

Das Vollstreckungselement des Art. 54 SDÜ im Spannungsfeld zwischen Europäisierung und nationalen Sicherheitsinteressen

Plädoyer für einen vermittelnden Standpunkt

Von Dr. Erik Duesberg, Münster

I. Einleitung

Im September 2014 wurde Zoran Spasic durch das AG Regensburg wegen Betrugs und versuchten Betrugs zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von drei Jahren und sechs Monaten verurteilt, nachdem das Tribunale ordinario di Milano bereits zwei Jahre zuvor wegen derselben Tat eine bis heute nicht vollstreckte einjährige Freiheitsstrafe ausgesprochen hatte. Im August 2009 verurteilte das LG München¹ den damals 90-jährigen Josef Scheungraber wegen im zweiten Weltkrieg verübter rachsüchtiger Tötungen unschuldiger Zivilisten zu lebenslanger Freiheitsstrafe, obwohl wegen derselben Tat bereits ein – wiederum nie vollstrecktes – Urteil eines Militärgerichts im italienischen La Spezia ergangen war. Kurze Zeit später sah sich auch das LG Aachen² trotz einer vorangegangenen rechtskräftigen aber nie vollstreckten ausländischen Verurteilung durch den Sondergerichtshof zu Amsterdam nicht daran gehindert, den Naziverbrecher Heinrich Boere wegen niederträchtiger Vergeltungsmorde zu lebenslanger Freiheitsstrafe zu verurteilen.

Doppelverurteilungen wie diese wirken in einem auf gegenseitigem Vertrauen in die nationalen Strafrechtspflegesysteme samt wechselseitiger Anerkennung nationaler justizieller Entscheidungen aufbauenden europäischen Freiheitsraum äußerst deplatziert. Die Entscheidungen der deutschen Gerichte mögen insofern als von antiquiertem Souveränitätsstreben geleitete nationale Alleingänge zu Lasten bereits verurteilter Straftäter erscheinen. Unter Sicherheitsgesichtspunkten mag man die Gerichtsentscheidungen hingegen – zumindest ihrer grundlegenden Zielsetzung nach – begrüßen. Denn die nochmaligen Verurteilungen Spasics, Scheungrabers und Boeres wurzelten in dem Bestreben, verurteilte Straftäter im Interesse einer funktionsfähigen, abschreckenden und von den Normadressaten akzeptierten Strafrechtspflege einer Strafvollstreckung zuzuführen, die im Ersturteilsstaat unterblieben war.³

Dieser Konflikt zwischen Freiheits- und Sicherheitsbedürfnissen bildet den Anlass, die Zulässigkeit europäischer

Doppelbestrafungen, wie sie in den Rechtssachen Spasic, Scheungraber und Boere ergingen, zu untersuchen.

II. Normative Ausgangslage

In der deutschen Rechtsordnung findet sich ein Doppelbestrafungsverbot in Art. 103 Abs. 3 GG. Die Norm bindet – ebenso wie nationale ne bis in idem-Vorschriften anderer Mitgliedstaaten der Europäischen Union – allein die nationale Strafjustiz.⁴ Für ausländische Strafverfolgungsbehörden und Gerichte vermag sie insofern keine Bindungswirkung zu entfalten, als das völkerrechtlich anerkannte Prinzip der souveränen Gleichheit aller Staaten verbietet, einem anderen Staat eigenmächtig die Durchsetzung seines souveränitätsgetragenen Strafanspruchs zu untersagen.⁵ Völkerrechtlich zulässig wäre hingegen eine Selbstbeschränkung der nationalen Jurisdiktion, indem ausländische Aburteilungen im Inland als Verfolgungshindernis anerkannt werden. In Deutschland entschied man sich gegen ein solches Erledigungsprinzip. Seither normierte zunächst § 7 RStGB, dass bereits im Ausland verurteilte Straftäter grundsätzlich nochmals im Inland abgeurteilt werden dürfen. Heute wird dieses Ergebnis aus einem Gegenschluss zu § 51 Abs. 3 StGB hergeleitet. Im Falle einer Verurteilung ist die ausländische Strafe allerdings grundsätzlich auf die in Deutschland verhängte Sanktion anzurechnen.⁶ Der Verfassungsgeber legte diese gesetzgeberische Entscheidung bei Erlass des offen formulierten Art. 103 Abs. 3 GG zugrunde.⁷ Art. 25 GG, der allgemeinen Regeln des Völkerrechts Vorrang vor den einfachen Gesetzen zuschreibt,⁸ steht dieser Regelung schon insofern nicht entgegen, als ein zwischenstaatliches Erledigungsprinzip man-

¹ LG München I, Urt. v. 11.8.2009 – 1 Ks 115 Js 10394/07.

² LG Aachen, Urt. v. 23.3.2010 – 52 Ks 45 Js 18/83 – 10/09 = StraFo 2010, 190.

³ Im Fall Spasic hielt das AG Regensburg eine nochmalige Verurteilung mit anschließender Strafvollstreckung für erforderlich, weil sich die italienische Justiz aufgrund eines haftbedingten Aufenthalts Spasics in Österreich nicht weiter um eine Vollstreckung der zuvor verhängten Strafe bemüht hatte. Mit den Verurteilungen Boeres und Scheungrabers wollten die deutschen Landgerichte einen Vollstreckungstitel schaffen, um vor ausländischer Strafvollstreckung geflohene Naziverbrecher endlich einer gerechten Bestrafung zuführen zu können.

⁴ BVerfGE 12, 62 (66); 75, 1 (18); BVerfG NJW 2012, 1202 (1203); *Ambos*, Internationales Strafrecht, 4. Aufl. 2014, § 4 Rn. 5; *Satzger*, Internationales und Europäisches Strafrecht, 7. Aufl. 2015, § 10 Rn. 65; *Weißer*, in: Schulze/Zuleeg/Kadelbach (Hrsg.), Europarecht, 3. Aufl. 2015, § 42 Rn. 125; *dies.*, ZJS 2014, 589.

⁵ Vgl. nur *Weißer*, ZJS 2014, 589.

⁶ Siehe auch § 153c Abs. 2 StPO sowie § 450a StPO. Das Anrechnungsprinzip trägt dem Übermaßverbot Rechnung, vgl. BVerfGE 29, 312 (316); 71, 1 (16); *Eckstein*, ZStW 124 (2012), 490 (497).

⁷ Vgl. Parlamentarischer Rat, Schriftlicher Bericht zum Entwurf des Grundgesetzes der Bundesrepublik Deutschland, 1948/1949, Drs. 850 und 854, S. 49; siehe auch BVerfG HRRS 2008, Nr. 378, Rn. 18 f.; *Merkel/Scheinfeld*, ZIS 2012, 206 (207).

⁸ Näher zum Anwendungsvorrang allgemeiner Regeln des Völkerrechts gem. Art. 25 GG, BVerfGE 23, 288 (316 f.); 36, 342 (365); *Jarass/Pieroth*, Kommentar, Grundgesetz, 14. Aufl. 2016, Art. 25 Rn. 14; *Stein/v. Buttlar/Kotzur*, Völkerrecht, 14. Aufl. 2017, Rn. 202.

gels entsprechenden Konsenses der Staatengemeinschaft keine allgemeine Regel des Völkerrechts darstellt.⁹

Im Gegensatz zur rein innerstaatlichen Ausrichtung der deutschen *ne bis in idem*-Regelung finden sich auf europäischer Ebene mit Art. 54 des Schengener Durchführungsübereinkommens (SDÜ) und Art. 50 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union (GRC) gleich zwei zwischenstaatliche Doppelbestrafungsverbote. Art. 54 SDÜ geht auf eine Einigung zwischen Belgien, Deutschland, Frankreich, den Niederlanden und Luxemburg aus dem Jahre 1990 zurück. Die Vertragsstaaten vereinbarten einen wechselseitigen Verzicht auf die Ausübung souveränitätsgetragener Strafgewalt zum Zwecke einer Vermeidung freiheitsbeschränkender Doppelbestrafungen.¹⁰ In einem Vertragsstaat bereits rechtskräftig abgeurteilte Personen sollten sich grundsätzlich darauf verlassen können, nicht nochmals wegen derselben Sache in einem anderen Vertragsstaat verfolgt und ggf. bestraft zu werden. Zudem sollte einer Ressourcenverschwendung durch mehrfache Verfolgungen ein und derselben Tat vorgebeugt werden. Im Jahre 1999 wurde Art. 54 SDÜ im Zuge des Amsterdamer Vertrages in den Rechtsbesitzstand der Europäischen Union überführt.¹¹ Die Norm galt fortan in den Mitgliedstaaten der Union¹² im Rang von EU-Sekundärrecht.

⁹ BVerfGE 75, 1 (18); BVerfG NJW 2012, 1202; BGHSt 34, 334 (340); 46, 93 (106); 51, 150 (155 f.).

