

# Zur Verschränkung von Strafprozess-, Europa- und Verfassungsrecht

## Zugleich Besprechung von LG Aachen StraFo 2010, 190, BGHSt 56, 11 und BVerfG NJW 2012, 1202

Von Rechtsanwalt Dr. Felix Walther, München\*

*Der Beitrag beleuchtet die sachliche Reichweite und das Verhältnis der europarechtlich fundierten ne bis in idem-Regelungen in Art. 50 GRC bzw. Art. 54 SDÜ. An Hand der diesbezüglichen Urteile der Instanz-, höchst- und verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung lassen sich eine Reihe allgemeiner – ihrerseits eng miteinander verschränkter – strafverfahrens-, verfassungs- und europarechtlichen Fragestellungen veranschaulichen und klären.*

### I. Sachverhalt<sup>1</sup>

Der über 90-jährige Angeklagte war während der deutschen Besatzung der Niederlande in den 1940er Jahren Mitglied eines Sonderkommandos der Waffen-SS („Kommando Felmeijer“) in den Niederlanden. Als Reaktion auf Anschläge der niederländischen Widerstandsbewegung verübte das Kommando unter Beteiligung des Angeklagten mindestens drei verdeckte tödliche Anschläge auf Niederländer. Wegen dieser Tötungen verurteilte das Sondergericht Amsterdam im Jahre 1949 den Angeklagten in Abwesenheit und ohne Verteidiger zum Tode. Fünf Jahre nach der Urteilsverkündung wandelte sich die Strafe qua Gesetz in eine lebenslange Freiheitsstrafe um. Das Urteil wurde nicht vollstreckt.

Der Angeklagte wurde schließlich im März 2010 durch das LG Aachen wegen dreifachen Mordes zu lebenslanger Freiheitsstrafe verurteilt, die hiergegen eingelegte Revision beim BGH blieb ebenso erfolglos wie die anschließende Verfassungsbeschwerde.

### II. Problemstellungen

Der Fall wirft eine Reihe rechtlicher Probleme auf, soll an dieser Stelle jedoch vorrangig unter dem Gesichtspunkt des Verbots der Doppelbestrafung (Strafklageverbrauch – „ne bis in idem“) und der damit verbundenen Vor- und Folgefragen analysiert werden. Konkret lassen sich die zu behandelnden Sachfragen dahin gehend stellen, ob das niederländische Urteil von 1949 einem weiteren Strafverfahren in Deutschland entgegenstand (dazu III.), zur Klärung dieser Frage der Gerichtshof der Europäischen Union (EuGH) hätte angerufen werden müssen (dazu IV.) und ein etwaiges Unterlassen jener Anrufung einen Verstoß gegen das Grundgesetz darstellen kann (dazu V.). Es zeigt sich also bereits an dieser Stelle, dass der Fall wie kaum ein anderer geeignet ist, die Verschränkungen von Strafprozess-, Europa- und Verfassungsrecht aufzuzeigen.

---

\* Der Autor ist Rechtsanwalt in München. Meinem ehemaligen Kollegen Frank Zimmermann vom Lehrstuhl Prof. Dr. Satzger an der LMU München schulde ich einmal mehr großen Dank für wertvolle Anregungen.

<sup>1</sup> Zum vollständigen Sachverhalt siehe LG Aachen, Urt. v. 23.3.2010 – 52 Ks 45 Js 18/83 10/09, Rn. 66 ff.; abrufbar:

[http://www.justiz.nrw.de/nrwe/lgs/aachen/lg\\_aachen/j2010/52\\_Ks\\_45\\_Js\\_18\\_83\\_10\\_09urteil20100323.html](http://www.justiz.nrw.de/nrwe/lgs/aachen/lg_aachen/j2010/52_Ks_45_Js_18_83_10_09urteil20100323.html).

### III. Ne bis in idem im europäischen Kontext

#### 1. Vorbemerkung: ne bis in idem im nationalen Kontext

Gemäß Art. 103 Abs. 3 GG darf niemand wegen derselben Tat auf Grund der allgemeinen Strafgesetze mehrmals bestraft werden. Die Vorschrift ist über ihren Wortlaut hinaus dahin gehend auszulegen, nicht erst die nochmalige „Bestrafung“ verboten ist, sondern bereits die Einleitung eines Verfahrens nach einer rechtskräftigen Erstentscheidung – die auch nicht notwendigerweise in einer „Bestrafung“ i.e.S. bestehen muss – zu unterbleiben hat.<sup>2</sup> Je nach Verfahrensstadium wäre ein entsprechendes Ermittlungsverfahren gem. § 170 Abs. 2, StPO einzustellen, die Eröffnung der Hauptverhandlung gem. § 204 Abs. 1 StPO abzulehnen oder nach Eröffnung der Hauptverfahrens das Verfahren gem. § 206a Abs. 1 bzw. § 260 Abs. 3 StPO einzustellen.

Art. 103 Abs. 3 GG statuiert den Grundsatz ne bis in idem (nicht zweimal in derselben Sache) freilich alleine auf nationaler Ebene bezüglich der Einmaligkeit der Strafverfolgung durch deutsche Verfolgungsbehörden und Gerichte.<sup>3</sup> Auch hat das Bundesverfassungsgericht festgehalten, dass keine allgemeine Regel des Völkerrechts existiert, die es gebietet, die Strafverfolgung gegen eine Person wegen eines Lebenssachverhaltes zu unterlassen, dessentwegen sie bereits in einem anderen Staat verfolgt und rechtskräftig abgeurteilt worden ist, so dass auch Art. 25 GG zu keiner Erweiterung des Doppelverfolgungsverbots führt.<sup>4</sup> Ein transnationales Verbot der Doppelbestrafung lässt sich folglich alleine auf Grundlage des nationalen Strafverfahrens- und Verfassungsrechts nicht begründen.

#### 2. Transnationales ne bis in idem innerhalb der Europäischen Union

Es kann nicht verwundern, dass dem Zustand der fehlenden Anerkennung ausländischer Erstentscheidungen schon früh auf europäischer Ebene zu begegnen versucht wurde. Denn wie es heute Art. 3 Abs. 2 EU in bemerkenswerter Klarheit ausdrückt, bietet die Europäische Union „ihren Bürgerinnen und Bürgern einen Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts ohne Binnengrenzen, in dem [...] der freie Personenverkehr gewährleistet ist.“ Es versteht sich dann aber von selbst, dass die (auch nur latente) Möglichkeit einer Mehrfachverfolgung innerhalb der Union in krassem Widerspruch zu den unionsrechtlichen wirtschaftlichen Personenverkehrsfreiheiten (Art. 45 ff. AEUV) und der allgemeinen Freizügigkeit (Art. 21 AEUV) steht. Eine unionsrechtliche Regelung eines zwischenstaatlichen horizontalen<sup>5</sup> ne bis in idem wurde

---

<sup>2</sup> Schulze-Fielitz, in: Dreier (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, Bd. 3, 2. Aufl. 2008, Art 103 Abs. 3 Rn 25 m.w.N.

