SCHLUSSANTRÄGE DES GENERALANWALTS DÁMASO RUIZ-JARABO COLOMER

vom 8. April 2008 [1]

I — Einleitung

1. Der Gerichtshof hat in den letzten fünf Jahren die diffusen Umrisse des Grundsatzes *ne bis in idem* mittels einer Rechtsprechung [2], zu der beizutragen ich die Ehre hatte [3], verdeutlicht, in der die besonderen Umstände der jeweiligen Fälle den ihr zugrunde liegenden Anspruch auf Allgemeinheit nicht verdunkelt haben.

2. Wie bei der Betrachtung eines Bildes muss man den dargestellten Gegenstand aus der Distanz sehen, um eine korrekte Gesamtbeurteilung abgeben zu können, denn andernfalls läuft man Gefahr, dass das Auge nur Striche, Gewebe und eine Vielzahl von Farben wahrnimmt, ohne die Gesamtbedeutung des Werkes zu begreifen.

3. Manchmal ist es wirklich schwierig, so vorzugehen. So auch in diesem Fall, der zum Teil auf das paradoxe Prozesshandeln dessen zurückgeht, der seine Lebenssphäre dadurch zu sichern sucht, dass er sich auf sein eigenes, vor 47 Jahren gefälltes Todesurteil beruft [4], um den Grundsatz *ne bis in idem* geltend zu machen.

II — Rechtlicher Rahmen

A — *Der Schengen-Besitzstand*

4. Zu diesem rechtlichen Besitzstand gehören:

a) das Übereinkommen betreffend den schrittweisen Abbau der Kontrollen an den gemeinsamen Grenzen, das am

1 — Originalsprache: Spanisch.

2 — Der Gerichtshof hat sich mit diesem Grundsatz in sieben Fällen befasst: Urteile vom 11. Februar 2003, Gözütok und Brügge (C-187/01 und C-385/01, Slg. 2003, I-1345), vom 10. März 2005, Miraglia (C-469/03, Slg. 2005, I-2009), vom 9. März 2006, Van Esbroeck (C-436/04, Slg. 2006, I-2333), vom 28. September 2006, Van Straaten (C-150/05, Slg. 2006, I-9327), Gasparini u. a. (C-467/04, Slg. 2006, I-9199), vom 18. Juli 2007, Kretzinger (C-288/05, Slg. 2007, I-6441), und Kraaijenbrink (C-367/05, Slg. 2007, I-6619).

3 — Vgl. meine Schlussanträge vom 19. September 2002, 20. Oktober 2005 und 8. Juni 2006 in den Rechtssachen Gözütok und Brügge, Van Esbroeck und Van Straaten. In den übrigen Fällen — außer im Fall Miraglia, der ohne Schlussanträge entschieden wurde — hielt die Generalanwältin Sharpston ihre Schlussanträge am 15. Juni 2006 im Fall Gasparini und am 5. Dezember 2006 in den Fällen Kretzinger und Kraaijenbrink.

4 — Nietzsche zielt im achten Aphorismus seiner „Sprüche und Pfeile“ in *Götzen-Dämmerung* (Kröner Verlag, Leipzig 1930, S. 82) mit den Worten „Aus der Kriegsschule des Lebens — Was mich nicht umbringt, macht mich stärker“ in Anbetracht des Strebens des Menschen nach Überleben auf dessen Fähigkeit ab, aus Widrigkeiten Gewinn zu ziehen. Eine urtümlichere Version hiervon liefert die spanische Redensart „lo que no mata, engorda“ („Was nicht umbringt, macht dick“).

14. Juni 1985 in der luxemburgischen Stadt, die ihm seinen Namen gegeben hat, von den Staaten der Benelux-Wirtschaftsunion, der Bundesrepublik Deutschland und der Französischen Republik unterzeichnet wurde [5];

b) das am 19. Juni 1990 unterzeichnete Übereinkommen zur Durchführung des vorgenannten Übereinkommens [6] (im Folgenden: SDÜ), in dem Maßnahmen der Zusammenarbeit zum Ausgleich des Wegfalls dieser Kontrollen festgelegt sind;

c) die Protokolle und die Urkunden über den Beitritt der anderen Mitgliedstaaten, die Erklärungen und Beschlüsse des durch das SDÜ eingesetzten Exekutivausschusses sowie die Entscheidungen der Stellen, denen dieser Ausschuss Entscheidungsbefugnisse zuweist [7].

5. Das dem Vertrag über die Europäische Union und dem Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft beigefügte Protokoll Nr. 2 (im Folgenden: Protokoll) bezieht den genannten Komplex in den Rahmen der Union ein und gilt nach seinem Art. 2 Abs. 1 Unterabs. 1 ab dem Inkrafttreten des Vertrags von Amsterdam (1. Mai 1999) in den dreizehn in Art. 1 aufgeführten Mitgliedstaaten [8].

6. Der Beschluss 2007/801/EG des Rates vom 6. Dezember 2007 [9] hat den räumlichen Geltungsbereich des Besitzstands dadurch erheblich erweitert, dass er die vollständige Anwendung der Bestimmungen des Schengen-Besitzstands in der Tschechischen Republik, der Republik Estland, der Republik Lettland, der Republik Litauen, der Republik Ungarn, der Republik Malta, der Republik Polen, der Republik Slowenien und der Slowakischen Republik vorsieht.

7. Das Vereinigte Königreich [10] und Irland [11] sind diesem gemeinsamen Projekt nicht vollständig beigetreten und haben sich für eine punktuelle Beteiligung entschieden.

5 — ABl. 2000, L 239, S. 13.
6 — ABl. 2000, L 239, S. 19.
7 — ABl. 2000, L 239, S. 63 ff.

8 — Das Königreich Belgien, die Bundesrepublik Deutschland, die Hellenische Republik, das Königreich Spanien, die Französische Republik, das Großherzogtum Luxemburg, die Republik Österreich, die Portugiesische Republik, die Italienische Republik, die Republik Finnland, das Königreich der Niederlande, das Königreich Schweden und das Königreich Dänemark. Letzteres genießt allerdings einen Sonderstatus, der es ihm erlaubt, die in diesem Bereich erlassenen Beschlüsse nicht anzuwenden.
9 — ABl. L 323, S. 34.
10 — Beschlüsse des Rates 2000/365/EG vom 29. Mai 2000 (ABl. L 131, S. 43) und 2004/926/EG vom 22. Dezember 2004 über das Inkraftsetzen von Teilen des Schengen-Besitzstands durch das Vereinigte Königreich Großbritannien und Nordirland (ABl. L 395, S. 70).
11 — Seinem Antrag wurde durch den Beschluss 2002/192/EG des Rates vom 28. Februar 2002 (ABl. L 64, S. 20) stattgegeben.

8. Die Republik Zypern [12], die Republik Bulgarien und die Republik Rumänien [13] sind seit ihrem Beitritt zur Europäischen Union zwar an die genannten Rechtsvorschriften gebunden, jedoch bedarf es in ihrem Fall einer Intervention des Rates, um zu prüfen, ob die für die Anwendung dieser Rechtsvorschriften erforderlichen Voraussetzungen erfüllt sind.

9. Was die Länder angeht, die der Europäischen Union nicht angehören, bindet Art. 6 des Protokolls die Republik Island und das Königreich Norwegen, für die der Schengen-Besitzstand seit dem 25. März 2001 gilt, hinsichtlich dessen Umsetzung und Entwicklung [14]. Außerdem gibt es ein Abkommen über die Assoziierung der Schweiz bei der Umsetzung, Anwendung und Entwicklung des Schengen-Besitzstands [15], dem das Fürstentum Liechtenstein wahrscheinlich nach Maßgabe eines Vorschlags der Kommission für einen Beschluss des Rates [16] beitreten wird.

10. Das Ziel besteht gemäß der Präambel des Protokolls darin, die europäische Integration zu vertiefen und insbesondere der Europäischen Union die Möglichkeit zu geben, sich schneller zu einem Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts zu entwickeln.

