl, Art 94 EGV Rz 13.

⁴⁰¹ So ist auch die in Art 94 EGV einzig vorgesehene Rechtsaktform (RL) geradezu prädestiniert für Harmonisierungsvorschriften.

⁴⁰² Denkbar wären zB Bestimmungen im Bereich des Lebensmittel- oder Kartellstrafrechts.

⁴⁰³ Siehe dazu die ausführliche Untersuchung von Satzger, Die Europäisierung des Strafrechts 419 ff.

auswirken“ und *„erforderlich*“ wird dies jedoch in den meisten Fällen durch den weiten Beurteilungsspielraum der Unionsorgane kompensiert werden.⁴⁰⁴

⁴⁰⁴ Zu jenen Argumenten, die dennoch gegen eine strafrechtliche Angleichungskompetenz der EU/EG sprechen können, vgl Kap V) B.) 2.) und c.).

3. Art 96 EGV⁴⁰⁵

Trotz seiner geringen Bedeutung in der bisherigen Rechtspraxis⁴⁰⁶ stellt sich angesichts des Wortlauts dieser Bestimmung und seiner punktuellen Ähnlichkeit mit Art 94 f EGV⁴⁰⁷ die Frage, ob nicht auch auf Art 96 EGV Harmonisierungsmaßnahmen mit strafrechtlichem Inhalt gestützt werden können.⁴⁰⁸

Art 96 EGV lautet folgendermaßen:⁴⁰⁹

„Stellt die Kommission fest, dass vorhandene Unterschiede in den Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten die Wettbewerbsbedingungen auf dem Gemeinsamen Markt verfälschen und dadurch eine Verzerrung hervorrufen, die zu beseitigen ist, so tritt sie mit den betreffenden Mitgliedstaaten in Beratungen ein.

Führen diese Beratungen nicht zur Beseitigung dieser Verzerrung, so erlässt der Rat mit qualifizierter Mehrheit auf Vorschlag der Kommission die erforderlichen Richtlinien.

Die Kommission und der Rat können alle sonstigen, in diesem Vertrag vorgesehenen zweckdienlichen Maßnahmen treffen.“

Art 96 EGV knüpft an bereits vorhandene – inhaltliche Unterschiede in den Rechtsordnungen der MS an⁴¹⁰, wobei dessen Anwendungsbereich wie derjenige nach Art 94 f leg cit nicht auf bestimmte Rechtsbereiche beschränkt ist.⁴¹¹

⁴⁰⁵ Im Gegensatz zu Art 96 EGV bezieht sich Art 97 EGV nicht auf bereits bestehende, sondern bevorstehende Wettbewerbsverzerrungen.

Aufgrund des unverbindlichen Charakters (Art 249 Abs 5 EGV) einer nach dieser Norm auszusprechenden Empfehlung (Em) kann für die hier interessierende Thematik auf eine weitere Untersuchung des Art 97 EGV verzichtet werden.

⁴⁰⁶ Bardenhewer/Pipkorn in Schwarze/von der Groeben (Hg), Kommentar zum Vertrag über die Europäische Union und zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft⁶ (2003) Art 96 EGV Rz 1; Langeheine/Tietje in Grabitz/Hilf (Hg), Das Recht der Europäischen Union (27. Ergänzungslieferung 2005) Art 96 EGV Rz 2. Vgl auch Kahl in Calliess/Ruffert (Hg), EUV/EGV³ (2007) Art 96 EGV Rz 9.

Nichtsdestotrotz findet sich die Bestimmung – von einer kleiner Änderung abgesehen (Ersetzung des Begriffs des Gemeinsamen Marktes durch jenen des Binnenmarktes) – auch im AEUV (Art 116 leg cit) wieder.

⁴⁰⁷ So ist „[e]ine Rechtsangleichung nach Art. 94 und 95...neben Art. 96 [EGV] möglich“ (Kahl, Art 96 EGV Rz 8). Siehe auch Art 96 Abs 2 letzter Satz EGV, der einen Hinweis auf eine potentielle Anwendbarkeit von Art 94 f EGV beinhaltet (Bardenhewer/Pipkorn, Art 96 EGV Rz 19; Langeheine/Tietje, Art 96 EGV Rz 19 f).

⁴⁰⁸ Vgl dazu auch Satzger, Die Europäisierung des Strafrechts 433 f.

⁴⁰⁹ Hervorhebung durch den Verfasser.

⁴¹⁰ Bardenhewer/Pipkorn, Art 96 EGV Rz 3 f. Siehe auch Kahl, Art 96 EGV Rz 1.

⁴¹¹ Bardenhewer/Pipkorn, Art 96 EGV Rz 1.

Von einer **Verfälschung der Wettbewerbsbedingungen** kann dann gesprochen werden, „wenn staatliche Maßnahmen oder Vereinbarungen von Unternehmen die natürlichen und technischen Produktions- und Absatzbedingungen im Gemeinsamen Markt derart beeinflussen, daß bestimmte Unternehmen gegenüber ihren Konkurrenten besonders bevorteilt werden“.⁴¹²

Die **Wettbewerbsverzerrung** ist in diesem Zusammenhang als zusätzliche Qualifizierung zu betrachten⁴¹³ (siehe dazu die Wortfolge „und dadurch eine Verzerrung hervorrufen“), wobei „erstens ein Industriezweig mehr oder weniger belastet ist als der Durchschnitt der Gesamtwirtschaft des eigenen Landes und...zweitens eine entsprechende Mehr- oder Wenigerbelastung des gleichen Industriezweiges in einem anderen Mitgliedstaat nicht besteht.“⁴¹⁴ Der Kom steht ein weiterer Beurteilungsspielraum für die Beantwortung der Frage zur Verfügung, ob eine Wettbewerbsverzerrung vorliegt.⁴¹⁵

Die Formulierung „**die zu beseitigen ist**“ deutet auf die Beseitigungsbedürftigkeit der Wettbewerbsverzerrung hin: Wenn ein Wettbewerbsnachteil kompensiert werden kann und/oder die Verzerrung keine qualifizierte Auswirkung auf die Wettbewerbsbedingungen hat⁴¹⁶, ist der Erlass einer Maßnahme nach Art 96 EGV nicht möglich.

Das bisher zu Art 96 EGV Gesagte spricht dafür, diese Rechtsgrundlage auch für den Erlass von strafrechtlichen Rechtsangleichungsmaßnahmen heranzuziehen zu können.⁴¹⁷ Unter Zugrundelegung der Rsp in den Rs „Umweltstrafrecht“ und „Meeresverschmutzung“ ist es denkbar, dass auf Art 96 EGV gestützte Bestimmungen, die durch Rechtsangleichung Wettbewerbsverzerrungen beseitigen sollen, iSd *implied powers*-Lehre strafrechtlicher Begleitmaßnahmen bedürfen, damit ihre volle Wirksamkeit gewährleistet ist. Insofern würde

⁴¹² Bardenhewer/Pipkorn, Art 96 EGV Rz 6.

⁴¹³ Kahl, Art 96 EGV Rz 4; Langeheine/Tietje, Art 96 EGV Rz 8.

⁴¹⁴ So lautet die Definition einer „spezifische[n] Verzerrung“ im sog *Spaak*-Bericht (der den Verhandlungen zum EGV zu Grunde lag) und welche nach überwiegender Ansicht den Wortlaut des Art 96 EGV konkretisiert. Dabei wird jede Belastung zur Beurteilung herangezogen, ein Gesamtkostenvergleich ist nicht notwendig. Vgl dazu Kahl, Art 96 EGV Rz 4; Langeheine/Tietje, Art 96 EGV Rz 7 und Bardenhewer/Pipkorn, Art 96 EGV Rz 7 ff, welche die Übernahme der Auslegung im *Spaak*-Bericht auf Art 96 EGV aber kritisch sehen.

⁴¹⁵ Bardenhewer/Pipkorn, Art 96 EGV Rz 14, Kahl, Art 96 EGV Rz 7 und Langeheine/Tietje, Art 96 EGV Rz 13.

⁴¹⁶ Bardenhewer/Pipkorn, Art 96 EGV Rz 15 f (mit Verweis auf den *Spaak*-Bericht). Siehe auch Langeheine/Tietje, Art 96 EGV Rz 1 und 14.

⁴¹⁷ So wird in Abs 2 leg cit ausdrücklich auf „Richtlinien“ Bezug genommen. Siehe auch Bardenhewer/Pipkorn, Art 96 EGV Rz 19; Kahl, Art 96 EGV Rz 7 und Langeheine/Tietje, Art 96 EGV Rz 19.

der EU/EG auch die Befugnis zustehen, die MS zum Erlass von Maßnahmen im strafrechtlichen Bereich zu verpflichten.⁴¹⁸

Angesichts der Tatsache, dass Art 96 EGV bisher überhaupt bedeutungslos geblieben ist, werden mit großer Wahrscheinlichkeit aber auch in Zukunft keine auf diese Kompetenzgrundlage gestützten Strafrechtsmaßnahmen erlassen werden.

⁴¹⁸ Zu jenen Argumenten, die dennoch gegen eine strafrechtliche Angleichungskompetenz der EU/EG sprechen können, vgl Kap V) B.) 2.) und 3.).

4. Art 308 EGV

Auch die Generalermächtigungsvorschrift des Art 308 EGV legt - wie im Folgenden zu zeigen sein wird - den Schluss nahe, dass sie als Grundlage für den Erlass von strafrechtlichen Harmonisierungsmaßnahmen herangezogen werden kann.⁴¹⁹

Art 308 EGV lautet:

„Erscheint ein Tätigwerden der Gemeinschaft erforderlich, um im Rahmen des Gemeinsamen Marktes eines ihrer Ziele zu verwirklichen, und sind in diesem Vertrag die hierfür erforderlichen Befugnisse nicht vorgesehen, so erlässt der Rat einstimmig auf Vorschlag der Kommission und nach Anhörung des Europäischen Parlaments die geeigneten Vorschriften.“

Bereits der weit gefasste Wortlaut⁴²⁰ der Bestimmung lässt die große Bedeutung nachvollziehen, welche der Art 308 (ex-Art 235) EGV für die Entwicklung der E(W)G hatte.⁴²¹

Nichtsdestotrotz ist in Art 308 EGV keine Durchbrechung des Prinzips der begrenzten Einzelermächtigung zu sehen, vielmehr bekräftigt die Formulierung *„und sind in diesem Vertrag die hierfür erforderlichen Befugnisse nicht vorgesehen“* den Grundsatz des Art 5 Abs 1 EGV.⁴²² Werden die Tatbestandsvoraussetzungen des Art 308 EGV erfüllt und stützt die EU/EG eine Rechtshandlung auf diese Befugnisnorm, so ist dies kompetenzrechtlich nicht anders zu beurteilen wie beispielsweise die Heranziehung von Art 95 EGV. Mit Art 308 EGV wird keine Kompetenz-Kompetenz der EU/EG begründet.⁴²³

⁴¹⁹ Siehe dazu auch *Satzger*, Die Europäisierung des Strafrechts 437 ff.

⁴²⁰ Nach *Bungenberg*, Dynamische Integration, Art. 308 und die Forderung nach dem Kompetenzkatalog, EuR 2000, 879 (886), „kann Art. 308 [EGV] auch als politische Vorschrift gesehen werden“.

⁴²¹ *Rossi*, Art 308 EGV Rz 9.

Der erste Präsident der Kommission (EWG), *Walter Hallstein*, sah in ex-Art 235 E(W)GV einen Ausgleich für das unzulängliche Instrumentarium des EWGV (siehe dazu *Schwartz*, Art 308 EGV Rz 1).

Demgegenüber behauptet *Schroeder*, EuR 1999, 456, „[d]ie Vorschrift [des Art 308 EGV] hat ihre Schuldigkeit getan.“ Angesichts der durch die EEA und den VvM geschaffenen neuen Kompetenzen ist dieser Befund nicht (ganz) von der Hand zu weisen. Siehe dazu auch *Bungenberg*, EuR 2000, 885 und *Rossi*, Art 308 EGV Rz 10 f, denen zu Folge Art 308 EGV aber nicht bedeutungslos geworden ist.

⁴²² So zu Recht *Rossi*, Art 308 EGV Rz 60.

AA *Häde/Puttler*, Zur Abgrenzung des Art. 235 EGV von der Vertragsänderung, EuZW 1997, 13 (13) und *Lorenz/Pühs*, Eine Generalermächtigung im Wandel der Zeit: Art. 235 EG-Vertrag, ZG 1998, 142 (142).

Siehe dazu auch EuGH Gutachten 2/94 („EMRK-Beitritt“) Slg 1996 I-01759 Rn 13.

⁴²³ Vgl *Lorenz/Pühs*, ZG 1998, 143 und *Schwartz*, Art 308 EGV Rz 22.

Bevor auf die einzelnen Tatbestandsmerkmale eingegangen wird, sei an dieser Stelle erwähnt, dass Art 308 EGV nicht mit Art 48 EUV, der eine *Vertragsänderung* ermöglicht, gleichgesetzt werden darf.⁴²⁴

Der EuGH betonte in seinem bereits erwähnten Gutachten „EMRK“ (Rn 27 ff), dass die Grenzen des Art 308 EGV dann überschritten würden, wenn die Folgen einer darauf gestützten Rechtshandlung einer Vertragsänderung gleichkämen bzw von „verfassungsrechtlicher Dimension“ wären.

Angesichts der Textur des Art 308 EGV, dessen unbestimmte Rechtsbegriffe⁴²⁵ zu einer weiten Auslegung der Befugnisse der EU/EG führen können, bleibt die Abgrenzung zu Art 48 EUV ein schwieriges Unterfangen.⁴²⁶ Da die Vertragsänderung jedoch einem anderen Verfahrensablauf unterliegt, insbesondere in den MS ratifizierungsbedürftig ist, um in Kraft treten zu können (Art 48 Abs 3 EUV), dürfen die im Folgenden aufzuzeigenden Grenzen des Art 308 EGV nicht vernachlässigt werden.

Durch die Formulierung „**und sind in diesem Vertrag die hierfür erforderlichen Befugnisse nicht vorgesehen**“ wird der subsidiäre Charakter des Art 308 EGV hervorgehoben – nur dann, wenn andere Kompetenzgrundlagen des EGV nicht herangezogen werden können, darf grundsätzlich auf diese Bestimmung zurückgegriffen werden. Unter *Befugnissen* versteht man sowohl explizite als auch implizite, das heißt, dass auch etwaige *implied powers* die Anwendung von Art 308 EGV ausschließen können.⁴²⁷

Eine *alternative* Zugrundelegung von Art 308 EGV – wenn also genauso gut eine andere Kompetenzvorschrift für eine in Betracht gezogene Maßnahme gebraucht werden könnte – ist damit unzulässig.⁴²⁸ Dem besonderen Charakter der EU/EG würde es zuwiderlaufen, wenn

Rossi, Art 308 EGV Rz 6, sieht Art 308 EGV hingegen rechtsstaatlichen und demokratischen Bedenken ausgesetzt.

Dass Art 308 EGV „in begrenztem Umfang Vertragsänderungen zu[lässt], [da] streng genommen...die Schaffung und Ausübung neuer Befugnisse stets eine Modifikation des geschriebenen Vertragsrechts dar[stellt]“ (Häde/Puttler, EuZW 1997, 15, mit weiteren Lit-Hinweisen), ist falsch: Durch eine Kompetenzausübung nach Art 308 EGV wird das *geschriebene Vertragsrecht* gerade nicht geändert.

⁴²⁴ Siehe dazu Rossi, Art 308 EGV Rz 4 und 23 f.

⁴²⁵ Grabitz, Art 235 EGV Rz 11.

⁴²⁶ Rossi, Art 308 EGV Rz 76 f, verwendet in diesem Zusammenhang die Funktionsüberschreitung als „immanentes negatives Tatbestandsmerkmal“ des Art 308 EGV und verweist diesbezüglich auf das Gutachten „EMRK-Beitritt“ („gemessen an ihren Folgen“). Ein zusätzlicher Erkenntnisgewinn ist damit aber nicht verbunden.

⁴²⁷ Rossi, Art 308 EGV Rz 64; Schwartz, Art 308 EGV Rz 67 ff. Siehe in diesem Zusammenhang auch Grabitz, Art 235 EGV Rz 40; Häde/Puttler, EuZW 1997, 15 und Lorenz/Pühs, ZG 1998, 145.

Vgl zu den *implied powers* bereits in Kap II) B.) c.).

⁴²⁸ Vgl Grabitz, Art 235 EGV Rz 45 und Rossi, Art 308 EGV Rz 72.

die MS sich statt auf Art 308 EGV auf völkerrechtliche Vereinbarungen außerhalb von EUV und EGV stützen könnten.⁴²⁹

Aber auch dann, wenn der EGV der EU/EG (explizite oder implizite) Befugnisse verleiht, diese aber im Hinblick auf die Verwirklichung der Ziele entweder materiell oder bezüglich der vorgesehenen Mittel unzureichend sind, kann Art 308 EGV Anwendung finden.⁴³⁰ Angesichts der Tatsache, dass diese Bestimmung durch ihre besondere Fokussierung auf *alle* Gemeinschaftsziele einen weiten Anwendungsbereich geradezu einmahnt, erscheint diese Schlussfolgerung nachvollziehbar.⁴³¹

Mit dem Verbot einer alternativen Heranziehung wäre es hingegen unvereinbar, Art 308 EGV *gemeinsam* mit anderen Kompetenzvorschriften einer Maßnahme zugrunde zu legen.⁴³²

Nichtsdestotrotz ist es (allein) aufgrund der nur subsidiären Anwendbarkeit von Art 308 EGV in den seltensten Fällen denkbar, diese Rechtsgrundlage für den Erlass von strafrechtlichen Rechtsangleichungsmaßnahmen heranzuziehen: Konstellationen, in denen die Tatbestandsvoraussetzungen der primär anwendbaren 94 ff EGV nicht erfüllt werden, jene des Art 308 EGV hingegen schon, sind kaum vorstellbar.

Sollte aus *rein politischen Gründen* das Einstimmigkeitsprinzip forciert werden, muss der Vorrang des Art 94 EGV (sofern dieser prinzipiell anwendbar ist) gegenüber Art 308 EGV beachtet werden.

Durch die Formulierung „**erscheint...erforderlich**“ wird dem Gemeinschaftsgesetzgeber ein weiter Beurteilungsspielraum eingeräumt, da diese Wortfolge im Vergleich zu *erforderlich ist* den Ermessensbereich der Unionsorgane zwangsläufig vergrößert.⁴³³

Damit bleibt das Ermessen zwar ein gebundenes⁴³⁴, angesichts der hM und va der Rsp-Praxis des EuGH, dass nur die Ermessensgrenzen zu überprüfen sind⁴³⁵, wird diese Bindung der EU/EG beim Erlass von Rechtsmaßnahmen nach Art 308 EGV keine allzu intensive sein. In diesem Sinne ist es auch nachvollziehbar, dass dem Erforderlichkeitskriterium eine *kompetenzbegründende Funktion* zugesprochen wird.⁴³⁶

⁴²⁹ Vgl in diesem Zusammenhang *Schwartz*, Art 308 EGV Rz 186 und *Rossi*, Art 308 EGV Rz 55 f, der in solch einem völkerrechtlichen Vorgehen einen Verstoß gegen Art 10 Abs 2 EGV sehen würde.

⁴³⁰ Siehe dazu *Grabitz*, Art 235 EGV Rz 48 und *Schwartz*, Art 308 EGV Rz 72.

⁴³¹ Krit dazu (unter Hinweis auf Art 5 Abs 1 EGV) *Rossi*, Art 308 EGV Rz 68.

⁴³² So zu Recht *Rossi*, Art 308 EGV Rz 71 und *Schwartz*, Art 308 EGV Rz 73.

⁴³³ Siehe dazu *Schwartz*, Art 308 EGV Rz 172.

⁴³⁴ *Grabitz*, Art 235 EGV, Rz 65 und *Schwartz*, Art 308 EGV Rz 177.

⁴³⁵ *Rossi*, Art 308 EGV Rz 48. *Schwartz*, Art 308 EGV Rz 178, plädiert hingegen, was Zustimmungswürdig ist, für die volle Ermessensüberprüfung durch den EuGH.

⁴³⁶ So *Rossi*, Art 308 EGV Rz 44.

Obwohl eine Subsidiaritätsprüfung nach Art 5 Abs 2 EGV für eine Anwendung des Art 308 EGV (nachdem das Tatbestandsmerkmal „*erscheint...erforderlich*“ berücksichtigt wurde) wohl keine zusätzlichen Schranken errichten wird⁴³⁷, ist aufgrund der unterschiedlichen Stoßrichtung bzw Maßstäbe beider „SP“⁴³⁸ eine kumulative Anwendung notwendig.⁴³⁹

Da das Erforderlichkeitskriterium des Art 308 EGV, wie eben erläutert, generell keine schwer zu nehmende Hürde für auf diese Bestimmung zu stützende Vorschriften darstellt und den Unionsorganen einen weiten Beurteilungsspielraum einräumt („*erscheint...erforderlich*“), wird der Erlass von strafrechtlichen Harmonisierungsnormen nicht *an diesem Punkt* scheitern.

Was besagt die Tatbestandsvoraussetzung „**im Rahmen des Gemeinsamen Marktes**“?⁴⁴⁰

Im hier interessierenden Zusammenhang ist zu betonen, dass entgegen dem Wortlaut der Formulierung („*im Rahmen*“)⁴⁴¹ keine gegenständliche Begrenzung des Art 308 EGV beabsichtigt war, in dem Sinne, dass durch die beabsichtigte Maßnahme die Funktionsfähigkeit dieses Marktes positiv beeinflusst sein müsse.⁴⁴² Dieses Tatbestandsmerkmal hat vielmehr den Charakter einer „Schranke“⁴⁴³, sodass eine auf Art 308 EGV gestützte Vorschrift keine negativen Auswirkungen auf den Gemeinsamen Markt haben dürfe.⁴⁴⁴

Auch wenn der Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts iSv Art 61 ff EGV bzw 29 ff EUV nicht Bestandteil des Gemeinsamen Marktes ist⁴⁴⁵, schließt dies per se Harmonisierungsmaßnahmen im Bereich des Strafrechts nicht aus: Ein Tätigwerden nach Art 308 EGV darf nur keine *negativen Auswirkungen* auf den Gemeinsamen Markt haben - dies ist bei einer Angleichung der nationalen Strafrechtsbestimmungen in den meisten Fällen schwer vorstellbar.

⁴³⁷ Häde/Puttler, EuZW 1997, 16 und Rossi, Art 308 EGV Rz 87.

⁴³⁸ Durch die Erfüllung der Tatbestandsmerkmale des Art 308 EGV wird zunächst dem Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung (Art 5 Abs 1 EGV) Genüge getan, anschließend muss geprüft werden, ob trotz prinzipieller Anwendbarkeit des Art 308 EGV Art 5 Abs 2 EGV eine Schonung der mitgliedstaatlichen Kompetenzen im konkreten Fall verlangt: So wäre es (zumindest theoretisch) denkbar, dass die „in Betracht gezogenen Maßnahmen auf Ebene der Mitgliedstaaten“ *auch* erreicht werden können.

⁴³⁹ Siehe dazu Rossi, Art 308 EGV Rz 59 und Schwartz, Art 308 EGV Rz 39.

⁴⁴⁰ Bezüglich der Definition des Gemeinsamen Marktes vgl die Ausführungen zu Art 94 EGV in Kap V) A.) 2.).

⁴⁴¹ Rossi, Art 308 EGV Rz 40.

⁴⁴² Vgl Grabitz, Art 235 EGV Rz 62.

⁴⁴³ Rossi, Art 308 EGV Rz 43.

⁴⁴⁴ Grabitz, Art 235 EGV Rz 59 und 62, bezieht sich auf die frz, it und eng Sprachfassung.

Siehe auch Rossi, Art 308 EGV Rz 42 und Schwartz, Art 308 EGV Rz 157 ff.

⁴⁴⁵ Schwartz, Art 308 EGV Rz 156 Fn 177.

Durch die Wortfolge „**um eines ihrer Ziele zu verwirklichen**“ wird betont, dass Art 308 EGV nur dann für Rechtshandlungen herangezogen werden kann, wenn diese *Gemeinschaftsziele* verfolgen.

An dieser Stelle sei auf die Darstellung in Kap II) A.) 2.) a.) verwiesen, die sich bereits mit der Thematik der Gemeinschaftsziele auseinandersetzt. Dort wurde auch auf den Umstand hingewiesen, dass aufgrund von Art 61 lit a und e EGV die Kriminalitätsbekämpfung als ein Ziel der Gemeinschaft angesehen werden kann.

Insofern stellt dieses Tatbestandsmerkmal des Art 308 EGV kein Hindernis für den Erlass von strafrechtlichen Rechtsangleichungsmaßnahmen dar.

Es bleibt somit im Ergebnis festzuhalten, dass nach dem Wortlaut des Art 308 EGV nichts dagegen spricht, auf dieser Rechtsgrundlage strafrechtliche Harmonisierungsmaßnahmen zu erlassen (auch wenn aufgrund des subsidiären Charakters dieser Bestimmung konkrete Fälle schwer vorstellbar sind).⁴⁴⁶

VvL

Eine grundsätzliche Veränderung erfährt die Bestimmung des Art 308 EGV durch den VvL mit ihrer Ersetzung durch die sogenannte Flexibilitätsklausel⁴⁴⁷ (Art 352 AEUV):

„(1) Erscheint ein Tätigwerden der Union im Rahmen der in den Verträgen festgelegten Politikbereiche erforderlich, um eines der Ziele der Verträge zu verwirklichen, und sind in den Verträgen die hierfür erforderlichen Befugnisse nicht vorgesehen, so erlässt der Rat einstimmig auf Vorschlag der Kommission und nach Zustimmung des Europäischen Parlaments die geeigneten Vorschriften. Werden diese Vorschriften vom Rat gemäß einem besonderen Gesetzgebungsverfahren erlassen, so beschließt er ebenfalls einstimmig auf Vorschlag der Kommission und nach Zustimmung des Europäischen Parlaments.“

(2) Die Kommission macht die nationalen Parlamente im Rahmen des Verfahrens zur Kontrolle der Einhaltung des Subsidiaritätsprinzips nach Artikel 5 Absatz 3 des Vertrags über die Europäische Union auf die Vorschläge aufmerksam, die sich auf diesen Artikel stützen.“

⁴⁴⁶ Vgl in diesem Zusammenhang auch Satzger, Die Europäisierung des Strafrechts 106 ff.

⁴⁴⁷ Zu diesem Begriff siehe Rossi, Art 308 EGV Rz 2.

(3) *Die auf diesem Artikel beruhenden Maßnahmen dürfen keine Harmonisierung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten in den Fällen beinhalten, in denen die Verträge eine solche Harmonisierung ausschließen.*

(4) *Dieser Artikel kann nicht als Grundlage für die Verwirklichung von Zielen der Gemeinsamen Außen- und Sicherheitspolitik dienen, und Rechtsakte, die nach diesem Artikel erlassen werden, müssen innerhalb der in Artikel 40 Absatz 2 des Vertrags über die Europäische Union festgelegten Grenzen bleiben.“*

Ins Auge fällt zunächst die Streichung des Tatbestandsmerkmals „*im Rahmen des Gemeinsamen Marktes*“. Angesichts der bereits erwähnten geringen Bedeutung dieses Kriteriums wird das aber wohl kaum Folgen zeitigen.⁴⁴⁸

Eine bloß deklarative Bedeutung kommt der Verweisung auf das in Art 5 EUV zF angesprochene Subsidiaritätsverfahren (Art 352 Abs 2 AEUV) zu. Dies dürfte der Tatsache geschuldet sein, dass die MS als *Herren der Verträge* sich der möglichen Kritik jener, die einer weiteren rechtlichen Integration skeptisch gegenüberstehen, bei Abfassung der einen weiten Anwendungsbereich implizierenden Flexibilitätsklausel bewusst waren und dementsprechend kalmieren wollten.⁴⁴⁹ So ist auch das explizite Harmonisierungsverbot von Art 352 Abs 3 AEUV zu verstehen, das ebenfalls nur eine deklarative Funktion erfüllt.⁴⁵⁰

Ebenso Subsidiaritätsgedanken ist die Tatsache geschuldet, dass mit der Erklärung Nr 42 zum AEUV jene Trennlinie zwischen Art 308 EGV und einer Vertragsänderung, die der Gerichtshof⁴⁵¹ bereits vor einiger Zeit formuliert hat, ausdrücklich festgeschrieben wurde.⁴⁵²

Vergegenwärtigt man sich die neuen Kompetenzgrundlagen für die Harmonisierung im Bereich des Strafrechts (Art 82 f AEUV⁴⁵³), so ist es mE durchaus vorstellbar, dass strafrechtliche Rechtsangleichungsmaßnahmen, die nicht unter die Tatbestände dieser Rechtsgrundlagen subsumiert werden können, auf Art 352 AEUV gestützt werden könnten.

⁴⁴⁸ Siehe dazu Rossi, Art 308 EGV Rz 18.

⁴⁴⁹ Vedder in Vedder/Heintschel von Heinegg (Hg), Europäischer Verfassungsvertrag (2007) Art I-18 VVE Rz 2, weist darauf hin, dass „[i]m Laufe der Verfassungsdebatte und in der Konventsarbeit...die Abschaffung dieser allein final, an den ‚Zielen der Gemeinschaft‘ orientierten Kompetenz vehement gefordert worden [ist].“

⁴⁵⁰ Rossi, Art 308 EGV Rz 16, 22 und Vedder, Art I-18 VVE Rz 19.

⁴⁵¹ Siehe dazu das bereits erwähnte Gutachten 2/94 („EMRK-Beitritt“).

⁴⁵² Vgl diesbezüglich Fischer K, VvL 449 sowie Vedder, Art I-18 VVE Rn 6 und 14.

Obwohl für die Thematik dieser Arbeit nicht einschlägig, soll an dieser Stelle auch noch erwähnt sein, dass Art 352 AEUV nach Abs 4 leg cit für die GASP nicht anwendbar ist.

⁴⁵³ Kap VI) B. ff).

5. Art 95 EGV

Im Folgenden soll anhand der (bezüglich der Rsp) den Schwerpunkt dieser Arbeit bildenden VDS-RL erläutert werden, ob bzw unter welchen Voraussetzungen eine Rechtsangleichungsmaßnahme mit (vermeintlich) strafrechtlichem Inhalt auf Art 95 EGV⁴⁵⁴ gestützt werden kann.

Diese RL hat es samt ihren rechtlichen Vor- und Nachwirkungen wie kein anderer Rechtsakt der EU/EG geschafft, auch abseits der juristischen Fachwelt in Erscheinung zu treten.⁴⁵⁵ Als Grund für dieses Interesse der Öffentlichkeit kann wohl nur zu einem geringen Anteil die Kompetenzproblematik – die jedoch zu einer von Irland am 06.07.2006 eingebrachten Klage⁴⁵⁶ und einem diesbezüglichen Urteil des EuGH am 10.02.2009 in der Rs C-301/06 („Vorratsdatenspeicherung“ [„VDS“]) führte - ausgemacht werden⁴⁵⁷, vielmehr standen und stehen die grundrechtlichen Implikationen der VDS-RL im Mittelpunkt der öffentlichen Debatten.

Ziel der anschließenden Analyse soll eine kritische Bewertung des Urteils in der Rs „VDS“ sein, wobei neben der Entscheidung selbst auch das Vorbringen der Parteien und ihrer Streithelfer, die SA des GA sowie die einschlägige Lit gewürdigt werden.

⁴⁵⁴ Zur prinzipiellen Möglichkeit, strafrechtliche Harmonisierungsmaßnahmen auf diese Bestimmung zu stützen, siehe *Satzger*, Die Europäisierung des Strafrechts 430 ff.

⁴⁵⁵ Vgl nur die diversen Onlineberichte zum Urteil des EuGH in der Rs C-301/06 (zB <diepresse.com/home/techscience/internet/451253/index.do?from=suche.extern.google.at>).

⁴⁵⁶ ABl 2006 C 237/5.

⁴⁵⁷ Nichtsdestotrotz wird sich die vorliegende Arbeit im Hinblick auf ihren Untersuchungsgegenstand nur mit dieser Thematik auseinandersetzen.

a. Inhalt der VDS-RL

Nach Art 1 Abs 1 leg cit sollen „[m]it dieser Richtlinie...die Vorschriften der Mitgliedstaaten über die Pflichten von Anbietern öffentlich zugänglicher elektronischer Kommunikationsdienste oder Betreibern eines öffentlichen Kommunikationsnetzes im Zusammenhang mit der Vorratsspeicherung bestimmter Daten, die von ihnen erzeugt oder verarbeitet werden, harmonisiert werden, um sicherzustellen, dass die Daten zum Zwecke der Ermittlung, Feststellung und Verfolgung von schweren Straftaten, wie sie von jedem Mitgliedstaat in seinem nationalen Recht bestimmt werden, zur Verfügung stehen.“

Um den Anwendungsbereich der VDS-RL zu konkretisieren, wird in Art 1 Abs 2 leg cit festgelegt, dass „[d]iese Richtlinie für Verkehrs- und Standortdaten sowohl von juristischen als auch von natürlichen Personen [gilt] sowie für alle damit in Zusammenhang stehende Daten, die zur Feststellung des Teilnehmers oder registrierten Benutzers erforderlich sind. Sie gilt nicht für den Inhalt elektronischer Nachrichtenübermittlungen einschließlich solcher Informationen, die mit Hilfe eines elektronischen Kommunikationsnetzes abgerufen werden.“

Zum Zwecke der Strafverfolgung sollen also Telekommunikationsunternehmen in allen MS verdachtsunabhängig bestimmte, in Art 5 leg cit näher definierte Verkehrs- und Standortdaten - zB Telefonnummern (Festnetz, Mobilfunk, IP-Telefonie), Faxnummern, Name und Anschrift des Teilnehmers bzw registrierten Benutzers, IP-Adressen, der beanspruchte Telefon- bzw Internetdienst, IMSI und IMEI, Datum, Uhrzeit, Dauer der Verbindung, Standortkennung (Cell-ID) bei Beginn der Verbindung⁴⁵⁸ – speichern.

Nach Art 6 leg cit muss diese Speicherung „für einen Zeitraum von mindestens sechs Monaten und höchstens zwei Jahren ab dem Zeitpunkt der Kommunikation“ erfolgen, wobei nach Art 12 Abs 1 leg cit eine Verlängerung dieses Zeitrahmens ausnahmsweise („besondere Umstände“) möglich ist.

⁴⁵⁸ Siehe dazu Westphal, Die Richtlinie zur Vorratsspeicherung von Verkehrsdaten, juridikum 2006, 34 (37).

Vorgeschichte

Den Ausgangspunkt der VDS-RL bildeten die Schlussfolgerungen⁴⁵⁹ des Rates auf seiner außerordentlichen Tagung am 20.09.2001:⁴⁶⁰ Unter dem Eindruck der Terroranschläge vom 11.09.2001 ersuchte er die Kom, „Vorschläge zu unterbreiten, mit denen dafür Sorge getragen wird, dass die Strafverfolgungsbehörden die Möglichkeit erhalten, im Zusammenhang mit kriminellen Handlungen zu ermitteln, die unter Anwendung elektronischer Kommunikationssysteme begangen wurden, und Maßnahmen gegen die Urheber zu ergreifen“ – ins Auge gefasst wurden also bereits zum damaligen Zeitpunkt Maßnahmen zur Vorratsdatenspeicherung.

Im Jahr darauf stellte der Rat fest, „dass die beträchtliche Zunahme der Möglichkeiten elektronischer Kommunikation dazu geführt hat, dass Daten über die Verwendung elektronischer Kommunikation heutzutage ein besonders wichtiges und hilfreiches Mittel bei der Aufklärung und Verfolgung von Straftaten, insbesondere von organisierter Kriminalität, darstellen“.⁴⁶¹

Bewegung in die Thematik der Vorratsdatenspeicherung kam jedoch erst wieder im Jahr 2004, als unter dem Eindruck der Terroranschläge von Madrid vom 12.03.2004 der Europäische Rat den Rat ua beauftragte, über „Vorschläge für Rechtsvorschriften über die Aufbewahrung von Verkehrsdaten durch Diensteanbieter“ zu beraten und diesen überdies Priorität eingeräumt wurde („damit diese bis Juni 2005 angenommen werden können“).⁴⁶²

⁴⁵⁹ SN 3926/6/01, Nr II 4. Vgl auch die Schlussfolgerungen und den Aktionsplan im Rahmen der außerordentlichen Tagung des Europäischen Rates am 21.09.2001 (SN 140/01).

Schausberger, Die Entstehung, Auswirkungen und Rechtsfolgen der Data Retention (Richtlinie 2006/24/EG) (2006) 20, weist auch auf die im Jahre 2001 verabschiedete *Cybercrime Convention* des Europarates hin, deren ersten Entwürfen zu Folge „eine pauschale Vorratsspeicherung gefordert gewesen wäre.“

⁴⁶⁰ Vgl hierfür zB *Leutheusser-Schnarrenberger*, Vorratsdatenspeicherung - Ein vorprogrammierter Verfassungskonflikt, ZRP 2007, 9 (9) und *Suhr* in Calliess/Ruffert (Hg), EUV/EGV³ (2007) Art 29 EUV Rz 33.

⁴⁶¹ Rat 15691/02, Schlussfolgerung Nr 5 des Kap *Informationstechnologien und die Aufklärung sowie Ahndung organisierter Kriminalität*. Siehe dazu ErwGr 7 VDS-RL.

⁴⁶² Europäischer Rat 25.03.2004, Erklärung zum Kampf gegen den Terrorismus, 4 f. Vgl dazu ErwGr 8 VDS-RL, der ausdrücklich auf diese Erklärung Bezug nimmt.

Diesem Ansinnen wurde bald darauf entsprochen, indem Frankreich, Großbritannien, Irland und Schweden am 28.04.2004 einen auf Art 31 Abs 1 lit c und Art 34 Abs 2 lit b EUV gestützten Entwurf eines diesbezüglichen RBe⁴⁶³ vorlegten.

Nach den Terroranschlägen von London vom 14.07.2005 bekundete der Rat zwar noch „die Absicht, Einigung zu erzielen über den Rahmenbeschluss über die Vorratsspeicherung von Telekommunikationsdaten (im Oktober 2005)“.⁴⁶⁴ Zuvor hatte sich jedoch sowohl ein Gutachten des juristischen Dienstes des Rates⁴⁶⁵ als auch das EP (mehrmals)⁴⁶⁶ bereits gegen eine Kompetenzgrundlage der dritten Säule ausgesprochen.

Stattdessen legte die Kom am 21.09.2005 einen RL-Entwurf, gestützt auf Art 95 EGV, vor. In einem äußerst raschen Rechtssetzungsverfahren wurde der von den christ- und sozialdemokratischen Fraktionen des EP – ohne Beteiligung des Ausschusses für Bürgerliche Freiheiten, Justiz und Inneres (LIBE)⁴⁶⁷ – abgeänderte Entwurf am 02.12.2005 vom Rat vorgelegt und sogleich am 14.12.2005 vom EP in erster Lesung (mit deutlicher Mehrheit der christ- und sozialdemokratischen Parlamentarier) angenommen, gefolgt vom Rat (der Justiz- und Innenminister) am 21.02.2006 unter österreichischer Ratspräsidentschaft.⁴⁶⁸

Die Entstehungsgeschichte der RL verdeutlicht, welche Beweggründe die Unionsorgane bei ihrem Erlass hatten: Die Terroranschläge in den USA vom 11.09.2001 waren der Auftakt zu jenen Überlegungen bezüglich einer Vorratsspeicherung von Daten, die nach den Ereignissen von Madrid am 12.03.2004 konkrete Formen annahmen und bald darauf zu einem RBe-Entwurf, später, wohl auch unter den Eindrücken der Anschläge von London vom 14.07.2005, zu einer inhaltlich (teilweise) vergleichbaren RL führten. Diese Annahme wird ausdrücklich durch die VDS-RL selbst bestätigt, die in den ErwGr 7, 8 und 10 *leg cit* mittelbar auf die Terrorschläge in den USA sowie in Madrid und London Bezug nimmt.

⁴⁶³ Rat 8958/04.

⁴⁶⁴ Rat 11158/05, Erklärung des Rates zur Reaktion der EU auf die Bombenanschläge von London, 2. Siehe dazu ErwGr 10 VDS-RL mit seinem Hinweis auf diese Erklärung.

⁴⁶⁵ Juristischer Dienst des Rates 7688/05, 2, 7 ff.

⁴⁶⁶ Siehe dazu die Nachweise bei *Westphal*, EuR 2006, 706 f. Eine kritische Analyse der jeweiligen Argumente erfolgt in Kap V) A.) 5.) e.).

⁴⁶⁷ Ein Entwurf mit zahlreichen Änderungsanträgen des Berichterstatter dieses Ausschusses, *Alvaro*, blieb somit unberücksichtigt (siehe dazu *Westphal*, EuR 2006, 707).

⁴⁶⁸ *Westphal*, EuR 2006, 706 f („wohl selten ist bislang ein Rechtssetzungsverfahren im Wege der Mitentscheidung schneller abgeschlossen worden“).

b. Tatbestand

Art 95 Abs 1 EGV lautet:

„Soweit in diesem Vertrag nichts anderes bestimmt ist, gilt abweichend von Artikel 94 [EGV] ⁴⁶⁹ für die Verwirklichung der Ziele des Artikels 14 [EGV] die nachstehende Regelung. Der Rat erläßt gemäß dem Verfahren des Artikels 251 [EGV] und nach Anhörung des Wirtschafts- und Sozialausschusses die Maßnahmen ⁴⁷⁰ zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten, welche die Errichtung und das Funktionieren des Binnenmarktes zum Gegenstand haben.“

Wie sich aus seinem Wortlaut ergibt, ist Art 95 Abs 1 EGV in seinem Anwendungsbereich nicht auf bestimmte Rechtsgebiete beschränkt, da die Rechtsangleichungsmaßnahmen lediglich *„die Errichtung und das Funktionieren des Binnenmarktes zum Gegenstand haben“* müssen ⁴⁷¹ - ein Aspekt, der auch für die Analyse jener Vorschriften mit Strafrechtsbezug (wie die VDS-RL) von Belang ist, die auf Art 95 Abs 1 EGV fußen.

Die einzigen explizit angesprochenen sachbereichsbezogenen Ausnahmen ergeben sich aus Abs 2 leg cit, wonach *„Absatz 1 [leg cit]...nicht für die Bestimmungen über die Steuern, die Bestimmungen über die Freizügigkeit und die Bestimmungen über die Rechte und Interessen der Arbeitnehmer [gilt].“* ⁴⁷²

⁴⁶⁹ Kap V) A. 2.).

⁴⁷⁰ Wie bereits weiter oben erwähnt, kommt der EU/EG keine originäre Strafrechtssetzungskompetenz zu. Deswegen ist es richtig, wenn Satzger, Die Europäisierung des Strafrechts 432 f, das Tatbestandsmerkmal „Maßnahmen“ im hier interessierenden Zusammenhang auf RL bzw „umsetzungsbedürftige, richtlinienartige Vorschriften in einer Verordnung“ teleologisch reduziert.

⁴⁷¹ Siehe dazu Pipkorn/Bardenhewer-Rating/Taschner, in Schwarze/von der Groeben (Hg), Kommentar zum Vertrag über die Europäische Union und zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft⁶ (2003) Art 95 EGV Rz 1.

⁴⁷² Satzger, Die Europäisierung des Strafrechts 430, weist jedoch darauf hin, dass solche Ausnahmen von Grundsatznormen eng auszulegen sind.

Vgl in diesem Zusammenhang Art 152 Abs 4 lit c EGV, wo, wie in der bereits erwähnten Entscheidung in der Rs C-376/98 („Tabakwerbe-RL“) betont wurde, ausdrücklich ein Harmonisierungsverbot für Rechtsmaßnahmen des Gesundheitsschutzes normiert ist.

i. Art 14 EGV

Um die tatsächliche Reichweite des Art 95 Abs 1 EGV besser einschätzen zu können, ist zunächst ein Blick auf Art 14 EGV notwendig: Diese Bestimmung, erst 1987 (Inkrafttretedatum) durch die EEA in den damaligen EWGV als Art 8a leg cit eingefügt⁴⁷³, verpflichtet in Abs 1 die Gemeinschaft „den Binnenmarkt schrittweise zu verwirklichen“⁴⁷⁴ und definiert in Abs 2 denselben („Der Binnenmarkt umfasst einen Raum ohne Binnengrenzen, in dem der freie Verkehr von Waren, Personen, Dienstleistungen und Kapital gemäß den Bestimmungen dieses Vertrags gewährleistet ist“).⁴⁷⁵

Der EuGH statuierte in der bereits erwähnten Rs „Titandioxid“⁴⁷⁶ darüber hinaus, dass „[n]ach den Artikeln 2 und 3 EWG-Vertrag [jetzt EGV] dieser so angestrebte [Binnen]markt unverfälschte Wettbewerbsbedingungen voraus[setzt].“⁴⁷⁷

Und weiter⁴⁷⁸:

„Zur Verwirklichung der in Artikel 8a [jetzt Art 14 EGV] genannten Grundfreiheiten müssen wegen der zwischen den Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten bestehenden Unterschiede Harmonisierungsmaßnahmen in den Bereichen getroffen werden, in denen die Gefahr besteht, daß diese Unterschiede verfälschte Wettbewerbsbedingungen schaffen oder aufrechterhalten. Aus diesem Grund ermächtigt Artikel 100a [jetzt Art 95 EGV] die Gemeinschaft, nach dem dort

⁴⁷³ Von Bogdandy in Grabitz/Hilf (Hg), Das Recht der Europäischen Union (15. Ergänzungslieferung 2000) Art 14 EGV Rz 1.

