

## Schwerpunktbereich Strafrecht

Wiss. Mitarbeiter Dominik Brodowski, LL.M (Univ. Pennsylvania, München)

# Innere Sicherheit in der Europäischen Union\*

**Dominik Brodowski:** Der Autor ist Wiss. Mitarbeiter am Lehrstuhl für Strafrecht, Strafprozessrecht und Wirtschaftsstrafrecht der LMU München (RiOLG Prof. Dr. Joachim Vogel).

*Die EU hat sich zum Ziel gesetzt, einen »Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts« zu verwirklichen. Ein wesentlicher Teilaspekt hiervon betrifft die Gewährleistung einer vernetzten Inneren Sicherheit in den Mitgliedstaaten der EU durch polizei- und strafrechtliche Regelungsmodelle. In diesem einführenden Beitrag werden die Handlungskonzepte, -zyklen und -formen dargestellt sowie ein cursorischer Überblick über die diesbezügliche Rechtsentwicklung in der EU gegeben.*

## A. Einführung

### I. Innere Sicherheit von mehreren Staaten – ein Widerspruch?

Auf den ersten Blick scheint der Terminus »Innere Sicherheit in der EU« in sich widersprüchlich zu sein: »Innere Sicherheit« ist nach herkömmlicher Sichtweise anhand der Staatsgrenzen abzugrenzen von der »Äußeren Sicherheit«, wenn sich diese beiden Aspekte von Sicherheit auch gegenseitig bedingen mögen<sup>1</sup>. Indes handelt es sich nach nahezu unbestrittener Auffassung bei der EU nach wie vor um einen *Staatenverbund*<sup>2</sup> – nicht um einen Föderalstaat –, so dass sie daher kein eigenes Staatsgebiet und daher keine »Innere Sicherheit« habe. Dies wird zusätzlich noch unterstrichen durch Art. 72 AEUV, demzufolge die »Zuständigkeiten der Mitgliedstaaten für ... den Schutz der Inneren Sicherheit« unberührt bleibe, also Polizeiaufgaben grundsätzlich dezentrale Angelegenheiten der Mit-

gliedstaaten seien<sup>3</sup>. Warum ist es dennoch zutreffend, von der »Inneren Sicherheit in der EU« zu sprechen?

Zu nennen sind zunächst EU-spezifische Aspekte: Die EU ist davon geprägt, dass die territorialen Grenzen verschwimmen, wie sich an der Arbeitnehmerfreizügigkeit (Art. 21, 45 AEUV) und dem freien Personenverkehr (Art. 67 ff. AEUV) im Konkreten beziehungsweise am Binnenmarkt (Art. 3 Abs. 3 UAbs. 1 S. 1 EUV) sowie den Grundfreiheiten<sup>4</sup> im Generellen zeigt. Hinzu tritt das weltweite Phänomen der Globalisierung und der zunehmenden Flexibilisierung von Waren-, Daten- und Personenströmen. Die hierdurch drohenden Gefahren für die Innere Sicherheit erfordern eine Vernetzung der Mitgliedstaaten, damit diese auch weiterhin ein hinreichendes Sicherheitsniveau gewährleisten können<sup>5</sup>. Die Gewährleistung der Inneren Sicherheit in einem Mitgliedstaat und seine effektive Strafverfolgung strahlen dabei auf die Innere Sicherheit aller anderen Mitgliedstaaten aus. Daher ist es nur geboten, eine vernetzte Innere Sicherheit zu entwickeln und so die Gewährleistung der innerstaatlichen Sicherheit europäisch abzusichern. Dies ist Hintergrund und Anlass dafür, dass sich die EU seit 1997 das Ziel gesetzt hat, einen »Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts«<sup>6</sup> zu verwirklichen.

### II. Der »Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts« im europäischen Primärrecht

Inzwischen ist dieser Programmsatz<sup>7</sup> in Art. 3 Abs. 2 EUV verankert, demzufolge die »Union ... ihren Bürgerinnen

<sup>3</sup> Röben, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Art. 72 AEUV Rdn. 2f.; Rossi, in: Calliess/Ruffert, Art. 72 Rdn. 1.

<sup>4</sup> Ruffert, *JuS* 2009, S. 97; Terhechte, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Art. 3 EUV Rdn. 40.

<sup>5</sup> Siehe auch J. Hecker, *DÖV* 2006, S. 273 (273); Merli, in: Iliopoulos-Strangas/Diggelmann/Bauer (Hrsg.), *Rechtsstaat, Freiheit und Sicherheit in Europa*, 2010, S. 367 (367f.); Middel, *Innere Sicherheit*, 2007, S. 87; Monar, in: Würtenberger/Gusy/Lange (Hrsg.), *Innere Sicherheit im europäischen Vergleich*, 2012, S. 33 (34f.); von Arnould, *JA* 2008, S. 327 (327).

<sup>6</sup> Einführend hierzu Frenz, *JURA* 2012, S. 701.

<sup>7</sup> Röben, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Art. 67 AEUV Rdn. 10f.; a. A. Meyer, *EuR* 2011, S. 169 (188) bei und mit Fn. 76.

\* Der Aufsatz ist entstanden im Rahmen eines Seminars bei Prof. Dr. Dr. h.c. Pitschas und PolDir. Dr. Ritter, denen der Autor für deren vielfältige Anregungen und Kritik dankt.

<sup>1</sup> Middel, *Innere Sicherheit und präventive Terrorismusbekämpfung*, S. 30 ff.

<sup>2</sup> BVerfGE 89, S. 155 – Leitsatz 2 – (Maastricht); BVerfGE 123, S. 267 – Leitsatz 1 – (Lissabon); Nettesheim, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Art. 1 AEUV Rdn. 55 ff. m. w. N., auch zur Gegenansicht.

und Bürgern einen Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts ohne Binnengrenzen [bietet], in dem – in Verbindung mit geeigneten Maßnahmen in Bezug auf die Kontrollen an den Außengrenzen, das Asyl, die Einwanderung sowie die Verhütung und Bekämpfung der Kriminalität – der freie Personenverkehr gewährleistet ist.« Begleitet wird dies durch einen entsprechenden Kompetenztitel in Art. 4 Abs. 2 lit. j AEUV. Näher ausgeführt werden die Kompetenzen und Handlungsformen der EU sodann im Titel 5 AEUV mit dessen Kapiteln u. a. zu »Grenzkontrollen, Asyl und Einwanderung« – zu denken ist insoweit an den Wegfall der Binnen-Grenzkontrollen (»Schengen«) –, zur justiziellen Zusammenarbeit in Zivilsachen – insoweit sei auf Instrumente wie das europäische Mahnverfahren (umgesetzt in §§ 1087 ff. ZPO) oder die Rom I bis III-Zuständigkeitsverordnungen verwiesen –, zur justiziellen Zusammenarbeit in Strafsachen und schließlich zur polizeilichen Zusammenarbeit.

Diese letzten beiden, spezifisch auf die Gewährleistung der Inneren Sicherheit zugeschnittenen Kapitel des AEUV bedürfen später noch näherer Betrachtung. Der soeben gewonnene, holzschnittartige Überblick erlaubt es allerdings, den Begriff des »Raums der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts« näher zu bestimmen: Negativ abzugrenzen ist der »Raum der Freiheit« von dem Raum der wirtschaftlich so bedeutsamen »Grundfreiheiten« (Warenverkehrsfreiheit, Personenfreizügigkeit<sup>8</sup>, Dienstleistungsfreiheit, freier Kapital- und Zahlungsverkehr<sup>9</sup>) und der »Raum der Sicherheit« von Aspekten der sozialen Sicherung, denn diese Regelungsmaterien sind kompetenziell und auch programmatisch an anderer Stelle – etwa in Art. 3 Abs. 3 EUV, Art. 4 Abs. 2 lit. a bis c AEUV – zu verorten<sup>10</sup>. Zudem wäre es unzureichend, den »Raum des Rechts« mit einem »Raum der Grundrechte« gleichzusetzen: Die Gewährleistung des Grundrechtsschutzes in der EU und auch in ihren Mitgliedstaaten ist erstens ein übergeordnetes, in Art. 6 EUV verankertes Prinzip, das auf *alle* Regelungsmaterien und Kompetenzen der EU ausstrahlt, wenn auch in besonderem Maße auf so grundrechtssensiti-

ve Materien wie polizei- und strafrechtlich relevante Maßnahmen. Zweitens ist Gegenstand der entsprechenden Kapitel des Titels 6 die Durchsetzung des materiellen Rechts über Ländergrenzen hinweg, indem die Zusammenarbeit der Zivil- und der Strafjustizsysteme der Mitgliedstaaten intensiviert wird. Eine solche Zusammenarbeit setzt gegenseitiges Vertrauen<sup>11</sup> und daher auch einen gemeinsamen Mindeststandard bei der Gewährleistung von Grundrechten voraus – und nur aus diesem Grunde bezwecken manche unter Titel 6 AEUV zu fassende Maßnahmen (auch) die Förderung des Grundrechtsschutzes<sup>12</sup>. Diese flankierenden Maßnahmen können jedoch die Verwirklichung des Grundrechtsschutzes nicht zum zentralen Selbstzweck des »Raums des Rechts« erheben.

In erster Linie handelt es sich daher bei dem »Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts« um ein programmatisches Ziel, zu dessen Verwirklichung folgende Komponenten und Kompetenzen zur Verfügung stehen: erstens *die Regelung der Binnen- und Außengrenzen, des Asyl- und Einwanderungsrechts*,<sup>13</sup> zweitens *die justizielle Zusammenarbeit in Zivilsachen* sowie drittens *die Verhütung und Bekämpfung von Kriminalität* durch justizielle Zusammenarbeit in Strafsachen sowie durch polizeiliche Zusammenarbeit. In einem weiteren Sinne – nicht jedoch kompetenzrechtlich – ist die Achtung des Grundrechtsschutzes ebenfalls unter diesen Begriff zu fassen. Schließlich ist festzuhalten, dass der Begriff »Sicherheit« in diesem Kontext primär als »Sicherheit vor Kriminalität« zu verstehen ist.

Wie wird dieser programmatische und kompetenzielle Rahmen im Bereich der Inneren Sicherheit durch die EU ausgefüllt? Hier lohnt sich ein Blick in die »strategischen Leitlinien für die gesetzgeberische und operative Programmplanung im Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts«, die gemäß Art. 68 AEUV der Europäische Rat konsensual festlegt, also dasjenige Organ, in dem die Staats- und Regierungschefs der EU sowie der Präsident des Europäischen Rates und der Präsident der Kommission zusammentreffen (Art. 15 EUV).