11. Der Rat hat nach Art. 2 Abs. 1 Unterabs. 2 des Protokolls am 20. Mai 1999 die Beschlüsse 1999/435/EG und 1999/436/EG erlassen, in denen er den Schengen-Besitzstand bestimmt und nach Maßgabe der einschlägigen Bestimmungen des Vertrags zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft und des Vertrags über die Europäische Union die Rechtsgrundlagen der Rechtsvorschriften festgelegt hat, die diesen Besitzstand bilden [17].

B — *Zum Grundsatz* ne bis in idem

12. Titel III („Polizei und Sicherheit“) des SDÜ beginnt mit einem Kapitel über die „Polizeiliche Zusammenarbeit“ (Art. 39 bis 47), auf das ein Kapitel über „Rechtshilfe in Strafsachen“ (Art. 48 bis 53) folgt.

12 — Art. 3 Abs. 2 der Akte über die Bedingungen des Beitritts (ABl. 2003, L 236, S. 50).

13 — Art. 4 Abs. 2 der Akte über die Bedingungen des Beitritts (ABl. 2005, L 157, S. 203).

14 — Die dreizehn Mitgliedstaaten der Europäischen Union, die zu jener Zeit Unterzeichner des Schengener Übereinkommens waren, und die genannten nordischen Länder schlossen am 19. Dezember 1996 in Luxemburg einen Ad-hoc-Vertrag, der dem am 18. Mai 1999 vom Rat der Europäischen Union mit der Republik Island und dem Königreich Norwegen geschlossenen Übereinkommen über die Assoziierung der beiden letztgenannten Staaten bei der Umsetzung, Anwendung und Entwicklung des Schengen-Besitzstands (ABl. L 176, S. 36) voranging. Art. 15 Abs. 4 des letztgenannten Übereinkommens beauftragt den Rat, das Datum des Inkrafttretens für die neuen Vertragsparteien festzulegen; der Rat hat diese Aufgabe mit dem Beschluss 2000/777/EG vom 1. Dezember 2000 (ABl. L 309, S. 24) erfüllt, indem er allgemein den 25. März 2001 bestimmt hat (Art. 1).

15 — Dieses wurde durch den Beschluss 2004/860/EG des Rates vom 25. Oktober 2004 (ABl. L 370, S. 78) angenommen.

16 — Vorschlag KOM(2006) 752 endg. vom 1. Dezember 2006 für einen Beschluss des Rates.

17 — ABl. L 176, S. 1 und 17.

13. Kapitel 3 („Verbot der Doppelbestrafung“) besteht aus den Art. 54 bis 58, deren Rechtsgrundlage gemäß Art. 2 und Anhang A des Beschlusses 1999/436 die Art. 34 EU und 31 EU sind.

14. Art. 54 SDÜ bestimmt:

„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.“

C — *Das französische Recht*

15. Ich bin einig mit den Bemerkungen [18] einiger der am Dialog dieses Vorabentscheidungsverfahrens Beteiligten, dass der Vorlagebeschluss nur spärliche Angaben zum genauen Inhalt der einschlägigen französischen Vorschriften enthält [19].

16. Jedenfalls konnte der vor Gericht nicht erschienene Angeklagte gemäß Art. 120 des Code de justice militaire [20] binnen fünf Tagen nach Zustellung des Urteils Einspruch einlegen, oder aber, war die Urteilszustellung nicht sicher — bei Nichterscheinen vor Gericht im Übrigen der Regelfall —, bis zur Verjährung der Vollstreckung der Strafe.

17. Der französische Code de procédure pénale (Strafprozessordnung) [21] sieht für die Verjährung der Strafe eine Frist von 20 Jahren ab Urteilsverkündung vor [22].

18. Aus der gemeinsamen Auslegung dieser Vorschriften ergibt sich, dass ein in Abwesenheit des Angeklagten verhängtes Urteil, dessen Zustellung an den Betroffenen [23] nicht nachgewiesen ist, 20 Jahre nach seiner Verkündung unanfechtbar [24] wird, wobei zu berücksichtigen ist, dass im vorliegenden Fall die Verjährungsfrist mit der Einspruchsfrist übereinstimmt [25].

18 — Insbesondere der ungarischen Regierung in Nr. 8 ihrer Erklärungen.

19 — Hätten Frankreich oder auch Deutschland Erklärungen eingereicht, was leider nicht der Fall ist, so hätten sie bestimmte Informationslücken schließen können.

20 — Der Code de justice militaire ist heute aufgehoben, galt jedoch in der für den Ausgangsfall maßgeblichen Zeit in seiner Fassung von 1958; vorher bestand eine Regelung in Form eines Gesetzes vom 9. März 1928.

21 — Art. 133 Abs. 2 des derzeitigen Code de procédure pénale und die Art. 639, 640 und 763 in seiner zum Zeitpunkt des Tötungsdelikts geltenden Fassung.

22 — Die Portugiesische Republik verweist in Nr. 27 ihrer schriftlichen Erklärungen auf Art. 639 des Code de procédure pénale. Danach beginne die Verjährung einer Strafe, bevor der vor Gericht nicht erschienene Angeklagte festgenommen werde, „[w]enn der Abwesende sich vor Ablauf der Verjährungsfrist der Strafe stellt oder verhaftet wird“.

23 — Es steht im vorliegenden Fall nicht fest, ob das Urteil dem Verurteilten zugestellt wurde.

24 — Der hierfür verwendete französische Begriff „irrevocabilité“ bringt die formale Unanfechtbarkeit des Urteils zum Ausdruck.

25 — Dies ergibt sich aus dem Bericht des Staatsanwalts des Tribunal aux armées de Paris, auf den ich später näher eingehen werde.

III — Sachverhalt, Ausgangsverfahren und Vorlagefrage

19. Der in der französischen Fremdenlegion [26] dienende deutsche Staatsangehörige Klaus Bourquain wurde vom Ständigen Gericht der Streitkräfte der Zone Est Constantinoise in Bône [27] mit Urteil vom 26. Januar 1961 in Abwesenheit wegen eines Tötungsdelikts zum Tode verurteilt.

20. Dieses Militärgericht sah es in Anwendung des zur maßgeblichen Zeit geltenden französischen Code pénal als erwiesen an, dass Herr Bourquain am 4. Mai 1960, als er an der Grenze zwischen Algerien und Tunesien in der Provinz El Tarf desertierte [28], einen anderen, ebenfalls deutschen Soldat der Fremdenlegion, der ihn an der Flucht hindern wollte, mit einem Schuss getötet hatte.

21. Der Verurteilte kam nie vor Gericht, weil er sich in die Deutsche Demokratische Republik absetzte. Die Strafe wurde nicht vollstreckt, auch wenn sein Vermögen zur Sicherung der Kostenbeitreibung beschlagnahmt wurde.

22. Nach diesem Urteil wurde gegen Herrn Bourquain weder in Frankreich noch in Algerien ein weiteres Strafverfahren eingeleitet, wohl aber in der Bundesrepublik Deutschland, wo die Behörden 1962 einen Haftbefehl gegen ihn erließen, der an die Deutsche Demokratische Republik übermittelt, von dieser jedoch zurückgewiesen wurde.

23. Die Staatsanwaltschaft Regensburg übernahm im Jahr 2002 das Ermittlungsverfahren, um wegen derselben Delikte Anklage gegen ihn zu erheben.

24. Zu diesem Zeitpunkt war die mit Urteil vom 26. Januar 1961 verhängte Strafe jedoch in Frankreich nicht mehr vollstreckbar, weil (1) dort Straftaten, die während der Ereignisse in Algerien durch französische Militärangehörige begangen worden waren, amnestiert [29] worden waren, (2) diese Straftaten 1981

26 — Abgesehen von seiner Intervention im Algerienkrieg erlebte dieses 1831 von König Louis-Philippe I. geschaffene Elitekorps am 30. April 1863 eine der berühmtesten Episoden seiner Geschichte in der Schlacht von Camarón (Mexiko), wo etwa 65 Soldaten unter dem Kommando von Jean Danjou zehn lange Stunden dem Ansturm Tausender Soldaten der regulären mexikanischen Armee standhielten. Dieses geschichtliche Ereignis hat J. Mañes in *El mito de Camerone* (2. Aufl., Hergué Editorial, Huelva 2005) eingehend geschildert.