⁴⁷⁴ Das auch nach dem VvA aufrechterhaltene Zieldatum - 31.12.1992 – für jene Maßnahmen, die zur Verwirklichung des Binnenmarktes erforderlich sind, hat keine rechtliche Bedeutung: Nationale Maßnahmen, die dem Binnenmarktziel entgegenstehen, wurden (und werden) nicht unmittelbar anwendbar (von Bogdandy, Art 14 EGV Rz 3).

⁴⁷⁵ Vgl in diesem Zusammenhang auch die Bezugnahme auf den Binnenmarkt in Art 3 Abs 1 lit c EGV sowie in Abs 9 der Präambel des EUV und in Art 2 SS 1 EUV, was dessen besondere Bedeutung nicht nur für die EG, sondern auch für die EU (in ihrer Eigenschaft als Zurechnungsobjekt der ersten und dritten Säule sowie als „Dach der drei Säulen“) unterstreicht.

Die Definition des Binnenmarktes in Art 14 Abs 2 EGV wird in Art 26 Abs 2 AEUV unverändert übernommen. Vgl dazu Beutel in Vedder/Heintschel von Heinegg (Hg), Europäischer Verfassungsvertrag (2007) Artikel III-130 VVE und Kahl in Calliess/Ruffert (Hg), EUV/EGV3 (2007) Art 14 EGV Rz 40 ff.

⁴⁷⁶ Rs C-300/89 Rn 14.

⁴⁷⁷ Der (uneinheitlichen) Rsp des Gerichtshofs folgend wird auf eine begriffliche Unterscheidung zwischen Wettbewerbsverfälschungen und –verzerrungen verzichtet. Siehe dazu aber die Erläuterungen im Zusammenhang mit dem bereits erwähnten Art 96 EGV in Kap V) A.) 3.).

⁴⁷⁸ Rs C-300/89 Rn 15.

vorgesehenen Verfahren die Maßnahmen zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten zu erlassen.“

Der EuGH erweiterte damit den Binnenmarktbegriff des Art 14 EGV insofern, als er in unverfälschten Wettbewerbsbedingungen die *Grundlage* für die Verwirklichung der Grundfreiheiten sah.

Entstand hier noch der Eindruck, der EuGH betrachte die Verwirklichung der Grundfreiheiten und die Vermeidung von Wettbewerbsverzerrungen als kumulative Tatbestandsvoraussetzungen des Art 95 Abs 1 EGV, so musste diese Ansicht nach dem Urteil in der Rs „Tabakwerbe-RL“⁴⁷⁹ aufgegeben werden: Um zu prüfen, ob die RL 98/43/EG⁴⁸⁰ zu Recht (ua) auf Art 95 EGV gestützt wurde, ging er zunächst der Frage nach, ob die Maßnahme der „Beseitigung von Hemmnissen des freien Warenverkehrs und der Dienstleistungsfreiheit“ (Rn 96 ff) diene, um nachher, nach negativem Ergebnis bezüglich der ersten Fragestellung, noch zu untersuchen, ob sie „[d]ie Beseitigung von Wettbewerbsverzerrungen“ (Rn 106 ff) betreffe.

Dass beide Voraussetzungen oft gleichzeitig vorliegen dürften, davon ging auch der EuGH aus.⁴⁸¹ Nichtsdestotrotz entschied sich der Gerichtshof für eine *alternative* Vorgehensweise bei der konkreten Prüfung der Tatbestandsvoraussetzungen und bestätigte seine Ansicht ausdrücklich in der Rs *BAT*⁴⁸² („Beseitigung von Hemmnissen für den freien Waren- und Dienstleistungsverkehr *oder* von Wettbewerbsverzerrungen“⁴⁸³).

In Anbetracht auch des Wortlauts von Art 3 Abs 1 lit g EGV („*ein System, das de[n] Wettbewerb innerhalb des Binnenmarkts vor Verfälschungen schützt*“⁴⁸⁴) ist es mE gerechtfertigt, Wettbewerbsverzerrungen als von den Grundfreiheiten unabhängiges, ungeschriebenes Tatbestandselement des Art 14 Abs 2 EGV anzusehen, zumal es zu Verfälschungen des Wettbewerbs und einer Beeinträchtigung des Binnenmarktes auch dann kommen kann, wenn ein Verstoß gegen die Grundfreiheiten gerechtfertigt werden kann.

⁴⁷⁹ Rs C-376/98. Siehe dazu bereits in Kap II) B.) 4.).

⁴⁸⁰ ABl 1998 L 213/9.

⁴⁸¹ Rs C-376/08 Rn 84: „Beeinträchtigungen der Grundfreiheiten oder *daraus* möglicherweise entstehende[r] Wettbewerbsverzerrungen“ (Hervorhebung durch den Verfasser). Siehe in diesem Zusammenhang auch *Selmayr/Kamann/Ahlers*, Die Binnenmarktkompetenz der Europäischen Gemeinschaft, EWS 2003, 49 (55 ff).

⁴⁸² Rs C-491/01 Rn 179 (siehe dazu bereits in Kap II) B.) 4.).

Vgl in diesem Zusammenhang auch EuGH 12.12.2006 Rs C-380/03 (*Deutschland/EP und Rat*) Slg 2006 I-11573 Rn 69.

⁴⁸³ Hervorhebung durch den Verfasser.

⁴⁸⁴ Hervorhebung durch den Verfasser.

Zusammenfassend lässt sich somit sagen, dass es bei jenen Maßnahmen des Art 95 Abs 1 EGV, welche „*die Errichtung und das Funktionieren des Binnenmarktes [iSv Art 14 EGV] zum Gegenstand haben*“, darum geht, die Hemmnisse für die Verwirklichung der Grundfreiheiten oder Wettbewerbsverzerrungen zu beseitigen.⁴⁸⁵

ii. Präventive Rechtsangleichung

Wie der Gerichtshof in der Rs „Tabakwerbe-RL“ (Rn 86)⁴⁸⁶ unter Verweis auf die Rs C-350/92⁴⁸⁷ betonte, „kann Artikel 100a [jetzt 95 EGV]...als Rechtsgrundlage herangezogen werden, um der Entstehung neuer Hindernisse für den Handel infolge einer heterogenen Entwicklung der nationalen Rechtsvorschriften vorzubeugen. Das Entstehen solcher Hindernisse muss jedoch wahrscheinlich sein und die fragliche Maßnahme ihre Vermeidung bezwecken.“

Der EuGH vertritt also die Auffassung, dass Art 95 EGV bereits dann herangezogen werden kann, wenn eine Gefahr für den Binnenmarkt *droht*.

Die prinzipielle Möglichkeit einer präventiven Rechtsangleichung⁴⁸⁸ verdient Zustimmung, da es mE nicht einzusehen ist, warum erst auf einen konkreten Schaden für den Binnenmarkt (ähnliche Überlegungen treffen natürlich auch auf andere Unions- bzw Gemeinschaftsziele zu) gewartet werden muss, damit die EU/EG rechtsangleichend tätig werden darf.

⁴⁸⁵ Siehe auch *Tietje* in Grabitz/Hilf (Hg), Das Recht der Europäischen Union (27. Ergänzungslieferung 2005) Art 95 EGV Rz 29 ff.

⁴⁸⁶ Siehe auch Rs *BAT* Rn 61.

⁴⁸⁷ EuGH 13.07.1995 (*Spanien/Rat*) Slg 1995 I-01985 Rn 35.

⁴⁸⁸ Siehe dazu *Pipkorn/Bardenhewer-Rating/Taschner*, Art 95 EGV Rz 43 ff und *Tietje*, Art 95 EGV Rz 32.

iii. Subjektives und objektives Kriterium

Der EuGH hob in der Rs „Tabakwerbe-RL“ (Rn 83) hervor (und bestätigte in der Rs *BAT* [Rn 60]), „dass Maßnahmen gemäß Artikel 100a Absatz 1 EG-Vertrag [jetzt: Art 95 Abs 1 EGV] die Voraussetzungen für die Errichtung und das Funktionieren des Binnenmarktes verbessern sollen.“

Es stellt sich also im Rahmen einer kompetenzrechtlichen Beurteilung stets die Frage, ob die EU/EG überhaupt eine auf das Binnenmarktziel bezogene Maßnahme ergreifen wollte (**subjektives Kriterium**)⁴⁸⁹. Der EuGH bedient sich zur Beantwortung dieser Frage der ErwGr eines Rechtsakts.⁴⁹⁰

Es genügt jedoch nicht, dass die Gemeinschaftsorgane die Absicht haben, durch die Rechtsangleichung Binnenmarktziele zu verfolgen und dies auch, dem Art 253 EGV entsprechend, in den ErwGr der Maßnahme seine Bestätigung findet.

Darüber hinaus muss „[e]in auf der Grundlage von Artikel 100a EG-Vertrag [jetzt Art 95 EGV] erlassener Rechtsakt...zudem tatsächlich den Zweck haben, die Voraussetzungen für die Errichtung und das Funktionieren des Binnenmarktes zu verbessern“ (**objektives Kriterium**).⁴⁹¹ Es ist zu beachten, dass „die Wahl der Rechtsgrundlage eines Rechtsakts nicht allein davon abhängen kann, welches nach der Überzeugung eines Organs das angestrebte Ziel ist, sondern sich auf *objektive, gerichtlich nachprüfbare Umstände* gründen muß. Zu diesen Umständen gehören insbesondere *das Ziel und der Inhalt* des Rechtsaktes.“⁴⁹²

Im Folgenden soll veranschaulicht werden, in welchen Konstellationen ein Verstoß oder eine Beeinträchtigung der Grundfreiheiten vorliegt und ob solch ein Fall bei der VDS-RL zu

⁴⁸⁹ So *Tietje*, Art 95 EGV Rz 27 („Subjektive Zielsetzung des Gemeinschaftsgesetzgebers“).

⁴⁹⁰ *Tietje*, Art 95 EGV Rz 27.

⁴⁹¹ Rs „Tabakwerbe-RL“ Rn 84. In der Rs *BAT* Rz 60, bestätigte der EuGH unter Verweis auf das Urteil in der Rs „Tabakwerbe-RL“, „dass Maßnahmen nach dieser Bestimmung [Art 95 EGV] die Bedingungen des Binnenmarktes verbessern sollen [subjektiver Bezug!] und tatsächlich dieses Ziel verfolgen müssen“. Vgl dazu *Tietje*, Art 95 EGV Rz 28, der von einem „[t]atsächliche[n] – objektive[n] – Binnenmarktbezug“ spricht.

⁴⁹² Rs „Titandioxid“ Rn10. Hervorhebung durch den Verfasser.

Siehe dazu auch *Ehrlicke/Becker/Waizel*, Übermittlung von Fluggastdaten in die USA - Zugleich Urteilsanmerkung zur Entscheidung des EuGH vom 30. Mai 2006, RDV 2006, 149 (152) (mit weiteren Rsp-Nachweisen).

bejahen ist. Daran anschließend wird erörtert, wann man von Wettbewerbsverzerrungen sprechen kann und ob jene Voraussetzungen bei der gegenständlichen VDS-RL gegeben sind.

c. Art 95 EGV und die Grundfreiheiten

Die Beantwortung der Frage, ob Art 95 EGV für den Erlass von strafrechtlichen Maßnahmen herangezogen werden kann, setzt, wie nun zu zeigen sein wird, auch eine Auseinandersetzung mit dem gemeinschaftsrechtlichen Topos der Grundfreiheiten voraus.

Die Verwirklichung des Binnenmarktes iSv Art 14 EGV knüpft nach Abs 2 leg cit ausdrücklich an die Grundfreiheiten von Waren (Art 23 ff EGV), Personen (Arbeitnehmerfreizügigkeit [Art 39 ff EGV] und Niederlassungsfreiheit [Art 43 ff EGV]), Dienstleistungen (Art 49 ff EGV) und Kapital (Art 56 ff EGV⁴⁹³) an.

Über den Wortlaut der einzelnen Bestimmungen hinaus wurden die ursprünglich als Diskriminierungsverbote konzipierten Grundfreiheiten vom EuGH zu sog *Beschränkungsverboten* erweitert, wobei die sog *Dassonville*-Formel⁴⁹⁴, im konkreten Fall die „Maßnahmen gleicher Wirkung“ iSv Art 28 EGV definierend, als grundlegend angesehen werden kann: „Jede Handelsregelung der Mitgliedstaaten, die geeignet ist, den innergemeinschaftlichen Handel unmittelbar oder mittelbar, tatsächlich oder potenziell zu behindern, ist als Maßnahme mit gleicher Wirkung wie eine mengenmäßige Beschränkung anzusehen.“

Eine ähnliche, vom EuGH initiierte Erweiterung ihres Anwendungsbereichs erfuhren neben der Warenverkehrsfreiheit die Dienstleistungs-, Arbeitnehmer- und Niederlassungsfreiheit.⁴⁹⁵

Grundfreiheiten wirken unmittelbar und begründen Individualrechte.⁴⁹⁶ Vor diesem Hintergrund stellt sich die Frage nach dem möglichen Anwendungsbereich für Harmonisierungsmaßnahmen gemäß Art 95 EGV.

Abgesehen von nationalen Vorschriften, die iS der zur Warenverkehrsfreiheit ergangenen sog *Keck*-Rsp⁴⁹⁷ nicht einmal den Tatbestand der grundfreiheitlichen Diskriminierungs- bzw

⁴⁹³ Die in Kap 4 leg cit („Der Kapital- und Zahlungsverkehr“) behandelte Freiheit des Zahlungsverkehrs (Art 56 Abs 2 EGV) kann auch als fünfte, die anderen vier ergänzende Grundfreiheit betrachtet werden. Siehe dazu *Streinz*, Europarecht Rz 781 („Annexfreiheit“).

⁴⁹⁴ EuGH 11.07.1974 Rs 8/74 (*Dassonville*) Slg 1974, 00837 Rn 5. Siehe dazu *Fischer/Köck/Karollus*, Europarecht Rz 1542.

⁴⁹⁵ Siehe dazu ausführlich *Streinz*, Europarecht Rz 795 ff.

⁴⁹⁶ *Streinz*, Europarecht Rz 835 (mit Rsp-Hinweisen).

⁴⁹⁷ Wo der EuGH (24.11.1993 verb Rs C-267 und C-268/91 [*Keck*] Slg 1993 I-06097 Rn 16 f), bestimmte Verkaufsmodalitäten in den MS von der Anwendung des Art 28 EGV (Verbot von Einfuhrbeschränkungen bzw Maßnahmen gleicher Wirkung zw den MS) ausgenommen hat, wenn diese „für alle betroffenen Wirtschaftsteilnehmer gelten, die ihre Tätigkeit im Inland ausüben, und sofern sie den Absatz der inländischen

Beschränkungsverbote erfüllen bzw. Bereichsausnahmen darstellen (Art 39 Abs 4 EGV, Art 45 Abs 1 [iVm Art 55] EGV), können mitgliedstaatliche Bestimmungen entweder durch ausdrückliche (Art 30 EGV, Art 39 Abs 3 EGV, Art 46 [iVm Art 55] EGV) oder vom EuGH zusätzlich entwickelte Schranken (*Cassis-Formel*⁴⁹⁸) der Grundfreiheiten⁴⁹⁹ gerechtfertigt sein.⁵⁰⁰

Im Zusammenhang mit durch Allgemeininteressen gerechtfertigten Schranken der Grundfreiheiten verbleibt somit ein möglicher Anwendungsbereich von Art 95 Abs 1 EGV: Unter der Voraussetzung, dass keine grundfreiheitlichen Spezialvorschriften existieren („[s]oweit in diesem Vertrag nichts anderes bestimmt ist“)⁵⁰¹, kann die EU/EG Maßnahmen nach Art 95 EGV erlassen.

Da sich die *leges speciales* aber nicht nur auf die Personen- und Dienstleistungs-, sondern auch auf die Kapitalverkehrsfreiheit beziehen und überdies nach Art 95 Abs 2 EGV ua „Bestimmungen über die Freizügigkeit“ von Maßnahmen nach Abs 1 leg cit nicht erfasst sein dürfen, ist es im Rahmen von Art 95 EGV lediglich möglich, der Verwirklichung der *Warenverkehrsfreiheit* zum Durchbruch zu verhelfen.

Erzeugnisse und der Erzeugnisse aus den anderen Mitgliedsstaaten rechtlich wie tatsächlich in gleicher Weise berühren.“ Weiter heißt es in diesem Urteil, dass „die Anwendung derartiger Regelungen [der Verkaufsmodalitäten]...nicht geeignet [ist], den Marktzugang für diese [ausländischen] Erzeugnisse zu versperren oder stärker zu behindern, als sie dies für inländische Erzeugnisse tut.“ Siehe dazu auch *Tietje*, Art 95 EGV Rz 30, der auf ein neues, die *Keck-Rsp* insofern bestätigendes Urteil des EuGH (08.03.2001 Rs C-405/98 [*Konsumentenombudsmannen/Gourmet International Products*] Slg 2001 I-01795 Rn 18) hinweist.

⁴⁹⁸ EuGH 20.02.1979 Rs 120/78 Slg 1979, 00649 Rn 8: „Hemmnisse für den Binnenhandel der Gemeinschaft, die sich aus den Unterschieden der nationalen Regelungen ergeben, müssen hingenommen werden, soweit diese Bestimmungen notwendig sind, um *zwingenden Erfordernissen* gerecht zu werden, insbesondere den Erfordernissen einer wirksamen steuerlichen Kontrolle, des Schutzes der öffentlichen Gesundheit, der Lauterkeit des Handelsverkehrs und des Verbraucherschutzes.“ Hervorhebung durch den Verfasser.

⁴⁹⁹ Die *Cassis-Formel* findet sich in abgewandelter Form auch in EuGH-Entscheidungen, die zu anderen Grundfreiheiten ergangen sind.

⁵⁰⁰ Vgl. in diesem Zusammenhang *Streinz*, Europarecht Rz 814 ff.

⁵⁰¹ Siehe dazu Art 40, Art 44, Art 46 Abs 2, Art 47 Abs 2, Art 52, Art 55 iVm Art 46 Abs 2, Art 57 Abs 2 EGV.

VDS-RL

Obwohl also Art 95 EGV bezüglich der Beseitigung von Hemmnissen für die Grundfreiheiten nur im Rahmen der Warenverkehrsfreiheit anwendbar ist, soll an dieser Stelle der Vollständigkeit halber dennoch analysiert werden, ob unterschiedliche nationale Vorschriften zur Vorratsdatenspeicherung die *Dienstleistungsfreiheit* beeinträchtigen können und der insofern einschlägige Art 55 [iVm Art 44 Abs 1] EGV (die Kompetenznorm zur Beseitigung von Hemmnissen für die Dienstleistungsfreiheit) anwendbar ist.

Im auf das Binnenmarktziel Bezug nehmenden sechsten ErwGr der VDS-RL ist ausdrücklich von „*Dienstanbieter[n]*“ die Rede, die „*mit unterschiedlichen Anforderungen [bezüglich der Vorratsdatenspeicherung] konfrontiert sind.*“ Wird durch unterschiedliche nationale Bestimmungen zur Vorratsdatenspeicherung die Grundfreiheit des freien Dienstleistungsverkehrs iSv Art 49 EGV verletzt?

Grundlegende Voraussetzung für die Anwendung einer Grundfreiheit ist stets ein grenzüberschreitender Sachverhalt, der ihr zugrunde liegen muss⁵⁰²: Dies ergibt sich bereits aus dem Wortlaut des Art 49 Abs 1 EGV („*für Angehörige der Mitgliedstaaten, die in einem anderen Staat der Gemeinschaft als demjenigen des Leistungsempfängers ansässig sind*“). Dass dieses grenzüberschreitende Moment bei den der VDS-RL zugrunde liegenden Sachverhalten problemlos erfüllt werden kann, folgt aus der Tatsache, dass jene von der Pflicht zur Vorratsdatenspeicherung betroffenen „*Anbieter öffentlich zugänglicher elektronischer Kommunikationsnetze oder Betreiber eines öffentlichen Kommunikationsnetzes*“ iSv Art 3 Abs 1 VDS-RL aus einem MS zweifelsohne mit Dienstleistungsempfängern aus anderen MS in Kontakt treten können.⁵⁰³ Zu denken ist zB an Webmailanbieter, die klassischerweise ihre Dienste welt- und damit auch EU-weit offerieren.

Diffiziler wird es bei der Frage nach der Einordnung der nationalen Vorschriften zur Vorratsdatenspeicherung: Handelt es sich hierbei um Regelungen, die, iSd⁵⁰⁴ zur

⁵⁰² Streinz, Europarecht Rz 811.

⁵⁰³ Wie Streinz, Europarecht Rz 888, herausgestellt hat, ist es für die Anwendung von Art 49 ff EGV überdies ausreichend, wenn „die Grenzüberschreitung nur durch die Dienstleistung“ erfolgt, „ohne dass sich eine Person von einem Mitgliedsstaat in einen anderen begibt“.

⁵⁰⁴ Streinz, Europarecht Rz 808.

Warenverkehrsfreiheit (Art 23 ff EGV) ergangenen *Keck-Rsp*⁵⁰⁵, für alle betroffenen Unternehmer unterschiedslos gelten und die ihre Möglichkeiten, Dienstleistungen anzubieten, im gleichen Ausmaß berühren?

In diesem Falle läge eine neutrale, für alle Wirtschaftsteilnehmer gleichermaßen geltende Maßnahme vor und damit kein Hindernis für die Grundfreiheit des freien Dienstleistungsverkehrs sowie (in diesem Zusammenhang) auch keine Grundlage dafür, Art 55 [iVm Art 44 Abs 1] EGV als Rechtsgrundlage für die VDS-RL zu beanspruchen.⁵⁰⁶

Ist es jedoch so, dass die unterschiedlichen Anforderungen zur Vorratsdatenspeicherung den freien Dienstleistungsverkehr „erheblich erschweren, wenn nicht unmöglich machen können“ und berücksichtigt man, dass eine „unterschiedslos anwendbare Regelung...der Grundfreiheit nicht jede praktische Wirksamkeit nehmen [darf]“⁵⁰⁷, dann muss man in diesem Fall von einer prinzipiellen Anwendbarkeit des zum Beschränkungsverbot⁵⁰⁸ erweiterten Art 49 EGV ausgehen.⁵⁰⁹

ME muss jedoch bezweifelt werden, ob die (unterschiedlichen) Vorschriften zur Vorratsdatenspeicherung tatsächlich geeignet sind, ausländischen Diensteanbietern den Zugang zu jenem von ihnen geregelten Markt zu versperren bzw zu behindern: So können sie schwerlich mit dem eben erwähnten Verbot der Absatzförderung (Rs *Alpine Investments*) gleichgesetzt werden, welches der EuGH als gegen die Dienstleistungsfreiheit verstoßend betrachtete.

Sollte dennoch ein Verstoß gegen den zum Beschränkungsverbot erweiterten Art 49 EGV konstatiert werden, bliebe immer noch die Möglichkeit einer Rechtfertigung durch Allgemeininteressen⁵¹⁰. Kann man in diesem Zusammenhang die Vorschriften zur

⁵⁰⁵ Verb Rs C-267/91 und C-268/91 Rn 16 f.

⁵⁰⁶ So auch *Kahl* in Calliess/Ruffert (Hg), EUV/EGV³ (2007) Art 95 EGV Rz 13 (mwN).

⁵⁰⁷ So *Streinz*, Europarecht Rz 798, in allgemeiner Diktion bezüglich „unterschiedlose[r]...Maßnahmen“ und dem „durch die Grundfreiheiten...geschützten Waren- und Personenverkehr“ und unter Bezugnahme auf die Rsp des EuGH (25.07.1991 Rs C-76/90 [*Säger/Dennemeyer*] Slg 1991 I-04221 Rn 12).

⁵⁰⁸ Zum Beschränkungsverbot der Grundfreiheiten, welches über das ursprünglich intendierte Diskriminierungsverbot hinausgeht, vgl die generellen Ausführungen von *Streinz*, Europarecht Rz 795 ff.

⁵⁰⁹ Vgl in diesem Zusammenhang das Urteil *Alpine Investments* (EuGH 10.05.1995 Rs C-384/93 Slg 1995 I-01141): Hier wurde ein für In- und Ausländer unterschiedslos geltendes Verbot eines Absatzfördermittels (das sog *cold calling*) als gegen die Grundfreiheiten (den freien Dienstleistungsverkehr) verstoßend angesehen. Zu beachten ist jedoch, dass dieses Verbot auf alle Dienstleistungen Anwendung fand, die ihren Ausgangspunkt in den Niederlanden hatten und aufgrund dieses weiten Geltungsbereichs des Gesetzes eine spezifische Gefahr für den freien Dienstleistungsverkehr bestand.

⁵¹⁰ Diese wurden vom EuGH herausgearbeitet. Siehe dazu die Aufzählung bei *Fischer/Köck/Karollus*, Europarecht Rz 1680 f (Arbeitnehmer- und Verbraucherschutz; Sozialpolitik; Erhaltung des nationalen historischen und künstlerischen Erbes; Berufsregeln, die dem Schutz von Dienstleistungsempfängern dienen).

Vorratsdatenspeicherung als durch allgemeine Interessen gerechtfertigte Einschränkungen der Dienstleistungsfreiheit ansehen und diesbezüglich einen Harmonisierungsbedarf feststellen, hervorgerufen durch eine Beeinträchtigung des „*Binnenmarkt[es] für elektronische Kommunikation*“ (ErwGr 6 VDS-RL)?

ME ist dies evident: So weist die VDS-RL ausdrücklich⁵¹¹ darauf hin, dass „*[e]inige Mitgliedsstaaten...Rechtsvorschriften über eine Vorratsspeicherung von Daten durch Diensteanbieter zum Zwecke der Verhütung, Ermittlung, Feststellung und Verfolgung von Straftaten erlassen [haben].*“ Dass diese Zwecke im Unterschied zu jenen, die oben angeführt wurden, nicht im allgemeinen Interesse liegen und die Dienstleistungsfreiheit nicht zulässigerweise beschränken könnten, wäre angesichts der besonderen Bedeutung der Kriminalitätsbekämpfung für die öffentliche Sicherheit und Ordnung nicht nachvollziehbar. Diese Sichtweise wird durch den EuGH in der Rs *Schindler*⁵¹² bestätigt, in welcher er zumindest indirekt anerkannte, dass die *Verbrechensbekämpfung* „zu denjenigen [Gründen] gehör[t], die Beschränkungen des freien Dienstleistungsverkehrs rechtfertigen können.“

Da jedoch, wie bereits erwähnt, bezweifelt werden muss, ob die nationalen Vorschriften zur Vorratsdatenspeicherung gegen den freien Dienstleistungsverkehr verstoßen, kommt eine auf Art 55 iVm Art 44 Abs 1 EGV basierende Rechtsangleichung mE nicht in Betracht.

Die über Art 55 EGV auch für den freien Dienstleistungsverkehr geltende Ausnahme vom Diskriminierungsverbot des Art 46 Abs 1 EGV, der Sondervorschriften für Ausländer „aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit“ erlaubt, kann hier aus Betracht bleiben, da davon auszugehen ist, dass die nationalen Regelungen zur Vorratsdatenspeicherung unterschiedslos anwendbar sind. Siehe dazu *Streinz*, Europarecht Rz 830.

⁵¹¹ ErwGr 5 leg cit. Hervorhebung durch den Verfasser.

⁵¹² EuGH 24.03.1994 Rs C-275/92 Slg 1994 I-01039 Rn 54 ff.

d. Art 95 EGV und Wettbewerbsverzerrungen

Die Beantwortung der Frage, ob Art 95 EGV für den Erlass von strafrechtlichen Maßnahmen herangezogen werden kann, setzt, wie im Folgenden zu zeigen sein wird, auch eine Auseinandersetzung mit dem Begriff der Wettbewerbsverzerrungen voraus.

Ausgehend von der zutreffenden Annahme, dass es (bezogen auf Waren) nicht nur produktbezogene, sondern auch standortbezogene, aus unterschiedlichen Produktionsbedingungen herrührende Wettbewerbsverfälschungen gibt, kann ein weite Definition von Wettbewerbsverzerrungen vertreten werden:⁵¹³ Immer dann, wenn die Chancengleichheit miteinander konkurrierender, in den einzelnen MS tätiger Unternehmen nicht gegeben ist, besteht an sich (zu den Einschränkungen sogleich) die Möglichkeit von harmonisierenden Maßnahmen der EU/EG.

Da dies einen schier unbegrenzten Anwendungsbereich für die Rechtsangleichung eröffnen würde, hatte der EuGH notwendigerweise eine Eingrenzung vorzunehmen: So müssen „die Wettbewerbsverzerrungen, auf deren Beseitigung der Rechtsakt zielt, spürbar [sein]“.⁵¹⁴ „[Denn wenn] diese Voraussetzung nicht [bestünde], wären der Zuständigkeit des Gemeinschaftsgesetzgebers praktisch keine Grenzen gezogen. Zwischen den nationalen Rechtsvorschriften über die Voraussetzungen der Ausübung bestimmter Tätigkeiten bestehen vielfach Unterschiede, was sich unmittelbar oder mittelbar auf die Wettbewerbsbedingungen der betroffenen Unternehmen auswirkt. Eine Auslegung des Artikels 100a [jetzt: Art 95 EGV]...dahin, dass der Gemeinschaftsgesetzgeber diese Bestimmung[] auch zur Beseitigung nur geringfügiger Wettbewerbsverzerrungen heranziehen dürfte, wäre deshalb mit dem...Grundsatz unvereinbar, dass die Befugnisse der Gemeinschaft auf Einzelermächtigungen beruhen.“⁵¹⁵

⁵¹³ Siehe dazu ausführlich *Pipkorn/Bardenhewer-Rating/Taschner*, Art 95 EGV Rz 17 ff.

⁵¹⁴ Rs C-376/98 („Tabakwerbe-RL“) Rn 106, unter Verweis auf sein Urteil in der Rs C-300/89 („Titandioxid“) Rn 23. *Tietje*, Art 95 EGV Rz 34, sieht darin „Restriktionen im Hinblick auf die Tatbestandsvoraussetzungen“, die durch die über den Wortlaut des Art 95 EGV hinausgehende Interpretation notwendig werden.

⁵¹⁵ Rs „Tabakwerbe-RL“ Rn 107. Nach *Pipkorn/Bardenhewer-Rating/Taschner*, Art 95 EGV Rn 17 Fn 44, „scheint es als Begründung nicht zwingend“, wenn der EuGH auf das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung verweist, „da Rechtsangleichung durch den Willen der Mitgliedsstaaten in die Zuständigkeit der Gemeinschaft übertragen...wurde.“ Die Heranziehung des „Grundsatzes der Erforderlichkeit“ iSv Art 3 Abs 1 lit h EGV wäre eine alternative Begründungsmöglichkeit.

Der EuGH versäumte es leider, genaue Kriterien für den Begriff der **Spürbarkeit** festzulegen. Weiterführend ist vielleicht jener Ansatzpunkt, den der Gerichtshof⁵¹⁶ indirekt dadurch gegeben hat, indem er vergleichend auf die der Titandioxid-RL⁵¹⁷ zugrunde liegenden „Wettbewerbsverzerrungen infolge *unterschiedlicher Herstellungskosten*“⁵¹⁸ hingewiesen hat: Sie werden von ihm als spürbar angesehen, jene zwischen „Werbeagenturen und Hersteller[n] von Werbeträgern“ iSd der Tabakwerbe-RL⁵¹⁹ nicht.

ME könnte daraus folgender Schluss gezogen werden, der sich auch als allgemeiner Parameter bei der Prüfung der Spürbarkeit von Wettbewerbsverzerrungen anbietet: Immer dann, wenn aufgrund von vorliegenden Tatsachen oder noch vorzunehmenden empirischen Untersuchungen es als gewiss bzw äußerst wahrscheinlich gilt, dass die Unterschiede in den nationalen Rechtsordnungen zu erheblichen Mehrkosten der betroffenen Unternehmen geführt haben bzw (weiterhin) führen werden, kann von spürbaren Wettbewerbsverfälschungen gesprochen werden.

VDS-RL

In diesem Sinne stellt sich nun die Frage, ob die Unterschiedlichkeit jener Rechtsvorschriften, welche durch die VDS-RL harmonisiert werden sollen, zu spürbaren Wettbewerbsverzerrungen innerhalb der EU führt oder führen wird.

• Subjektives Kriterium

Als Ausgangspunkt der kompetenzrechtlichen Prüfung soll ein Blick auf die ErwGr des Rechtsakts geworfen werden: Wollte die EU/EG die VDS-RL überhaupt erlassen, um spürbare Wettbewerbsverzerrungen innerhalb der EU zu beseitigen und so dem Binnenmarktziel des Art 95 EGV zu dienen?

⁵¹⁶ Rs „Tabakwerbe-RL“ Rn 109.

⁵¹⁷ RL 89/428/EWG (ABl 1989 L 201/56).

⁵¹⁸ Hervorhebung durch den Verfasser.

⁵¹⁹ RL 98/43/EG (ABl 1998 L 213/9).

Nach dem schon zitierten ErwGr 5 VDS-RL haben „[e]inige Mitgliedstaaten...Rechtsvorschriften über eine Vorratsspeicherung von Daten durch Diensteanbieter zum Zwecke der Verhütung, Ermittlung, Feststellung und Verfolgung von Straftaten erlassen. Diese nationalen Vorschriften weichen stark voneinander ab.“

Und weiter (ErwGr 6 leg cit): „Die rechtlichen und technischen Unterschiede zwischen den nationalen Vorschriften zur Vorratsdatenspeicherung zum Zwecke der Verhütung, Ermittlung, Feststellung und Verfolgung von Straftaten beeinträchtigen den Binnenmarkt für elektronische Kommunikation, da Diensteanbieter mit unterschiedlichen Anforderungen in Bezug auf die zu speichernden Arten von Verkehrs- und Standortdaten, die für die Vorratsspeicherung geltenden Bedingungen und die Dauer der Vorratsspeicherung konfrontiert sind.“

An dieser Stelle bietet sich ein Vergleich mit der Datenschutz-RL für elektronische Kommunikation (eDS-RL)⁵²⁰ an, die ua die Voraussetzungen der Verarbeitung von Verkehrs- und Standortdaten im Rahmen von öffentlichen Kommunikationsnetzen und öffentlich zugänglichen Kommunikationsdiensten regelt und durch die VDS-RL geändert wurde⁵²¹. Auch sie wurde, wie sich aus ihrer Präambel ergibt, „insbesondere auf Artikel 95 [EGV]“ gestützt.

In ErwGr 8 eDS-RL findet sich in S 1 der Hinweis, dass „[d]ie von den Mitgliedstaaten erlassenen rechtlichen, ordnungspolitischen und technischen Bestimmungen zum Schutz personenbezogener Daten, der Privatsphäre und der berechtigten Interessen juristischer Personen im Bereich der elektronischen Kommunikation...harmonisiert werden [sollten], um Behinderungen des Binnenmarktes der elektronischen Kommunikation nach Artikel 14 [EGV] zu beseitigen“.

Sowohl in ErwGr 6 VDS-RL als auch in ErwGr 8 eDS-RL findet sich also die lapidare Feststellung, dass durch jene zwischen den einzelnen MS abweichenden und nun zu harmonisierenden Bestimmungen datenschutzrechtlicher Art der Binnenmarkt für elektronische Kommunikation beeinträchtigt bzw behindert wird. Zu Recht weist auch Irland

⁵²⁰ RL 2002/58/EG über die Verarbeitung personenbezogener Daten und den Schutz der Privatsphäre in der elektronischen Kommunikation (ABl 2002 L 201/37).

⁵²¹ Siehe dazu die amtliche Bezeichnung der VDS-RL als „Richtlinie 2006/24/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 15. März 2006 über die Vorratsdatenspeicherung von Daten, die bei der Bereitstellung öffentlich zugänglicher elektronischer Kommunikationsdienste oder öffentlicher Kommunikationsnetze erzeugt oder verarbeitet werden, und zur Änderung der Richtlinie 2002/58/EG“ (Hervorhebung durch den Verfasser).

in seiner bereits erwähnten Klage darauf hin, dass die Ausführungen in den ErwGr 5 und 6 VDS-RL bloße Behauptungen sind.⁵²²

Diese ErwGr sind - sowohl aus quantitativer wie auch aus qualitativer Sicht - mit jenen Überlegungen nicht zu vergleichen, die zur kompetenzrechtlichen Rechtfertigung der auf Art 100a EGV (jetzt: Art 95 EGV) gestützten (allgemeinen) Datenschutz-RL (DS-RL)⁵²³ geführt haben (eine spezielle Kompetenz zum Datenschutz gibt es im EGV nicht⁵²⁴):

Bei dieser wird ua auf die Bedeutung der Übermittlung „von personenbezogene[n] Daten von einem Mitgliedstaat in einen anderen Mitgliedsstaat...[f]ür die Errichtung und das Funktionieren des Binnenmarktes“⁵²⁵ hingewiesen sowie auf „eine[] spürbare Zunahme der grenzüberschreitenden Ströme personenbezogener Daten“, hervorgerufen durch „[d]ie wirtschaftliche und soziale Integration, die sich aus der Errichtung und dem Funktionieren des Binnenmarktes im Sinne von Artikel 7 a des Vertrages [jetzt Art 14 EGV] ergibt“.⁵²⁶

Nach ErwGr 7 leg cit kann das „unterschiedliche Schutzniveau [bei der Verarbeitung personenbezogener Daten in den Mitgliedsstaaten]...ein Hemmnis für die Ausübung einer Reihe von Wirtschaftstätigkeiten auf Gemeinschaftsebene darstellen, [und] den Wettbewerb verfälschen“.

Und in ErwGr 8 leg cit wird „die Beseitigung der Hemmnisse für den Verkehr personenbezogener Daten...[als]...für den Binnenmarkt grundlegende[s] Ziel“ bezeichnet.

Der Gemeinschaftsgesetzgeber hat somit in seinen ErwGr zur DS-RL relativ deutlich zum Binnenmarktbezug des Rechtsakts Stellung genommen. Demgegenüber wurde bei der VDS-RL (und auch bei der eDS-RL) verabsäumt, *ausführlich* zu begründen, warum, dem Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung entsprechend, Art 95 EGV die (einzig) richtige Kompetenzgrundlage sei.

Auch wenn die Absicht der Unionsorgane, mit der VDS-RL das Binnenmarktziel des Art 14 EGV zu fördern, angesichts ErwGr 5 f VDS-RL zumindest erkennbar ist und damit die subjektiven Voraussetzungen der Kompetenzüberprüfung erfüllt sind, stellt sich die Frage, ob

⁵²² ABl 2006 C 237/5 Nr 3.8. („these are mere assertions“).

⁵²³ RL 95/46/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 24. Oktober 1995 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Datenverkehr (ABl 1995 L 281/31). Vgl in diesem Zusammenhang die bereits erwähnte Rs C-465/00 ua („Bezügebegrenzungsgesetz“) Slg 2003 I-04989.

⁵²⁴ Brühmann in Grabitz/Hilf (Hg), Das Recht der Europäischen Union (13. Ergänzungslieferung 1999) RL 95/46/EG (Vorbemerkungen) Rz 35.

⁵²⁵ ErwGr 3 leg cit.

⁵²⁶ ErwGr 5 leg cit.

die Begründung noch jenen Anforderungen entspricht, welche sich aus Art 253 EGV und der zahlreich⁵²⁷ darauf Bezug nehmenden Rsp des EuGH ergeben.

• **Exkurs: Begründungspflicht gem Art 253 EGV**

In diesem Exkurs soll dargelegt werden, welche Anforderungen die Begründungspflicht an die hier behandelte RL stellt und was aus der Bezugnahme der ErwGr auf die Tatbestandsanforderungen des Art 95 EGV geschlossen werden kann.

Nach der grundlegenden Vorschrift⁵²⁸ des Art 253 EGV sind (neben VO und Entscheidungen [En]) „*Richtlinien...mit Gründen zu versehen*“.⁵²⁹

Im Gegensatz zu den Rechtsordnungen der meisten Mitgliedstaaten gibt es also im Gemeinschaftsrecht auch bei Legislativakten eine Begründungspflicht⁵³⁰, die verschiedenen Aufgaben dienen soll: Durch den Zwang zur schriftlichen⁵³¹ Begründung wird die Gefahr von unüberlegten oder mangelhaft durchdachten Handlungen geringer und die richtige Auslegung und Anwendung der Vorschriften erleichtert, was im Eigeninteresse des Organs liegt.⁵³²

⁵²⁷ *Krajewski/Rösslein* in Grabitz/Hilf (Hg), Das Recht der Europäischen Union (32. Ergänzungslieferung 2007) Art 253 EGV Rz 3 und *Schmidt* in Schwarze/von der Groeben (Hg), Kommentar zum Vertrag über die Europäische Union und zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft⁶ (2003) Art 253 EGV Rz 6.

⁵²⁸ Nach *Calliess* in *Calliess/Ruffert* (Hg), EUV/EGV³ (2007) Art 253 EGV Rz 2 (unter Verweis auf die Rsp des EuGH) handelt es sich bei der Begründungspflicht um einen allgemeinen Rechtsgrundsatz (mit guten Gründen differenzierend *Krajewski/Rösslein*, Art 235 EGV Rz 16 ff).

Über Art 6 Abs 1 EUV („*Rechtsstaatlichkeit*“) kann mE die Begründungspflicht auch für Rechtshandlungen nach dem EUV Bedeutung erlangen (siehe dazu *Calliess*, Art 253 EGV Rz 2 und *Krajewski/Rösslein*, Art 235 EGV Rz 14). In der Praxis finden sich – obwohl es kein Pendant zu Art 253 EGV im EUV gibt – auch Begründungen im Rahmen der dritten Säule (*Krajewski/Rösslein*, Art 235 EGV Rz 7, unter Hinweis auf gemeinsame Aktionen [Art 14 EUV], gemeinsame Standpunkte [Art 15 EUV] und Maßnahmen nach Art 34 EUV).

⁵²⁹ Mit Inkrafttreten des VvL würde es einige Änderungen bezüglich der Begründungspflicht geben:

Nach Art 296 Abs 2 AEUV sind sämtliche Rechtsakte (auch Maßnahmen nach Art 82 f AEUV) zu begründen, die auch auf Initiativen, Em und Stellungnahmen (St) Bezug nehmen müssen.

Die Schonung der mitgliedstaatlichen Kompetenzen wird deklaratorisch - durch einen expliziten und impliziten Verweis auf die Prinzipien der Verhältnismäßigkeit und der begrenzten Einzelermächtigung - hervorgehoben durch die Abs 1 und 3 des Art 296 AEUV. Die Bedeutung der Verbindung dieser Grundsätze mit der Begründungspflicht erhellt sich wohl erst durch das SP-Protokoll zF, wo konkrete Anforderungen an die Begründung hinsichtlich des SP und des VP gestellt werden. Vgl hierfür *Calliess*, Art 253 EGV Rz 27 und *Krajewski/Rösslein*, Art 253 EGV Rz 49 ff.

⁵³⁰ *Krajewski/Rösslein*, Art 235 EGV Rz 4, 17.

⁵³¹ So *Müller-Ibold*, Die Begründungspflicht im europäischen Gemeinschaftsrecht und im deutschen Recht: eine rechtsvergleichende Untersuchung, 1990, 75 f, der sich auch auf die Rsp zu diesem Aspekt stützen kann. Andernfalls könne zB „die Behörde später ihr Handeln im Ermessensbereich mit Gründen zu rechtfertigen versuch[en], die sie zum Zeitpunkt des Erlasses des Verwaltungsakts noch gar nicht berücksichtigt hat.“

⁵³² *Schmidt*, Art 253 EGV Rz 4 („Selbstkontrolle“).

Wenn dem von einem Rechtsakt Betroffenen durch die Begründung bekannt gegeben wird, „dass und in welcher Weise seine Interessen und Ansichten berücksichtigt wurden“, fördert dies den Rechtsfrieden und die Entlastung der Gerichte.⁵³³

Der Hauptzweck der Begründungspflicht liegt aber darin, „den Parteien die Wahrnehmung ihrer Rechte, dem Gerichtshof die Ausübung seiner Rechtskontrolle und den Mitgliedsstaaten sowie deren etwa interessierten Angehörigen die Unterrichtung darüber zu ermöglichen, in welcher Weise die Exekutive⁵³⁴ den Vertrag angewandt hat“. ⁵³⁵

Da die Begründungspflicht nach Art 253 EGV als wesentliche Formvorschrift iSv Art 230 EGV⁵³⁶ und damit als Klagegrund anzusehen ist, müsste⁵³⁷ ein Verstoß gegen sie, der entweder in einer *fehlenden* oder in einer *quantitativ* bzw *qualitativ* unzureichenden Begründung liegen kann⁵³⁸, zur Aufhebung des diesbezüglich fehlerhaften Aktes führen.

Erfüllt nun der knappe Binnenmarktbezug der VDS-RL (siehe ErwGr 6 leg cit) die Anforderungen an die Begründung iSv Art 253 EGV?

Zunächst ist einmal festzuhalten, dass sich die EU/EG unzweifelhaft *einer* Begründung mittels ErwGr 6 VDS-RL bedient hat. Eine Verletzung von Art 253 EGV kommt also nur mehr dann in Frage, wenn entweder quantitative oder qualitative Begründungsmängel vorliegen.

Zum *Umfang* der Begründungspflicht äußerte sich der Gerichtshof folgendermaßen: „Die Begründung von Maßnahmen braucht nur die wichtigsten rechtlichen und tatsächlichen Erwägungen darzulegen, auf denen die Maßnahmen beruhen und die für das Verständnis des Gedankengangs erforderlich sind, der die Beklagte zu ihrer Entscheidung geführt hat; dies kann in durchaus knapper Form geschehen, solange Klarheit und Schlüssigkeit nicht

⁵³³ *Krajewski/Rösslein*, Art 235 EGV Rz 13 („Befriedungsfunktion“).