¹⁰ Vgl. EuGH, Urt. v. 11.2.2003 – Rs. C 187/01 und C-385/01 (Gözütok und Brügge) = Slg. 2003, I-1345, Rn. 33; Böse, GA 2003, 744 (752 f., 760).

¹¹ Siehe das Protokoll zur Einbeziehung des Schengen-Besitzstands in den Rahmen der Europäischen Union v. 2.10.1997, ABl. EG 1997 Nr. C 340, S. 93.

¹² Im Vereinigten Königreich und Irland gilt das SDÜ nur eingeschränkt. An Art. 54-58 SDÜ sind beide Staaten allerdings derzeit – zumindest bis zur Vollziehung des votierten EU-Austritts – grundsätzlich gebunden, vgl. hinsichtlich des Vereinigten Königreichs Art. 1 lit. a, lit. i des Beschlusses 2000/365/EG des Rates v. 29.5.2000 zum Antrag des Vereinigten Königreichs Großbritannien und Nordirland, einzelne Bestimmungen des Schengen-Besitzstands auf sie anzuwenden, ABl. EG 2000 Nr. L 131, S. 44 i.d.F. des Beschlusses 2014/857/EU des Rates v. 1.12.2014, ABl. EU 2014 Nr. L 345, S. 3; Art. 1 Abs. 1 des Beschlusses 2004/926/EG des Rates v. 22.12.2004 über das Inkraftsetzen von Teilen des Schengen-Besitzstands durch das Vereinigte Königreich Großbritannien und Nordirland, ABl. EU 2004 Nr. L 395, S. 70; hinsichtlich Irland Art. 1 lit. a, lit. i Beschluss 2002/192/EG des Rates v. 28.2.2002 zum Antrag Irlands auf Anwendung einzelner Bestimmungen des Schengen-Besitzstands auf Irland, ABl. EG 2002 Nr. L 64, S. 21. Zu Besonderheiten in Dänemark, Bulgarien, Rumänien, Kroatien und Zypern vgl. Esser, *Europäisches und Internationales Strafrecht*, 3. Aufl. 2016, § 4 Rn. 17; Röben, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), *Das Recht der Europäischen Union*, 57. Lfg., Stand: August 2015, Art. 67 AEUV Rn. 151; Weißer (Fn. 4 – Europarecht), § 42 Fn. 32. Neben den EU-Staaten sind auch Island, Liechtenstein, Norwegen und die Schweiz am SDÜ beteiligt.

Art. 50 GRC normiert seit 2009 ein zwischenstaatliches europäisches Doppelbestrafungsverbot als Justizgrundrecht im Rang von Unionsprimärrecht, vgl. Art. 6 Abs. 1 EUV.¹³ Die Norm trägt der fortgeschrittenen Europäisierung vor allem im Bereich der justiziellen Zusammenarbeit in Strafsachen Rechnung. In einem auf Kooperation und gegenseitigem Vertrauen aufbauenden einheitlichen Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts i.S.d. Art. 3 Abs. 2 EUV sollten Doppelbestrafungen fortan grundsätzlich ausgeschlossen sein.

Sowohl Art. 50 GRC als auch Art. 54 SDÜ normieren – unter Verwendung unterschiedlicher Terminologien – als Voraussetzung eines europäischen Strafklageverbrauchs eine rechtskräftige Aburteilung derselben Tat.¹⁴ Darüber hinaus verlangt allein Art. 54 SDÜ, dass im Falle einer vorangegangenen Verurteilung die verhängte Sanktion bereits vollstreckt worden ist, gerade vollstreckt wird oder nach dem Recht des Urteilsstaats nicht mehr vollstreckt werden kann. In den Rechtssachen Spasic, Boere und Scheungraber kam es entscheidend darauf an, ob dieses Vollstreckungselement mit Inkrafttreten des ohne eine solche Voraussetzung formulierten Art. 50 GRC im Jahre 2009 entfallen ist oder aber als

¹³ Art. 50 GRC bindet die Mitgliedstaaten der Union gem. Art. 51 Abs. 1 S. 1 GRC, wenn sie „Unionsrecht durchführen“. Berufen sich nationale Strafverfolgungsbehörden oder Gerichte aufgrund einer vorangegangenen Aburteilung in einem EU-Mitgliedstaat auf das Prinzip *ne bis in idem*, praktizieren sie das Prinzip gegenseitiger Anerkennung i.S.d. Art. 82 Abs. 1 AEUV, vgl. Satzger (Fn. 4), § 10 Rn. 70; Weißer (Fn. 4 – Europarecht), § 42 Rn. 126, ebenso wie das – im Falle mehrfacher Strafverfolgungen innerhalb der EU beschränkte – Freizügigkeitsrecht i.S.d. Art. 21 AEUV, vgl. Böse, in: Esser/Günther/Jäger/Mylonopoulos/Öztürk (Hrsg.), *Festschrift für Hans-Heiner Kühne zum 70. Geburtstag*, 2013, S. 519 (525); ders., GA 2011, 504 (505); Weißer (Fn. 4 – Europarecht), § 42 Rn. 126; siehe auch BGH NJW 2014, 1025 (1027). Eine Durchführung von Unionsrecht i.S.d. Art. 51 Abs. 1 S. 1 GRC liegt dann vor. Zur innerstaatlichen sowie supranationalen Dimension des Art. 50 GRC vgl. Eser, in: Meyer (Hrsg.), *Charta der Grundrechte der Europäischen Union*, 4. Aufl. 2014, Art. 50 GRC Rn. 5 ff.; Stalberg, *Zum Anwendungsbereich des Art. 50 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union*, 2013, S. 41 ff., 213 ff., 295 ff.

¹⁴ Vgl. im Einzelnen zum Tatbegriff EuGH, Urt. v. 9.3.2006 – Rs. C-436/04 (van Esbroeck) = Slg. 2006, I-2333, Rn. 42; Urt. v. 28.9.2006 – Rs. C-150/05 (van Straaten) = Slg. 2006, I-9327, Rn. 53; Urt. v. 18.7.2007 – Rs. C-288/05 (Kretzinger) = Slg. 2007, I-6441, Rn. 37; Urt. v. 18.7.2007 – Rs. C-367/05 (Kraaijenbrink) = Slg. 2007, I-6619, Rn. 36; Duesberg, *Der Tatbegriff in §§ 3 und 9 Abs. 1 StGB*, 2016. Zum Merkmal der „rechtskräftigen Aburteilung“ vgl. EuGH, Urt. v. 11.2.2003 – Rs. C 187/01 und C-385/01 (Gözütok und Brügge) = Slg. 2003, I-1345; Urt. v. 5.6.2014 – Rs. C-398/12 (M.); Hecker, *Europäisches Strafrecht*, 5. Aufl. 2015, § 13 Rn. 23 ff.; Mansdörfer, *Das Prinzip des ne bis in idem im europäischen Strafrecht*, 2004, S. 171 ff.

Voraussetzung europäischen zwischenstaatlichen Strafklageverbrauchs fortgilt.

III. Pauschale Fortgeltung des Vollstreckungselements

Die Landgerichte Aachen¹⁵ und München¹⁶ stellten sich in den Rechtssachen Boere und Scheungraber auf den Standpunkt, das Vollstreckungselement des Art. 54 SDÜ gelte nach Inkrafttreten des Art. 50 GRC fort. Mangels Vollstreckung der – nach italienischem bzw. niederländischem Recht vollstreckbaren – Urteile des italienischen Militärgerichts bzw. des niederländischen Sondergerichtshofs sahen sie die Voraussetzungen des europäischen Doppelbestrafungsverbots als nicht erfüllt an. Der BGH¹⁷ bestätigte die Entscheidungen der Landgerichte, ohne dem EuGH die Frage nach der Fortgeltung des Vollstreckungselements zur Vorabentscheidung vorzulegen. Zu einem Vorabentscheidungsverfahren kam es erst in der Rechtssache Spasic, nachdem das mit einer Haftbeschwerde befasste OLG Nürnberg¹⁸ an der Fortgeltung des Vollstreckungselements zweifelte. Der EuGH¹⁹ sprach sich für eine Fortgeltung des Vollstreckungselements aus und bekräftigte damit die allein den Aspekt der Sicherheit hervorhebende Vorgehensweise der nationalen Gerichte, verurteilte Straftäter im Wege der Doppelbestrafung einer Strafvollstreckung zuzuführen. Teile des Schrifttums²⁰ teilen diese Auffassung.