<sup>3</sup> St. Rspr. seit BVerfGE 12, 62 (66).

<sup>4</sup> BVerfGE 75, 1.

<sup>5</sup> D.h. geltend im Verhältnis der Mitgliedstaaten untereinander, nicht aber im „vertikalen“ Verhältnis zur EU selbst.

dementsprechend schon früh auf zunächst völkerrechtlicher Basis im Schengener Durchführungsübereinkommens v. 19.6.1990 (SDÜ)<sup>6</sup> getroffen.

Der hier interessierende Art. 54 SDÜ lautet:

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

Nach der zwischenzeitlichen Einbeziehung des Durchführungsübereinkommens in den Rechtsrahmen der EU durch den Vertrag von Amsterdam<sup>7</sup> erfolgte eine immer präzisere Konturierung der einzelnen Tatbestandsmerkmale durch den (zunächst) gem. Art. 35 EU a.F. i.V.m. § 1 Abs. 2 EuGHG für Auslegungsfragen exklusiv zuständigen Europäischen Gerichtshof.<sup>8</sup> Den vorläufigen Höhepunkt des EU-weiten Doppelbestrafungsverbots markiert schließlich seine Aufnahme in den Katalog der justiziellen Grundrechte der Charta der Grundrechte der Europäischen Union (GRC)<sup>9</sup>, die nunmehr gem. Art. 6 Abs. 1 EU im Range europäischen Primärrechts steht.

Art. 50 GRC legt den sachlichen Geltungsbereich des europäischen ne-bis-in-idem folgendermaßen fest:

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

### 3. Geltung von ne bis in idem auch ohne Vollstreckung der Erstentscheidung

#### a) Geltung von Art. 54 SDÜ neben Art. 50 GRC?

Neben hauptsächlich terminologischen Unterschiedlichkeiten fällt als augenscheinliche Diskrepanz zwischen Art. 54 SDÜ und Art. 50 GRC das Fehlen eines Vollstreckungselements in letzterer Bestimmung ins Auge. Dies bedeutet, dass Art. 50 GRC auf den ersten Blick einer Strafverfolgung durch einen EU-Mitgliedstaat bereits dann entgegen zu stehen scheint, wenn der Betroffene in einem anderen Mitgliedstaat „rechtskräftig verurteilt oder freigesprochen worden ist“. Ganz wie bei Art. 103 Abs. 3 GG käme es also nicht darauf an, ob die erste Strafe überhaupt vollzogen worden wäre, so dass im Ausgangsfall in der Tat ein Verfahrenshindernis bzgl. des Zweitverfahrens in Deutschland bestünde.

#### aa) Außerkrafttreten von Art. 54 SDÜ „durch Zeitablauf“?

Nun könnte sich eine etwaige Konkurrenzproblematik zwischen Art. 50 GRC und Art. 54 SDÜ schon dadurch erledigen,

wenn beide Vorschriften überhaupt nicht nebeneinander anwendbar wären. So erscheint es keineswegs abwegig, einen grundsätzlichen Vorrang von Art. 50 GRC jedenfalls für die Zeit nach dem Inkrafttreten der Grundrechtecharta auf Grund des Vorrangs des späteren und höherrangigen Gesetzes anzunehmen.<sup>10</sup> Denn zum einen stellt die Charta gem. Art. 6 EUV europäisches Primärrecht dar und steht damit gesetzestech-nisch im Range über dem sekundärrechtlichen<sup>11</sup> Art. 54 SDÜ, zum anderen würde Art. 50 GRC als später in Kraft getretene Bestimmungen nach dem – auch im Unionsrecht geltenden – lex posterior – Grundsatz Vorrang vor Art. 54 SDÜ genießen. Jedenfalls in praktischer Hinsicht problematisch erschiene bei Zugrundelegung dieser Ansicht freilich, dass das unionsweite ne bis in idem zwischen den einzelnen Staaten mit einem ganz unterschiedlichen Gewährleistungsgehalt gelten könnte. Denn während zwar das SDÜ für alle EU-Mitgliedstaaten sowie Island, die Schweiz und Norwegen gilt, haben Polen und Großbritannien – in ihrem sachlichen Gehalt noch weit gehend ungeklärte – Vorbehalte bzgl. der Anwendbarkeit der Charta auf die innerstaatliche Verwaltungspraxis erklärt.<sup>12</sup> Auch in zeitlicher Hinsicht mögen problematische Fallgestaltungen auftauchen: Da es nach Ansicht des EuGH nämlich alleine auf die Geltung von Art. 50 GRC/Art. 54 SDÜ im Erst- und Zweitverfolgerstaat zum Zeitpunkt der zweiten Entscheidung ankommen soll,<sup>13</sup> wäre im Ergebnis derjenige Verfolgte begünstigt, der sich möglichst lange seinem (Zweit-) Prozess entzieht bzw. diesen verschleppt.

#### bb) Anwendbarkeit der Charta gem. Art. 51 Abs. 1 S. 1 GRC?

Weitere Zweifelsfragen bzgl. des sachlichen Anwendungsbereichs von Art. 50 GRC folgen schließlich daraus, dass die die Grundrechtecharta gem. Art. 51 Abs. 1 S. 1 GRC für die Mitgliedstaaten „ausschließlich bei der Durchführung des Unionsrechts [gilt]“. Es versteht sich daher jedenfalls nicht von selbst, dass bei der Beurteilung der Zulässigkeit eines nationalen Strafverfahrens die Grundrechtecharta zu beachten ist.

Die Gerichte hatten im Rahmen der Beurteilung des Konkurrenzverhältnisses von Art. 54 SDÜ und Art. 50 GRC also

<sup>6</sup> BGBl. II 1993, S. 1013 (Satorius II, Ziff. 280).

<sup>7</sup> S. jetzt Protokoll Nr. 19 zum Vertrag von Lissabon.

<sup>8</sup> Zu dessen Rspr. zusammenfassend *Satzger*, in: Schönemann (Hrsg.), Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag, 2001, S. 1515 (S. 1526 ff.).

<sup>9</sup> ABl. EU 2010 Nr. C 83/389 (Satorius II Ziff. 150).

<sup>10</sup> So gingen viele Stimmen im Schrifttum wie selbstverständlich von der alleinigen Einschlägigkeit von Art. 50 GRC mit Inkrafttreten der Charta aus (s. *Anagnostopoulos*, in: Neumann/Herzog (Hrsg.), Festschrift für Winfried Hassemer, 2010, S. 1121 (S. 1137); *Eser*, in: Meyer, Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 3. Aufl. 2011, Art. 50 Rn. 14; *Heger*, ZIS 2009, 406 (408); *Vogel*, in: Hoyer/Müller/Pawlik/Wolter (Hrsg.), Festschrift für Friedrich-Christian Schroeder zum 70. Geburtstag, 2006, S. 877 (S. 890); *Zöller*, in: Amelung/Günther/Kühne (Hrsg.), Festschrift für Volker Krey zum 70. Geburtstag am 9.7.2010, 2010, S. 501 (S. 518 f.).