<sup>8</sup> Die Personenfreizügigkeit – das Recht, den Wohnsitz und die Arbeitsstätte frei wählen zu dürfen – ist nicht zu verwechseln mit dem freien Personenverkehr – dem Recht, sich ungehindert über Staatsgrenzen hinweg fortbewegen zu dürfen.

<sup>9</sup> So aber tendenziell Meyer, EuR 2011, S. 169 (189 ff.), der detailliert das Verhältnis zwischen Binnenmarkt und dem Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts beleuchtet. Ähnlich Haack, in: Leiß (Hrsg.), Die Europäische Union nach dem Vertrag von Lissabon, 2010, S. 221 (221 f.).

<sup>10</sup> Im Ergebnis ähnlich Oppermann, Europarecht, 3. Aufl. 2005, § 24 Rdn. 12 f.; s. nunmehr auch Oppermann/Classen/Nettesheim, Europarecht, 4. Aufl. 2009, § 37 Rdn. 3.

<sup>11</sup> Siehe nur Vogel, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Art. 82 AEUV Rdn. 6.

<sup>12</sup> Art. 82 Abs. 2 UAbs. 1, UAbs. 2 lit. b AEUV; Erwägungsgründe 2 und 9 der Entschließung des Rates vom 30. 11. 2009 über einen Fahrplan zur Stärkung der Verfahrensrechte von Verdächtigten oder Beschuldigten in Strafverfahren (ABl. 2009 C 295, S. 1); Erwägungsgründe 3, 4 und 7 der RL 2010/64/EU ... über das Recht auf Dolmetschleistungen und Übersetzungen in Strafverfahren (ABl. 2010 L 280, S. 1).

<sup>13</sup> Einführend hierzu Weber, BayVBl. 2008, S. 485 (486 f.); von Arnould, JA 2008, S. 327 (328).

## B. Europäisches Konzept der Inneren Sicherheit – ein europäisches Grundverständnis der Bedrohungslage und der legitimen Reaktionen?

Zuletzt nahm der Europäische Rat am 25. und 26. März 2010 auf diesem Gebiet eine »Strategie der inneren Sicherheit für die Europäische Union: »Hin zu einem europäischen Sicherheitsmodell«« an<sup>14</sup>. Ihrem Selbstverständnis zufolge versteht sich das darin niedergelegte europäische Konzept der inneren Sicherheit als »umfassendes«, sektoral, horizontal und vertikal übergreifendes »Gesamtkonzept«, um ausgewählte Kriminalitätsformen möglichst effektiv zu verhindern und zu verfolgen. Im Einzelnen bedeutet dies, dass eine »Einbeziehung aller (politischen, wirtschaftlichen, sozialen u.ä.) Sektoren« erfolgen soll, »denen eine Rolle im Hinblick auf den Schutz der Öffentlichkeit zukommt«. Im Bereich der Exekutive soll dies verwirklicht werden durch eine »Zusammenarbeit der Strafverfolgungs-, Grenz- und Justizbehörden sowie anderer Dienste – beispielsweise Einrichtungen des Gesundheits- und Sozialwesens und des Katastrophenschutzes –«, so dass Aspekte der Gefahrenabwehr und der Strafverfolgung ineinander verschmelzen: Im Gegensatz zur – überkommenen? – strikten Trennung von Polizei- und Strafrecht in Praxis und Wissenschaft sieht die EU beides als Regulierungsmittel an, die – je nach Einzelfall – auch zur Verfolgung ähnlicher Zwecke miteinander vermengt werden<sup>15</sup>. Horizontal soll die Zusammenarbeit und die Solidarität zwischen den Mitgliedstaaten und konkret zwischen deren Strafverfolgungsbehörden verbessert werden, und vertikal betrachtet soll es sich um ein gemeinsames europäisches Vorgehen – d. h. unter einer gewissen Steuerung durch die EU – handeln.

<sup>14</sup> In der Fassung des Ratsdok. 7120/10 (dort v.a. S. 3, 5 u. 10), zur Annahme der Strategie durch den Europäischen Rat vgl. Ratsdok. 6699/11, S. 2.

<sup>15</sup> Vgl. etwa die strafrechtliche Harmonisierung und die (fakultative) präventiv-polizeilichen Filterung von Internetzugriffen in der RL 2011/93/EU ... zur Bekämpfung des sexuellen Missbrauchs und der sexuellen Ausbeutung von Kindern sowie der Kinderpornografie ... (ABl. 2011 L 355, S. 1).

## I. Positive Umschreibung der Kriminalitätsrisiken

Doch wogegen soll sich dieses Vorgehen richten? Die Strategie der Inneren Sicherheit spricht von dem unspezifischen Ziel, »Bedrohungen sowie weiteren Gefahren zu begegnen, die unmittelbare Auswirkungen auf das Leben, die Sicherheit und das Wohlergehen der Bürger haben könnten, so auch natürliche und von Menschen verursachte Katastrophen wie Waldbrände, Erdbeben, Überschwemmungen und Stürme«. Die »hauptsächlichen Kriminalitätsrisiken und -bedrohungen, mit denen Europa heute konfrontiert ist«, werden sodann auf die Teilbereiche »Terrorismus, schwere und organisierte Kriminalität, Drogenhandel, Cyberkriminalität, Menschenhandel, sexuelle Ausbeutung von Minderjährigen und Kinderpornografie, Wirtschaftskriminalität und Korruption, illegaler Waffenhandel und grenzüberschreitende Kriminalität« konkretisiert<sup>16</sup>.

Diese Aufzählung stimmt nachdenklich: Erstens sind diese »hauptsächlichen Kriminalitätsrisiken« nahezu wortgleich zu dem kompetenziellen Rahmen in Art. 83 Abs. 1 UAbs. 1 und UAbs. 2 AEUV, ohne sich auf empirische Daten über die tatsächliche, konkrete Bedrohungslage zu berufen, die auch Gewalt- und Straßenkriminalität berücksichtigen müsste. Daher liegt zumindest der Verdacht nahe, dass die Strategie vom kompetenziellen Sein auf normative Handlungsgebote schließt und so gegen das *Hume'sche Gesetz* verstößt. Zweitens konzentriert sich die EU kompetenziell und auch in der Strategie auf sogenannte »high crimes«, also auf emotional aufgeladene und daher politisch bedeutsame Kriminalitätsbereiche wie insbesondere den Terrorismus, die Kinderpornografie und die organisierte Kriminalität. Da in diesen (Extrem-) Bereichen gesellschaftlich und verfassungsrechtlich durchaus andere Maßstäbe angelegt werden als in Bereichen leichter und mittlerer Kriminalität, drohen Maßnahmen der EU nur einseitig – bezogen auf ihren Nutzen für etwa die Terrorismusbekämpfung – für notwendig und rechtmäßig erachtet zu werden, wobei die unverhältnismäßigen oder jedenfalls ausgesprochen harten Folgewirkungen für sonstige Verhaltensweisen aus den Augen verloren werden<sup>17</sup>. Drittens ist zwar der Kriminalitätsbereich der »sexuellen Ausbeutung von Minderjährigen« noch aus sich heraus verständlich, andere Bereiche wie »Cyberkriminalität« oder »grenzüberschreitende Kriminalität«

<sup>16</sup> Ratsdok. 7120/10, S. 2f.

<sup>17</sup> Vogel, GA 2003, S. 314 (333) spricht insoweit von »Sündenbockmechanismen«. Zu den in der Argumentation verwandten Dammbruch-Argumenten s. Hefendehl, JZ 2009, 165.

lität« eröffnen hingegen einen weiten Interpretationsspielraum: Beispielhaft sei auf die Fragestellungen verwiesen, ob unter »Cyberkriminalität« auch die Herstellung von Software fällt, die *auch* zur Begehung von anderen (Computer-)Straftaten eingesetzt werden *könnte* (sogenannte »dual-use tools«),<sup>18</sup> ob unter »Wirtschaftskriminalität« auch alle Feinheiten und Sonderwege des deutschen Untreuestrafrechts (§ 266 StGB)<sup>19</sup> zu verstehen sind und ob zur »grenzüberschreitenden Kriminalität« auch zählt, wenn irische Frauen zur Durchführung eines – in Irland fast ausnahmslos strafbewehrten – Schwangerschaftsabbruchs in das Vereinigte Königreich oder Deutsche zum Erwerb und Konsum von Cannabis in die Niederlande reisen.

Auch die bestehenden Rechtsakte der EU, die für manche der genannten Kriminalitätsbereiche Mindeststrafandrohungen enthalten, eignen sich nicht dazu, diesen Interpretationsspielraum auszufüllen: Erstens decken diese Rechtsakte jeweils nur Teilbereiche ab, zweitens enthalten diese stets nur Minimalstandards, über welche die Mitgliedstaaten auch hinausreichende Straftatbestände vorsehen dürfen, und drittens bleiben regelmäßig alle Fragen über negative Tatbestandsmerkmale, über Rechtfertigungs-, Schuldausschließungs- und sonstige Strafrechtlichkeitsgründe ungeklärt.

Ähnliche Schwierigkeiten offenbaren sich auch im originären Bereich der Gefahrenabwehr: Beispielhaft sei verwiesen auf die auch zwischen europäischen Staaten umstrittene Frage, ob die Verbreitung von geheimen Regierungsdokumenten im Internet durch »Whistleblower« polizei- und ordnungsrechtlich unterbunden werden kann oder ob »WikiLeaks« als journalistisches Mittel verfassungsrechtlichen Schutz genießt<sup>20</sup>.