27 — Stadt in Algerien, jetzt Annaba, im Altertum bekannt als Hipona, wo in den Jahren 396 bis 430 der Heilige Augustin als Bischof wirkte.

28 — Trotz der unüberwindbaren Barriere zwischen Realität und Fiktion erinnern die Umstände dieses traurigen Ereignisses an den Roman von Albert Camus *Der Fremde*. Der in Algerien geborene Literaturnobelpreisträger erzählt mit ungeschminktem Existenzialismus von den Mängeln Meursaults in Algier, den der Tod der eigenen Mutter und die sich ihm bietende Heiratsmöglichkeit völlig gleichgültig lassen und der in seiner Apathie so weit geht, mit seinem Revolver den „Araber“ zu erschießen, weil ihn die Sonne blendete, die von dessen Messer reflektiert wurde. Diese Apathie setzt sich in dem Prozess, in dem er letztlich zum Tode verurteilt wird, fort, als er vor den belustigten Prozessbeobachtern erklärt, sein einziger Beweggrund sei der Stand der Sonne gewesen.

29 — Durch Gesetz vom 31. Juli 1968.

verjährt waren und (3) im selben Jahr die Todesstrafe abgeschafft worden war [30].

25. In diesem Zusammenhang holte das Landgericht Regensburg vom Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht ein Gutachten ein, nach dem das in Abwesenheit erlassene Urteil, obwohl seine sofortige Vollstreckung aufgrund der Besonderheiten des französischen Rechts ausgeschlossen sei, formal und materiell rechtskräftig und die Durchführung eines erneuten Strafprozesses daher ausgeschlossen ist.

26. Außerdem fragte das Landgericht gemäß Art. 57 SDÜ beim französischen Justizministerium an, ob nach Ansicht der französischen Behörden das Urteil vom 26. Januar 1961 aufgrund von Art. 54 SDÜ der Aufnahme eines erneuten Prozesses entgegenstehe.

27. Der Staatsanwalt des Tribunal aux armées de Paris bestätigte, dass das Urteil rechtskräftig sei, da es seit 1981 nicht mehr angefochten und in Frankreich wegen Verjährung nicht vollstreckt werden könne. Nach seiner Auffassung war der in dem Übereinkommen vorgesehene Grundsatz *ne bis in idem* jedoch im vorliegenden Fall nicht anwendbar [31].

28. Dieses Szenario unterschiedlicher Meinungen verstärkte die Zweifel des Landgerichts Regensburg, das mit seinem Vorlagebeschluss Aufschluss über die Frage begehrt, ob Art. 54 SDÜ voraussetzt, dass die Strafe zu irgendeinem Zeitpunkt vollstreckbar war. Nach Ansicht des vorlegenden Gerichts hat das Recht, innerhalb der Verjährungsfrist ein neues Verfahren zu erwirken [32], zur Folge, dass die Strafe erst nach Ablauf dieser Frist vollstreckt werden kann, d. h. gerade dann, wenn die Strafe verjährt ist [33].

29. Deshalb hat das Landgericht Regensburg das Verfahren ausgesetzt und dem Gerichtshof folgende Frage zur Vorabentscheidung vorgelegt:

Kann ein durch eine Vertragspartei rechtskräftig Abgeurteilter durch eine andere Vertragspartei wegen derselben Tat verfolgt

30 — Durch das Gesetz 81-908 vom 9. Oktober 1981 (*Journal Officiel* vom 10. Oktober 1981, S. 2759). Die Französische Republik hat diese Abschaffung der Todesstrafe unlängst im Rahmen der durch die Loi constitutionnelle Nr. 2007-239 vom 23. Februar 2007 eingeleiteten Reform (*Journal Officiel* vom 24. Februar 2007, S. 3355) in Art. 66 der französischen Verfassung verankert.

31 — Diese Auffassung ist in sich völlig widersprüchlich, denn abgesehen davon, dass die Strafe nicht vollstreckt worden ist oder nicht gerade vollstreckt wird, ist die andere Voraussetzung für die Anwendung des Grundsatzes gerade die, dass die Strafe nach dem Recht des Urteilsstaats „nicht mehr vollstreckt werden kann".

32 — Es ist zu betonen, dass es hier um Fristen geht, die sich offensichtlich decken.

33 — Ich möchte bewusst nicht auf die Nichtvollstreckung wegen der Amnestie eingehen, denn dies ist ein Aspekt, über den — unbeschadet der Zuständigkeit des Gerichtshofs für die Prüfung seiner etwaigen Auswirkungen im Rahmen des Art. 54 SDÜ — das nationale Gericht zu entscheiden hat.

werden, wenn die gegen ihn verhängte Strafe nach dem Recht des Urteilsstaats nie vollstreckt werden konnte?

IV — Das Verfahren vor dem Gerichtshof

30. Der Vorlagebeschluss ist am 21. Juni 2007 in das Register der Kanzlei des Gerichtshofs eingetragen worden.

31. Herr Bourquain, die Kommission sowie die niederländische, die portugiesische, die tschechische und die ungarische Regierung haben innerhalb der in Art. 23 der EG-Satzung des Gerichtshofs genannten Frist schriftliche Erklärungen eingereicht.

32. Nach der Generalversammlung vom 19. Februar 2008 ist mir am 27. Februar 2008 mitgeteilt worden, dass die Frist für die Beantragung einer mündlichen Verhandlung am 25. Februar abgelaufen war, ohne dass ein solcher Antrag gestellt worden wäre, so dass die Schlussanträge vorgelegt werden konnten.

V — Prüfung der Vorlagefrage

A — *Einige Vorbemerkungen zum Grundsatz des* ne bis in idem *im Rahmen des Schengen-Besitzstands*

1. Die zwei Anwendungsbereiche dieses Grundsatzes

33. Der Gerichtshof räumt dem Grundsatz *ne bis in idem* je nachdem, ob er im Rahmen des Wettbewerbs [34] oder des „dritten Pfeilers" der Europäischen Union zur Anwendung kommt, nicht dieselbe Tragweite ein: In beiden Fällen hat er das Verbot der Doppelbestrafung bekräftigt, aber nur im zweiten [35] dehnt er die Anwendung dieses Grundsatzes auf die Möglichkeit aus, wegen derselben Tat zweimal vor Gericht angeklagt zu werden *(nemo debet bis vexari pro una et eadem causa).*

34 — Mit dem Urteil vom 14. Dezember 1972, Boehringer Mannheim/Kommission (7/72, Slg. 1972, 1281), nahm er ihn in die Kategorie der allgemeinen Grundsätze des Gemeinschaftsrechts auf.

35 — Vervaele, J., „El principio non bis in idem en Europa" in Arroyo, L., und Nieto, A., *La orden de detención y entrega europea*, Ed. de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca 2006, S. 229, verweist auf die Einschränkung des Grundsatzes im Wettbewerbsrecht.

34. Die volle Anerkennung ausländischer Strafurteile war für das Gemeinschaftsrecht eine wahre Herausforderung, und der Gerichtshof hat sich ihr, ohne sich seiner Verantwortung zu entziehen, gestellt, indem er zur Freizügigkeit festgestellt hat, dass Art. 54 SDÜ jedem rechtskräftig Abgeurteilten die Ausübung dieser Grundfreiheit gewährleistet, ohne dass er für eine bereits abgeurteilte Tat in einem anderen Vertragsstaat eine erneute Strafverfolgung befürchten müsste [36].