<sup>11</sup> Vgl. *Burchard/Brodowsky*, StraFo 2010, 179 (181 mit Fn. 13).

<sup>12</sup> Protokoll über die Anwendung der Charta der Grundrechte der Europäischen Union auf Polen und das Vereinigte Königreich (ABl. EU 2007 Nr. C 306/156); dazu *Frenz*, Handbuch Europarecht, Europäische Grundrechte, 2009, Rn. 19 ff.

<sup>13</sup> EuGH Slg 2006, I-2333 (Rn. 35 ff.) – „Van Esbroeck“.

nicht nur zu entscheiden, ob (1.) die beiden Vorschriften in zeitlicher Hinsicht nebeneinander gelten, sondern auch, ob (2.) Art. 50 GRC – wie auch die Charta überhaupt – in Fällen der vorliegenden Art (Beurteilung des Verhältnisses national geführter Verfahren durch ein nationales Gericht) überhaupt anwendbar ist und – bejahendenfalls – wie (3.) das Spannungsverhältnis zwischen Art. 54 SDÜ und Art. 50 GRC bzgl. des fehlenden Vollstreckungselements in Art. 50 GRC aufzulösen ist.

#### b) Die Ansicht des LG Aachen

Die Strafkammer anerkennt zunächst die parallele Anwendbarkeit von Art. 54 SDÜ neben Art. 50 GRC, da weder der Grundrechtecharta noch dem Vertrag von Lissabon, noch anderen Normen oder Verträgen oder deren Entstehungsgeschichte zu entnehmen sei, dass der den Normgebern bekannte Art. 54 SDÜ durch Art. 50 GRC verdrängt oder modifiziert werden sollte. Nur implizit wird mit dieser Aussage bereits davon ausgegangen, dass Art. 50 GRC auf den vorliegenden Sachverhalt überhaupt Anwendung findet, während eine ausdrückliche Prüfung von Art. 51 GRC und damit der prinzipiellen Anwendbarkeit der Charta nicht vorgenommen wird. Im Hinblick auf das sachliche Konkurrenzverhältnis wird eine einschränkende, an Art. 54 SDÜ orientierte Auslegung von Art. 50 GRC abgelehnt. Die Kammer verweist jedoch sodann auf Art. 52 Abs. 1 GRC, der die Ausübung der in der Charta anerkannten Rechte und Freiheiten unter einen allgemeinen Gesetzesvorbehalt stellt. Eine Einschränkung eines Grundrechts muss danach gesetzlich vorgesehen sein und den Wesensgehalt des Grundrechts achten. Sie muss außerdem dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit genügen, also erforderlich sein und den von der Union anerkannten dem Gemeinwohl dienenden Zielsetzungen oder den Erfordernissen des Schutzes der Rechte und Freiheiten anderer tatsächlich entsprechen. Diese Voraussetzungen lägen nach Ansicht der Kammer im zu entscheidenden Fall erkennbar vor, da das SDÜ ein formelles Gesetz darstelle und der Wesensgehalt des Art. 50 GRC nicht angetastet werde, da der grundsätzliche Schutz vor doppelter Verfolgung und Bestrafung bestehen bleibe und nur eine sachlich gerechtfertigte Eingrenzung durch das Kriterium der Vollstreckung oder Vollstreckbarkeit erfolge. Den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit beachtend verfolge Art. 54 SDÜ auch ein dem Art. 52 GRC entsprechendes legitimes Ziel, nämlich die Effektivität der Rechtspflege sowie das Interesse der Allgemeinheit und der Opfer an einer Strafverfolgung.<sup>14</sup>

#### c) Die Ansicht des BGH

Der 2. Strafsenat des BGH verwarf die Revision des Angeklagten gegen das Urteil des LG Aachen mit Beschluss vom 1.12.2010 gem. § 349 Abs. 2 StPO als unbegründet.<sup>15</sup> In Bezug auf die hier interessierende Problematik des transnationalen Strafklageverbrauchs nahm er Bezug auf die Ausführungen,

die der 1. Strafsenat in einem ganz ähnlich gelagerten Fall in einem einen Monat zuvor ergangenen Verwerfungsbeschluss gemacht hatte.<sup>16</sup> Dort war der 1. Senat zunächst ohne nähere Begründung (und ohne Prüfung von Art. 51 Abs. 1 S. 1 GRC) davon ausgegangen, dass Art. 50 GRC im vorliegenden Fall zeitlich und sachlich einschlägig sei. In der Sache hatte er sich weitgehend der Ansicht des LG Aachen angeschlossen und Art. 54 SDÜ als „[Art. 50 GRC] einschränkende Regelung“ eingeordnet. Zur Begründung berief er sich auf die amtlichen Erläuterungen des Präsidiums des Konvents zur Ausarbeitung der Charta, wonach der Gewährleistungsgehalt von Art. 50 GRC „dem Rechtsbesitzstand der Union [entspricht]; s. Art. 54-58 des Schengener Durchführungsübereinkommens [...]. Die klar eingegrenzten Ausnahmen, in denen die Mitgliedstaaten nach diesen Übereinkommen [scil. u.a. dem SDÜ] von dem Grundsatz ‚ne bis in idem‘ abweichen können, sind von der horizontalen Klausel des Art. 52 Abs. 1 über die Einschränkungen abgedeckt.“<sup>17</sup>

#### d) Stellungnahme

##### aa) Zur zeitlichen und sachlichen Anwendbarkeit von Art. 50 GRC

Dass im Hinblick auf die *temporale* (Weiter-)Geltung von Art. 54 SDÜ trotz Inkrafttretens von Art. 50 GRC nicht einfach auf den *lex posterior*-Grundsatz zurückgegriffen werden kann, ergibt sich zunächst aus Art. 9 des Protokoll Nr. 36 zum Vertrag von Lissabon<sup>18</sup>, wonach Übereinkommen, die vor dem Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon auf der Grundlage EU-Vertrages zwischen Mitgliedstaaten geschlossen wurden „so lange Rechtswirkung [behalten], bis sie in Anwendung der Verträge aufgehoben, für nichtig erklärt oder geändert werden.“ Hieraus folgt freilich eine Verschränkung mit der sachlichen Konkurrenzproblematik, denn eine Aufhebung oder Änderung in jenem Sinne könnte ja gerade im Inkrafttreten einer sachlich vorrangigen Bestimmung liegen.