⁵³⁴ Auch wenn hier von „die Exekutive“ die Rede ist, wird man sinngemäß jene Annahme auch auf Legislativakte wie zB RL übertragen können.

⁵³⁵ *Schmidt*, Art 253 EGV Rz 5 („Fremdkontrolle“) mit zahlreichen Verweisen auf die Rsp.

Zu erwähnen ist in diesem Zusammenhang noch die „Kompensationsfunktion“ der Begründungspflicht, die „bei Maßnahmen mit ansonsten geringer gerichtlicher Kontrolldichte“ (zu denken ist an einen Ermessensspielraum der Gemeinschaftsorgane) von Bedeutung ist. Siehe dazu *Calliess*, Art 253 EGV Rz 6.

⁵³⁶ *Krajewski/Rösslein*, Art 235 EGV Rz 3 und *Müller-Ibold*, Begründungspflicht 112 (bezüglich Art 173 EWGV, der Vorgängerbestimmung des Art 230 EGV).

⁵³⁷ In bestimmten Fällen kann es sein, dass ein formell rechtswidriger, weil gegen Art 253 EGV verstoßender Rechtsakt nicht zur Beanstandung durch den EuGH führt: Dann zB, wenn nach Aufhebung einer Maßnahme nur eine inhaltlich identische erlassen werden könnte (*Calliess*, Art 253 EGV Rz 26).

⁵³⁸ *Calliess*, Art 235 EGV Rz 25; *Krajewski/Rösslein*, Art 235 EGV Rz 39 ff und *Schmidt*, Art 253 EGV Rz 2.

beeinträchtigt werden,⁵³⁹ wobei „[e]s jedoch nicht erforderlich ist, daß alle tatsächlichen und rechtlich einschlägigen Gesichtspunkte genannt werden.“⁵⁴⁰ Bei generellen Maßnahmen bzw Normativakten (worunter auch RL zu verstehen sind) genügt es, „die Gesamtlage anzugeben, die zum Erlaß der Maßnahme geführt hat, und die allgemeinen Ziele zu bezeichnen, die mit ihr erreicht werden sollen.“⁵⁴¹

Legt man nun diesen großzügigen Maßstab des EuGH bei der VDS-RL an, so wird aus quantitativer Sicht die Begründung zum Binnenmarktbezug diesen Anforderungen genügen: Zum einen wird durch die Formulierung „[d]ie rechtlichen und technischen Unterschiede zwischen den nationalen Vorschriften zur Vorratsdatenspeicherung...beeinträchtigen den Binnenmarkt für elektronische Kommunikation“ (ErwGr 6 leg cit) die der VDS-RL zugrunde liegende Gesamtsituation beschrieben⁵⁴², zum anderen wird man implizit aus der gewählten Rechtsgrundlage des Art 95 EGV auf die (hier interessierenden) allgemeinen Ziele schließen können: Rechtsangleichung der divergierenden nationalen Vorschriften über die Vorratsdatenspeicherung zwecks Errichtung und Funktionierens des Binnenmarkts.

Dass im konkreten Fall der VDS-RL der Begründungsumfang bezüglich des Binnenmarkts ausreichend ist, wird auch dadurch unterstützt, dass sich „[d]ie Begründung eines Rechtsaktes...nicht nur aus seinem Wortlaut, sondern auch aus der Gesamtheit der rechtlichen Regelung des betreffenden Bereichs ergeben [kann] [und] [e]s...keiner gesonderten Begründungserwägungen [bedarf], wenn sich die Umstände und Überlegungen, die zu einer bestimmten Regelung geführt haben, eindeutig aus früheren Maßnahmen ergeben, mit denen diese Regelung in engem Zusammenhang steht.“⁵⁴³ Somit ist es möglich, den auf den Binnenmarkt bezogenen ErwGr 8 der eDS-RL, die wie bereits erwähnt in enger Verbindung mit der VDS-RL steht, in die Beurteilung miteinzubeziehen, ob die Begründung der VDS-RL den Anforderungen des Art 253 EGV entspricht: Auch hier ist von unterschiedlichen nationalen Vorschriften (datenschutzrechtlicher Art) die Rede, die harmonisiert werden müssen, um Behinderungen des Binnenmarktes (für elektronische Kommunikation) zu beseitigen.

⁵³⁹ EuGH 05.02.1963 Rs 24/62 (*Deutschland/Kom*) Slg 1963, 00143 Leitsatz 4. Siehe dazu *Schmidt*, Art 253 EGV Rz 6.

⁵⁴⁰ *Schmidt*, Art 253 EGV Rz 6 (mit zahlreichen Verweisen auf die Rsp).

⁵⁴¹ *Calliess* Art 235 EGV Rz 15 und *Krajewski/Rösslein*, Art 235 EGV Rz 24 (jeweils mit Verweisen auf die Rsp).

⁵⁴² Siehe dazu auch bereits ErwGr 5 leg cit, demgemäß „[e]inige Mitgliedsstaaten...Rechtsvorschriften über eine Vorratsdatenspeicherung...erlassen [haben und] [d]iese nationalen Vorschriften...stark voneinander ab[weichen]“.

⁵⁴³ *Schmidt*, Art 253 EGV Rz 11 („Gesamtzusammenhang“). Siehe dazu auch *Müller -Ibold*, Begründungspflicht 95.

In beiden RL leitet man also aus der Beeinträchtigung des Binnenmarktes für elektronische Kommunikation durch Differenzen in den nationalen Rechtsordnungen die Notwendigkeit der Harmonisierung ab. Die Begründung der VDS-RL zum Binnenmarktbezug erfährt durch die ähnlich lautende in der eDS-RL eine Unterstützung, was ihre Bedeutung hebt.

Was das Ausmaß der Begründung anlangt, ist außerdem zu beachten, dass „[d]ie Anforderungen an die Begründungspflicht...den tatsächlichen Möglichkeiten sowie den technischen und zeitlichen Bedingungen angepaßt werden [müssen], unter denen die Entscheidung ergeht.“⁵⁴⁴ Vergegenwärtigt man sich die Entstehungsgeschichte der VDS-RL, so kann man mit guten Gründen die Auffassung vertreten, dass an den Umfang der Begründung (im Vergleich zu anderen Maßnahmen) geringere Anforderungen zu stellen sind: Der „Vorgänger“ der VDS-RL, der auf Art 31 und Art 34 EUV basierende RBe, wurde „unter dem frischen Eindruck der Madrider Zuganschlüsse“ vom 11.03.2004 entworfen.⁵⁴⁵ Die RL selbst wurde in Rekordzeit verabschiedet – „[v]or dem unmittelbaren Hintergrund der Terroranschläge von London“ vom 07.07.2005⁵⁴⁶, worauf auch ErwGr 10 leg cit Bezug nimmt. Es ist somit nachvollziehbar, dass der Zeitdruck, der sich im raschen Handeln der Gemeinschaftsorgane widerspiegelt und sowohl auf die Terroranschläge von Madrid und London als auch auf den diesbezüglichen politischen Druck in den MS zurückzuführen ist, das Begründungsniveau aus quantitativer Sicht in zulässiger Weise herabsetzt.

Eine Begründung ist *qualitativ* unzureichend, „wenn entscheidende Punkte...unklar oder mehrdeutig formuliert sind oder in Widerspruch zu anderen entscheidenden Begründungspunkten oder zum Inhalt des Aktes stehen.“⁵⁴⁷

Der für den Binnenmarkt relevante sechste ErwGr der VDS-RL weist mE keine Unklarheiten bzw Mehrdeutigkeiten auf, die gesetzgeberischen Intentionen werden hinreichend präzise formuliert. In den ErwGr der VDS-RL wird zwar auch darauf hingewiesen, „*dass Daten über die Nutzung elektronischer Kommunikation besonders wichtig sind und daher ein wertvolles Mittel bei der Verhütung, Feststellung und Verfolgung von Straftaten und insbesondere der organisierten Kriminalität darstellen*“⁵⁴⁸. Dies macht aber ErwGr 6 leg cit noch nicht widersprüchlich: Warum sollte ein Rechtsakt nicht sowohl dem Binnenmarktziel als auch der Verbrechensbekämpfung dienen können?

⁵⁴⁴ Schmidt, Art 253 EGV Rz 13 (unter Hinweis auf die Rsp).

⁵⁴⁵ Siehe dazu Westphal, juridikum 2006, 34.

⁵⁴⁶ Westphal, juridikum 2006, 34.

⁵⁴⁷ Schmidt, Art 253 EGV Rz 2 (mit Rsp-Hinweisen).

⁵⁴⁸ ErwGr 7 leg cit. Vgl auch ErwGr 9 ff leg cit.

Der Tenor der VDS-RL (der Inhalt des Akts) weist zwar keinen Binnenmarktbezug auf. Dennoch wäre es mE unangemessen, darin einen Widerspruch zu dem auf das Binnenmarktziel ausgerichteten ErwGr zu sehen: Binnenmarktzwecke und die Ziele der Kriminalitätsbekämpfung schließen sich eben, wie gerade erwähnt, nicht aus.

Ergebnis

Die sich auf das Binnenmarktziel beziehende Begründung ist infolgedessen formal korrekt⁵⁴⁹ und entspricht somit den Vorgaben des Art 253 EGV. Die von der Rsp geforderte Schlüssigkeit⁵⁵⁰ (und auch Folgerichtigkeit⁵⁵¹) muss bejaht werden: Erwägungsgründe und Tenor der VDS-RL sind weder unklar noch (zueinander) widersprüchlich.⁵⁵²

Die Frage, ob die sachlichen und rechtlichen Erwägungen der Begründung richtig sind, stellt sich nicht im Zusammenhang mit der *Verletzung wesentlicher Formvorschriften*, sondern bei einem anderen Klagegrund des Art 230 Abs 1 EGV, der *Verletzung des Vertrages*.⁵⁵³ Inhaltlich falsche Begründungen⁵⁵⁴ haben also im Zusammenhang mit Art 253 EGV nicht zu interessieren.

Es lässt sich somit festhalten, dass die VDS-RL jenen Anforderungen an die Begründungspflicht, die sich aus Art 253 EGV iVm der diesbezüglichen Rsp ergeben, gerecht wird. Obwohl er eine ausführliche Begründung vermissen lässt, die im Sinne der Rechtsklarheit und –sicherheit wünschenswert gewesen wäre, genügt ErwGr 6 VDS-RL aus quantitativer und qualitativer Sicht.

⁵⁴⁹ *Krajewski/Rösslein*, Art 235 EGV Rz 41.

⁵⁵⁰ Siehe dazu die bereits erwähnte Rs 24/62 Slg 1963, 00155.

⁵⁵¹ EuGH 15.07.1970 Rs 41/69 (*Chemiefarma/Kom*) Slg 1970, 00693.

⁵⁵² Dass „der Urheber der Maßnahme *seine* Auffassung darleg[en]“ muss und „sich nicht mit abweichenden Ansichten auseinanderzusetzen“ hat, kann als weiteres Argument für die Einhaltung des Art 253 EGV angesehen werden (*Schmidt*, Art 253 EGV Rz 7 [mit Hinweisen auf die Rsp] - Hervorhebung durch den Verfasser).

⁵⁵³ *Calliess*, Art 253 EGV Rz 25.

⁵⁵⁴ *Krajewski/Rösslein*, Art 235 EGV Rz 41.

• **Objektives Kriterium**

Dass die Unionsorgane subjektiv davon ausgingen, mit der geplanten Maßnahme das Binnenmarktziel des Art 14 EGV zu fördern, genügt jedoch nicht: Es muss vielmehr geprüft werden, „ob die Richtlinie *tatsächlich* zur Beseitigung...von Wettbewerbsverzerrungen beiträgt.“⁵⁵⁵

In diesem Sinne soll im Folgenden zunächst untersucht werden, ob aufgrund gesicherter Informationen Wettbewerbsverzerrungen zwischen den von der Vorratsdatenspeicherung betroffenen Telekommunikationsunternehmen vorhanden sind bzw drohen und diese die notwendige Intensität (Spürbarkeitskriterium) aufweisen. Im Anschluss daran wird analysiert, ob die RL tatsächlich etwaige spürbare Wettbewerbsverzerrungen zu beseitigen in der Lage ist.

Vorhandensein von Wettbewerbsverzerrungen?

Keine zufriedenstellenden Beurteilungsgrundlagen liefert der Rat (bzw sein juristischer Dienst) als Beklagter, wenn er *behauptet*, dass die MS sehr unterschiedliche Maßnahmen bezüglich der Vorratsdatenspeicherung ergriffen haben, die „begonnen [hätten], das reibungslose Funktionieren des Binnenmarktes zu behindern.“⁵⁵⁶

Bessere Argumente liefert insofern der Streithelfer der beklagten Parteien EP und Rat, die Kom. So weist sie bezüglich der Unterschiedlichkeit der nationalen Vorschriften darauf hin, dass die Dauer der Vorratsdatenspeicherung in den Niederlanden drei Monate, in Irland vier Jahre beträgt.⁵⁵⁷

Schon zuvor war die Kom bemüht, konkrete, auf die wirtschaftliche Situation der Telekommunikationsunternehmen sich beziehende Belege anzuführen, um die Notwendigkeit

⁵⁵⁵ Rs C-376/98 („Tabakwerbe-RL“) Rz 95 (Hervorhebung durch den Verfasser).

⁵⁵⁶ SA Bot 14.10.2008 Rs 301/06 („VDS“) Rn 60. Siehe auch EuGH Rs C-301/06 („VDS“) Rn 40.

⁵⁵⁷ SA Rs „VDS“ Rn 65; EuGH Rs „VDS“ Rn 50. Siehe in diesem Zusammenhang auch St (Europäischer Datenschutzbeauftragter) 2005/C298/01 Nr 19, wonach die it Regierung vor kurzem eine Verordnung veröffentlicht habe, die die Betreiber (von Telekommunikationsdiensten) verpflichte, Telefondaten vier Jahre lang zu speichern.

der geplanten Maßnahme zu untermauern.⁵⁵⁸ So hatte im Jahr 2004 eine (damalige) Mehrheit von 15 MS keine verpflichtenden Vorschriften zur Vorratsdatenspeicherung,⁵⁵⁹ der Hälfte dieser Staaten fehlten noch diesbezügliche Umsetzungsmaßnahmen.⁵⁶⁰ Darüber hinaus hob sie die Bedeutung der Informations- und Kommunikationstechnologie für Wachstum und Beschäftigung hervor sowie jene Belastungen, mit denen von Vorratsdatenspeicherungspflichten betroffene Unternehmen rechnen müssen: Kosten bezüglich der Adaption von bestehenden Systemen, der Speicherung und von Ressourcen, die sich mit Anfragen der Strafverfolgungsbehörden bezüglich des Zugangs zu Daten auseinanderzusetzen haben. Diese Kosten seien abhängig von den zu speichernden Datentypen, der konkreten Speicherdauer und ihrer Harmonisierung in der EU.

Nachvollziehbar ist auch die Ansicht des Europäischen Datenschutzbeauftragten in seiner (Art 95 EGV als Rechtsgrundlage befürwortenden) St⁵⁶¹ zum RL-Entwurf, wenn er auf die grenzüberschreitenden Aspekte der elektronischen Kommunikation hinweist und damit zum Inhalt des RL-Vorschlags einen Binnenmarktbezug herstellt.

Der GA ist in seinen SA ebenfalls bemüht, mit spezifischen Argumenten die Heranziehung des Art 95 EGV als Rechtsgrundlage zu verteidigen.⁵⁶² Er weist auf jene Kosten hin, die „auf die Wartung und den Betrieb der Systeme, die die Vorratsspeicherung von Daten ermöglichen“, zurückzuführen sind. Der GA ist darüber hinaus der Meinung, dass die Unterschiede in den nationalen Vorschriften zur Vorratsdatenspeicherung „die grenzüberschreitende Entwicklung neuer elektronischer Kommunikationssysteme hemmen [können], die regelmäßig in die Informationsgesellschaft eingeführt werden.“

⁵⁵⁸ KOM (2005) 438 endg, 6 f.

⁵⁵⁹ Auch Österreich hatte im Jahr 2004 keine verpflichtende Bestimmung zur Vorratsdatenspeicherung (und auch keine diesbezüglichen Pläne). Entgegen den Bestrebungen des Innenministeriums wurde ins Telekommunikationsgesetz (TKG) 2003 nicht jene Regelung aufgenommen, die eine Verkehrsdatenspeicherungspflicht von zwölf Monaten vorgesehen hätte (Rat 12076/04, 110 f).

⁵⁶⁰ Gitter/Schnabel, Die Richtlinie zur Vorratsdatenspeicherung und ihre Umsetzung in das nationale Recht, MMR 2007, 411 (412), weisen zu Recht auf den Umstand hin, dass die VDS-RL „nicht zu einer Harmonisierung [führt], sondern...in der Mehrzahl der Mitgliedstaaten erstmals eine Rechtsgrundlage für die Vorratsspeicherung von Kommunikationsdaten [begründet].“ Dies lässt jedoch noch nicht der Schluss zu, jegliche Rechtsangleichung auf diesem Gebiet nach Art 95 EGV sei deswegen unmöglich: Wie bereits erwähnt, kann eine Harmonisierungsmaßnahme auch *präventiven* Charakter haben. Dies übersieht auch Irland in seiner Klage (ABl 2006 C 237/5 Nr 4.23.).

⁵⁶¹ St 2005/C298/01 Rn 46.

⁵⁶² GA Bot in SA Rs „VDS“ Rn 84 ff.

Der EuGH bedient sich demgegenüber in seinem Urteil einer äußerst knappen Begründung hinsichtlich der Binnenmarktrelevanz der VDS-RL⁵⁶³ („bestätigten die dem Gerichtshof vorgelegten Beweise...“; „[a]us den Akten ergibt sich“; „[d]ie dem Gerichtshof vorgelegten Beweise belegen“; „[s]chließlich war absehbar, dass die Mitgliedstaaten, die noch keine Regelungen zur Vorratsspeicherung erlassen hatten, Vorschriften in diesem Bereich einführen würden“), um diese dann im Ergebnis zu bejahen.⁵⁶⁴

Auch wenn eine ausführlichere Begründung des Gerichtshofs im Sinne der Transparenz der Entscheidungsgrundlagen sicherlich wünschenswert gewesen wäre: Unter Berücksichtigung aller oben erwähnten Informationen ist es mE doch gerechtfertigt, in der vorhandenen oder bevorstehenden Verschiedenartigkeit der nationalen Vorschriften zur Vorratsdatenspeicherung eine (drohende) Wettbewerbsverzerrung zwischen den von der Speicherpflicht betroffenen Telekommunikationsunternehmen zu erblicken.

Angesichts der zu erwartenden konkreten Kosten für die Telekommunikationsindustrie⁵⁶⁵ muss überdies davon ausgegangen werden, dass man bei den beträchtlichen Unterschieden in den mitgliedstaatlichen Bestimmungen zur Vorratsdatenspeicherung von einer *spürbaren* Wettbewerbsverzerrung sprechen kann.

Funktionsfähigkeit der VDS-RL

Wie der GA in der Rs „Tabakwerbe-RL“ zutreffend hervorhob⁵⁶⁶, „muß die konkrete, tatsächlich von der Gemeinschaft ergriffene Maßnahme der Errichtung und dem Funktionieren des Binnenmarkts dienlich sein.“

Diesbezüglich stellt sich zunächst die Frage, ob der Inhalt der RL zur Annahme berechtigt, dass durch sie *tatsächlich* Wettbewerbsverzerrungen in der Telekommunikationsindustrie beseitigt bzw verhindert werden können. Daran anschließend wird in Kap V) A.) 5.) e.)

⁵⁶³ EuGH Rs „VDS“ Rn 67 ff.

⁵⁶⁴ EuGH Rs „VDS“ Rn 72.

⁵⁶⁵ Vgl dazu jene auf Schätzungen bzw Studien beruhende konkrete Zahlen in KOM (2005) 438 endg, Nr 4.3.4., die aber *zum Teil erheblich voneinander abweichen*. Nichtsdestotrotz muss der EU/EG für die geplante Maßnahme ein Beurteilungsspielraum verbleiben, innerhalb dessen die Unionsorgane entscheiden können, welche dieser Zahlen sie schlussendlich ihrem weiteren Vorgehen zugrunde legen.

⁵⁶⁶ GA Fennelly in den SA Fennelly 15.06.2000 Rs C-376/98 Slg 2000 I-08423 Rn 93.

dargelegt, dass die VDS-RL auch andere Ziele als jenes des Art 14 EGV verfolgt und geklärt, ob diese Tatsache eine Heranziehung des Art 95 EGV als Rechtsgrundlage verhindert.

Binnenmarktrelevanz der VDS-RL

Angesichts des nur groben Rahmens, den die VDS-RL vorgibt, können bezüglich ihrer Binnenmarktrelevanz berechnete Zweifel konstatiert werden:

So besteht die Speicherpflicht „für einen Zeitraum von *mindestens* sechs Monaten und *höchstens* zwei Jahren“⁵⁶⁷, was wiederum zu großen Unterschieden in den nationalen Umsetzungsvorschriften zur Vorratsdatenspeicherung führen kann.⁵⁶⁸

Auch wenn es aus kompetenzrechtlicher Sicht nur folgerichtig war, dass Rechtsvorschriften betreffend den Zugang zu und die Nutzung von Daten durch nationale Behörden, da nicht in den gemeinschaftsrechtlichen Anwendungsbereich fallend, in die VDS-RL nicht aufgenommen wurden, kann diese Tatsache zur Aufrechterhaltung von bestehenden und zur Nichtbeseitigung von drohenden Wettbewerbsverzerrungen führen.⁵⁶⁹ Wenn Fragen bezüglich Zugang und Nutzung der gespeicherten Daten durch die mitgliedstaatlichen (Strafverfolgungs)behörden weiterhin nicht harmonisiert werden, sind Verzerrungen des Wettbewerbs in der Telekommunikationsindustrie wohl ähnlich wahrscheinlich wie im Falle von nicht angeglichenen Datentypen oder Speicherungsfristen.

Besonders problematisch hinsichtlich der Frage, ob die VDS-RL tatsächlich zur Beseitigung bzw Verhinderung von Wettbewerbsverzerrungen beitragen kann, dürfte der Umstand sein, dass die RL keine Regelungen zur Kostenerstattung vorsieht. Betonte die Kom im Rahmen ihres RL-Entwurfs noch die Wichtigkeit solcher Vorkehrungen⁵⁷⁰, so fehlen diese in der

⁵⁶⁷ Art 6 leg cit (Hervorhebung durch den Verfasser).

⁵⁶⁸ *Leutheusser-Schnarrenberger*, ZRP 2007, 12 Fn 42, sieht diesbezüglich durch die Änderung des Kom-Entwurfs, der fixe Speicherfristen (sechs Monate für Internetdaten und ein Jahr für alle anderen Daten) vorsah, „das von der Kommission sorgsam aufgebaute Argument für eine gemeinschaftsrechtliche Verankerung der Regelungen zur Vorratsdatenspeicherung geschwächt, wenn nicht zu Nichte gemacht.“ Vgl auch die diesbezüglichen Zweifel von *Boka/Feiler*, Die Vorratsspeicherung von Verkehrs- und Standortdaten in Zankl (Hg), Auf dem Weg zum Überwachungsstaat? (2009) 126 (152).

⁵⁶⁹ Siehe dazu *Boka/Feiler*, Vorratsdatenspeicherung 152 f, die zu Recht auch darauf hinweisen, dass die VDS-RL offen lässt, „welche Straftaten als schwer einzustufen sind“ und außerhalb des Anwendungsbereichs der VDS-RL die MS nach Art 15 Abs 1 eDS-RL weiterhin (abweichende) Vorschriften zur Vorratsdatenspeicherung erlassen und zB andere, nicht von der VDS-RL erfasste Telekommunikationsunternehmen in die Pflicht nehmen können, wie beispielsweise – unter Hinweis auf § 113a Abs 3 dTKG – Mail-Service-Provider. Vgl auch *Gitter/Schnabel*, MMR 2007, 412.

⁵⁷⁰ KOM (2005) 438 endg, Nr 3.5.: „[W]ithout inclusion of such a scheme in the Directive a level playing field for the providers of electronic communication services would not be guaranteed“. Siehe auch Nr 3.8. leg cit.

erlassenen RL zur Gänze. Kann man angesichts einer (durch die VDS-RL) nicht geänderten Situation, wo in manchen MS die Kostentragung der Vorratsdatenspeicherung vielleicht den betroffenen Unternehmen durch die Behörden (teilweise) abgenommen wird, in anderen jedoch nicht, von gleichen, unverfälschten Wettbewerbsbedingungen sprechen?⁵⁷¹ Welchen Sinn hat der Rechtsangleichungsinhalt der RL, wenn solch eine entscheidende Frage wie die nach einer Kostenerstattung unharmonisiert bleibt?⁵⁷²

Es ist zwar einleuchtend, dass eine RL – ihrer Ausrichtung iSd Art 249 Abs 3 EGV entsprechend – stets nur Rahmenbedingungen schaffen und nicht die Regelungsdichte wie eine VO haben sollte. In diesem Sinne ist es auch verständlich, dass entgegen dem Entwurf der Kom (sechs Monate Speicherpflicht für Internetdaten, ein Jahr für alle anderen Daten) flexiblere Vorgaben beschlossen und nicht alle möglichen Datenkategorien einbezogen wurden⁵⁷³. Weniger verständlich ist es hingegen, wenn die VDS-RL jegliche Bestimmung bezüglich der Kostenerstattung vermissen lässt. Dieser Aspekt hätte mE mitgeregelt werden müssen, damit das der RL zugrunde gelegte Binnenmarktziel wirklich erreicht werden kann.

Im Ergebnis bleibt also festzuhalten, dass es äußerst fraglich ist, ob die VDS-RL die in sie (vordergründig) gesteckten Erwartungen, Wettbewerbsverzerrungen zwischen Telekommunikationsunternehmen zu beseitigen bzw zu verhindern, tatsächlich erfüllen kann.

⁵⁷¹ Vgl auch die Zweifel von *Boka/Feiler*, Vorratsdatenspeicherung 154.

⁵⁷² In diesem Zusammenhang sei auf das Urteil des VfGH vom 27.02.2003 (G 37/02 ua; V 42/02 ua) hingewiesen, wo dieser § 89 Abs 1 letzter Satz TKG als gegen den Gleichheitsgrundsatz (VP) verstoßend aufhob: Diese Bestimmung schloss einen Kostenersatz für private Betreiber von Telekommunikationsdiensten aus, die an der Überwachung des Fernmeldeverkehrs (§ 149a ff StPO) insofern mitzuwirken haben, als dass sie die entsprechenden Einrichtungen hierfür bereitstellen müssen (siehe auch Rat 12076/04, 115).

Auch wenn sich diese Entscheidung nicht unmittelbar mit der Frage nach dem Vorliegen von Wettbewerbsverzerrungen befasst, zeigt sie doch die große Bedeutung auf, die der VfGH dem Kostenersatz bei der „qualifizierten Mitwirkung“ von Privatpersonen bei „im öffentlichen Interesse gelegene[n] staatliche[n] Aufgabe[n]“ beimisst. Siehe in diesem Zusammenhang auch die Kritik von *Feiler* in *Aichinger*, Doch noch Hoffnung auf Privatsphäre, Die Presse [Rechtspanorama] vom 17.02.2009

(<diepresse.com/home/recht/rechtallgemein/453118/index.do?from=simarchiv>).

⁵⁷³ Was die datenschutzrechtlichen Bedenken hinsichtlich der RL sicher noch vergrößert hätte.

e. Kriminalitätsbekämpfung als Ziel der VDS-RL?

Unabhängig von den eben genannten Zweifeln stellt sich die prinzipielle Frage: Ist es wirklich so, dass die VDS-RL alleine dem Binnenmarktziel iSd Art 14 EGV dienen soll bzw tatsächlich dient?

Im Folgenden wird zunächst dargelegt, dass die VDS-RL auch Strafverfolgungszwecke verfolgt.⁵⁷⁴ Im Falle eines Überwiegens des Kriminalitätsbekämpfungsziels im Vergleich zu jenem des Binnenmarkts würde sich dann die Frage stellen, ob eine Heranziehung des Art 95 EGV als Rechtsgrundlage insofern noch möglich ist. Diesbezüglich muss jedoch die Vorfrage beantwortet werden, ob die sog *Schwerpunkttheorie* im Rahmen dieser Kompetenzthematik (besteht überhaupt eine *Verbandskompetenz* der Gemeinschaft?) Anwendung finden kann.

Dies ist auch für die vorliegende Untersuchung von Bedeutung, wo eine Kompetenz der EU/EG auf strafrechtlichem Gebiet zwar prinzipiell besteht, es aber strittig ist, ob bzw inwiefern die erste oder die dritte Säule die Basis hierfür bildet. Für die Frage, ob im Rahmen der vertikalen Kompetenzverteilung zwischen dem Gemeinschaftsgesetzgeber und den MS die Schwerpunkttheorie von Bedeutung ist, kann es mE keine Rolle spielen, ob bei einer nicht vorhandenen Befugnis nach dem EGV die MS auf die intergouvernementale PJZS „ausweichen“ können oder ob überhaupt keine Kompetenz im Rahmen der EU/EG besteht.⁵⁷⁵

⁵⁷⁴ Es kann nicht die Aufgabe dieser Untersuchung sein zu analysieren, ob mit der VDS-RL „auch rein praktische und politische Ziele“ verfolgt werden. *Vogel*, Harmonisierung des Strafrechts in der Europäischen Union, GA 2003, 314 (319), ist der Ansicht, dass bei strafrechtlichen Maßnahmen der EU/EG versucht wird, „die *Macht der Gemeinschaft bzw. Union* gegenüber den Mitgliedstaaten zu festigen“ (seitens der Kom) oder „dem eigenen mitgliedstaatlichen Strafrecht, das als besonders vorbildlich eingeschätzt wird, unionsweite Geltung zu verschaffen“ (seitens der MS). Siehe in diesem Zusammenhang auch *Stiebig*, Strafrechtsetzungskompetenz der Europäischen Gemeinschaft und Europäisches Strafrecht: *Skylla und Charybdis einer europäischen Odyssee?*, EuR 2005, 466 (467).

⁵⁷⁵ Dass die Schwerpunkttheorie prinzipiell auch für die Abgrenzung zwischen erster und dritter Säule herangezogen werden kann bzw muss, hat der EuGH in der Rs „Umweltstrafrecht“ Rn 45, wo die Kompetenzgrundlage eines *RBe* als Rechtsakt der dritten Säule überprüft wurde, implizit bestätigt (*Böse*, Die Zuständigkeit der Europäischen Gemeinschaft für das Strafrecht; Zugleich Besprechung von EuGH, Urteil vom 13.9.2005, GA 2006, 211 [224]). Siehe in diesem Zusammenhang auch *Calliess*, ZEuS 2008, 33 und *Foerster*, Rs C-176/03 35 f und 55.

i. Subjektives Kriterium

Irland behauptet in seiner Klage (Nr 1.2.), dass das einzige oder zumindest überwiegende Ziel der VDS-RL die Ermittlung, Feststellung und Verfolgung schwerer Verbrechen sei.⁵⁷⁶ In der Übernahme der Terminologie iSd Art 95 Abs EGV (siehe ErwGr 5 f leg cit) wurde ein (missglückter) Verschleierungsversuch gesehen, der durch die Zitierung der ErwGr 7, 8, 9, 10, 11 und 21 leg cit aufgedeckt werden soll (Nr 3.5. ff).

Irland weist zudem ausdrücklich auf Art 1 Abs 1 VDS-RL hin, welcher den Gegenstand der Maßnahme erläutert (Nr 3.11.): „Mit dieser Richtlinie sollen die Vorschriften der Mitgliedstaaten über die Pflichten von Anbietern öffentlich zugänglicher elektronischer Kommunikationsdienste oder Betreibern eines öffentlichen Kommunikationsnetzes im Zusammenhang mit der Vorratsspeicherung bestimmter Daten, die von ihnen erzeugt oder verarbeitet werden, harmonisiert werden, um sicherzustellen, dass die Daten zum Zwecke der Ermittlung, Feststellung und Verfolgung von schweren Straftaten, wie sie von jedem Mitgliedstaat in seinem nationalen Recht bestimmt werden, zur Verfügung stehen.“⁵⁷⁷

In weiterer Folge kommt Irland zu dem Schluss, dass nichts in den weiteren RL-Bestimmungen das aus Art 1 Abs 1 leg cit und den eben genannten ErwGr leg cit klar Ableitbare beeinträchtigt (Nr 3.13.).

Für das EP, das sich für Art 95 EGV als Rechtsgrundlage ausspricht, sei es „der Hauptzweck der Richtlinie 2006/24...die den Anbietern von elektronischen Kommunikationsdiensten von den Mitgliedstaaten auferlegten Verpflichtungen hinsichtlich der Vorratsspeicherung von Daten zu harmonisieren.“⁵⁷⁸

Dies muss mE iS der weiteren Ausführungen des EP dahingehend verstanden werden, dass die Beseitigung bzw Verhinderung von Wettbewerbsverzerrungen das Hauptziel der VDS-RL sei (eine Angleichung der Angleichung willen ist schwerlich mit Art 5 Abs 1 EGV vereinbar).⁵⁷⁹

Für das EP „enthalte diese Richtlinie keine Bestimmung, die sich auf ‚Tätigkeiten des Staates im strafrechtlichen Bereich‘ im Sinne von Art. 1 Abs. 3 der Richtlinie 2002/58 beziehe.“⁵⁸⁰

⁵⁷⁶ Siehe dazu auch die Ansicht des Streithelfers auf der Seite Irlands, der Slowakei (SA Rs „VDS“ Rn 49).

⁵⁷⁷ Hervorhebung in der irischen Klage.

⁵⁷⁸ SA Rs „VDS“ Rn 56.

⁵⁷⁹ Im Urteil, wo auch die Argumentation des EP dargelegt wird (EuGH Rs „VDS“ Rn 52 ff), verzichtet man (wohl deswegen) auf diese Formulierung.

⁵⁸⁰ SA Rs „VDS“ Rn 57.

Für den beklagten Rat wiederum ist zwar die Notwendigkeit der Kriminalitätsbekämpfung „eine entscheidende Komponente“⁵⁸¹ im Rahmen der Vorarbeiten zur VDS-RL, nichtsdestotrotz (zu seiner Begründung siehe weiter unten) stelle Art 95 EGV die richtige Rechtsgrundlage dar.

Die Kom wiederum weist in ihrem Arbeitsdokument⁵⁸² wiederholt auf die Notwendigkeit der VDS-RL für die Kriminalitätsbekämpfung hin, wobei auffällt, dass die Zahl der Argumente hierfür bei weitem die der binnenmarktbezogenen übertrifft.

Angesichts der Darlegungen von EP, Rat und Kom kann mE zweifelsfrei davon ausgegangen werden, dass die EU/EG mit der VDS-RL auch die Bekämpfung der Kriminalität unterstützen wollte. Dies kommt zwar bei den Ausführungen des EP weniger deutlich hervor als bei jenen von Rat und Kom, ist aber dennoch feststellbar. Bemerkenswert ist auch, dass der GA, der schlussendlich die Heranziehung von Art 95 EGV als Rechtsgrundlage befürwortet, in den Strafverfolgungszwecken sogar den „eigentliche[n] Grund für die Pflicht zur Vorratsspeicherung, die den Anbietern elektronischer Kommunikationsdienste auferlegt wird“, sieht.⁵⁸³

ii. Objektives Kriterium

Ist es jedoch iSd *objektiven Kriteriums* tatsächlich so, dass der Inhalt der VDS-RL strafrechtlicher Natur ist?

Wie bereits oben erwähnt, kann „die Wahl der Rechtsgrundlage eines Rechtsakts nicht allein davon abhängen...welches nach der Überzeugung eines Organs das angestrebte Ziel ist, sondern [muss] sich auf objektive, gerichtlich nachprüfbare Umstände gründen...Zu diesen Umständen gehören insbesondere das Ziel und der Inhalt des Rechtsaktes.“⁵⁸⁴ Wenn zwar die Unionsorgane mit dem Erlass der VDS-RL (auch) das Ziel der Kriminalitätsbekämpfung im

⁵⁸¹ SA Rs „VDS“ Rn 61. Siehe auch EuGH Rs „VDS“ Rn 43. Vgl in diesem Zusammenhang aber auch Rat 12519/06 Nr 33, wo bezüglich der Ermittlung, Feststellung und Verfolgung von Verbrechen von *dem* entscheidenden Faktor die Rede ist.

⁵⁸² KOM (2005) 438 endg, Nr 2.

⁵⁸³ GA Bot in den SA „VDS“ Rn 92 („[e]s kann gar nicht geleugnet werden“).

⁵⁸⁴ Rs C-300/89 („Titandioxid“) Rn 10.

Auge hatten, ihr Inhalt für sich betrachtet jedoch nicht dem Bereich des Strafrechts zuzuordnen ist, wäre dies ein starkes Argument für Art 95 EGV als Rechtsgrundlage der RL.

Die Kom betrachtet in ihrem Vorbringen als Streithelferin von EP und Rat die VDS-RL als „Instrument des Datenschutzes“.⁵⁸⁵ Sie ist der Ansicht, dass die RL „nicht die Tätigkeiten des Staates als solche [betreffe], sondern die Verarbeitung von Daten zu wirtschaftlichen Zwecken durch Telekommunikationsunternehmen im Zusammenhang mit der Bereitstellung elektronischer Kommunikationsdienste im öffentlichen Kommunikationsnetz“.⁵⁸⁶

Die dritte Säule kommt für den Rat als Kompetenzgrundlage deswegen nicht in Frage, „da diese Richtlinie weder unter die Organisation einer Zusammenarbeit insbesondere der Polizei-, Zoll- oder Justizbehörden noch unter die Annäherung der Strafvorschriften der Mitgliedstaaten falle.“⁵⁸⁷

Nach Ansicht des EP „enthalte diese Richtlinie keine Bestimmung, die sich auf ‚Tätigkeiten des Staates im strafrechtlichen Bereich‘ im Sinne von Art. 1 Abs. 3 der Richtlinie 2002/58 beziehe.“⁵⁸⁸

Der GA hebt die Tatsache hervor, „dass die in der Richtlinie 2006/24 vorgesehenen Maßnahmen kein unmittelbares Eingreifen der Strafverfolgungsbehörden der Mitgliedstaaten umfassen.“ Die in der VDS-RL enthaltenen Vorschriften sind „in einem Stadium *vor* der eventuellen Durchführung einer Maßnahme der polizeilichen und justiziellen Zusammenarbeit anzusiedeln“.⁵⁸⁹

Auch der EuGH scheint in seinem Urteil die Auffassung zu vertreten, dass der VDS-RL gar keine Strafverfolgungsziele immanent sind.⁵⁹⁰ „Die Richtlinie 2006/24 regelt somit Tätigkeiten, die *unabhängig* von der Durchführung jeder eventuellen Maßnahme polizeilicher oder justizieller Zusammenarbeit in Strafsachen sind.“

⁵⁸⁵ SA Rs „VDS“ Rn 67. Nunmehr gäbe es durch den RBe 2008/977/JI über den Schutz personenbezogener Daten, die im Rahmen der polizeilichen und justiziellen Zusammenarbeit in Strafsachen verarbeitet werden (ABl 2008 L 350/60), auch ein datenschutzrechtliches Instrument für die dritte Säule. Vgl jedoch hierfür die krit Analyse von *Lachmayer*, Die Wirkung von „Schengen“ nach innen, *juridikum* 2009, 104 (105 f).

⁵⁸⁶ SA Rs „VDS“ Rn 68. Die sich mit den einzelnen Argumenten auseinandersetzende Analyse des Verfassers erfolgt weiter unten.

⁵⁸⁷ SA Rs „VDS“ Rn 62.

⁵⁸⁸ SA Rs „VDS“ Rn 57.

⁵⁸⁹ GA *Bot* in den SA Rs „VDS“ Rn 102 f (Hervorhebung durch den Verfasser).

⁵⁹⁰ EuGH Rs „VDS“ Rn 83 (Hervorhebung durch den Verfasser).

Widersprüchlich sind insofern seine weiteren Ausführungen zum „materielle[n] Gehalt“ der VDS-RL, die den Eindruck einer Relativierung des Binnenmarktbezuges erwecken („im Wesentlichen“; „in überwiegendem Maß“).⁵⁹¹

An dieser Stelle soll ein Vergleich mit den bereits erwähnten verb Rs C-317/04 und C-318/04 („Fluggastdaten“) angestellt werden.

Das Urteil in diesen bedeutsamen Rs⁵⁹² beschäftigte sich ua mit der hinsichtlich jener der Rs „VDS“ vergleichbaren Frage, ob Gemeinschaftsrechtsakte⁵⁹³, die die Übermittlung und Verarbeitung von Flugpassagierdaten⁵⁹⁴ in Drittstaaten zum Gegenstand haben, auch dann den für die gewählten Rechtsgrundlagen notwendigen Binnenmarktbezug aufweisen, wenn jene Daten – gemäß ErwGr 15 En - ausschließlich für Strafverfolgungszwecke verwendet werden.

Vorab sei bereits das Ergebnis dieses Urteils erwähnt: Der Gerichtshof erklärte die En für nichtig, da sie „eine Verarbeitung personenbezogener Daten i.S.v Art. 3 Abs. 2 erster Gedankenstrich der Richtlinie [95/46/EG]⁵⁹⁵ betrifft [und] [d]iese Entscheidung...daher nicht in den Anwendungsbereich der Richtlinie [fällt].“⁵⁹⁶ Da „[d]as [Fluggastdaten-Be] Abkommen...die gleiche Datenübermittlung wie die Angemessenheitsentscheidung und damit eine Verarbeitung von Daten [betrifft], die... nicht in den Anwendungsbereich der Richtlinie fällt...konnte [der Fluggastdaten-Be] folglich nicht rechtsgültig auf der Grundlage von Artikel 95 EG[V] erlassen werden.“⁵⁹⁷

⁵⁹¹ EuGH Rs „VDS“ Rn 84 f.

⁵⁹² *Ehrlicke/Becker/Waizel*, RDV 2006, 150, die vermuten („soweit ersichtlich“), dass sich der EuGH in diesen Rs zum ersten Mal damit auseinandersetzen hatte, ob eine auf den EGV gestützte Maßnahme nicht auf eine Rechtsgrundlage außerhalb der ersten Säule hätte gestützt werden müssen. *Szczekalla*, Urteilsanmerkung [verb Rs C-317/04 und C-318/04], DVBl 2006, 896 (898 f), bezeichnet die Entscheidung „als Ausdruck eines gewissen roll back im polizei- und strafrechtlichen Zusammenhang“.

⁵⁹³ Be 2004/496/EG des Rates vom 17.05.2004 über den Abschluss eines Abkommens zwischen der Europäischen Gemeinschaft und den Vereinigten Staaten von Amerika über die Verarbeitung von Fluggastdatensätzen und deren Übermittlung durch die Fluggesellschaften an das Bureau of Customs and Border Protection des United States Department of Homeland Security (CBP; ABl 2004 L 183/83) – im Folgenden *Fluggastdaten-Be* - sowie En 2004/535/EG der Kommission vom 14.05.2004 über die Angemessenheit des Schutzes der personenbezogenen Daten, die in den Passenger Name Records enthalten sind, welche dem United States Bureau of Customs and Border Protection übermittelt werden (ABl L 235/11) – im Folgenden *An-En*.

⁵⁹⁴ Das sind Daten aus den automatischen Reservierungs- und Abfertigungssystemen der Fluggesellschaften („*Passenger Name Records*“) – im Folgenden PNR-Daten. Siehe dazu *Westphal*, Urteilsanmerkung [verb Rs C-317/04 und C-318/04], EuZW 2006, 406 ff.

⁵⁹⁵ Nach dieser Bestimmung findet die (auf Art 95 EGV gestützte) DS-RL ua „keine Anwendung auf die Verarbeitung personenbezogener Daten, die für die Ausübung von Tätigkeiten erfolgt, die nicht in den Anwendungsbereich des Gemeinschaftsrechts fallen, beispielsweise Tätigkeiten gemäß den Titeln V und VI des Vertrags über die Europäische Union“.

⁵⁹⁶ EuGH verb Rs „Fluggastdaten“ Rn 59.

⁵⁹⁷ EuGH verb Rs „Fluggastdaten“ Rn 67 f.

Lassen sich nun die Sachverhalte, die den Entscheidungen in den verb Rs „Fluggastdaten“ sowie „VDS“ zugrunde lagen, miteinander vergleichen, was zum Ergebnis führen müsste, dass die VDS-RL nicht auf Art 95 EGV hätte gestützt werden dürfen?⁵⁹⁸

In den verb Rs „Fluggastdaten“ stellte sich ua die Frage, ob aus dem Umstand, dass es sich bei den der Strafverfolgung dienenden Daten um solche *geschäftlicher Natur* handelt, geschlossen werden kann, Art 95 EGV sei die richtige Rechtsgrundlage für die geplanten Rechtsakte. Obwohl der Gerichtshof einerseits konstatierte, „dass die PNR-Daten von den Fluggesellschaften ursprünglich im Rahmen einer unter das Gemeinschaftsrecht fallenden Tätigkeit erhoben worden sind, nämlich im Rahmen des Verkaufs eines Flugscheins, der zu einer Dienstleistung berechtigt“, stellte er andererseits klar, dass die der An-En zugrunde liegende Datenverarbeitung dem Schutz der Sicherheit und Strafverfolgungszwecken diene⁵⁹⁹ und, auf das Urteil in der Rs *Lindqvist*⁶⁰⁰ verweisend, eine Tätigkeit darstellt, die nach Art 3 Abs 2 SS 1 DS-RL nicht in den Anwendungsbereich der DS-RL fällt, da „[d]ie Übermittlung...in einem von staatlichen Stellen geschaffenen Rahmen statt[findet] und...der öffentlichen Sicherheit [dient].“⁶⁰¹

Die Tatsache, dass es sich bei den zu speichernden Daten um *geschäftliche* handelt und diese von Privatpersonen gespeichert werden, war für den EuGH in den verb Rs „Fluggastdaten“ also für die kompetenzrechtliche Beurteilung nicht entscheidend.⁶⁰²

⁵⁹⁸ Bereits im Rahmen der Besprechungen zum Urteil in den verb Rs „Fluggastdaten“ wurde mehrmals in Erwägung gezogen, diese Rsp auf die damals noch bevorstehende Entscheidung in der Rs „VDS“ zu übertragen. Siehe dazu *Gabel/Arhold*, Urteilsanmerkung [verb Rs C-317/04 und C-318/04], EWS 2006, 363 (364); *Keiler/Kristoferitsch*, Passagierdaten auf dem Flug in die USA, ZVR 2006, 484 (487); *Schaar*, EuGH-Entscheidung zur Fluggastdatenübermittlung - Grund zur Begeisterung?, MMR 2006, 425 (426); *Simitis*, Übermittlung der Daten von Flugpassagieren in die USA: Dispens vom Datenschutz?, NJW 2006, 2011 (2013); *Szczekalla*, DVBl 2006, 897 und *Westphal*, EuZW 2006, 407 f.