2. Die traditionellen Grundlagen des Grundsatzes *ne bis in idem*

35. Art. 54 SDÜ verbietet, dass eine Person wegen derselben rechtswidrigen Tat mehr als einmal strafrechtlich verfolgt und gegebenenfalls mehrfach verurteilt wird, um einer unzulässigen Kumulation des *ius puniendi* vorzubeugen [37].

36. Die Rechtssicherheit gebietet, dass ein in einem Strafprozess Angeklagter wegen einer Tat, für die er freigesprochen worden ist, nicht ein zweites Mal angeklagt wird und dass ihm, falls er wegen der Tat verurteilt worden ist, nicht eine weitere Strafe auferlegt wird.

37. Überdies ist nicht die Funktionalität der Gerechtigkeit als Fundierung der Verhältnismäßigkeit zu verkennen, die eine Kumulierung von Sanktionen verbietet [38], denn auch wenn jede Strafe außer dem Ziel der Resozialisierung [39] den doppelten Zweck der Vergeltung und der Abschreckung verfolgt, also ein Verhalten ahndet und weitere mögliche Zuwiderhandelnde entmutigt, sind doch diese Ziele auch gegeneinander abzuwägen und in angemessenem Gleichgewicht zu halten, um das fragliche Verhalten sowohl zu ahnden als auch exemplarisch zu korrigieren.

38. Schließlich beruht die Legitimität des *ne bis in idem* als strukturelles Erfordernis des Rechtssystems auch auf der Beachtung der Rechtskraft.

36 — Vgl. Urteile Gözütok und Brügge (Randnr. 38), Miraglia (Randnr. 32), Van Straaten (Randnr. 57) und Gasparini u. a. (Randnr. 27).

37 — Schlussanträge in den Rechtssachen Gözütok und Brügge (Randnrn. 48 ff.) sowie Van Esbroeck (Randnrn. 18 ff.).

38 — Auch wenn der prosaische Charakter des Themas kaum zu einer literarischen Verarbeitung Anlass gibt, ist doch bemerkenswert, welchen Inhalt Alexandre Dumas dem genannten Grundsatz in *Impressions de voyage* (Michel Lévy Frères, Libraires-Editeurs, Paris 1855, S. 57) beilegt, indem er ihn in heiterem, juristischer Stringenz barem Ton mit der Schwierigkeit in Verbindung bringt, eine Strafe zweimal zu vollstrecken. Er beschreibt die unfehlbare Methode des „Kahdi", die Arbeit der Justiz in Kairo zu vereinfachen: Sobald ein Dieb festgenommen wird, wird ihm ein Ohr abgeschnitten, so dass es bei einem Rückfall, „sofern das Ohr nicht nachgewachsen ist, was selten vorkommt, keine Möglichkeit gibt, etwas abzustreiten. Man schneidet ihm dann also aufgrund dieses Rechtsgrundsatzes *ne bis in idem* das andere Ohr ab."

39 — Henzelin, M., „Ne bis in idem, un principe à géométrie variable", *Revue Pénale Suisse* 2005, S. 347.

3. Die jüngste Entwicklung des Grundsatzes *ne bis in idem*

a) Vom gegenseitigen Vertrauen der Mitgliedstaaten …

39. Dieser beim Aufbau einer europäischen Strafgerichtsbarkeit noch junge Begriff liegt dem Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung [40] zugrunde, der erstmals in Randnr. 33 der Schlussfolgerungen des Europäischen Rates von Tampere vom 16. Oktober 1999 erwähnt wurde [41].

40. Der Rahmenbeschluss 2002/584/JI des Rates vom 13. Juni 2002 über den Europäischen Haftbefehl und die Übergabeverfahren zwischen den Mitgliedstaaten [42] spricht sich in seinem 10. Erwägungsgrund unzweideutig für ein hohes Maß an Vertrauen zwischen den Mitgliedstaaten aus.

41. Der Gerichtshof hat sich unter diesen Umständen frühzeitig, d. h. bei der ersten sich bietenden Gelegenheit [43], geäußert und die Bedeutung des gegenseitigen Vertrauens hervorgehoben, das für die Wirksamkeit von Art. 54 SDÜ von entscheidender Bedeutung ist, so dass jeder Mitgliedstaat die Anwendung des in den anderen Mitgliedstaaten geltenden Strafrechts selbst dann akzeptieren muss, wenn sein eigenes Strafrecht zu einem anderen Ergebnis führen würde. Anders gesagt, Sinn und Zweck des gegenseitigen Vertrauens sind im Hinblick auf den Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung letztlich utilitaristisch.

42. So förderlich diese klare Haltung des Gerichtshofs aber auch für die Lösung bestimmter Fälle sein mag, ist sie in anderen Fällen doch insbesondere deshalb unzureichend, weil dieses System einer verstärkten Zusammenarbeit den einzelnen nationalen Gerichten eine Hauptrolle zuweist, die eine große Befähigung zur Rechtsauslegung erfordert [44].

40 — Dieser Grundsatz ist vorbehaltlos anzuerkennen, weil die staatliche Zustimmung, wie C. J. Moreiro González in *Las claúsulas de seguridad nacional* (Ed. Iustel, Portal Derecho S. A., Madrid 2007, S. 132 und 133) zutreffend bemerkt, als ein Grundsatz wirkt, der völkerrechtliche Normen schafft und die grundlegende Frage nach den Verpflichtungen derjenigen aufwirft, die durch sie gebunden sind.

41 — Etwas später bereits wurde dieses Vertrauen in dem Maßnahmenprogramm zur Umsetzung des Grundsatzes der gegenseitigen Anerkennung gerichtlicher Entscheidungen in Strafsachen (ABl. 2001, C 12, S. 10) näher mit den Worten erläutert, dass es diese Anerkennung ermöglichen soll, nicht nur „die Zusammenarbeit zwischen den Mitgliedstaaten, sondern auch den Schutz der Persönlichkeitsrechte zu verstärken. … Die Umsetzung des Grundsatzes der gegenseitigen Anerkennung gerichtlicher Entscheidungen in Strafsachen setzt gegenseitiges Vertrauen der Mitgliedstaaten in ihre jeweilige Strafgerichtsbarkeit voraus. Dieses Vertrauen beruht insbesondere auf dem gemeinsamen Sockel von Überzeugungen, der durch ihr Eintreten für die Grundsätze der Freiheit, der Demokratie und der Achtung der Menschenrechte und Grundfreiheiten sowie des Rechtsstaates gebildet wird."

42 — ABl. L 190, S. 1.

43 — In Randnr. 33 des erwähnten Urteils vom 11. Februar 2003, Gözütok und Brügge, in der er Nr. 124 meiner Schlussanträge folgte.

44 — In meinen Jahren als nationaler Richter und als Generalanwalt in Luxemburg habe ich überdies hinreichende Erfahrungen gesammelt, um folgenden anschaulichen Ausführungen von D. Flore in „La notion de confiance mutuelle: l'alpha ou l'oméga d'une justice pénale européenne" in *La confiance mutuelle dans l'éspace européen/Mutual Trust in the European Criminal Area* (Editions de l'Université de Bruxelles, 2005, S. 17) zu widersprechen: „Wenn ein Richter in Brüssel gelegentlich an der Fähigkeit eines Kollegen in Arlon oder in Brügge zweifelt, muss er da nicht erst recht bei Entscheidungen eines weit entfernten Kollegen zweifeln, den er nie gesehen hat und nie sehen wird, der sein Amt in einem Land ausübt, das er nicht kennt und in das er sich nie begeben wird, und der unter Umständen weder den gleichen Status noch die gleiche Unabhängigkeit wie er selbst genießt, der ein anderes Recht anwendet und eine andere Sprache spricht. …"

43. Ein angemessenes Mittel, unklare Situationen zu bewältigen, wäre eine Angleichung [45] des materiellen Strafrechts und des Strafprozessrechts der Mitgliedstaaten, denn die Vorbehalte beim Erlass von Entscheidungen in diesem Bereich werden normalerweise dann hinfällig, wenn sich zeigt, dass die in einem anderen Staat erlassenen strafrechtlichen Entscheidungen offenbar mit den gleichen Garantien versehen sind.