Was nun die Frage, nach der Geltung der Garantien der Grundrechtecharta im vorliegenden Fall betrifft, so ist allgemein anerkannt, dass sich eine „Durchführung des Unionsrechts“ i.S.d. Art. 51 Abs. 1 S. 1 GRC jedenfalls nicht aus der Anwendung einer Bestimmung der Charta selbst (etwa hier aus Art. 50 GRC) ergeben kann. Denn in diesem Falle würde die Anwendbarkeit der Charta aus einer Bestimmung gefolgt, deren Anwendbarkeit ihrerseits die Anwendbarkeit der Charta voraussetzt.<sup>19</sup> Aber auch unabhängig hiervon lässt sich eine „Durchführung des Unionsrechts“ für Fälle der vorliegenden Art begründen: Wohl überwiegend wird diese darin gesehen, dass die nationalen Behörden bzw. Gerichte des Zweitverfolgerstaates Art. 54 SDÜ anwendeten und bei dessen Auslegung eine Verdrängung oder Modifikation durch

<sup>14</sup> LG Aachen, Urt. v. 23.3.2010 – 52 Ks 45 Js 18/83 10/09, Rn. 251 ff.; inhaltlich identisch im Beschl. v. 8.12.2009 = StraFo 2010, 190 = StV 2010, 237.

<sup>15</sup> BGH BeckRS 2010, 30899.

<sup>16</sup> BGH NJW 2011, 1014 (1015) = BGHSt 56, 11.

<sup>17</sup> ABl. EU 2007 Nr. C 303/17 (31).

<sup>18</sup> Protokoll über die Übergangsbestimmungen v. 13.12.2007 (ABl. EU 2008 Nr. C 115/322).

<sup>19</sup> S. auch BVerfG NJW 2012, 1202 (1204): „unzulässiger Zirkelschluss“.

Art. 50 GRC zu beachten hätten.<sup>20</sup> Andere Stimmen in der Literatur befürworten eine von Art. 54 SDÜ unabhängige Anwendbarkeit von Art. 50 GRC. Dies geschieht teils unter Verweis auf das im Grundsatz *ne bis in idem* verwirklichte unionsrechtliche Prinzip der gegenseitigen Anerkennung (hier strafverfahrensrechtlicher Erledigungen)<sup>21</sup>, teils unter Rückgriff auf das allgemeine Freizügigkeitsrecht aus Art. 21 AEUV.<sup>22</sup> In der Tat mutete es seltsam an, wenn ausgerechnet Fälle transnationaler Strafverfolgung innerhalb der EU nicht in den Anwendungsbereich des Unionsrechts fallen sollten. Denn das Konzept, ein vorheriges Strafverfahren in einem anderen Mitgliedstaat als Verfahrenshindernis für ein Zweitverfahren anzuerkennen, basiert eben nicht auf nationalem Verfassungs- oder Prozessrecht; vielmehr handelt es sich um einen schon bisher – durch Art. 54 SDÜ – originär unionsrechtlich determinierten Regelungsbereich, so dass auch nicht die Gefahr besteht, dass durch die Anwendung von Art. 50 GRC entgegen Art. 51 Abs. 2 GRC der Geltungsbereich des Unionsrechts unzulässigerweise ausgedehnt oder neue Unionszuständigkeiten begründet werden. Schließlich gehen auch die Erläuterungen zur Grundrechtecharta, die – wie erwähnt – auf den Gleichlauf mit Art. 54 ff. SDÜ verweisen und Art. 50 GRC auch eine Geltung „innerhalb der Gerichtsbarkeit eines Staates“<sup>23</sup> zusprechen, offenkundig von der Anwendbarkeit des Art. 50 GRC in jedem nationalen Strafverfahren aus.

*bb) Zum Verhältnis von Art. 50 GRC und Art. 54 SDÜ*

Im Hinblick auf die letztlich fallentscheidende Frage, ob der weite Gewährleistungsgehalt des Art. 50 GRC durch das Vollstreckungselement des Art. 54 SDÜ beschränkt wird, schließen sich das LG Aachen und der 1. und 2. *Strafsenat* des BGH im Ergebnis einer schon zuvor in der Literatur verbreiteten Auffassung an, die – mit Differenzierungen im Detail – Art. 54 SDÜ als gem. Art. 52 Abs. 1 S. 1 GRC zulässige Schranke bzw. Konkretisierung von Art. 50 GRC begreift.<sup>24</sup>

<sup>20</sup> Burchard/Brodowsky, *StraFo* 2010, 179 (181 f.); Merkel/Scheinfeld, *ZIS* 2012, 206 (208 Fn. 15); nach Ansicht des BVerfG (NJW 2012, 1202 [1204]) geht auch der 1. *Strafsenat* des BGH, der freilich Art. 51 GRC nicht ausdrücklich prüft, von dieser Prämisse aus.

<sup>21</sup> Satzger, *Internationales und Europäisches Strafrecht*, 5. Aufl. 2011, § 10 Rn. 68.

<sup>22</sup> Böse, in: Ambos (Hrsg.), *Europäisches Strafrecht post-Lissabon*, 2011, S. 57 (S. 71); ders., *GA* 2011, 504 (505); nach diesem Ansatz fungiert Art. 50 GRC als eine Art Schranken-Schranke in Bezug auf das nationale Strafverfahren, welches die allg. Freizügigkeit jedenfalls potentiell beeinträchtigt (vgl. Kingreen, in: Callies/Ruffert [Hrsg.], *AEUV/AEUV*, Kommentar, 3. Aufl. 2011, Art. 51 GRC Rn. 14).

<sup>23</sup> ABl. EU 2007 Nr. C 303/17, S. 31.

<sup>24</sup> Burchard/Brodowsky, *StraFo* 2010, 179 (181 ff.); Hecker, *Europäisches Strafrecht*, 3. Aufl. 2011, § 13 Rn. 39; Jarass, *Charta der Grundrechte der Europäischen Union*, 2010, Art. 50 Rn. 11 i.V.m. 1; Kretschmer, *ZAR* 2011, 384 (387); Satzger, (Fn. 21), § 10 Rn. 68; ders. (Fn. 8), S. 1515 (S. 1522 ff.).

