Sammlung der Rechtsprechung

SCHLUSSANTRÄGE DES GENERALANWALTS
YVES BOT
vom 15. Dezember 2015 [1]

Rechtssache C-486/14

Strafverfahren
gegen
Piotr Kossowski

(Vorabentscheidungsersuchen des Hanseatischen Oberlandesgerichts Hamburg [Deutschland])

„Vorlage zur Vorabentscheidung — Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts — Übereinkommen zur Durchführung des Übereinkommens von Schengen — Art. 54 und 55 Abs. 1 Buchst. a — Charta der Grundrechte der Europäischen Union — Art. 50 und 52 Abs. 1 — Grundsatz ne bis in idem — Gültigkeit des Vorbehalts zur Anwendung des Grundsatzes ne bis in idem — Schengen-Besitzstand — Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung — Gegenseitiges Vertrauen — In einem anderen Mitgliedstaat gegen dieselbe Person wegen derselben Tat durchgeführtes Strafverfahren — Begriff ‚dieselbe Straftat' — Begriff ‚rechtskräftige Verurteilung' bzw. ‚rechtskräftige Aburteilung' — Prüfung in der Sache — Rechte der Opfer"

1. Die vorliegende Rechtssache wirft erstmals die Frage nach der Gültigkeit der in Art. 55 des Übereinkommens zur Durchführung des Übereinkommens von Schengen [2] vorgesehenen Vorbehalte zur Anwendung des Grundsatzes *ne bis in idem* im Hinblick auf Art. 50 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union (im Folgenden: Charta) auf.

2. Das Hanseatische Oberlandesgericht Hamburg möchte insbesondere wissen, ob die den Mitgliedstaaten eingeräumte, in Art. 55 Abs. 1 Buchst. a SDÜ niedergelegte Möglichkeit, diesen Grundsatz nicht anzuwenden, wenn die Tat, die dem ausländischen Urteil zugrunde lag, ganz oder teilweise in ihrem Hoheitsgebiet begangen wurde, eine nach Art. 52 Abs. 1 der Charta zulässige Einschränkung ihres Art. 50 darstellt.

3. Diese Rechtssache bietet dem Gerichtshof zugleich die Gelegenheit, seine Rechtsprechung zum Begriff „rechtskräftige Aburteilung" im Sinne von Art. 54 SDÜ bzw. „rechtskräftige Verurteilung" im Sinne von Art. 50 der Charta zu präzisieren.

4. In den vorliegenden Schlussanträgen werde ich die Gründe darlegen, die mich dazu veranlassen, vorzutragen, dass der in Art. 55 Abs. 1 Buchst. a SDÜ vorgesehene Vorbehalt für ungültig zu erklären ist. Sodann werde ich darlegen, warum der in Art. 54 SDÜ und Art. 50 der Charta niedergelegte Grundsatz *ne bis in idem* meines Erachtens dahin auszulegen ist, dass ein Einstellungsbeschluss, der von der Staatsanwaltschaft erlassen wurde und das Ermittlungsverfahren abschließt, nicht als

1 — Originalsprache: Französisch.

2 — Übereinkommen vom 14. Juni 1985 zwischen den Regierungen der Staaten der Benelux-Wirtschaftsunion, der Bundesrepublik Deutschland und der Französischen Republik betreffend den schrittweisen Abbau der Kontrollen an den gemeinsamen Grenzen, unterzeichnet in Schengen am 19. Juni 1990 (ABl. 2000, L 239, S. 19) (im Folgenden: SDÜ).

„rechtskräftige Aburteilung“ bzw. „rechtskräftige Verurteilung“ im Sinne dieser Vorschriften eingestuft werden kann, wenn seiner Begründung offensichtlich zu entnehmen ist, dass die den Kern der rechtlichen Situation bildenden Gesichtspunkte, wie die Anhörung des Opfers und des Zeugen, von den betreffenden Justizbehörden nicht untersucht worden sind.

I – **Rechtlicher Rahmen**

A – *Unionsrecht*

5. Der Grundsatz *ne bis in idem* ist in der Charta niedergelegt. Art. 50 der Charta lautet:

„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.“

6. Im Übrigen muss nach Art. 52 Abs. 1 der Charta „[j]ede Einschränkung der Ausübung der in dieser Charta anerkannten Rechte und Freiheiten … gesetzlich vorgesehen sein und den Wesensgehalt dieser Rechte und Freiheiten achten. Unter Wahrung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit dürfen Einschränkungen nur vorgenommen werden, wenn sie erforderlich sind und den von der Union anerkannten dem Gemeinwohl dienenden Zielsetzungen oder den Erfordernissen des Schutzes der Rechte und Freiheiten anderer tatsächlich entsprechen.“

7. Nach Art. 54 SDÜ „[darf, w]er durch eine Vertragspartei rechtskräftig abgeurteilt worden ist, … 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“.

8. In Art. 55 SDÜ heißt es:

„(1) Eine Vertragspartei kann bei der Ratifikation, der Annahme oder der Genehmigung dieses Übereinkommens erklären, dass sie in einem oder mehreren der folgenden Fälle nicht durch Artikel 54 gebunden ist:

a) 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;

…

(4) Ausnahmen, die Gegenstand einer Erklärung nach Absatz 1 waren, finden keine Anwendung, wenn die betreffende Vertragspartei die andere Vertragspartei wegen derselben Tat um Verfolgung ersucht oder die Auslieferung des Betroffenen bewilligt hat.“

9. Die Bundesrepublik Deutschland erklärte gemäß dieser Bestimmung folgenden Vorbehalt zu Art. 54 SDÜ:

„Die Bundesrepublik Deutschland ist durch Artikel 54 des Übereinkommens nicht gebunden,

a) wenn die Tat, die dem ausländischen Urteil zugrunde lag, ganz oder teilweise in ihrem Hoheitsgebiet begangen wurde“ [3].

3 — BGBl. 1994 II, S. 631.

10. Mit dem dem Vertrag über die Europäische Union und dem Vertrag über die Gründung der Europäischen Gemeinschaft durch den Vertrag von Amsterdam beigefügten Protokoll zur Einbeziehung des Schengen-Besitzstands in den Rahmen der Europäischen Union [4] wurde das SDÜ in das Unionsrecht aufgenommen.

B – *Polnisches Recht*

11. Nach Art. 282 des Gesetzes vom 6. Juni 1997 – Strafgesetzbuch (Ustawa – Kodeks karny) [5] wird, wer in der Absicht, einen Vermögensvorteil zu erzielen, durch Gewalt oder Drohung mit einem Anschlag auf Leib oder Leben oder mit einem gewalttätigen Angriff auf das Vermögen eine andere Person veranlasst, über eigenes oder fremdes Vermögen zu verfügen oder eine wirtschaftliche Tätigkeit zu unterlassen, mit Freiheitsstrafe von einem Jahr bis zu zehn Jahren bestraft.