44. Bis zu einer solchen Angleichung steht der Grundsatz des *ne bis in idem* weiterhin unter dem Banner des gegenseitigen Vertrauens, denn unabhängig davon, ob es eines Tages tatsächlich zu einer solchen Konvergenz kommen wird, hängt Art. 54 SDÜ nicht von einer Angleichung des Strafrechts der Staaten ab [46]; das Fehlen einer solchen Angleichung verstärkt vielmehr seine Tragweite.

45. Es ist zwar anzunehmen, dass in den Staaten bestimmte Voraussetzungen, insbesondere im Hinblick auf die Grundrechte, eingehalten werden, aber die Erfahrung zeigt, dass das gegenseitige Vertrauen wie ein normativer Grundsatz gilt, der die Regeln zur Rechtsauslegung der Pflichten im Zusammenhang mit dem „dritten Pfeiler" zusammenfasst und eine ähnliche Rolle spielt wie der Grundsatz der loyalen Zusammenarbeit [47].

46. Die gegenseitige Anerkennung rührt zwar her aus dem abstrakten Bereich der Zusammenarbeit der Staaten, nimmt jedoch in den Individualgarantien [48] konkretere Gestalt an und reicht bis in die Prüfung der üblichen grundrechtlichen Standards, in deren Rahmen ihre gewöhnliche Geltendmachung durch die Beteiligten die Chancen einer Verständigung erhöht.

b) … zur Anerkennung eines Individualrechts

47. Trotz der erzielten Fortschritte bedarf die Loslösung der Grundfreiheiten (wie der Freizügigkeit) von dem Verbot, „zweimal wegen derselben Tat" angeklagt oder bestraft zu werden, noch erheblicher Anstrengungen, die in Anbetracht des erreichten Niveaus der Integration in der Europäischen Union, die den Bürger als Inhaber von Rechten und letztlich als Nutznießer der schützenden Normen sieht, gerechtfertigt erscheinen [49].

48. Meines Erachtens spricht jedoch nichts dagegen, die Leitlinien für eine auf gegenseitiges Vertrauen gegründete Zusammen-

45 — Als Ziel vorstellbar; in gewisser Weise ist dies die einzige Voraussetzung für einen gemeinsamen Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts.

46 — Urteil Gözütok und Brügge (Randnr. 32).

47 — De Schutter, O., „La contribution du contrôle jurisdictionnel à la confiance mutuelle", in *La confiance mutuelle dans l'éspace européen/Mutual Trust in the European Criminal Area*, Editions de l'Université de Bruxelles, 2005, S. 103.

48 — Ich möchte darauf hinweisen, dass der Grundsatz *ne bis in idem* eine dieser Individualgarantien umfasst.

49 — In meinen Schlussanträgen in den Rechtssachen Gözütok und Brügge habe ich auf diese mangelnde Sensibilisierung und darauf hingewiesen, dass Art. 54 ff. SDÜ aus der Sicht des Bürgers zu verstehen sind (Nrn. 114 und 115).

arbeit der Staaten durch eine grundrechtsorientierte Sichtweise als Bezugsrahmen [50] zu ergänzen (nicht zu ersetzen), denn der Grundsatz *ne bis in idem* impliziert eine Ausprägung des gerichtlichen Rechtsschutzes des Bürgers gegenüber der Strafgewalt, die sich aus dem Recht auf einen fairen Prozess ableitet [51], das in einigen am Schengen-Besitzstand beteiligten Staaten Verfassungsrang besitzt [52].

49. Der Grundsatz des *ne bis in idem* erlangt seine wahre normative Kraft mit der Schaffung eines subjektiven Rechts auf einheitliche Handhabung der Strafverfolgung [53], die dadurch in feste Grundlagen eingebettet wird, welche dazu beitragen, die Schwächen [54] einiger Institute wie der Verjährung, der Rechtskraft oder der vielen Theorien über die Verhältnismäßigkeit auszugleichen, denen mit dem bloßen Rekurs auf das gegenseitige Vertrauen der Staaten [55] nicht in befriedigender Weise abgeholfen werden kann.

50. Dieses Bild wird etwas klarer durch die eigenständige Proklamation des *ne bis in idem* in der Charta der Grundrechte der Europäischen Union [56]. Deren Art. 50 bestimmt: „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."

51. Unter den zahlreichen Facetten der Grundrechte kommt besondere Bedeutung dem Aspekt zu, begriffliche Grenzen der und auch Ausnahmen von der gegenseitigen Anerkennung [57] festzulegen, soweit die Grund-

50 — Peers, S., *EU Justice and Home Affaire Law*, 2. Aufl., Oxford University Press, 2006, S. 460, weist darauf hin, dass es in der Europäischen Union als Folge der hohen Integration bestimmte Maßnahmen einer Zusammenarbeit auf dem Gebiet des Strafrechts gebe, die seiner Ansicht nach zur Entwicklung der völkerrechtlichen Normen auf dem Gebiet der Menschenrechte beitragen werden.

51 — Als Grundlinie der Auslegung habe ich dies in meinen Schlussanträgen in den Rechtssachen Gözütok und Brügge vorgeschlagen.

52 — Diese Regel findet sich auch in völkerrechtlichen Verträgen wie dem Internationalen Pakt über bürgerliche und politische Rechte vom 19. Dezember 1966 (Art. 14 Abs. 7) oder dem Protokoll Nr. 7 zur Europäischen Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten (Art. 4). Diese Dokumente behandeln jedoch nur die nationale Dimension dieses Grundsatzes und sorgen für dessen Geltung innerhalb der Rechtsprechung eines Staates.

53 — In den Worten von Generalanwältin Sharpston: „Der Staat hat eine einzige Möglichkeit, das zur Last gelegte strafrechtliche Verhalten einer Person zu prüfen und zum Gegenstand eines Urteils zu machen" (Nr. 92 ihrer Schlussanträge vom 15. Juni 2006 im Fall Gasparini).

54 — Es handelt sich um Schwächen, die infolge fehlender Angleichung des materiellen Strafrechts und des Strafprozessrechts zutage treten.

55 — Ein Musterbeispiel ist in dieser Hinsicht die bereits erwähnte Rechtssache Gasparini, wo der Gerichtshof in Bezug auf das gegenseitige Vertrauen eine Maximalposition eingenommen hat und damit von den Anträgen der Generalanwältin Sharpston abgewichen ist, die ihrerseits in diesem Begriff keine vernünftige Grundlage für eine Anwendung des Grundsatzes *ne bis in idem* auf die Einstellung eines Strafverfahrens wegen Verjährung sah (Randnrn. 108 ff.).

56 — In meinen Schlussanträgen vom 12. September 2006 im Fall Advocaten voor de Wereld VZW, der durch Urteil vom 3. Mai 2007 (C-303/05, Slg. 2007, I-3633) entschieden wurde, habe ich ausgeführt: „[D]ie Charta hat sich als Auslegungsinstrument ersten Ranges bei der Verteidigung der Garantien der Bürger, die zum Erbe der Mitgliedstaaten gehören, durchzusetzen. Dieser Herausforderung hat man sich mit Vorsicht, aber nachdrücklich und in der vollen Überzeugung zu stellen, dass, wenn der Grundrechtsschutz im Rahmen des Gemeinschaftspfeilers unerlässlich ist, er dies auch im Rahmen des dritten Pfeilers ist, und ihm die Fähigkeit zukommt, sich aufgrund der Natur seines Inhalts auf den Kern der persönlichen Freiheit, die Voraussetzung für die übrigen Freiheiten ist, auszuwirken." Außerdem wurde Art. 6 EU durch den Vertrag von Lissabon vom 13. Dezember 2007 durch Hinzufügung des folgenden Absatzes geändert: „Die Union erkennt die Rechte, Freiheiten und Grundsätze an, die in der Charta der Grundrechte vom 7. Dezember 2000 in der am [12. Dezember 2007] angepassten Fassung niedergelegt sind; die Charta der Grundrechte und die Verträge sind rechtlich gleichrangig."