Die Gegenauffassung<sup>25</sup> geht hingegen vom Vorrang von Art. 50 GRC aus, der nicht durch das Vollstreckungselement des Art. 54 SDÜ eingeschränkt werden könne. Sie kann sich zunächst darauf berufen, dass die zur (historischen) Auslegung von Art. 50 GRC herangezogenen Erläuterungen keineswegs so eindeutig sind wie sie auf den ersten Blick erscheinen mögen. Denn es mutet in der Tat seltsam an, dass das in Art. 54 SDÜ eindeutig als tatbestandliche Voraussetzung vorgesehene Vollstreckungselement eine „Ausnahme“ im Sinne der Erläuterungen darstellen soll, in der ein Mitgliedstaat von der Regel *ne bis in idem* abweichen können soll.<sup>26</sup> Auch steht einer entsprechenden Deutung der Erläuterungen entgegen, dass mit der Beibehaltung des Vollstreckungselements ja nicht „die Mitgliedstaaten“ vom Doppelverfolgungsverbot abweichen würden. Vielmehr wäre – die Richtigkeit der Ansicht der Rechtsprechung unterstellt – die Weitergeltung des Vollstreckungselements gemäß Art. 54 SDÜ zum einen zwingend (und nicht fakultativ, wovon offensichtlich die Erläuterungen ausgehen) und ergäbe sich zum anderen direkt aus dem Unionsrecht (und nicht aus einem mitgliedstaatlichen opt-out, wovon die Erläuterungen auszugehen scheinen). Soweit man die in den Erläuterungen in Bezug genommenen „Ausnahmen“ also nicht auf das Vollstreckungselement bezieht, wird dieser Auslegungshinweis auch nicht gegenstandslos. Vielmehr sind in Art. 55 SDÜ gerade rechtsterminologisch also solche bezeichnete „Ausnahmen“ von *ne bis in idem* vorgesehen. Ganz im Gegensatz zum Vollstreckungselement sind diese fakultativ und mussten von den einzelnen Mitgliedstaaten bei Ratifikation des SDÜ erklärt werden, was denn auch den „Ausnahmen“ im Sinne der Charta-Erläuterungen entspricht. Wenig nachvollziehbar erscheint zuletzt die Annahme, die Verfasser hätte sich mit einem mehrdeutigen Hinweis in den Erläuterungen begnügt, soweit sie – noch dazu in voller Kenntnis von Wortlaut und Voraussetzungen des Art. 54 SDÜ – eine derart prominente Abweichung von der *ne bis in idem* Regel wie das Vollstreckungselement tatsächlich hätten beibehalten wollten. Nach alledem dürfte im Gegensatz zur Ansicht des BGH und der wohl herrschenden Meinung in der Literatur eine historische Auslegung eher gegen die Beibehaltung des Vollstreckungselements sprechen.

Auch im Übrigen spricht wenig dafür, dass die Auslegung der deutschen Fachgerichte die Zustimmung des EuGH finden würde. Denn dieser betont in ständiger Rechtsprechung den engen Zusammenhang des Doppelverfolgungsverbots mit dem allgemeinen Freizügigkeitsrecht aus Art. 21 AEUV (s. bereits oben II. 2.) und legt dementsprechend bzgl. Art. 54 SDÜ sowohl den „Tat“ – Begriff wie auch den Begriff der rechtskräftigen Erstentscheidung und das Vollstreckungselement betont weit aus.<sup>27</sup> Es ist daher kaum zu erwarten, dass

<sup>25</sup> Böse (Fn. 22), S. 57 (S. 71 ff.); ders., *GA* 2011, 504; Merkel/Scheinfeld, *ZIS* 2012, 206 (208 ff.).

<sup>26</sup> Schlagend Böse, *GA* 2011, 504 (506); ders. (Fn. 22), S. 57 (S. 72 f.).

<sup>27</sup> Zum Tatbegriff s. EuGH Slg. 2006, I-2333 (Rn. 25 ff.) – „van Esbroeck“; zur Erstentscheidung bspw. EuGH Slg. 2003, I-1345 (Rn. 25 ff.) – „Gözütok/Brügge“; zum Vollstreckungselement EuGH Slg. 2008, I-9425 (Rn. 33) – „Bourquain“.

der Gerichtshof unter Zugrundelegung seiner dynamischen, auf die weitest mögliche Durchsetzung der Grundfreiheiten der europäischen Verträge bedachten Auslegungsmaximen zu einem durch ein Vollstreckungselement eingeschränkten Verständnis des Art. 50 GRC gelangen wird.

Schließlich wird im Schrifttum gerade mit Verweis auf den Ausgangsfall die Befürchtung geäußert, das Fehlen eines Vollstreckungselements könne dazu führen, dass sich ein Täter durch Flucht der Verhängung der Erstsanktion entziehe und dann im Fluchtstaat (wegen Art. 50 GRC) weder nochmals verfolgt noch (wegen eines Auslieferungshindernisses) ausgeliefert werden könne (sog. *forum fleeing*).<sup>28</sup> Nun ist bereits andernorts dargelegt worden, dass schon aus Rechtsgründen nur sehr begrenzt Fälle auftauchen werden, in denen nicht mit den europäischen Instrumentarien der transnationalen Strafverfolgung bzw. -vollstreckung (Europäischer Haftbefehl und Europäische Vollstreckungsanordnung) der Gefahr einer Sanktionslosigkeit vorgebeugt werden kann.<sup>29</sup> Auch im Übrigen vermag es nicht zu überzeugen, aus der Sorge um „unerwünschte Strafbarkeitslücken“ in einer Art realpolitisch-folgenorientierter Auslegung ein entscheidendes Interpretationskriterium zu gewinnen.<sup>30</sup>

#### IV. Vorlage an den EuGH

Gemäß Art. 267 Abs. 1 lit. a AEUV entscheidet der EuGH im Vorabentscheidungsverfahren über die Auslegung der Verträge, wozu auch die Grundrechtecharta als Teil des verbindlichen Primärrechts (Art. 6 Abs. 1 EU) zählt. Was die Vorlagekompetenz der nationalen Gerichte bei entsprechenden Auslegungsfragen angeht, differenziert die Vorschrift zwischen Instanzgerichten, die zu einer Vorlage berechtigt sind (Art. 267 Abs. 2 AEUV) und letztinstanzlichen Gerichten, die zur Vorlage einer entscheidungserheblichen Frage verpflichtet sind (Art. 267 Abs. 3 AEUV).

##### 1. Entscheidung des Landgerichts

Der erstinstanzlich zuständigen (vgl. § 74 Abs. 2 Nr. 4 GVG) Schwurgerichtskammer am Landgericht stand dementsprechend ein weites Vorlageermessen zur Verfügung.<sup>31</sup> Diesen Spielraum nutze die Kammer dahin gehend, dass sie unter Verweis auf die vermeintlich klare Rechtslage (s.o. III. 3. b) und die mit einer Vorlage einhergehende Verzögerung von einer Vorlage absah.<sup>32</sup> Auch wenn sich die Kammer wohl der Anfechtbarkeit ihrer Rechtsauffassung in der Sachfrage zur Reichweite des Doppelbestrafungsverbots bewusst

<sup>28</sup> Satzger (Fn. 8), S. 1515 (S. 1522 ff.); ders. (Fn. 21), § 10 Rn. 68.

<sup>29</sup> Ausf. Böse, GA 2011, 504 (508 ff.).

<sup>30</sup> In diese Richtung auch Merkel/Scheinfeld, ZIS 2012, 206 (210).

<sup>31</sup> Zur ausnahmsweisen Vorlagepflicht eines Instanzgerichts bei der beabsichtigten Nichtanwendung sekundären Unionsrechts vgl. EuGH Slg. 1987, 4199 = NJW 1988, 1451 („Foto Frost“).

<sup>32</sup> LG Aachen, Urt. v. 23.3.2010 – 52 Ks 45 Js 18/83 10/09, Rn. 256.

gewesen sein mag, sind dies sicherlich sachliche Erwägungen, die den Anforderungen von Art. 267 Abs. 2 AEUV genügen dürften.