## II. Polizei- und strafrechtsbegrenzende Theorien und Konzepte

Nicht minder problematisch ist ein Blick auf die andere Seite der Medaille – wo sind dem Straf- und Polizeirecht konzeptionelle Grenzen gesetzt? Indes wird die in Deutschland zur Einschränkung des Strafrechts vorrangig dis-

kutierte *Rechtsgutslehre* bereits hierzulande zu Recht als wirkungslos kritisiert;<sup>21</sup> aus europäischer Sicht ist sie ohnehin ein Sonderweg. Der bloße Hinweis darauf, dass Strafrecht aufgrund des Verhältnismäßigkeitsprinzips nur als *ultima ratio* eingesetzt werden dürfe, belässt der Legislative einen weiten Beurteilungsspielraum<sup>22</sup>. Das *Subsidiaritätsprinzip*, demzufolge Angelegenheiten, die auf nationaler oder regionaler Ebene zumindest gleich effektiv vorgenommen werden können, einer europäischen Regelung verwehrt sind, war zumindest in der Vergangenheit ein stumpfes Schwert,<sup>23</sup> zumal die Entscheidung über Subsidiaritätsklagen vom sich selbst als »Integrationsmotor« verstehenden Gerichtshof der Europäischen Union (EuGH) getroffen werden<sup>24</sup>. Die »European Criminal Policy Initiative (ECPI)« hat in ihrem Manifest<sup>25</sup> auf eine Vielzahl gegen diese Prinzipien verstoßender Regelungen hingewiesen,<sup>26</sup> doch hat sie bislang hiermit beim europäischen Gesetzgeber – jedenfalls bezogen auf den *acquis* – kein Gehör gefunden. Auch ein aktuelles »Non-Paper« des Rates »Der Weg zu einer EU-Kriminalpolitik«<sup>27</sup> verweist nur am Rande auf diese Prinzipien und konzentriert sich sodann auf die Forderung nach einer weiteren Harmonisierung des materiellen Strafrechts.

Zu den *Grundrechten* als Antagonisten zu strafrechtlichen und vor allem zu verfahrensrechtlichen Normen hielt sich der EuGH und das Gericht erster Instanz bislang zu oft und zu vornehm zurück, sei es bei der Überprüfung der Vorratsdatenspeicherung von Telekommunikations-Verbindungsdaten<sup>28</sup> allein am kompetenzrechtli-

<sup>21</sup> Hilgendorf, NK 2010, S. 125; Greco, ZIS 2008, S. 234; Vogel, StV 1996, S. 110; Vogel, GA 2002, S. 517 (530).

<sup>22</sup> BVerfGE 90, S. 145 (173); s. auch Swoboda, ZStW 112 (2010), S. 24 zur Wirkungslosigkeit der »verschärften« Verhältnismäßigkeitsprüfung durch das BVerfG.

<sup>23</sup> Siehe nur Ritzer/Ruttloff, EuR 2006, S. 116.

<sup>24</sup> Ähnlich Oppermann/Classen/Nettesheim, 2009, § 12 Rdn. 26: Ein Einschreiten des EuGH sei »nur im unwahrscheinlichen Fall offenkundiger Fehleinschätzungen« geboten.

<sup>25</sup> ZIS 2009, S. 697; aktualisiert in EuCLR 2011, S. 86.

<sup>26</sup> So kritisiert die ECPI beispielsweise den Rahmenbeschluss 2008/841/JI ... zur Bekämpfung der organisierten Kriminalität (ABl. 2008 L 300, S. 42), dass er (in Teilen) keinen legitimen Schutzzweck verfolge sowie gegen das *ultima ratio*-Prinzip und gegen das Subsidiaritätsprinzip verstoße (EuCLR 2011, S. 86 [93, 95, 101]).

<sup>27</sup> Ratsdok. 11155/11; ähnlich auch die Zielrichtung der Mitteilung der Kommission KOM(2011) 573 sowie die Entschließung des Europäischen Parlaments vom 22. 5. 2012 zum EU-Ansatz zum Strafrecht (2010/2310 [INI]).

<sup>28</sup> RL 2006/24/EG ... über die Vorratsspeicherung ... von Daten ... elektronischer Kommunikationsdienste oder elektronischer Kommunikationsdienste (ABl. 2006 L 105, S. 54).

<sup>18</sup> Vgl. nur BVerfG ZUM 2009, 745; Böhlke/Yilmaz, CR 2008, S. 261; Cornelius, CR 2007, S. 682; Stuckenberg, wistra 2010, S. 41 sowie Završnik, in: Bellini/Brunst/Jähne (Hrsg.), Current issues in IT security, 2010, S. 113, jew. m. w. N.

<sup>19</sup> Vgl. nur BVerfGE 126, S. 270; Fischer, StV 2010, S. 95; Nack, StraFo 2008, S. 277; jew. m. w. N.

<sup>20</sup> Vgl. nur Hoeren/Herring, MMR 2011, S. 143; Kläner, NJW-aktuell 2010 Nr. 34, S. 14.



chen, nicht aber am grundrechtlichen Rahmen,<sup>29</sup> oder sei es bei der erst späten Gewährung von Rechtsschutz bei den sogenannten »smart« bzw. »targeted sanctions«<sup>30</sup>. Auch neuere, erfreulichere Entscheidungen offenbaren indes einen weiteren Mangel, nämlich die unzureichende Durchsetzungskraft der Judikative: Es muss schlicht als skandalös bezeichnet werden, dass das erste Urteil des EuGH<sup>31</sup> im Rechtsstreit *Kadi* und die aufgrund dieses Urteils dem Betroffenen zu gewährenden Verfahrens- und Verteidigungsrechte »nur rein formal und dem Anschein nach »geachtet« wurden, so dass ein zweites Verfahren angestrengt werden musste<sup>32</sup>. Es bleibt abzuwarten, ob infolge des geplanten Beitritts der EU zur Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK) entweder der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) hier korrigierend eingreift, oder aber der EuGH selbst engagierter tätig wird, um nicht – wie von ihm befürchtet – die faktische Letztentscheidungskompetenz an den EGMR abgeben zu müssen.

Schließlich taugen diese negativen Ansätze ohnehin nur dazu, eine Grenze der *möglichen* Handlungsfelder der EU aufzuzeigen. Es ist aber – gerade im Lichte einer freiheitlichen Grundordnung – alles andere als selbstverständlich, dass alles, was innerhalb der Grenzen des Verfassungsrechts und der Grundrechte zulässig ist und was das Subsidiaritätsprinzip wahrt, auch verwirklicht werden soll.

### III. Handlungskonzepte und ein unzureichender normativer Überbau

Über die Frage, nach welchen grundsätzlichen Handlungskonzepten auf die unterschiedlich wahrgenommene Gefahrenlage zu reagieren ist, herrscht im europäischen Diskurs ebenfalls kaum Klarheit: Ein gemeinsames Grundverständnis – der sogenannte normative Überbau<sup>33</sup> bzw. »interne Standpunkt«<sup>34</sup> – darüber, was als Kriminalität zu

definieren und sodann zu verhindern und zu verfolgen ist und was nicht, ist bislang allenfalls ein politisches Postulat;<sup>35</sup> auch die Strategie der Inneren Sicherheit erschöpft sich insoweit in unspezifischen und auch im europäischen Kontext höchst unterschiedlich interpretierten Allgemeinplätzen. Dies führt zu umso größeren Schwierigkeiten, je mehr man sich vom Kern des Kernstrafrechts (wie etwa Mord und Totschlag, Raub und Diebstahl) entfernt und zu denjenigen Kriminalitätsbereichen gelangt, bezüglich derer der Europäischen Union Regelungskompetenzen übertragen sind: Fragestellungen etwa der Wirtschaftskriminalität und der Cyberkriminalität sind verfassungs- und grundrechtlich sowie vor allem auch durch politische Wertungsfragen überlagert. Die europäische Antwort auf dieses Dilemma lautet nun, die Wertung – etwa ob ein Verhalten abstrakt als strafbar zu erachten ist und ob es konkret auch verfolgt werden soll – den Mitgliedstaaten zu überlassen (sogenannte *marge d'appréciation*)<sup>36</sup>. Die anderen Mitgliedstaaten werden sodann verpflichtet, diese Wertung anzuerkennen, also zu respektieren und etwa einen Beschuldigten auszuliefern, selbst wenn sie selbst für sich eine andere Wertung getroffen hätten (*Prinzip der gegenseitigen Anerkennung*)<sup>37</sup>. Ein wirklicher Ausweg aus dem aufgezeigten Dilemma wäre dies allerdings nur, wenn erstens ein hinreichendes Vertrauen in die anderen Kriminaljustiz- und Polizeirechtssysteme gerechtfertigt wäre,<sup>38</sup> zweitens ein europäischer Mindeststandard – der wohl über die Gewährleistungen der EMRK hinausgehen müsste – gewährleistet würde, drittens jedem Betroffenen ersichtlich wäre, wann er sich nach welcher Rechtsordnung zu richten hätte<sup>39</sup>, und viertens, wenn die Europäische Union zurückhaltender als bisher die Harmonisierung des materiellen Strafrechts vorantriebe.

<sup>35</sup> Siehe hierzu auch *Borowsky*, in: Leïße (Hrsg.), Die Europäische Union nach dem Vertrag von Lissabon, 2010, S. 147 (155 ff.); ähnlich *Satzger*, ZIS 2009, S. 691 (692) sowie *Rupp*, JZ 2005, S. 741 (745). *Meyer*, EuR 2011, S. 169 (171) spricht insoweit von einem fehlenden »grand design«.

<sup>36</sup> Vgl. auch *Borowsky*, in: Leïße (Hrsg.), Die Europäische Union nach dem Vertrag von Lissabon, 2010, S. 147 (157).

<sup>37</sup> Siehe hierzu, statt vieler, *Andreou*, Gegenseitige Anerkennung, 2009; *B. Hecker*, Europäisches Strafrecht, 2010, § 12 Rdn. 50 ff.; *J. Hecker*, DÖV 2006, S. 273 (276); *Satzger*, IES, § 10 Rdn. 24 ff.; *Vernimmen-Van Tiggelen* (Hrsg.), Future of Mutual Recognition, 2009; *Vogel*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Art. 82 AEUV Rdn. 5 ff.; jeweils auch mit Hinweisen zur schon länger zurückreichenden Anwendung dieses Prinzips in Bezug auf den Binnenmarkt.

<sup>38</sup> Siehe hierzu nur *Böse*, in: Schwarze (Hrsg.), Der Verfassungsentwurf des Europäischen Konvents, 2004, S. 151 (155).

<sup>39</sup> Zu solchen Divergenzkonflikten als Unterfall der Jurisdiktionskonflikte vgl. *Brodowski/Freiling*, Cyberkriminalität, Computerstrafrecht und die digitale Schattenwirtschaft, 2011, S. 167 ff.

<sup>29</sup> EuGH NJW 2009, 1801 m. Anm. u. Bespr. *Ambos*, JZ 2009, S. 468; *Braum*, ZRP 2009, S. 174; *Petri*, EuZW 2009, S. 214 und *Simitis*, NJW 2009, S. 1782; s. nun aber das anhängige Verfahren Rs. C-293/12.