57 — Das ergibt sich aus Art. 6 EU und aus Art. 1 Abs. 3 des Rahmenbeschlusses 2002/584/JI.

rechte in den Mitgliedstaaten als allgemeine Grundsätze gelten [58].

B — *Der Begriff „rechtskräftige Aburteilung"*

52. Der Wortlaut der Vorlagefrage des Landgerichts Regensburg bringt zum Ausdruck, dass sich seine Zweifel nur auf die Reichweite des Art. 54 SDÜ beziehen, der eine erneute Strafverfolgung wegen derselben Tat verbietet, wenn die Sanktion — im Fall der Verurteilung — „nicht mehr vollstreckt werden kann".

53. Der Sachverhalt verlangt jedoch eine vorherige Prüfung, ob das in Abwesenheit erlassene Urteil eine „rechtskräftige Aburteilung" im Sinne der genannten Vorschrift darstellt, wobei die Unmöglichkeit zu berücksichtigen ist, die mit der Aburteilung verhängte Sanktion sofort zu vollstrecken, da im Falle des Ergreifens des Verurteilten das prozessuale Erfordernis besteht, ein neues Verfahren einzuleiten.

58 — Urteil des Gerichtshofs vom 14. Oktober 2004, Omega (C-36/02, Slg. 2004, I-9609, Randnrn. 34, 37 und 38).

1. Auslegung des Begriffs

54. In dem genannten Urteil vom 18. Juli 2007 im Fall Kretzinger blieb diese Erörterung ausgespart [59], denn in Randnr. 67 des Urteils heißt es, es brauche „nicht die Frage geprüft zu werden, ob ein Abwesenheitsurteil, dessen Vollstreckbarkeit nach Art. 5 Nr. 1 des Rahmenbeschlusses von Bedingungen abhängig gemacht werden kann, als eine Entscheidung anzusehen ist, mit der eine Person im Sinne von Art. 54 SDÜ ‚rechtskräftig abgeurteilt worden ist'".

55. Der Gerichtshof hat sich jedoch für ein weites Kriterium ausgesprochen, mit dem das Erfordernis bekräftigt wird, im Rahmen der Europäischen Union Entscheidungen anzuerkennen, mit denen nach dem Recht des Staates, in dem das entsprechende Verfahren eingeleitet wurde, das gegen den Angeklagten geführte Verfahren abgeschlossen wird.

56. So hat er unter den Begriff „rechtskräftige Aburteilung" sowohl zum Strafklageverbrauch führende Verfahren, in denen die Staatsanwaltschaft ohne Mitwirkung eines Gerichts ein eingeleitetes Strafverfahren einstellt (Urteile Gözütok und Brügge), als auch Entscheidungen subsumiert, durch die der Angeklagte endgültig freigesprochen wird, sei

59 — Nicht dagegen von der Generalanwältin Sharpston in ihren Schlussanträgen vom 5. Dezember 2006 (Nr. 101), nach denen ein Abwesenheitsurteil den auf dem gegenseitigen Vertrauen beruhenden Schutz des Art. 54 SDÜ nur dann begründet, wenn es den Voraussetzungen des Art. 6 der Europäischen Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten genügt.

es aus Mangel an Beweisen (Urteil Van Straaten) oder wegen Verjährung (Urteil Gasparini).

57. Obwohl die einzelnen Sprachfassungen des Art. 54 SDÜ Abweichungen enthalten [60], ist überdies das Ziel, die Freizügigkeit in einem Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts zu gewährleisten, unmissverständlich vorgegeben und erlitte, wollte man aufgrund der nationalen prozessualen Besonderheiten eine weite Auslegung des Begriffs „rechtskräftige Aburteilung" nicht zulassen, eine Beeinträchtigung.

58. Der Archetyp der *res iudicata* [61] verleiht dem Urteil einen rechtlichen Status, der durch keinerlei Anfechtung mehr abgeändert werden kann, sei es, dass kein Rechtsmittel dagegen vorgesehen ist, sei es, dass ein solches innerhalb der gesetzlichen Frist nicht eingelegt wurde [62].

60 — Ich bin in meinen Schlussanträgen in den Fällen Gözütok und Brügge in einem anderen Zusammenhang auf diese sprachlichen Abweichungen eingegangen.

61 — Gemäß Art. 1 des — nicht angenommenen — Entwurfs der Hellenischen Republik im Hinblick auf die Annahme eines Rahmenbeschlusses des Rates über die Anwendung des *„ne-bis-in-idem"*-Prinzips (ABl. 2003, C 100, S. 24) ist jede Entscheidung, die im Einklang mit den innerstaatlichen Rechtsvorschriften rechtskräftig ist, eine rechtskräftige Entscheidung. Vgl. auch Almagro, J., und Tomé, J., *Instituciones de Derecho Procesal. Proceso Penal*, Ed. Trivium, Madrid 1994, S. 347, und Cortés, V., *Derecho Procesal. Parte General. Proceso Civil*, 6. Aufl., Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 1992, Band I (vol. I), S. 488.

62 — Dieser Gedanke kommt in den einzelnen Fassungen zum Ausdruck: So heißt es in der französischen „définitivement jugé", in der englischen „finally disposed", in der deutschen „rechtskräftig abgeurteilt" und in der italienischen „giudicata con sentenza definitiva", während andere Rechtsordnungen wie die spanische derartige Entscheidungen, insbesondere in der spanischen Fassung des Art. 54 SDÜ, als „sentencia firme" bezeichnen, hingegen als „sentencia definitiva" nur die das erstinstanzliche Verfahren abschließende Entscheidung.

2. Abwesenheitsurteil

59. Die unterschiedlichen Auffassungen der Staaten zu Abwesenheitsurteilen stehen einer reibungslosen Zusammenarbeit auf dem Gebiet des Strafrechts entgegen. Darauf wurde unlängst bei Bemühungen hingewiesen [63], die dadurch eine gewisse Einheit herstellen, dass sie zum Abbau dieser Differenzen mittels gemeinsamer Regeln bestimmte Kriterien konkretisieren.

60. Im vorliegenden Fall liefe offenbar ein späteres Urteil in Anbetracht von Art. 54 SDÜ der Rechtskraft des Urteils des Tribunal de Bône zuwider.

61. Etwaige Zweifel währten jedoch nicht lang, denn das Urteil wurde 1981, wie der Staatsanwalt des Tribunal aux armées de Paris festgestellt hat, rechtskräftig, d. h. vor der Anklageerhebung in Deutschland, so dass es [64] im Bereich des Gemeinschaftsrechts nicht angefochten werden kann.

63 — Wie etwa Initiativen der slowenischen, der französischen, der tschechischen, der schwedischen, der slowakischen, der britischen und der deutschen Regierung, die der Rat der Europäischen Union in dem Arbeitspapier Nr. 5213/08 vom 14. Januar 2008 zur Förderung der justiziellen Zusammenarbeit und der gegenseitigen Anerkennung von Abwesenheitsurteilen zusammengefasst hat.

64 — Nach den zusammen mit der Vorlagefrage übermittelten übereinstimmenden Angaben begann mit der Verkündung des Urteils sowohl die Frist für die Einlegung eines Einspruchs durch den Abgeurteilten als auch die Frist für die Verjährung der Strafe. Nach Ablauf beider Fristen wurde das Urteil ohne Anfechtungsmöglichkeit in materieller und in formeller Hinsicht rechtskräftig.