##### 2. Entscheidung des BGH

Während das Landgericht sich also bei seiner Nichtvorlage auf sein unionsrechtlich eingeräumtes Vorlageermessen stützen konnte, ist der BGH – wie gesehen – als letztinstanzliches Revisionsgericht (§ 133 GVG) an sich zu einer Vorlage an den EuGH verpflichtet, soweit in einem Verfahren die Auslegung von Unionsrecht entscheidungserheblich wird.

Allerdings gilt auch diese Vorlagepflicht nicht unbeschränkt, da der EuGH selbst im sog. CILFIT-Urteil<sup>33</sup> eine Vorlage in zwei Fallgruppen für entbehrlich hielt:

- Zunächst muss das letztinstanzliche nationale Gericht dann nicht vorlegen, wenn bereits eine gesicherte Rechtsprechung des EuGH zu der nun aufgeworfenen oder einer gleich gelagerten Auslegungsfrage existiert (sog. *acte éclairé*).
- Eine Vorlage kann auch dann unterbleiben, wenn – auch ohne vorherige Rechtsprechung des EuGH – die richtige Auslegung des Unionsrechts so offenkundig ist, dass kein vernünftiger Zweifel am richtigen Auslegungsergebnis bestehen kann (sog. *acte clair*).

Während die erste Fallgruppe hier offensichtlich nicht einschlägig ist, hält der 1. Strafsenat (im vom 2. Strafsenat in Bezug genommenen Parallelverfahren) unter Rekurs auf die *acte claire*-Doktrin in der Tat eine Vorlage für entbehrlich.<sup>34</sup>

Die richtige Anwendung des Unionsrechts sei angesichts der Erläuterungen offenkundig und zweifelsfrei. Auch der Einwand, die „mangelnde Verbreitung“ der Erläuterungen sei offenkundig und nicht zuletzt deshalb eine Vorlage an den EuGH geboten,<sup>35</sup> wird zurückgewiesen. Zum einen weise die Präambel der Charta selbst auf die Erläuterungen hin, deren Text in einschlägigen Gesetzessammlungen und juristischen Werken, aber auch im Internet ohne weiteres zu finden sei. Zum anderen hält es der Senat schon für zweifelhaft, ob eine nicht überall verbreitete Kenntnis der Grundlage einer eindeutigen Rechtslage die Eindeutigkeit der Rechtslage selbst überhaupt in Frage stellen könnte.

##### 3. Stellungnahme

Dem letztgenannten Gedanken wird man zustimmen können, da das Vorlageverfahren in der Tat der Einheitlichkeit der inhaltlichen Auslegung des Unionsrechts zu dienen bestimmt ist<sup>36</sup> und nicht den Zweck verfolgt, eine inhaltlich zweifelsfreie Rechtslage mit dem Ausrufezeichen der Autorität des EuGH „europaweit sichtbar zu machen“.

<sup>33</sup> EuGH Slg. 1982, 3414 (Rn. 13 ff.) = NJW 1983, 1257 f.

<sup>34</sup> BGH, Beschl. v. 25. 10. 2010 – 1 StR 57/10, Rn. 18 f. (insoweit in NJW 2011, 1014 [1015] nur teilweise abgedruckt).

<sup>35</sup> So Burchard/Brodowsky, StraFo 2010, 179 (186).

<sup>36</sup> S. nur Wegener, in Callies/Ruffert (Fn. 22), Art. 267 AEUV Rn. 2.

Die Anwendung der *acte clair*-Doktrin muss im vorliegenden Zusammenhang angesichts der völligen Neuartigkeit der Rechtsfrage und des Fehlens jedweder Rechtsprechung freilich überraschen. In der Tat liegt der – häufig gegenüber vorlagepflichtigen Ober- und Bundesgerichten geäußerte<sup>37</sup> – Verdacht nahe, der BGH habe sich in dankbarer Bezugnahme auf die *acte clair*-Doktrin seiner Vorlageverpflichtung aus Art. 267 Abs. 3 AEUV entledigt. Ob dies tatsächlich der Fall ist, kann nur anhand der für die Auslegung des Unionsrechts allein maßgeblichen Rechtsprechung des EuGH beurteilt werden. Danach kommt eine Anwendung der *acte clair*-Doktrin nur in Betracht, wenn nach Überzeugung des nationalen Gerichts auch für die Gerichte der übrigen Mitgliedstaaten und den EuGH selbst die gleiche Auslegungsgewissheit bestünde, wobei das Gericht die besonderen Auslegungsgrundsätze des Unionsrechts, insbesondere die autonome Auslegung unionsrechtlicher Begriffe, die Heranziehung verschiedener Sprachfassungen im Rahmen der Wortlautinterpretation und die dynamische Interpretation des Unionsrechts, zu beachten hat.<sup>38</sup> Diese sehr engen Voraussetzungen, die immerhin dem Ausnahmecharakter des Absehens von einer Vorlage entsprechen, werden vom EuGH zumindest dahin gehend etwas relativiert, als er betont, dass die Beurteilung der „Offenkundigkeit“ eines favorisierten Auslegungsergebnisses den nationalen Gerichten zusteht, und auch eine abweichende Rechtsauffassung einer Verwaltungsbehörde aus einem anderen Mitgliedstaat, der Anwendung der *acte clair*-Doktrin nicht entgegen stehen soll.<sup>39</sup> In der Tat würde eine strenge Anwendung der in der CLIFIT-Rechtsprechung aufgestellten Kriterien kaum je zu einem Entfallen der Vorlagepflicht führen. Denn schon die Existenz einer Rechtsfrage und die Auslegungsbedürftigkeit eines Rechtsbegriffs indizieren, dass mehrere Auslegungsalternativen in Frage kommen, von denen bekanntlich selten eine die „objektiv richtige“ darstellt.

Doch selbst, wenn man den nationalen Gerichten letzter Instanz in teleologischer Reduktion des Art. 267 Abs. 3 ein gewisses Ermessen bei der Prüfung der Einschlägigkeit der CLIFIT-Rechtsprechung einräumt, wäre im vorliegenden Fall eine Vorlage zwingend geboten gewesen.<sup>40</sup> Denn nach den obigen Ausführungen kann nicht einmal im Ansatz davon gesprochen werden, dass die richtige Anwendung des Unionsrechts „offenkundig und zweifelsfrei“ sei. Auch ist eben gerade nicht ausreichend, dass das nationale Gericht selbst von seiner Auslegung in diesem Maße überzeugt ist. Vielmehr müssten, was im vorliegenden Fall als beinahe ausgeschlossen gelten kann, die Gerichte der übrigen Mitgliedstaaten zu einem identischen Ergebnis gelangen. Hinzukommt, dass sich der BGH – anders als vom EuGH gefordert – auch nicht mit anderen Sprachfassungen der relevanten Rechtstexte befasst hat. In diesem Falle wäre eventuell aufgefallen, dass

bspw. nach der englischen und italienischen Fassung der Erläuterungen die Ausnahmen von der *ne bis in idem* nicht nur „klar eingegrenzt“ (so die deutsche Fassung), sondern auch stark *begrenzt*<sup>41</sup> sind, was schon für sich gesehen Zweifel daran aufkommen lassen muss, ob damit wirklich das Vollstreckungselement gemeint sein kann.<sup>42</sup> Vielmehr liegt es in Anbetracht dieser Formulierungen besonders nahe, die „Ausnahmen“ in der Tat auf die ungleich weniger bedeutenden Fälle des Art. 55 SDÜ zu beziehen.