Methodisch wird die Fortgeltung des Vollstreckungselements vor allem mit der Erwägung begründet, Art. 54 SDÜ statuiere eine legitime Beschränkung des Justizgrundrechts aus Art. 50 GRC i.S.d. Art. 52 Abs. 1 GRC. Demnach sind Einschränkungen der Charta-Grundrechte zulässig, wenn sie gesetzlich vorgesehen sind, den Wesensgehalt des Grundrechts achten und dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz genügen.²¹ Das in Art. 54 SDÜ vorgesehene Vollstreckungsele-

ment verfolge mit der Erwägung, Straftäter einer im Ersturteilsstaat unterbliebenen Strafvollstreckung zuführen zu können, eine verhältnismäßige Zielsetzung.²² Der Wesensgehalt des europäischen Doppelbestrafungsverbots aus Art. 50 GRC werde gewahrt, weil zwischenstaatliche Doppelurteile derselben Tat nach wie vor im Grundsatz verboten blieben.²³

IV. Pauschaler Wegfall des Vollstreckungselements

Vor allem im neueren Schrifttum²⁴ wird demgegenüber die Meinung vertreten, das Erfordernis eines Vollstreckungselements sei mit Inkrafttreten des Art. 50 GRC entfallen. In den Rechtssachen Boere, Scheungraber und Spasic wäre demnach aufgrund der rechtskräftigen Urteile in den Niederlanden bzw. in Italien europäischer transnationaler Strafklageverbrauch eingetreten. Boere, Scheungraber und Spasic hätten somit in Deutschland infolge eines Verfahrenshindernisses weder nochmals verfolgt, noch ein zweites Mal verurteilt werden dürfen. Den Freiheitsinteressen der Täter an einmaliger Strafverfolgung wird damit pauschal der Vorrang vor etwaig bestehenden Strafvollstreckungsinteressen eingeräumt.

Methodisch stützt sich diese Ansicht auf das Rangverhältnis zwischen Art. 50 GRC und Art. 54 SDÜ. Der primärrechtliche Art. 50 GRC verdränge den sekundärrechtlichen Art. 54 SDÜ nach dem Grundsatz *lex superior derogat legi inferiori*.²⁵ Wenn demgegenüber teilweise zusätzlich mit dem Grundsatz *lex posterior derogat legi priori* argumentiert wird,²⁶ vermag das insofern nicht gänzlich zu überzeugen, als sich die zeitliche Geltung – d.h. das Außerkrafttreten – von Unionsrecht nach Art. 9 des Protokolls Nr. 36 über die Übergangsbestimmungen zum Vertrag von Lissabon²⁷ richtet. Demnach sind „Übereinkommen, die auf Grundlage des

¹⁵ LG Aachen, Urt. v. 23.3.2010 – 52 Ks 45 Js 18/83 – 10/09 = StraFo 2010, 190.

¹⁶ LG München I, Urt. v. 11.8.2009 – 1 Ks 115 Js 10394/07.

¹⁷ BGHSt 56, 11 (14 f.) bzw. BGH, Beschl. v. 1.12.2010 – 2 StR 420/10.

¹⁸ OLG Nürnberg, Beschl. v. 19.3.2014 – 2 Ws 98/14.

¹⁹ EuGH (Große Kammer), Urt. v. 27.5.2014 – Rs. C-129/14 (Spasic), Rn. 74.

²⁰ Ambos (Fn. 4), § 10 Rn. 132; Burchard/Brodowski, StraFo 2010, 179 (183); Eckstein, ZStW 124 (2012), 490 (523); Esser (Fn. 12), § 7 Rn. 44; Hackner, NStZ 2011, 425 (429); Hecker, JuS 2014, 845 (846 f.); Pauckstadt-Maihold, in: Bockemühl/Gierhake/Müller/Walter/Knauer (Hrsg.), Festschrift für Bernd von Heintschel-Heinegg zum 70. Geburtstag, 2015, S. 359 (362); Radtke, in: Böse (Hrsg.), Enzyklopädie Europarecht, Bd. 9: Europäisches Strafrecht, 2013, § 12 Rn. 58; Rosbaud, StV 2013, 289 (294); Satzger (Fn. 4), § 10 Rn. 70; ders., in: Heinrich/Jäger/Achenbach/Amelung/Bottke/Haffke/Schünemann/Wolter (Hrsg.), Strafrecht als Scientia Universalis, Festschrift für Claus Roxin zum 80. Geburtstag am 15. Mai 2011, 2011, S. 1515 (1523 ff.).

²¹ EuGH (Große Kammer), Urt. v. 27.5.2014 – Rs. C-129/14 (Spasic), Rn. 58; BGHSt 56, 11 (14 f.); Ambos (Fn. 4), § 10 Rn. 119; Eckstein, ZStW 124 (2012), 490 (523); ders., JR

2015, 421 (428); Hackner, NStZ 2011, 425 (429); Hecker, JuS 2014, 845 (847); ders., JuS 2012, 261 (262); Radtke (Fn. 20), § 12 Rn. 58; Rosbaud, StV 2013, 289 (294); Satzger (Fn. 4), § 10 Rn. 70; ders. (Fn. 20 – FS Roxin), S. 1523 ff.

²² EuGH (Große Kammer), Urt. v. 27.5.2014 – Rs. C-129/14 (Spasic), Rn. 64, 65, 73, 74; BGHSt 56, 11 (15); Ambos (Fn. 4), § 10 Rn. 132; Hecker, JuS 2012, 261 (262); Eckstein, JR 2015, 421 (428); Rosbaud, StV 2013, 289 (294).

²³ EuGH (Große Kammer), Urt. v. 27.5.2014 – Rs. C-129/14 (Spasic), Rn. 58; BGHSt 56, 11 (15); Ambos (Fn. 4), § 10 Rn. 132; Hackner, NStZ 2011, 425 (429); Hecker, JuS 2012, 261 (262); Rosbaud, StV 2013, 289 (294).

²⁴ Anagnostopoulos, in: Neumann/Herzog (Hrsg.), Festschrift für Winfried Hassemer, 2010, S. 1121 (1135); Böse, GA 2011, 504 (508 ff.); Eser, in: Sieber/Satzger/v. Heintschel-Heinegg (Hrsg.), Europäisches Strafrecht, 2. Aufl. 2014, § 36 Rn. 78; Heger, ZIS 2009, 406 (408); Merkel/Scheinfeld, ZIS 2012, 206 (208 ff.); Meyer, HRRS 2014, 269 (271 ff.); Stalberg (Fn. 13), S. 174 ff., 179; Swoboda, JICJ 2011, 243 (262 f., 265); Weißer (Fn. 4 – Europarecht), § 42 Rn. 132 f.; dies., ZJS 2014, 589 (592 f.).

²⁵ Eser (Fn. 24), § 36 Rn. 78; Stalberg (Fn. 13), S. 174 ff., 179.

²⁶ So z.B. Merkel/Scheinfeld, ZIS 2012, 206 (208).

²⁷ ABl. EU 2008 Nr. C 115, S. 322.

Vertrags über die Europäische Union zwischen Mitgliedstaaten“ vor Inkrafttreten des Lissaboner Vertrages geschlossen wurden, solange gültig, „bis sie in Anwendung der Verträge aufgehoben, für nichtig erklärt oder geändert werden“. Eine solche Aufhebung, Nichtigerklärung oder Änderung ist bis heute – zumindest sofern man nicht das Inkrafttreten einer höherrangigen Regelung als Aufhebung der niederrangigeren einstuft²⁸ – nicht erfolgt.

V. Vermittlender Standpunkt

Die methodischen Begründungen beider Standpunkte erscheinen zwar auf den ersten Blick plausibel. Gerechte *ne bis in idem*-Entscheidungen vermag allerdings keiner der Ansätze zu erzeugen. Eine pauschale Fortgeltung des Vollstreckungselements führte zu dem unbefriedigenden Ergebnis, dass beispielsweise selbst Kleinkriminelle oder haftunfähige Täter nach langwierigen freiheitsbeschränkenden Strafverfahren im Ersturteilsstaat eine erneute Verfolgung und Bestrafung über sich ergehen lassen müssten. Nicht weniger unbefriedigend wäre es, wenn selbst gefährliche Schwereverbrecher infolge eines pauschalen Wegfalls des Vollstreckungselements im Einzelfall einer Strafvollstreckung entgehen könnten. Es bedarf demzufolge einer flexibleren Lösung. Die folgende Auslegung zeigt, dass die Art. 50 GRC, 54 SDÜ hierfür offen sind.