12. Art. 327 § 2 des Gesetzes vom 6. Juni 1997 – Strafprozessordnung (Ustawa – Kodeks postępowania karnego) [6] bestimmt, dass ein rechtskräftig eingestelltes Ermittlungsverfahren gegen eine Person, gegen die als Tatverdächtige ein Ermittlungsverfahren geführt wurde, auf Anordnung des Generalstaatsanwalts nur dann wieder eröffnet werden kann, wenn wesentliche Umstände oder Beweise bekannt werden, die zuvor unbekannt waren.

13. Nach Art. 328 § 1 der Strafprozessordnung kann der Generalstaatsanwalt einen rechtskräftigen Beschluss über die Einstellung des Ermittlungsverfahrens gegen eine Person, gegen die als Tatverdächtige ein Ermittlungsverfahren geführt wurde, aufheben, wenn er feststellt, dass die Einstellung des Ermittlungsverfahrens nicht begründet war. Gemäß Art. 328 § 2 der Strafprozessordnung kann der Generalstaatsanwalt nach Ablauf von sechs Monaten nach Eintritt der Rechtskraft der Einstellung des Ermittlungsverfahrens den Beschluss oder seine Begründung nur zugunsten des Verdächtigen aufheben oder ändern.

II – **Ausgangsverfahren und Vorlagefragen**

14. Im Ausgangsverfahren eröffnete die Staatsanwaltschaft Hamburg ein Ermittlungsverfahren gegen Herrn Kossowski wegen des Vorwurfs, am 2. Oktober 2005 in Hamburg (Deutschland) gegenüber dem Geschädigten Handlungen vorgenommen zu haben, die im deutschen Strafrecht als schwere räuberische Erpressung eingestuft werden. Nachdem Herr Kossowski den Geschädigten bedroht hatte, ihn gezwungen hatte, einen Kaufvertrag über sein Fahrzeug zu unterschreiben und ihn zu einer Tankstelle zu fahren, flüchtete Herr Kossowski mit diesem Fahrzeug.

15. Am 20. Oktober 2005 stellten die polnischen Behörden das von Herrn Kossowski geführte Fahrzeug bei einer Straßenverkehrskontrolle in Kołobrzeg (Polen) sicher und nahmen Herrn Kossowski zur Vollstreckung einer in Polen gegen ihn verhängten Haftstrafe in anderer Sache fest. Nach der Durchführung von Ermittlungen hinsichtlich des Fahrzeugs eröffnete auch die Kreisstaatsanwaltschaft Kołobrzeg (Prokuratura Rejonowa w Kołobrzegu) ein Ermittlungsverfahren gegen Herrn Kossowski wegen des Tatvorwurfs der räuberischen Erpressung aufgrund der am 2. Oktober 2005 in Hamburg begangenen Tat. Somit steht fest, dass dieses Verfahren und das von der Staatsanwaltschaft Hamburg durchgeführte Verfahren dieselbe Tat zum Gegenstand haben.

4 — ABl. 1997, C 340, S. 93, im Folgenden: Schengen-Protokoll.

5 — Dz. U. 1997, Nr. 88, Position 553.

6 — Dz. U 1997, Nr. 89, Position 555, im Folgenden: Strafprozessordnung.

16. Im Rahmen der Rechtshilfe ersuchte die Bezirksstaatsanwaltschaft Koszalin (Prokuratura Okręgowa w Koszalinie, Polen) die Staatsanwaltschaft Hamburg um eine Kopie ihrer Ermittlungsakte. Nachdem sie um Mitteilung über die beabsichtigte weitere Vorgehensweise der polnischen Behörden gebeten hatte, übermittelte die Staatsanwaltschaft Hamburg die Kopie der Akte im August 2006.

17. Mit Beschluss vom 22. Dezember 2008 stellte die Kreisstaatsanwaltschaft Kołobrzeg das Strafverfahren gegen Herrn Kossowski mangels hinreichenden Tatverdachts ein. Der Einstellungsbeschluss wurde damit begründet, dass Herr Kossowki die Aussage verweigert habe, dass der Geschädigte und ein Zeuge vom Hörensagen im Rahmen des Ermittlungsverfahrens nicht hätten vernommen werden können, da sie in Deutschland wohnten, und dass die zum Teil ungenauen und widersprüchlichen Angaben des Geschädigten somit nicht hätten überprüft werden können.

18. Am 24. Juli 2009 stellte die Staatsanwaltschaft Hamburg einen Europäischen Haftbefehl gegen Herrn Kossowski aus. Mit Schreiben vom 4. September 2009 wurde die Republik Polen von der Bundesrepublik Deutschland um Herrn Kossowskis Auslieferung ersucht.

19. Mit Beschluss des Sąd Okręgowy w Koszalinie (Bezirksgericht Koszalin, Polen) vom 17. September 2009 wurde der Vollzug dieses Haftbefehls abgelehnt, da der Beschluss der Kreisstaatsanwaltschaft Kołobrzeg, das Strafverfahren einzustellen, rechtskräftig im Sinne von Art. 607p § 1 Ziff. 2 der Strafprozessordnung sei.

20. Am 7. Februar 2014 wurde Herr Kossowski, der nach wie vor in Deutschland zur Fahndung ausgeschrieben war, in Berlin (Deutschland) festgenommen. Am 17. März 2014 erhob die Staatsanwaltschaft Hamburg gegen ihn wegen der am 2. Oktober 2005 begangenen Tat Anklage.

21. Mit Beschluss vom 18. Juni 2014 lehnte das Landgericht Hamburg die Eröffnung des Hauptverfahrens gegen Herrn Kossowski ab, da durch die Entscheidung der Kreisstaatsanwaltschaft Kołobrzeg ein Strafklageverbrauch im Sinne von Art. 54 SDÜ eingetreten sei. Bereits am 4. April 2014 hatte das Landgericht Hamburg den Europäischen Haftbefehl gegen Herrn Kossowski aufgehoben, der daraufhin aus der Untersuchungshaft entlassen worden war.

22. Gegen den Beschluss des Landgerichts Hamburg legte die Staatsanwaltschaft Hamburg sofortige Beschwerde zum Hanseatischen Oberlandesgericht Hamburg ein, das wegen Zweifeln betreffend die Auslegung des im vorliegenden Fall maßgeblichen Unionsrechts beschlossen hat, das Verfahren auszusetzen und dem Gerichtshof folgende Fragen zur Vorabentscheidung vorzulegen:

1. Gelten die von den Vertragsparteien bei der Ratifikation des SDÜ erklärten Vorbehalte nach Art. 55 Abs. 1 Buchst. a SDÜ – namentlich der von der Bundesrepublik Deutschland bei Hinterlegung der Ratifikationsurkunde erklärte Vorbehalt zu Buchst. a, nicht an Art. 54 SDÜ gebunden zu sein, „wenn die Tat, die dem ausländischen Urteil zugrunde lag, ganz oder teilweise in ihrem Hoheitsgebiet begangen wurde …“ – nach der Überführung des Schengen-Besitzstands in den Rechtsrahmen der Union durch das Schengen-Protokoll, beibehalten durch das Schengen-Protokoll zum Vertrag von Lissabon, fort; handelt es sich bei diesen Ausnahmen um verhältnismäßige Einschränkungen von Art. 50 der Charta im Sinne von Art. 52 Abs. 1 der Charta?