⁵⁹⁹ EuGH Rs „Fluggastdaten“ Rn 57.

⁶⁰⁰ EuGH 06.11.2003 Rs C-101/01 Slg 2003 I- 12971 Rn 43. Dem Urteil lag der Fall von Frau *Lindqvist* zugrunde, die als Katechetin in einer schwedischen Kirchengemeinde eine Internetseite mit Informationen über sich sowie Arbeitskollegen einrichtete, die jedoch darüber nicht informiert wurden. Es kam zu einem gerichtlichen Strafverfahren wegen eines Verstoßes gegen das in Umsetzung der DS-RL ergangene schwedische Datenschutzgesetz und daraufhin zu einem Vorabentscheidungsantrag des schwedischen Gerichts. Siehe dazu *Siemen*, Grundrechtsschutz durch Richtlinien / Die Fälle Österreichischer Rundfunk u.a. und *Lindqvist*, EuR 2004, 306 (317 ff).

⁶⁰¹ verb Rs „Fluggastdaten“ Rn 58: Hierbei spielt es keine Rolle, „dass es private Wirtschaftsteilnehmer sind, die die PNR-Daten zu gewerblichen Zwecken erhoben haben und in einen Drittstaat übermitteln“.

Im Unterschied dazu wurde in der Rs *Lindqvist* entschieden, dass die ehrenamtlichen oder religionsgemeinschaftlichen Tätigkeiten der Frau *Lindqvist*, die Daten durch Veröffentlichung im Internet einer unbegrenzten Zahl von Personen zugänglich macht, nicht unter die Ausnahmetatbestände von Art 3 Abs 2 SS 1 oder 2 DS-RL (ausschließlich persönliche oder familiäre Tätigkeiten von natürlichen Personen) zu subsumieren sind und daher von der DS-RL erfasst werden (EuGH Rs *Lindqvist* Rn 37 ff).

⁶⁰² *Westphal*, EuR 2006, 712.

Diesbezüglich ist die Ausgangsposition in der Rs „VDS“ nicht anders gelagert: Auch im Rahmen der VDS-RL sollen geschäftliche, und zwar Verkehrs- und Standortdaten, durch private Unternehmen (der Telekommunikationsbranche) gespeichert werden. Dieser Umstand alleine dürfte also nicht zur Konsequenz haben, dass Art 95 EGV die richtige Rechtsgrundlage für die VDS-RL ist. Entscheidend muss vielmehr sein, welchen Sinn die *konkrete* Datenverarbeitung hat. Die Speicherung von Verkehrs- und Standortdaten für einen Zeitraum von sechs Monaten bis zu zwei Jahren verfolgt sicherlich keinen geschäftlichen Zweck, sondern eben einen solchen der Strafverfolgung.⁶⁰³

Die An-En und der Fluggastdaten-Be bezogen sich in concreto auf ein im November 2001 (im Anschluss an die Terroranschläge vom 11.09.2001) erlassenes US-Gesetz (bzw dessen Durchführungsvorschriften), wonach alle Fluggesellschaften bei Flügen in, von oder über die Vereinigten Staaten den US-Zollbehörden elektronischen Zugriff auf ihre PNR-Daten zu gewähren haben. Durch diese Rechtsmaßnahmen der EU/EG sollte also auch der behördliche, Strafverfolgungszwecken dienende Zugang (durch das CBP) zu von den Flugunternehmen gespeicherten Daten geregelt werden.

Fragen des (behördlichen) Zugangs zu den gemäß der VDS-RL auf Vorrat gespeicherten Daten fallen demgegenüber ausdrücklich nicht in den „Anwendungsbereich des Gemeinschaftsrechts“⁶⁰⁴ und somit auch nicht in jenen der RL. Für den GA bilden „[d]ie internationale Bedeutung der eingerichteten Zusammenarbeit und die Ausgestaltung der Zusammenarbeit zwischen den Fluggesellschaften und dem CBP...zwei grundlegende Unterschiede zu der in der vorliegenden Rechtssache [Rs „VDS“] strittigen Situation.“⁶⁰⁵

Führt dieser zweifellos vorhandene Unterschied zwischen den verb Rs „Fluggastdaten“ einerseits und „VDS“ andererseits dazu, dass die VDS-RL im Gegensatz zum Fluggastdaten-Be und der An-En keinen strafrechtlichen Inhalt aufweist, was die Heranziehung des Art 95 EGV als Kompetenzgrundlage unproblematisch erscheinen lässt?

Meiner Ansicht nach muss diese Frage verneint werden: Auch wenn die VDS-RL nicht den behördlichen Zugang zu den auf Vorrat gespeicherten Daten regelt, so sind doch die in ihr enthaltenen Bedingungen, unter denen Telekommunikationsunternehmen zur Vorratsdatenspeicherung verpflichtet werden, eine *notwendige Voraussetzung* für den Zugriff

⁶⁰³ Siehe dazu *Gabel/Arhold*, EWS 2006, 364, denen zufolge „[d]ie von der Richtlinie [VDS] erfasste Datenverarbeitung...für die Erbringung der zugrunde liegenden Dienstleistungen...kaum notwendig [ist]“.

⁶⁰⁴ ErwGr 25 VDS-RL. Siehe auch Art 4 leg cit.

⁶⁰⁵ GA Bot in den SA Rs „VDS“ Rn 119.

durch die Strafverfolgungsbehörden. Die Bestimmungen zur Vorratsspeicherung von Daten sind somit von Vorschriften, welche die Kriterien des behördlichen Zugangs beinhalten, nicht zu trennen.

Wenn der Rat behauptet, dass „diese Richtlinie weder unter die Organisation einer Zusammenarbeit, insbesondere der Polizei-, Zoll- oder Justizbehörden, noch unter die Annäherung der Strafvorschriften der Mitgliedstaaten falle“⁶⁰⁶, so ist dies eine Ansicht, die keinesfalls mit dem Sinn und Zweck des RL-Inhalts vereinbar ist. Es ist schlichtweg falsch, wenn die Meinung vertreten wird, die Vorratsdatenspeicherung sei keine Verarbeitung, die die öffentliche Sicherheit zum Ziel habe.⁶⁰⁷ Das ergibt sich alleine schon aus dem bereits erwähnten Art 1 Abs 1 VDS-RL.

Dass auch die RL 91/308/EWG⁶⁰⁸, der zufolge Finanzinstitute zum Zwecke der Strafverfolgung von den MS zu verpflichten sind, bestimmte Daten ihrer Kunden für einen konkreten Zeitraum zu speichern, auf Art 95 EGV gestützt wurde,⁶⁰⁹ muss nicht bedeuten, dass dieses Vorgehen zum damaligen Zeitpunkt korrekt war. Zu berücksichtigen ist überdies, dass es damals – bei Erlass der RL 91/308/EWG - noch nicht jene dritte Säule gab, die explizit auf das Strafrecht Bezug nimmt.

Für den GA ist die Frage, ob eine in Aussicht genommene Maßnahme auch den behördlichen Zugang regelt, für die Wahl der Rechtsgrundlage wohl deswegen so bedeutsam, weil „in diesem Stadium [des Zugriffs der Behörden]...die Mitwirkung von privaten Wirtschaftsteilnehmern an einem Vorgang der Strafverfolgung und ihre Zusammenarbeit mit den zuständigen nationalen Behörden in diesem Bereich konkret und sicher [wird].“⁶¹⁰ Auch dies ist eine formalistische, das Telos der RL-Bestimmungen negierende Herangehensweise an das Problem: Dass die Beteiligung von Privatpersonen am strafrechtlichen, hoheitlichen Handeln des Staates *konkret und sicher* (was überdies ein äußerst vages Kriterium darstellt) sein muss, damit man diesbezügliche Vorschriften im Bereich des Strafrechts ansiedeln kann, ist durch nichts zu begründen.⁶¹¹

⁶⁰⁶ SA Rs „VDS“ Rn 62.

⁶⁰⁷ Vgl hierfür Rat 12519/06 Nr 54.

⁶⁰⁸ ABl 1991 L 166/77, geändert durch die RL 2001/97/EG (ABl 2001 L 344/76).

⁶⁰⁹ Siehe in diesem Zusammenhang Rat 12519/06 Nr 58.

⁶¹⁰ GA Bot in den SA Rs „VDS“ Rn 107. Siehe auch Rn 122 sowie die Ansicht von *Barbist*, Urteilsanmerkung [Rs C-301/06], MR 2009, 3 (4), wonach [d]ie vorsorgliche Datenspeicherung...vom inhaltlich eingeschränkten Maßnahmenkatalog des Titels VI EU[V] nicht erfasst [wird].“

⁶¹¹ Der GA gibt in weiterer Folge selbst zu, dass „[d]iese Grenzziehung...in mancher Hinsicht künstlich erscheinen [kann]“, begründet seine Meinung, Art 95 EGV sei die richtige Rechtsgrundlage für die VDS-RL, aber dann mit der „verfassungsrechtliche[n] Konstruktion von drei Säulen“ und „einer Aufteilung der Handlungsbereiche“ (GA Bot in SA Rs „VDS“ Rn 108). Bezüglich der letzteren Argumentation vgl die Analyse in Kap V) A.) f.) vi.).

Da der materielle Gehalt jener Rechtsakte, die den Entscheidungen in den verb Rs „Fluggastdaten“ sowie „VDS“ zugrunde lagen, vergleichbar ist bzw deren Unterschiede in Anbetracht von Ziel und Zweck dieser Maßnahmen vernachlässigbar sind, hätte der EuGH auch die gewählte Rechtsgrundlage der VDS-RL (Art 95 Abs 1 EGV) für unzulässig erklären müssen. Der strafrechtliche Charakter der VDS-RL ist mE evident.⁶¹²

Zeichnete sich die Rsp des Gerichtshofs in den Rs „Umweltstrafrecht“ und „Meeresverschmutzung“ noch durch ihren teleologischen, auf dem *effet utile*-Prinzip basierenden Charakter aus, lässt der EuGH diese Herangehensweise in der Rs „VDS“ vermissen.

iii. Kriminalitätsbekämpfung als Hauptzweck der VDS-RL?

ME sprechen gute Gründe für die Annahme, dass die Ermittlung, Feststellung und Verfolgung von schweren Straftaten iSv Art 1 Abs 1 VDS-RL den *Hauptzweck* der Maßnahme bildet.⁶¹³

Zwar ist es, wie schon erwähnt, durchaus berechtigt, als *ein* Ziel der VDS-RL die Beseitigung und Verhinderung von Wettbewerbsverzerrungen zwischen den von den Speicherpflichten betroffenen Unternehmen zu erblicken. Wie auch aus den ErwGr 7, 8, 9, 10, 11 und 21 sowie Art 1 Abs 1 VDS-RL geschlossen werden kann, dienen jene nationalen Maßnahmen zur Vorratsdatenspeicherung, die durch die RL harmonisiert werden sollen, jedoch einzig und allein Strafverfolgungszwecken.⁶¹⁴ Der EU/EG war es wichtig, gemeinsame Mindeststandards hinsichtlich der Speicherung von Verkehrs- und Standortdaten zu schaffen,

⁶¹² Vgl dazu auch Art 13 Abs 2 leg cit, demzufolge „[j]eder Mitgliedstaat...insbesondere die erforderlichen Maßnahmen [ergreift], um sicherzustellen, dass der vorsätzliche Zugang zu oder die vorsätzliche Übermittlung von gemäß dieser Richtlinie auf Vorrat gespeicherten Daten, der bzw. die nach den zur Umsetzung dieser Richtlinie erlassenen nationalen Rechtsvorschriften nicht zulässig ist, mit Sanktionen, einschließlich verwaltungsrechtlicher und *strafrechtlicher* Sanktionen, belegt wird, die wirksam, verhältnismäßig und abschreckend sind“ (Hervorhebung durch den Verfasser). Zwar ist die Stoßrichtung dieser, auf den Datenschutz unmittelbar abzielenden Bestimmung nicht vergleichbar mit jenen Vorschriften der VDS-RL, welche die *Pflicht zur Vorratsdatenspeicherung* regeln. Nichtsdestotrotz unterstützt sie mE die Annahme, dass die VDS-RL strafrechtlicher Natur sei.

⁶¹³ Siehe in diesem Zusammenhang auch *Westphal*, EuR 2006, 712. Nach *Boka/Feiler*, Vorratsdatenspeicherung, 154, ist die „Harmonisierung des Binnenmarktes nur in Verbindung mit äußerster Kreativität erkennbar“.

Dass sowohl für die Kom als auch für den Rat die Kriminalitätsbekämpfung der entscheidende Einflussfaktor für den Erlass der VDS-RL darstellt, wurde bereits erläutert.

⁶¹⁴ Vgl nur ErwGr 9 VDS-RL („[d]a sich die Vorratsspeicherung von Daten in mehreren Mitgliedstaaten als derart notwendiges und wirksames Ermittlungswerkzeug für die Strafverfolgung, insbesondere in schweren Fällen wie organisierter Kriminalität und Terrorismus, erwiesen hat“).

damit die Strafverfolgung nicht an nationalen Grenzen scheitert. Dies ist angesichts der Tatsache, dass die Dienstleistungen der Telekommunikationsbranche scheinbar zwangsläufig einen grenzüberschreitenden Charakter aufweisen (siehe nur das Internet), an sich⁶¹⁵ durchaus nachvollziehbar.

Bevor jedoch der Befund, dass die VDS-RL hauptsächlich Strafverfolgungszwecke verfolge, zu dem Schluss führen kann, Art 95 EGV sei als Rechtsgrundlage infolge der schon angesprochenen *Schwerpunkttheorie* nicht anwendbar, muss vorab geklärt werden, ob letztere im vorliegenden Fall überhaupt einschlägig ist.

Für die Beantwortung der Frage, ob die Schwerpunkttheorie auch dann, wenn eine Befugnis der Gemeinschaft *an sich* zur Debatte steht (die *Verbandskompetenz*)⁶¹⁶, zur Anwendung kommt, sei zunächst ein Blick auf die Rsp geworfen.

In der schon erwähnten Rs C-376/98 („Tabakwerbe-RL“) stand die hier interessierende vertikale Kompetenzverteilung zwischen der EU/EG und den MS zur Diskussion: Können die Unionsorgane ein sehr weit gehendes Verbot der Werbung und des Sponsoring zugunsten von Tabakerzeugnissen ua auf Art 95 EGV stützen und gleichzeitig Art 152 Abs 4 UAbs 1 EGV, der im Gesundheitsbereich Harmonisierungsmaßnahmen ausdrücklich verbietet, außer Acht lassen?

Der EuGH kam zwar nach Prüfung der vermeintlichen Hemmnisse für die Grundfreiheiten und der Wettbewerbsverzerrungen zum Ergebnis⁶¹⁷, dass die „Tabakwerbe-RL“ zu Unrecht auf Art 95 EGV gestützt wurde. Gleichzeitig betonte er aber die prinzipielle Möglichkeit, Art 95 EGV als Rechtsgrundlage heranzuziehen, auch wenn „dem Gesundheitsschutz bei den zu treffenden Entscheidungen maßgebende Bedeutung zukommt.“⁶¹⁸ Dieser Aspekt wurde im Rahmen des Urteils in der Rs *BAT*, wo es um die Gültigkeit der RL 2001/37/EG⁶¹⁹ ging, wieder aufgenommen und bestätigt⁶²⁰ (im Unterschied zur Rs „Tabakwerbe-RL“ hatte der EuGH in diesem Fall jedoch nichts an der Rechtsgrundlage des Art 95 EGV auszusetzen⁶²¹). Zwar sprach sich der Gerichtshof in diesen Urteilen nicht explizit – zB hätte er auf seine

⁶¹⁵ Wie bereits angesprochen, kann es nicht Aufgabe dieser Arbeit sein, die VDS-RL bzw deren Wirksamkeit einer umfassenden Analyse zu unterziehen, zB ob mit ihr tatsächlich die konstatierten Strafverfolgungszwecke erreicht werden können oder das Grundrecht auf Datenschutz bzw Privatsphäre verletzt wird.

⁶¹⁶ Für die Thematik der horizontalen Kompetenzverteilung (welche von mehreren in Betracht kommenden Rechtsgrundlagen des EGV muss herangezogen werden?) ist dies unstrittig.

⁶¹⁷ Rs „Tabakwerbe-RL“ Rn 96 ff.

⁶¹⁸ Rs „Tabakwerbe-RL“ Rn 88.

⁶¹⁹ ABl 2001 L 194/26.

⁶²⁰ Rs *BAT* Rn 62, 75.

⁶²¹ Zur Begründung siehe Rs *BAT* Rn 58 ff.

diesbezügliche frühere Rsp verweisen können - gegen die Anwendung der Schwerpunkttheorie aus.⁶²² Dies lässt sich jedoch mE implizit dem Wortlaut der Entscheidungen entnehmen („maßgebende Bedeutung“).⁶²³ Wenn der EuGH Art 95 EGV auch dann für prinzipiell einschlägig betrachtet, wenn der Gesundheitsschutz eine grundlegende Rolle spielt, wird er nicht nach der Intensität der vom Rechtsakt verfolgten Materien eine Unterscheidung durchführen.

Welche Schlussfolgerungen lassen sich daraus für die kompetenzrechtlichen Fragen der VDS-RL ziehen? Kann man, gemäß der Diktion des EuGH in den Rs „Tabakwerbe-RL“ und *BAT*, davon ausgehen, dass Art 95 EGV für die VDS-RL auch dann als Rechtsgrundlage herangezogen werden kann, wenn der Strafverfolgung hierbei *maßgebende Bedeutung* zukommt, eine Tatsache, die von den ErwGr der VDS-RL gar nicht verschwiegen wird?

ME ist die Nichtanwendung der Schwerpunkttheorie im Rahmen des Art 95 EGV nur dann zulässig, wenn die unter einem besonderen Schutz stehenden Ziele des Abs 3 leg cit (Gesundheit, Sicherheit, Umwelt- und Verbraucherschutz) für die in Aussicht genommene Maßnahme eine bedeutende Rolle spielen. Unzutreffend ist jene Ansicht⁶²⁴, die davon ausgeht, dass „[j]edes materielle Ziel, sei es die Gesundheit oder ein anderes Gebiet der Regulierungstätigkeit, das auch verfolgt wird...so intensiv verfolgt werden [kann], wie es der Gesetzgeber wünscht (oder für erforderlich hält), sofern die funktionalen Ziele des Binnenmarkts von der erlassenen Maßnahme gefördert werden.“

Auch wenn der Gegenstand „*die Errichtung und das Funktionieren des Binnenmarktes*“ (Art 95 Abs 1 EGV) ein sehr weites Regelungsfeld eröffnet, müssen iSd Prinzips der begrenzten Einzelermächtigung (Art 5 Abs 1 EGV) die der EU/EG gesetzten Grenzen beachtet werden. Würde bei jedem noch so geringen Binnenmarktbezug Art 95 EGV anwendbar, würde für eine Norm wie Art 308 EGV⁶²⁵ kein Regelungsbereich mehr übrig bleiben. Wäre es im Sinne der MS als *Herren der Verträge*, dieser Generalklausel jedweden Anwendungsbereich zu nehmen?

⁶²² So aber GA *Fennelly* in den SA Rs „Tabakwerbe-RL“ Rn 67 ff, der dies nur dann für zulässig erachtete, „wenn der Streit darum geht, ob eine Maßnahme auf der Grundlage der einen oder der anderen zweier möglicher Rechtsgrundlagen zu erlassen ist.“

⁶²³ In diese Richtung wohl auch *Calliess*, Nach dem "Tabakwerbung-Urteil" des EuGH: Binnenmarkt und gemeinschaftsrechtliche Kompetenzverfassung im neuen Licht, JURA 2001, 311 (314 f).

⁶²⁴ GA *Fennelly* in den SA Rs „Tabakwerbe-RL“ Rn 66. Siehe in diesem Zusammenhang auch *Möstl*, Grenzen der Rechtsangleichung im europäischen Binnenmarkt, EuR 2002, 318 (327).

⁶²⁵ Vgl hierfür Kap V) A.) 4.).

In diesem Zusammenhang stellt sich zunächst die Frage, ob die Kriminalitätsbekämpfung überhaupt als Ziel der Gemeinschaft zu betrachten ist (die Präambel des EGV sowie die Art 2 ff EGV lassen solch eine Zielsetzung nicht erkennen).

Wie bereits erwähnt, bringt erst ein Blick auf Art 61 lit a und e EGV die Erkenntnis, dass auch die mit dem Erlass von strafrechtlichen Rechtsangleichungsmaßnahmen verbundenen Zwecke Gemeinschaftsziele sind. Zwar nimmt diese Bestimmung Bezug auf den EUV (bzw dessen Art 29 ff) – dies ändert aber nichts daran, dass die Kriminalitätsverhütung und –bekämpfung *auch* zu Gemeinschaftszielen erklärt werden.

Ist aber das wesentliche Ziel der VDS-RL, die Kriminalitätsbekämpfung, iSd oben genannten Rsp, eines, dem *maßgebende Bedeutung* zukommen kann, da es nach Art 95 Abs 3 EGV besonders schutzwürdig ist?

Die Ermittlung, Feststellung und Verfolgung von schweren Straftaten iSd VDS-RL findet sich nicht in jenen Zielen wieder, bei denen der zweifelsohne als taxativer Tatbestand formulierte Art 95 Abs 3 EGV ein hohes Schutzniveau fordert.⁶²⁶ Der Begriff der *Sicherheit* bezieht sich nur auf die technische Sicherheit von Waren und Produktionseinrichtungen⁶²⁷, ist also von der *öffentlichen Sicherheit* iSv Art 30 EGV zu unterscheiden. Vergegenwärtigt man sich, dass im Fokus des Art 95 EGV primär die Grundfreiheit des freien Warenverkehrs steht, ist diese Ansicht nur allzu nachvollziehbar.

Auch die anderen Schutzgüter des Art 95 Abs 3 EGV lassen nicht den Schluss zu, dass das Hauptziel der VDS-RL, die Kriminalitätsbekämpfung, unter sie subsumiert werden könne.⁶²⁸

⁶²⁶ AA GA Bot in den SA Rs „VDS“ Rn 97, 106.

⁶²⁷ Pipkorn/Bardenhewer-Rating/Taschner, Art 95 EGV Rz 72.

⁶²⁸ Vgl auch Ehrlicke/Becker/Waizel, RDV 2006, 150, die eine Gleichsetzung der Ziele Umwelt- und Gesundheitsschutz mit jenen der Strafverfolgung ablehnen. Siehe hingegen Rat 12519/06 Nr 41, wo der Gesundheitsschutz als Vergleichsmaßstab einbezogen wird.

• Ergebnis

Der Prüfungsablauf hat gezeigt, dass nach dem Wortlaut des Art 95 EGV (sowie der sich darauf beziehenden Rsp⁶²⁹) auch strafrechtliche Rechtsangleichungsmaßnahmen auf diese Bestimmung gestützt werden könnten: Würden strafrechtliche Vorschriften nicht den Schwerpunkt der beabsichtigten, zB Wettbewerbsverzerrungen verhindernden Maßnahme bilden, käme eine Heranziehung von Art 95 EGV in Betracht. So zumindest nach der jüngst ergangenen Rsp des EuGH⁶³⁰, wenn also strafrechtliche Normen zur *Gewährleistung der vollen Wirksamkeit* der auf das Binnenmarktziel ausgerichteten Bestimmungen *unerlässlich* sind.

Es bleibt aber Folgendes festzuhalten: Das *wesentliche Ziel* der VDS-RL ist nicht die Beseitigung und Verhinderung von Wettbewerbsverzerrungen zwischen den von der Vorratsdatenspeicherung betroffenen Unternehmen, sondern die Kriminalitätsbekämpfung.

Nach der Schwerpunkttheorie, deren Grundlagen vom EuGH in zahlreichen Entscheidungen herausgearbeitet wurden, darf der Regelungsbereich der in Aussicht genommenen Kompetenzgrundlage (hier: Art 95 EGV) – wie bereits erwähnt - *nicht nur nebenbei* betroffen sein. Das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung (Art 5 EGV) erfordert es mE, diese Schwerpunkttheorie auch auf die vertikale Kompetenzverteilung zwischen dem Gemeinschaftsgesetzgeber und den MS (und somit auf die Abgrenzung zwischen erster und dritter Säule) anzuwenden, damit es zu keiner Aushöhlung der Befugnisaufteilung kommt.⁶³¹ Die Kriminalitätsbekämpfung ist kein Schutzgut iSd Art 95 Abs 3 EGV, dem eine *maßgebende Bedeutung* zukommen könnte.

Schon aufgrund dieser Erwägungen war die Heranziehung von Art 95 EGV als Rechtsgrundlage der VDS-RL unzulässig.⁶³²

⁶²⁹ Vgl auch die Entscheidungen in den Rs „Umweltstrafrecht“ und „Meeresverschmutzung“.

Nicht nachvollziehbar ist die Skepsis von Foerster, (Umwelt-)Strafrechtliche Maßnahmen im Europarecht 75, der die Übertragbarkeit der Rsp in der Rs „Umweltstrafrecht“ auf strafrechtliche Maßnahmen nach Art 95 EGV deswegen anzweifelt, da letztgenannte Vorschrift „eine geringere Kompetenz“ im Vergleich zu einzelnen Spezialvorschriften sei. Angesichts des funktionalen Charakters des Art 95 EGV ist diese Schlussfolgerung mehr als zweifelhaft.

⁶³⁰ Rs „Umweltstrafrecht“ Rn 48 und Rs „Meeresverschmutzung“ Rn 66.

⁶³¹ In diesem Sinne erachtet auch der GA die Schwerpunkttheorie für anwendbar (GA Bot in den SA Rs „VDS“ Rn 76 f).

⁶³² Siehe dazu auch die Einschätzung von Boka/Feiler, Vorratsdatenspeicherung 155.

Im Folgenden sollen weitere Argumente analysiert werden, die gegen eine Abstützung der VDS-RL auf Art 95 EGV vorgebracht werden könnten. Dies dient va auch dazu, jene Einwände, die *prinzipiell* gegen eine strafrechtliche Harmonisierungskompetenz nach dem EGV sprechen, zu würdigen.

f. Weitere Argumente

i. Verhältnis Ausschlussklauseln – einschränkende Klauseln

Die Kom verweist in ihrer Argumentation⁶³³ auf einen grundlegenden Unterschied zwischen den Ausschlussklauseln von Art 3 Abs 2 DS-RL und Art 1 Abs 3 eDS-RL sowie den einschränkenden Klauseln von Art 13 Abs 1 DS-RL und Art 15 Abs 1 eDS-RL, um die Heranziehung des Art 95 EGV als Rechtsgrundlage zu rechtfertigen:

Zwar fallen die unter die Ausschlussklauseln zu subsumierenden Datenverarbeitungen nicht in den Anwendungsbereich des Gemeinschaftsrechts, davon sind jedoch jene Verarbeitungen zu unterscheiden, die dem Gemeinschaftsrechtsrahmen unterfallen, aber nach Art 13 Abs 1 DS-RL und Art 15 Abs 1 eDS-RL beschränkt werden können. Die Kom ist in diesem Zusammenhang der Ansicht, die VDS-RL „betreffe...die Verarbeitung von Daten zu wirtschaftlichen Zwecken durch Telekommunikationsunternehmen im Zusammenhang mit der Bereitstellung elektronischer Kommunikationsdienste im öffentlichen Kommunikationsnetz. Diese Tätigkeit falle klar in den Anwendungsbereich des Gemeinschaftsrechts und insbesondere der Richtlinien 95/46 und 2002/58.“⁶³⁴ Schließlich sieht die Kom „die Befugnis der Mitgliedstaaten, die Rechte im Bereich des Datenschutzes zum Zwecke der Ermittlung, Feststellung und Verfolgung von schweren Straftaten zu beschränken“, deswegen in den Anwendungsbereich des Gemeinschaftsrechts fallen, da ansonsten Art 13 Abs 1 DS-RL und Art 15 Abs 1 eDS-RL im Verhältnis zu Art 3 Abs 2 DS-RL und Art 1 Abs 3 eDS-RL überflüssig wäre.⁶³⁵

Zu diesen Argumenten ist mE Folgendes anzumerken:

Es ist zunächst nicht ausgeschlossen, dass Art 13 Abs 1 DS-RL und Art 15 Abs 1 eDS-RL bloß eine deklarative Funktion im Vergleich zu den Ausschlussklauseln von Art 3 Abs 2 DS-RL und Art 1 Abs 3 eDS-RL zukommt.⁶³⁶ Für diese Annahme spricht der Wortlaut von Art 13 Abs 1 DS-RL und Art 15 Abs 1 eDS-RL, der sich ausdrücklich auf *die*

⁶³³ Siehe dazu SA Rs „VDS“ Rn 67 ff. Vgl auch die diese Argumente aufnehmende Begründung des GA (GA Bot in SA Rs „VDS“ Rn 124 ff).

⁶³⁴ SA Rs „VDS“ Rn 68.

⁶³⁵ SA Rs „VDS“ Rn 69.

⁶³⁶ Siehe dazu Westphal, EuR 2006, 713.

MS bezieht. Aus diesen Bestimmungen den Schluss zu ziehen, *die EU/EG* könne nun nach dem EGV und unter den Voraussetzungen der einschränkenden Klauseln, zB aus Gründen der Verhütung, Ermittlung, Feststellung und Verfolgung von Straftaten, den Datenschutz selbst beschränken, ist somit nicht nachvollziehbar.

Diese Ansicht wird durch die Befürchtung verstärkt, dass bei Bejahung der Argumentation von Kom und GA Tätigkeiten, die nach Art 3 Abs 2 DS-RL und Art 1 Abs 3 eDS-RL ausdrücklich nicht unter das Gemeinschaftsrecht fallen, unter Umgehung dieser Ausschlussklauseln doch im Rahmen des EGV geregelt werden könnten. Wenn der GA den Anwendungsbereich des EGV (nach Art 3 Abs 2 DS-RL und Art 1 Abs 3 eDS-RL) nur dann ausgeschlossen sieht, wenn die Datenverarbeitung „für Tätigkeiten vorgenommen wird, die den Staaten oder staatlichen Stellen zugewiesen sind und mit den Tätigkeiten von Einzelpersonen nichts zu tun haben“ und daraus den Schluss zieht, die VDS-RL falle nicht unter diese Ausschlussklauseln, ist dies solch eine Umgehung.⁶³⁷ Zwar handelt es sich auch bei den von Telekommunikationsunternehmen zu speichernden Verkehrs- und Standortdaten um solche, die „ursprünglich im Rahmen einer unter das Gemeinschaftsrecht fallenden Tätigkeit [Dienstleistung] erhoben worden sind“. Diese Datenverarbeitung ist aber „nicht für die Erbringung einer Dienstleistung erforderlich...sondern [wird] zum Schutz der öffentlichen Sicherheit und zu Strafverfolgungszwecken als erforderlich angesehen“.⁶³⁸

Ist die Erweiterung des Wortlauts von Art 3 Abs 1 SS 1 DS-RL⁶³⁹ in den verb Rs „Fluggastdaten“ nach dem Sinn und Zweck der Bestimmung noch richtig und begrüßenswert, so lässt das Urteil des Gerichtshofs in der Rs „VDS“⁶⁴⁰ solch eine Einschätzung nicht mehr zu: Zwar nimmt der EuGH ausdrücklich Bezug auf seine Entscheidung in den verb Rs „Fluggastdaten“, doch verkennt er mE das Telos des Art 3 Abs 1 SS 1 DS-RL hier, wenn er meint, „die Richtlinie 2006/24 [bezieht sich] auf die Tätigkeiten der Diensteanbieter im Binnenmarkt und enthält keine Regelung der Handlungen staatlicher Stellen zu Strafverfolgungszwecken.“ Dass Fragen des behördlichen Zugangs durch die VDS-RL nicht geregelt werden, reicht nicht aus, die erste Säule im Rahmen der Rs „VDS“ – im Gegensatz zu den verb Rs „Fluggastdaten“ – als anwendbar zu erklären.

⁶³⁷ Siehe dazu GA Bot in SA Rs „VDS“ Rn 130.

Vgl zur über den Wortlaut hinausgehenden Interpretation des Art 3 Abs 2 SS 1 DS-RL den EuGH in den verb Rs C-317/04 und C-318/04 („Fluggastdaten“) Rn 54 ff. Bezüglich der Befürchtung der Umgehung dieser Ausnahmenvorschrift vgl auch *Ehrliche/Becker/Waizel*, RDV 2006, 151.

⁶³⁸ verb Rs „Fluggastdaten“ Rn 57 (siehe auch Rn 106). Vgl in diesem Zusammenhang die ähnliche Begründung der Kom in SA Rs „VDS“ Rn 70.

⁶³⁹ Dies muss sinngemäß auch für den gleichlautenden Art 1 Abs 3 eDS-RL gelten.

⁶⁴⁰ EuGH Rs „VDS“ Rn 91.

Somit bleibt im Ergebnis festzuhalten, dass Art 13 Abs 1 DS-RL und Art 15 Abs 1 eDS-RL im Verhältnis zu Art 3 Abs 2 DS-RL und Art 1 Abs 3 eDS-RL nur eine deklarative Funktion haben kann, damit eine Umgehung der letztgenannten Ausschlussklauseln, die nicht iSd MS als *Herren der Verträge* sein kann, verhindert wird.

ii. VDS-RL „als Teil des Systems zum Schutz personenbezogener Daten“⁶⁴¹

Der GA ist der Ansicht, „[d]a die Richtlinie eine Ausnahme von einigen in der Richtlinie 2002/58 festgesetzten Schutzmaßnahmen vorsieht, war es unerlässlich, dass der Gemeinschaftsgesetzgeber ein solches im Allgemeininteresse liegendes Ziel [die Ermittlung, Feststellung und Verfolgung von schweren Straftaten] anführt, mit dem angesichts der Anforderungen von Art. 8 EMRK die Notwendigkeit begründet wird, ein Instrument zur Vorratsspeicherung von Daten einzuführen.“⁶⁴²

Auch wenn es sicherlich zutrifft, dass Beschränkungen des Art 8 EMRK zulässig sind und Strafverfolgungszwecke eine mögliche Voraussetzung hierfür darstellen, kann man dem GA Folgendes entgegenhalten: Mit Vorschriften, die den Datenschutz zugunsten des Ziels der Verbrechensbekämpfung einschränken, begibt sich die EU/EG auf jenes strafrechtliche Terrain, welches *nach Art 3 Abs 2 DS-RL und Art 1 Abs 3 eDS-RL* dem datenschutzrechtlichen Anwendungsbereich des Gemeinschaftsrechts nicht zugänglich ist. Mit der Interpretation des GA würde über die Hintertür eine strafrechtliche Rechtsangleichungskompetenz nach der ersten Säule eingeführt werden.

⁶⁴¹ Siehe zu dieser Kategorisierung GA *Bot* in den SA Rs „VDS“ Rn 94.

⁶⁴² GA *Bot* in den SA Rs „VDS“ Rn 94.

iii. Unterscheidung Rechtfertigung eines Grundrechtseingriffs – Wahl der Rechtsgrundlage

Die VDS-RL stellt prinzipiell einen Eingriff in das Grundrecht des Art 8 EMRK da. Dies kann aber nach Abs 2 leg cit unter bestimmten Voraussetzungen gerechtfertigt sein, so zB wenn der Grundrechtseingriff „zur *Verhinderung von strafbaren Handlungen*“ notwendig ist. Das EP ist diesbezüglich nun der Ansicht, dass „[d]iese Rechtfertigung...von der Wahl der richtigen Rechtsgrundlage innerhalb der Rechtsordnung der Union unterschieden werden [müsse], einer Frage, die damit in keinem Zusammenhang stehe.“⁶⁴³

Mit dieser prinzipiell richtigen Argumentation ist aber nichts gewonnen, weil auch eine nach Art 8 Abs 2 EMRK gegebene Rechtfertigung nicht die fehlende Strafrechtskompetenz zu ersetzen vermag.

Darüber hinaus ist die Bezugnahme auf den Rechtfertigungsgrund der „*Verhinderung von strafbaren Handlungen*“ in Art 8 Abs 2 EMRK mE ein weiteres Indiz dafür, dass der Hauptzweck der VDS-RL in der Kriminalitätsbekämpfung liegt.

iv. Übermäßige Erweiterung des Anwendungsbereichs der dritten Säule

Der GA befürchtet, falls alle Rechtsakte, die das „Ziel der Ermittlung, Feststellung und Verfolgung von schweren Straftaten“ verfolgen, der dritten Säule zugeordnet werden, „[d]iese Neigung...dazu führen [würde], den Anwendungsbereich von Titel VI des EU-Vertrags übermäßig zu erweitern, der...nicht bloß ein Ziel beschreibt, sondern die Arten von Maßnahmen aufzählt, die den Begriff ‚Polizeiliche und justizielle Zusammenarbeit in Strafsachen‘ im Sinne dieses Titels verdeutlichen.“⁶⁴⁴

⁶⁴³ SA Rs „VDS“ Rn 58. Siehe auch EuGH Rs „VDS“ Rn 39.

⁶⁴⁴ GA Bot in den SA Rs „VDS“ Rn 101.

Dazu ist Folgendes zu bemerken: Nur dann, wenn nach dem Inhalt *und* dem Ziel einer Rechtsmaßnahme diese unter den Tatbestand einer konkreten Kompetenzvorschrift subsumiert werden kann, darf und muss diese Rechtsgrundlage auch herangezogen werden.⁶⁴⁵ Mit anderen Worten: Falls ein Rechtsakt nach den Kriterien des Prinzips der begrenzten Einzelermächtigung auf die Art 29 ff EUV gestützt werden muss, darf nicht mehr gefragt werden, ob dadurch der Anwendungsbereich der dritte Säule *übermäßig* erweitert wird. Dass das Ziel einer Maßnahme *alleine* nicht ausreicht, um die richtige Kompetenzgrundlage zu eruieren, sondern stets auch der Inhalt mitberücksichtigt werden muss, wurde bereits erläutert und steht außer Zweifel.

v. Argument des Datenschutzes

Der Europäische Datenschutzbeauftragte, der verständlicherweise sein Hauptaugenmerk auf datenschutzrechtliche Aspekte legt, meint in seiner Stellungnahme:⁶⁴⁶ „Wenn der Gemeinschaftsgesetzgeber keine Vorschriften über den Zugang zu Daten und über ihre Verwendung festlegen könnte, so könnte er seinen Pflichten nach Artikel 6 des EU-Vertrags nicht nachkommen, da die in diesem Artikel enthaltenen Vorschriften unverzichtbar sind, um sicherzustellen, dass die Vorratsspeicherung unter gebührender Achtung der Grundrechte erfolgt.“ Er ist also der Ansicht, dass Fragen „über den Zugang zu Daten und über ihre Verwendung“ deswegen im Rahmen des EGV geregelt werden sollen, um grundrechtlichen Anforderungen (siehe Art 6 Abs 2 EUV) zu entsprechen.

Dem ist Folgendes entgegenzusetzen: Auch wenn das datenschutzrechtliche Schutzsystem (DS-RL und eDS-RL) nur im Rahmen der ersten Säule Bedeutung erlangt, kann dies kein Argument für die Wahl der Rechtsgrundlage sein. Der Datenschutz ist zwar zweifelsohne einem berechtigten Anliegen geschuldet, nichtsdestotrotz müssen für die Frage der richtigen Kompetenzgrundlage einzig und allein der Inhalt und das Ziel der in Aussicht genommenen Rechtsmaßnahme entscheidend sein. Wenn es kein datenschutzrechtliches Pendant zu den DS-RL und eDS-RL in der dritte Säule gibt, ist dies aus grundrechtlicher Sicht gewiss bedauerlich. Die Konsequenz kann aber nur darin bestehen, dass (solange die Säulenstruktur

⁶⁴⁵ Zur Interpretation des das Verhältnis zwischen den drei Säulen bestimmenden Art 47 EUV siehe sogleich.

⁶⁴⁶ 2005/C298/01 Nr 40. Siehe auch SA Rs „VDS“ Rn 71 und EuGH Rs „VDS“ Rn 55.

nicht überwunden ist) eine eigene Maßnahme (zB ein RBe) bezüglich des Datenschutzes für die dritte Säule erlassen wird.⁶⁴⁷ Eine Negierung der Vorgaben des Art 5 Abs 1 EGV stellt keine akzeptable Lösung dar.

Überdies sind die grundrechtlichen Vorgaben des Art 6 Abs 2 *EUV* gerade auch für Rechtsmaßnahmen der dritten Säule von Bedeutung. Die Unionsorgane müssten somit den Datenschutz auch im Falle der Verabschiedung eines RBe beachten.

Dazu kommt, dass eine (mögliche) Verletzung dieser Verpflichtung aufgrund des Art 46 lit d *EUV* sogar justiziabel ist⁶⁴⁸ und damit vor den EuGH gebracht werden kann. Auch aus diesem Grund ist nicht einzusehen, (an sich berechnigte) datenschutzrechtliche Überlegungen mit der Frage nach der richtigen Kompetenzgrundlage zu vermischen.

vi. Art 47 *EUV*

Die VDS-RL beschränkt unzweifelhaft jene (dem Datenschutz geschuldeten) Verpflichtungen, die durch die eDS-RL harmonisiert wurden. Diesbezüglich folgert die Kom aus der Tatsache, dass die letztgenannte RL auf Art 95 EGV fußt, „die Richtlinie 2006/24, durch die sie [die eDS-RL] geändert werde, auf denselben Artikel des EG-Vertrags gestützt sein [müsse].“⁶⁴⁹ Diese Schlussfolgerung führt unweigerlich zu jener für die Kompetenzabgrenzung bedeutsamen Bestimmung⁶⁵⁰ (bzw deren Interpretation), die das Verhältnis zwischen *EUV* und EGV regelt: Art 47 *EUV*.⁶⁵¹

Die Wichtigkeit dieser Vorschrift für das Urteil in der Rs „VDS“ erhellt sich aus der Tatsache, dass sie sowohl für die beklagten Parteien und deren Streithelfer⁶⁵² als auch (und vor allem) für den GA⁶⁵³ und den EuGH⁶⁵⁴ der zentrale Anknüpfungspunkt ihrer Argumentation ist.

⁶⁴⁷ Wie bereits erwähnt, wurde mittlerweile durch den RBe 2008/977/JI (ABl 2008 L 350/60) ein datenschutzrechtliches Instrument auch für die dritte Säule eingeführt. Vgl hierfür die krit Analyse von *Lachmayer*, *juridikum* 2009, 105 f).

⁶⁴⁸ Siehe zB Art 35 Abs 6 *EUV*.

⁶⁴⁹ SA Rs „VDS“ Rn 66 (EuGH Rs „VDS“ Rn 54). Siehe auch Rat 12519/06 Nr 56.

⁶⁵⁰ *Krück* in Schwarze/von der Groeben (Hg), *Kommentar zum Vertrag über die Europäische Union und zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft*⁶ (2003) Art 47 *EUV* Rz 2, spricht von einer „Kollisionsnorm“.

⁶⁵¹ Im Rahmen des VvL wird diese Bestimmung durch Art 40 *EUV* zF inhaltlich insofern ersetzt, als dass (nur mehr) eine *gegenseitige Unberührtheit* zwischen den Zuständigkeiten bezüglich der GASP und jenen der anderen Unionspolitiken festgeschrieben wird. Die PJZS wird nach Inkrafttreten des VvL keine rechtliche Sonderbehandlung mehr erfahren.

⁶⁵² Rat 12519/06 Rn 59 ff.

⁶⁵³ GA *Bot* in den SA Rs „VDS“ Rn 72 ff und 131 ff.

Art 47 EUV lautet folgendermaßen:

*„Vorbehaltlich der Bestimmungen zur Änderung des Vertrags zur Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft im Hinblick auf die Gründung der Europäischen Gemeinschaft, des Vertrags über die Gründung der Europäischen Gemeinschaft für Kohle und Stahl und des Vertrags zur Gründung der Europäischen Atomgemeinschaft sowie dieser Schlussbestimmungen lässt der vorliegende Vertrag die Verträge zur Gründung der Europäischen Gemeinschaften sowie die nachfolgenden Verträge und Akte zur Änderung oder Ergänzung der genannten Verträge unberührt.“*⁶⁵⁵

Konsequenterweise setzt dies, wie noch zu zeigen sein wird, auch eine *Unberührtheit* in Bezug auf die Kompetenzen voraus. Deutlich wird die Bedeutung der Bestimmung, wenn man sich vergegenwärtigt, dass im Widerspruch zu Art 47 EUV jeder Versuch stehe, das Gemeinschaftsrecht dort, wo es sich nicht selbst dafür öffnet, durch Handlungen im Rahmen der zweiten oder dritten Säule zu steuern.⁶⁵⁶

Geschützt wird durch Art 47 EUV nicht nur der Wortlaut der Gemeinschaftsverträge, sondern der *acquis communautaire* insgesamt⁶⁵⁷, also die Gesamtheit des Gemeinschaftsbestandes (zB politische Zielsetzungen) sowie des Gemeinschaftsrechts, wozu auch das ungeschriebene Recht zählt⁶⁵⁸. Daraus folgt, dass weder primäres noch sekundäres Gemeinschaftsrecht durch Unionsrecht (inklusive Maßnahmen innerhalb der zweiten oder dritten Säule) verändert werden darf.⁶⁵⁹

⁶⁵⁴ EuGH Rs „VDS“ Rn 75 ff. Siehe dazu auch die dem Urteil zustimmende Auffassung von *Barbist*, MR 2009, 4.