<sup>30</sup> S. hierzu *Deja/Frau JURA* 2008, S. 609; *Halterm*, JZ 2007, S. 772; *Kotzur*, EuGRZ 2008, S. 673; *Meyer*, HRRS 2010, S. 74; *Sulk*, JURA 2010, S. 683 [686].

<sup>31</sup> EuGH, Rs. C-402/05 m. Bespr. *Scholz*, NvWZ 2009, S. 287; *Schmalenbach*, JZ 2009, S. 35.

<sup>32</sup> EuG, Rs. T-85/09, Rdn. 171, EuGRZ 2011, 48.

<sup>33</sup> Zu diesem Konzept vgl. grundlegend *Scott*, Institutions and Organizations, 2008, insb. S. 54 f., S. 128 ff. (zum Einfluss eines normativen Überbaus auf die Stabilität einer Institution) m. w. N.

<sup>34</sup> *H.L.A. Hart*, Concept of Law, 1994, S. 56 f., 88 ff., 108, 115 ff.

Auch auf verfahrensrechtlicher Seite wird das grundlegende Manko deutlich: Verwiesen sei exemplarisch auf die so unterschiedlich bewertete Vorratsdatenspeicherung<sup>40</sup> sowie auf die unterschiedliche Handhabung der Frage, ob ein Beschuldigter die Zugangsdaten und sonstige Passwörter zu seinen Computersystemen offenbaren muss. Im Vereinigten Königreich ist er bei Kriminalstrafe hierzu verpflichtet<sup>41</sup>, in Deutschland hingegen verstieße eine solche Vorschrift gegen das verfassungsrechtlich garantierte Verbot des Selbstbelastungszwanges (*nemo tenetur se ipsum accusare*)<sup>42</sup>. Nur auf den ersten Blick herrscht Klarheit hinsichtlich der polizeilichen Handlungsformen. Dort konzentriert sich die EU auf den Daten- bzw. Informationsaustausch<sup>43</sup>, denn dies ist nahezu das einzige, jedenfalls aber das zentrale Instrument, das ihr kompetenzrechtlich zur Verfügung steht (Art. 87 Abs. 2 lit. a AEUV). Die EU kann nämlich nicht auf eine eigene, operativ tätige Polizei zurückgreifen – auch das Europäische Polizeiamt (Europol) darf insoweit nur mit den bzw. über die Polizeien der Mitgliedstaaten tätig werden (Art. 88 Abs. 3 AEUV). Bei Lichte besehen besteht jedoch hier das Problem darin, dass polizeilich erlangte Informationen unabhängig von deren ursprünglichem Zweck – so aber das klassische deutsche datenschutzrechtliche Prinzip der Zweckbindung von Daten<sup>44</sup> – auch für andere legitime Zwecke anderer Mitgliedstaaten zur Verfügung stehen sollen (*Prinzip der Verfügbarkeit der Daten*)<sup>45</sup>.

<sup>40</sup> So einerseits BVerfGE 125, S. 260 m. Anm. u. Bespr. *Hornung/Schnabel*, DVBl 2010, 824; *Ohler*, JZ 2010, 626; *M. Schramm/Wegener*, MMR 2011, S. 9 sowie das tschechische Verfassungsgericht in dessen Urteil v. 22. 3. 2011 zu Gesetz Nr. 127/2005 und Erlass Nr. 485/200, Oberstes Verwaltungsverfahren Bulgaris, Entscheidung Nr. 13627 v. 11. 12. 2008; Oberster Gerichtshof Zyperns in den Beschwerdesachen Nr. 65/2009, 78/2009, 82/2009 und 15/2010–22/2010, 1. 2. 2011 (jeweils zitiert nach KOM[2011] 225, S. 24 f.). Diese Gerichte erachteten – jedenfalls laut Kommission – nur die konkrete Ausgestaltung der Umsetzung, nicht jedoch die RL als solche für verfassungswidrig. Siehe andererseits die Entscheidung Nr. 1258 des rumänischen Verfassungsgerichts vom 8. 10. 2009 (zitiert nach KOM[2011] 225, S. 24).

<sup>41</sup> Regulation of Investigatory Powers Act 2000, Part III, Art. 53.

<sup>42</sup> *Brodowski/Freiling*, Cyberkriminalität, Computerstrafrecht und die digitale Schattenwirtschaft, 2011, S. 132 ff.

<sup>43</sup> S. nur Ratsdok. 7120/10, S. 12 sowie ferner *Monar*, in: *Würtenberger/Gusy/Lange* (Hrsg.), *Innere Sicherheit im europäischen Vergleich*, 2012, S. 33 (42 f.).

<sup>44</sup> Siehe hierzu, statt vieler, *Hoffmann*, Zweckbindung als Kernpunkt eines prozeduralen Datenschutzansatzes, 1991; *Simitis*, NJW 1981, S. 1691.

<sup>45</sup> Explizit etwa KOM[2005] 490; s. ferner *Böse*, Grundsatz der Verfügbarkeit, 2007; *J. Hecker*, DÖV 2006, S. 273 (277 f.); *Meyer*, NSTz 2008, 188; *Satzger*, IES, § 10 Rdn. 48.

Als ein Grundprinzip europäischen Handelns lässt sich indes ein »Vorrang für Prävention und Antizipation« erkennen<sup>46</sup>. Zwar ist die Vermeidung von Schäden im Ausgangspunkt stets zu begrüßen, doch ist mit dieser Absolutheit postulierter *Primat der Prävention* bedenklich: Einschneidend sind schon jetzt die Eingriffe, die für ein nur diffus wahrnehmbares »Mehr« an Sicherheit auf Kosten von gravierenden Nebeneffekten wie Konformität<sup>47</sup>, verminderter politischer Teilhabe<sup>48</sup> oder auch reduzierter Nutzung von anonymen Beratungsdiensten<sup>49</sup> vorgenommen werden.

Zusammenfassend ist der Strategie der Inneren Sicherheit in ihrer Aussage zustimmen, dass es nun »eines umfassenderen Einvernehmens über die Vision, die Werte und die Ziele [bedarf], die die Grundlage für die innere Sicherheit«<sup>50</sup> der EU bilden. Dies zu entwickeln ist eine gesamtgesellschaftliche Aufgabe, die freilich der Integration vorausgehen müsste, statt ihr – wie bisher – nachzuhinken.

## C. Handlungszyklus und Handlungsformen im Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts

Nach dieser eher theoretischen Betrachtung der Grundfragen der Bedrohungsanalyse und der grundsätzlichen Handlungskonzepte sei nun die praktische Herangehensweise der Europäischen Union beleuchtet, wenn diese zur Gewährleistung einer vernetzten Inneren Sicherheit tätig wird. Hierbei sieht die Strategie der Inneren Sicherheit einen vierstufigen Handlungszyklus – Antizipation, Arbeitsprogramme, deren Umsetzung durch Einzelmaßnahmen und Evaluation – vor<sup>51</sup>. Zudem lassen sich nicht nur in formeller, sondern auch in materieller Sicht verschiedene Handlungsformen differenzieren.

<sup>46</sup> So als Handlungsleitlinie in Ratsdok. 7120/10, S. 2 genannt; verwiesen sei zudem auf »targeted sanctions« sowie auf die Vorverlagerung der Strafbarkeit (s. hierzu ECPI, EuCLR 2011, S. 86 [94 f.]).

<sup>47</sup> Siehe nur *Foucault*, Überwachen und Strafen, 1994.

<sup>48</sup> BVerfGE 65, S. 1 (43) (Volkszählung); BVerfGE 113, S. 29 (46).

<sup>49</sup> <http://bit.ly/maPmwx> (Stand: 1. 3. 2013) spricht von einem 10–15%igen Rückgang der Nutzung anonymer Beratungsdienste seit der Einführung der Vorratsdatenspeicherung von Verbindungsdaten.

<sup>50</sup> Ratsdok. 7120/10, S. 2.

<sup>51</sup> Ratsdok. 7120/10, S. 7 f.

## I. Handlungszyklus

Der Strategie der Inneren Sicherheit zufolge soll zunächst durch Europol, aber auch durch andere EU-Einrichtungen eine Bewertung der Bedrohungslage und der daraus resultierenden Handlungsnotwendigkeiten erfolgen (*Antizipation*). Dieser theoretisch überzeugende Ansatz einer faktenbasierten Sicherheits- und Kriminalpolitik wird jedoch sogleich konterkariert durch das bereits angesprochene, ebenfalls in der Strategie enthaltene *politische* Postulat, auf welchen Gebieten eine Bedrohung vorliege und wie dieser zu begegnen sei. Ferner verdeckt er die Regierungslastigkeit der Entscheidungsfindung: Bei Europol, aber auch bei den anderen implizit in Bezug genommenen Einrichtungen – insbesondere Eurojust, der COSI-Ausschuss (Art. 71 AEUV), der EU-Koordinator für die Terrorismusbekämpfung und auch die Kommission – handelt es sich um exekutiv dominierte Gremien, die erheblicher politischer und lobbyistischer Einflussnahme ausgesetzt sind. Ferner obliegt die Vorgabe der »strategischen Leitlinien« dem Europäischen Rat. Programmatisch liegt daher ein *Primat der Regierungen der Mitgliedstaaten* vor, und nicht etwa eine Möglichkeit der Legislative – also des Europäischen Parlaments –, die Richtlinien der Politik in entscheidendem Maße mitzubestimmen. Hierin liegt auch eine weitere Gefahr begründet, die mit »policy laundering« umschrieben wird:<sup>52</sup> In den Mitgliedstaaten unangenehme oder nicht durchsetzbare Regierungsvorhaben werden »über die Bande« auf die Ebene der Europäischen Union gespielt, dort beschlossen und sodann deren Umsetzung in den Mitgliedstaaten als unausweichliche Vorgabe »aus Brüssel« deklariert.

In einem zweiten Schritt sollen dieser Antizipation umfassende *Aktionsprogramme* folgen. Auf höchster Ebene ist hier auf das Stockholmer Programm<sup>53</sup> zu verweisen, bei dem es sich um strategische Leitlinien im Sinne des Art. 68 AEUV handelt; es ist nach dem Programm von Tampere<sup>54</sup> und dem Haager Programm<sup>55</sup> ein drittes, von den Staats- und Regierungschefs verabschiedetes Fünfjahresprogramm zur Weiterentwicklung des Raums der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts. Zu dessen Konkretisierung dient etwa die genannte Strategie der Inneren

Sicherheit, worauf die Kommission mit einer Mitteilung »Fünf Handlungsschwerpunkte für mehr Sicherheit in Europa«<sup>56</sup> reagierte, die für die Bereiche schwere und organisierte Kriminalität, Terrorismus, Cyberkriminalität, Grenzsicherung und Katastrophenschutz und -vorsorge Maßnahmenpakete vorsieht, so etwa eine Vorratsdatenspeicherung von Fluggastdatensätzen<sup>57</sup> und ein europäisches Modell zur Analyse von Finanztransaktionen zur Terrorismusbekämpfung<sup>58</sup>. Ein weiteres Aktionsprogramm zur Umsetzung des Stockholmer Programms ist etwa ein aktueller »Fahrplan zur Stärkung der Rechte und des Schutzes von Opfern, insbesondere in Strafverfahren«<sup>59</sup>.