## V. Verletzung von Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG

### 1. Nichtvorlage an den EuGH als Verletzung von Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG

Da das Bundesverfassungsgericht den EuGH als gesetzlichen Richter i.S.d. grundrechtsgleichen Rechts aus Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG anerkennt, begründet eine Nichtvorlage grds. einen im Wege der Verfassungsbeschwerde nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG rügbaren Verfahrensverstoß.<sup>43</sup> Wie auch im Bereich der übrigen Grundrechte (Stichwort: Verstoß gegen spezifisches Verfassungsrecht – keine Superrevisionsinstanz) nimmt das BVerfG aber auch hier eine deutliche Beschränkung seiner Kontrolldichte vor und beschränkt sich im Ergebnis auf eine Vertretbarkeits- und Willkürkontrolle der Nichtvorlageentscheidung. So soll eine Verletzung von Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG nicht in jeder rechtsfehlerhaft unterbliebenen Vorlage liegen, sondern lediglich dann in Betracht kommen, wenn das vorlagepflichtige Gericht:<sup>44</sup>

- die unionsrechtlichen Bezüge des von ihm zu entscheidenden Falles grundsätzlich verkennt,
- zwar die Entscheidungserheblichkeit einer unionsrechtlichen Fragestellung erkannt hat, gleichwohl aber eine Vorlageentscheidung überhaupt nicht in Erwägung zieht,
- bewusst von der Rechtsprechung des EuGH abweicht oder
- bei Unvollständigkeit der bisher zu der entscheidungserheblichen Frage vorliegenden Rechtsprechung des EuGH den ihm zukommenden Entscheidungsspielraum in unvertretbarer Weise überschritten hat.

### 2. Prüfung des BVerfG im vorliegenden Fall

Im vorliegenden Fall kommt offenkundig nur die letztgenannte Fallgruppe der Unvollständigkeit der Rechtsprechung des EuGH in Betracht, die „insbesondere“ dann einschlägig ist, wenn mögliche Gegenauffassungen zu der entscheidungserheblichen Frage des Unionsrechts gegenüber der vom Gericht vertretenen Meinung eindeutig vorzuziehen sind.<sup>45</sup> Dies bedeutet, jedenfalls nach Rechtsprechung der hier zur Entscheidung berufenen 2. Kammer des 2. *Senats* des BVerfG,<sup>46</sup> dass ein Verstoß gegen Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG bereits dann

<sup>37</sup> Vgl. *Karpenstein*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, 2011, Art. 267 AEUV Rn. 52.

<sup>38</sup> EuGH Slg. 1982, 3414.

<sup>39</sup> EuGH BeckRs 2005, 70697 (Rn. 38 f.); Slg. 2001, I-4109 (Rn. 35).

<sup>40</sup> So auch *Böse*, GA 2011, 504 (512); *Merkel/Scheinfeld*, ZIS 2012, 206 (212); *Satzger* (Fn. 8), S. 1515 (S. 1525).

<sup>41</sup> „very limited“, „molto limitate“, „très limitées“.

<sup>42</sup> *Böse*, GA 2011, 504 (506).

<sup>43</sup> St. Rspr. seit BVerfGE 73, 339 (366 ff.) – Solange II.

<sup>44</sup> Zusammenfassend BVerfG NJW 2010, 1268.

<sup>45</sup> BVerfGE 82, 159 (194 ff.).

<sup>46</sup> Zu abweichenden Ansichten innerhalb des BVerfG s. sogleich unter 3.

ausscheidet, wenn das Gericht die entscheidungserhebliche Frage in zumindest vertretbarer Weise beantwortet hat.

Unter Zugrundelegung dieses Maßstabs kann es nicht verwundern, dass das BVerfG hier keinen Verfassungsverstoß zu erkennen vermag.<sup>47</sup> Es sei zunächst „jedenfalls nicht unvertretbar“, wenn die für die Anwendbarkeit der Charta erforderliche „Durchführung des Rechts der Union“ gem. Art. 51 Abs. 1 S. 1 GRC in der Prüfung von Art. 54 SDÜ gesehen werde. Auch die Auslegung des BGH, wonach Art. 50 GRC durch das Vollstreckungselement des Art. 54 SDÜ eingeschränkt werde, sei vertretbar und etwaigen Gegenauffassungen jedenfalls nicht eindeutig unterlegen. Dies folge daraus, dass der BGH gem. Art. 52 Abs. 7 sowie der Präambel der Grundrechtecharta die Erläuterungen zur Auslegung herangezogen habe und diese wiederum in vertretbarer Weise ausgelegt habe. Wenn die Erläuterungen von „klar eingegrenzten Ausnahmen [...] nach diesen Übereinkommen“ spreche, in denen von der ne bis in idem Regel abgewichen werden könne, so beziehe sich diese Formulierung auch auf Art. 54 bis 58 SDÜ. Es erscheine daher „naheliegend“ die genannten Bestimmungen unter Einschluss des Vollstreckungselements des Art. 54 SDÜ als Einschränkung i.S.v. Art. 52 Abs. 1 GRC aufzufassen.

### 3. Stellungnahme

Schnell fällt auf, dass die Frage einer Verletzung von Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG ganz entscheidend von dem Maßstab abhängt, an dem die Nichtvorlage der Fachgerichte gemessen wird. Es entspricht zunächst der Prüfpraxis des BVerfG im Bereich der übrigen Grundrechte, dass nur ein qualifizierter Rechtsanwendungsfehler einen Grundrechtsverstoß begründet. Dahinter steckt die nachvollziehbare Erwägung, das BVerfG nicht zu einem obersten Vorlagekontrollgericht und damit zu einer Superrevisionsinstanz für Fragestellungen mit unionsrechtlichem Bezug zu machen. Weniger selbstverständlich erscheint es freilich, die Vertretbarkeitskontrolle auf die fachgerichtliche Auslegung des materiellen Unionsrechts zu beziehen. Denn im sonstigen Anwendungsbereich von Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG wird zwar auch nur in einer offensichtlich unhaltbaren Anwendung des einfachen Gesetzesrechts ein Verfassungsverstoß erblickt;<sup>48</sup> jedoch bezieht sich die Evidenzkontrolle dort stets auf die angewandte Zuständigkeitsvorschrift des Verfahrensrechts und nicht auf das materielle Recht. Es verwundert daher wenig, dass die o.g. Rechtsprechung nicht nur im Schrifttum auf Kritik stößt,<sup>49</sup> sondern auch vom *I. Senat* des BVerfG ausdrücklich auf die Vertretbarkeit der Anwendung des Art. 267 Abs. 3 AEUV als der einschlägigen Verfahrensnorm abgestellt wird.<sup>50</sup> Zwar ist nun

<sup>47</sup> BVerfG NJW 2012, 1202 (1203 ff.).