62. Der Gerichtshof muss jedoch berücksichtigen, dass Art. 54 SDÜ nicht gebietet, dass das Urteil bei seiner Verkündung rechtskräftig wird. Es genügt also, dass diese Voraussetzung in dem Zeitpunkt erfüllt ist, in dem der zweite Prozess [65] beginnt. Bei Herrn Bourquain war das im Jahr 2002, als das Urteil des Militärgerichts bereits gemäß den französischen Rechtsvorschriften Rechtskraft erlangt hatte.

63. Überdies ermöglicht die Anwesenheit des Angeklagten während des Prozesses in Einklang mit verschiedenen Rechtsinstrumenten [66] die Wahrnehmung seiner Verteidigung und seines Rechts auf ein ordnungsgemäßes Verfahren [67]. Schließlich kann nach dem Rahmenbeschluss 2002/584 [68] von dem Staat, der ein Abwesenheitsurteil vollstrecken will, eine feste Zusicherung dafür verlangt werden, dass der Abgeurteilte einen neuen Prozess aufnehmen kann, in dem seine Grundrechte gewahrt sind.

64. Wollte man diese dem Angeklagten gewährte Garantie zu einer Bedingung umwandeln, die die Anwendung anderer Rechte ausschließt, so ergäbe sich eine absurde Situation, die zur Vollendung gelangte, wenn die Anwendung des Grundsatzes *ne bis in idem* auf Entscheidungen beschränkt würde, bei denen ein Rechtsbehelf zugunsten des Angeklagten ausgeschlossen wäre.

65. Aus den genannten Gründen muss das Abwesenheitsurteil im Hinblick auf die Anwendung des Art. 54 SDÜ als rechtskräftig gelten.

C — *Das Erfordernis der „Nichtvollstreckung der Strafe“*

66. Im vorliegenden Fall ist zwischen allen Beteiligten unstreitig, dass die Strafe, als der Prozess in Deutschland aufgenommen wurde, in Frankreich nicht vollstreckbar war, weil sie verjährt war, weil dieses Land die Todesstrafe abgeschafft hatte und weil die Ereignisse in Algerien amnestiert worden waren.

67. Das Landgericht Regensburg möchte jedoch mit seiner Frage wissen, ob das Hindernis für die Vollstreckung der Strafe nach ihrer Verhängung eingetreten sein muss. Dieser Ansicht ist die ungarische Regierung. Sie meint, Art. 54 SDÜ lasse zu, dass Hindernisse später eintreten, erfasse aber nicht den Fall einer Strafe, die von vornherein nicht vollstreckbar sei, so wie hier, wo das Nichterscheinen von Herrn Bourquain es unmöglich gemacht habe, zur Vollstreckung der Strafe ein neues Verfahren einzuleiten.

65 — Siehe meine Schlussanträge im Fall Van Esbroeck, wo ich die zeitliche Anwendbarkeit von Art. 54 SDÜ geprüft habe.

66 — Art. 6 der Europäischen Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten und Art. 47 und 48 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union.

67 — Damit der Angeklagte weiß, was ihm zur Last gelegt wird, von einem unparteiischen Richter gehört wird, anwaltliche Unterstützung genießt und an der Beweisaufnahme teilnehmen kann.

68 — Art. 5 Abs. 1.

68. Die ungarische Regierung stützt sich auf den Wortlaut des Art. 54 SDÜ, wonach die Sanktion „nicht mehr vollstreckt werden kann", um im Umkehrschluss festzustellen, dass sie zu irgendeinem früheren Zeitpunkt vollstreckbar gewesen sein müsse.

69. Dieses Argument kann nicht überzeugen, denn der Wortsinn ist, wie der Gerichtshof gelegentlich festgestellt hat [69], nicht immer ein angemessener Referenzpunkt. Außerdem weist die Kürze der Formulierung meines Erachtens lediglich darauf hin, dass die Strafe vollstreckbar wird, wenn man einen neuen Prozess einleiten will, und nicht vorher; die rechtliche Wirksamkeit der Vorschrift bleibt also erhalten.

70. Art. 54 SDÜ betrifft jedoch innerstaatliche Strafrechtsvorschriften, die aufgrund ihres Wesens als *ultima ratio* eine extensive Auslegung [70] ausschließen, die dem Gesetzmäßigkeitsgrundsatz [71] zuwiderläuft, der nach den gemeinsamen Traditionen [72] der Staaten gilt und vom Gemeinschaftsrecht ausdrücklich übernommen [73] wurde.

71. Gleichwohl ist die Bemerkung der niederländischen Regierung interessant, es sei schwerlich eine rechtskräftige Aburteilung vorstellbar, mit der eine nicht vollstreckbare Strafe verhängt wird [74].

72. Eine besondere Sorgfalt verlangt die richtige Beurteilung der Tragweite der Vorschrift, die auf die Vollstreckung der Sanktion, nicht des Urteils abstellt.

73. Bei diesem Vorbehalt ist zwischen einem vollstreckbaren Urteil und einem vollstreckbaren Titel [75] zu unterscheiden, denn auch wenn die französische Rechtsvorschrift eine

69 — Diese Auslegungsweise wurde im Urteil vom 13. Juli 1989, Skatteministeriet/Henriksen (173/88, Slg. 1989, 2763, Randnr. 11), mit der Bemerkung zurückgewiesen, „die Bedeutung des streitigen Begriffs [lasse sich] nicht aufgrund einer ausschließlich wörtlichen Auslegung ermitteln".

70 — I. Berdugo, L. Arroyo, N. García, J. Ferré und J. Ramón vertreten in *Lecciones de Derecho penal. Parte general* (Ed. Praxis, Barcelona 1996, S. 37) die Ansicht, dass der Gesetzmäßigkeitsgrundsatz Folgendes gebiete: „die absolute Einhaltung des Gesetzes — das Monopol des Parlaments —, um unter Ausschluss von anderen Rechtsvorschriften niedrigeren Rangs und des Gewohnheitsrechts ein strafrechtliches Verhalten zu definieren und Strafen zu verhängen, ferner die bestimmte, eindeutige oder restriktive Fassung der Strafrechtsvorschriften, das Verbot extensiver oder analoger Auslegungen *in malam partem*, die Nichtrückwirkung strafrechtlicher Vorschriften zulasten des Angeklagten..." Ähnlich Vogel, J., „Principio de legalidad, territorialidad et competencia judicial", in Tiedemann, K., und Nieto, A., *Eurodelitos. El derecho penal económico de la Unión Europea*, Ed. de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca 2004, S. 32 ff., der darauf hinweist, dass als logischer Folgesatz des Gesetzmäßigkeitsgrundsatzes in sämtlichen Mitgliedstaaten das Verbot von Auslegungen im Wege der Analogie und die Pflicht zur restriktiven Auslegung bestünden.

71 — Der Gesetzmäßigkeitsgrundsatz als allgemeiner Grundsatz des Gemeinschaftsrechts kommt u. a. in dem Urteil Advocaten voor de Wereld (Randnrn. 46 und 49) zum Ausdruck.

72 — Urteil vom 3. Mai 2005, Berlusconi u. a. (C-387/02, C-391/02 und C-403/02, Slg. 2005, I-3565, Randnr. 67), mit Hinweis auf die Urteile vom 12. Juni 2003, Schmidberger (C-112/00, Slg. 2003, I-5659), und vom 10. Juli 2003, Broker Aquaculture und Hydro Seafood (C-20/00 und C-64/00, Slg. 2003, I-7411).

73 — Dieser Grundsatz wurde in Art. 49 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union verankert.

74 — „Die niederländische Regierung kann sich übrigens keinen Sachverhalt vorstellen, bei dem mit rechtskräftigem Urteil eine Strafe verhängt wird, von der später gesagt werden kann, dass sie niemals vollstreckbar gewesen sei" (Nr. 40 der Erklärungen der niederländischen Regierung).