2. Sollte dies nicht der Fall sein:

Ist das in Art. 54 SDÜ und Art. 50 der Charta enthaltene Verbot der Doppelbestrafung bzw. Doppelverfolgung dahin auszulegen, dass es der Strafverfolgung eines Angeschuldigten in einem Mitgliedstaat – hier Deutschland – entgegensteht, dessen Strafverfahren in einem anderen Mitgliedstaat – hier Polen – von der Staatsanwaltschaft – ohne die Erfüllung ahndender Auflagen und

ohne eingehende Ermittlungen – aus tatsächlichen Gründen mangels hinreichenden Tatverdachts eingestellt wurde und nur wiedereröffnet werden kann, wenn wesentliche, zuvor unbekannte Umstände bekannt geworden sind, ohne dass allerdings solche neuen Umstände konkret vorliegen?

III – **Würdigung**

23. Mit seiner ersten Frage möchte das vorlegende Gericht wissen, ob der in Art. 55 Abs. 1 Buchst. a SDÜ vorgesehene Vorbehalt nach der Einbeziehung des Schengen-Besitzstands in das Unionsrecht und im Licht des Art. 50 der Charta noch gültig ist.

24. Sollte dies nicht mehr der Fall sein, stellt das vorlegende Gericht die Frage, ob der in Art. 54 SDÜ und Art. 50 der Charta niedergelegte Grundsatz *ne bis in idem* dahin auszulegen ist, dass ein Einstellungsbeschluss der Staatsanwaltschaft, mit dem ein Ermittlungsverfahren abgeschlossen wird, als „rechtskräftige Aburteilung“ bzw. „rechtskräftige Verurteilung“ im Sinne dieser Vorschriften eingestuft werden kann, wenn er erlassen wurde, ohne dass zuvor das Opfer oder der Zeuge im Rahmen dieses Verfahrens gehört wurde.

A – *Zur Gültigkeit von Art. 55 Abs. 1 Buchst. a SDÜ*

25. Vorab ist die von der Europäischen Kommission in ihren schriftlichen Erklärungen[7] und in der mündlichen Verhandlung vertretene Auffassung, wonach die Prüfung der ersten Frage des vorlegenden Gerichts hinfällig sein könnte, zurückzuweisen. Die Kommission weist darauf hin, dass nach Art. 55 Abs. 4 SDÜ „Ausnahmen, die Gegenstand einer Erklärung nach Absatz 1 waren, … keine Anwendung [finden], wenn die betreffende Vertragspartei die andere Vertragspartei wegen derselben Tat um Verfolgung ersucht oder die Auslieferung des Betroffenen bewilligt hat“. Nach Ansicht der Kommission stellt jedoch der Umstand, dass die deutschen Justizbehörden mit den polnischen Justizbehörden zusammengearbeitet haben, ihnen eine Kopie ihrer Ermittlungsakte übermittelt haben sowie ein eventuelles polnisches Strafverfahren nicht abgelehnt haben, implizit ein Ersuchen um Strafverfolgung im Sinne dieser Vorschrift dar.

26. Diese Auffassung teile ich nicht.

27. Zunächst ist darauf hinzuweisen, dass die örtliche Zuständigkeit der Gerichte in Strafsachen in der Regel zwingendes Recht innerhalb der nationalen Rechtsvorschriften darstellt. Aus der örtlichen Zuständigkeit leitet sich zwingend das anwendbare nationale Recht ab, da die Theorie des Personalstatuts dem Strafrecht unbekannt ist. Die Souveränität der Mitgliedstaaten kommt nämlich u. a. in der Territorialität des Strafrechts zum Ausdruck. Daher und ganz grundsätzlich scheint es mir nicht möglich, dass die Wahl zwischen dem deutschen und dem polnischen Strafrecht das Ergebnis eines impliziten Mechanismus wie dem von der Kommission vorgebrachten ist. Diese Wahl scheint mir nur das Ergebnis eines explizit formulierten Ersuchens des Gerichts eines Mitgliedstaats, das von dem anderen Gericht explizit angenommen wird, sein zu können.

28. Sodann weist in den dem Gerichtshof vom vorlegenden Gericht übermittelten Akten nichts darauf hin, dass ein solches Ersuchen – gleich in welcher Form – gestellt worden ist. Ganz im Gegenteil weist die Generalstaatsanwaltschaft Hamburg in ihren schriftlichen Erklärungen darauf hin, dass die Bezirksstaatsanwaltschaft Koszalin nicht ersucht worden sei, die Strafverfolgung zu übernehmen. Berücksichtigt man ferner, dass die Antwort der Bezirksstaatsanwaltschaft Koszalin ausdrücklich Ermittlungen aufführt, die hätten durchgeführt werden müssen, um ein Gericht anrufen zu können,

7 — Rn. 69.

die aber nicht durchgeführt wurden, so ist meines Erachtens darin der Beweis dafür zu sehen, dass sie sich zu keinem Zeitpunkt als Strafverfolgungsbehörde betrachtet hat. Anderenfalls wäre es für sie ein Leichtes gewesen, die zuständigen deutschen Justizbehörden um die Vernehmung der Personen zu ersuchen, deren Aussagen fehlten.

29. Ferner ist darauf hinzuweisen, dass die Staatsanwaltschaft Hamburg bei Übermittlung der Kopie der Ermittlungsakte ausdrücklich darum gebeten hatte, über die beabsichtigte weitere Vorgehensweise der polnischen Justizbehörden unterrichtet zu werden [8].

30. Schließlich ist festzustellen, dass die Staatsanwaltschaft Hamburg nur eine Kopie der Ermittlungsakte übermittelt hat, und nicht das Original, welches sie behalten hat. Diese Vorgehensweise der Staatsanwaltschaft Hamburg steht tatsächlich im Einklang mit einer in der Regel von den Strafverfolgungsbehörden gepflegten justiziellen Praxis grundlegender Vorsicht, die darin besteht, die Strafverfolgung nur auf der Basis der diese stützenden Original-Ermittlungsakte aufzunehmen. Diese Regel – eine Lehre der Praxis – dient der Vermeidung doppelter Strafverfolgung und ist somit eine Vorgehensweise in der Rechtspflege, um einem Verstoß gegen den Grundsatz *ne bis in idem* soweit möglich vorzubeugen, der in der ihm zugrunde liegenden Systematik grundlegend darauf abzielt, doppelte Strafverfolgungen, die zu Doppelverurteilungen führen, zu vermeiden.

31. Aus all diesen Gründen kann meiner Auffassung nach nicht davon ausgegangen werden, dass die Staatsanwaltschaft Hamburg ihre Zuständigkeit abgegeben hat.