Im dritten Schritt folgt sodann die *Umsetzung* der in den Arbeitsprogrammen vorgesehenen Maßnahmen. Die eigentliche legislative Arbeit der Gesetzgebungsorgane der Europäischen Union (Kommission, Rat sowie Europäisches Parlament) erfolgt erst an dieser Stelle. Das durch das exekutiv entstandene Arbeitsprogramm vorgegebene Grundkonzept bindet jedoch die Akteure in nicht zu unterschätzender argumentativer und auch politischer Weise. Ein an dieser Stelle beginnendes zivilgesellschaftliches Engagement und politische Diskurse über einzelne Vorhaben sind daher regelmäßig weitaus weniger effektiv, als sie bei einer rechtzeitigen Beteiligung auf den ersten beiden Stufen des Handlungszyklus sein könnten.

Als letzter Schritt des Zyklus ist jeweils eine *Evaluation* vorgesehen, aus der sodann neue Einschätzungen über die Bedrohungslage gewonnen werden können. Dabei handelt es sich jedoch im Wesentlichen um eine politische und nicht um eine wissenschaftliche Evaluation. Beispielsweise wurden in einer Bewertung der Richtlinie über die Vorratsdatenspeicherung von Telekommunikations-Verbindungsdaten anekdotische Einzelfälle zur Begründung der Sinnhaftigkeit dieses Ermittlungsinstruments herangezogen, ohne etwa darauf einzugehen, in welchem Maße auch alternative Ermittlungsansätze zielführend hätten sein können<sup>60</sup>.

<sup>52</sup> Vgl. *Westphal*, EuR 2006, S. 706 (717f.).

<sup>53</sup> ABl. 2010 C 115, S. 1.

<sup>54</sup> Schlussfolgerungen des Vorsitzes des Europäischen Rats in Tampere am 15. und 16. 10. 1999, verfügbar unter [http://www.consilium.europa.eu/ueDocs/cms\\_Data/docs/pressData/de/ec/00200-r1.d9.htm](http://www.consilium.europa.eu/ueDocs/cms_Data/docs/pressData/de/ec/00200-r1.d9.htm) (Stand: 1. 3. 2013).

<sup>55</sup> Haager Programm zur Stärkung von Freiheit, Sicherheit und Recht in der Europäischen Union (ABl. 2005 C 53, S. 1).

<sup>56</sup> KOM[2010] 673.

<sup>57</sup> KOM[2011] 32; zuletzt Ratsdok. 8196/12.

<sup>58</sup> KOM[2011] 429; zuletzt Ratsdok. 18287/11.

<sup>59</sup> Entschließung des Rates vom 10. 6. 2011 über einen Fahrplan zur Stärkung der Rechte und des Schutzes von Opfern, insbesondere in Strafverfahren (ABl. 2011 C 187, S. 1).

<sup>60</sup> KOM[2010] 385; eine umfassendere Evaluation ist nunmehr zu finden in KOM[2011] 225.

## II. Handlungsformen aus materieller und kompetenzieller Sicht

Aus materieller Sicht lassen sich fünf verschiedene Handlungsformen – Harmonisierung, Konvergenz, Kooperation, Koordination und Zentralisierung –<sup>61</sup> differenzieren, die von der Europäischen Union zur Gewährleistung einer vernetzten Inneren Sicherheit eingesetzt werden. Für sämtliche angegebene Bereiche lassen sich zudem Kompetenznormen im aktuellen Primärrecht der Europäischen Union finden. Dabei ist aber zu beachten, dass die meisten bestehenden Rechtsakte (der *acquis*) noch auf deren Vorläufernormen gestützt wurden.

Mit einer *Harmonisierung* kann die materielle Rechtslage in den verschiedenen Mitgliedstaaten angeglichen werden; allgemein bekannt ist aus dem Bereich des Zivilrechts die Harmonisierung des Verbraucherschutzes. Im strafrechtlichen Bereich wird dieses Instrument bislang hauptsächlich eingesetzt, um die Mitgliedstaaten zu verpflichten, näher ausgeführte Verhaltensweisen unter Strafe zu stellen und mindestens mit einer bestimmten Höchststrafe zu ahnden (Rechtsgrundlage: Art. 83 AEUV)<sup>62</sup>. Neuerdings erfolgt auch eine Harmonisierung von bestimmten Verfahrensgarantien<sup>63</sup> und der Opferschutzbestimmungen<sup>64</sup> (Art. 82 Abs. 2 AEUV), jedoch stets mit dem Hintergedanken, auf diese Weise das gegenseitige Vertrauen in die Justizsysteme der Mitgliedstaaten zu stärken.

Die offene Methode der Koordinierung<sup>65</sup> oder *Konvergenz*<sup>66</sup> beschreibt einen Prozess, bei dem zunächst nicht-

bindende Zielvorgaben, Entschließungen, Arbeitsprogramme oder Benchmarks – sogenanntes *soft law* – vereinbart werden; mangels rechtlicher Bindungswirkung kann dies auch ohne Kompetenztitel<sup>67</sup> sowie ohne Beteiligung der Legislative erfolgen. Mittel- und langfristig sind diese Zielvorgaben jedoch in ihrer psychologischen und auch politischen Wirkung – einer Selbstbindung – nicht zu unterschätzen, wie bereits am Beispiel der Arbeitsprogramme aufgezeigt wurde. Zudem eignen sie sich in späteren Diskussionen über die Einführung von bindendem *hard law* in idealer Weise als Argumentationsmaterial.

Der – horizontalen – *Kooperation* dienen Maßnahmen, welche die Zusammenarbeit zwischen Kriminaljustizsystemen im Generellen und zwischen Polizei- und Justizbehörden im Speziellen fördern. Drei wesentliche Teilbereiche lassen sich hierbei differenzieren: erstens die Erleichterung der Auslieferung und der sonstigen Rechts Hilfe, insbesondere durch die Instrumente, die auf dem Prinzip der gegenseitigen Anerkennung beruhen (Art. 82 Abs. 1 UAbs. 1, UAbs. 2 lit. a AEUV),<sup>68</sup> zweitens die Schaffung von Kontaktstellennetzen für den verbesserten direkten Austausch zwischen den Akteuren in den Mitgliedstaaten (Art. 82 Abs. 1 UAbs. 1, UAbs. 2 lit. d AEUV)<sup>69</sup> sowie drittens die Erleichterung des Daten- und Informationsaustauschs (Art. 87 Abs. 2 lit. a, Abs. 3 AEUV), auch durch automatisierte Abfragen, etwa im Schengener Informationssystem (SIS)<sup>70</sup>.

Einer – vertikalen – *Koordinierung* der mitgliedstaatlichen Kräfte durch einen europäischen Akteur dienen Euro-pol<sup>71</sup> (Art. 88 AEUV) und Eurojust<sup>72</sup> (Art. 85 AEUV); ferner

<sup>61</sup> Siehe nur B. Hecker, in: Schönke/Schröder (Begr.), Strafgesetzbuch, 28. Aufl., Vor § 1 Rdn. 26.

<sup>62</sup> Exemplarisch sei verwiesen auf den Rahmenbeschluss 2008/841/JI ... zur Bekämpfung der organisierten Kriminalität (ABl. 2008 L 300, S. 42) und auf die RL 2011/36/EU ... zur Verhütung und Bekämpfung des Menschenhandels und zum Schutz seiner Opfer ... (ABl. 2011 L 101, S. 1); grundsätzlich zur Strafrechtsharmonisierung Vogel, GA 2003, S. 314.

<sup>63</sup> Siehe hierzu etwa die RL 2010/64/EU ... über das Recht auf Dolmetschleistungen und Übersetzungen in Strafverfahren (ABl. 2010 L 280, S. 1).

<sup>64</sup> Siehe hierzu etwa die RL 2012/29/EU ... über Mindeststandards für die Rechte, die Unterstützung und den Schutz von Opfern von Straftaten ... (ABl. 2012 L 315, S. 57).

<sup>65</sup> Umfassend hierzu Bodewig/Voß, EuR 2010, S. 310 (320 ff.).

<sup>66</sup> Gelegentlich wird dies auch als »Assimilierung« bezeichnet. Insofern sei exemplarisch auf die bereits genannten Programme von Tampere (Fn. 53), Den Haag (Fn. 54) und Stockholm (Fn. 52) sowie auf die Entschließung des Rates vom 30. 11. 2009 über einen Fahrplan zur Stärkung der Verfahrensrechte von Verdächtigten oder Beschuldigten in Strafverfahren (ABl. 2009 C 295, S. 1) und auf die Entschließung des Rates vom 10. 06. 2011 über einen Fahrplan zur

Stärkung der Rechte und des Schutzes von Opfern, insbesondere in Strafverfahren (ABl. 2011 C 187, S. 1) verwiesen.

<sup>67</sup> Vgl. Kropp, Kooperativer Föderalismus und Politikverflechtung, 2010, S. 156 m. w. N.

<sup>68</sup> Hervorzuheben sei insoweit der Rahmenbeschluss ... über den Europäischen Haftbefehl und die Übergabeverfahren zwischen den Mitgliedstaaten, zuletzt geändert durch Rahmenbeschluss 2009/299/JI des Rates vom 26. Februar 2009 (CONSLEG 2002F0584 v. 28. 3. 2009) sowie die derzeit diskutierte Initiative für eine RL ... über die Europäische Ermittlungsanordnung in Strafsachen (partielle allgemeine Ausrichtung in Ratsdok. 11735/11 sowie Ratsdok. 18918/11).

<sup>69</sup> Paradigmatisch der Beschluss 2008/976/JI ... über das Europäische Justizielle Netz (ABl. 2008 L 348, S. 130).

<sup>70</sup> S. exemplarisch den Beschluss 2008/615/JI ... zur Vertiefung der grenzüberschreitenden Zusammenarbeit, insbesondere zur Bekämpfung des Terrorismus und der grenzüberschreitenden Kriminalität (ABl. 2008 L 210, S. 1).