<sup>48</sup> Vgl. BVerfGE 29, 198 (207).

<sup>49</sup> Roth, NVwZ 2009, 345 (351 f.); weitere Nachweise bei Wegener (Fn. 36), Art. 267 AEUV Rn. 35 (Fn. 141); im Kontext der vorliegenden Entscheidung auch Merkel/Scheinfeld, ZIS 2012, 206 (212 f.).

<sup>50</sup> BVerfGE 128, 157 (188); BVerfG NJW 2010, 1268 (1269); BVerfG NJW 2011, 288 (289); BVerfG NJW 2011, 3428 (3434).

bereits angemerkt worden, dass in der Regel die beiden Bezugspunkte der Vertretbarkeitsprüfung (materielles Unionsrecht vs. Art. 267 Abs. 3 AEUV) zu keinem unterschiedlichen Prüfungsergebnis führen werden.<sup>51</sup> Dies ist zumindest für die Fälle zutreffend, in denen die fachgerichtliche Auslegung des materiellen Rechts nur schwer vertretbar ist. Denn hier lässt sich auch die Annahme eines *acte clair* und damit das Absehen von der Vorlagepflicht nach Art. 267 Abs. 3 AEUV nicht mehr begründen. Nicht so selbstverständlich erscheint dies freilich in Fällen wie dem hier zu entscheidenden, in denen das Fachgericht unter Außerachtlassung einer (ggf. mehr als) gut vertretbaren Auslegungsalternative von einer Vorlage an den EuGH absieht. Hier mag zwar die fachgerichtliche Auslegung unter materiell-rechtlichen Gesichtspunkten nicht evident unvertretbar sein. Die Handhabung der Vorlagepflicht aus Art. 267 Abs. 3 AEUV ist es unter Berücksichtigung der CLIFIT-Rechtsprechung allemal, so dass selbst bei Annahme eines restriktiven verfassungsgerichtlichen Prüfungsmaßstabs, der sich auf qualifizierte Verstöße gegen Zuständigkeitsvorschriften beschränkt, ein Verfassungsverstoß anzunehmen wäre.

Es hätten also im Ergebnis gute Gründe dafür gesprochen, im vorliegenden Fall einen Verstoß gegen Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG anzunehmen, was gemäß § 95 Abs. 2 S. 1 BVerfGG die Aufhebung der Revisionsentscheidung und die Zurückverweisung an den *2. Strafsenat* des BGH zur Folge gehabt hätte. Nur ergänzend ist dann noch darauf hinzuweisen, dass diese Aufhebung keine Bedeutung für das mit der Entscheidung des *I. Strafsenats* abgeschlossene Verfahren gehabt hätte, auch wenn der *2. Senat* auf jene Entscheidung umfänglich Bezug nahm. Denn dieses Verfahren war weder Beschwerdegegenstand vor dem BVerfG noch erlaubt § 79 Abs. 1 BVerfGG in derartigen Fällen eine Wiederaufnahme des Verfahrens.<sup>52</sup>

## VI. Schluss

Die Gerichte sahen sich im vorliegenden Sachkomplex mit einer außerordentlichen Anzahl an neuartigen und komplizierten Rechtsfragen konfrontiert. Die in diesem Kontext angreifbarste gerichtliche Entscheidung stellt sicherlich die Nichtvorlage an den EuGH seitens des *I. Strafsenats* des BGH dar, die – wie gesehen – nicht nur auf einfach-gesetzlicher Ebene zu einem zweifelhaften Ergebnis führt, sondern auch unmittelbare Grundrechtsrelevanz hat. Das Vorgehen des Gerichts wird teilweise damit erklärt, dass in Fällen der vorliegenden Art angesichts des hohen Alters der Beschuldigten eine schnelle Verfahrensbeendigung geboten sei, die nicht durch ein langwieriges Vorabentscheidungsverfahren verzögert werden dürfe. Der Unionsgesetzgeber hat dieses Problem freilich durchaus gesehen und für derartige Fälle in Art. 267 Abs. 4 AEUV i.V.m. Art. 104b EuGH-VerfahrensO<sup>53</sup> ein spezielles Eilverfahren vorgesehen. Voraussetzung für ein solches

<sup>51</sup> Britz, NJW 2012, 1313 (1314).

<sup>52</sup> § 79 Abs. 1 BVerfGG bezieht sich nach h.M. (BVerfGE 11, 263 [265]; 12, 338 [340]) allein auf eine verfassungswidrige Auslegung von Normen des materiellen Strafrechts.

<sup>53</sup> Verfahrensordnung des Gerichtshofs (Satorius II, Ziff. 250).

Verfahren ist, dass das Ausgangsverfahren eine inhaftierte Person betrifft und dass die Auslegungsfrage sich auf die Vorschriften zum „Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts“ in Art. 67 ff. AEUV bezieht, was jedenfalls im Falle des auf Grundlage von Art. 31 Abs. 1 i.V.m. Art. 34 Abs. 2 lit. d EU a.F. (= Art. 82 Abs. 1 AEUV) erlassenen Art. 54 SDÜ<sup>54</sup> der Fall ist.<sup>55</sup> Auch wenn pragmatische Zwänge wie das hohe Alter des Beschuldigten selbstverständlich ohnehin nicht von einer rechtlichen Vorlageverpflichtung dispensieren können, bietet nunmehr das Eilverfahren einen vielversprechenden Weg mit entscheidungserheblichen Fragen des Europarechts verbundene Strafsachen zu einem zügigen Abschluss zu bringen.<sup>56</sup>

---

<sup>54</sup> EuGH Slg. 2003, I-1345 (Rn. 7).

<sup>55</sup> Vgl. insoweit auch die vom EuGH veröffentlichten „Hinweise zur Vorlage von Vorabentscheidungsersuchen durch die nationalen Gerichte“ (ABl. EU 2011 Nr. C 160/3 f., Rn. 33 ff.).

<sup>56</sup> Erst jüngst hat der EuGH ein Vorlageersuchen auf einen entsprechenden Antrag des 5. *Strafsenats* (BGH, Beschl. v. 8.2.2012 – 5 StR 567/11) innerhalb von zwei Monaten beantwortet (EuGH, Urt. v. 10.4.2012 – C-83/12 PPU), so dass innerhalb von weiteren sechs Wochen eine Revisionsentscheidung ergehen konnte (BGH NJW 2012, 2210).