32. Nunmehr ist die Gültigkeit des in Art. 55 Abs. 1 Buchst. a SDÜ vorgesehenen Vorbehalts nach der Einbeziehung des Schengen-Besitzstands in das Unionsrecht und im Hinblick auf die Art. 50 und 52 Abs. 1 der Charta zu prüfen. Zu diesem letztgenannten Punkt weise ich darauf hin, dass dieser Vorbehalt eine Einschränkung des Grundsatzes *ne bis in idem* im Sinne von Art. 52 Abs. 1 der Charta darstellt, da die Erläuterungen zur Charta hinsichtlich ihres Art. 50 ausdrücklich die Art. 54 bis 58 SDÜ zu den Bestimmungen zählen, die von der horizontalen Klausel des Art. 52 Abs. 1 der Charta erfasst werden.

33. Hinsichtlich des ersten vom vorlegenden Gericht angesprochenen Punktes, nämlich die Konsequenzen der Einbeziehung des Schengen-Besitzstands für die Gültigkeit von Art. 55 Abs. 1 Buchst. a SDÜ, bin ich der Meinung, dass diese Einbeziehung als solche *a priori* nicht zur Ungültigkeit dieser Bestimmung geführt hat.

34. Das SDÜ wurde nämlich durch das Schengen-Protokoll als „Schengen-Besitzstand“ im Sinne des Anhangs zu diesem Protokoll in das Unionsrecht einbezogen. Aus Art. 2 und Anhang A des Beschlusses 1999/436/EG [9] geht hervor, dass der Rat der Europäischen Union Art. 34 EUV und Art. 31 EUV als Rechtsgrundlagen für die Art. 54 bis 58 SDÜ – und somit auch des Art. 55 SDÜ – festgelegt hat.

35. Zwar gehört der in Art. 55 Abs. 1 Buchst. a SDÜ vorgesehene Vorbehalt unbestreitbar zum Schengen-Besitzstand und ist Bestandteil des Unionsrechts geworden, jedoch bleibt die Frage, ob der Inhalt dieser Bestimmung mit dem gegenwärtigen Stand des Unionsrechts vereinbar ist, wie er sich zum einen aus der Rechtsprechung des Gerichtshofs und zum anderen aus dem Wortlaut der Charta, die beide sowohl der Ausarbeitung des SDÜ als auch seiner Einbeziehung als Schengen-Besitzstand zeitlich nachgelagert sind, ergibt. Im ersten Absatz der Präambel des Schengen-Protokolls wurde nämlich klargestellt, dass dadurch „insbesondere der Europäischen Union die Möglichkeit … [gegeben werden sollte], sich schneller zu einem Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts zu

8 — Vgl. Nr. 16 der vorliegenden Schlussanträge.

9 — Beschluss des Rates vom 20. Mai 1999 zur Festlegung der Rechtsgrundlagen für die einzelnen Bestimmungen und Beschlüsse, die den Schengen-Besitzstand bilden, nach Maßgabe der einschlägigen Bestimmungen des Vertrags zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft und des Vertrags über die Europäische Union (ABl. L 176, S. 17).

entwickeln“. Daher liegt auf der Hand, dass der in dieses Ziel einbezogene Schengen-Besitzstand diesem Raum nicht entgegenwirken kann. Also ist zu untersuchen, ob der geltend gemachte Vorbehalt im vorliegend unterbreiteten Fall ein Hindernis für die Schaffung dieses Raums darstellt, und erforderlichenfalls vorzuschlagen, ihn entweder zurückzuweisen oder ihn – wenn möglich im Einklang mit dem Willen des Unionsgesetzgebers – auszulegen.

36. Die wichtigste historische Grundlage des sehr früh anerkannten Grundsatzes *ne bis in idem* besteht darin, den Einzelnen gegen Willkür zu schützen, die darin bestünde, ein und dieselbe Person für dieselbe Tat unter verschiedenen Bezeichnungen mehrmals zu verurteilen.

37. Die ersten Nennungen dieses Grundsatzes finden sich in der Römerzeit, wo die Anordnung des Prätors *„bis de eadem re ne sit actio“* ihm seine in der Folge bewahrte Ausdrucksform gab. Dieser Grundsatz stellt unbestreitbar eines der Grundrechte des Bürgers gegenüber der richterlichen Gewalt dar. Er entwickelte sich zu einem wesentlichen Grundsatz des Strafrechts.

38. Unter Beibehaltung dieses fundamentalen Gesichtspunkts der Verteidigung der individuellen Freiheiten erhielt der Grundsatz *ne bis in idem* im Rahmen des Raums der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts noch einen anderen Zweck, nämlich die Sicherstellung der Freizügigkeit.

39. Diese neue Dimension führte zwangsläufig dazu, ihn innerhalb der Union zwischenstaatlich zur Anwendung zu bringen. Daraus ergab sich die weitere Notwendigkeit, die verschiedenen Strafjustizsysteme der Mitgliedstaaten miteinander zu kombinieren, eine Gesamtheit von Rechtsvorschriften, die sowohl durch unleugbare Annäherungspunkte als auch durch unbestreitbare Unterschiede, insbesondere verfahrensrechtlicher Art, gekennzeichnet ist. Um die Schwierigkeiten zu überwinden, die sich aus der Vielfalt der Systeme, die weder Gegenstand von Harmonisierungen noch von Angleichungen gewesen waren – denen im Übrigen die Mitgliedstaaten im Bereich des Strafrechts generell ablehnend gegenüberstehen –, ergeben, wandte der Gerichtshof den Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung an.

40. Die beim Europäischen Rat von Tampere am 15. und 16. Oktober 1999 versammelten Mitgliedstaaten machten diesen Grundsatz nämlich zum Eckstein der justiziellen Zusammenarbeit. Der Vertrag von Lissabon verankert diesen, indem er ihn zur Grundlage der justiziellen Zusammenarbeit in Strafsachen in der Union macht [10].

41. In seinem Urteil Gözütok und Brügge [11] hat der Gerichtshof ausgeführt, dass „das in Artikel 54 des Durchführungsübereinkommens aufgestellte Verbot der Doppelbestrafung unabhängig davon, ob es auf zum Strafklageverbrauch führende Verfahren unter oder ohne Mitwirkung eines Gerichts oder auf Urteile angewandt wird, *zwingend [impliziert]*, dass ein gegenseitiges Vertrauen der Mitgliedstaaten in ihre jeweiligen Strafjustizsysteme besteht und dass jeder Mitgliedstaat die Anwendung des in den anderen Mitgliedstaaten geltenden Strafrechts akzeptiert, auch wenn die Anwendung seines eigenen nationales Rechts zu einem anderen Ergebnis führen würde“ [12].

42. Ich betone den Ausdruck „zwingend impliziert“, denn ihm kommt meines Erachtens eine besondere Bedeutung zu. Berücksichtigt man nämlich, dass der Gerichtshof in den ihm vorangehenden Zeilen darauf hingewiesen hat, dass nichts im EU-Vertrag oder im SDÜ den Grundsatz *ne bis in idem* einer vorherigen Harmonisierung oder Angleichung der Rechtsvorschriften

10 — Vgl. Art. 82 Abs. 1 AEUV. Vgl. auch Art. 67 AEUV.