1. Erläuterungen zu Art. 50 GRC

In entstehungsgeschichtlicher Hinsicht sind zunächst die Erläuterungen des Präsidiums des Grundrechtekonvents zu Art. 50 GRC von Interesse. Gem. Art. 52 Abs. 7 der GRC sind diese „als Anleitung für die Auslegung der Charta [...] gebührend zu berücksichtigen“. Welches Gewicht den Erläuterungen zukommt, lässt sich dieser in sämtlichen Sprachfassungen allgemein gehaltenen Formulierung nicht eindeutig entnehmen. Klar ist zumindest, dass die Erläuterungen keinen rechtsverbindlichen Charakter aufweisen. Denn „gebührend zu berücksichtigen“ heißt jedenfalls nicht „verbindlich anzuwenden“. Gleichwohl zeigt die Erwähnung der Erläuterungen sowohl in Art. 52 Abs. 7 GRC als auch in der Präambel der GRC, dass dem Grundrechtekonvent eine Berücksichtigung der – zum Zwecke einer besseren Verständlichkeit der Chartainhalte verfassten³⁰ – Erläuterungen wichtig war. Darüber hinaus sah sich auch der Unionsgesetzgeber dazu veranlasst, den Charakter der Erläuterungen als Auslegungshilfe nochmals an einer zentralen Stelle des EU-Vertrages in Art. 6

Abs. 1 UAbs. 3 EUV hervorzuheben und sie den Normadressaten im Amtsblatt³¹ zugänglich zu machen.

In den Erläuterungen zu Art. 50 GRC heißt es: „Nach Artikel 50 findet die Regel „*ne bis in idem*“ [...] auch zwischen den Gerichtsbarkeiten mehrerer Mitgliedstaaten Anwendung. Dies entspricht dem Rechtsbesitzstand der Union; siehe die Artikel 54 bis 58 des Schengener Durchführungsübereinkommens [...]. Die klar eingegrenzten Ausnahmen, in denen die Mitgliedstaaten nach diesen Übereinkommen von der Regel „*ne bis in idem*“ abweichen können, sind von der horizontalen Klausel des Artikels 52 Absatz 1 über die Einschränkungen abgedeckt.“³² Nach Meinung des BGH³³ und des EuGH³⁴ nimmt der Passus „Die klar eingegrenzten Ausnahmen, in denen die Mitgliedstaaten nach diesen Übereinkommen von der Regel *ne bis in idem* abweichen können“ das Vollstreckungselement des Art. 54 SDÜ in Bezug. Die Gerichte lesen die Erläuterungen wie folgt: „Das Vollstreckungselement des Art. 54 SDÜ ist von der horizontalen Klausel des Artikels 52 Absatz 1 über die Einschränkungen abgedeckt“. In der Rechtssache Scheungraber bezeichnete der BGH diese Interpretation der Erläuterungen als „offenkundig und unzweifelhaft“.³⁵ Hinter dieser Formulierung verbirgt sich das Bestreben des Senats, unter Berufung auf die *actes-claris*-Doktrin des EuGH³⁶ einem Vorabentscheidungsverfahren zu entgehen, das eine Beendigung des Hauptverfahrens aufgrund des hohen Alters und kritischen Gesundheitszustands des damals 90-jährigen Scheungrabers gefährdet hätte.³⁷ Angesichts der großen Bedeutung eines Verfahrensabschlusses für eine verspätete justizielle Aufarbeitung und zumindest partielle Abgeltung der niederträchtigen nationalsozialistisch motivierten Taten Scheungrabers³⁸ insbesondere im Interesse des überlebenden Opfers Gino M. und der Angehörigen der 14 getöteten Opfer, ist das Vorgehen des Senats moralisch und rechtspolitisch nachvollziehbar.

³¹ ABl. EU 2007 Nr. C 303, S. 17 ff.

³² ABl. EU 2007 Nr. C 303, S. 31.

³³ BGHSt 56, 11 (15).

³⁴ EuGH (Große Kammer), Urt. v. 27.5.2014 – Rs. C-129/14 (Spasic), Rn. 54 f.

³⁵ BGHSt 56, 11 (15). Eine gegen diese Vorgehensweise gerichtete Verfassungsbeschwerde wegen einer Entziehung des gesetzlichen Richters i.S.d. Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG nahm das BVerfG nicht zur Entscheidung an, BVerfG NJW 2012, 1202, zur Kritik an dieser Entscheidung siehe V. 4.

³⁶ EuGH, Urt. v. 6.10.1982 – Rs. 283/81 (C.I.L.F.I.T.) = Slg. 1982, 3415, Rn. 16; Urt. v. 6.12.2005 – Rs. C-461/03 (Gaston Schul) = Slg. 2005, I-10513, Rn. 16.

³⁷ Vgl. Merkel/Scheinfeld, ZIS 2012, 206 (212 f.); Swoboda, JICJ 2011, 243 (268).

³⁸ Scheungraber gab im Jahre 1944 als Kommandant eines Gebirgsbataillons seinen Soldaten den Befehl, zum Zwecke der Vergeltung eines vorangegangenen Partisanenangriffs willkürlich aufgegriffene Zivilisten in ein Bauernhaus einzusperren und das Haus anschließend zu sprengen. Nur der damals fünfzehnjährige Junge Gino M. überlebte den Angriff schwer verletzt.

²⁸ Vgl. hierzu Walther, ZJS 2013, 16 (18).

²⁹ Ähnlich Burchard/Brodowski, StraFo 2010, 179 (183); Eckstein, ZStW 124 (2012), 490 (522); Scheuing, EuR 2005, 162 (185). In den Erläuterungen heißt es außerdem ausdrücklich: „Diese Erläuterungen haben als solche keinen rechtlichen Status, stellen jedoch eine nützliche Interpretationshilfe dar, die dazu dient, die Bestimmungen der Charta zu verdeutlichen.“, ABl. EU 2007 Nr. C 303, S. 17.

³⁰ Vgl. ABl. EU 2007 Nr. C 303, S. 17.

In der Sache lag ein *acte clair* allerdings nicht vor. Die Fehlbeurteilung des BGH scheint in einer methodisch ungenauen Interpretation der Chartaerläuterungen zu wurzeln. Die Ungenauigkeit liegt darin, dass der Senat – in Übereinstimmung mit dem Großteil des deutschen Schrifttums³⁹ – wohl allein die deutsche Sprachfassung der Erläuterungen heranzieht. Eine solche Vorgehensweise missachtet den Charakter des Art. 50 GRC und seiner Erläuterungen als Ergebnis einer Einigung zwischen europäischen Staaten. Um den Inhalt dieser Einigung zu ermitteln, bedarf es – mangels vorrangig zu berücksichtigender Sprachfassungen – einer Berücksichtigung sämtlicher Sprachfassungen.⁴⁰ Nimmt man verschiedene Sprachfassungen in den Blick, ergibt sich dann auch ein ganz anderes Bild als bei alleiniger Betrachtung der deutschen Fassung. So heißt es beispielsweise in der englischen Fassung der Erläuterungen anstelle von „Die klar eingegrenzten Ausnahmen“ „The very limited exceptions“. In der französischen Fassung ist von „Les exceptions très limitées“ die Rede. Und die italienische Fassung spricht von „Leccessioni molto limitate“. All diese Formulierungen lassen sich mit „sehr enge Ausnahmen“ oder „sehr begrenzte Ausnahmen“ übersetzen. Das Vollstreckungselement ist damit jedenfalls nicht gemeint. Denn dieses statuiert eine *weitläufige Voraussetzung* des in Art. 54 SDÜ normierten Doppelbestrafungsverbots: Das Vollstreckungselement ist *weitläufig* statt eng oder sehr begrenzt, weil es den Eintritt europäischen Strafklageverbrauchs regelmäßig bis zum Vollstreckungsbeginn hinauszögert. Es statuierte eine *Voraussetzung* statt eine Ausnahme, weil es in Art. 54 SDÜ nicht etwa „es sei denn“ oder „außer“ heißt, sondern „vorausgesetzt, dass“.⁴¹ Das letztgenannte Argument mag auf den ersten Blick insofern als wenig bedeutsam erscheinen, als es in Art. 54 SDÜ statt „vorausgesetzt, dass die Strafe vollstreckt wird [usw.]“ etwa ebenso gut hätte heißen können „es sei denn, die Strafe wurde noch nicht vollstreckt [usw.]“. Ein solcher Einwand verkennt allerdings den Bezugspunkt der Argumentation: Vorliegend geht es um den Inhalt der Erläuterungen zu Art. 50 GRC. Wenn hier von bestimmten in Art. 54-58 SDÜ normierten Ausnahmen die Rede ist, wird die Art. 54-58 SDÜ zugrunde liegende Systematik und Terminologie in Bezug genommen. Und der in den Erläuterungen enthaltene Passus „Ausnahmen, in denen die Mitgliedstaaten [...] von der Regel ‚ne bis in idem‘ abweichen können“, hat in Art. 54-58 SDÜ einen klaren Bezugspunkt: Gemeint ist nicht das Vollstreckungselement, sondern die in Art. 55 SDÜ angesprochenen Dispensierungsvorbehal-

te.⁴² Hier sind ausdrücklich und mehrfach als „Ausnahmen“ bezeichnete Fallgruppen normiert, in denen Vertragsstaaten von dem in Art. 54 SDÜ normierten *ne bis in idem*-Grundsatz im Wege einer Vorbehaltserklärung „abweichen können“.⁴³

Im Ergebnis enthalten die Erläuterungen also keine konkreten Aussagen zur Fortgeltung des Vollstreckungselements aus Art. 54 SDÜ. Sie bringen vielmehr zum Ausdruck, dass die Ausnahmeregelung des Art. 55 SDÜ fortgelten sollte. Jedenfalls eine in Teilen des Schrifttums⁴⁴ als Argument für einen gänzlichen Wegfall des Vollstreckungselements angeführte gänzliche Verdrängung der SDÜ-Regelungen nach dem Grundsatz „*lex superior derogat legi inferiori*“ widerspricht daher dem Willen des Grundrechtekonvents.

2. Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts

Der europäischen Einigung auf Art. 50 GRC lag das Bestreben der Mitgliedstaaten zugrunde, die Entwicklung der Union zu einem „Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts“ i.S.d. Art. 3 Abs. 2 EUV voranzutreiben. Ein Raum der Freiheit und des Rechts – verstanden als Rechtssicherheit – erfordert, dass sich Unionsbürger rechtssicher darauf verlassen können, nach einer rechtskräftigen Aburteilung nicht nochmals wegen derselben Sache innerhalb der EU verfolgt und abgeurteilt zu werden. Rechtskräftig abgeurteilte Unionsbürger könnten sich so frei in den Mitgliedstaaten der Union aufhalten, ohne erneute Strafverfolgungen befürchten zu müssen. Der Gesichtspunkt des Freiheits- und Rechtsraumes spricht daher für eine einschränkungslose Geltung des zwischenstaatlichen Doppelbestrafungsverbots – ohne jegliches Vollstreckungserfordernis.⁴⁵

Ein Raum der Sicherheit setzt demgegenüber voraus, dass verhängte Sanktionen vollstreckt werden können und dass sich Straftäter einer Bestrafung nicht entziehen können. Das kann aber ohne ein Vollstreckungselement als Voraussetzung des europäischen transnationalen Strafklageverbrauchs nur schwer realisiert werden, wenn sich verurteilte Straftäter nach einer rechtskräftigen Verurteilung in einem anderen EU-Mitgliedstaat als dem Urteilsstaat aufhalten. Einer erneuten

³⁹ Vgl. nur *Burchard/Brodowski*, *StraFo* 2010, 179 (183); *Merkel/Scheinfeld*, *ZIS* 2012, 206 (208 f.); *Rosbaud*, *StV* 2013, 289 (292); vorbildlich hingegen *Böse*, *GA* 2011, 504 (506), und *Walther*, *ZJS* 2013, 16 (21).

⁴⁰ Zur Wortlautauslegung europarechtlicher Rechtsakte vgl. *EuGH*, *Urt. v. 12.11.1998 – Rs. C-149/97 (The Institute of the Motor Industry) = Slg.* 1998, I-7053, Rn. 16; *Luttermann*, *EuZW* 1999, 401 (403 f.).

⁴¹ Ähnlich *Böse*, *GA* 2011, 504 (506); *Merkel/Scheinfeld*, *ZIS* 2012, 206 (209).

⁴² So bereits zutreffend *Böse*, *GA* 2011, 504 (506); *Merkel/Scheinfeld*, *ZIS* 2012, 206 (209); dahin tendierend auch *Walther*, *ZJS* 2013, 16 (21).

⁴³ So können sich die Vertragsstaaten beispielsweise nach Art. 55 Abs. 1 lit. a SDÜ für durch Art. 54 SDÜ ungebunden erklären, „wenn die Tat, die dem ausländischen Urteil zugrunde lag, ganz oder teilweise in ihrem Hoheitsgebiet begangen wurde; im letzteren Fall gilt diese Ausnahme jedoch nicht, wenn diese Tat teilweise im Hoheitsgebiet der Vertragspartei begangen wurde, in dem das Urteil ergangen ist“. Zur deutschen Vorbehaltserklärung siehe *BGBI.* II 1994, S. 631; kritisch hierzu *Schomburg*, in: *Schomburg/Lagodny/Gleß/Hackner*, *Internationale Rechtshilfe in Strafsachen*, 5. Aufl. 2012, Art. 55 SDÜ Rn. 3.

⁴⁴ *Eser* (Fn. 24), § 36 Rn. 78; *Stalberg* (Fn. 13), S. 174 ff., 179.

⁴⁵ So auch *Böse*, *GA* 2011, 504 (508 ff.); *Merkel/Scheinfeld*, *ZIS* 2012, 206 (210); *Weißer*, *ZJS* 2014, 589 (593).

Strafverfolgung und Bestrafung samt Strafvollstreckung in diesem Staat könnten sie in diesem Fall ein einschränkungslos geltendes europäisches *ne bis in idem* entgegenhalten. Dass verurteilte Straftäter durch einen Rückzug in einen anderen EU-Mitgliedstaat einer Strafvollstreckung entgehen, lässt sich allerdings durch die derzeit zur Verfügung stehenden Instrumente strafrechtlicher Zusammenarbeit der Mitgliedstaaten weitgehend verhindern. So kann der Urteilsstaat etwa durch die Ausstellung eines – in der europäischen Strafverfolgungspraxis bedeutsamen – Europäischen Haftbefehls⁴⁶ vom Aufenthaltsstaat eine Überstellung des Verurteilten verlangen, um dann die eigens verhängte Strafe im Inland vollstrecken zu können.⁴⁷ Nach derzeitiger Rechtslage greifen die bestehenden Instrumentarien allerdings nicht einschränkungslos. Im Fall Boere scheiterte eine Auslieferung etwa daran, dass das niederländische Urteil in Abwesenheit des Angeklagten und ohne Hinzuziehung eines Pflichtverteidigers erging. In solchen Fällen verbietet § 83 Abs. 1 Nr. 3 IRG eine Auslieferung des Täters zur Strafvollstreckung mit der Erwägung, der Vollstreckungstitel sei unter Verletzung rechtsstaatlicher Mindeststandards in Gestalt des Rechts auf rechtliches Gehör und des Unmittelbarkeitsgrundsatzes ergangen. Der Rahmenbeschluss zum Europäischen Haftbefehl i.V.m. einem Rahmenbeschluss zur gegenseitigen Anerkennung von Abwesenheitsurteilen⁴⁸ sieht derartige Ausnahmetatbestände ausdrücklich vor. Eine Überstellung Scheungrabers an Italien kam – neben dem Umstand, dass auch hier ein von § 83 Abs. 1 Nr. 3 IRG erfasstes Abwesenheitsurteil erging – schon deshalb nicht in Betracht, weil Italien gar kein Auslieferungsersuchen gestellt hatte. Und auch in der Rechtsache Spasic scheiterte eine Auslieferung an der fehlenden Ausstellung eines Europäischen Haftbefehls seitens der italienischen Behörden.

⁴⁶ Rahmenbeschluss 2002/548/JI v. 13.6.2002 über den Europäischen Haftbefehl und die Übergabeverfahren durch die Mitgliedstaaten, ABl. EG 2002 Nr. L 190, S. 1 i.d.F. des Änderungsrahmenbeschlusses 2009/299/JI v. 26.2.2009 zur Stärkung der Verfahrensrechte von Personen und zur Förderung der Anwendung des Grundsatzes der gegenseitigen Anerkennung auf Entscheidungen, die im Anschluss an eine Verhandlung ergangen sind, zu der die betroffene Person nicht erschienen ist, ABl. EU 2009 Nr. L 81, S. 24. Zur praktisch weniger relevanten Vollstreckungsübernahme vgl. Böse, GA 2011, 504 (508 ff.).

⁴⁷ Vgl. Anagnostopoulos (Fn. 24), S. 1137; Böse, GA 2011, 504 (508); Merkel/Scheinfeld, ZIS 2012, 206 (211); Weißer, ZJS 2014, 589 (592 f.).

⁴⁸ Rahmenbeschluss 2009/299/JI v. 26.2.2009 zur Änderung der Rahmenbeschlüsse 2002/584/JI, 2005/214/JI, 2006/783/JI, 2008/909/JI und 2008/947/JI, zur Stärkung der Verfahrensrechte von Personen und zur Förderung der Anwendung des Grundsatzes der gegenseitigen Anerkennung auf Entscheidungen, die im Anschluss an eine Verhandlung ergangen sind, zu der die betroffene Person nicht erschienen ist, ABl. EU 2009 Nr. L 81, S. 24, vgl. hierzu Hauck, JR 2009, 141; Hecker (Fn. 14), § 12 Rn. 54; Klitsch, ZIS 2009, 11; Weißer (Fn. 4 – Europarecht), § 42 Rn. 90.