⁶⁵⁵ Hervorhebung durch den Verfasser.

An dieser Stelle sei auch auf Art 29 S 1 EUV hingewiesen, der die (kompetenzrechtlichen) Bestimmungen über die PJZS iSv Art 47 EUV quasi einleitet („*Unbeschadet der Befugnisse der Europäischen Gemeinschaft*“).

Da Art 47 EUV aufgrund seines Wortlauts und seiner systematischen Stellung (im Titel VIII Schlussbestimmungen) für das prinzipielle Verhältnis von Gemeinschafts- und Unionsrecht Aussagen trifft, hätte es dieser Formulierung in Art 29 EUV aber gar nicht bedurft.

Siehe dazu *Jour-Schröder/Wasmeier*, Vorbemerkung zu den Art 29 bis 42 EUV Rz 50 (die in Rn 49 auf weitere Bestimmungen, wie zB Art 1 Abs 3 und Art 2 SS 5 EUV, verweisen).

⁶⁵⁶ *Cremer*, Art 47 EUV Rn 2. Vgl in diesem Zusammenhang EuGH 20.05.2008 Rs C-91/05 („Leichte Waffen und Kleinwaffen“) Slg 2008 I-03651.

⁶⁵⁷ *Krück*, Art 47 EUV Rz 7.

⁶⁵⁸ *Streinz*, Europarecht Rz 97.

⁶⁵⁹ *Cremer* in Calliess/Ruffert (Hg), EUV/EGV³ (2007) Art 47 EUV Rn 1. Vorsichtig hingegen *Pechstein*, Urteilsanmerkung [Rs C-170/96], JZ 1998, 1008 (1008) („Art. M [jetzt Art 47] EUV enthält...evtl. ein unionsprimärrechtliches Gebot der Wahrung des EG-Rechts auch durch Unionssekundärrechtsakte“; Hervorhebung durch den Verfasser).

Soweit, so gut: Dass die MS als *Herren der Verträge* bei Einführung des damaligen Art M EUV (jetzt Art 47 EUV) durch den VvM den gemeinschaftlichen Besitzstand explizit schützen wollten, ist auch aufgrund des klaren Wortlauts mE evident. Weniger klar ist hingegen, ob es nicht, abseits der ausdrücklichen Änderungen des Gemeinschaftsrechts durch den EUV (Art 8 bis 10, Art 46 bis 53 leg cit), auch ungeschriebene Modifikationen des EG-Rechts gab bzw gibt: Zum einen wird jede Möglichkeit von impliziten Veränderungen des Gemeinschaftsrechts durch den EUV abgelehnt⁶⁶⁰, andererseits dies, zB mit Hinweis auf Art 2 EUV, bejaht⁶⁶¹.

An dieser Stelle sei zunächst darauf hingewiesen, dass sowohl eine restriktive Interpretation des Art 47 EUV, wonach implizite Änderungen des Gemeinschaftsrechts durch den EUV ausgeschlossen sind, als auch eine, die ungeschriebene Modifikationen umfasst, eine *historische* Analyse bezüglich der gemeinschafts- bzw unionsrechtlichen Kompetenzgrundlagen im Strafrecht – nicht außer acht lassen darf: Der *acquis communautaire* beinhaltete keine Bestimmungen, die man im Zeitpunkt des Inkrafttretens des EUV (01.11.1992) dem Strafrecht zuordnen konnte. Insofern war eine stillschweigende, aus systematischen Gründen zu rechtfertigende Änderung des Gemeinschaftsrechts durch die ua auf das Strafrecht fokussierten Bestimmungen der dritten Säule gar nicht möglich.

An diesem Befund können sowohl der VvA als auch der VvN nichts ändern, die im Bereich der dritten Säule zT gravierende Änderungen gebracht haben: So wurde durch den VvA mit dem damaligen Art 31 lit d EUV (jetzt Art 31 Abs 1 lit e EUV) die Möglichkeit der Rechtsangleichung im Bereich des materiellen Strafrechts geschaffen.⁶⁶² Doch auch bis zur letzten in Kraft getretenen Vertragsrevision des EUV am 01.02.2003 durch den VvN konnte man keine Bestimmung des gemeinschaftlichen Besitzstandes explizit ausmachen, die strafrechtlicher Natur wäre.

Im Zusammenhang mit Art 47 EUV stellt sich eine weitere Frage: Dürfen auch solche Maßnahmen im Rahmen der dritten Säule nicht erlassen werden, die an sich auch auf Rechtsgrundlagen des Gemeinschaftsrechts gestützt werden könnten, dies aber noch nicht geschehen ist? Mit anderen Worten: Werden neben ausschließlichen

⁶⁶⁰ Cremer, Art 47 EUV Rn 3 und Schütz/Sauerbier, Die Jurisdiktion des EuGH im Unionsrecht, JuS 2002, 658 (660).

⁶⁶¹ Pechstein, Die Justitiabilität des Unionsrechts, EuR 1999, 1 (3 f).

⁶⁶² Siehe dazu Kap V) B.) 1.) a.).

Gemeinschaftskompetenzen auch die konkurrierenden absolut geschützt, also auch dann, wenn diese noch gar nicht ausgeübt wurden?⁶⁶³

Jene Entscheidung, die sich zum ersten Mal mit dem kompetenzrechtlichen Spannungsverhältnis zwischen dem Gemeinschafts- und dem Unionsrecht auseinandersetzte, brachte im hier interessierenden Zusammenhang folgende Aussage.⁶⁶⁴

„Der Gerichtshof hat daher darüber zu wachen, daß die Handlungen, von denen der Rat behauptet, sie fielen unter Artikel K.3 [jetzt Art 31] Absatz 2 des Vertrages über die Europäische Union, nicht in die Zuständigkeiten übergreifen, die die Bestimmungen des EG-Vertrags der Gemeinschaft zuweisen.

Demnach ist der Gerichtshof zuständig, den Inhalt des Rechtsakts anhand des Artikels 100c EG-Vertrag⁶⁶⁵ zu prüfen, um festzustellen, ob der Rechtsakt nicht die Zuständigkeit der Gemeinschaft nach dieser Bestimmung beeinträchtigt, und ihn für nichtig zu erklären, wenn sich herausstellen sollte, daß er auf Artikel 100c EG-Vertrag hätte gestützt werden müssen.“

ME lässt sich diese Aussage, die im Zusammenhang mit dem damaligen Art M [jetzt Art 47] EUV erging, iS einer restriktiven Interpretation dieser Bestimmung deuten.⁶⁶⁶ Immer dann, wenn eine Bestimmung des EGV als Rechtsgrundlage einschlägig sein könnte („hätte gestützt werden müssen“), ist nach Ansicht des EuGH die EU/EG verpflichtet, diese auch heranziehen, egal, ob sie schon (vergleichbare) Maßnahmen auf diese Kompetenznorm gestützt hat oder nicht.

Dass dieser absolute Vorrang der ersten Säule in jenen Fällen, in denen die MS als noch immer prägendes Element der EU/EG-Gesetzgebung (in ihrer Zusammensetzung als *Rat*) eine Rechtsgrundlage des EGV (aus politischen Erwägungen) ablehnen und es damit zu keinen Maßnahmen auf EU/EG-Ebene kommen kann, nicht unbedingt zufrieden stellend ist, leuchtet

⁶⁶³ So zB *Weatherill*, Safeguarding the *acquis communautaire* in Heukels/Blokker/Brus (Hg), *The European Union after Amsterdam; A Legal Analysis* (1998) 153 (159f). AA *Böse*, Urteilsanmerkung [Rs C-170/96], EuR 1998, 678 (683), der einen Vorrang des EGV nur bei bereits ausgeübten konkurrierenden Gemeinschaftskompetenzen annimmt.

Zu Recht weist *Foerster*, (Umwelt-)Strafrechtliche Maßnahmen im Europarecht 45, darauf hin, dass der Wortlaut des Art 47 EUV für die Beantwortung dieser Frage keinen Anhaltspunkt liefert.

⁶⁶⁴ EuGH 12.05.1998 Rs C-170/96 („Flughafentransit“) Slg 1998 I-02763 Rn 16 f. Vgl in diesem Zusammenhang auch *Röben*, Vorbemerkung zu Titel VI EUV Rn 41.

⁶⁶⁵ Siehe dazu jetzt die Art 61 ff EGV.

⁶⁶⁶ So auch *Griller*, Die Unterscheidung von Unionsrecht und Gemeinschaftsrecht nach Amsterdam, EuR 1999, 45 (57 f) und *Jour-Schröder/Wasmeier*, Vorbemerkung zu den Art 29 bis 42 EUV Rz 52 (mit dem Hinweis, dass „sich auch die Dienststellen der Kommission eindeutig in diesem Sinne geäußert [haben]“).

ein:⁶⁶⁷ Wäre es nicht besser, statt eines Verzichts auf jedwede Maßnahme⁶⁶⁸ doch auf Maßnahmen des EUV zurückgreifen zu können?

Nichtsdestotrotz haben sich die MS als *Herren der Verträge* für einen prinzipiellen - abgesehen von den schon erwähnten tatbestandsmäßigen Ausnahmen des Art 47 EUV – Vorrang⁶⁶⁹ des Gemeinschaftsrechts entschieden, der für einen besonderen Schutz der Kompetenznormen des EGV spricht:⁶⁷⁰ Jene Rechtsgrundlagen des EGV, die bereits vor Inkrafttreten des VvM bestanden haben (oder durch diesen geändert bzw erweitert wurden)⁶⁷¹, können lediglich dann effektiv genutzt werden, wenn ein Ausweichen auf den insofern nachrangigen EUV verboten ist. Nur so würde die in Art 47 EUV ihren Ausdruck findende Intention der MS, den bereits erreichten gemeinschaftsrechtlichen Integrationsstand aufrechtzuerhalten, in entsprechender Weise berücksichtigt werden.

Ansonsten könnte auch das institutionelle Gleichgewicht innerhalb der Union beeinträchtigt werden:⁶⁷² Der Rat hätte im Verhältnis zu EP und Kom eine stärkere Rolle, sollte im Rahmen des EUV gehandelt werden.

Ein Wahlrecht zw erster und dritter Säule, wie es in der Lit⁶⁷³ zT vertreten wird, besteht somit nicht.

Das Kohärenzgebot des Art 3 EUV, das ua auf die „*Wahrung und Weiterentwicklung des gemeinschaftlichen Besitzstandes*“ (Abs 1 leg cit)⁶⁷⁴ abzielt und gegen eine „rigide rechtliche

⁶⁶⁷ Siehe dazu die Bedenken von Griller, EuR 1999, 59 f.

⁶⁶⁸ Angesichts von Art 10 EGV (der, wie bereits erwähnt, auch im Rahmen des EUV anwendbar ist) ist die Behauptung von Griller, EuR 1999, 59, wonach das Gemeinschaftsrecht den Abschluss von völkerrechtlichen Verträgen zwischen den MS nicht ausschließt, bedenklich.

Vgl aber auch den (klassischen völkerrechtlichen) Vertrag von Prüm vom 27.05.2005 über die Vertiefung der grenzüberschreitenden Zusammenarbeit, insbesondere zur Bekämpfung des Terrorismus, der grenzüberschreitenden Kriminalität und der illegalen Migration, auf den Böse, GA 2006, 223, zu Recht hinweist. Dieser wurde (nur) von Belgien, Deutschland, Frankreich, Luxemburg, den Niederlanden, Österreich und Spanien abgeschlossen.

⁶⁶⁹ Wegener/Greenawalt, (Umwelt-)Strafrecht in europäischer Kompetenz! - zugleich eine Anmerkung zu EuGH, Urteil vom 13. September 2005, Rs. C-176/03 (Kommission/Rat), ZUR 2005, 585 (586), sprechen im Zusammenhang mit Art 47 und Art 29 Abs 1 EUV von einem „Kompetenzgebrauchsvorrang des EG-Rechts“, Diem, wistra 2006, 368, vom „Subsidiaritätsprinzip“ (!). Vgl auch den gemeinschaftsrechtsfreundlichen Ansatz bei Wasmeier/Thwaites, Eur Law Rev 2004, 619.

⁶⁷⁰ Warum Böse, GA 2006, 222, gerade im Wortlaut der Art 47 und 29 EUV („unberührt“ bzw „unbeschadet“) einen Anhaltspunkt dafür sieht, dass der Rat „in gewissen Grenzen einen Beurteilungsspielraum...auf welche Ermächtigungsgrundlage er einen Rechtsakt stützen will“, hat, ist mE nicht nachvollziehbar.

⁶⁷¹ Dies gilt mutatis mutandis natürlich auch für spätere Vertragsrevisionen.

⁶⁷² So zu Recht Jour-Schröder/Wasmeier, Vorbemerkung zu den Art 29 bis 42 EUV Rz 53.

⁶⁷³ Heger, JZ 2006, 312.

⁶⁷⁴ Siehe auch Art 2 Abs 1 SS 5 leg cit, der als ein Unionsziel „die volle Wahrung des gemeinschaftlichen Besitzstands und seine Weiterentwicklung“ definiert. Vgl in diesem Zusammenhang Schäfer, Europarecht; Verhältnis EU- zu EG-Recht: EU-Rahmenbeschluss zum Umweltstrafrecht und vorrangige Gemeinschaftskompetenz nach Art 175 EG[V], JA 2006, 342 (343), dessen Hinweise auf Art 1 Abs 3 und Art 5 EUV jedoch keinen zusätzlichen Erkenntnisgewinn bringen; Braum, wistra 2006, 122 f und Wagner, Urteilsanmerkung [Rs C-176/03], RdU 2006, 33 (35 f).

Trennung der ersten von der zweiten und dritten Säule⁶⁷⁵ sprechen soll, ändert daran nichts: Es kann vielmehr als eine Verpflichtung der Unionsorgane angesehen werden, den *acquis* des Gemeinschaftsrechts, wie dies ja auch Art 47 EUV verlangt, bei all ihren Maßnahmen zu wahren bzw weiterzuentwickeln, was nichts anderes heißen kann, dass bei Anwendbarkeit einer Rechtsgrundlage des EGV diese auch tatsächlich herangezogen werden soll und nicht auf den EUV zurückgegriffen werden darf.

Es kann somit mit guten Gründen angenommen werden, dass die Unionskompetenzen als „Restbestand“⁶⁷⁶ anzusehen sind bzw es in diesem Zusammenhang „um eine Garantie der Kompetenzen der Gemeinschaft geht.“⁶⁷⁷

Davon zu unterscheiden ist die Frage nach der konkreten Kompetenzabgrenzung zwischen dem Gemeinschafts- und dem Unionsrecht: Nur dann, wenn eine Analyse von Inhalt und Zweck der beabsichtigten Maßnahmen ergibt, dass diese in den Bereich des Gemeinschaftsrechts fallen, ist der Weg für eine Heranziehung des EUV versperrt, wobei dessen Anwendungsvoraussetzungen natürlich gesondert geprüft werden müssen.

Interessant war die Aussage der GA Kokott in den SA 08.03.2007 Rs C-467/05 (*Dell’Orto*) Rn 49, wonach „[d]ie Auslegung von Maßnahmen des Unionsrechts im Licht des Gemeinschaftsrechts...möglich [ist]...dabei [aber] die Grenzen beachtet werden [müssen], die sich aus den Unterschieden von Union und Gemeinschaft ergeben – insbesondere hinsichtlich ihrer Kompetenzen und der ihnen zur Verfügung stehenden Handlungsformen.“ Diese durch Verweis auf Art 1 Abs 3, Art 3 Abs 1 EUV und Art 61 lit a und e EGV sowie die bereits erwähnte Rs C-105/03 (*Pupino*) begründete und nachvollziehbare Ansicht (siehe SA Rs *Dell’Orto* Rn 44 f) zeichnete sich aber eben auch durch die Betonung der bestehenden Unterschiede zwischen Unions- und Gemeinschaftsrecht aus.

⁶⁷⁵ Siehe dazu die Nachweise bei *Cremer*, Art 47 EUV, Rn 5, der allerdings selbst das Kohärenzgebot „von der Textur her [als] Unionsrecht“ betrachtet und es nur dann zur Anwendung gebracht sehen will, „wenn und soweit [die Gemeinschaftsorgane] beim Gebrauch ihrer gemeinschaftsrechtlichen Kompetenzen einen Entscheidungsspielraum haben.“

⁶⁷⁶ *Wasmeier/Jour-Schröder*, Art 29 EUV Rz 53.

⁶⁷⁷ *Jour-Schröder/Wasmeier*, Vorbemerkung zu den Art 29 bis 42 EUV Rz 50.

• Schlussfolgerungen

Die für die Wahl der Rechtsgrundlage im strafrechtlichen Bereich (für die Rechtspraxis) entscheidende Frage - bezogen auf Art 47 EUV - muss somit folgendermaßen lauten: Existieren überhaupt Kompetenzgrundlagen des EGV, die strafrechtliche Rechtsangleichungsmaßnahmen ermöglichen? Die bloße Annahme einer diesbezüglichen Befugnis reicht aus. Sollte eine Interpretation des EGV ergeben, dass dieser keine strafrechtlichen Rechtsgrundlagen anbietet, wäre Art 47 EUV gar nicht heranzuziehen.⁶⁷⁸

Durch das Vorgehen der EU/EG auf strafrechtlichem Gebiet mittels Heranziehung von Instrumenten der ersten Säule, gepaart mit einer Rsp des EuGH, welche dies einmahnt bzw ein Tätigwerden im Rahmen der dritten Säule verbietet, wird zwangsläufig der *acquis communautaire* (je nach Sichtweise) erweitert bzw festgestellt und somit, bildlich gesprochen, die Türe für Maßnahmen der PJZS zugeschlagen, eben unter Hinweis auf Art 47 EUV.

• Auswirkungen auf die Rs „VDS“

Was bedeutet nun diese Interpretation des Art 47 EUV für die Beantwortung der Frage, ob die VDS-RL, die eine Änderung der auf Art 95 EGV fußenden eDS-RL bewirkte, auf derselben Rechtsgrundlage wie die letztgenannte Maßnahme erlassen werden *musste*?

ME ist der Schluss, Art 47 EUV gebiete die Heranziehung von Art 95 EGV als Rechtsgrundlage für die VDS-RL, nicht zwingend: Nach Ansicht einer Zahl dt Bundestagsabgeordneter hat die eDS-RL „die verpflichtende Speicherung von Daten auf Vorrat nicht angesprochen oder gar geregelt“⁶⁷⁹, somit wird „[e]in gemeinschaftlicher Besitzstand...dadurch nicht geschaffen, so dass Artikel 47 EUV nicht berührt ist.“⁶⁸⁰

Diesem Befund ist zuzustimmen: Zwar wird, wie bereits erwähnt, in Art 15 Abs 1 eDS-RL die Vorratsdatenspeicherung indirekt angesprochenen, indem den MS der Erlass von

⁶⁷⁸ Vgl *Dawes/Lynskey*, CMLR 2008, 156.

⁶⁷⁹ Der Verweis in Art 15 Abs 1 eDS-RL, dass die MS zB zur Kriminalitätsbekämpfung Rechtsvorschriften zur Vorratsdatenspeicherung vorsehen können, wird als lediglich deklaratorisch angesehen. Siehe dazu bereits die Erläuterungen in Kap V) A.) 5.) f.) i.).

⁶⁸⁰ BT-Drs 16/1622, 5.

diesbezüglichen Maßnahmen entgegen bestimmten (datenschutzrechtlichen) Vorschriften der eDS-RL ermöglicht wird. Dadurch wird jedoch noch kein gemeinschaftlicher Besitzstand hinsichtlich der Vorratsdatenspeicherung geschaffen. Die Unionsorgane wollten mE durch Art 15 Abs 1 RL leg cit lediglich klarstellen, dass zB strafrechtliche Maßnahmen, die nach Art 1 Abs 3 leg cit ohnehin vom Anwendungsbereich der eDS-RL ausgenommen sind, von den MS weiterhin beschlossen und – da natürlich keine Form eines Anwendungsvorrangs des Gemeinschaftsrechts greift – auch angewendet werden können.

Wenn nun den MS die Ergreifung von Maßnahmen im Bereich der Vorratsdatenspeicherung (sogar explizit) erlaubt bleibt und diese Vorschriften nicht gegen die datenschutzrechtlichen Verbürgungen der eDS-RL verstoßen, muss dies gleichermaßen für jene Rechtshandlungen gelten, die im Rahmen der (noch immer) intergouvernemental geprägten dritten Säule ergriffen werden. Aus Sicht der Rechtspraxis wäre es auch nicht einzusehen, warum die MS bezüglich der Vorratsdatenspeicherung zwar dann tätig werden können, wenn sie dies unabhängig voneinander tun, ein gemeinsames Vorgehen im Rahmen der PJZS aber nicht möglich sein soll. In beiden Konstellationen würde nicht gegen die Bestimmungen der eDS-RL verstoßen.⁶⁸¹

Das Argument, dass sich die MS und die betroffenen Unternehmen im Rahmen eines Vorgehens nach der dritten Säule zwei Gesetzgebungen gegenüber sehen würden, wo die eine (eDS-RL) die Löschung der Daten verlangt, die andere (ein RBe zur Vorratsdatenspeicherung) deren Nichtlöschung⁶⁸², überzeugt nicht. An der prinzipiellen Lösungsverpflichtung von Verkehrsdaten (Art 6 Abs 1 eDS-RL) ändert sich durch die VDS-RL nichts, nur die Abweichungsmöglichkeit der MS bezüglich ihrer nationalen Bestimmungen zur Vorratsdatenspeicherung (Art 15 Abs 1 eDS-RL) ist durch den neu eingefügten Abs 1a leg cit iS der Harmonisierungswirkungen der VDS-RL (siehe dazu Art 11 leg cit) beschränkt worden. Auch hier stehen sich zwei unterschiedliche Rechtsmaßnahmen gegenüber, wo die eine (eDS-RL) weiterhin die Pflicht propagiert, Verkehrsdaten grundsätzlich zu löschen (Art 6 Abs 1 leg cit), die andere (VDS-RL), bestimmte Daten zu

⁶⁸¹ Nach der hier vertretenen Ansicht stellt sich gar nicht mehr die Frage einer möglichen „Doppellösung“ (die nur dann von Relevanz ist, wenn man in einem Vorgehen nach der dritten Säule einen Verstoß gegen Art 47 EUV erblicken würde): Bei solch einer Doppellösung würde eine RL die eDS-RL dahingehend modifizieren, dass die Privatunternehmen treffende Pflicht zur Vorratsdatenspeicherung ausdrücklich für zulässig erklärt wird. Die konkreten Regelungen (zB bezüglich der Datenkategorien und der Speicherfristen) würden dann in einem RBe (als Rechtsinstrument der dritten Säule) festgelegt. Siehe dazu *Westphal*, EuR 2006, 713. Die prinzipielle Möglichkeit einer Doppellösung erkennen auch *Wasmeier/Thwaites*, Eur Law Rev 2004, 634, an.

⁶⁸² Rat 12519/06, Nr 62.

speichern (Art 6 leg cit). Ein qualitativer Unterschied zu jener Konstellation, wo der eDS-RL ein RBe zur Vorratsdatenspeicherung gegenübergestellt wird, ist nicht erkennbar.

Auch wenn die Festlegung der konkreten Speicherdauer im Rahmen der eDS-RL nur mangels politischer Einigung nicht erfolgte⁶⁸³, bedeutet dies noch nicht, dass das Vorgehen insoweit rechtmäßig gewesen wäre: Sollte das vorrangige Ziel solch einer Harmonisierung auch (wie bei der VDS-RL) die Kriminalitätsbekämpfung gewesen sein, würde dies genauso die Rechtsgrundlage des Art 95 EGV in Frage stellen.

Im Ergebnis lässt sich somit festhalten, dass Art 47 EUV bzw die zum *acquis communautaire* gehörende eDS-RL einer Abstützung des Inhalts der VDS-RL auf eine Handlungsform der dritten Säule nicht im Wege gestanden hätte.

vii. Strafrecht als Kernbereich staatlicher Souveränität?

Kann die Ansicht, das Strafrecht sei ein *Kernbereich staatlicher Souveränität*⁶⁸⁴, als (eigenständiges) Argument ins Treffen geführt werden, um die Möglichkeit strafrechtlicher Harmonisierungsmaßnahmen nach dem EGV zu verneinen?

Zwar taugt diese Charakterisierung des Strafrechts alleine nicht, eine Strafrechtsharmonisierungskompetenz nach dem EGV auszuschließen – Souveränitätsinteressen der MS müssen für die (strafrechtliche) Kompetenzabgrenzung prinzipiell unberücksichtigt bleiben.⁶⁸⁵

⁶⁸³ Vgl KOM (2005) 583 endg, Nr 3.4.

⁶⁸⁴ Siehe dazu *Röben*, Vorbemerkungen zu den Art 29 bis 42 EUV Rz 21 („sensibler Bereich staatlicher Souveränität“); *Wasmeier/Jour-Schröder*, Art 29, Rz 20 sowie *Fromm*, ZIS 2008, 168 (mit weiteren Lit-Hinweisen in Fn 7).

⁶⁸⁵ Insofern ist *Böse*, GA 2006, 212 und *Foerster*, (Umwelt-) Strafrechtliche Maßnahmen im Europarecht 72 Fn 279, zuzustimmen.

Vgl in diesem Zusammenhang auch *Schwartz*, Art 308 EGV Rn 28 Fn 37 (mit Hinweis auf die Rsp), wonach „die Schranken für eine Befugnis, die einem Organ durch eine spezielle Bestimmung des Vertrages übertragen ist, nicht aus einem allgemeinen Grundsatz, sondern aus dem Wortlaut der betreffenden Bestimmung selbst unter Berücksichtigung ihrer Zielsetzung und ihrer Stellung im Aufbau des Vertrages abzuleiten sind.“

Zu Recht weist *Sieber*, Einheitliches europäisches Strafgesetzbuch als Ziel der Strafrechtsvergleichung? in *Duttge/Geilen/Meyer-Gossner/Warda* (Hg), *Gedächtnisschrift für Ellen Schlüchter* (2002) 107 (110), darauf hin, dass die *ultima ratio*-Funktion des Strafrechts eine Beschränkung „auf den Schutz zentraler, anerkannter Rechtsgüter“ erfordert: Anknüpfungspunkt für Regelungen der EU/EG sei „der auf gemeinsamen – und somit im Prinzip unstreitigen – Wertvorstellungen beruhende Kernbereich des Strafrechts“.

Der Versuch, die Souveränität als eigenständiges Argument gegen eine strafrechtliche Angleichungskompetenz ins Feld zu führen, ist jedoch mE gar nicht notwendig: Eine am Verhältnis zwischen EUV und EGV, an Entstehungsgeschichte sowie Sinn und Zweck der Art 29 ff EUV ausgerichtete Interpretation⁶⁸⁶ lässt mE die Schlussfolgerung zu, dass alleine die Existenz dieser Vorschriften ein Beleg der Souveränitätserwägungen der MS auf strafrechtlichem Gebiet ist.

Der besondere Charakter des Strafrechts als Kernbereich staatlicher Souveränität ist somit geeignet, *indirekt* in strafrechtliche Kompetenzüberlegungen einzufließen.

viii. Strafrecht als Mittel zur Durchsetzung von Gemeinschaftszielen

Eine Ansicht von Befürwortern einer strafrechtlichen Angleichungskompetenz nach dem EGV sieht im Strafrecht bloß ein Mittel zur Durchsetzung der gemeinschaftlichen Politiken bzw Ziele und vergleicht es insofern mit dem Verwaltungs-, Zivil- und Steuerrecht.⁶⁸⁷ Diese „gemeinschaftszentrische’ Perspektive“ soll die Systematik des EGV hinter sich haben, wohingegen die Anhänger einer entgegengesetzten „rechtsdogmatischen’ Perspektive“ sich auf die Tatsache stützen können, dass die Kategorien des Zivil-, Verwaltungs- und Strafrechts den Rechtsordnungen aller MS gemein sind.⁶⁸⁸

Ist es im Sinne dieser erstgenannten Betrachtungsweise wirklich gerechtfertigt, den Kompetenzvorschriften des EGV eine „dynamische Komponente“ zuzusprechen, derzufolge die zielorientierten Handlungen der EU/EG nach dem EGV „grundsätzlich Auswirkungen auf sämtliche Rechtsgebiete – auch das Strafrecht“ – haben können?⁶⁸⁹

Vergegenwärtigt man sich den Wortlaut der generalklauselartigen Kompetenzbestimmungen des EGV (Art 94 ff, Art 308 leg cit), so liegt der Verdacht nahe, dass tatsächliche jede Regelungsmaterie dem Einfluss des Gemeinschaftsgesetzgebers unterliegt, sofern nur ein entsprechender Zusammenhang mit dem Gemeinsamen Markt, dem Binnenmarkt bzw einer

⁶⁸⁶ Siehe dazu die Darstellung in Kap V) B.) 2.) und 3.).

⁶⁸⁷ Wasmeier/Thwaites, Eur Law Rev 2004, 618.

⁶⁸⁸ Wasmeier/Jour-Schröder, Art 29 EUV Rz 58.

⁶⁸⁹ So Kubiciel, Grund und Grenzen strafrechtlicher Anweisungskompetenz der Europäischen Gemeinschaft, NStZ 2007, 136 (137).

Wettbewerbsverzerrung hergestellt werden kann. Warum sollten beispielsweise gerade die mitgliedstaatlichen Strafrechtsvorschriften, wenn deren Unterschiede das Funktionieren des Binnenmarktes beeinträchtigen, nicht nach dem EGV mitgeregelt werden können?

Dazu ist Folgendes zu bemerken: Das Strafrecht darf, auch wenn man den Befugnisnormen des EGV eine finale Orientierung durchaus zusprechen kann, nicht mit den rechtsdogmatischen Kategorien des Verwaltungs-, Zivil- und Steuerrechts gleichgesetzt werden. Sowohl das Zivil- als auch das Steuerrecht nehmen im EGV ausführlich Platz ein (siehe Art 65 und Art 90 ff leg cit).

Was ist in diesem Zusammenhang von der Argumentation zu halten, wonach eine Rechtsangleichung im Bereich der direkten Steuern, obwohl diese keine Erwähnung im EGV finden, auf Art 94 EGV gestützt werden kann? Warum soll also nicht auch das mitgliedstaatliche Strafrecht nach Art 94 (bzw Art 95) EGV harmonisiert werden können?⁶⁹⁰ Ohne hier beurteilen zu wollen, ob Art 94 EGV tatsächlich als Rechtsgrundlage für die Angleichung von Vorschriften bezüglich der indirekten Steuern herangezogen werden kann, sei an dieser Stelle darauf verwiesen, dass das Steuerrecht keine „säulenbegründete“ Sonderstellung hat, wie für das Strafrecht (Art 29 ff EUV) angenommen werden muss. Ein Vergleich zwischen den Rechtsmaterien (indirekte) Steuern und Strafrecht erscheint aus diesen Gründen also unzulässig.

Zusammenfassend lässt sich sagen, dass – auch wenn die Kompetenzbestimmungen des EGV aufgrund ihrer Zielbezogenheit dem Gemeinschaftsgesetzgeber viele Regelungsmöglichkeiten eröffnen – das Strafrecht nicht lediglich als Instrument zur Durchsetzung von gemeinschaftlichen Politiken und Zielen angesehen werden darf.⁶⁹¹

⁶⁹⁰ Vgl die Erwägungen von *Wasmeier/Thwaites*, Eur Law Rev 2004, 631.

⁶⁹¹ Vgl *Zeder*, juridikum 2001, 51, der in diesem Zusammenhang die Gefahr sieht, dass strafrechtliche Bestimmungen „auf einen Annex zu Verwaltungsrechtsmaterien“ reduziert werden.

Braum, wistra 2006, 124 f, sieht in der Reduzierung der Strafrechts auf eine Annexmaterie „eine künstliche Zerteilung des Strafgesetzes in politische Verhaltensgebote und politisch gewollte Sanktionen, die jene vordergründig unterstützen.“ Würde man „die Technik des europäischen Sanktionenrechts auf das Strafrecht“ übertragen, so würde dieses „normativ kontur- und tendenziell grenzenlos[]“. Darüber hinaus sieht er das Strafrecht („zu grob, zu unspezifisch, zu phantasielos“) im Vergleich zum „administrative[n] Sanktionenrecht...steuerungstechnisch überfordert“ und befürchtet – in mE übertrieben anmutender Art und Weise – „die Vernichtung seiner demokratisch-rechtsstaatlichen Grundlagen“.

Auf die oft größere Effizienz von „administrative sanctions“ weisen ebenfalls *Dawes/Lynskey*, CMLR 2008, 138, hin. Vgl in diesem Zusammenhang auch *Heger*, JZ 2006, 312 („im Regelfall dürften Verwaltungssanktionen ausreichen“).

ix. Demokratiedefizit

Ein Argument, das immer wieder herangezogen wird, um der EU/EG die Kompetenz zum Erlass von strafrechtlichen Maßnahmen abzusprechen, ist ihre mangelnde demokratische Legitimierung. Ohne Zweifel bildet diese eine unerlässliche rechtsstaatliche Anforderung nicht nur für staatliches Handeln, sondern auch für jenes durch die EU/EG. Dies gilt besonders für den strafrechtlichen Bereich (siehe den Grundsatz *nulla poena sine lege*⁶⁹²). Im Rahmen einer wertenden Rechtsvergleichung lässt sich jedoch innerhalb der MS keine Tendenz in Richtung allgemeiner Geltung des Prinzips *nulla poena sine lege parlamentaria* feststellen (und somit kein diesbezüglicher allgemeiner Rechtsgrundsatz). Solch ein Vergleich ergibt aber, dass dem (nationalen) Parlament gegenüber der Exekutive „eine gewisse *inhaltliche Einflußmöglichkeit* verbleiben muß“.⁶⁹³

Verfügt nun die EU/EG tatsächlich über solch ein demokratisches Defizit, sodass ihr die Vornahme von strafrechtlichen Harmonisierungshandlungen verwehrt ist? Dies soll im Folgenden geklärt werden.

Berücksichtigt man die für strafrechtliche Rechtsangleichungsmaßnahmen in Frage kommenden Kompetenzgrundlagen von EUV und EGV, so lässt sich bezüglich der demokratischen Legitimation konstatieren: Gilt für viele Befugnisnormen des EGV – so auch für Art 95 und Art 175 Abs 1 iVm Art 174 leg cit – das Mitentscheidungsverfahren des Art 251 EGV, welches dem EP (zumindest) ein Vetorecht⁶⁹⁴ beim gemeinschaftsrechtlichen Gesetzgebungsverfahren einräumt, so hat dieses im Rahmen der dritten Säule nur ein Anhörungsrecht (Art 39 EUV).

Bedeutet dies, dass, unter dem Gesichtspunkt eines demokratischen Defizits der dritten Säule, Kompetenzgrundlagen des EGV, die ein Vorgehen nach Art 251 EGV vorsehen, der Vorzug zu geben ist?

Um zu klären, ob die zwischen erster und dritter Säule unterschiedlichen Beteiligungsmöglichkeiten des EP die Wahl der strafrechtlichen Rechtsgrundlage

⁶⁹² An diesen Grundsatz ist auch die EU/EG durch Art 6 Abs 2 EUV gebunden. Siehe dazu *Weber*, EuR 2008, 89 f (mE käme auch eine Bindung aufgrund von Abs 1 leg cit [„Rechtsstaatlichkeit“] in Betracht).

⁶⁹³ *Satzger*, Die Europäisierung des Strafrechts 128 ff.

⁶⁹⁴ Vgl *Satzger*, Die Europäisierung des Strafrechts 122 f. Auf den Missstand, dass das EP auch nach einem Inkrafttreten des VvL über kein Initiativrecht verfügen wird, weist *Weber*, EuR 2008, 101 f, hin.

beeinflussen können, soll zuerst untersucht werden, ob die Bestimmungen des EGV überhaupt den Anforderungen des für das Recht der EU/EG modifizierten Grundsatzes *nulla poena sine lege* genügen.⁶⁹⁵ Betrachtet man jene die Einflussmöglichkeiten des EP auf das Gesetzgebungsverfahren betreffenden Vorschriften des EGV (inklusive jener des Mitentscheidungsverfahrens), wird deutlich, dass das EP nicht mit den nationalen Parlamenten vergleichbar ist: Ein allgemeines Initiativrecht gibt es nicht – stattdessen verfügt das EP nur über ein Vetorecht, welches zudem auch nur im Mitentscheidungsverfahren zur Anwendung kommen kann - der Rat ist und bleibt das dominante Entscheidungsorgan auch nach den Bestimmungen des EGV. Dazu kommt, dass das EP keine parlamentarischen Kontrollbefugnisse gegenüber dem Rat hat.⁶⁹⁶

Wie bereits erwähnt, lässt sich im Rahmen einer wertenden Rechtsvergleichung aber kein allgemeiner Rechtsgrundsatz des Gemeinschaftsrechts feststellen, der im Sinne eines *nulla poena sine lege parlamentaria* verlangt, dass nur das Wählervolk repräsentierende Parlamente Strafgesetze beschließen können. Somit wäre es unzulässig, wenn man auf Ebene der EU/EG fordern würde, dass ohne einen formellen Beschluss des EP keine Rechtsangleichungsmaßnahmen mit strafrechtlichem Inhalt erlassen werden können.

Auch wenn für die EU/EG kein strikter Grundsatz *nulla poena sine lege parlamentaria* wie nach österreichischem Recht gilt, muss dennoch „eine gewisse *inhaltliche Einflußmöglichkeit*“ einer Volksvertretung verbleiben.⁶⁹⁷

Das zumindest⁶⁹⁸ bei Nichtanwendung des Art 251 EGV hervorgerufene demokratische Defizit, welches die Einhaltung des (auf Ebene der EU/EG modifizierten) Prinzips *nulla*

⁶⁹⁵ Siehe in diesem Zusammenhang auch *Weber*, EuR 2008, 90 f.

⁶⁹⁶ Vgl *Satzger*, Die Europäisierung des Strafrechts 122 ff, demzufolge es auch an einer „echten ‚europäischen‘ Meinungsbildung“ und einem „europäischen Staatsvolk[]“ mangelt.

Ebenso führt er das uneinheitliche, nationale EP-Wahlrecht an sowie die im Vergleich zu den Bevölkerungszahlen der einzelnen MS nicht proportionale Vertretung im EP, um die unterschiedlichen demokratischen Voraussetzungen von MS und EU/EG zu betonen. Ein Verteilungsschlüssel, nach dem die Bevölkerung in ihrem Vertretungskörper wirklich proportional abgebildet wird, ist aber wohl schwer verwirklichtbar (siehe dazu *Wegener/Greenawalt*, ZUR 2005, 597, mit Verweis auf die Stimmengewichtung im dt Bundesrat).

Vgl in diesem Zusammenhang auch die Rechtsansicht des EGMR (Große Kammer [GK] 18.02.1999, 24833/94 [*Matthews/Vereinigtes Königreich*] Rn 52: Im Rahmen dieses Urteils, in dem es allerdings nicht um Fragen des Strafrechts, sondern um jene des Wahlrechts zum EP ging, teilte der Gerichtshof Bedenken hinsichtlich eines demokratischen Defizits des EP grds nicht („the European Parliament represents the principal form of democratic, political accountability in the Community system“).

⁶⁹⁷ *Satzger*, Die Europäisierung des Strafrechts 130 ff und 451 ff. Dass die Anforderungen an die demokratische Legitimation im allgemeinen „im Rahmen einer Staatengemeinschaft nicht in gleicher Weise hergestellt werden kann wie in einem demokratisch verfassten Staat“, hat das dt BVerfG in der Maastricht-Entscheidung – zurecht – anerkannt (vgl *Böse*, GA 2006, 217 f). Siehe dazu auch *Kubiciel*, NStZ 2007, 140.

poena sine lege gefährdet, wird dabei durch folgende Faktoren ausgeglichen:⁶⁹⁹ Die Vertreter des maßgeblichen Gesetzgebungsorgans der EU/EG, des Rats, stehen als Mitglieder ihrer nationalen Regierungen unter der Kontrolle der mitgliedstaatlichen Parlamente.⁷⁰⁰ Zusätzlich können die nationalen Volksvertreter die demokratische Legitimierung der EU/EG-Maßnahmen dann erweitern, wenn sie diese in nationales Recht umsetzen.⁷⁰¹ Zwar kommt dies bei unmittelbar geltenden bzw anwendbaren Handlungsformen der EU/EG wie zB VO nicht in Frage. Da strafrechtliche Vorgaben der EU/EG aber nicht in Form von VO, sondern stets nur als umsetzungsbedürftige *Angleichungsmaßnahmen* erlassen werden können, kann den Parlamenten der Mitgliedstaaten im strafrechtlichen Bereich die Möglichkeit einer Einflussnahme zukommen.

In diesem Zusammenhang ist auch anzumerken, dass sich zB das österreichische Wahlvolk im Wege seiner (durch eine Volksabstimmung herbeigeführten) Legitimierung des Bundesverfassungsgesetzes (BVG) über den Beitritt Österreichs zur Europäischen Union⁷⁰² bewusst für eine auch das demokratische Grundprinzip (beschränkte Übertragung von Hoheitsrechten an die EU/EG) modifizierende Verfassungsänderung ausgesprochen hat. Auch aus diesem Grund sind mE Bedenken, die sich auf ein demokratisches Defizit der EU/EG berufen und *deswegen* ihr den Erlass von (auf den EGV gestützten) strafrechtlichen Maßnahmen nicht zugestehen, zu relativieren.⁷⁰³

Da nach diesen Erwägungen ein bloßes Anhörungsrecht des EP im Gesetzgebungsverfahren nach dem EGV zwar unter demokratischen Aspekten zunächst befremdlich erscheint, an der ausreichenden Legitimation der solcherart zustande gekommenen Rechtsmaßnahmen aber kein Zweifel besteht, kann auch strafrechtlichen Rechtsangleichungsmaßnahmen der dritten Säule nicht mit einer sich auf ein Demokratiedefizit beziehenden Argumentation entgegengetreten werden: Wenn das EP wie beim RBe nur angehört wird (Art 39 EUV) und diesbezüglich die demokratische Legitimation fraglich erscheint, bleibt den MS (bzw deren

⁶⁹⁸ Über die Mängel an demokratischer Legitimation des EP, die natürlich auch bei Anwendung des Art 251 EGV nicht aus der Welt zu schaffen sind, wurde bereits berichtet. Vgl auch die Erwägungen von *Weber*, EuR 2008, 97 f.

⁶⁹⁹ In diesem Zusammenhang scheinen dann auch die Bedenken von *Eisele*, JZ 2001, 1160, dass auf Art 94 oder 308 EGV (kein Mitentscheidungsverfahren nach Art 251 EGV) gestützte Maßnahmen die demokratische Legitimität fehlen könnte, unbegründet.

⁷⁰⁰ Vgl *Vogel*, GA 2003, 332.

⁷⁰¹ Die Frage, ob bzw inwieweit die mitgliedstaatlichen Parlamente zB bei der Umsetzung von RL beteiligt sind, ist stets eine des nationalen (Verfassungs-)Rechts – rechtsstaatliche Zweifel an solchen Regelungen müssen für eine Beurteilung auf Ebene der EU/EG unberücksichtigt bleiben.

⁷⁰² BGBl 744/1994.

⁷⁰³ Somit sind im Ergebnis auch die Bedenken (soweit sie nicht rein verfassungspolitischer Natur sind) von *Heger*, JZ 2006, 313, der eine Gefährdung der demokratischen Legitimation durch nach dem EGV – im Gegensatz zur dritten Säule – mögliche Mehrheitsentscheidungen befürchtet, unbegründet.

Parlamenten) noch immer ein Umsetzungsspielraum (zumindest müsste dieser vorhanden sein, da RBe nach Art 34 Abs 2 lit b EUV nur hinsichtlich „des zu erreichenden Ziels verbindlich“ sind).⁷⁰⁴ Und auch im Rahmen der PJZS gilt, dass das (hier noch stärker) im Mittelpunkt stehende Organ des Rates (bzw dessen Mitglieder) einer (potentiellen) Kontrolle durch die mitgliedstaatlichen Parlamente untersteht und eine beschränkte Übertragung von Hoheitsrechten, nicht nur an die EG, sondern auch an die EU (für Österreich mittels des BVG über den Beitritt Österreichs zur Europäischen Union) stattgefunden hat.⁷⁰⁵

Abgesehen von der Tatsache, dass Verfahrensunterschiede (zwischen der ersten und dritten Säule) auf die Wahl der Kompetenzgrundlage keinen Einfluss haben dürfen⁷⁰⁶, ist also sowohl bei strafrechtlichen Harmonisierungsmaßnahmen nach dem EGV als auch bei jenen nach dem EUV der auch für die EU/EG geltende Grundsatz *nulla poena sine lege* gewahrt.