<sup>71</sup> Beschluss ... zur Errichtung des Europäischen Polizeiamts (Euro-pol – ABl. 2009 L 121, S. 37).

<sup>72</sup> Beschluss ... über die Errichtung von Eurojust zur Verstärkung der Bekämpfung der schweren Kriminalität, zuletzt geändert durch den Beschluss 2009/426/JI des Rates ... (CONSLEG 2002D0187 v. 4. 6. 2009).



sei auf die Verhinderung und Beilegung von Kompetenzkonflikten verwiesen (Art. 82 Abs. 1 UAbs. 1, UAbs. 2 lit. b) AEUV)<sup>73</sup>. Europol obliegt es, Daten zusammenzutragen, zu analysieren – etwa in analytischen Arbeitsdateien – und an die relevanten Mitgliedstaaten weiterzureichen; ferner kann sich Europol koordinierend an gemeinsamen Ermittlungsgruppen beteiligen. Europol sind indes eigene Zwangsmaßnahmen verwehrt (Art. 88 Abs. 3 AEUV).

Nur in Ansätzen verwirklicht ist bislang eine *Zentralisierung*, also eine echte Verlagerung auch der operativen gefahrenabwehrenden oder strafverfolgenden Tätigkeiten auf europäische Akteure<sup>74</sup>. Für die interne Aufklärung von Korruptions- und Untreueverstößen existiert ein Europäisches Amt für Betrugsbekämpfung (OLAF);<sup>75</sup> ferner ist hinzuweisen auf die Europäische Agentur für die operative Zusammenarbeit an den Außengrenzen (FRONTEX) mit ihren Soforteinsatzteams für Grenzsicherungszwecke (RABIT)<sup>76</sup>. Diese sind allerdings bei der Durchsetzung des europäisierten Grenzübertritt- und Asylrechts den Anweisungen des jeweiligen Einsatzmitgliedstaats unterworfen<sup>77</sup>. In Bezug auf die mögliche weitere Rechtsentwicklung ist hervorzuheben, dass ausgehend von Eurojust eine Europäische Staatsanwaltschaft mit eigenen Ermittlungsbefugnissen entwickelt werden kann (Art. 86 AEUV).

### III. Handlungsformen aus formeller Sicht

Aus formeller Sicht stehen der Europäischen Union seit dem Vertrag von Lissabon grundsätzlich dieselben Handlungsformen im Bereich der Inneren Sicherheit zur Verfügung wie im bisherigen Recht der Europäischen Gemeinschaften, also namentlich Verordnungen, Richtlinien,

Beschlüsse, Empfehlungen und Stellungnahmen. In den jeweiligen Kompetenznormen der Art. 67 ff. AEUV ist jeweils verzeichnet, welche Handlungsform gewählt werden kann.

Besonders hervorzuheben sind die Richtlinien, die zwar an die Mitgliedstaaten gerichtet sind, jedoch nur »hinsichtlich des zu erreichenden Ziels verbindlich« sind und den »innerstaatlichen Stellen die Wahl der Form und der Mittel« überlassen (Art. 288 UAbs. 3 AEUV). Anders als im sonstigen Recht der Europäischen Union ist eine unmittelbare Wirkung bei fehlerhafter oder unzureichender Umsetzung nur dann anzunehmen, wenn sich keine strafbarkeitsbegründende Wirkung *contra legem* ergibt, d. h. sich das mitgliedstaatliche Recht innerhalb dessen Wortlauts richtlinienkonform auslegen lässt<sup>78</sup>.

## D. Eine Reise von Trevi über Schengen nach Lissabon

Nach dieser Betrachtung der nunmehr möglichen Handlungsformen im Bereich der Inneren Sicherheit unter Berücksichtigung des derzeit geltenden Primärrechts sei in aller gebotenen Kürze dargestellt, wie sich die Entwicklung hin zu diesem Primärrecht – aber auch zum *acquis* des Sekundärrechts – gestaltete.

### I. Trevi

Ausgangspunkt dieser Reise ist Trevi, ein Stadtteil Roms – bekannt unter anderem wegen des Trevi-Brunnens –, in dem 1975 erstmals die Innenminister der Mitgliedstaaten der damaligen Europäischen Gemeinschaften im intergouvernementalen Rahmen zusammentrafen, um den mit dem Binnenmarkt und der Freizügigkeit verbundenen Gefahren für die Innere Sicherheit zu begegnen<sup>79</sup>. Mangels eigener supranationaler Kompetenzen konnte diese nach dem ersten Tagungsort und nach deren Tätigkeitsfeld (*Terrorisme, Radicalisme, Extrémisme et Violence Internationale*) Trevi-Gruppe benannte Konfiguration nicht rechtsetzend tätig werden.

<sup>73</sup> Rahmenbeschluss 2009/948/JI ... zur Vermeidung und Beilegung von Kompetenzkonflikten in Strafverfahren (ABl. 2009 L 328, S. 42).

<sup>74</sup> Zur Frage, ob die Europäische Union – gestützt auf Art. 325 Abs. 4 AEUV – eigene supranationale Straftatbestände erlassen könnte, vgl. nur B. Hecker, *Europäisches Strafrecht*, 2010, § 4 Rdn. 80 f., § 14; noch großzügiger Satzger, *IES*, 2010, § 8 Rdn. 25 f.

<sup>75</sup> Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates ... über die Untersuchungen des Europäischen Amtes für Betrugsbekämpfung (OLAF) ..., zuletzt Ratsdok. 12735/12 ADD 1 (nicht öffentlich).

<sup>76</sup> Verordnung (EG) Nr. 2007/2004 ... zur Errichtung einer Europäischen Agentur für die operative Zusammenarbeit an den Außengrenzen der Mitgliedstaaten der Europäischen Union (ABl. 2004 L 349, S. 1); s. hierzu Fischer-Lescano/Tohidipur, *ZaöRV* 67 (2007), S. 1219. sowie Verordnung (EG) Nr. 863/2007 ... über einen Mechanismus zur Bildung von Soforteinsatzteams für Grenzsicherungszwecke ... (ABl. 2007 L 199, S. 30).

<sup>77</sup> Art. 5 Abs. 1, Art. 9 Abs. 1 Verordnung (EG) Nr. 863/2007 (s. oben Fn. 76).

<sup>78</sup> So jedenfalls die Einschränkungen zu dem Grundsatz der unmittelbaren Anwendung von Richtlinien, die der EuGH bei seiner Ausdehnung dieses Prinzips auf Rahmenbeschlüsse in den wegweisenden Urteilen »Berlusconi« (Rs. C-387/02, JZ 2005, 997) und »Pupino« (Rs. C-105/03, NJW 2005, 2839) aufgezeigt hatte.

<sup>79</sup> Vgl. nur *Ambos*, 2008, § 12 Rdn. 2 bei und mit Fn. 4 m. w. N.

## II. Übereinkommen von Schengen nebst Durchführungsübereinkommen

Ebenfalls außerhalb der Europäischen Gemeinschaften einigten sich manche Mitgliedstaaten – die Beneluxstaaten, Frankreich und Deutschland – 1985 in Schengen auf den Abschluss eines völkerrechtlichen Vertrags, der den Wegfall von Grenzkontrollen an den Binnengrenzen zum Gegenstand hatte<sup>80</sup>. Zum Ausgleich hierzu sieht dieser Vertrag bzw. das 1990 vereinbarte Schengener Durchführungsübereinkommen<sup>81</sup> die Einführung eines einheitlichen Fahndungssystems – das Schengener Informationssystem (SIS) –, ein einheitliches Visum sowie eine Verbesserung der justiziellen und polizeilichen Zusammenarbeit in Strafsachen vor. Aufgrund des 1997 vereinbarten Vertrags von Amsterdam wurden diese völkerrechtlichen Vereinbarungen sowie das auf deren Grundlage entstandene Sekundärrecht in den Rechtsrahmen der Europäischen Union übernommen<sup>82</sup>. Nach wie vor ist der Geltungsbereich von Schengen jedoch nicht identisch mit dem Territorium der Europäischen Union; so beteiligen sich etwa Norwegen, Island und die Schweiz an diesen Vertragswerken.

## III. Vertrag von Maastricht

Im Bereich der vernetzten Inneren Sicherheit läutete der Vertrag von Maastricht<sup>83</sup> 1992 eine Zeitenwende ein. Dieser sah erstmalig eine Drei-Säulen-Struktur vor, bei der sich zu den wirtschaftsbezogenen Europäischen Gemeinschaften die Gemeinsame Außen- und Sicherheitspolitik und die »Zusammenarbeit in den Bereichen Justiz und Inneres« gesellte. Allerdings handelte es sich nur um eine besonders organisierte intergouvernementale Zusammenarbeit ohne supranationale Kompetenzen. Als bindende Handlungsform bestand allein die Möglichkeit, dass die Mit-

gliedstaaten völkerrechtliche Übereinkommen abschließen konnten (Art. K.3 Abs. 2 lit. c EUV a.F.). Die nur zögerliche Ratifikation solcher Übereinkommen in den Mitgliedstaaten verdeutlicht die Langatmigkeit dieser Handlungsform – das 1995 vereinbarte Übereinkommen zum Schutz der finanziellen Interessen der Europäischen Union<sup>84</sup> konnte so beispielsweise erst 2002 in Kraft treten. Erfreulich schnell gelang es jedoch, das Europol-Übereinkommen aus dem Jahr 1995 mit Leben zu erfüllen: Das damals als Organ außerhalb der Europäischen Union geschaffene Europäische Polizeiamt (Europol)<sup>85</sup> konnte am 1. 7. 1999 seine Arbeit aufnehmen.

## IV. Vertrag von Amsterdam

Der 1997 vereinbarte Vertrag von Amsterdam<sup>86</sup> überführte nicht nur den Schengen-*acquis* in die Europäische Union,<sup>87</sup> sondern enthielt zudem erstmalig die Zielbestimmung, einen »Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts« mit Elementen der »polizeiliche[n] und justizielle[n] Zusammenarbeit in Strafsachen« zu verwirklichen. Durch einstimmigen Beschluss konnte der Ministerrat »Rahmenbeschlüsse zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten« erlassen. Im Gegensatz zu den heutigen Richtlinien bestand jedoch keine Möglichkeit für die Kommission, bei unzureichender oder verspäteter Umsetzung in nationales Recht Vertragsverletzungsverfahren vor dem EuGH anzustrengen. Dennoch war der EuGH befugt, in Vorabentscheidungsverfahren über Fragen der Auslegung von Rahmenbeschlüssen zu befinden, wenn der betreffende Mitgliedstaat diese Kompetenz gem. Art. 35 EUV a.F. dem EuGH übertrug. Hiervon machte u. a. Deutschland Gebrauch.