11 — C-187/01 und C-385/01, EU:C:2003:87.

12 — Rn. 33. Hervorhebung nur hier.

unterwirft, so bedeutet dies, dass dieser Grundsatz, der als Voraussetzung für die konkrete Anwendung der Freizügigkeit fundamentale Bedeutung erlangt hat, die Mitgliedstaaten faktisch zu gegenseitigem Vertrauen verpflichtet. Die Unterschiede zwischen den nationalen Rechtsvorschriften können daher kein Hindernis für die Anwendung dieses Grundsatzes darstellen [13].

43. Durch den Rückgriff auf den Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung wollte der Unionsgesetzgeber die gleichsam unüberwindlichen Schwierigkeiten ausräumen, die insbesondere wegen der gescheiterten Versuche der vorherigen Angleichung der nationalen Rechtsvorschriften festzustellen waren. Der Gerichtshof hat ihm folgend in seiner Rechtsprechung hieraus die Konsequenzen gezogen. Die verwendete Formel ist daher so zu verstehen, dass sie bedeutet, dass gegenseitiges Vertrauen gegenseitiger Anerkennung nicht vorausgeht, sondern die den Mitgliedstaaten durch die Anwendung dieses Grundsatzes auferlegte Folge [14] darstellt. Mit anderen Worten verpflichtet die Anwendung des Grundsatzes der gegenseitigen Anerkennung die Mitgliedstaaten, sich gegenseitig Vertrauen entgegenzubringen, gleich welche Unterschiede zwischen ihren jeweiligen nationalen Rechtsvorschriften bestehen.

44. Das Gewicht des so ausgeprägten Grundsatzes wird durch die Herausforderung gerechtfertigt, die die Schaffung des Raums der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts für die Schaffung der Union darstellt. Dieser Raum erweist sich nämlich als die ergänzende Dimension zum einheitlichen Raum der Freizügigkeit und wirtschaftlichen Betätigung, da er für ihn einen Rechtsrahmen gewährleistet, der die individuellen Rechte der Unionsbürger enthält. Darin knüpft er zweifellos an den Begriff der Unionsbürgerschaft an und leistet einen Beitrag, diesem eine konkrete Dimension zu verleihen.

45. Die Gültigkeit des in Art. 55 Abs. 1 Buchst. a SDÜ vorgesehenen, von der Bundesrepublik Deutschland erklärten Vorbehalts ist heute also im Licht der Entwicklung der Rechtsprechung zu beurteilen. Muss das besondere Gewicht, das dem Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung verliehen wurde, dazu führen, diesen Vorbehalt zurückzuweisen?

46. Zwar wurde dieser Vorbehalt, wie bereits ausgeführt, durch den bloßen Umstand der Einbeziehung des Schengen-Besitzstands in das Unionsrecht nicht hinfällig, jedoch kann er diesem nicht entgegenwirken.

47. Der Verweis der deutschen Regierung in der mündlichen Verhandlung auf den Begriff der Zweckmäßigkeit oder der Erforderlichkeit scheint mir einen geeigneten Ansatz darzustellen.

48. Es besteht nämlich kein Zweifel daran, dass die Geltendmachung des in Art. 55 Abs. 1 Buchst. a SDÜ vorgesehenen Vorbehalts die Aushöhlung des Grundsatzes *ne bis in idem* bewirkt. Unter Berücksichtigung der obigen Erwägungen zum Zusammenhang zwischen diesem Grundsatz und dem Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung sowie zur grundlegenden Bedeutung der gegenseitigen Anerkennung für die Errichtung des Raums der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts reicht allein diese Erwägung aus, um zu dem Schluss zu kommen, dass dieser Vorbehalt für ungültig zu erklären ist.

49. Eine Ausnahme hiervon könnte jedoch nur dann gemacht werden, wenn sie durch die Notwendigkeit gerechtfertigt wäre, diesem Vorbehalt im Sinne eines übergeordneten Interesses, das der Entwicklung des Raums der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts nicht entgegenwirkte, praktische Wirksamkeit zu verleihen.

13 — Im Übrigen ist festzustellen, dass der AEU-Vertrag eine Rechtsgrundlage bereitstellt, um die Rechtsvorschriften allein zu dem Ziel anzugleichen, die gegenseitige Anerkennung zu erleichtern.

14 — Andernfalls träten die früheren Schwierigkeiten, die man vermeiden wollte, zwangsläufig wieder auf.

50. Daher werde ich auf der Grundlage des Vorbringens der deutschen Regierung unter diesem Blickwinkel das eventuelle Bestehen einer möglichen Zweckmäßigkeit oder Erforderlichkeit dieses Vorbehalts untersuchen.

51. In diesem Zusammenhang bin ich der Auffassung, dass der Verweis auf den Begriff der Zweckmäßigkeit oder der Erforderlichkeit zu dem Schluss führt, dass der in Art. 55 Abs. 1 Buchst. a SDÜ vorgesehene Vorbehalt nicht zweckmäßig ist, da er durch richtige Anwendung der Rechtsprechung des Gerichtshofs im Einklang mit den Bestimmungen der Charta gerade nicht mehr erforderlich ist, was ich nun darlegen werde.

52. Die vom Gerichtshof zur Definition der materiellen Voraussetzungen für die Anwendung des Grundsatzes *ne bis in idem* verwendeten Formulierungen dürfen uns nicht in die Irre führen und dürfen vor allem nicht losgelöst vom Zusammenhang des aktuellen Standes der Rechtsprechung und auch nicht vom Wortlaut der hier offenkundig anwendbaren Charta betrachtet werden.

53. Im Wortlaut des SDÜ wird der Begriff „[dieselbe] Tat“ verwendet. Die Charta gebraucht ihrerseits den Terminus „[dieselbe] Straftat“. Zu berücksichtigen ist offensichtlich der letztgenannte Begriff im Sinne der vom Gerichtshof in seiner richterrechtlichen Schaffung von Regeln für die Anwendung des Grundsatzes *ne bis in idem* entwickelten Rechtsprechung.

54. Der Gerichtshof entwickelte aus dem Begriff „[dieselbe] Tat“ („mêmes faits“) kein rein sachliches, sondern, im Gegenteil, ein rechtliches Konzept. Im Urteil Mantello [15] hat er den Begriff „dieselbe Handlung“ („mêmes faits“) in den Rang eines „autonomen Begriff[s] des Unionsrechts“ erhoben. Für den Gerichtshof wie für die Charta ist die im SDÜ angesprochene Identität von Taten nichts anderes als die Gleichartigkeit von Straftaten; diese ist nicht unter Berücksichtigung der dem jeweiligen nationalen Recht eigenen Einstufungen zu beurteilen, sondern im Hinblick auf den Wesensgehalt der konkurrierenden Straftaten.