⁷⁰⁴ Siehe dazu *Röben*, Vorbemerkungen zu den Art 29 bis 42 EUV Rz 39, der - im Zusammenhang mit der „Konvention“ (Übereinkommen iSv Art 34 Abs 2 lit d EUV) - von einer dezentralen Ergänzung der parlamentarischen Demokratie spricht. Da auch die anderen Handlungsformen des Art 34 Abs 2 EUV in den einzelnen MS umsetzungsbedürftig sind, kann für diese keine andere Ansicht vertreten werden.

⁷⁰⁵ Vgl in diesem Zusammenhang *Böse*, GA 2006, 216, der zu Recht darauf verweist, dass eine Ablehnung einer strafrechtlichen Kompetenz nach dem EGV mit dem Argument des Demokratiedefizits sich auch auf Maßnahmen nach Art 29 und Art 31 Abs 1 lit e EUV beziehen müsste. Insofern ist auch der Befund von *Fromm*, "Ius puniendi" der Organe der EG zum Schutz des EG-Haushalts vor Betrügereien (Art 280 Abs 4 EG-Vertrag)?, JSt 2007, 145 (154), nicht nachvollziehbar, wonach sich der EuGH in der Rs „Umweltstrafrecht“ „nicht mit dem gewichtigsten, gegen eine Strafrechtskompetenz vorgebrachten Argument...Strafrechtsbestimmungen könnten aufgrund des Demokratiedefizits innerhalb der Europäischen Gemeinschaft nicht ausreichend demokratisch legitimiert werden“, befasst hat.

⁷⁰⁶ Siehe dazu *Pipkorn/Bardenhewer-Rating/Taschner*, Art 95 EGV Rz 47 (mit Verweis auf EuGH 30.05.1989 Rs 242/87 [„Erasmus“] Slg 1989, 01425). Das Kohärenzgebot (Art 3 EUV) spricht mE dafür, diese zustimmungswürdige Rsp auch auf die Abgrenzung zwischen den drei Säulen anzuwenden.

g. Resultat

Nach der bisherigen, im Schwerpunkt an der Rs „VDS“ ausgerichteten Untersuchung ist die Annahme gerechtfertigt, dass strafrechtliche Rechtsangleichungsmaßnahmen auf Art 95 EGV (und bei Erfüllung der jeweiligen Tatbestandsvoraussetzungen auch auf die Art 94, 96, 308 EGV oder die verschiedenen Spezialermächtigungen des EGV wie Art 175 Abs 1 iVm Art 174 leg cit) gestützt werden können.

Zwar bietet der jeweilige Wortlaut der fraglichen Kompetenzvorschriften hierfür keinen Anhaltspunkt, doch verlangt die Lehre von den *implied powers*, dass zu einer expliziten Kompetenz auch eine implizite dazu tritt, wenn sie zur wirksamen und sinnvollen Ausübung dieser (ausdrücklichen) Zuständigkeit erforderlich ist.⁷⁰⁷ „[W]enn die Anwendung wirksamer, verhältnismäßiger und abschreckender Sanktionen durch die zuständigen nationalen Behörden eine zur Bekämpfung schwerer Beeinträchtigungen [von Gemeinschaftszielen bzw – politiken]⁷⁰⁸ ...unerlässliche Maßnahme darstellt“, wäre die EU/EG zu diesbezüglichen Harmonisierungsmaßnahmen berechtigt.

Die bisher angesprochenen generellen Argumente, die einerseits gegen eine strafrechtliche Rechtsangleichungskompetenz im Rahmen der ersten Säule sprechen (Strafrecht als Kernbereich der nationalen Souveränität, Demokratiedefizit), andererseits ein strafrechtliches Vorgehen nach dem EGV unterstützen könnten (übermäßige Erweiterung des Anwendungsbereichs der dritten Säule, Art 47 EUV, Strafrecht als Mittel zur Durchsetzung von Gemeinschaftszielen) ändern an dieser Einschätzung nichts.

Im folgenden Kap soll anhand einer Erläuterung der Art 29 ff EUV überprüft werden, ob *historische* (bzw *systematische*) Erwägungen einer strafrechtlichen Harmonisierungskompetenz nach dem EGV vielleicht doch entgegenstehen.

⁷⁰⁷ Vgl dazu *Eilmannsberger*, JRP 2003, 115 f (unter Berufung auf das bereits erwähnte Gutachten 1/94 [„WTO“]).

⁷⁰⁸ In verallgemeinernder Abwandlung der einschlägigen Rsp in der Rs „Umweltstrafrecht“ Rn 47 (siehe auch Rs „Meeresverschmutzung“ Rn 66).

B. Art 29 ff EUV

Neben einer allgemeinen Erläuterung⁷⁰⁹ der für die strafrechtliche Rechtsangleichung⁷¹⁰ wesentlichen Bestimmungen der dritten Säule soll in diesem Kap geklärt werden, ob der Inhalt der VDS-RL rechtsgültig im Rahmen der PJZS hätte geregelt werden können bzw müssen.

Systematische und historische Erwägungen, die sich aus den Vorschriften der dritten Säule ergeben und gegen eine strafrechtliche Harmonisierungskompetenz der EU/EG sprechen könnten, werden abschließend dargestellt.

1. Tatbestände

Bevor auf die inhaltliche Reichweite der Art 29 ff EUV näher eingegangen wird, soll an dieser Stelle das maßgebliche⁷¹¹ Rechtsinstrument der dritten Säule, der in **Art 34 Abs 2 lit b EUV** geregelte RBe⁷¹² in Erinnerung gerufen werden:

„Der Rat ergreift Maßnahmen und fördert in der geeigneten Form und nach den geeigneten Verfahren, die in diesem Titel [IV EUV] festgelegt sind, eine Zusammenarbeit, die den Zielen der Union dient. Hierzu kann er auf Initiative eines Mitgliedstaats oder der Kommission einstimmig...

...Rahmenbeschlüsse zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten annehmen. Rahmenbeschlüsse sind für die Mitgliedstaaten hinsichtlich des zu

⁷⁰⁹ Vgl diesbezüglich auch die Übersicht bei Satzger, Die Europäisierung des Strafrechts 465 ff.

⁷¹⁰ Der zweite Teilbereich der PJZS, „die Zusammenarbeit im engeren Sinn“, ist nicht Gegenstand dieser Untersuchung. Vgl zu dieser Kategorisierung Frieberger, Die justizielle Zusammenarbeit in Strafsachen, Die Union 2000, 73 (73).

⁷¹¹ Nach Kress, Das Strafrecht in der Europäischen Union vor der Herausforderung durch organisierte Kriminalität und Terrorismus, JA 2005, 220 (220), ist „[d]er Rahmenbeschluss...in der Praxis der EU inzwischen zu dem am häufigsten benutzten Rechtsakt im Bereich des Strafrechts geworden.“

⁷¹² Siehe dazu Röben, Art 34 EUV Rz 13 ff; Suhr, Art 34 EUV, Rz 13 ff; Wasmeier in Schwarze/von der Groeben (Hg), Kommentar zum Vertrag über die Europäische Union und zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft⁶ (2003) Art 34 EUV Rz 6 ff sowie die Erläuterungen zur rahmenbeschlusskonformen Auslegung in Kap IV) D.) 2.).

erreichenden Ziels verbindlich, überlassen jedoch den innerstaatlichen Stellen die Wahl der Form und der Mittel. Sie sind nicht unmittelbar wirksam“.

Ein Vergleich mit dem Wortlaut von Art 249 Abs 3 EGV macht deutlich, wie sehr sich RBe und RL ähneln: Beide sind „*hinsichtlich des zu erreichenden Ziels verbindlich, [überlassen] jedoch den innerstaatlichen Stellen die Wahl der Form und der Mittel.*“ Im Gegensatz zur RL, die nach der Rsp⁷¹³ uU unmittelbar wirken kann, wurde dies für den RBe in Art 34 Abs 2 lit b S 2 EUV jedoch ausdrücklich *ausgeschlossen*. Str ist aber, welche konkrete Rechtsnatur der RBe hat.⁷¹⁴ Auch wenn – mit Blick auf den eng und frz Vertragstext – eine innerstaatliche Geltung zu befürworten ist, sind nach überwiegender und zuzustimmender (siehe den Wortlaut des Art 34 Abs 2 lit b EUV) Meinung RBe nicht unmittelbar anwendbar.⁷¹⁵

Den Ausgangspunkt der Bestimmungen über die PJZS bildet **Art 29 EUV**:

„Unbeschadet der Befugnisse der Europäischen Gemeinschaft verfolgt die Union das Ziel, den Bürgern in einem Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts ein hohes Maß an Sicherheit zu bieten, indem sie ein gemeinsames Vorgehen der Mitgliedstaaten im Bereich der polizeilichen und justiziellen Zusammenarbeit in Strafsachen entwickelt sowie Rassismus und Fremdenfeindlichkeit verhütet und bekämpft.

Dieses Ziel wird erreicht durch die Verhütung und Bekämpfung der — organisierten oder nicht organisierten — Kriminalität, insbesondere des Terrorismus, des Menschenhandels und der Straftaten gegenüber Kindern, des illegalen Drogen- und Waffenhandels, der Bestechung und Bestechlichkeit sowie des Betrugs im Wege einer

- engeren Zusammenarbeit der Polizei-, Zoll- und anderer zuständiger Behörden in den Mitgliedstaaten, sowohl unmittelbar als auch unter Einschaltung des Europäischen Polizeiamts (Europol), nach den Artikeln 30 und 32 [EUV],

- engeren Zusammenarbeit der Justizbehörden sowie anderer zuständiger Behörden der Mitgliedstaaten, auch unter Einschaltung der Europäischen Stelle für justizielle Zusammenarbeit (Eurojust), nach den Artikeln 31 und 32 [EUV],

⁷¹³ Siehe dazu Streinz, Europarecht Rz 444 (mit Verweis auf die erste diesbezügliche Entscheidung des EuGH 06.10.1970 Rs 9/70 [Grad/Finanzamt Traunstein] Slg 1970, 00825 (00837 ff).

⁷¹⁴ Vgl die verschiedenen Ansichten bei Röben, Art 34 EUV, Rz 14 ff; Suhr, Art 34 EUV, Rz 14 ff und Wasmeier, Art 34 EUV Rz 10 ff.

⁷¹⁵ Wasmeier, Art 34 EUV Rz 11.

- *Annäherung der Strafvorschriften der Mitgliedstaaten nach Artikel 31 Buchstabe e) [EUV], soweit dies erforderlich ist.*“

Nach einem Hinweis auf das allgemeine, die Bestimmungen der dritten Säule übergreifende Ziel⁷¹⁶ („*Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts*“) des Titel VI EUV (Abs 1 leg cit), wird in weiterer Folge (Abs 2 leg cit) beschrieben, wie dieses erreicht werden soll: Durch die eindeutige Formulierung „*insbesondere*“ wird der demonstrative Charakter der aufgezählten Kriminalitätsbereiche hervorgehoben.⁷¹⁷ Insoweit ist es nicht notwendig, „[s]ystematisch...Art. 308 EGV analog in Titel VI [EUV] hineinzulesen.“⁷¹⁸

Somit lässt der Wortlaut des Art 29 EUV zunächst darauf schließen, dass Regelungen in den verschiedensten Bereichen möglich sind, sofern ein Zusammenhang mit der „*Verhütung und Bekämpfung der – organisierten und nicht organisierten - Kriminalität*“ besteht.

Als unglücklich erweist sich in weiterer Folge die Formulierung „*im Wege einer*“ iVm den anschließenden drei Spiegelstrichen (SS): So kann ein (isolierter) Blick auf Abs 2 SS 3 leg cit zur Annahme verleiten, nur die lit e des Art 31 Abs 1⁷¹⁹ EUV (siehe dazu sogleich) kann als Rechtsgrundlage für Rechtsangleichungsmaßnahmen dienen, um das Ziel eines „*Raum[s] der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts*“ iSv Art 29 Abs 1 EUV zu erreichen. Da jedoch in SS 2 des Art 29 Abs 2 EUV auf den gesamten Art 31 EUV Bezug genommen wird (wenn auch ohne explizit auf die Möglichkeit zur Rechtsangleichung hinzuweisen), kann man im Sinne einer systematischen Interpretation unter diesen die Art 31 Abs 1 lit a bis d EUV subsumieren, wohingegen SS 3 (Art 29 Abs 2 EUV) – siehe den Wortlaut – auf Art 31 Abs 1 lit e EUV verweist.⁷²⁰

Es wäre somit mE nicht nachvollziehbar, wenn man mit Blick auf SS 3 des Art 29 Abs 2 EUV (der auf Art 31 lit e EUV Bezug nimmt) den an sich weiten Anwendungsbereich („*schließt ein*“) von Art 31 Abs 1 EUV⁷²¹ einschränkt.

⁷¹⁶ Wasmeier/Jour-Schröder, Art 29 EUV Rz 2, identifizieren es als „eigenständiges Vertragsziel“.

⁷¹⁷ Siehe auch Suhr, Art 29 EUV Rz 32 und Wasmeier/Jour-Schröder, Art 29 EUV Rz 28, 32 (mit Verweis auf die Schlussfolgerungen von Tampere, Nr 48).

⁷¹⁸ So aber Röben, Art 29 EUV Rz 7.

⁷¹⁹ Der Verweis in Art 29 Abs 2 SS 3 EUV müsste richtigerweise „Artikel 31 Absatz 1 Buchstabe e [EUV]“ lauten (Hervorhebung durch den Verfasser).

⁷²⁰ Vgl Wasmeier/Jour-Schröder, Art 29 EUV Rz 20.

⁷²¹ Zur konkreten Reichweite dieser Bestimmung siehe sogleich.

Im Folgenden soll näher auf jene zwei Kompetenzbestimmungen der dritten Säule näher eingegangen werden, deren Inhalt die Frage aufwirft, ob nicht auf sie gestützte Rechtsmaßnahmen auch nach dem EGV hätten erlassen werden können.

a. Art 31 Abs 1 lit e EUV

lautet folgendermaßen:

„Das gemeinsame Vorgehen im Bereich der justiziellen Zusammenarbeit in Strafsachen schließt ein...

...die schrittweise Annahme von Maßnahmen zur Festlegung von Mindestvorschriften über die Tatbestandsmerkmale strafbarer Handlungen und die Strafen in den Bereichen organisierte Kriminalität, Terrorismus und illegaler Drogenhandel.“⁷²²

Vergleicht man diese Vorschrift mit jener des Art 29 EUV, so lassen sich interpretationsbedürftige Unterschiede erkennen:

i. Tätigkeitsfelder

Art 29 Abs 2 EUV nennt als Ziel der PJZS *„die Verhütung und Bekämpfung der – organisierten oder nichtorganisierten – Kriminalität“* und zählt in weiterer Folge prioritäre (*„insbesondere“*) Regelungsbereiche auf. In SS 3 leg cit wird dann auf *„Artikel 31 Buchstabe e [EUV]“* verwiesen. Art 31 Abs 1 lit e EUV schränkt eine mögliche Rechtsangleichung jedoch auf die Bereiche *„organisierte Kriminalität, Terrorismus und illegaler Drogenhandel“* ein. In welchen Strafrechtsgebieten sind nun Harmonisierungsmaßnahmen tatsächlich möglich?

Durch die Formulierung *„schließt ein“*⁷²³ in Art 31 Abs 1 EUV (siehe dazu gleich unten) wird zum Ausdruck gebracht, dass auch andere strafrechtliche Maßnahmen als die in Abs 2 lit a bis e leg cit genannten auf Art 31 bzw 29 leg cit gestützt werden können.

⁷²² Da der Wortlaut dieser Kompetenzgrundlage klar für eine strafrechtliche Harmonisierungskompetenz der EU/EG spricht, kann sich die Einschätzung von *Albrecht*, Europäischer Strafrechtsraum: Ein Albtraum?, ZRP 2004, 1 (2), (*„[b]islang hat ein durch das Volk legitimierter parlamentarischer Gesetzgeber keine Kompetenz für Strafgesetzgebung der EU geschaffen“*) allenfalls nur auf die erste Säule beziehen.

⁷²³ Auch für *Wasmeier* in Schwarze/von der Groeben (Hg), Kommentar zum Vertrag über die Europäische Union und zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft⁶ (2003) Art 31 EUV Rz 65, spricht der Wortlaut *„deutlich gegen einen abschließenden Charakter der folgenden Aufzählung.“* *Kretschmer*, Art III-270 VVE Rz 4 Fn 4, weist auf den insofern noch deutlicheren frz Wortlaut hin.

Für eine taxative Bestimmung hätten die MS als *Herren der Verträge* eine andere Wortfolge verwenden können, so zB:

„Das gemeinsame Vorgehen im Bereich der justiziellen Zusammenarbeit in Strafsachen erfolgt im Wege...“

Bedeutet dies aber für eine mögliche Rechtsangleichungskompetenz, dass der insoweit eindeutige Wortlaut des Art 31 Abs 1 lit e EUV ignoriert werden kann und die dort genannten Kriminalitätsfelder iSv Art 29 Abs 2 EUV auf sämtliche Bereiche der (organisierten und nicht organisierten) Kriminalität ausgedehnt werden müssen? Ist es nicht methodisch bedenklich, „von den Zielen des Art. 29 [EUV] auf Kompetenzen der EU jenseits der klaren Wortlautgrenzen des Art. 31 Abs. 1 lit. e) zu schließen“?⁷²⁴

Eine historische Interpretation⁷²⁵ führt zum Ergebnis, dass Rat, Kom und Europäischer Rat von einem strafrechtlichen Kompetenzverständnis im Bereich der Rechtsangleichung ausgegangen sind, das über den Wortlaut von Art 31 Abs 1 lit e EUV hinausgeht: Aus dem bereits erwähnten Wiener Aktionsplan⁷²⁶ lässt sich zunächst schließen, dass „Mindestvorschriften über die Tatbestandsmerkmale strafbarer Handlungen“ in Bereichen möglich sein sollen, „in denen die Union bereits eine gemeinsame Politik entwickelt hat, sowie für Bereiche mit starker grenzübergreifender Dimension, z. B. Umweltkriminalität, High-Tech-Kriminalität, Korruption und Betrug, Geldwäsche usw.“ Und der Europäische Rat vertrat in seinen ebenfalls schon angeführten Schlussfolgerungen von Tampere⁷²⁷ die Ansicht, dass sich „[u]nbeschadet der umfassenderen Bereiche, auf die der Vertrag von Amsterdam und der Wiener Aktionsplan abstellen...in [B]ezug auf das nationale Strafrecht die Bemühungen zur Vereinbarung gemeinsamer Definitionen, Tatbestandsmerkmale und Sanktionen zunächst auf eine begrenzte Anzahl von besonders relevanten Bereichen, wie Finanzkriminalität (Geldwäsche, Bestechung, Fälschung des Euro), illegaler Drogenhandel, Menschenhandel, insbesondere die Ausbeutung von Frauen, sexuelle Ausbeutung von Kindern, High-Tech-Kriminalität und Umweltkriminalität, konzentrieren sollten.“

Für diese Auslegung ist Folgendes entscheidend: Kann man bei der Aufzählung der besonders relevanten Kriminalitätsfelder im Wiener Aktionsplan unter Heranziehung einer grammatikalischen Interpretation noch einen Konnex zur organisierten Kriminalität

⁷²⁴ So *Suhr* in Calliess/Ruffert (Hg), EUV/EGV³ (2007) Art 31 EUV Rz 23. Vgl auch die Zweifel von *Eisele*, JZ 2001, 1158 Fn 14.

⁷²⁵ Siehe dazu *Wasmeier*, Art 31 EUV Rz 67 ff.

⁷²⁶ ABl 1999 C 19/1, Nr 18.

⁷²⁷ Nr 48 leg cit.

iSv Art 31 Abs 1 lit e EUV feststellen⁷²⁸, so ist dies im Rahmen der Schlussfolgerungen von Tampere nicht mehr möglich.

Unter Berücksichtigung dieser historischen Argumente, der Formulierung „schließt ein“ in Art 31 Abs 1 EUV, einer systematischen Zusammenschau mit Art 29 Abs 2 EUV (keine Beschränkung auf bestimmte Kriminalitätsfelder) und des umfassenden Ziels der Art 29 ff EUV („Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts“) ist es mE gerechtfertigt, auch andere Strafrechtsgebiete als jene drei in Art 31 Abs 1 lit e EUV⁷²⁹ genannten einer Rechtsangleichung zugänglich zu machen.⁷³⁰ Dies entspricht auch der bisherigen Rechtspraxis.⁷³¹

ii. Schranken der Kompetenzausübung

Ein weiterer augenfälliger Unterschied zwischen Art 29 (Abs 2 SS 3) und Art 31 Abs 1 lit e EUV ergibt sich durch die Wortfolge „soweit dies erforderlich ist“ im erstgenannten Artikel: In Art 31 Abs 1 lit e EUV fehlt ein ausdrückliches Erforderlichkeitskriterium.

Wie lässt sich diese sprachliche Divergenz interpretieren?

Da die Schranken der Kompetenzausübung iSv Art 5 EGV auch im Bereich des EUV und damit der PJZS zu beachten sind (Art 2 Abs 2 EUV iVm Art 5 EGV), kann der Formulierung „soweit dies erforderlich ist“ in Art 29 Abs 2 SS 3 EUV nur deklaratorischer Charakter zukommen. Abgesehen von der Tatsache, dass Art 31 EUV in systematischem Zusammenhang mit Art 29 EUV interpretiert werden muss, sind die Grundsätze des

⁷²⁸ Vgl dazu auch Nr 46 a leg cit.

⁷²⁹ Die Festlegung auf die Bereiche „organisierte Kriminalität, Terrorismus und illegaler Drogenhandel“ in diesem Art kann auch dahingehend verstanden werden, dass diesen Gebieten in der Rechtspraxis besondere Aufmerksamkeit zu Teil werden soll. Vgl dazu Wasmeier, Art 31 EUV Rz 59.

⁷³⁰ Siehe dazu auch den Schlussbericht der Gruppe X *Freiheit, Sicherheit und Recht* im Rahmen des Verfassungskonvents (CONV 426/02, 9 Fn 2). Dieser bestand aus Vertretern der Staats- und Regierungschefs, der nationalen Parlamente, des EP, der Kom, der Regierungen der beitrittswilligen Länder, der nationalen Parlamente der beitrittswilligen Länder und Beobachtern und hatte die Aufgabe, einen Verfassungsentwurf auszuarbeiten.

In concreto verwies die Gruppe X auf die Schlussfolgerungen von Tampere und die Tatsache, dass – trotz des Wortlauts in Art 31 Abs 1 lit e EUV – „eine Angleichung der Rechtsvorschriften in den in Artikel 29 [leg cit] genannten Bereichen...nicht ausgeschlossen wird.“

⁷³¹ Satzger, Internationales und Europäisches Strafrecht § 8 Rz 50.

Art 5 EGV also auch im Rahmen von Art 31 Abs 1 lit e EUV – obwohl nicht explizit genannt - uneingeschränkt anwendbar.

Vergegenwärtigt man sich darüber hinaus den Begriff „*Mindestvorschriften*“⁷³² in Art 31 Abs 1 lit e EUV, so kann man darin eine implizite Vorwegnahme der Vorgaben des Art 5 EGV erblicken⁷³³ – ein weiteres Argument dafür, dass die Nichtnennung eines ausdrücklichen Erforderlichkeitskriteriums in lit e leg cit nicht schädlich ist.⁷³⁴

Einen weiteren Ansatzpunkt für die Tatsache, dass die Schonung der mitgliedstaatlichen Strafrechtskompetenzen dem Art 31 Abs 1 lit e EUV immanent ist, bietet die Wortfolge „*die schrittweise Annahme*“⁷³⁵: Die Rechtsharmonisierung im strafrechtlichen Bereich soll behutsam angegangen werden. Nur dann, wenn eine Angleichung der nationalen Strafrechtsbestimmungen zur Erreichung des Ziels des Art 29 Abs 1 EUV nach Art 31 Abs 1 lit e EUV wirklich *erforderlich* ist, darf die EU/EG entsprechend tätig werden.

iii. „Tatbestandsmerkmale...“

Aufgrund der Möglichkeit, strafrechtliche Rechtsangleichungsmaßnahmen – ohne Nennung eines spezifischen Buchstabens - auf Art 31 (bzw Art 29) EUV zu stützen⁷³⁶, kommt einer Interpretation der in Art 31 Abs 1 lit e EUV verwendeten Formulierung „*Tatbestandsmerkmale strafbarer Handlungen und die Strafen*“⁷³⁷ keine große Bedeutung zu.

Dennoch sei an dieser Stelle erwähnt, dass damit jener Regelungsgegenstand gemeint ist, der nach dem österreichischen StGB als **Besonderer Teil** bezeichnet wird. Für Angleichungsmaßnahmen im Bereich des strafrechtlichen Verfahrens- und Vollstreckungsrechts und des nach österreichischem Verständnis als *Allgemeiner Teil* des

⁷³² Dabei ist dieser Begriff iS einer Mindeststrafbarkeit zu sehen – die MS sind insofern berechtigt, „strengere Maßnahmen“ vorzusehen (Wasmeier, Art 31 EUV Rz 72).

⁷³³ Vgl Röben, Art 31 EUV Rz 15.

⁷³⁴ Wasmeier, Art 31 EUV Rz 70, sieht die Schlussfolgerungen von Tampere (Nr 48) mit ihrer Bezeichnung von besonders wichtigen Regelungsfeldern im Zusammenhang mit dem Kriterium der Erforderlichkeit.

⁷³⁵ Hervorhebung durch den Verfasser.

⁷³⁶ Vgl in diesem Zusammenhang Wasmeier, Art 31 EUV Rz 3 f.

⁷³⁷ Dabei ist keine Annäherung der tatsächlich verhängten Strafen, sondern der Strafvorschriften der MS gemeint (Wasmeier, Art 31 EUV Rz 76, mit Verweis auf die diesbezüglich eindeutige frz Vertragsfassung).

(materiellen) Strafrechts bezeichneten Rechtsgebiets steht prinzipiell⁷³⁸
Art 31 Abs 1 lit c EUV (siehe dazu sogleich) zur Verfügung.

⁷³⁸ Als Rechtsgrundlagen für eine Annäherung des Allgemeinen Teils des materiellen Strafrechts sowie des Verfahrens- und Vollstreckungsrechts kommen auch die lit a, b und d von Art 31 Abs 1 EUV in Betracht (siehe dazu *Wasmeier*, Art 31 EUV Rz 55 f, der es aber für möglich hält, bereichsspezifisch zB den Versuch oder die Teilnahme nach Art 31 Abs 1 lit e EUV mitzuregeln).

b. Art 31 Abs 1 lit c EUV

lautet folgendermaßen:

„Das gemeinsame Vorgehen im Bereich der justiziellen Zusammenarbeit in Strafsachen schließt ein...

...die Gewährleistung der Vereinbarkeit der jeweils geltenden Vorschriften der Mitgliedstaaten untereinander, soweit dies zur Verbesserung dieser Zusammenarbeit erforderlich ist“.

Der Wortlaut dieser Kompetenzgrundlage lässt auf einen weiten Anwendungsbereich schließen: Immer dann, wenn dies zur Verbesserung der Zusammenarbeit zwischen den MS erforderlich ist, darf die EU/EG, um die Vereinbarkeit der nationalen Vorschriften⁷³⁹ (auf strafrechtlichem Gebiet) zu gewährleisten, rechtsangleichend tätig werden.

Durch die implizite Erwähnung des materiellen Strafrechts in lit e leg cit liegt jedoch die Vermutung nahe, lit c leg cit betreffe die Annäherung des **Verfahrens- und Vollstreckungsrechts**⁷⁴⁰ (und des nach österreichischem Verständnis als *Allgemeiner Teil* des [materiellen] Strafrechts bezeichneten Rechtsgebiets). Auch „Randbereiche des Strafrechts- und Strafverfahrensrechts“ können dabei nach lit c leg cit geregelt werden.⁷⁴¹

Durch die Formulierung „*erforderlich*“ wird, dem SP und dem VP iSv Art 2 Abs 2 EUV iVm Art 5 Abs 2 und 3 EGV entsprechend, klargestellt, dass der EU/EG nur dann ein Tätigwerden nach Art 31 Abs 1 lit c EUV möglich ist, *sofern und soweit* dies zur Verbesserung der Zusammenarbeit zwischen den MS notwendig ist. Eine umfassende Harmonisierung der nationalen Strafrechtssysteme ist somit nicht erlaubt.⁷⁴²

⁷³⁹ Anknüpfungspunkt dabei ist „das rein innerstaatliche Strafrecht“ (*Wasmeier*, Art 31 EUV Rz 41).

⁷⁴⁰ Siehe *Wasmeier*, Art 31 EUV Rz 41 ff (der aber zu Recht darauf hinweist, dass auch Unterschiede im materiellen Recht die zwischenstaatliche Zusammenarbeit behindern können und für „eine Annäherung allgemeiner Fragen des materiellen Strafrechts“ lit c leg cit für anwendbar hält).

⁷⁴¹ *Suhr*, Art 31 EUV Rz 20 (mit Verweis auf die RBe 2005/212/JI [ABl 2005 L 68/49] und 2001/220/JI [ABl 2001 L 82/1]).

⁷⁴² Siehe dazu *Wasmeier*, Art 31 EUV Rz 45.

VDS-RL

Irland führt in seiner Klage in der Rs „VDS“ aus, dass der Titel VI EUV, insbesondere Art 30, *Art 31 Abs 1 lit c* und Art 34 Abs 2 lit b EUV, die einzig zulässige Rechtsgrundlage für die in der VDS-RL enthaltenen Maßnahmen sei.⁷⁴³ Damit wären nach irischer Ansicht für den Inhalt der VDS-RL jene Vorschriften, die bereits dem im Entwurfstadium verbliebenen RBe zur Vorratsdatenspeicherung zugrunde gelegt wurden, einschlägig. Irland weist zur Unterstützung seiner These auf die sehr ähnliche Textierung von VDS-RL und RBe-Entwurf hin⁷⁴⁴, wobei mE nicht außer Acht gelassen werden darf, dass, wie auch der Gerichtshof hervorhebt⁷⁴⁵, „weder die Frage des Zugangs zu den Daten durch die zuständigen nationalen Strafbehörden noch die Frage der Verwendung und des Austausches dieser Daten zwischen diesen Behörden“ (entgegen den Intentionen des RBe-Entwurfs) durch die VDS-RL harmonisiert wird.

In dieser Hinsicht sind EP⁷⁴⁶, Rat⁷⁴⁷ und GA⁷⁴⁸ unisono der Meinung, die VDS-RL enthalte keine Bestimmungen bezüglich der PJZS.

Diese Ansichten, derer sich auch der EuGH in seiner Argumentation bedient⁷⁴⁹, verkennen, wie bereits erwähnt, Sinn und Zweck der Speicherung durch die betroffenen Telekommunikationsunternehmen - die Kriminalitätsbekämpfung (vgl hierfür den insoweit eindeutigen Art 1 Abs 1 VDS-RL). Der wesentliche *Inhalt* der RL, die Vorratsspeicherung von bestimmten Daten innerhalb eines Zeitraums von grundsätzlich sechs Monaten bis zwei Jahren, muss mE im Lichte dieser klaren (*Haupt-*)*Zielsetzung* betrachtet und dementsprechend als straf-(verfahrens-)rechtlichen Charakter aufweisend angesehen werden. Der enge, auch *inhaltliche* Zusammenhang mit Vorschriften wie jenem des

⁷⁴³ ABl 2006 C 237/5, Nr 1.2. Siehe auch GA *Bot* in den SA Rs „VDS“ Rn 28 (Hervorhebung durch den Verfasser).

⁷⁴⁴ Nr 2.5. Auffällig ist, das in weiterer Folge (Nr 5.3. Fn 32) auch auf die bemerkenswerte Ähnlichkeit zwischen dem Wortlaut von Art 30 Abs 1 lit a EUV (!) und Art 1 Abs 1 VDS-RL Bezug genommen wird. Anscheinend will Irland damit auf die *prinzipielle* Anwendbarkeit der dritten Säule verweisen.

⁷⁴⁵ EuGH Rs „VDS“ Rn 83.

⁷⁴⁶ SA Rs „VDS“ Rn 57.

⁷⁴⁷ EuGH Rs „VDS“ Rn 44. Es handle sich um keine Verarbeitung, die die öffentliche Sicherheit zum Ziel habe (12519/06 Nr 54).

⁷⁴⁸ GA *Bot* in SA Rs „VDS“ Rn 98 ff, der darüber hinaus der Ansicht ist, dass das Ziel der Ermittlung, Feststellung und Verfolgung von schweren Straftaten nicht ausreiche, „um einen Akt in den Bereich ‚Polizeiliche und justizielle Zusammenarbeit in Strafsachen‘ im Sinne des Titels VI des EU-Vertrags einzuordnen.“

⁷⁴⁹ EuGH Rs „VDS“ Rn 82 ff.

§ 135 Strafprozessordnung (StPO)⁷⁵⁰ („*Beschlagnahme von Briefen, Auskunft über Daten einer Nachrichtenübermittlung sowie Überwachung von Nachrichten*“)⁷⁵¹ ist evident.

Somit hätte der Inhalt der VDS-RL durchaus auf Art 31 Abs 1 lit c EUV gestützt werden können, dessen weiter Wortlaut gerade für den Erlass von strafverfahrensrechtlichen Bestimmungen ideal erscheint.⁷⁵²

Die prinzipielle Anwendbarkeit dieser Bestimmung reicht für die tatsächliche Inanspruchnahme angesichts des bereits weiter oben erwähnten Art 47 EUV jedoch nicht aus: Sollte eine Kompetenzgrundlage des EGV bezüglich des Inhalts der VDS-RL anwendbar sein, müssten die Art 29 ff EUV insofern zurücktreten.

Zwar kommt nach der Untersuchung in Kap V.) A.) 5.) Art 95 EGV als Rechtsgrundlage nicht in Betracht (vergegenwärtigt man sich die tatbestandsmäßige Ähnlichkeit, muss dies auch für die Art 94 und 96 EGV gelten). Spezialvorschriften scheiden diesbezüglich ebenso aus.

Die Tatbestandsvoraussetzungen des dann *subsidiär* anwendbaren⁷⁵³ Art 308 EGV würden aber eine Abstützung der VDS-RL auf dieser Grundlage ermöglichen.⁷⁵⁴ Durch die begriffliche Weite des Kriteriums „*im Rahmen des Gemeinsamen Marktes*“⁷⁵⁵ kann mE kein Verstoß gegen die Schwerpunkttheorie vorliegen. Rechtsmaßnahmen, die in der Hauptsache *nicht* dem Gemeinsamen Markt, sondern anderen Zielen (wie der Kriminalitätsbekämpfung im Rahmen der VDS-RL) dienen, können insoweit also auf Art 308 EGV gestützt werden. Dass das *Ziel* der Kriminalitätsbekämpfung eines der *Gemeinschaft* ist (siehe Art 61 lit a und e EGV), wurde bereits klargestellt. Damit erfüllt die VDS-RL auch die zweite entscheidende Voraussetzung des Art 308 EGV, die Verfolgung eines Gemeinschaftsziels.⁷⁵⁶

Im Folgenden sollen jene systematischen und historischen Argumente, die einer Heranziehung des Art 308 EGV (noch) entgegenstehen könnten, erläutert werden.

⁷⁵⁰ BGBl 631/1975 zuletzt geändert durch BGBl I 109/2007.

⁷⁵¹ Hervorhebung durch den Verfasser.

⁷⁵² So sieht *Röben*, Art 31 EUV Rz 8, von lit c leg cit „auch das Ermittlungsverfahren mit seinen Zwangsmitteln etwa im Bereich der Telekommunikationsüberwachung [erfasst].“

⁷⁵³ Ein Tatbestandskriterium des Art 308 EGV wäre somit erfüllt.

⁷⁵⁴ Siehe in diesem Zusammenhang *Wasmeier/Thwaites*, Eur Law Rev 2004, 631.

⁷⁵⁵ Hervorhebung durch den Verfasser.

⁷⁵⁶ Dass die Vorratsdatenspeicherung zur Kriminalitätsbekämpfung *erforderlich* ist, wurde schon im Rahmen der Erläuterungen zu den Prinzipien der Subsidiarität und Verhältnismäßigkeit in Kap II C.) und D.) dargelegt. Auch dieses Kriterium stellt somit kein Hindernis für eine Heranziehung des Art 308 EGV dar.

2. Historische Interpretation

Zwar haben die europäischen Gründungsverträge zum Strafrecht geschwiegen.⁷⁵⁷ Mit Blick auf die Entstehungsgeschichte der EU/EG-Verträge wird jedoch auf den Umstand hingewiesen, dass die in den 50er Jahren geplante, aber nicht zustande gekommene Europäische Verteidigungsgemeinschaft (EVG) eine explizite Übertragung nationaler Strafgewalt vorgesehen hätte. Durch diesbezügliches bewusstes Schweigen in den Römischen Verträgen lasse sich nach Meinungen in der Lit auf einen mangelnden Willen der MS schließen, solch eine Strafrechtskompetenz zu übertragen.⁷⁵⁸

Obwohl die historische Auslegungsmethode an sich auch im Anwendungsbereich des EU/EG-Rechts Anwendung finden kann⁷⁵⁹, ist ein Umkehrschluss aus dem gescheiterten Projekt einer auch strafrechtliche Befugnisse innehabenden EVG aber unzulässig: Da die EVG (wie die Europäische Gemeinschaft für Kohle und Stahl [EGKS] und die EAG) mit der eine umfassende (wirtschaftliche) Integration anstrebenden EWG (jetzt EG) nicht vergleichbar ist und die EVG nicht an sich auf das Strafrecht beziehenden Einwänden, sondern an der ablehnenden Haltung Frankreichs gescheitert ist, seine Streitkräfte einem europäischen Oberkommando zu unterstellen, kann das Nichtzustandekommen der EVG hier nicht als Argument berücksichtigt werden.⁷⁶⁰

Der Versuch, aus (veröffentlichten) Materialien zum VvM (sowie zum VvA und VvN) konkrete Anhaltspunkte zu finden, wie die MS als *Herren der Verträge* zum strafrechtlichen Anwendungsbereich der Bestimmungen von erster und dritter Säule (bzw zu deren Abgrenzung) gestanden sind, erweist sich als äußerst schwierig.

Ansatzpunkte für eine - jedoch an den Unionsorganen orientierte - historische Auslegung ergeben sich zunächst aus dem Wiener Aktionsplan. Hier wurde im Zusammenhang mit jenen in der dritten Säule beheimateten Bestimmungen, die die justitielle Zusammenarbeit in Strafsachen bzw die Annäherung der Strafrechtsbestimmungen der Mitgliedstaaten betreffen, folgende Notwendigkeit betont:⁷⁶¹

⁷⁵⁷ Tiedemann, EG und EU als Rechtsquellen des Strafrechts 1402.

⁷⁵⁸ Vgl die Nachweise bei Böse, GA 2006, 213.

⁷⁵⁹ Siehe dazu bereits die Erläuterungen zur Methodologie in Kap I) B.).

⁷⁶⁰ So zu Recht Böse GA 2006, 213, demzufolge die EVG-Bestimmungen auch auf eine prinzipielle Bereitschaft der MS hindeuten können, nationale Strafgewalt zu übertragen.

⁷⁶¹ ABl 1999 C 19/1, Nr 46 a.

„Ermittlung der Verhaltensweisen im Bereich der organisierten Kriminalität, des Terrorismus und des Drogenhandels, bei denen das vordringliche Erfordernis besteht, Maßnahmen zur Festlegung von Mindestvorschriften über die Tatbestandsmerkmale einer strafbaren Handlung und die dafür geltenden Strafen anzunehmen und erforderlichenfalls entsprechende Maßnahmen auszuarbeiten; Bei dieser Prüfung könnten Straftaten wie...*Umweltkriminalität*...- soweit sie mit organisierter Kriminalität, Terrorismus und Drogenhandel zusammenhängen - im Vordergrund stehen.“⁷⁶²

Entgegen den Ausführungen des EuGH in seinen Entscheidungen in den Rs „Umweltstrafrecht“ und „Meeresverschmutzung“ fiel also nach Ansicht von Rat, Kom und auch Europäischem Rat, der den Wiener Aktionsplan gebilligt hatte, die Festlegung von Mindestvorschriften über die Tatbestandsmerkmale einer umweltstrafrechtlichen Handlung und die dafür geltenden Strafen in den Anwendungsbereich der dritten Säule: Zwar bezog sich die Aufzählung einzelner Straftaten (darunter die Umweltkriminalität) auf die Bereiche der organisierten Kriminalität, des Terrorismus und des Drogenhandels. Dass die *große Anzahl* von Delikten der nichtorganisierten Kriminalität im Rahmen der ersten Säule, unter eventuell erleichterten Voraussetzungen, harmonisiert werden könnte, würde mE der Intention des Wiener Aktionsplans, die einer Angleichung im Rahmen der EU/EG prinzipiell zugänglichen Kriminalitätsfelder zu konkretisieren, widersprechen.

Sowohl die Tatbestands- als auch die Rechtsfolgende einer der Umweltkriminalität zuzurechnenden Handlung sollte somit, zumindest nach dem klaren Wortlaut des Wiener Aktionsplans, den (jetzigen) Bestimmungen der Art 29 ff EUV vorbehalten bleiben.

Die Kom relativierte aber ihre im Wiener Aktionsplan hervorgetretene Ansicht (nicht nur für das Umweltstrafrecht), wie ihre eine weite strafrechtliche Harmonisierungskompetenz im Rahmen des EGV suggerierenden Ausführungen in der *Mitteilung über die Folgen des Urteils in der Rs „Umweltsstrafrecht“*⁷⁶³ belegen.

Der Rat war sich ebenso der Auswirkungen der Entscheidung in der Rs „Umweltstrafrecht“ auf die künftige strafrechtliche Rechtssetzung bewusst, wenngleich seine Erwägungen weniger gemeinschaftsfreundlich als jene der Kommission ausfielen.⁷⁶⁴ Er wies aber in einer

⁷⁶² Hervorhebung durch den Verfasser. Die Bedeutung des Umweltstrafrechts für die gesamte strafrechtliche Kompetenzproblematik im Rahmen der EU/EG lässt mE den Schluss zu, diesbezügliche historische Erwägungen zu verallgemeinern (vgl dazu auch die Ausführungen zur Übertragbarkeit der Entscheidungen in den Rs „Umweltstrafrecht“ und „Meeresverschmutzung“ in Kap V) A.) 1.) c.) weiter oben).

⁷⁶³ KOM (2005) 583 endg, Nr 6 („[e]s handelt sich jedoch um ein Grundsatzurteil, dessen Bedeutung weit über den Bereich des Umweltrechts hinausreicht, da dieselbe Argumentation auch ausnahmslos auf die übrigen gemeinsamen Politiken und die Grundfreiheiten...Anwendung finden kann“).

⁷⁶⁴ Rat 6466/06.

anderen Reaktion⁷⁶⁵ auf das Urteil in dieser Rs darauf hin, dass bereits nach dem ebenso (siehe auch den Wiener Aktionsplan) vom Europäischen Rat gebilligten Haager Programm „die Minister für Justiz und Inneres innerhalb des Rates für die generelle Festlegung der Straftatbestände und der Strafen verantwortlich sein [sollten]“.“⁷⁶⁶

Daraus lässt sich Folgendes schließen: Wenn vom Europäischen Rat als maßgeblichem Faktor innerhalb der EU/EG (siehe Art 4 EUV) gebilligte Maßnahmen wie der Wiener Aktionsplan und das Haager Programm für das Umweltstrafrecht bzw – sachgebietsübergreifend – für die Festlegung von Straftatbeständen und Strafen die dritte Säule einschlägig erachten, so kann darin ein historischer Wille gesehen werden, der Rückschlüsse auf Intentionen ermöglicht, welche die MS als *Herren der Verträge* im Rahmen der Unterzeichnung des VvM (bzw VvA) hatten.⁷⁶⁷ Es liegt somit der Schluss nahe, dass die MS gerade im Rahmen dieser Verträge festlegen wollten, dass auf den EGV keine strafrechtlichen Rechtsangleichungsmaßnahmen gestützt werden dürfen.⁷⁶⁸

Zumindest Ansatzpunkte für eine historische Auslegung bietet auch der bereits erwähnte Schlussbericht der Gruppe X *Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts* des Verfassungskonvents, welcher die Vorarbeiten – samt einem Verfassungsentwurf - zum (gescheiterten) VVE leistete.⁷⁶⁹ So war die Arbeitsgruppe „in Bezug auf ‚Sofortmaßnahmen‘ in den Bereichen der gegenwärtigen ‚dritten Säule‘ der Ansicht, dass es im Anschluss an die Verschmelzung der Säulen zweckmäßig wäre, eine Bestimmung wie den derzeitigen Artikel 308 EGV als Rechtsgrundlage zu verwenden.“⁷⁷⁰

Nach Ansicht des Konvents bestand also das Bedürfnis nach Einführung einer strafrechtlichen Kompetenzabrundungsklausel durch den VVE. Dies kann mE so interpretiert werden, dass die Arbeitsgruppe davon ausging, dass nach dem EGV überhaupt keine strafrechtlichen Kompetenzgrundlagen existieren. Nicht nachvollziehbar wäre die Annahme, der Konvent befürwortete eine strafrechtliche Annexkompetenz nach den Spezialermächtigungsgrundlagen des EGV, bei einer Generalermächtigungsklausel wie dem Art 308 EGV jedoch nicht. Für

⁷⁶⁵ Rat 6053/06.

⁷⁶⁶ ABl 2005 C 53/1, Nr 3.3.2. In diesem Zusammenhang (Haager Programm) kann sich diese Ratszuständigkeit nur auf die dritte Säule beziehen.

⁷⁶⁷ Der Europäische Rat setzt sich neben dem Kom-Präsidenten aus den *Staats- und Regierungschefs der MS* zusammen.

⁷⁶⁸ Vgl dazu auch *Dawes/Lynskey*, CMLR 2008, 158.