Sähe man in solchen Fällen unter Berufung auf einen gänzlichen Wegfall des Vollstreckungselements als Voraussetzung transnationalen europäischen Strafklageverbrauchs pauschal von einer erneuten Verurteilung samt Strafvollstreckung ab, könnten verurteilte Straftäter einer Strafvollstreckung entgehen, indem sie sich nach Rechtskrafteintritt in einem anderen Mitgliedstaat aufhalten. In Fällen nicht gestellter Auslieferungsersuchen profitierten sie von der Untätigkeit der Behörden des Urteilsstaats. Ein solcher Rechtszustand verhinderte nicht nur eine gerechte, abschreckende Abgeltung des verwirklichten Unrechts und einen flächendeckenden Schutz der Gesellschaft vor verurteilten Straftätern. Auch das Vertrauen der Bevölkerung in eine durchsetzungsstarke Strafrechtsordnung würde erheblich geschwächt, wenn sich verurteilte Schwerstverbrecher durch Flucht in einen anderen Mitgliedstaat oder infolge Nachlässigkeit nationaler Behörden einer Inhaftierung entziehen könnten. Die Sicherheit und der Rechtsfrieden innerhalb Europas würden dadurch erheblich gefährdet.

Ließe man in den in Rede stehenden Ausnahmefällen andererseits Doppelbestrafungen pauschal zu, müssten sich etwa auch solche bereits verurteilten Straftäter einem nochmaligen Strafverfahren unterziehen, die wegen leichteren Delikten eine längere freiheitsbeschränkende Strafverfolgung im Urteilsstaat hinter sich gebracht haben. Im Falle von Abwesenheitsurteilen ohne Pflichtverteidigerbestellung fiel es dem Verurteilten zur Last, dass ihm im Urteilsstaat rechtsstaatliche Mindeststandards verwehrt geblieben sind.⁴⁹ Stellt der Urteilsstaat kein Auslieferungsersuchen, würde dem Verurteilten die Nachlässigkeit der nationalen Behörden des Urteilsstaates zum Verhängnis.⁵⁰ Zumindest in Fällen, in denen der Täter die Strafvollstreckung nicht durch Flucht, sondern beispielsweise – wie im Fall Spasic – aufgrund haftbedingter Abwesenheit verhindert, hinge die Doppelbestrafung damit von Umständen ab, die man dem Täter nicht zum Vorwurf machen kann. Mit dem individualschützenden Charakter des Justizgrundrechts aus Art. 50 GRC lassen sich derartige Ungerechtigkeiten schwerlich vereinbaren.

Gefragt ist vor diesem Hintergrund ein Mittelweg, der die im jeweiligen Einzelfall tangierten Freiheits- und Sicherheitsbedürfnisse in bestmöglichen Ausgleich bringt. Dieser Zielvorgabe werden einzelfallspezifische *ne bis in idem*-Entscheidungen der nationalen Justizbehörden gerecht, die sämtliche Freiheits- und Sicherheitsaspekte des Einzelfalles angemessen gewichten und gegeneinander abwägen. Die Dogmatik der GRC ist für ein solches Vorgehen offen: Es korrespondiert mit einer Fortgeltung des Art. 54 SDÜ als Schranke des Justizgrundrechts aus Art. 50 GRC i.S.d. Art. 52 Abs. 1 GRC, die dem in Art. 52 Abs. 1 S. 2 GRC normierten Verhältnismäßigkeitsgrundsatz nur in solchen Ausnahmefällen genügt, in denen das Sicherheitsinteresse an einer Strafvollstreckung das Beschuldigteninteresse an einmaliger Strafverfolgung überwiegt. Nur dann handelt es sich

⁴⁹ Vgl. auch Böse, GA 2011, 504 (510); Merkel/Scheinfeld, ZIS 2012, 206 (211).

⁵⁰ Vgl. Meyer, HRRS 2014, 269 (276 f.); Weißer, ZJS 2014, 589 (593).

um eine angemessene Einschränkung des individualschützenden Justizgrundrechts aus Art. 50 GRC.

3. Rechtsunsicherheit und Rechtsschutzdefizite

Einzelallspezifischen Entscheidungen haftet prinzipiell der Vorwurf von Einzelfallwillkür und fehlender Vorhersehbarkeit für den Normadressaten an. Sowohl inner- als auch zwischenstaatlich könnten justizielle Abwägungen der tangierten Freiheits- und Sicherheitsaspekte – abhängig von moralischen, kulturellen und politischen Überzeugungen der zur Entscheidung berufenen Personen – unterschiedlich ausfallen. Man mag daher gegen einzelallspezifische ne bis in idem-Entscheidungen einwenden, sie führten zu einer der Freizügigkeit innerhalb der Europäischen Union ebenso wie rechtsstaatlichen Erfordernissen zu wider laufenden Rechtsunsicherheit für die Unionsbürger, die sich nicht sicher sein könnten, nach einer rechtskräftigen Aburteilung möglicherweise nochmals verfolgt und verurteilt zu werden. Einzelfallspezifische Entscheidungen, einen Täter erneut zu verfolgen und ggf. zu verurteilen, bedürfen vor diesem Hintergrund einer besonderen Rechtfertigung. Sie kommen nur in Fällen in Betracht, in denen gravierende Gemeinwohlbelange die tangierten Freiheitsinteressen überwiegen. Das ist regelmäßig der Fall, wenn Straftäter ohne eine erneute Verfolgung und Bestrafung der Vollstreckung einer wegen eines schweren Verbrechens verhängten Strafe entgehen würden. Das Freiheitsinteresse des Schwerverbrechens, rechtssicher auf die Einmaligkeit seiner Verfolgung und Bestrafung vertrauen zu können, ist in solchen Fällen regelmäßig angesichts der Schwere des verwirklichten Unrechts und gravierender Interessen an der Wahrung von Sicherheit und Rechtsfrieden in Europa abgemildert. Dies gilt umso mehr, wenn sich der Täter absichtlich im Wege vorwerfbarer Flucht einer Strafvollstreckung im Ersturteilsstaat entzogen hat.

Auf Basis der derzeitigen Rechtslage wäre der EuGH gefragt, dem Rechtsanwender im Rahmen von Vorabentscheidungsverfahren entsprechend restriktive Vorgaben für die einzelallspezifische Abwägungsentscheidung zwischen Freiheits- und Sicherheitsinteressen an die Hand zu geben. Durch klare Kriterien, Fallgruppen und/oder Indizien müssten justizielle Entscheidungen vorhersehbarer gemacht und das Risiko willkürlicher Rechtsanwendung reduziert werden. Auf Basis der obigen Überlegungen sollte eine Entscheidung für eine erneute Verfolgung und Sanktionierung regelmäßig auf Fälle besonders schwerwiegender Taten beschränkt sein. Die besondere Schwere der Tat sollte anhand einer bestimmten Höhe der im Ersturteilsstaat verhängten Sanktion quantifiziert werden. Eine vorwerfbare fluchtbedingte Vollstreckungsentziehung könnte als Indiz für ein überwiegendes Sicherheitsbedürfnis fungieren. Fehlt es an einer besonderen Schwere der Tat, sollte das justizielle Ermessen im Lichte des individualschützenden Justizgrundrechts aus Art. 50 GRC dahingehend reduziert sein, dass Doppelverfolgungen und -bestrafungen unterbleiben. Eine erneute Verfolgung und Bestrafung ausschließende überwiegende Freiheitsinteressen des Täters sollten außerdem – selbst im Falle schwerer Straftaten – beispielsweise immer dann bejaht werden, wenn eine Strafvollstreckung z.B. infolge dauernder Haftunfähigkeit des

Täters ohnehin unterbleiben müsste. Der mit einer Doppelbestrafung verfolgte Zweck, den Straftäter einer Strafvollstreckung zuzuführen, könnte in solchen Fällen nämlich ohnehin nicht erreicht werden.