55. Daher hat der Gerichtshof die Voraussetzungen für die Identität von Taten definiert, indem er klarstellte, dass es um im Wesentlichen die gleichen Tatsachen gehe (also ohne Berücksichtigung der im nationalen Recht verwendeten Formulierungen), die in zeitlicher und räumlicher Hinsicht sowie nach ihrem „Zweck“ unlösbar miteinander verbunden sind [16]. Dadurch hat der Gerichtshof in dieser Form den Begriff der Straftat klassisch definiert, indem er auf eine Identität der Handlung in der Bedeutung, dem Wesen, die sie durch die Absicht desjenigen, der sie ausführt, erhält, Bezug genommen hat. Eine Tatsache kann nämlich keine spezifische – d. h. nicht mit einer anderen verschmelzende – strafrechtliche Einstufung aufweisen, wenn sie von ihrem Zweck, also der mit ihr verbundenen Absicht, gelöst würde. Der Unterschied zwischen einer unabsichtlich zugefügten und einer absichtlich beigebrachten Verletzung besteht nicht dem Grad, sondern der Art nach, selbst wenn die zweite weniger schwere Folgen nach sich gezogen hätte als die erste.

56. Ich hebe das Wort „Zweck“ hervor, denn worin besteht der Zweck einer Handlung, wenn nicht in ihrem Ziel, ihrer Zielsetzung, also in der Absicht, in der sie begangen wurde? Wenn der Zweck der Handlung darin besteht, es demjenigen, der sie ausführt, zu ermöglichen, sich willentlich das Gut eines anderen anzueignen, wenn es das ist, was er tun will, so ist er also des Diebstahls schuldig und die Handlung wurde in genau der Absicht durchgeführt, diese Aneignung zu verwirklichen.

15 — C-261/09, EU:C:2010:683.

16 — Vgl. Urteile Kraaijenbrink (C-367/05, EU:C:2007:444, Rn. 26 und 27 und die dort angeführte Rechtsprechung) sowie Mantello (C-261/09, EU:C:2010:683, Rn. 39 und die dort angeführte Rechtsprechung).

57. Durch die Berücksichtigung des Handlungszwecks in seiner Definition der materiellen Identität der Tat im Sinne des Grundsatzes *ne bis in idem* nimmt der Gerichtshof Bezug auf den klassischen Begriff der Straftat und richtet sich noch vor deren Inkrafttreten an dem in der Charta verwendeten Begriff aus. Der Gerichtshof hat in seiner Rechtsprechung im Übrigen manchmal ausdrücklich den Begriff der Absicht als Bestandteil der Definition des Begriffs derselben Tat verwendet [17].

58. Nun ist es an der Zeit, auf das Beispiel zurückzukommen, dass die deutsche Regierung in der mündlichen Verhandlung angeführt hat.

59. Sie hat eine Situation betrachtet, in der eine Person mit ausländischer Staatsangehörigkeit, die in Deutschland ein von der Verherrlichung des Nazismus inspiriertes Gewaltverbrechen begangen hatte, in ihrem Herkunftsland für diese Gewalttaten in Anwendung eines Gesetzes verurteilt wurde, dem in seiner Einstufung der besondere Umstand der Verherrlichung des Nazismus nicht bekannt war. Nach Ansicht der deutschen Regierung ist in diesem Fall der in Art. 55 Abs. 1 Buchst. a SDÜ vorgesehene Vorbehalt anzuwenden. Ich bin anderer Meinung.

60. Absicht im klassischen Begriffssinn wird im Strafrecht im Allgemeinen definiert als der auf ein Ziel gerichtete Wille. In diesem Sinne unterscheidet sie sich vom Motiv, das den Grund darstellt, aus dem der Täter eine Straftat begangen hat. Das Motiv ist im Allgemeinen im Stadium der Einstufung unerheblich in dem Sinne, dass es bei der rechtlichen Definition der strafbaren materiellen Handlung nicht berücksichtigt wird. Gleich, ob man aus Hunger oder aus Gier stiehlt, es wurde ein Diebstahl begangen. Der Zweck der materiellen Handlung besteht in der Aneignung des Gutes eines anderen. Der Täter nimmt sie in dieser Absicht vor. Das Motiv dieser arglistigen Aneignung ist beispielsweise in einer Notlage oder im Streben nach Gewinn zu finden. Die Straftat ist in beiden Fällen identisch, sie stellt einen Diebstahl dar, und der Richter wird eine Differenzierung vornehmen, indem er das Motiv für die individuelle Bemessung der von ihm auszusprechenden Strafe berücksichtigt oder um bei dem Täter gegebenenfalls von einer Strafe abzusehen.

61. Es ist jedoch möglich, dass ein Mitgliedstaat der Auffassung ist, dass eine Tat, die mit einem besonderen Motiv, hier der Verherrlichung des Nazismus, begangen worden ist, seine öffentliche Ordnung in besonderem Maß stört, und er aus diesem Grund hieraus einen spezifischen Straftatbestand machen will, indem er das Motiv, das zur Tat inspiriert, aber in seiner Verwirklichung objektiviert ist, zu einem konstitutiven Element einer spezifischen Straftat macht, auf die eine eigene Strafe ausgesetzt ist. Dies ist gänzlich zulässig und legitim, denn es geht um die öffentliche Ordnung des Mitgliedstaats und daher um die Werte seiner Nation. Allerdings wird das nationale Recht durch die spezifische Strafbarkeit der Verherrlichung des Nazismus hieraus eines der Merkmale des materiellen Straftatbestands gemacht haben.

62. In diesem Stadium ist hervorzuheben, dass diese Auslegung keineswegs im Widerspruch zur eindeutigen Position des Gerichtshofs steht, der darauf hinweist, dass nur die materielle Identität der Tat, unabhängig von Einstufungen und geschützten Interessen, zu berücksichtigen sei. Die Frage, die ich gerade untersucht habe, besteht nämlich nicht darin, sich zu fragen, welche Interessen zu schützen sind, sondern darin, zu untersuchen, ob, gleich welche Einstufungen vorgenommen werden, zwei Straftaten gegeben sind, die im Kern dieselben sind oder nicht.

63. Wenn jedoch nicht dieselbe Straftat, so wie dieser Begriff durch die gleichzeitige Anwendung der Charta und der Rechtsprechung des Gerichtshofs zu verstehen ist, gegeben ist, wird der untersuchte Sachverhalt mithin nicht vom Grundsatz *ne bis in idem* erfasst.

17 — In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass der Gerichtshof im Urteil Kretzinger (C-288/05, EU:C:2007:441) zur Kennzeichnung der Identität der materiellen Tat auf die Absicht Bezug genommen hat.

64. Die Frage, ob die unterschiedliche Einstufung in Anbetracht der vom Gerichtshof gegebenen Definitionen zu einem substanziellen Unterschied führt, fällt natürlich in die Zuständigkeit des Tatrichters, also des nationalen Richters, es sei denn, er befragt im Fall eines Zweifels über einen Begriff, der, wie wir gesehen haben, einen autonomen Begriff des Unionsrechts darstellt, den Gerichtshof.

65. Man mag einwenden, dass sich die konkrete Umsetzung als Quelle von Schwierigkeiten erweisen kann. Wie ist vorzugehen, wenn die Unterschiedlichkeit der Straftat geltend gemacht wird, obwohl in einem anderen Mitgliedstaat bereits eine erste Verurteilung ausgesprochen wurde? Und wie, wenn eine Strafe bereits vollstreckt worden ist?