⁷⁶⁹ Vgl *Dawes/Lynskey*, CMLR 2008, 156.

⁷⁷⁰ CONV 426/02, 9.

solch eine differenzierende Auslegung gibt es im Schlussbericht auch keinerlei Anhaltspunkte.

Auch wenn der Konvent (bzw dessen Arbeitsgruppen) aufgrund seiner vielfältigen Zusammensetzung nicht mit einer Regierungskonferenz, welche bei früheren Vertragsrevisionen eingesetzt wurde und quasi als Synonym für die MS als *Herren der Verträge* gelten kann, vergleichbar ist, so geben seine Äußerungen doch einen Eindruck von dem wieder, wie seine verschiedenen Vertreter (*auch* die der Staats- und Regierungschefs) Kompetenzfragen beurteilen.

3. Systematische Interpretation

Schwerer noch als die angeführten historischen Erwägungen wiegt das Resultat einer systematischen Betrachtung.

Trotz der noch immer bestehenden Säulenkonstruktion mit unterschiedlichen völkerrechtlichen Konstrukten – die supranational geprägte EG auf der einen und die (noch immer) intergouvernementalen Formen von GASP, PJZS und dem „Dach des Tempels“ auf der anderen Seite, ist mE zur Beantwortung von Kompetenzfragen eine systematische Zusammenschau aller Bestimmungen der EU/EG notwendig:⁷⁷¹ Dies ergibt sich aus der untrennbaren Verbindung von EGV, EAGV und EUV (siehe Art 1 Abs 3 S 1, Art 3 und Art 5 EUV) und gilt ungeachtet des prinzipiellen Vorrangs der ersten Säule gemäß Art 47 EUV.

Anhaltspunkte für die Auffassung, dass ein implizit aus den Bestimmungen der dritten Säule ableitbarer Harmonisierungsausschluss strafrechtliche Rechtsangleichungsmaßnahmen nach dem EGV verbietet, müssen iS einer säulenübergreifenden Interpretation somit beachtet werden. Eine Auslegung, die nur Harmonisierungsverbote der ersten Säule berücksichtigt⁷⁷², ist unzureichend.

Das Strafrecht wurde erst⁷⁷³ im Rahmen des VvM durch die Schaffung der dritten Säule („Zusammenarbeit in den Bereichen Justiz und Inneres“) in den Rechtsrahmen der EU/EG aufgenommen.⁷⁷⁴ Damit wurde von Seiten der MS als *Herren der Verträge* ausdrücklich die Form der intergouvernementalen Zusammenarbeit für strafrechtliche Maßnahmen vorgesehen und einer diesbezüglichen Heranziehung der ersten Säule eine Absage erteilt. Trotz einer Vergemeinschaftung von Teilbereichen der dritten Säule durch den VvA blieb das Strafrecht explizit davon ausgenommen⁷⁷⁵, was durch die Umbenennung des Titels (VI) der

⁷⁷¹ AA anscheinend *Jour-Schröder/Wasmeier*, Vorbemerkung zu den Art 29 bis 42 EUV Rz 54, welche behaupten, „[e]s wäre methodisch verfehlt, aus den Vorschriften über die PJZS auf die Reichweite der Gemeinschaftskompetenzen zu schließen“ und sich in weiterer Folge bezüglich ihrer Thesen („[d]ie Frage nach dem Bestehen und der Reichweite von Gemeinschaftskompetenzen kann ausschließlich aus dem Gemeinschaftsrecht selbst heraus beantwortet werden“) auf „Wortlaut, Systematik und Ratio des EU-Vertrages“ berufen. Eine Begründung ihrer Überlegungen bleiben sie aber schuldig.

⁷⁷² *Wasmeier/Thwaites*, Eur Law Rev 2004, 631. Die systematischen Erwägungen der von ihnen zitierten Entscheidung in der Rs „Tabakwerbe-RL“ (Rn 79) können mE auch auf die Abgrenzung zwischen erster und dritter Säule angewandt werden.

⁷⁷³ Die Gründungsverträge schwiegen bezüglich dieser Thematik (*Tiedemann*, EG und EU als Rechtsquellen des Strafrechts 1402).

⁷⁷⁴ *Wasmeier/Thwaites*, Eur Law Rev 2004, 613. Vgl hierfür auch den historischen Überblick in Kap III).

⁷⁷⁵ Siehe dazu *Satzger*, Internationales und Europäisches Strafrecht § 7 Rz 29.

(nunmehrigen) Art 29 ff EUV hervorgehoben wurde („*Bestimmungen über die polizeiliche und justitielle Zusammenarbeit in Strafsachen*“⁷⁷⁶ - PJZS).

In diesem Zusammenhang sei auch auf die sog *Passerelle*-Bestimmung des Art 42 EUV verwiesen:⁷⁷⁷ Diese sieht unter im Vergleich zu Art 48 EUV vereinfachten Bedingungen (einstimmiger Ratbeschluss nach einer Initiative der Kom oder eines MS und nach Anhörung des EP sowie einer Ratifikation in den MS) vor zu beschließen, dass „*Maßnahmen in den in Artikel 29 [EUV] genannten Bereichen unter Titel IV [Art 61 ff EGV] fallen*“.

Dass von dieser Bestimmung bisher noch kein Gebrauch gemacht wurde⁷⁷⁸, ist mE ein weiteres Indiz für den *bisherigen* Verbleib der strafrechtlichen Harmonisierungskompetenz in der dritten Säule.⁷⁷⁹

4. Ergebnis

Eine historische und systematische Interpretation des Rechtsrahmens der EU/EG lässt somit die Schlussfolgerung zu, dass strafrechtliche Rechtsangleichungsmaßnahmen vom Anwendungsbereich des EGV ausgeschlossen⁷⁸⁰ und *nur* der dritten Säule zugeordnet sind.⁷⁸¹ In diesem Sinne beziehen die Entscheidungen in den Rs „Umweltstrafrecht“, „Meeresverschmutzung“ und „VDS“ den historischen Willen des primärrechtlichen Gesetzgebers (die MS) sowie den systematischen Zusammenhang zwischen erster und dritter Säule nicht ausreichend in die Betrachtung mit ein.

⁷⁷⁶ Hervorhebung durch den Verfasser.

⁷⁷⁷ Vgl hierfür *Eisele*, JA 2000, 898 und *Jour-Schröder/Konow*, Die Passerelle des Art. 42 EU-Vertrag, EuZW 2006, 550.

⁷⁷⁸ *Zeder*, öAnwBl 2008, 250. *Wasmeier/Thwaites*, Eur Law Rev 2004, 635, halten es für unwahrscheinlich, dass diese Vorschrift in Zukunft angewendet wird.

⁷⁷⁹ Vgl in diesem Zusammenhang *di Fabio*, Die "Dritte Säule" der Union, DÖV 1997, 89 (92), der in „in systematischer Auslegung...für die Bereiche Justiz und Inneres“ Art 308 EGV aufgrund der Bestimmungen der dritten Säule für nicht anwendbar erklärt und dabei sogar auf den Wortlaut („*expressis verbis*“) verweist.

⁷⁸⁰ Trotz des Umstands, dass, wie bereits gezeigt wurde, eine bloße, um die Figur der *implied powers* erweiterte Wortlautinterpretation des EGV für eine strafrechtliche Harmonisierungskompetenz im Rahmen der ersten Säule spräche.

⁷⁸¹ Deswegen kommen mE auch strafrechtliche *Rechtsangleichungsmaßnahmen* zur Bekämpfung betrügerischer Praktiken nach Art 280 Abs 3 EGV nicht in Betracht - zur verneinten Frage, ob hierauf originäres Strafrecht gestützt werden kann, siehe bereits Kap IV) E.). Auch die Ansicht, dass Art 308 EGV für solche Handlungen herangezogen werden kann (*Müller-Graff*, Justiz und Inneres nach Amsterdam - Die Neuerungen in erster und dritter Säule, integration 1997, 271 [274]), muss aus den erwähnten historischen und systematischen Gründen ebenso ausscheiden.

Auch wenn „[d]ie Bestimmung von Art und Maß der anzuwendenden strafrechtlichen Sanktionen...nicht in die Zuständigkeit der Gemeinschaft [fällt]⁷⁸², sind nach dieser Rsp nun weitgehende strafrechtliche Rechtsangleichungsmaßnahmen im Rahmen des EGV denkbar, die einen sinnvollen Anwendungsbereich der Art 31 Abs 1 lit c und e EUV fraglich erscheinen lassen⁷⁸³.

Dass die dem Willen der MS als *Herren der Verträge* entsprechende und aus der Säulenstruktur ableitbare strafrechtliche Kompetenzverteilung als Entscheidungsgrundlage hätte herangezogen werden können, zeigt die Entscheidung in den verb Rs „Fluggastdaten“.

⁷⁸² Rs „Meeresverschmutzung“ Rn 70.

⁷⁸³ Siehe in diesem Zusammenhang den EP-Bericht über die Rechtsgrundlagen und die Einhaltung des Gemeinschaftsrechts (A5_[2003]0180 endg; T5_[2003]0368, Begründung, 10).

VI Strafrechtliche Rechtsangleichung im VvL

Nach dem gescheiterten VVE, dessen 4. Kap („*Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts*“) im 4. Abschnitt⁷⁸⁴ Bestimmungen über die „*Justizielle Zusammenarbeit in Strafsachen*“ enthielt, ging man daran, seine rechtliche Substanz weitestgehend in den VvL zu überführen. Ein Vergleich von Art 82 f AEUV⁷⁸⁵ mit Art III-270 f VVE macht dabei deutlich, dass die die strafrechtliche Rechtsangleichung betreffenden Vorschriften des AEUV jenen des VVE fast zur Gänze entsprechen.

Im Folgenden soll anhand der Art 82 f AEUV und der damit im Zusammenhang stehenden allgemeinen Bestimmungen des 1. Kap des Titel V (Art 61 ff AEUV) untersucht werden, welche Änderungen sich bei der strafrechtlichen Harmonisierungskompetenz der EU⁷⁸⁶ durch ein Inkrafttreten des VvL ergeben. Dabei wird deutlich werden, dass auch in Zukunft (sofern der VvL überhaupt in Kraft treten wird) strafrechtliche Kompetenzfragen weiterhin bedeutsam bleiben.

⁷⁸⁴ Für die strafrechtlichen Harmonisierungsmaßnahmen waren die Art III-270 f leg cit von Relevanz.

⁷⁸⁵ Als Teil des 4. Kap („*Justizielle Zusammenarbeit in Strafsachen*“) des Titel V („*Der Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts*“).

⁷⁸⁶ Der Begriff EG wird im Zuge des VvL durch jenen der EU (die nach Art 1 Abs 3 S 2 EUV zF Rechtsnachfolgerin der EG ist und ausdrücklich – Art 47 EUV zF - Rechtssubjektivität zuerkannt bekommt) ersetzt.

A. Allgemeines

Durch den VvL werden die Kompetenzgrundlagen des Raums der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts, die sich einerseits im EGV (Art 61 ff leg cit), andererseits im EUV (Art 29 ff leg cit)⁷⁸⁷ befinden, als Titel V AEUV (Art 67 ff leg cit)⁷⁸⁸ zusammengeführt.

Durch die Anwendung des ordentlichen Gesetzgebungsverfahrens (vgl den ausdrücklichen Verweis auf dieses Verfahren in Art 82 Abs 2 und Art 83 Abs 2 AEUV, den für die strafrechtliche Rechtsangleichung bedeutsamen Artikeln), wonach für die Beschlussfassung im Rat die qualifizierte Mehrheit ausreicht und dem EP ein Mitentscheidungsrecht zukommt, ist im Rahmen des VvL⁷⁸⁹ auch bei strafrechtlichen Harmonisierungsmaßnahmen das dann modifizierte Mitentscheidungsverfahren des Art 251 EGV prinzipiell⁷⁹⁰ anwendbar.⁷⁹¹

Ebenso wird die auf das Gemeinschaftsrecht bezogene Rsp zur unmittelbaren Anwendbarkeit⁷⁹² und zur Staatshaftung für sämtliche strafrechtliche Rechtsangleichungsvorschriften einschlägig.⁷⁹³ Vorabentscheidungsverfahren werden (Art 267 AEUV) nicht mehr von einer Anerkennungserklärung der MS (siehe Art 35 EUV) abhängig sein. Auch die Möglichkeit von Vertragsverletzungsverfahren (Art 258 ff AEUV) wird es im Bereich aller strafrechtlicher Rechtsangleichungsmaßnahmen geben.⁷⁹⁴

⁷⁸⁷ Da es im Rahmen des VvL keine EG bzw kein Gemeinschaftsrecht mehr geben wird, ist es begrifflich falsch, von einer „Vergemeinschaftung der Polizeilichen und Justiziellen Zusammenarbeit in Strafsachen“ (so aber *Schwarze*, Der Reformvertrag von Lissabon - Wesentliche Elemente des Reformvertrages, EuR (Beiheft 1) 2009, 9 [23]) zu sprechen.

⁷⁸⁸ Es fällt auf, dass Art 67 AEUV im Vergleich zu Art 29 EUV, den er ersetzt, den Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts nicht mehr in Beziehung zu einem Unionsziel setzt, sondern diesen schon als gegeben erachtet (siehe Art 67 Abs 1 AEUV: „Die Union bildet...“). Vgl dazu *Kretschmer* in *Vedder/Heintschel von Heinegg* (Hg), Europäischer Verfassungsvertrag (2007) Artikel III-257 VVE Rz 2 und *Weigend*, ZStW 2004, 275 f Fn 2.

Dass aufgrund dieser Formulierung das Integrationstempo gebremst wird, ist jedoch kaum zu erwarten.

⁷⁸⁹ Durch die vom EuGH gestützte Rechtspraxis, strafrechtliche Rechtsangleichung teilweise unter Heranziehung des EGV zu betreiben, kommen diese Verfahrensregeln aber schon jetzt zur Anwendung.

⁷⁹⁰ Zu den Einschränkungen siehe sogleich.

⁷⁹¹ *Zeder*, öAnwBl 2008, 265, spricht bezüglich der durch den VvL neuen horizontalen strafrechtlichen Kompetenzverteilung davon, dass „die Karten völlig neu gemischt sein“ werden. Der intergouvernementale Charakter geht somit sämtlichen strafrechtlichen Harmonisierungsnormen verloren (siehe dazu *Calliess*, ZEuS 2008, 36).

⁷⁹² Die Rechtsaktform des RBe verschwindet dabei zugunsten jener der RL (siehe Art 82 Abs 2 und Art 83 Abs 1 und 2 AEUV).

⁷⁹³ Vgl dazu *Kainer*, Der Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts 299.

⁷⁹⁴ Bezüglich bereits bestehender Rechtsakte der dritten Säule gibt es jedoch einen Übergangszeitraum von bis zu fünf Jahren (Protokoll Nr 36 [ABl C 306/159] Art 10 Abs 1 und 3).

Nichtsdestotrotz erhält der EuGH gemäß Art 276 AEUV (weiterhin) keine Befugnis „für die Überprüfung der Gültigkeit oder Verhältnismäßigkeit von Maßnahmen der Polizei oder anderer Strafverfolgungsbehörden eines Mitgliedstaats oder der Wahrnehmung der Zuständigkeiten der Mitgliedstaaten für die Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung und den Schutz der inneren Sicherheit.“⁷⁹⁵

Im Unterschied zur grundsätzlichen Regelung im AEUV (siehe Art 289 Abs 1 leg cit) ist es, in modifizierter Fortsetzung zum Art 34 Abs 2 S 2 EUV, jedoch möglich, dass neben der Kom auch ein Viertel der MS (Art 76 AEUV) einen Vorschlag zum Erlass eines Rechtsakts einbringt: Ein Kompromiss zwischen dem Schutz der „Arbeitskraft der Organe vor unabgesprochenen Einzelinitiativen“ auf der einen Seite und den Souveränitätsinteressen der MS auf der anderen.⁷⁹⁶

1. Notbremse

Als wohl größter „Schutz“ für das nationale Strafrecht⁷⁹⁷ sowie als klare Beeinträchtigung des Prinzips der qualifizierten Mehrheit könnten sich jedoch die als „Notbremse“⁷⁹⁸ bezeichneten Bestimmungen (**Art 82 Abs 3 und Art 83 Abs 3 AEUV**) erweisen:

„Ist ein Mitglied des Rates der Auffassung, dass ein Entwurf einer Richtlinie nach Absatz 2 [des Art 82 bzw 83 AEUV] grundlegende Aspekte seiner Strafrechtsordnung berühren würde, so kann es beantragen, dass der Europäische Rat befasst wird. In diesem Fall wird das ordentliche Gesetzgebungsverfahren ausgesetzt. Nach einer Aussprache verweist der Europäische Rat im Falle eines Einvernehmens den Entwurf binnen vier Monaten nach

⁷⁹⁵ Vgl dazu den praktisch gleichlautenden Art 35 Abs 5 EUV.

⁷⁹⁶ Kretschmer in Vedder/Heintschel von Heinegg (Hg), Europäischer Verfassungsvertrag (2007) Art III-264 VVE Rz 2.

⁷⁹⁷ Nicht näher eingegangen wird an dieser Stelle an die durch Protokolle geregelte rechtliche Sonderstellung von Dänemark (Protokoll Nr 22; ABI C 306/187), Irland (Protokoll Nr 21; ABI C 306/185) und dem Vereinigten Königreich (Protokolle Nr 21 und Nr 36 [ABI C 306/159] im Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts. Ob man angesichts dieser Sonderregeln die EU als *einen* Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts bezeichnen kann, muss mE ernsthaft bezweifelt werden. Siehe in diesem Zusammenhang die berechtigte Kritik von Bogensberger, Die EU-Verfassung nimmt das Strafrecht in die Pflicht, JSt 2005, 73 (79), der hinsichtlich der dänischen Position von einem möglichen „legislativen und verwaltungstechnischen Albtraum“ spricht, und Kainer, Der Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts 304.

⁷⁹⁸ Schwarze, EuR (Beiheft 1) 2009, 24.

Aussetzung des Verfahrens an den Rat zurück, wodurch die Aussetzung des ordentlichen Gesetzgebungsverfahrens beendet wird.

Sofern kein Einvernehmen erzielt wird, mindestens neun Mitgliedstaaten aber eine Verstärkte Zusammenarbeit auf der Grundlage des betreffenden Entwurfs einer Richtlinie begründen möchten, teilen diese Mitgliedstaaten dies binnen derselben Frist dem Europäischen Parlament, dem Rat und der Kommission mit. In diesem Fall gilt die Ermächtigung zu einer Verstärkten Zusammenarbeit nach Artikel 20 Absatz 2 des Vertrags über die Europäische Union und Artikel 329 Absatz 1 dieses Vertrags als erteilt, und die Bestimmungen über die Verstärkte Zusammenarbeit finden Anwendung.“

Angesichts des wohl kaum justiziablen⁷⁹⁹ Tatbestandsmerkmals „*grundlegende Aspekte seiner Strafrechtsordnung*“⁸⁰⁰ ist mE zu erwarten, dass de facto den MS ein Vetorecht bei strafrechtlichen Harmonisierungsmaßnahmen bleibt und die einzige tatsächliche Neuerung in der im Vergleich zu Art 40 ff EUV erleichterten verstärkten Zusammenarbeit besteht.

Dass durch den VvL strafrechtliche Rechtsangleichung innerhalb der gesamten EU leichter vonstatten gehen wird, muss somit ernsthaft bezweifelt werden: Sollte ein MS einer ohne ihn zustande gekommenen strafrechtlichen Harmonisierungsbestimmung gegenüberstehen, wird er wohl kaum zögern, sich iSv Art 82 Abs 3 bzw Art 83 Abs 3 AEUV auf „*grundlegende Aspekte seiner Strafrechtsordnung*“ zu berufen, um die geplante Maßnahme zu verhindern. Die Folge, dass der EuGH der Ansicht des MS in einem Vertragsverletzungsverfahren (sollte dieses überhaupt initiiert werden) widersprechen und ihn dementsprechend verurteilen wird, muss wohl als eher gering eingestuft werden.

⁷⁹⁹ Kretschmer, Art III-270 VVE Rz 34.

⁸⁰⁰ Calliess, ZEuS 2008, 37, nennt als Beispiele hierfür den Schuld- und Bestimmtheitsgrundsatz und das Milderungsgebot.

2. Leitlinienkompetenz des Europäischen Rates

Eine Besonderheit von Titel V AEUV besteht darin, dass dem Europäischen Rat, der durch den VvL zu einem Organ der EU wird (siehe Art 235 f AEUV), ausdrücklich eine Leitlinienkompetenz zuerkannt wird (**Art 68 AEUV**):

„Der Europäische Rat legt die strategischen Leitlinien für die gesetzgeberische und operative Programmplanung im Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts fest.“

Er wird somit zum maßgeblichen Faktor bei der Festlegung der Kriminalpolitik.⁸⁰¹ Durch diese „Reminiszenz an die intergouvernementale Zusammenarbeit“⁸⁰² scheint es so, als ob bei strafrechtlichen Harmonisierungsmaßnahmen die im Rahmen des VvL gestärkte Rolle der Kom relativiert wird: Diese wird sich an den primärrechtlich abgesicherten Vorgaben des Europäischen Rates orientieren müssen, da sie selbst bei der Rechtssetzung auf den Rat angewiesen ist, der kaum der Ansicht des Europäischen Rates widersprechen wird.⁸⁰³

⁸⁰¹ Bogensberger, JSt 2005, 76.

⁸⁰² Kretschmer, in Vedder/Heintschel von Heinegg (Hg), Europäischer Verfassungsvertrag (2007) Art III-258 VVE Rz 1. Siehe auch Kainer, Der Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts 302.

⁸⁰³ So zu Recht Kretschmer, Art III-258 VVE Rz 4.

B. Rechtsangleichung im Bereich des materiellen Strafrechts

Als Nachfolgeregelung von Art 31 Abs 1 lit e EUV kann der folgendermaßen lautende **Art 83 Abs 1 AEUV** angesehen werden:

„Das Europäische Parlament und der Rat können gemäß dem ordentlichen Gesetzgebungsverfahren durch Richtlinien Mindestvorschriften zur Festlegung von Straftaten und Strafen in Bereichen besonders schwerer Kriminalität festlegen, die aufgrund der Art oder der Auswirkungen der Straftaten oder aufgrund einer besonderen Notwendigkeit, sie auf einer gemeinsamen Grundlage zu bekämpfen, eine grenzüberschreitende Dimension haben.

Derartige Kriminalitätsbereiche sind: Terrorismus, Menschenhandel und sexuelle Ausbeutung von Frauen und Kindern, illegaler Drogenhandel, illegaler Waffenhandel, Geldwäsche, Korruption, Fälschung von Zahlungsmitteln, Computerkriminalität und organisierte Kriminalität.

Je nach Entwicklung der Kriminalität kann der Rat einen Beschluss erlassen, in dem andere Kriminalitätsbereiche bestimmt werden, die die Kriterien dieses Absatzes erfüllen. Er beschließt einstimmig nach Zustimmung des Europäischen Parlaments.“

Ein Vergleich dieser Bestimmung mit der derzeitigen Rechtslage lässt mE den Schluss zu, dass es mit Inkrafttreten des VvL eine Einschränkung der Harmonisierungskompetenz im Bereich des materiellen Strafrechts geben wird (sofern der Wortlaut des Art 83 Abs 1 AEUV ernst genommen wird).⁸⁰⁴

Durch das Tatbestandskriterium „in Bereichen besonders schwerer Kriminalität“ wird im Gegensatz zur derzeitigen, sich hinsichtlich der Normenklarheit als unglücklich erweisenden Rechtslage in der dritten Säule klargestellt, dass nicht in allen Kriminalitätsbereichen (vgl. Art 29 Abs 2 EUV: „Verhütung und Bekämpfung der – organisierten und nichtorganisierten – Kriminalität“)⁸⁰⁵ strafrechtliche Rechtsangleichungsmaßnahmen möglich sind.⁸⁰⁶ Auch wenn die konkrete Reichweite dessen, was man sich unter „besonders schwerer Kriminalität“

⁸⁰⁴ So auch *Bogensberger*, JSt 2005, 78. Krit bezüglich dieser Ansicht hingegen *Weigend*, ZStW 2004, 283 ff.

⁸⁰⁵ Hervorhebung durch den Verfasser.

⁸⁰⁶ Insofern ist die Einschätzung von *Calliess*, ZEuS 2008, 35 („eindeutige vertragliche Festschreibung dieser bislang bereits praktizierten weiten Auslegung“) nicht ganz richtig.

vorstellen kann, sicherlich auch weiterhin zu unterschiedlichen Ansichten führt: Bestimmungen, die sich auf den einfachen Ladendiebstahl beziehen, wird man schwerlich auf Art 83 Abs 1 AEUV stützen können.

Zu einer Beschneidung der materiellen strafrechtlichen Harmonisierungsbefugnis nach dieser Kompetenzgrundlage wird es auch durch die Aufzählung bestimmter Kriminalitätsbereiche kommen:⁸⁰⁷ Durch den Begriff „*derartige*“ wird zwar der Eindruck erweckt, dass die Nennung dieser Strafrechtsbereiche lediglich demonstrativen Charakter hat. Ein Blick auf Art 83 Abs 1 UAbs 3 AEUV macht aber mE deutlich, dass die in UAbs 2 leg cit angeführten Strafrechtsbereiche von taxativer Natur sind. Sollen „*andere Kriminalitätsbereiche...die die Kriterien dieses Absatzes [Abs 1 des Art 83 AEUV] erfüllen*“, nach dieser Kompetenzgrundlage einer Rechtsangleichung zugefügt werden, ist erst ein einstimmiger Beschluss des Rates und die Zustimmung des EP notwendig. Dies kann als klare Einschränkung der bisherigen, im Rahmen der dritten Säule erfolgenden Rechtsangleichung im Bereich des materiellen Strafrechts angesehen werden. Nur wenn das EP zustimmt⁸⁰⁸ (vgl dazu das bloße *Anhörungsrecht* des EP bei der PJZS), sind strafrechtliche Harmonisierungsmaßnahmen nach Art 83 Abs 1 AEUV auch in Kriminalitätsfeldern denkbar, die bisher noch nicht in dieser Bestimmung angeführt sind.

Dass das Merkmal der „*grenzüberschreitende[n] Dimension*“ im Zeitalter der (auch strafrechtlichen) Globalisierung tatbestandseinschränkend wirken kann, muss aber bezweifelt werden.⁸⁰⁹

Vergegenwärtigt man sich jedoch auch, dass nach Art 83 Abs 3 AEUV einem MS ein Vetorecht zukommt („*wenn grundlegende Aspekte seiner Strafrechtsordnung berührt*“ werden würden), muss man im Ergebnis Folgendes festgehalten: Bei Inkrafttreten des VvL erfährt die Rechtsangleichungskompetenz im Bereich des materiellen Strafrechts nach Art 83 Abs 1 AEUV eine Einschränkung, vergleicht man dazu die diesbezüglichen Befugnisse in der dritten Säule.

Diese Einschätzung wird aber durch *die* (zumindest textliche) Neuerung in der strafrechtlichen Rechtsangleichung der EU relativiert: Durch den in weiterer Folge

⁸⁰⁷ Vgl in diesem Zusammenhang Kretschmer, Art III-271 VVE Rz 5.

⁸⁰⁸ Dieses Kriterium mag zwar die demokratische Legitimierung von strafrechtlichen Rechtsangleichungsmaßnahmen erhöhen (in der dritten Säule gibt es bekanntlich derzeit nur ein Anhörungsrecht des EP; vgl zur Relativierung des Demokratiedefizits weiter oben), den Erlass dieser Vorschriften wird es wohl schwerlich erleichtern.

⁸⁰⁹ Siehe auch Weigend, ZStW 2004, 283 („keine ernsthafte Hürde“). Kretschmer, Art III-271 VVE Rz 4, konstatiert diesem Kriterium „dennoch engagierter zu sein als jenes“ der Erforderlichkeit (Art 29 Abs 2 EUV).

darzustellenden Art 83 Abs 2 AEUV. Zuvor soll jedoch auf Art 82 Abs 2 AEUV, der zur strafverfahrensrechtlichen Harmonisierung genützt werden könnte, eingegangen werden.

C. Rechtsangleichung im Bereich des Strafverfahrensrechts

Als Nachfolgeregelung des Art 31 Abs 1 lit c EUV kann **Art 82 Abs 2 AEUV** angesehen werden, der folgendermaßen lautet:

„Soweit dies zur Erleichterung der gegenseitigen Anerkennung gerichtlicher Urteile und Entscheidungen und der polizeilichen und justiziellen Zusammenarbeit in Strafsachen mit grenzüberschreitender Dimension erforderlich ist, können das Europäische Parlament und der Rat gemäß dem ordentlichen Gesetzgebungsverfahren durch Richtlinien Mindestvorschriften festlegen. Bei diesen Mindestvorschriften werden die Unterschiede zwischen den Rechtsordnungen und -traditionen der Mitgliedstaaten berücksichtigt.

Die Vorschriften betreffen Folgendes:

- a) die Zulässigkeit von Beweismitteln auf gegenseitiger Basis zwischen den Mitgliedstaaten;*
- b) die Rechte des Einzelnen im Strafverfahren;*
- c) die Rechte der Opfer von Straftaten;*
- d) sonstige spezifische Aspekte des Strafverfahrens, die zuvor vom Rat durch Beschluss bestimmt worden sind; dieser Beschluss wird vom Rat einstimmig nach Zustimmung des Europäischen Parlaments erlassen.*

Der Erlass von Mindestvorschriften nach diesem Absatz hindert die Mitgliedstaaten nicht daran, ein höheres Schutzniveau für den Einzelnen beizubehalten oder einzuführen.“

Was auf den ersten Blick als – verglichen mit Art 31 Abs 1 lit c EUV - Erweiterung der strafrechtlichen Harmonisierungskompetenz im Verfahrensrecht erscheinen mag, erfährt bei genauerem Hinsehen eine Relativierung:⁸¹⁰ Ist der durch die Klammer der Erforderlichkeit hergestellte notwendige Zusammenhang mit *„der gegenseitigen Anerkennung gerichtlicher Urteile und Entscheidungen und der polizeilichen und justiziellen Zusammenarbeit in*

⁸¹⁰ Wenn in Art 82 Abs 1 AEUV (siehe im Vergleich dazu Art 29 Abs 2 SS 3 EUV: „Annäherung“) in der dt Fassung von einer *„Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten“* (Hervorhebung durch den Verfasser) die Rede ist (Bogensberger, JSt 2005, 77), können sich daran mE keine inhaltlichen Konsequenzen knüpfen.

*Strafsachen*⁸¹¹ mit *grenzüberschreitender Dimension*⁸¹² (Art 82 Abs 2 UAbs 1 S 1 AEUV) kein echtes Hindernis für die Inanspruchnahme dieser Kompetenzvorschrift, wird deren tatbestandsmäßige Einschränkung durch Art 82 Abs 2 UAbs 2 lit a bis d leg cit deutlich. So kommt das ordentliche Gesetzgebungsverfahren (vorerst) lediglich bezüglich jener Aspekte zur Anwendung, die in den Buchstaben a bis c leg cit aufgeführt sind. Nur durch einen einstimmigen Be des Rates mit Zustimmung des EP⁸¹³ (lit d leg cit) kann der von der strafverfahrensrechtlichen Rechtsangleichungskompetenz abgedeckte Bereich erweitert werden.

Da überdies das unzweifelhaft erleichterte Zustandekommen von RL hinsichtlich der Buchstaben a bis c leg cit durch die Vetomöglichkeit eines MS (wenn „*grundlegende Aspekte seiner Strafrechtsordnung*“ betroffenen sind) nach Art 82 Abs 3 AEUV⁸¹⁴ in seiner Bedeutung geschmälert wird, sind ernsthafte Zweifel angebracht, ob Art 82 Abs 2 AEUV tatsächlich den Erlass von strafverfahrensrechtlichen Harmonisierungsmaßnahmen erleichtert.⁸¹⁵

Vergegenwärtigt man sich diese Tatbestandsvoraussetzungen, wird klar, dass der Inhalt der für diese Arbeit zentralen VDS-RL, bei der vom Autor vertretenen Ansicht, auch nach einem Inkrafttreten des VvL nur durch Einstimmigkeit im Rat hätte zustande kommen können. Durch das Zustimmungserfordernis des EP wäre – im Vergleich zur Rechtslage nach Art 29 ff EUV - die Rechtssetzung hier sogar erschwert möglich gewesen.

⁸¹¹ „[D]ie dienende Funktion der unionsrechtlichen Strafverfahrenskompetenz“ (Kainer, Der Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts 294 Fn 50), findet sich auch in Art 31 Abs 1 lit c EUV wieder („soweit dies zur Verbesserung dieser Zusammenarbeit erforderlich ist“).

⁸¹² Bogensberger, JSt 2005, 78, sieht in diesem Erfordernis einen Anachronismus zum Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts.

⁸¹³ Wie schon bezüglich der Ausführungen zu Art 83 Abs 1 AEUV erwähnt, wird dieses Kriterium schwerlich den Erlass von strafrechtlichen Rechtsgleichungsmaßnahmen (auch nach Art 82 Abs 2 AEUV) erleichtern.

Das Zustimmungserfordernis des EP lässt die Einschätzung von Kretschmer, Art III-270 VVE Rz 33, wonach die lit d leg cit „als Reminiszenz an die intergouvernementale Zusammenarbeit“ anzusehen ist, nicht ganz richtig erscheinen.

⁸¹⁴ Siehe dazu auch den bereits angeführten Art 83 Abs 3 AEUV.

⁸¹⁵ Vgl in diesem Zusammenhang Bogensberger, JSt 2005, 78.

D. Strafrechtliche Annexkompetenz

Ein Novum im Primärrecht der EU/EG ist **Art 83 Abs 2 AEUV**, der folgendermaßen lautet:

„Erweist sich die Angleichung der strafrechtlichen Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten als unerlässlich für die wirksame Durchführung der Politik der Union auf einem Gebiet, auf dem Harmonisierungsmaßnahmen erfolgt sind, so können durch Richtlinien Mindestvorschriften für die Festlegung von Straftaten und Strafen auf dem betreffenden Gebiet festgelegt werden. Diese Richtlinien werden unbeschadet des Artikels 76 [AEUV] gemäß dem gleichen ordentlichen oder besonderen Gesetzgebungsverfahren wie die betreffenden Harmonisierungsmaßnahmen erlassen.“

Die Vergleichbarkeit dieser Bestimmung mit der strafrechtlichen Annexkompetenz, die der EuGH in seinen für das Strafrecht der EU/EG wegweisenden Entscheidungen (Rs „Umweltstrafrecht“ und „Meeresverschmutzung“) entwickelte, ist unschwer zu erkennen: So bestätigte der Gerichtshof (hinsichtlich des Umweltschutzes) die Befugnis des „Gemeinschaftsgesetzgeber[s]...Maßnahmen in Bezug auf das Strafrecht der Mitgliedstaaten zu ergreifen, die seiner Meinung nach erforderlich sind, um die volle Wirksamkeit der von ihm zum Schutz der Umwelt erlassenen Rechtsnormen zu gewährleisten, wenn die Anwendung wirksamer, verhältnismäßiger und abschreckender Sanktionen durch die zuständigen nationalen Behörden eine zur Bekämpfung schwerer Beeinträchtigungen der Umwelt *unerlässliche* Maßnahme darstellt.“⁸¹⁶

Diese Rsp erscheint somit als Vorwegnahme der strafrechtlichen Neuordnung durch den VvL bzw den VVE⁸¹⁷. Angesichts der negativen Referenden in Frankreich und den Niederlanden

⁸¹⁶ Rs C-176/03 („Umweltstrafrecht“) Rn 48 (Hervorhebung durch den Verfasser). Siehe auch Rs C-440/05 („Meeresverschmutzung“) Rn 66.

Vgl in diesem Zusammenhang auch ErlRV417 BlgNR XXXIII. GP 130 Abs 3: „Mit ihr [Art 83 Abs 2 AEUV] erhält die rezente Judikatur des Gerichtshofs zur Zuständigkeit der Europäischen Gemeinschaft, strafrechtliche Vorschriften zu erlassen, um die volle Wirksamkeit von Gemeinschaftsrechtsnormen zu gewährleisten, eine primärrechtliche Verankerung (vgl. C-176/03...und...C-440/05...)“.

⁸¹⁷ Bereits im VVE war in Art III-271 Abs 2 leg cit eine praktisch idente Bestimmung vorgesehen.

zum VVE wäre aber eine bewusste⁸¹⁸ Vorwegnahme der dort vorgesehenen strafrechtlichen Änderungen bedenklich gewesen.⁸¹⁹

Da nach Art 83 Abs 2 AEUV „*Mindestvorschriften für die Festlegung von Straftaten und Strafen auf dem betreffenden Gebiet festgelegt werden können*“⁸²⁰, ist mE zu erwarten, dass eine Rechtsangleichung über die in der Rs „Meeresverschmutzung“ vorgenommene Einschränkung⁸²¹ hinaus möglich sein wird. Sofern es, wie in Art 83 Abs 2 AEUV vorgesehen („*Mindestvorschriften*“), zu keiner Totalangleichung der Sanktionen kommt, kann selbst über deren *Art und Maß*⁸²² verfügt werden.

Auch die sich aus den Rs „Umweltstrafrecht“ und „Meeresverschmutzung“ ergebende Einschränkung auf *schwere* Beeinträchtigungen eines Gemeinschaftsziels, welche erst eine strafrechtliche Harmonisierung im Rahmen der ersten Säule ermöglicht, findet sich im Text des Art 83 Abs 2 AEUV nicht wieder.

Ebenso eine Abweichung zur durch den Gerichtshof bestätigten Rechtspraxis bringt die Formulierung „*unbeschadet des Artikels 76 [AEUV]*“ in Art 83 Abs 2 S 2 leg cit: Kommt nach derzeitiger Rechtslage der Kom im Rahmen des EGV das Initiativmonopol zu, so teilt sie sich das Vorschlagsrecht nach Art 76 AEUV mit einem Viertel der MS. Erst durch das Inkrafttreten des VvL (wenn die auf die Rs „Umweltstrafrecht“ und „Meeresverschmutzung“ gestützte Rechtspraxis bis dahin beibehalten werden sollte) können die MS von sich aus jene strafrechtlichen Initiativen setzen, welche momentan der Kom alleine zustehen.⁸²³

Zur gebührenden Berücksichtigung der mitgliedstaatlichen Kompetenzen werden die Prinzipien der Subsidiarität und Verhältnismäßigkeit (Art 5 AEUV)⁸²⁴ herangezogen werden können. Angesichts des bisherigen Umgangs der Unionsorgane mit den Vorgaben des Art 5 Abs 2 und 3 EGV ist es mE jedoch mehr als zweifelhaft, ob diese Grundsätze

⁸¹⁸ Ob der EuGH in seine Argumentation in den Rs „Umweltstrafrecht“ und „Meeresverschmutzung“ die strafrechtliche Annexkompetenz des Art III-271 Abs 2 VVE miteinfließen ließ, ist nicht ersichtlich.

⁸¹⁹ So auch zu Recht die Kritik von *Daves/Lynskey*, CMLR 2008, 156 f. Vgl in diesem Zusammenhang auch *Streinz*, *Schleichende oder offene Europäisierung des Strafrechts?* 1031.

⁸²⁰ Hervorhebung durch den Verfasser.

⁸²¹ „Die Bestimmung von Art und Maß der anzuwendenden strafrechtlichen Sanktionen fällt...nicht in die Zuständigkeit der Gemeinschaft“ (Rs Meeresverschmutzung Rn 70).

⁸²² So könnte zB festgelegt werden, dass die MS zur Ahndung eines konkreten Delikts (in Fortführung der derzeitigen Praxis bei RBe) eine bestimmte Mindesthöchstfreiheitsstrafe androhen müssen.

⁸²³ Vgl hierfür *Kretschmer*, Art III-271 VVE Rz 18.

⁸²⁴ Siehe dazu und im Speziellen zum SP-Protokoll zF, welches den nationalen Parlamenten unter Umständen suspensive Vetorechte sowie Klagemöglichkeiten zur Wahrung des SP einräumt, die Ausführungen in Kap II) C.) 2.).

tatsächlich der strafrechtlichen Annexkompetenz der EU nach Art 83 Abs 2 AEUV Grenzen setzen werden.⁸²⁵

Vergleicht man die Beschränkung auf Bereiche „*besonders schwerer Kriminalität*“ in Art 83 Abs 1 AEUV mit dem Wortlaut des Abs 2 leg cit, so fällt auf, dass solch ein die strafrechtliche Kompetenz der EU beschneidendes Kriterium in letztgenannter Vorschrift fehlt: Dies könnte dazu führen, dass eine Rechtsangleichung nach Art 83 Abs 2 AEUV leichter vonstatten gehen wird als jene aufgrund von Abs 1 leg cit.⁸²⁶

Aufgrund der zahlreichen Rechtsgebiete, auf denen die EU/EG schon harmonisierend tätig geworden ist, steht zu erwarten, dass die strafrechtliche Annexbefugnis dementsprechend vielfältig eingesetzt werden wird.⁸²⁷ Es liegt somit wohl vor allem am EuGH, ob dem Kriterium der *Unerlässlichkeit* (Art 83 Abs 2 AEUV) bzw den damit korrespondierenden Grundsätzen der Subsidiarität und Verhältnismäßigkeit Bedeutung zukommen wird.

Indem die nach Art 83 Abs 2 AEUV erlassenen RL nach grundsätzlich⁸²⁸ „*dem gleichen ordentlichen oder besonderen Gesetzgebungsverfahren wie die betreffenden Harmonisierungsmaßnahmen erlassen werden*“, erfährt die Begrenzung auf Felder „*besonders schwerer Kriminalität*“ (Abs 1 UAbs 1 leg cit) bzw die taxative Aufzählung (Abs 1 UAbs 2 leg cit) eine Relativierung: So ist es durchaus denkbar, dass Vorschriften des Wirtschaftsstrafrechts, die die organisierte, und somit auch *besonders schwere Kriminalität* betreffen, im Zusammenhang mit einer aufgrund von Art 95 EGV erlassenen Rechtsmaterie stehen und damit auch deren rechtliches Schicksal teilen.

Ein Be des Rates und die Zustimmung des EP, wonach das ordentliche Gesetzgebungsverfahren auch auf diesen Rechtsbereich Anwendung findet (Art 83 Abs 1 UAbs 3 AEUV), ist dann weder notwendig noch zulässig: Nach dem im AEUV (Art 5 Abs 1 und 2 leg cit) fortlebenden Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung und der diesbezüglichen Rsp des EuGH ist es, wie bereits erwähnt, notwendig, stets *die* richtige Rechtsgrundlage für einen konkreten Rechtsakt zu bestimmen. Ist Art 83 Abs 2 AEUV anwendbar, ist die (alternative) Heranziehung von Abs 1 leg cit unzulässig.⁸²⁹

⁸²⁵ Zweifelnd hinsichtlich einer möglichen allgemeinen Annäherung strafrechtlicher Sanktionen jedoch *Calliess*, ZEuS 2008, 36 und *Kretschmer*, Art III-271 VVE Rz 20.

⁸²⁶ IdS offenbar *Bogensberger*, JSt 2005, 79 und *Weigend*, ZStW 2004, 284.

⁸²⁷ So spricht *Kretschmer*, Art III-271 VVE Rz 20, davon, dass diese „unscheinbare Vorschrift...ein ungeheuer usurpierendes Potential [besitzt].“

⁸²⁸ „[U]nbeschadet des Artikels 76 [AEUV].“

⁸²⁹ Die Diagnose von *Kretschmer*, Art III-271 VVE Rz 21, wonach „[d]iese Gesetzgebung mit qualifizierter Mehrheit...geeignet [scheint], das Einstimmigkeitserfordernis für unbestimmte Kriminalitätsbereiche nach

Da die strafrechtliche Annexkompetenz prinzipiell⁸³⁰ das Verfahren jener Unionspolitik, der sie dienen soll, teilt, kann dies darüber hinaus zur Folge haben, dass Art 82 Abs 2 AEUV ohne Zustimmungserfordernis des EP herangezogen wird. Auch wenn das von vielen (an sich zu Recht) konstatierte Demokratiedefizit der EU/EG mE relativiert werden muss⁸³¹, wäre die Festschreibung eines allgemeinen Zustimmungsrechts des EP, gerade im strafrechtlichen Bereich (*nulla poena sine lege*), sicherlich wünschenswert gewesen.⁸³²

[Art 83 Abs 1 UAbs 1 AEUV] auszuhöhlen...[und] den expansiven Keim gewissermaßen in sich [trägt]“, ist zutreffend.

⁸³⁰ „[U]nbeschadet des Artikels 76 [AEUV]“.

⁸³¹ Siehe dazu Kap V) A.) 5.) f.) ix.).

⁸³² Vgl die Bedenken von *Kretschmer*, Art III-271 VVE Rz 17.

VII Zusammenfassung und Ausblick

A. Status quo

Die vorliegende Untersuchung hat gezeigt, dass die Wahl, besser gesagt, die Bestimmung der *richtigen* Rechtsgrundlage für strafrechtliche Harmonisierungsmaßnahmen der EU/EG eine sich aus dem Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung ergebende Notwendigkeit darstellt. Da die EU/EG keine Kompetenz-Kompetenz besitzt, nichtsdestotrotz als Rechtsgemeinschaft der Rechtsstaatlichkeit verpflichtet ist, darf sie nur „*innerhalb der Grenzen der ihr...zugewiesenen Befugnisse und gesetzten Ziele tätig*“ werden (Art 5 Abs 1 EGV [iVm Art 2 Abs 2 EUV]). Dass für diese Bestimmung „objektive, gerichtlich nachprüfbare Umstände“ zu beachten sind, „[z]u [denen] insbesondere das Ziel und der Inhalt des Rechtsakts [gehören]“⁸³³, ist auch und gerade für das Strafrecht von Bedeutung, einer Rechtmaterie, die Bestandteil des Kernbereichs staatlicher Souveränität ist.