<sup>80</sup> Übereinkommen ... betreffend den schrittweisen Abbau der Kontrollen an den gemeinsamen Grenzen (abgedruckt in ABl. 2000 L 239, S. 13); grundlegend hierzu *di Fabio*, DÖV 1997, S. 89 (92ff.).

<sup>81</sup> Übereinkommen zur Durchführung des Übereinkommens von Schengen vom 14. Juni 1985 ... betreffend den schrittweisen Abbau der Kontrollen an den gemeinsamen Grenzen (abgedruckt in ABl. 2000 L 239, S. 19).

<sup>82</sup> Vgl. Art. 1 S. 2, Art. 2 Abs. 1 UAbs. 2 S. 2, Art. 2 Abs. 1 UAbs. 4, Abs. 5 Abs. 1 UAbs. 1 des dem Vertrag über die Europäische Union und dem Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft beigefügten Protokolls zur Einbeziehung des Schengen-Besitzstands in den Rahmen der Europäischen Union (ABl. 1997. C 340, S. 93ff.); der Schengen-*acquis* ist dargelegt in ABl. 2000 L 239.

<sup>83</sup> Vertrag über die Europäische Union (ABl. 1992 C 191).

<sup>84</sup> Übereinkommen aufgrund von Artikel K.3 des Vertrags über die Europäische Union über den Schutz der finanziellen Interessen der Europäischen Gemeinschaften (ABl. 1995 C 316, S. 49).

<sup>85</sup> Übereinkommen aufgrund von Artikel K.3 des Vertrags über die Europäische Union über die Errichtung eines Europäischen Polizeiamts (Europol-Übereinkommen – ABl. 1995 C 316, S. 2).

<sup>86</sup> Vertrag von Amsterdam zur Änderung des Vertrags über die Europäische Union, der Verträge zur Gründung der Europäischen Gemeinschaften sowie einiger damit zusammenhängender Rechtsakte (ABl. 2007 C 340, S. 1).

<sup>87</sup> Siehe hierzu bereits oben D. II. bei und mit Fn. 81.

## V. Vertrag von Nizza

Der Vertrag von Nizza<sup>88</sup> – 2002 vereinbart – brachte im Bereich der polizeilichen Zusammenarbeit nur geringe Änderungen. Strafrechtlich wurde die Einrichtung eines justiziellen Gegenpols zu Europol – Eurojust – ermöglicht; mit »justiziell« ist aus deutscher Sicht allerdings eher eine staatsanwaltliche denn eine ermittlungsrichterliche Komponente gemeint. Eurojust soll nicht nur die Kooperation zwischen den Mitgliedstaaten fördern, sondern auch koordinativ tätig sein und dabei etwa Kompetenzkonflikte schlichten. Ferner ist auf das Instrument einer »Verstärkten Zusammenarbeit« hinzuweisen: Sofern nur ein Teil der Mitgliedstaaten eine intensivere Zusammenarbeit wünschte, konnten diese voranschreiten; die verbleibenden Mitgliedstaaten waren sodann auch nicht an die hieraus resultierenden Rechtsakte gebunden. In diese Zeit fielen zudem zwei bedeutende Urteile des EuGH, demzufolge auch im Bereich des Gemeinschaftsrechts die Mitgliedstaaten als *ultima ratio* zum Erlass strafrechtlicher Normen verpflichtet werden konnten<sup>89</sup>.

## VI. Vertrag von Prüm

Die Beneluxstaaten, Spanien, Frankreich, Österreich und Deutschland beschlossen im Jahr 2005 im rheinland-pfälzischen Prüm eine verstärkte Zusammenarbeit im Bereich der Verfolgung grenzüberschreitender Kriminalität,<sup>90</sup> weite Teile hiervon wurden 2008 in den Rechtsrahmen der Europäischen Union überführt<sup>91</sup>. Der Vertrag von Prüm erlaubt auf operativer Seite unter anderem gemeinsame Polizeieinsätze, Nacheile und den Einsatz von Flugsicherheitsbegleitern (sky marshals); bedeutsamer erscheinen jedoch die Bestimmungen über den polizeilichen Datenaustausch: Die Vertragsstaaten ermöglichen gegenseitig Abfragen auf DNA-, Fingerabdruck- und KFZ-Datenban-

<sup>88</sup> Vertrag von Nizza zur Änderung des Vertrages über die Europäische Union, der Verträge zur Gründung der Europäischen Gemeinschaften sowie einiger damit zusammenhängender Rechtsakte (ABl. 2001 C 80, S. 1; konsolidierte Fassung in ABl. 2002 C 325, S. 1).

<sup>89</sup> EuGH, Rs. C-176/03 m. Anm. u. Bespr. Heger, JZ 2006, S. 310 und Böse, GA 2006, S. 211 sowie EuGH, Rs. C-440/05.

<sup>90</sup> Vertrag ... über die Vertiefung der grenzüberschreitenden Zusammenarbeit, insbesondere zur Bekämpfung des Terrorismus, der grenzüberschreitenden Kriminalität und der illegalen Migration (BGBl. 2006 II S. 628).

<sup>91</sup> Beschluss 2008/615/JI ... zur Vertiefung der grenzüberschreitenden Zusammenarbeit, insbesondere zur Bekämpfung des Terrorismus und der grenzüberschreitenden Kriminalität (ABl. 2008 L 210, S. 1) nebst Durchführungsbeschluss (ABl. 2008 L 210, S. 12).

ken, bei denen jedoch nur »Treffer« bzw. »kein Treffer« ausgegeben wird. Im Falle eines Treffers ist sodann auf üblichem Wege auf einen vollständigen Datenaustausch bzw. auf sonstige Rechtshilfe hinzuwirken.

## VII. Vertrag von Lissabon

Nachdem der Vertrag über eine Verfassung für Europa<sup>92</sup> scheiterte, wurde dessen materieller Kern im Jahr 2007 in den Vertrag von Lissabon<sup>93</sup> übernommen<sup>94</sup>. Dieser Vertrag, der am 1. 12. 2009 in Kraft trat, brachte umfangreiche Änderungen mit sich: Die Charta der Grundrechte erlangte Rechtsnatur auf Ebene des Primärrechts (Art. 6 Abs. 1 EUV). Die bisherige dreigliedrige Säulenstruktur wurde vereinigt. Damit wurden auch die Handlungsformen, u. a. Richtlinien und Verordnungen, vereinheitlicht. Erstmals ist das Europäische Parlament an Gesetzgebungsverfahren im Bereich der Inneren Sicherheit umfassend und grundsätzlich gleichberechtigt beteiligt. Manche Sonderbestimmungen gelten für die polizeiliche und justizielle Zusammenarbeit indes fort: So liegt das Initiativrecht nach wie vor nicht allein bei der Kommission, sondern auch bei einem Viertel der Mitgliedstaaten (Art. 76 AEUV). Unbeschadet dieser gravierenden Veränderungen gelten das bisherige Recht und insbesondere die Rahmenbeschlüsse und Übereinkommen bis zu deren Änderung oder Aufhebung fort. Allerdings ist die Kommission erst ab dem 1. 12. 2014 befugt, wegen unzureichender Umsetzung alten Rechts Vertragsverletzungsverfahren einzuleiten<sup>95</sup>.

## E. Zur Trias der Kritikpunkte am »Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts«

Was bedeuten nun diese Änderungen durch den Vertrag von Lissabon für die drei wesentlichen Kritikpunkte am »Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts« – dass der Grundrechtsschutz im Allgemeinen und das Recht auf informationelle Selbstbestimmung im Speziellen nur

<sup>92</sup> Vertrag über eine Verfassung für Europa (ABl. 2004 C 310, S. 1).

<sup>93</sup> Vertrag von Lissabon zur Änderung des Vertrags über die Europäische Union und des Vertrags zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft (ABl. 2007 C 306, S. 1); konsolidierte Fassung in ABl. 2012 C 326, S. 1.

<sup>94</sup> S. nur Weber, BayVBl. 2008, S. 485 (485).

<sup>95</sup> Art. 9, 10 Protokoll Nr. 36 über die Übergangsbestimmungen (ABl. 2012 C 326, S. 322).

unzureichend gewährt werde, dass nur unzureichende Rechtsschutzmöglichkeiten bestünden, und dass ein Demokratiedefizit vorliege?<sup>96</sup>

## I. Mangelnder Grundrechtsschutz?

Vor dem Vertrag von Lissabon behalf man sich in Ermangelung eines expliziten, rechtlich bindenden Grundrechtekatalogs in der Europäischen Union mit zwei Kunstgriffen: Erstens sei die Geltung der Grundrechte Bestandteil der gemeinsamen Verfassungstraditionen der Mitgliedstaaten und erlangten daher auch Geltung in der Europäischen Union;<sup>97</sup> zweitens seien alle Mitgliedstaaten der Europäischen Union zugleich auch Vertragsstaaten der EMRK. Nach einer Änderung der EMRK und aufgrund des geänderten Primärrechts begehrt nun die EU, der EMRK beizutreten. Die dabei diskutierten Einschränkungen und Abschwächungen der Bindung der EU an die EMRK lassen diesen an sich so erfreulichen Schritt jedoch in zwiespältigem Licht erscheinen<sup>98</sup>.