66. Die von mir genannten Grundsätze lassen mich die zweite Strafverfolgung für zulässig erklären, da die vorgetragene Unterschiedlichkeit verhindert, dass der Grundsatz *ne bis in idem* zur Anwendung kommt. Es kann jedoch kein Hehl daraus gemacht werden, dass die grundsätzlich verschiedenen konkurrierenden Straftaten zum Teil identisch sind. Es wäre sicherlich zu beanstanden, schlicht und einfach eine Kumulierung der letztlich in den beiden Mitgliedstaaten verhängten Strafen zu akzeptieren. Die – einfache und in mehreren nationalen Rechtsvorschriften verwirklichte – Lösung besteht darin, nur die härtere der beiden Verurteilungen zu vollstrecken. Allein diese Lösung scheint mir im Hinblick auf die Grundsätze geeignet, das gesamte Spektrum an konkret möglichen Situationen in akzeptabler Weise abzudecken. Wie sollte man andernfalls vorgehen, wenn eine der Straftaten bereits in einem Mitgliedstaat geahndet worden ist und die Strafe vollstreckt worden ist? Nach dieser Praxis kann, wenn die zuerst vollstreckte Strafe die härtere Strafe ist, gegen den Verurteilten keine „Ergänzung“ verhängt werden. Stellt sich heraus, dass die zuerst vollstreckte Strafe die mildere gewesen ist, verbüßt der Verurteilte nur die gegenüber der bereits vollstreckten aufgrund der anschließend verhängten Strafe noch ausstehende Strafe.

67. Mir scheint sich aus dem Vorstehenden zu ergeben, dass es für den in Art. 55 Abs. 1 Buchst. a SDÜ vorgesehenen Vorbehalt tatsächlich keine Notwendigkeit mehr gibt, weder im vorliegenden Fall noch in einem anderen. Da es nämlich die Rechtsprechung des Gerichtshofs und die Charta ermöglichen, die Beachtung der substanziellen Unterschiedlichkeit von Straftaten sicherzustellen, würde es einer gänzlichen Aushöhlung des Grundsatzes *ne bis in idem* gleichkommen und das System in Frage stellen, auf dem der Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts beruht, würde man es einem Mitgliedstaat erlauben, unter verschiedenen Umständen die Anwendung dieses Grundsatzes zu verhindern.

68. Nach alledem bin ich der Auffassung, dass der in Art. 55 Abs. 1 Buchst. a SDÜ vorgesehene Vorbehalt den Wesensgehalt des in Art. 50 der Charta genannten Grundsatzes *ne bis in idem* verletzt und daher für ungültig zu erklären ist.

B – *Zum Begriff „rechtskräftige Verurteilung“ bzw. „rechtskräftige Aburteilung“*

69. Mit seiner zweiten Frage möchte das vorlegende Gericht wissen, ob der in Art. 54 SDÜ und Art. 50 der Charta niedergelegte Grundsatz *ne bis in idem* dahin auszulegen ist, dass ein Einstellungsbeschluss, der von der Staatsanwaltschaft erlassen wurde und das Ermittlungsverfahren abschließt, als „rechtskräftige Aburteilung“ bzw. „rechtskräftige Verurteilung“ im Sinne dieser Vorschriften eingestuft werden kann, wenn er erlassen wurde, ohne dass zuvor das Opfer oder der Zeuge im Rahmen dieses Verfahrens gehört worden war.

70. Der Gerichtshof hat sich mehrfach zum Begriff der rechtskräftigen Aburteilung bzw. Verurteilung geäußert. So ergibt sich aus seiner Rechtsprechung, dass bei der Bestimmung, ob die betreffende Entscheidung als „rechtskräftig“ eingestuft werden kann, folgende wesentlichen Bestandteile zu prüfen sind. Die Entscheidung muss nach einer Prüfung in der Sache erfolgt sein, und sie muss in der nationalen Rechtsordnung die gegen den Täter der Straftat eingeleitete Strafklage endgültig

verbrauchen [18].

71. Nach Ansicht des Gerichtshofs ist ein Einstellungsbeschluss nach einem Ermittlungsverfahren, in dessen Zuge verschiedene Beweismittel zusammengetragen und geprüft wurden, als nach Prüfung in der Sache ergangen anzusehen, soweit er eine endgültige Entscheidung dahin enthält, dass diese Beweise nicht ausreichen, und jede Möglichkeit ausschließt, dass das Verfahren auf der Grundlage desselben Bündels von Indizien wieder aufgenommen wird [19].

72. Die Kommission ist der Auffassung, dass diese Rechtsprechung im uns hier vorgelegten Fall anzuwenden ist [20]. Diese Sichtweise teile ich nicht.

73. Aus dem im Ausgangsverfahren in Rede stehenden Einstellungsbeschluss geht hervor, dass er mit der Begründung erlassen wurde, dass Herr Kossowski die Aussage verweigert habe, dass das Opfer und ein Zeuge vom Hörensagen in Deutschland wohnten, so dass sie im Rahmen des Ermittlungsverfahrens nicht hätten gehört werden können, und dass die zum Teil ungenauen und widersprüchlichen Angaben des Opfers nicht hätten überprüft werden können.

74. Der Kern des Grundsatzes *ne bis in idem* liegt in der gegenseitigen Anerkennung gerichtlicher Entscheidungen, die gegenseitiges Vertrauen der Mitgliedstaaten untereinander erfordert. Verbietet dies jedoch den Mitgliedstaaten, zu prüfen, ob die Voraussetzungen für die Anwendung des Grundsatzes *ne bis in idem* tatsächlich erfüllt sind, insbesondere, ob eine Entscheidung in der Sache gegeben ist?

75. Der Begriff „in der Sache“ könnte die Vorstellung einer eingehenden und kritischen Prüfung des betreffenden Verfahrens hervorrufen. Der eine solche Prüfung durchführende Mitgliedstaat würde gewissermaßen über das Verfahren des anderen Mitgliedstaats „urteilen“, bevor er angibt, ob er es anerkennt oder nicht. Dies liefe auf die Wiedereinführung der Vollstreckbarkeitserklärung (*exequatur*) hinaus, was inakzeptabel wäre, denn dies führte zu einer gänzlichen Sinnentleerung des Grundsatzes der gegenseitigen Anerkennung und stünde der Idee eines Raums der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts diametral entgegen.

76. Die Justizbehörden eines Mitgliedstaats aber zu zwingen, jede Entscheidung blind, ohne jedes Kontrollrecht zu vollstrecken, könnte sicherlich die gegenseitige Anerkennung in den Fällen beeinträchtigen, in denen sich objektiv offensichtliche Fragen stellen.