Art 5 EGV (iVm Art 2 Abs 2 EUV) verlangt aber auch, dass die EU/EG die ihr nicht ausschließlich zustehenden Befugnisse, somit auch jene der strafrechtlichen Rechtsangleichung, nur dann ausübt, wenn dies im Sinne des SP (Art 5 Abs 2 EGV) gerechtfertigt erscheint, und fordert überdies die Einhaltung des VP, welches Maßnahmen nach den Vorgaben des Abs 3 *leg cit* auf das unbedingt erforderliche Ausmaß begrenzt.

Vergegenwärtigt man sich den Wortlaut von unterschiedlichen Kompetenzbestimmungen des EGV (Art 80 Abs 2 iVm Art 71, Art 175 Abs 1 iVm Art 174, Art 94 ff, Art 308 *leg cit*) und seine durch die Lehre von den *implied powers* gerechtfertigte Erweiterung, kommt man zum Schluss, dass strafrechtliche Harmonisierungsvorschriften durchaus im Rahmen der ersten Säule erlassen werden könnten.

Eine Bestätigung dieser Ansicht ergibt sich aus der (prinzipiell) auf den strafrechtlichen Umweltschutz bezogenen, mE aber verallgemeinerungsfähigen Rsp in den Rs „Umweltstrafrecht“⁸³⁴ und „Meeresverschmutzung“⁸³⁵: Sofern die „Anwendung

⁸³³ Rs C-300/89 („Titandioxid“) Rn 10.

⁸³⁴ Rs C-176/03 Rn 48.

⁸³⁵ Rs C-440/05 Rn 66.

wirksamer, verhältnismäßiger und abschreckender Sanktionen durch die zuständigen Behörden...eine unerlässliche Maßnahme darstellt“, gravierende Beeinträchtigungen eines Gemeinschaftsziels zu bekämpfen, ist die EU/EG befugt, auch strafrechtliche Rechtsangleichungsmaßnahmen, gestützt auf die einschlägige Spezial- oder Generalermächtigungsnorm des Gemeinschaftsrechts, zu erlassen.

Mit Hinweis auf Art 47 EUV⁸³⁶, der den gemeinschaftlichen Besitzstand (*acquis communautaire*) schützt und verlangt, dass bei einer vorhandenen Gemeinschaftsbefugnis für eine in Aussicht genommene Maßnahme diese auch heranzuziehen und nicht auf den EUV zurückzugreifen ist⁸³⁷, verbat der Gerichtshof ein alternatives strafrechtliches Vorgehen im Rahmen der dritten Säule.

Mit solch einer Interpretation wird aber neben dem erkennbaren historischen Willen der MS, die als *Herren der Verträge* dem Strafrecht eine besonderen Stellung angedeihen ließen, auch die Systematik des Primärrechts negiert: Durch die mit dem VvM geschaffene und (mit Veränderungen) bis heute bestehende dritte Säule als Teil des EUV wurde ein spezielles Instrumentarium auch für die strafrechtliche Rechtsangleichung eingeführt (Art 29 iVm Art 31 Abs 1 und Art 34 Abs 2 lit b EUV).

Solange das Strafrecht nicht (im Wege von Art 42 EUV oder einer Vertragsrevision) aus dem intergouvernementalen Bereich der dritten Säule herausgelöst wird, können mE nur die Bestimmungen der Art 29 ff EUV Rechtsgrundlagen für strafrechtliche Harmonisierungsmaßnahmen darstellen.

In der für die vorliegende Arbeit zentralen, aktuellen⁸³⁸ Rs „VDS“ muss der EuGH seine in den Rs „Umweltstrafrecht“ und „Meeresverschmutzung“ angeführten Erwägungen bezüglich einer strafrechtlichen Anweisungskompetenz der EU/EG im Rahmen der ersten Säule erst gar nicht wiederholen: Indem er in einer das eigentliche Telos der VDS-RL außer Acht lassenden Art und Weise versucht, die Unterschiede zwischen der Rs „VDS“ auf der einen sowie den verb Rs „Fluggastdaten“ auf der anderen Seite herauszustellen, kommt er zu dem Schluss, dass die VDS-RL „keine Regelung der Handlungen staatlicher Stellen zu Strafverfolgungszwecken [enthält]“⁸³⁹.

⁸³⁶ Rs „Umweltstrafrecht“ Rn 53 und „Meeresverschmutzung“ Rn 74.

⁸³⁷ Dass Art 47 EUV den *acquis communautaire* prinzipiell in umfassender Art und Weise schützt, wurde in Kap V) A.) f.) vi.) dargelegt und wird vom Autor auch nicht angezweifelt.

⁸³⁸ Das Urteil wurde am 10.02.2009 gefällt.

⁸³⁹ Rs C-301/06 Rn 91.

Abgesehen davon, dass im konkreten Fall, unter Zugrundelegung der sog. Schwerpunkttheorie, Art 95 EGV gar nicht anwendbar gewesen wäre und unter Berücksichtigung der Tatsache, dass im Zusammenhang mit der Materie der VDS-RL kein *acquis communautaire* geschaffen wurde, wodurch die Stützung des Inhalts der RL auf die dritte Säule keinen Verstoß gegen Art 47 EUV bedeutet hätte: Da die VDS-RL primär strafrechtlichen Charakter hat und die Terrorbekämpfung im Vordergrund steht, verbieten historische und systematische Argumente ihre Abstützung auf den EGV und verlangen stattdessen eine Heranziehung des Art 31 Abs 1 lit c EUV.

B. Zukunft

Für die Zukunft (unabhängig davon, ob der VvL mit seinen Änderungen bezüglich der strafrechtlichen Harmonisierung in Kraft tritt) bleibt zu hoffen, dass der EuGH sich bei seiner auf dem *effet utile*-Gedanken basierenden Interpretation des Primärrechts, die prinzipiell zu befürworten ist, auch wieder jener Grenzen bewusst wird, welche dieser teleologischen Methode gesetzt werden müssen: Bei der strafrechtlichen Rechtsangleichung sind diese, wie bereits erwähnt, historischer und systematischer Natur.

1. Fortbestehen der Säulenstruktur

Sollte die EU/EG beabsichtigen, nationale Strafrechtsbestimmungen zu harmonisieren, egal um sie nun verfahrens- oder materiellrechtlichen Charakter aufweisen, ist eine Heranziehung der Art 29 ff EUV unumgänglich. Dass die Vorschriften der dritten Säule zur Angleichung der verschiedensten Kriminalitätsfelder verwendet werden können, wurde mit systematischen Argumenten verdeutlicht.

Darüber hinaus bietet die *Passarelle*-Bestimmung des Art 42 EUV die Möglichkeit, unter vereinfachten Bedingungen (einstimmiger Beschluss des Rates auf Initiative der Kommission oder eines MS und nach Anhörung des EP) Kriminalitätsbereiche der dritten Säule zu vergemeinschaften.

Dies könnte schlussendlich auch zu einer verstärkten Einbindung des EP (Art 251 EGV) in das strafrechtliche Gesetzgebungsverfahren führen.

2. VvL

Die Problematik der Bestimmung der richtigen Kompetenzgrundlage wird auch nach einem Inkrafttreten des VvL nicht verschwinden:⁸⁴⁰

So kann es eine große Rolle spielen, ob eine Rechtsangleichungsmaßnahme im Bereich des materiellen Strafrechts auf Art 83 Abs 1 oder Abs 2 AEUV gestützt werden muss, da nach der letztgenannten Vorschrift, der sog Annexkompetenz, andere Quoren bzw Verfahrensregeln gelten können. Scheidet die Heranziehung von Abs 2 leg cit beispielsweise deswegen aus, weil in der einschlägigen Unionspolitik noch keine Harmonisierungsmaßnahme erlassen wurde und gibt es keinen Zusammenhang zu einem in Abs 1 UAbs 2 leg cit angeführten *besonders schweren* Kriminalitätsfeld, bedarf es zunächst eines einstimmigen Be des Rates und der Zustimmung des EP (Abs 1 UAbs 3 leg cit), damit eine Rechtsangleichung erfolgen kann. Handelt es sich bei dem in Aussicht genommenen Kriminalitätsbereich um einen, der als nicht *besonders schwer* einzuordnen ist, so ist der EU eine Harmonisierungsmöglichkeit überhaupt verwehrt.

Und der für die strafverfahrensrechtliche Rechtsangleichung heranzuziehende Art 82 Abs 2 AEUV sieht das ordentliche Gesetzgebungsverfahren lediglich bei den in den Buchstaben a bis c leg cit taxativ aufgezählten Bereichen vor. Lässt sich eine geplante RL nicht darunter subsumieren, so bedarf es erst eines einstimmigen Be des Rates und der Zustimmung des EP (lit d leg cit), damit der Erlass dieser Maßnahme möglich wird.

Es bleibt abzuwarten, ob die Unionsorgane den Vorgaben des Art 5 Abs 1 und 2 AEUV, der im Wesentlichen ident mit Art 5 Abs 1 EGV ist, entsprechen und dem Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung nach Inkrafttreten des VvL bessere Geltung verschaffen werden als dies

⁸⁴⁰ Siehe dazu *Eisele*, JZ 2008, 254; *Kretschmer*, Art III-257 VVE Rz 10 und *Wasmeier/Thwaites*, Eur Law Rev 2004, 633 f.

Vgl aber auch *Suhr*, Art 29 EUV Rz 17 („[a]ktuelle Abgrenzungsfragen, ob eine Kompetenzgrundlage der ersten oder der dritten Säule einschlägig ist...stellen sich dann in dieser Form nicht mehr“) und *Streinz*, Schleichende oder offene Europäisierung des Strafrechts? 1038.

derzeit (siehe die Entscheidungen in den Rs „Umweltstrafrecht“, „Meeresverschmutzung“ und „VDS“) der Fall ist.

VIII Abkürzungsverzeichnis

aA	andere Ansicht
ABl	Amtsblatt
Abs	Absatz
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
Art	Artikel
Be	Beschluss
Blg	Beilagen
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVG	Bundesverfassungsgesetz
bzw	beziehungsweise
dhM	herrschende Meinung in Deutschland
DS-RL	Datenschutzrichtlinie
dStGB	deutsches Strafgesetzbuch
dt	deutsch
dTKG	deutsches Telekommunikationsgesetz
EAG	Europäische Atomgemeinschaft
EAGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Atomgemeinschaft
eDS-RL	Datenschutzrichtlinie für elektronische Kommunikation
EEA	Einheitliche Europäische Akte
EG	Europäische Gemeinschaft
EGKS	Europäische Gemeinschaft für Kohle und Stahl
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
EGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft
Em	Empfehlung

EMRK	Europäische Menschenrechtskonvention
En	Entscheidung
eng	englisch
EP	Europäisches Parlament
ErlRV	Erläuternde Bemerkungen zur Regierungsvorlage
ErwGr	Erwägungsgrund
EU	Europäische Union
EuG	Gericht erster Instanz
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EU-JZG	Bundesgesetz über die justizielle Zusammenarbeit in Strafsachen mit den Mitgliedstaaten der EU
EUV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Union
EVG	Europäische Verteidigungsgemeinschaft
EWG	Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
EWGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft
Fn	Fußnote
frz	französisch
GA	Generalanwalt
GASP	Gemeinsame Außen- und Sicherheitspolitik
gem	gemäß
GK	Große Kammer
GP	Gesetzgebungsperiode
hM	herrschende Meinung
HS	Halbsatz
idF	in der Fassung
idS	in diesem Sinne
ieS	im engeren Sinn
iS	im Sinne
iSd	im Sinne des (der)
IStGH	Ständiger Internationaler Strafgerichtshof

iSv	im Sinne von
it	italienisch
iVm	in Verbindung mit
iwS	im weiteren Sinn
Kap	Kapitel
Kom	Europäische Kommission
leg cit	legis citatae (des zitierten Gesetzes)
lit	litera (Buchstabe)
Lit	Literatur
mE	meines Erachtens
MS	Mitgliedstaaten
mwN	mit weiteren Nachweisen
NR	Nationalrat
Nr	Nummer
PersFrG	Bundesverfassungsgesetz zum Schutz der persönlichen Freiheit
PJZS	Polizeiliche und Justizielle Zusammenarbeit in Strafsachen
RBe	Rahmenbeschluss
RL	Richtlinie
Rn	Randnummer
Rs	Rechtssache
Rsp	Rechtssprechung
Rz	Randzahl
S	Satz
SA	Schlussanträge
SDÜ	Schengener Durchführungsübereinkommen
Slg	Sammlung
sog	sogenannte
SP	Subsidiaritätsprinzip
SPG	Sicherheitspolizeigesetz
SS	Spiegelstrich
St	Stellungnahme
StPO	Strafprozessordnung

str	strittig
TKG	Telekommunikationsgesetz
UAbs	Unterabsatz
uU	unter Umständen
UVS	unabhängige Verwaltungssenate der Länder
VDS	Vorratsdatenspeicherung
verb	verbundene
VfGH	Verfassungsgerichtshof
VO	Verordnung
VP	Verhältnismäßigkeitsprinzip
VvA	Vertrag von Amsterdam
VVE	Vertrag über eine Verfassung für Europa
VvL	Vertrag von Lissabon
VvM	Vertrag von Maastricht
VvN	Vertrag von Nizza
WVK	Wiener Übereinkommen über das Recht der Verträge vom 23.05.1969
Z	Ziffer
zF	zukünftig Fassung
zT	zum Teil
zw	zwischen

IX Entscheidungsregister

EuGH Rs 8/55 (*Fédéchar*) Slg 1956, 00297
EuGH 05.02.1963 Rs 24/62 (*Deutschland/Kom*) Slg 1963, 00143
EuGH 15.07.1964 Rs 6/64 (*Costa/E.N.E.L.*) Slg 1964, 01253
EuGH 13.07.1966 Rs 56 und 58/64 (*Consten/Kom*) Slg 1966, 00321
EuGH 15.07.1970 Rs 41/69 (*Chemiefarma/Kom*) Slg 1970, 00693
EuGH 06.10.1970 Rs 9/70 (*Grad/Finanzamt Traunstein*) Slg 1970, 00825
EuGH 11.07.1974 Rs 8/74 (*Dassonville*) Slg 1974, 00837
EuGH Gutachten 1/76 („Stilllegungsfond Binnenschiffahrt“) Slg 1977, 00741
EuGH 16.12.1976 Rs 33/76 (*Rewe*) Slg 1976, 01989
EuGH 15.12.1976 Rs 41/76 (*Donnerwolcke/Procureur de la République*) Slg 1976, 01921
EuGH 20.02.1979 Rs 120/78 (*Cassis*) Slg 1979, 00649
EuGH 05.04.1979 Rs 148/78 (*Ratti*) Slg 1979, 01629
EuGH 11.11.1980 Rs 203/80 (*Casati*) Slg 1981, 02595
EuGH 05.05.1982 Rs 15/81 (*Gaston Schul*) Slg 1982, 01409
EuGH 23.03.1982 Rs 53/81 (*Levin*) Slg 1982, 01035
EuGH 10.04.1984 Rs 14/83 (*von Colson und Kamann*) Slg 1984, 01891
EuGH verb Rs 281/85 ua (*BRD/Kom*) Slg 1987, 03203
EuGH 11.06.1987 Rs 14/86 (*Pretore di Salò*) Slg 1987, 02545
EuGH 26.03.1987 Rs 45/86 („APS I“) Slg 1987, 01493
EuGH 08.10.1987 Rs 80/86 (*Kolpinghuis Nijmegen*) Slg 1987, 03969
EuGH 02.02.1989 Rs 186/87 (*Ian William Cowan/Tresor public*) Slg 1989, 00195
EuGH 30.05.1989 Rs 242/87 („Erasmus“) Slg 1989, 01425
EuGH 11.07.1989 Rs 265/87 (*Schröder*) Slg 1989, 02237
EuGH 21.09.1989 Rs 68/88 („Griechischer Maisskandal“) Slg 1989, 02965
EuGH 04.10.1991 Rs C-77/88 („Tschernobyl II“) Slg 1991 I-04529
EuGH 13.11.1990 Rs C-106/89 (*Marleasing*) Slg 1990 I-04135
EuGH 11.06.1991 Rs C-300/89 („Titandioxid“) Slg 1991 I-02867
EuGH 25.07.1991 Rs C-76/90 (*Säger/Dennemeyer*) Slg 1991 I-04221
EuGH 27.10.1992 Rs C-240/90 (*Deutschland/Kom*) Slg 1992 I-05383
EuGH 07.07.1992 Rs C-295/90 („Studenten-RL“) Slg 1992 I-04193

EuGH 14.12.1991 Gutachten 1/91 („EWR I“) Slg 1991 I-06079
 EuGH 17.03.1993 Rs C-155/91 (*Kom/Rat*) Slg 1993 I-00939
 EuGH 24.11.1993 verb Rs C-267 und C-268/91 (*Keck*) Slg 1993 I-06097
 VfGH 13.12.1991, G 280 und 281/91 sowie G 325/91
 EuGH 24.03.1994 Rs C-275/92 (*Schindler*) Slg 1994 I-01039
 EuGH 13.07.1995 Rs C-350/92 (*Spanien/Rat*) Slg 1995 I-01985
 EuGH 05.03.1996 verb Rs C-46/93 und C-48/93 (*Brasserie du Pêcheur*) Slg 1996 I-01029
 EuGH 10.05.1995 Rs C-384/93 (*Alpine Investments*) Slg 1995 I-01141
 EuGH 15.11.1994 Gutachten 1/94 („WTO“) Slg 1994 I-05267
 EuGH 28.03.1996 Gutachten 2/94 („EMRK-Beitritt“) Slg 1996 I-01759
 EuGH 12.11.1996 Rs C-84/94 („Arbeitszeit-RL“) Slg 1996 I-05755
 EuGH 13.05.1997 Rs C-233/94 („Einlagensicherungssysteme“) Slg 1997 I-02405
 EGMR (GK) 18.02.1999, 24833/94 (*Matthews/Vereinigtes Königreich*)
 EuGH 12.12.1996 verb Rs C-74/95 und C-129/95 Slg 1996 I-06609
 EuGH 26.09.1996 Rs C-168/95 (*Arcaro*) Slg 1996, I-04705
 EuGH 12.05.1998 Rs C-170/96 („Flughafentransit“) Slg 1998 I-02763
 EuGH 28.01.1999 Rs C-77/97 (*Österreichische Unilever GmbH/Smithkline Beecham Markenartikel GmbH*) Slg 1999 I-00431
 EuGH 16.06.1998 Rs C-226/97 (*Lemmens*) Slg 1998 I-03711
 EuGH 05.10.2000 Rs C-376/98 („Tabakwerbe-RL“) Slg 2000 I-08419
 EuGH 08.03.2001 Rs C-405/98 (*Konsumentenombudsmannen/Gourmet International Products*) Slg 2001 I-01795
 EuGH 20.05.2003 Rs C-465/00 ua („Bezügebegrenzungsgesetz“) Slg 2003 I-04989
 EuG 21.09.2005 Rs T-306/01 (*Yusuf*) Slg 2005 II-03533
 EuGH 06.11.2003 Rs C-101/01 (*Linqvist*) Slg 2003 I- 12971
 EuGH 11.03.2003 Rs C-186/01 (*Dory*) Slg 2003 I-02479
 EuGH 06.11.2003 Rs C-243/01 (*Gambelli*) Slg 2003 I-13031
 EuGH 10.12.2002 Rs C-491/01 (*BAT*) Slg 2002 I-11453
 EuGH 07.01.2004 Rs C-60/02 („Strafverfahren gegen X“) Slg 2004 I-00651
 VfGH vom 27.02.2003, G 37/02 ua und V 42/02
 EuGH 16.06.2005 Rs C-105/03 (*Pupino*) Slg 2005 I-05258
 EuGH 13.09.2005 Rs C-176/03 („Umweltstrafrecht“) Slg 2005 I-07879
 EuGH 12.12.2006 Rs C-380/03 (*Deutschland/EP und Rat*) Slg 2006 I-11573
 EuGH 30.05.2006 verb Rs C-317/04 und C-318/04 („Fluggastdaten“) Slg 2006 I-04721

EuGH 20.05.2008 Rs C-91/05 („Leichte Waffen und Kleinwaffen“) Slg 2008 I-03651

EuGH 03.05.2007 Rs C-303/05 (*Advocaten voor de Wereld VZW/Leden van de Ministerraad*) Slg 2007 I-03633

EuGH 23.10.2007 Rs C-440/05 („Meeresverschmutzung“) Slg 2007 I-09097

EuGH 28.06.2007 Rs C-467/05 (*Dell’Orto*) Slg 2007 I-05557

EuGH 10.02.2009 Rs C-301/06 (*Irland/EP und Rat* [„VDS“]), ABl 2009 C 82/2

X Literaturverzeichnis

- Adam*, Die Wirkung von EU-Rahmenbeschlüssen im mitgliedstaatlichen Recht, EuZW 2005, 558
- Albrecht*, Europäischer Strafrechtsraum: Ein Albtraum?, ZRP 2004, 1
- Anderson*, Federalism: An Introduction (2008)
- Barbist*, Urteilsanmerkung [Rs C-301/06], MR 2009, 3
- Bardenhewer/Pipkorn* in Schwarze/von der Groeben (Hg), Kommentar zum Vertrag über die Europäische Union und zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft⁶ (2003)
- Art 96 EGV
- Beutel* in Vedder/Heintschel von Heinegg (Hg), Europäischer Verfassungsvertrag (2007)
- Artikel III-130 VVE
- Bieber*, Subsidiarität im Sinne des Vertrages über die Europäische Union in Nörr/Oppermann (Hg), Subsidiarität: Idee und Wirklichkeit: zur Reichweite eines Prinzips in Deutschland und Europa (1997) 165
- Blanke*, Normativität und Justitiabilität des gemeinschaftsrechtlichen Subsidiaritätsprinzips, ZG 1995, 193
- Bogensberger*, Die EU-Verfassung nimmt das Strafrecht in die Pflicht, JSt 2005, 73
- Boka/Feiler*, Die Vorratsspeicherung von Verkehrs- und Standortdaten in Zankl (Hg), Auf dem Weg zum Überwachungsstaat? (2009) 126
- Böse*, Die Zuständigkeit der Europäischen Gemeinschaft für das Strafrecht; Zugleich Besprechung von EuGH, Urteil vom 13.9.2005, GA 2006, 211
- ders*, Urteilsanmerkung [Rs C-170/96], EuR 1998, 678
- Braum*, Europäische Strafgesetzgebung: Demokratische Strafgesetzlichkeit oder administrative Opportunität?, wistra 2006, 121
- Brühmann* in Grabitz/Hilf (Hg), Das Recht der Europäischen Union (13. Ergänzungslieferung 1999) RL 95/46/EG (Vorbemerkungen)
- Bungenberg*, Dynamische Integration, Art. 308 und die Forderung nach dem Kompetenzkatalog, EuR 2000, 879
- Calliess* in Calliess/Ruffert (Hg), EUV/EGV³ (2007) Art 5 EGV
- ders* in Calliess/Ruffert (Hg), EUV/EGV³ (2007) Art 253 EGV
- ders*, Urteilsanmerkung [Rs C-84/94], EuZW 1996, 757

ders, Auf dem Weg zu einem einheitlichen europäischen Strafrecht? -
 Kompetenzgrundlagen und Kompetenzgrenzen einer dynamischen Entwicklung,
 ZEuS 2008, 3

ders, Grundlagen, Grenzen und Perspektiven europäischen Richterrechts, NJW 2005, 929

ders, Subsidiaritäts- und Solidaritätsprinzip in der Europäischen Union² (1999)

ders, Nach dem "Tabakwerbung-Urteil" des EuGH: Binnenmarkt und
 gemeinschaftsrechtliche Kompetenzverfassung im neuen Licht, JURA 2001, 311

Cremer in Calliess/Ruffert (Hg), EUV/EGV³ (2007) Art 47 EUV

Dawes/Lynskey, The ever-longer arm of EC Law: The extension of Community
 competence into the field of Criminal Law, CMLR 2008, 131

di Fabio, Die "Dritte Säule" der Union, DÖV 1997, 89

Diem, Die "safe-harbor"-Verordnung und das Urteil des EuGH zum Rahmenbeschluss
 über den Schutz der Umwelt durch das Strafrecht, wistra 2006, 366

Ehricke/Becker/Waizel, Übermittlung von Fluggastdaten in die USA – Zugleich
 Urteilsanmerkung zur Entscheidung des EuGH vom 30. Mai 2006, RDV 2006, 149

Eilmannsberger, Zur gegenwärtigen und zukünftigen vertikalen Kompetenzverteilung in
 der Europäischen Union, JRP 2003, 113

Eisele, Einflussnahme auf nationales Strafrecht durch Richtlinienggebung der Europäischen
 Gemeinschaft, JZ 2001, 1157

ders, Einführung in das Europäische Strafrecht - Sanktionskompetenzen auf europäischer
 Ebene, JA 2000, 896

ders, Europäisches Strafrecht - Systematik des Rechtsgüterschutzes durch die
 Mitgliedstaaten, JA 2000, 991

ders, Urteilsanmerkung [Rs C-440/05], JZ 2008, 251

Feiler in Aichinger, Doch noch Hoffnung auf Privatsphäre, Die Presse [Rechtspanorama]
 vom 17.02.2009
 (<diepresse.com/home/recht/rechtallgemein/453118/index.do?from=simarchiv>)

Fetzer/Groß, Die Pupino-Entscheidung des EuGH - Abkehr vom intergouvernementalen
 Charakter der EU? - Erwiderung auf Hermann, EuZW 2005, 436, EuZW 2005, 550

Fischer K, Der Vertrag von Lissabon Text und Kommentar zum Europäischen
 Reformvertrag (2008)

Fischer/Köck/Karollus, Europarecht⁴ (2002)

Foerster, (Umwelt-) Strafrechtliche Maßnahmen im Europarecht; Bedeutung des EuGH-Urteils Rs C-176/03, Kommission/Rat (2007)

Frieberger, Die justizielle Zusammenarbeit in Strafsachen, Die Union 2000, 73

Fromm, "Ius puniendi" der Organe der EG zum Schutz des EG-Haushalts vor Betrugereien (Art 280 Abs 4 EG-Vertrag)?, JSt 2007, 145

ders, Urteilsanmerkung [Rs C-440/05], ZIS 2008, 168

Fuchs, Österreichisches Strafrecht Allgemeiner Teil I⁷ (2008)

Gabel/Arhold, Urteilsanmerkung [verb Rs C-317/04 und C-318/04], EWS 2006, 363

Gaster, Das Subsidiaritätsprinzip im Gemeinschaftsrecht in Timmermann (Hg), Subsidiarität und Föderalismus in der Europäischen Union (1998) 19

Gitter/Schnabel, Die Richtlinie zur Vorratsdatenspeicherung und ihre Umsetzung in das nationale Recht, MMR 2007, 411

Grabitz in Grabitz/Hilf (Hg), Das Recht der Europäischen Union (2. Ergänzungslieferung), Art 235 EGV

Griller, Die Unterscheidung von Unionsrecht und Gemeinschaftsrecht nach Amsterdam, EuR 1999, 45

Häde/Puttler, Zur Abgrenzung des Art. 235 EGV von der Vertragsänderung, EuZW 1997, 13

Hassemer, Strafrecht in einem europäischen Verfassungsvertrag, ZStW 2004, 304

Hecker, Europäisches Strafrecht als Antwort auf transnationale Kriminalität, JA 2002, 723

Heger, Urteilsanmerkung [Rs C-176/03], JZ 2006, 310

Heigenhauser, Verteilung der Zuständigkeiten bei strafrechtlichen Maßnahmen zwischen Erster und Dritter Säule der EU, JAP 2005/2006, 212

Herdegen, Auslegende Erklärungen von Gemeinschaftsorganen und Mitgliedstaaten zu EG-Rechtsakten, ZHR 1991, 52

Hermann, Urteilsanmerkung [Rs C-105/03] EuZW 2005, 436

Huber, Die Rechtsakte der "Dritten Säule" im nationalen Recht, ÖJZ 2007, 404

Jarass, Die Kompetenzverteilung zwischen der Europäischen Gemeinschaft und den Mitgliedstaaten, AöR 1996, 173

ders, EG-Kompetenzen und das Prinzip der Subsidiarität nach Schaffung der Europäischen Union, EuGRZ 1994, 209

Jour-Schröder/Konow, Die Passerelle des Art. 42 EU-Vertrag, EuZW 2006, 550

Jour-Schröder/Wasmeier, in Schwarze/von der Groeben (Hg), Kommentar zum Vertrag über die Europäische Union und zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft⁶ (2003) Vorbemerkungen zu den Art 29 bis 42 EUV

Jung, Konturen und Perspektiven des europäischen Strafrechts, JuS 2000, 420

Kahl in Calliess/Ruffert (Hg), EUV/EGV³ (2007) Art 10 EGV

ders in Calliess/Ruffert (Hg), EUV/EGV³ (2007) Art 14 EGV

ders in Calliess/Ruffert (Hg), EUV/EGV³ (2007) Art 94 EGV

ders in Calliess/Ruffert (Hg), EUV/EGV³ (2007) Art 95 EGV

ders in Calliess/Ruffert (Hg), EUV/EGV³ (2007) Art 96 EGV

Kainer, Der Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts nach dem Verfassungsvertrag in Jopp/Matl (Hg), Der Vertrag für eine Verfassung für Europa (2005) 283

Keiler/Kristoferitsch, Passagierdaten auf dem Flug in die USA, ZVR 2006, 484

Kelsen, Reine Rechtslehre² (1960)

Kenntner, Das Subsidiaritätsprotokoll des Amsterdamer Vertrags - Anmerkungen zum Begrenzungscharakter des gemeinschaftsrechtlichen Subsidiaritätsprinzips, NJW 1998, 2871

Killmann, Die rahmenbeschlusskonforme Auslegung im Strafrecht vor dem EuGH, JBl 2005, 566

Kischel, Die Kontrolle der Verhältnismäßigkeit durch den Europäischen Gerichtshof, EuR 2000, 380

Konow, Zum Subsidiaritätsprinzip des Vertrags von Maastricht, DÖV 1993, 405

Krajewski/Rösslein in Grabitz/Hilf (Hg), Das Recht der Europäischen Union (32. Ergänzungslieferung 2007) Art 253 EGV

Kress, Das Strafrecht in der Europäischen Union vor der Herausforderung durch organisierte Kriminalität und Terrorismus, JA 2005, 220

Kretschmer in Vedder/Heintschel von Heinegg (Hg), Europäischer Verfassungsvertrag (2007) Art III-257 VVE

ders, in Vedder/Heintschel von Heinegg (Hg), Europäischer Verfassungsvertrag (2007) Art III-258 VVE

ders in Vedder/Heintschel von Heinegg (Hg), Europäischer Verfassungsvertrag (2007) Artikel III-259 VVE

ders in Vedder/Heintschel von Heinegg (Hg), Europäischer Verfassungsvertrag (2007)
 Art III-264 VVE

ders in Vedder/Heintschel von Heinegg (Hg), Europäischer Verfassungsvertrag (2007)
 Artikel III-270 VVE

ders, in Vedder/Heintschel von Heinegg (Hg), Europäischer Verfassungsvertrag (2007)
 Art III-271 VVE

Krück in Schwarze/von der Groeben (Hg), Kommentar zum Vertrag über die Europäische Union und zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft⁶ (2003) Art 47 EUV

Kubiciel, Grund und Grenzen strafrechtlicher Anweisungskompetenz der Europäischen Gemeinschaft, NStZ 2007, 136

Lachmayer, Die Wirkung von „Schengen“ nach innen, juridikum 2009, 104

Lambers, Subsidiarität in Europa - Allheilmittel oder juristische Leerformel?, EuR 1993, 229

Langeheine/Tietje in Grabitz/Hilf (Hg), Das Recht der Europäischen Union (27. Ergänzungslieferung 2005) Art 96 EGV

Leutheusser-Schnarrenberger, Vorratsdatenspeicherung - Ein vorprogrammierter Verfassungskonflikt, ZRP 2007, 9

Lorenz/Pühs, Eine Generalermächtigung im Wandel der Zeit: Art. 235 EG-Vertrag, ZG 1998, 142

Mörtl, Grenzen der Rechtsangleichung im europäischen Binnenmarkt, EuR 2002, 318

Müller-Graff, Justiz und Inneres nach Amsterdam - Die Neuerungen in erster und dritter Säule, integration 1997, 271

Müller-Ibold, Die Begründungspflicht im europäischen Gemeinschaftsrecht und im deutschen Recht: eine rechtsvergleichende Untersuchung (1990)

Murschetz, Der Rahmenbeschluss über den Europäischen Haftbefehl und seine Umsetzung im EU-JZG, ÖJZ 2007, 98

Nettesheim, Kompetenzen, in von Bogdandy (Hg), Europäisches Verfassungsrecht (2003) 415

Nicolaysen, Die Europäische Union als Rechtsgemeinschaft in Weidenfeld (Hg), Europa-Handbuch I⁴ (2006) 109

Pache, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in der Rechtssprechung der Gerichte der Europäischen Gemeinschaften, NVwZ 1999, 1033

Pechstein, Die Justitiabilität des Unionsrechts, EuR 1999, 1

ders, Urteilsanmerkung [Rs C-170/96], JZ 1998, 1008

Pipkorn, Das Subsidiaritätsprinzip im Vertrag über die Europäische Union – rechtliche Bedeutung und gerichtliche Überprüfbarkeit, EuZW 1992, 697

Pipkorn/Bardenhewer-Rating/Taschner in Schwarze/von der Groeben (Hg), Kommentar zum Vertrag über die Europäische Union und zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft⁶ (2003) Art 95 EGV

Potacs, Auslegung des Gemeinschaftsrechts durch den Europäischen Gerichtshof (1996)

Reiter, Strafrecht und Europäische Union, JAP 2006/07, 73

Röben in Grabitz/Hilf (Hg), Das Recht der Europäischen Union (13. Ergänzungslieferung 1999) Vorbemerkung zu Titel VI EUV

ders in Grabitz/Hilf (Hg), Das Recht der Europäischen Union (13. Ergänzungslieferung 1999) Art 34 EUV

Rossi in Calliess/Ruffert (Hg), EUV/EGV³ (2007) Art 308 EGV

Ruffert in Calliess/Ruffert (Hg), EUV/EGV³ (2007) Art 3 EGV

Satzger, Die Europäisierung des Strafrechts (2001)

ders, Internationales und Europäisches Strafrecht²(2008)

Schaar, EuGH-Entscheidung zur Fluggastdatenübermittlung - Grund zur Begeisterung?, MMR 2006, 425

Schäfer, Europarecht; Verhältnis EU- zu EG-Recht: EU-Rahmenbeschluss zum Umweltstrafrecht und vorrangige Gemeinschaftskompetenz nach Art 175 EG, JA 2006, 342

Schausberger, Die Entstehung, Auswirkungen und Rechtsfolgen der Data Retention (Richtlinie 2006/24/EG) (2006)

Scheuing, Rechtsstaatlichkeit im Europäischen Recht in Müller-Graff/Ritzer (Hg), Europäisches öffentliches Recht (2006) 203

Schima, Das Subsidiaritätsprinzip im Europäischen Gemeinschaftsrecht (1994)

Schima, Die Beurteilung des Subsidiaritätsprinzips durch den Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften, ÖJZ 1997, 761

Schmidhuber/Hitzler, Die Verankerung des Subsidiaritätsprinzips im EWG-Vertrag – ein wichtiger Schritt auf dem Weg zu einer föderalen Verfassung der Europäischen Gemeinschaft, NVwZ 1992, 720

Schmidt in Schwarze/von der Groeben (Hg), Kommentar zum Vertrag über die Europäische Union und zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft⁶ (2003) Art 253 EGV

Schnapauff, Europäische Zusammenarbeit in den Bereichen Justiz und Inneres - primärrechtliche Aspekte in Magiera/Sommermann (Hg), Verwaltung und Governance im Mehrebenensystem der Europäischen Union (2002) 143

Schroeder, Die Auslegung des EU-Rechts, JuS 2004, 180

ders, Neues vom Rahmenbeschluss - ein verbindlicher Rechtsakt der EU, EuR 2007, 349

ders, Zu eingebildeten und realen Gefahren durch kompetenzüberschreitende Rechtsakte der Europäischen Gemeinschaft, EuR 1999, 452

Schütz/Sauerbier, Die Jurisdiktion des EuGH im Unionsrecht, JuS 2002, 658

Schwartz in Schwarze/von der Groeben (Hg), Kommentar zum Vertrag über die Europäische Union und zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft⁶ (2003) Art 308 EGV

ders, Subsidiarität und EG-Kompetenzen; Der neue Titel "Kultur"; Medienvielfalt und Binnenmarkt, AfP 1993, 409

Schwarze, Der Reformvertrag von Lissabon - Wesentliche Elemente des Reformvertrages, EuR (Beiheft 1) 2009, 9

Selmayr/Kamann/Ahlers, Die Binnenmarktkompetenz der Europäischen Gemeinschaft, EWS 2003, 49

Sieber, Einheitliches europäisches Strafgesetzbuch als Ziel der Strafrechtsvergleichung? in Duttge/Geilen/Meyer-Gossner/Warda (Hg), Gedächtnisschrift für Ellen Schlüchter (2002) 107

Siemen, Grundrechtsschutz durch Richtlinien / Die Fälle Österreichischer Rundfunk u.a. und Lindqvist, EuR 2004, 306

Simitis, Übermittlung der Daten von Flugpassagieren in die USA: Dispens vom Datenschutz?, NJW 2006, 2011

Stiebig, Strafrechtsetzungskompetenz der Europäischen Gemeinschaft und Europäisches Strafrecht: Skylla und Charybdis einer europäischen Odyssee?, EuR 2005, 466

Stolzelechner, Einführung in das öffentliche Recht⁴ (2007)

Streinz, Europarecht⁸ (2008)

ders, Schleichende oder offene Europäisierung des Strafrechts? in Dannecker/Langer/Ranft/Schmitz/Brammsen (Hg), Festschrift für Harro Otto (2007), 1029

Suhr in Calliess/Ruffert (Hg), EUV/EGV³ (2007) Art 29 EUV

ders in Calliess/Ruffert (Hg), EUV/EGV³ (2007) Art 31 EUV

ders in Calliess/Ruffert (Hg), EUV/EGV³ (2007) Art 34 EUV

ders, Strafrechtsharmonisierung in der Europäischen Union – Neue Grenzziehungen und zusätzliche Kontrollaufträge, ZEuS 2008, 45

Szczekalla, Urteilsanmerkung [verb Rs C-317/04 und C-318/04], DVBl 2006, 896

Taschner in Schwarze/von der Groeben (Hg), Kommentar zum Vertrag über die Europäische Union und zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft⁶ (2003)

Art 94 EGV

Tiedemann, EG und EU als Rechtsquellen des Strafrechts in Schünemann/Achenbach/Bottke/Haffke/Rudolphi (Hg), Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 15. Mai 2001 (2001) 1403

Tietje in Grabitz/Hilf (Hg), Das Recht der Europäischen Union (27. Ergänzungslieferung 2005) Art 94 EGV

ders in Grabitz/Hilf (Hg), Das Recht der Europäischen Union (27. Ergänzungslieferung 2005) Art 95 EGV

Vedder in Vedder/Heintschel von Heinegg (Hg), Europäischer Verfassungsvertrag (2007) Art I-11 VVE

ders in Vedder/Heintschel von Heinegg (Hg), Europäischer Verfassungsvertrag (2007) Art I-18 VVE

Vogel, Harmonisierung des Strafrechts in der Europäischen Union, GA 2003, 314

von Bogdandy in Grabitz/Hilf (Hg), Das Recht der Europäischen Union (15. Ergänzungslieferung 2000) Art 2 EGV

ders in Grabitz/Hilf (Hg), Das Recht der Europäischen Union (15. Ergänzungslieferung 2000) Art 3 EGV

ders in Grabitz/Hilf (Hg), Das Recht der Europäischen Union (20. Ergänzungslieferung 2002) Art 5 EGV

ders in Grabitz/Hilf (Hg), Das Recht der Europäischen Union (15. Ergänzungslieferung 2000) Art 10 EGV

von Bogdandy/Bast in Grabitz/Hilf (Hg), Das Recht der Europäischen Union (27. Ergänzungslieferung 2005) Art 14 EGV

von Borries, Das Subsidiaritätsprinzip im Recht der Europäischen Union, EuR 1994, 263

Wagner, Urteilsanmerkung [Rs C-176/03], RdU 2006, 33

Wasmeier in Schwarze/von der Groeben (Hg), Kommentar zum Vertrag über die Europäische Union und zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft⁶ (2003) Art 31 EUV

ders in Schwarze/von der Groeben (Hg), Kommentar zum Vertrag über die Europäische Union und zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft⁶ (2003) Art 34 EUV

Wasmeier/Jour-Schröder in Schwarze/von der Groeben (Hg), Kommentar zum Vertrag über die Europäische Union und zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft⁶ (2003) Art 29 EUV

Wasmeier/Thwaites, The "battle of the pillars": Does the European Community have the power to approximate national criminal laws?, *Eur Law Rev* 2004, 613

Weatherill, Safeguarding the *acquis communautaire* in Heukels/Blokker/Brus (Hg), The European Union after Amsterdam; A Legal Analysis (1998) 153

Weber, Justizielle Zusammenarbeit in Strafsachen und parlamentarische Demokratie, *EuR* 2008, 88

Wegener/Greenawalt, (Umwelt-)Strafrecht in europäischer Kompetenz! - zugleich eine Anmerkung zu EuGH, Urteil vom 13. September 2005, Rs. C-176/03 (Kommission/Rat), *ZUR* 2005, 585

Weigend, Der Entwurf einer Europäischen Verfassung und das Strafrecht, *ZStW* 2004, 275

Westphal, Die Richtlinie zur Vorratsdatenspeicherung von Verkehrsdaten – Brüsseler Stellungnahme zum Verhältnis von Freiheit und Sicherheit in der "Post-911-Informationsgesellschaft", *EuR* 2006, 706

ders, Die Richtlinie zur Vorratsspeicherung von Verkehrsdaten, *juridikum* 2006, 34

ders, Urteilsanmerkung [verb Rs C-317/04 und C-318/04], *EuZW* 2006, 406

Wolter, Die polizeiliche und justitielle Zusammenarbeit in Strafsachen in der Europäischen Union in Hirsch/Wolter/Brauns (Hg), *Festschrift für Günter Kohlmann* (2003) 693

Zacker, Binnenmarkt und Gemeinsamer Markt, *RIW* 1989, 489

Zeder, Auf dem Weg zu einem Strafrecht der EU?, *juridikum* 2001, 47

ders, Europastrafrecht: Aktueller Stand, *öAnwBl* 2008, 249

Zuleeg in Schwarze/von der Groeben (Hg), Kommentar zum Vertrag über die Europäische Union und zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft⁶ (2003) Art 3 EGV

ders in Schwarze/von der Groeben (Hg), Kommentar zum Vertrag über die Europäische Union und zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft⁶ (2003) Art 5 EGV

ders in Schwarze/von der Groeben (Hg), Kommentar zum Vertrag über die Europäische Union und zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft⁶ (2003) Art 10 EGV

XI Anhang

A. Kurzfassung/Abstract

Die vorliegende Arbeit beschäftigt sich mit der Wahl der richtigen Kompetenzgrundlage für strafrechtliche Maßnahmen der EU.

Nach einer Analyse der für die Kompetenzproblematik relevanten Bestimmung des Art 5 EGV wird, unter Berücksichtigung aktueller Rsp (Rs C-176/03, verb Rs C-317/04 und C-318/04, Rs C-440/05 und insbesondere Rs C-301/06), die Frage beantwortet, inwiefern Befugnisnormen der ersten Säule für eine strafrechtliche Harmonisierung herangezogen werden können und ob ihnen – siehe Art 47 EUV – ein Vorrang gegenüber Rechtsgrundlagen des EUV zukommt.

Daran anschließend werden im Zusammenhang mit der dritten Säule historische und systematische Argumente erläutert, die gegen Bestimmungen des EGV als Grundlagen für eine strafrechtliche Rechtsangleichung sprechen.

Abschließend wird analysiert, welche Neuerungen für die Rechtsangleichung im strafrechtlichen Bereich der *Vertrag von Lissabon* bringen würde.

This work treats the choice of the correct legal provision for criminal measures by the EU.

After an analysis of Article 5 of the Treaty establishing the European Community (EC), which is important for the topic of powers, it will be explained if legal provisions of the First Pillar can be used for approximation of national criminal laws and if, in view of Article 47 of the Treaty on European Community (EU), they have priority over the Third Pillar. For this the latest dispensation of justice (Case C-176/03, combined Cases C-317/04 and C-318/04, Case C-440/05 and especially Case C-301/06) will be examined.

Afterwards, regarding the Third Pillar, historical and systematic arguments which speak against using the First Pillar for approximation of national criminal laws will be analysed.

At the end it will be explained which consequences the *Treaty of Lisbon* would have concerning the approximation of national criminal laws.

B. Lebenslauf

Mag. Bernhard Brunnbauer

Geboren am 17.02.1981 in Wels

1991 – 1999 Besuch des Realgymnasiums Wels Wallererstraße

Matura im Juni 1999

2000 – 2005 Studium der Rechtswissenschaften in Wien

2004 Juristische Praxis als Rechtshörer (BG und LG Wels)

Abschluss des rechtswissenschaftlichen Studiums im März 2005

2005 – 2006 Zivildienst (Bundesministerium für Inneres; Archiv der KZ-Gedenkstätte
Mauthausen)

2006 – dato ÖAMTC Rechtsabteilung (Juristische Beratung)