75 — Diese zweifache Perspektive kommt durch die im spanischen Verwaltungsrecht verwendeten Begriffe „autotutela declarativa" und „autotutela ejecutiva" zum Ausdruck: Ersterer bedeutet, dass Handlungen der öffentlichen Gewalt eine Rechtmäßigkeitsvermutung genießen, solange sie nicht von ihrem oder ihren Adressaten angefochten werden. Der zweite Begriff betrifft den Sachverhalt und steht für den Vollzug, wenn die Adressaten sich weigern, der Entscheidung nachzukommen (García de Enterría, E., und Fernández, T. R., *Curso de Derecho administrativo I*, 6. Aufl., Ed. Civitas, Madrid 1996, S. 490 und 491).

Vollstreckung der Strafe nicht ohne einen neuen Prozess zulässt, beeinträchtigt dies keineswegs den Wert des Urteils als Rechtstitel, der sich *ipso iure* auf die Person und das Vermögen des Angeklagten erstreckt. Das zeigt sich sowohl in der Überprüfung der Schuld von Herrn Bourquain im Falle seiner Festnahme in einem neuen, das vorherige Urteil betreffenden Verfahren als auch in der Beschlagnahmung seines Vermögens.

74. Gleichzeitig würde die Strafe nach Beseitigung des Verfahrenshindernisses vollstreckbar, das ihr jegliche praktische Bedeutung nahm, ohne im Übrigen ihre Gültigkeit [76] zu beeinträchtigen, die von ihrer Wirksamkeit zu unterscheiden ist.

75. Aus all diesen Gründen schlage ich dem Gerichtshof vor, Art. 54 SDÜ dahin auszulegen, dass er auch für eine Strafe gilt, die auf einem rechtskräftig gewordenen Urteil beruht, das aufgrund der Besonderheiten des nationalen Rechts nie hätte vollstreckt werden können.

D — *Die Amnestie, der Grundsatz* ne bis in idem *und ihre wesensmäßigen Unterschiede*

76. Wenn ich nicht prüfe, inwiefern die Abschaffung der Todesstrafe und die Strafverjährung der Vollstreckung des Urteils des Tribunal de Bône entgegenstehen, so nicht deshalb, um diesem Problem auszuweichen, sondern weil es zum einen wegen der Offenkundigkeit und zum anderen wegen der Achtung der ausschließlichen Zuständigkeit des nationalen Gerichts überflüssig und unangemessen wäre, darauf einzugehen.

77. Es erscheint jedoch aus Vorsicht angebracht, und sei es auch nur kurz, über die Implikationen der Amnestie nachzudenken, weil dieser außergewöhnliche Mechanismus der Gnade in den einzelnen Rechtssystemen viele Formen hat.

78. Das Zusatzprotokoll II zu dem Genfer Abkommen [77] verbindet die Amnestie mit dem Gedanken der Befriedung und der Versöhnung nach einer Krisenzeit, in der es innerhalb einer Gemeinschaft zu heftigen Unruhen gekommen ist.

79. Es geht darum, entgegengesetzte Emotionen zu befrieden, die sich infolge einer sehr präzisen Ätiologie an kollektiven Ereignissen entzündet und zu politischen und sozialen Rissen in der Bevölkerung geführt haben.

76 — Abgesehen davon, dass es sich um die Todesstrafe handelt, die mit den Freiheiten und Rechten, deren unverbrüchliche Wahrung die Europäische Union erstrebt, im Wesentlichen unvereinbar ist.

77 — Insbesondere dessen Art. 6 Abs. 5, wo es heißt: „Bei Beendigung der Feindseligkeiten bemühen sich die an der Macht befindlichen Stellen, denjenigen Personen eine möglichst weitgehende Amnestie zu gewähren, die am bewaffneten Konflikt teilgenommen haben …“

80. Dieser Begriff bezeichnet nach einem weiten Verständis [78] alle Gnadenakte oder Straferlasse einschließlich der Begnadigung [79], während die Amnestie nach anderer Auffassung nur allgemeine, im Gesetzgebungsverfahren erlassene Entscheidungen des Parlaments betrifft.

81. Die Unterschiede, die es in Europa bei diesen Gnadenakten gibt, beziehen sich sowohl auf die Typologie als auch auf den Zweck bis hin zu der Art der Straftat, die von ihnen erfasst werden kann [80]. All diese Maßnahmen heben das *ius puniendi* in allen Staaten auf mit der Folge, dass nichtgerichtliche Behörden durch die Ausübung eines solchen Gnadenakts die Wirkung eines Strafurteils beseitigen [81].

82. Diese Reihe von Gnadenakten, denen zwar unterschiedliche Gedanken zugrunde liegen, die jedoch ein einheitliches Ziel verfolgen, beruhen auf echten politischen Willensgesten, die ihrerseits auf Zweckmäßigkeitsgründen beruhen, deren Wurzeln in der Souveränität der Staaten zu sehen sind, ihre inneren Konflikte zu regeln.

83. Das gegenseitige Vertrauen sollte im Zusammenhang mit dem gemeinschaftlichen Grundsatz *ne bis in idem* nicht die Fälle der Nichtvollstreckung einer Strafe erfassen, die sich durch die Ausübung dieser außerordentlichen Möglichkeiten der nationalen Behörden ergeben, denn die Logik der gegenseitigen Anerkennung funktioniert bei der Anwendung des Rechts durch die Gerichte nicht mehr, wenn sie durch Faktoren beeinflusst wird, die insbesondere durch soziologische und politische Einflüsse gekennzeichnet sind.

84. Es ist kein Zufall, dass der Rahmenbeschluss über den Europäischen Haftbefehl eine Amnestie als einen der zwingenden Gründe für dessen Nichtvollstreckung vorsieht, sofern der ersuchte Staat nach seinem eigenen Strafrecht für die Verfolgung der Straftat zuständig ist (Art. 3 Abs. 1).

85. Im Hinblick auf die Grundrechte kann die Amnestie die Nichtvollstreckung einer Strafe in Anwendung des Grundsatzes *ne bis in idem* nicht rechtfertigen, denn abgesehen davon, dass sie zu einem gefährlichen Instrument für die Hintansetzung dieser Rechte werden könnte [82], handelt es sich auch hier um zwei verschiedene Dimensionen: Die Amnestie beruht auf einer Grundlage, die mit den Grundrechtswerten nichts zu tun hat, und wird anhand von so vagen und zufallsbedingten Kriterien ausgeübt, die mit der traditionellen juristischen Vernunft nicht zu erfassen sind, dass jede Möglichkeit einer gerichtlichen Kontrolle ausgeschlossen ist [83].

78 — Bernardi, A., und Grande, C., „Amnistía. La prescripción del delito y de la sanción", in Arroyo, L., und Nieto, A., *La orden de detención y entrega europea*, Ed. de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca 2006, S. 260, 261 und 275.

79 — Die Begnadigung gilt im Gegensatz zu anderen Gnadenakten, die eine Gruppe von Personen betreffen, für eine einzelne Person.

80 — Bernardi, A., und Grande, C., a. a. O., S. 262.

81 — Pradel, *Droit pénal général*, Paris 2002, S. 669.

82 — Der Inter-Amerikanische Gerichtshof für Menschenrechte hat sich in dem Urteil vom 14. März 2001, Barrios Altos/Peru (Serie C, Nr. 45), kritisch zu bestimmten Formen von Gnadenakten ausgesprochen.

83 — Als eigenständiger Akt des Ermessens unterliegt der Gnadenakt definitionsgemäß keiner gerichtlichen Kontrolle.

VI — Ergebnis

86. In Anbetracht der vorstehenden Erwägungen schlage ich dem Gerichtshof vor, auf die Vorlagefrage wie folgt zu antworten:

Art. 54 des am 19. Juni 1990 unterzeichneten Übereinkommens zur Durchführung des Übereinkommens von Schengen ist dahin auszulegen, dass ein durch einen Staat rechtskräftig Abgeurteilter nicht durch einen anderen Staat wegen derselben Tat verfolgt werden kann, wenn die gegen ihn verhängte Strafe nach dem Recht des Urteilsstaats nie vollstreckt werden konnte.