Nimmt man die derzeit bestehenden Rechtsschutzmöglichkeiten gegen nationale Doppelbestrafungen mit in den Blick, mag man bezweifeln, ob derartigen EuGH-Vorgaben eine effektive Präjudizwirkung zukäme: Nach derzeitigem Rechtsstand können Verletzungen des Justizgrundrechts aus Art. 50 GRC nicht mittels einer Individualbeschwerde gerügt werden. Vielmehr muss das Grundrecht im nationalen Verfahren geltend gemacht werden. Aufgrund des Anwendungsvorrangs des Unionsrechts vor nationalem Recht⁵¹ müssen sich nationale Entscheidungen an Art. 50 GRC messen lassen. Der EuGH erlangt unter den Voraussetzungen des Art. 267 AEUV nur dann eine Entscheidungskompetenz, wenn nationale Gerichte bei der Auslegung des Art. 50 GRC Zweifel haben. Auf diese Weise soll einer uneinheitlichen Auslegung des Unionsrechts in den Mitgliedstaaten vorgebeugt werden.⁵² Sollte die nationale Strafjustiz ein starkes Interesse daran haben, einen bereits verurteilten Straftäter aus Sicherheitsgründen zu sanktionieren, steht allerdings zu befürchten, dass der EuGH trotz einer tatsächlich bestehenden Vorlagepflicht aus Art. 267 AEUV nicht mit der Sache befasst wird. Der Fall Boere demonstriert diese Problematik in anschaulicher Weise: Der BGH schreckte hier nicht davor zurück, sich mit fadenscheinigen Begründungen auf die *acte clair*-Doktrin des EuGH zu berufen, um den Angeklagten möglichst schnell einer Strafvollstreckung zuführen zu können (siehe hierzu oben unter IV. 1.). Eine gegen diese Entscheidung gerichtete Verfassungsbeschwerde wegen einer Entziehung des gesetzlichen Richters i.S.d. Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG nahm das BVerfG nicht zur Entscheidung an.⁵³ Das Gericht zog sich auf das Argument zurück, es müsse seinen Prüfungsumfang auf Willkürverstöße beschränken, um nicht zur „Superrevisionsinstanz“ zu werden. Ein solcher lasse sich aber nicht feststellen, da der BGH vertretbar argumentiert habe.⁵⁴ Der Rechtsweg war damit erschöpft und das tatsächlich nicht vertretbare Vorgehen des BGH wurde bestandskräftig. Solchen Umgehungen der Vorlagepflicht aus Art. 267 AEUV muss nach derzeitigem Rechtsstand durch eine konsequente Einleitung von Vertragsverletzungsverfahren (Art. 258 ff. AEUV) gegen vertragsbrüchige Mitgliedstaaten begegnet werden. Vor allem die Europäische Kommission ist gefragt, auf diese Weise zukünftig intensiver dafür Sorge zu tragen, rechtspolitisch oder moralisch motivierte Alleingänge

⁵¹ Siehe hierzu Hecker (Fn. 14), § 9 Rn. 10 ff.; Weißer (Fn. 4 – Europarecht), § 42 Rn. 52 ff.

⁵² Vgl. EuGH, Urt. v. 6.12.2005 – Rs. C-461/03 (Gaston Schul) = Slg. 2005, I-10513, Rn. 21; Karpenstein, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Fn. 12), Art. 267 AEUV Rn. 2.

⁵³ BVerfG NJW 2012, 1202. Kritisch hierzu Merkel/Scheinfeld, ZIS 2012, 206 (212 f.); Radtke (Fn. 20), § 12 Rn. 58; Swoboda, JICJ 2011, 243 (264 ff.); Walther, ZJS 2013, 16 (22); Weißer (Fn. 4 – Europarecht), § 42 Rn. 132.

⁵⁴ BVerfG NJW 2012, 1202 (1203 ff.).

nationaler Strafjustizorgane zu Lasten der Unionsbürger zu verhindern.

4. Anwendung auf die Fälle Spasic, Boere und Scheungraber

Legt man die oben entwickelten Maßstäbe für einzelfallspezifische ne bis in idem-Entscheidungen der Rechtssache Spasic zugrunde, stellte sich die erneute Verfolgung und Verurteilung aufgrund überwiegender Freiheitsinteressen als unzulässig dar. Denn zum einen wurde der Angeklagte in Italien infolge eines Geständnisses zu einer vergleichsweise geringen einjährigen Freiheitsstrafe samt Geldstrafe i.H.v. 800 Euro verurteilt. Zum anderen entging Spasic der italienischen Strafvollstreckung nicht etwa durch Flucht, sondern weil er sich wegen einer anderen Tat in österreichischer Haft befand. Auch Scheungraber hätte nicht noch einmal verurteilt werden dürfen. Zwar bestand wegen der außerordentlichen Schwere seiner Taten ein generalpräventives Bedürfnis, der Bevölkerung nach langen Verfahrensverzögerungen und Rechtsprechungsänderungen endlich zu demonstrieren, dass die deutsche Strafjustiz schwerste nationalsozialistisch motivierte Taten nicht unbestraft lässt. Vor allem dem überlebenden Opfer Gino M. und den Angehörigen der 14 verstorbenen Opfer demonstrierte die Verurteilung lang ersehnte Gerechtigkeit. Ein nochmaliger Strafprozess stellte für den Angeklagten jedoch insofern eine außerordentliche Härte dar, als er sich aufgrund seines kritischen Gesundheitszustands und hohen Alters bereits am Rande der Verhandlungsunfähigkeit befand. Die Verfahrensbeteiligten gingen bereits bei Verfahrensbeginn zutreffend davon aus, dass Scheungraber ohnehin infolge Haftunfähigkeit einer Strafvollstreckung entgehen würde. Heinrich Boere hingegen wurde letztlich sowohl als verhandlungs-⁵⁵ als auch als haftfähig⁵⁶ eingestuft. Ihm wird man zwar zumindest nicht zum Vorwurf machen können, dass er sich in der Nachkriegszeit durch einen Sprung aus einem Gefangenentransporter der Vollstreckung einer zunächst⁵⁷ verhängten Todesstrafe in den Niederlanden entzog. Und auch die Tatsache, dass Boere über ein halbes Jahrhundert nach dem niederländischen Urteil bei Prozessbeginn bereits ein hohes Alter erreicht hatte, mag man zu seinen Gunsten werten. Die kaum zu überbietende außerordentliche Schwere der Tat des bis Verfahrensende ohne Schuldbewusstsein auftretenden Angeklagten begründete allerdings

⁵⁵ Das OLG Köln stellte mit Beschluss vom 1.7.2009 – 2 Ws 69/09 = BeckRS 2009, 19898 fest, dass Boere trotz einer Herzerkrankung verhandlungsfähig sei. Eine hiergegen gerichtete Verfassungsbeschwerde Boeres wegen einer Verletzung des Grundrechts auf Leben und körperliche Unversehrtheit aus Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG nahm das BVerfG nicht zur Entscheidung an, vgl. BVerfG EuGRZ 2009, 645.

⁵⁶ Nach seiner Verurteilung zu lebenslanger Freiheitsstrafe trat Heinrich Boere am 15.11.2011 seine Haftstrafe an. Er verbrachte den Rest seines Lebens in der Justizvollzugsanstalt Fröndenberg, wo er im Alter von 92 Jahren eines natürlichen Todes starb.

⁵⁷ Fünf Jahre nach der Verurteilung wandelte sich die Todesstrafe nach niederländischem Recht in eine lebenslange Freiheitsstrafe.

ein überwiegendes Bedürfnis, den Täter unter dem Gesichtspunkt positiver Generalprävention insbesondere im Interesse der Opferseite einer Strafvollstreckung zuzuführen.

5. Auslieferungsverkehr mit Drittstaaten

Konflikte zwischen Freiheits- und Sicherheitsinteressen können auch außerhalb der bislang diskutierten Fälle auftreten, in denen eine verfahrensgegenständliche Tat die Rechtsordnungen mindestens zweier EU-Mitgliedstaaten betrifft. Man stelle sich etwa den folgenden fiktiven Beispielsfall vor:

Der deutsche Staatsbürger A wird wegen eines in Deutschland und Polen verwirklichten schwerwiegenden Drogendelikts in Polen zu einer Freiheitsstrafe von sieben Jahren verurteilt. Um der Strafvollstreckung zu entgehen, flieht er in die USA. Die amerikanischen Behörden verweigern eine Auslieferung des A an Polen, sind aber bereit, A unter der Bedingung an Deutschland auszuliefern, dass dieser für seine Tat nach deutschem Recht in Deutschland zur Verantwortung gezogen wird.

Ohne ein Vollstreckungselement als Voraussetzung europäischen Strafklageverbrauchs würde A einer Strafvollstreckung entgehen: Die USA könnten ihn mangels tauglichen Anknüpfungspunktes der US-amerikanischen Strafgewalt nicht verurteilen. Polen könnte die verhängte Strafe mangels Erreichbarkeit des A nicht vollstrecken. Und Deutschland wäre wegen des rechtskräftigen polnischen Urteils infolge europäischen Strafklageverbrauchs an einer vollstreckbaren Verurteilung gehindert. Die seitens der USA gestellten Auslieferungsbedingungen könnten also nicht erfüllt werden.

Auf Basis der hier vorgeschlagenen Einzelfallabwägungslösung könnte A demgegenüber – unter Berufung auf das aktive Personalitätsprinzip gem. § 7 Abs. 2 Nr. 1 StGB – nochmals in Deutschland verurteilt werden und die verhängte Sanktion könnte vollstreckt werden. Die Abwägungsentcheidung fiel hier angesichts der Schwere des Drogendelikts und der fluchtbedingten Vollstreckungsentziehung zugunsten des Sicherheitsinteresses an einer Strafvollstreckung aus. Deutschland könnte die seitens der USA gestellten Auslieferungsbedingungen somit erfüllen, ohne gegen das europäische Doppelbestrafungsverbot zu verstoßen.