77. Es wäre nämlich nicht zweckmäßig, dass der Gerichtshof die Voraussetzungen für die Geltung des Grundsatzes *ne bis in idem* festsetzt, wenn ihr Vorliegen nicht objektiv festgestellt werden könnte. Diesem Bemühen um Transparenz von Justizentscheidungen, die eines der Merkmale des Rechtsstaats darstellt, entspricht im Übrigen die Notwendigkeit, justizielle Entscheidungen zu begründen. In einem Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts ist diese Transparenz ein für den Dialog zwischen Richter und Staatsanwalt unabdingbares Element.

78. Wenn sich somit aus der Begründung, die nicht fehlen darf, der Entscheidung, deren Berücksichtigung beanstandet wird, ergibt, dass die vom Gerichtshof aufgestellten Voraussetzungen unbestreitbar nicht erfüllt sind, ist das von der Anwendung des Grundsatzes *ne bis in idem* betroffene Gericht berechtigt, diesen Grundsatz nicht anzuwenden, unbeschadet dessen, in Zweifelsfällen den Gerichtshof anzurufen, ein umsichtiges Vorgehen, das im vorliegenden Fall gewählt wurde.

18 — Vgl. Urteil M (C-398/12, EU:C:2014:1057, Rn. 28 und 31 und die dort angeführte Rechtsprechung).

19 — Ebd. (Rn. 30).

20 — Vgl. Rn. 50 ff. ihrer Erklärungen.

79. Beim bloßen Lesen der in der polnischen Entscheidung genannten Gesichtspunkte stellt sich zweifelsfrei heraus, dass keine Auseinandersetzung in der Sache stattgefunden hat. Diese Entscheidung erwähnt nämlich, dass der Angeschuldigte nicht kooperiert habe und keine Aussage gemacht habe, dass die Gegenüberstellung – die erforderlich erschien, da in der Aussage des Opfers Ungenauigkeiten bemerkt worden waren – nicht durchgeführt und der Zeuge nicht vernommen worden seien, u. a. aus dem Grund, dass diese Personen in Deutschland wohnten, wobei in diesem Zusammenhang nicht um eine Rechtshilfemaßnahme ersucht worden ist. Daher erscheint es offensichtlich, dass die Gesichtspunkte, die den Kern der rechtlichen Situation bilden, der sich die deutschen und polnischen Behörden gegenübersehen, von den polnischen Justizbehörden nicht geprüft worden sind.

80. Wenn die Schaffung eines wirklichen Raums der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts durch die gegenseitige Anerkennung gerichtlicher Entscheidungen erfolgt und somit mittels des notwendigen gegenseitigen Vertrauens zwischen den Mitgliedstaaten, so darf dies im Übrigen nicht zulasten der Wahrung der Grundrechte, und insbesondere der Rechte der Opfer, gehen. Die Anwendung des Grundsatzes *ne bis in idem* darf in keinem Fall zur Anerkennung von Entscheidungen führen, die offensichtlich gegen die Grundrechte verstoßen.

81. Im Ausgangsverfahren ist offensichtlich, dass die Rechte des Opfers, insbesondere das Recht, gehört zu werden, das Recht auf Erhalt von Informationen und das Recht auf Entschädigung, nicht gewahrt worden sind [21].

82. Aus der Begründung des im Ausgangsverfahren in Rede stehenden Einstellungsbeschlusses geht nämlich hervor, dass das Opfer nicht gehört worden ist. Zudem wurde ihm die Entscheidung, keine Strafverfolgung zu betreiben, mit einer Frist – von sieben Tagen – zugestellt, die für eine Reaktion gänzlich unzureichend war, um in einem anderen Mitgliedstaat als dem, in dem es seinen Wohnsitz hat, die Zeit zu haben, die Entscheidung gegebenenfalls übersetzen zu lassen und einen Beistand hinzuzuziehen, um sodann eventuell Klage zu erheben, die, da sie den Sachverhalt des vorliegenden Falls betrifft, die Kenntnisnahme der Verfahrensunterlagen voraussetzt, was hier offensichtlich absolut unmöglich war.

83. Des Weiteren zielt das Strafrecht, mit dem zwar die Beeinträchtigung der öffentlichen Ordnung geahndet werden soll, auch darauf ab, es dem Opfer zu ermöglichen, eine Entschädigung für den Schaden zu erlangen, der sich aus der Begehung der Handlungen ergibt, die den Tatbestand der Straftat darstellen. Auch aus diesem Grund ist davon auszugehen, dass in diesem Fall die polnische Entscheidung im Hinblick auf das wesentliche Recht der Opfer nicht die durch den Grundsatz *ne bis in idem* verliehene Wirkung haben durfte, die darin bestanden hätte, diesem Opfer jedes Recht auf Entschädigung zu nehmen.

84. Folglich bin ich der Ansicht, dass der in Art. 54 SDÜ und Art. 50 der Charta verankerte Grundsatz *ne bis in idem* dahin auszulegen ist, dass ein Einstellungsbeschluss, der von der Staatsanwaltschaft erlassen wurde und das Ermittlungsverfahren abschließt, nicht als „rechtskräftige Aburteilung“ bzw. „rechtskräftige Verurteilung“ im Sinne dieser Vorschriften eingestuft werden kann, wenn aus seiner Begründung offensichtlich hervorgeht, dass die den Kern der rechtlichen Situation bildenden Gesichtspunkte, wie die Anhörung des Opfers und des Zeugen, von den betreffenden Justizbehörden nicht untersucht worden sind.

21 — Vgl. Art. 3, 4 und 9 des Rahmenbeschlusses des Rates vom 15. März 2001 über die Stellung des Opfers im Strafverfahren (2001/220/JI) (ABl. L 82, S. 1).

IV – **Ergebnis**

85. Nach alledem schlage ich dem Gerichtshof vor, dem Hanseatischen Oberlandesgericht Hamburg wie folgt zu antworten:

1. Der in Art. 55 Abs. 1 Buchst. a des am 19. Juni 1990 in Schengen unterzeichneten Übereinkommens zur Durchführung des Übereinkommens von Schengen vom 14. Juni 1985 zwischen den Regierungen der Staaten der Benelux-Wirtschaftsunion, der Bundesrepublik Deutschland und der Französischen Republik betreffend den schrittweisen Abbau der Kontrollen an den gemeinsamen Grenzen vorgesehene Vorbehalt verletzt den Wesensgehalt des Grundsatzes *ne bis in idem* im Sinne von Art. 50 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union und ist daher für ungültig zu erklären.

2. Der in Art. 54 dieses Übereinkommens und in Art. 50 dieser Charta verankerte Grundsatz *ne bis in idem* ist dahin auszulegen, dass ein Einstellungsbeschluss, der von der Staatsanwaltschaft erlassen wurde und das Ermittlungsverfahren abschließt, nicht als „rechtskräftige Aburteilung“ bzw. „rechtskräftige Verurteilung“ im Sinne dieser Vorschriften eingestuft werden kann, wenn aus seiner Begründung offensichtlich hervorgeht, dass die den Kern der rechtlichen Situation bildenden Gesichtspunkte, wie die Anhörung des Opfers und des Zeugen, von den betreffenden Justizbehörden nicht untersucht worden sind.