Ähnliches gilt für die Charta der Grundrechte: Im Grundsatz ist es zu begrüßen, dass diese im Ausgangspunkt eine dem Primärrecht gleichrangige Geltung erlangt hat. Von deren Gewährleistungen sei zunächst Art. 6 EGRC hervorgehoben, dessen »Recht auf ... Sicherheit« gleich Art. 6 EMRK nicht mit einem »Grundrecht auf Sicherheit« und damit auf staatlichen Schutz vor Gefährdungen durch private Dritte gleichzusetzen ist, sondern sich ausschließlich auf die Freiheit der Person, die Sicherheit während Freiheitsentziehungen und damit Sicherheit vor staatlicher Willkür bezieht<sup>99</sup>. Art. 8 EGRC garantiert das »Recht auf Schutz ... personenbezogene[r] Daten«. Art. 50 EGRC schließlich verankert einen europäisch-transnationalen Strafklageverbrauch (*ne bis in idem*) auf primärrechtlicher Ebene<sup>100</sup>. Bei näherer Betrachtung zeigen sich jedoch erhebliche Kritikpunkte an der Charta der Grundrechte, beginnend bei den Vorbehalten des Ver-

einigten Königreichs, Polens und bald auch der Tschechischen Republik. Noch problematischer ist allerdings der unklare sachliche Anwendungsbereich nach der »Angstklausele« des Art. 51 Abs. 1 EGRC, demzufolge die Charta »ausschließlich bei der Durchführung von Unionsrecht« (engl.: »when implementing ...«) gelte. Dies legt einen eng begrenzten Anwendungsbereich nahe, der sich im Wesentlichen auf die legislative und exekutive – nicht jedoch judikative? – Umsetzung europäischer Vorgaben in nationales Recht beschränken könnte<sup>101</sup>. Ob dies auch bei europäisierten Strafverfahren und europäisierten polizeilichen Maßnahmen der Fall ist, bislang unterschiedlich gesehen<sup>102</sup>. Am gravierendsten erscheint jedoch, dass die Charta nur eine undifferenzierte Schrankenbestimmung enthält (Art. 52 Abs. 1 EGRC)<sup>103</sup>. Dies ermöglicht eine deutlich wertungsoffener Interpretation und Fortentwicklung – also auch Einschränkung – der Grundrechtsgewährleistungen, anstatt durch Eingriffstypisierungen und qualifizierte Schrankenbestimmungen eine unantastbare Grundstrukturierung vorzugeben.

## II. Unzureichender Rechtsschutz?

Eng mit dem Vorwurf mangelhafter materieller Grundrechtsgewährleistungen verbunden ist der Vorwurf, es bestünden nur unzureichende Möglichkeiten eines effektiven gerichtlichen Rechtsschutzes. Bezogen auf »targeted sanctions« dauerte es in der Tat, bis die europäischen Gerichte sich ihrer Verantwortung zur Gewährleistung effektiven Rechtsschutzes bewusst wurden; inzwischen ist jedoch festzustellen, dass in diesem Fall die anderen Organe der Europäischen Union die Gerichtsentscheidungen faktisch ignorieren<sup>104</sup>. Bezogen auf Europol lassen sich etliche Verbesserungen aufzeigen: Zunächst außerhalb der Europäischen Union geschaffen und mit einem bloß unzureichenden internen Rechtsbehelfsverfahren aus-

<sup>96</sup> Vgl. hierzu von Arnauld, JA 2008, S. 327 (330 ff.); Monar, in: Württemberg/Gusy/Lange (Hrsg.), Innere Sicherheit im europäischen Vergleich, 2012, S. 33 (48 f.) weist zudem auf die unzureichende Umsetzung der europäischen Vorgaben durch die Mitgliedstaaten hin.

<sup>97</sup> Statt vieler Oppermann/Classen/Nettesheim, 2009, § 18 Rdn. 4 f.

<sup>98</sup> Vgl. hierzu Brodowski, ZIS 2011, 940 (940); Brodowski, ZIS 2012, 558 (558 f.).

<sup>99</sup> Siehe hierzu die »gebührend« zu berücksichtigenden (Art. 6 Abs. 1 UAbs. 3 EUV) Erläuterungen zur Charta der Grundrechte (ABl. 2007 C 303, S. 17 [20]), die allein auf Art. 5 EMRK verweisen; a. A. Denninger, in: Hauster/Rudolph (Hrsg.), Vom Rechtsstaat zum Präventionsstaat, 2008, S. 85 (87 f.).

<sup>100</sup> Burchard/Brodowski, StraFo 2010, S. 179 (179).

<sup>101</sup> Borowsky, in: Meyer (Hrsg.), Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 2011, Art. 51 Rdn. 24 ff.; zu recht kritisch Hartje, in: Schwarze (Hrsg.), EU-Kommentar, 2009, Art. 51 GRC Rdn. 16 f. m. w. N.

<sup>102</sup> Vgl. einerseits EuGH, Urt. v. 26.2.2013, Rs. C-617/10 (Fransson) BGHSt 56, S. 11; OLG Stuttgart StV 2010, S. 262; andererseits noch die Schlussanträge des GA Villalón in Rs. C-617/10 (Fransson).

<sup>103</sup> Nur Art. 1 EGRC ist explizit abwägungsfest ausgestaltet, ferner dürften Art. 2 Abs. 2, Art. 4, Art. 5 Abs. 1 und Abs. 3 EGRC implizit abwägungsfest sein. Zur »großzügigen« ... Anerkennung hoheitlicher Eingriffsmöglichkeiten auf der Schrankenseite« in der Rechtsprechung des EuGH s. auch Oppermann/Classen/Nettesheim, 2009, § 37 Rdn. 2 m. w. N.

<sup>104</sup> S. hierzu oben B. II. bei und mit Fn. 30 ff.



gestattet,<sup>105</sup> ist seit der Übernahme in den Rechtsrahmen der Europäischen Union auch umfassender Rechtsschutz vor dem EuG und dem EuGH eröffnet.

In praktischer Sicht nach wie vor ungelöst ist jedoch das Problem, dass im Zusammenspiel der verschiedenen nationalen Kriminaljustiz- und Polizeisysteme und der europäischen Akteure höchst unterschiedliche Rechtsschutzformen bestehen, die jeweils nur über Teilaspekte befinden. Dabei können – wie zunächst etwa bei den »targeted sanctions« – durchaus gewichtige Aspekte von den jeweils angerufenen Gerichten ausgeklammert werden mit dem Hinweis, für jene sei eine andere Ebene zuständig, für die das angerufene Gericht gerade keine judikative Gewalt ausüben könne. Dass ein solches Weiterreichen von sogenannten »hot potatoes«, ein nur lückenhaftes Zusammenspiel der Gerichte und ein jeweils nur fragmentarisch gewährleisteter Rechtsschutz ineffektiv ist, liegt auf der Hand. Bezüglich dieses Aspekts ist daher nach wie vor Wachsamkeit geboten<sup>106</sup>.

### III. Zu geringe demokratische Legitimation?

Die demokratische Legitimation der Rechtsetzung auf europäischer Ebene hat sich im Bereich der Inneren Sicherheit signifikant verbessert: War vor Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon nur eine indirekte Legitimation über die Regierungen der Mitgliedstaaten und den von diesen entsandten Fachministern im Rat gegeben, ist nunmehr auch das Europäische Parlament<sup>107</sup> im Ausgangspunkt gleichberechtigt an der Gesetzgebung beteiligt. Drei Schwachpunkte bestehen jedoch fort: erstens das programmatische Primat der Regierungen der Mitgliedstaaten, denn die Staats- und Regierungschefs legen gem. Art. 68 AEUV die »strategischen Leitlinien« fest, zweitens die wenig klaren Entscheidungsprozesse und Handlungszyklen einschließlich »policy laundering« sowie eine Dominanz des »soft law«, die zu einer unzureichenden politischen Wahrnehmung und Willensbildung auf europäischer Ebene führen, sowie drittens das fehlende Initiativrecht des Parlaments.

**105** Zur Kritik hieran s. nur *Ambos*, 2008, § 13 Rdn. 14 ff.; *Beaucamp*, DVBl. 2007, S. 802; differenzierend *di Fabio*, DÖV 1997, S. 89 (96 ff.).

**106** Zu alledem *Rohleder*, Grundrechtsschutz im europäischen Mehrebenen-System, 2009; *Vofkuhle*, NVwZ 2010, S. 1.

**107** Zur Kritik an dessen demokratischer Legitimation s. nur BVerfGE 123, S. 267 (373 ff., insb. 377).

## F. Fazit

Die durch den Vertrag von Lissabon bewirkten Änderungen des primärrechtlichen Rahmens können daher die drei bislang dominierenden Kritikpunkte am »Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts« zwar nicht vollständig ausräumen, führen aber zu erheblichen Verbesserungen der demokratischen Legitimation und des (Grund-)Rechtsschutzes. Die entsprechenden primärrechtlichen Vorgaben müssen jedoch auch in der Praxis aktiv genutzt werden; dies schließt ein, dass das Europäische Parlament und der Europäische Gerichtshof ihre politischen Rollen im veränderten Rechtsrahmen neu definierten Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts finden müssen. Ob das Europäische Parlament hier zum grundrechtsschonenden und sicherheitsrechtlich skeptischen Gegenspieler des Rates wird? Zunächst sah es ganz danach aus, als das Europäische Parlament das erste Abkommen mit den USA ablehnte, das deren Zugriff auf etliche Finanztransaktionsdaten für Zwecke der Terrorismusbekämpfung erlauben sollte. Inzwischen aber zeigen sich auch durchaus punitive Tendenzen im Europäischen Parlament – so etwa bezüglich der Einziehung und des Verfalls mutmaßlich kriminell erlangten Vermögens<sup>108</sup>.

Bei aller Notwendigkeit, eine vernetzte Innere Sicherheit der europäischen Staaten zu entwickeln, zeigt sich jedoch immer deutlicher, dass das bisherige Primär- und Sekundärrecht auf sandigem Boden fußt: Eine stabile Grundlage von Handlungskonzepten und ein gemeinsames Grundverständnis einer Sicherheits- aber auch einer Wagniskultur<sup>109</sup> besteht nur in unzureichender und zu wenig ausdifferenzierter Weise. Das wachsende Bewusstsein der Akteure in der Europäischen Union für den Grundrechtsschutz und für das Verhältnismäßigkeitsprinzip ist daher ein zu begrüßender, wenn auch zu langsam erfolgter erster Schritt. Weitere Entwicklungen müssen folgen, insbesondere eine verstärkte Einbindung der Bürger in den europäischen Willensbildungsprozess, eine umfassende Achtung der Freiheitsräume der Bürger – welche anerkennt, dass gewisse Gefahren zum Schutze der Freiheit hinzunehmen sind –, und schließlich die fortdauernde Überzeugung und Begeisterung der Bürger für Europa, auch und gerade in wirtschaftlich schwierigen Zeiten<sup>110</sup>.

**108** Vgl. die Darstellung bei *Brodowski*, ZIS 2012, 558 (560, 563 f.).

**109** Vgl. *Gerhold*, Sicherheit in Zukunft, 2010, S. 28.

**110** Vgl. *Oppermann*, Europarecht, 2005, § 1; s. ferner *Habermas*, Zur Verfassung Europas, 2011; zum (demokratischen) Bürgerbezug eines modernen europäischen Strafrechts s. zudem *Vogel*, GA 2002, S. 17 (534).