Man mag sich in solchen Fällen die Frage stellen, wie sich eine entsprechende deutsch-amerikanische Auslieferungsvereinbarung mit den europäischen Regelungen zum Europäischen Haftbefehl und dem Gebot zwischenstaatlicher Loyalität aus Art. 4 Abs. 3 EUV⁵⁸ innerhalb der Europäischen Union verträgt. Würden nämlich im Beispielsfall polnische Behörden einen Europäischen Haftbefehl zum Zwecke einer Vollstreckung der in Polen verhängten Strafe ausstellen, könnte die Bundesrepublik Deutschland nach einer Ausliefe-

⁵⁸ Zur zwischenstaatlichen Geltung des Loyalitätsgebots vgl. EuGH, Urt. v. 22.3.1983 – Rs. C-42/82 (Kommission/Frankreich) = Slg. 1983, 1013, Rn. 36; Urt. v. 11.6.1991 – Rs. C-251/89 (Athanasopoulos u.a.) = Slg. 1991, I-2797, Rn. 57; *Hatje*, in: Schwarze (Hrsg.), EU-Kommentar, 3. Aufl. 2012, Art. 4 EUV Rn. 78 f.; *Kahl*, in: Callies/Ruffert (Hrsg.), Kommentar, EUV/AEUV, 5. Aufl. 2016, Art. 4 EUV Rn. 111.

rungsvereinbarung mit den USA ihrer nach dem Rahmenbeschluss zum Europäischen Haftbefehl grundsätzlich bestehende Auslieferungsverpflichtung nicht mehr nachkommen, ohne gegenüber den USA vertragsbrüchig zu werden. Um solche Konflikte auszuschließen, müssten die deutschen Behörden vor Unterzeichnung einer Auslieferungsvereinbarung mit den USA das Einverständnis der polnischen Behörden einholen. Diese dürften sich der deutsch-amerikanischen Auslieferungsvereinbarung im Interesse der nationalen und europäischen Sicherheit höchstwahrscheinlich nicht in den Weg stellen. Denn anderenfalls würden sie dem Schwerverbrecher A faktisch bei einer Vollstreckungsentziehung behilflich. Polens Souveränitätsinteressen, den A anhand polnischer Verhaltensanforderungen zur Verantwortung zu ziehen, würde zumindest insofern Rechnung getragen, als die deutsche Bestrafung aufgrund des in § 7 StGB verankerten restriktiv zu interpretierenden Erfordernisses beiderseitiger Strafbarkeit⁵⁹ der polnischen ähneln wird.

Festzuhalten ist nach alledem, dass Einzelfallabwägungsentscheidungen auch im Auslieferungsverkehr mit Drittstaaten angemessene Ergebnisse herbeiführen.

VI. Fazit

Weder ein pauschaler Wegfall noch eine pauschale Fortgeltung des Vollstreckungselements aus Art. 54 SDÜ führt zu angemessenen Ergebnissen. Beide Standpunkte haben sich aufgrund einer einseitigen Hervorhebung entweder des Freiheits- oder des Sicherheitsaspekts als zu unflexibel erwiesen. Derzeit bietet sich vielmehr eine vermittelnde Auslegung der Art. 50 GRC, 54 SDÜ an, wonach transnationaler Strafklageverbrauch in einem Raum der Freiheit und der Rechtssicherheit grundsätzlich unabhängig von einer Vollstreckungsbedingung eintritt, es sei denn gewichtige Sicherheitsbedürfnisse überwiegen die Freiheitsinteressen des Täters an einer einmaligen Strafverfolgung und Bestrafung. Unter Zugrundelegung dieser Maßstäbe hätte in den Rechtssachen Scheungraber, Boere und Spasic allein die doppelte Verurteilung Boeres Bestand.

In Zukunft könnte die Erforderlichkeit eines Vollstreckungselements gänzlich entfallen, wenn sich die Mitgliedstaaten der Europäischen Union etwa darauf einigen würden, den Europäischen Haftbefehl vorbehaltlos anzuwenden. In einem Mitgliedstaat verurteilte Straftäter, die in einem anderen Mitgliedstaat ergriffen werden, könnten so ausnahmslos an den Urteilsstaat überstellt werden, der die eigens verhängte Strafe dann vollstrecken könnte. Vor allem in Anbetracht der mit Doppelbestrafungen und -verfolgungen einhergehen-

den gravierenden Freiheitsbeschränkungen wäre eine entsprechende Einigung erstrebenswert.

Zu begrüßen wäre darüber hinaus eine grundlegende europäische Einigung auf eine verbindliche Koordinierung nationaler Strafverfolgungszuständigkeiten dahingehend, dass immer nur ein Mitgliedstaat zur Verfolgung und Ahndung einer Tat berufen wäre.⁶⁰ Europäische transnationale Doppelbestrafungsverbote würden damit obsolet. Unionsbürger hätten ihr Verhalten von vornherein an nur einer Rechtsordnung auszurichten und müssten nur ein freiheitsbeschränkendes Strafverfahren innerhalb der EU befürchten. Wettläufe zwischen nationalen Strafverfolgungsbehörden um die schnellste strafklageverbrauchende Entscheidung wären verfahrensökonomisch ausgeschlossen.

Aktuell besteht allerdings wenig Hoffnung, dass solche Einigungen zeitnah zustande kommen werden. Im Gegenteil symbolisieren etwa die Entwicklungen in der Flüchtlingskrise, dass viele Mitgliedstaaten Abschottungsstrategien wie die autonome Schließung europäischer Binnengrenzen gemeinschaftlich loyalen europäischen Problemlösungen vorziehen. Die Vorzeichen stehen insofern mehr denn je auf Rück- statt auf Fortschritt. Das Vollstreckungselement des Art. 54 SDÜ dürfte vor diesem Hintergrund in den geschilderten Ausnahmefällen noch lange Bestand haben. Sollten sich nationale Abschottungstendenzen zu Lasten der strafrechtlichen Zusammenarbeit im Bereich des Europäischen Haftbefehls auswirken, dürfte die Bedeutung des Vollstreckungselements sogar noch zunehmen. Solche Entwicklungen wirkten zwangsläufig zum Nachteil der Normadressaten. Letztlich verblieben dann nämlich zwei Szenarien: Entweder müssten verurteilte Straftäter freiheitsbeschränkende Doppelbestrafungen über sich ergehen lassen. Oder Unionsbürger litten unter einer ineffektiven europäischen Strafrechtspflege auf Kosten der europäischen Sicherheit. Beide Szenarien stehen in krassem Widerspruch zum Ziel eines rechtsstaatlichen europäischen Raums der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts.

⁵⁹ Vor allem im Verhältnis zu Mitgliedstaaten der Europäischen Union als einem auf grundsätzlichem gegenseitigem Vertrauen in die nationalen Strafrechtsordnungen aufbauenden Rechtsraum ist das Erfordernis der beiderseitigen Strafbarkeit restriktiv auszulegen, vgl. hierzu *Duesberg* (Fn. 14), S. 86 ff.; vgl. auch *Vogel*, in: Hoyer/Müller/Pawlik (Hrsg.), Festschrift für Friedrich-Christian Schroeder zum 70. Geburtstag, 2006, S. 877 (893); *Weißer*, ZJS 2014, 589 (593); siehe auch EuGH, Ur. v. 11.2.2003 – Rs. C-187/01 und 385/01 (Gözütok und Brügger) = Slg. 2003, I-1345, Rn. 33.

⁶⁰ Wie derartige Regelungen ausgestaltet sein könnten, ist Gegenstand zahlreicher Vorschläge und kontroverser Diskussionen, vgl. statt vieler Böse/Meyer/Schneider (Hrsg.), *Conflicts of Jurisdiction in Criminal Matters in the European Union*, Vol. II: Rights, Principles and Model Rules, 2014, passim; *dies.*, GA 2014, 572; *Zimmermann*, *Strafgewaltkonflikte in der Europäischen Union*, 2015, S. 283 ff. Derzeit besteht nach Art. 10 Abs. 1 des EU-Rahmenbeschlusses 2009/948/JI des Rates vom 30.11.2009 zur Vermeidung und Beilegung von Kompetenzkonflikten in Strafverfahren ABl. EU 2009 Nr. L 328, S. 46, lediglich eine Konsultationspflicht zwischen den zur Strafverfolgung berufenen nationalen Strafverfolgungsbehörden, „um zu einem Einvernehmen über eine effiziente Lösung zu gelangen, bei der die nachteiligen Folgen parallel geführter Verfahren vermieden werden“. Können sich die Behörden nicht einigen, kann es bis zum Eintritt zwischenstaatlichen Strafklageverbrauchs weiterhin zu Parallelverfahren kommen. Näher hierzu *Eckstein*, ZStW 124 (2012), 490 (505 ff.); *Eisele*, ZStW 125 (2013), 1 (18).