SCHLUSSANTRÄGE DES GENERALANWALTS DÁMASO RUIZ-JARABO COLOMER vom 20. Oktober 2005 [1]

I — Einleitung

1. Der so genannte Schengen-Besitzstand umfasst:

a) das am 14. Juni 1985 in Schengen (Luxemburg) von den drei Staaten der Benelux-Wirtschaftsunion, der Bundesrepublik Deutschland und der Französischen Republik unterzeichnete Übereinkommen betreffend den schrittweisen Abbau der Kontrollen an den gemeinsamen Grenzen [2];

b) das am 19. Juni 1990 von denselben Vertragsparteien unterzeichnete Übereinkommen zur Durchführung des vorgenannten Übereinkommens (im Folgenden: Durchführungsübereinkommen) [3];

c) die Protokolle und die Übereinkommen über den Beitritt anderer Mitgliedstaaten, die Erklärungen und Maßnahmen des mit dem Übereinkommen geschaffenen Exekutivausschusses sowie die Maßnahmen, die von den Einrichtungen erlassen wurden, denen der Exekutivausschuss Entscheidungsbefugnisse einräumt [4].

2. 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 Regelungskomplex in den Rahmen der Union ein und gilt nach Artikel 2 Absatz 1 Unterabsatz 1 ab dem

1 — Originalsprache: Spanisch.
2 — ABl. 2000, L 239, S. 13.
3 — ABl. 2000, L 239, S. 19.
4 — ABl. 2000, L 239, S. 63 ff.

Inkrafttreten des Vertrages von Amsterdam (1. Mai 1999) in den dreizehn in Artikel 1 aufgeführten Mitgliedstaaten, zu denen das Königreich Belgien [5] gehört.

3. Artikel 6 des Protokolls bindet die Republik Island und das Königreich Norwegen, für die der Besitzstand seit dem 25. März 2001 gilt, hinsichtlich dessen Umsetzung und Entwicklung [6].

4. Das Vorabentscheidungsersuchen des Hof van Cassatie (Belgien) bietet dem Gerichtshof zum dritten Mal [7] die Gelegenheit, Artikel 54 des Durchführungsübereinkommens auszulegen, in dem der Grundsatz ne bis in idem niedergelegt ist, sowie seine Anwendung in zeitlicher Hinsicht zu prüfen und den Begriff „idem" zu konkretisieren.

II — Rechtlicher Rahmen

A — *Das Recht der Europäischen Union*

5. Der rechtliche Besitzstand von Schengen zielt nach der Präambel des genannten Protokolls darauf ab, 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.

5 — Die Übrigen sind das Königreich Dänemark, die Bundesrepublik Deutschland, die Hellenische Republik, das Königreich Spanien, die Französische Republik, die Italienische Republik, das Großherzogtum Luxemburg, das Königreich der Niederlande, die Republik Österreich, die Portugiesische Republik, die Republik Finnland und das Königreich Schweden. Das Vereinigte Königreich und die Republik Irland sind diesem gemeinsamen Vorhaben nicht vollständig beigetreten, sondern haben sich für eine punktuelle Teilnahme entschieden (die Beschlüsse des Rates 2000/365/EG vom 29. Mai 2000 [ABl. L 131, S. 43] und 2002/192/EG vom 28. Februar 2002 [ABl. L 64, S. 20] behandeln jeweils die Anträge der beiden Mitgliedstaaten auf Anwendung einzelner Bestimmungen des Besitzstands). Dänemark hat einen Sonderstatus, der es ihm erlaubt, die in diesem Bereich erlassenen Beschlüsse nicht anzuwenden. Der genannte Regelungskomplex ist für die zehn neuen Mitgliedstaaten ab dem Beitritt zur Europäischen Union bindend, auch wenn bei vielen dieser Regelungen der Rat eingeschaltet werden muss (Artikel 3 der Akte über die Bedingungen des Beitritts der Tschechischen Republik, der Republik Estland, der Republik Zypern, der Republik Lettland, der Republik Litauen, der Republik Ungarn, der Republik Malta, der Republik Polen, der Republik Slowenien und der Slowakischen Republik und die Anpassungen der die Europäische Union begründenden Verträge).

6 — Die dreizehn Mitgliedstaaten der Europäischen Union, die zu jener Zeit Unterzeichner des Schengenübereinkommens 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. Artikel 15 Absatz 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 (Artikel 1).

7 — Bei den ersten beiden Gelegenheiten hat er geprüft, wie die Strafgewalt in den Mitgliedstaaten ausgeübt wird, und festgestellt, dass die Regel *ne bis in idem* auch dann gilt, wenn die Strafklage dadurch verbraucht ist, dass der Beschuldigte bestimmte, mit der Staatsanwaltschaft vereinbarte Auflagen erfüllt (Urteil vom 11. Februar 2003 in den verbundenen Rechtssachen C-187/01 und C-385/01, Gözütok und Brügge, Slg. 2003, I-1345, in denen ich am 19. September 2002 Schlussanträge vorgetragen habe), jedoch nicht anwendbar ist, wenn die Einstellung eines Verfahrens auf die Entscheidung der Staatsanwaltschaft zurückzuführen ist, die Strafverfolgung nicht fortzusetzen, weil in einem anderen Mitgliedstaat Verfolgungsmaßnahmen gegen denselben Angeklagten wegen derselben Tat eingeleitet worden sind (Urteil vom 10. März 2005 in der Rechtssache C-469/03, Miraglia, Slg. 2005, I-2009).

6. Auf der Grundlage von Artikel 2 Absatz 1 des Protokolls hat der Rat am 20. Mai 1999 die Beschlüsse 1999/435/EG und 1999/436/EG erlassen, mit denen er den Schengen-Besitzstand definiert und nach den einschlägigen Bestimmungen des Vertrages zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft und des Vertrages über die Europäische Union die Rechtsgrundlage der zu diesem Besitzstand gehörenden Bestimmungen festlegt [8].

7. Aus Artikel 2 und Anhang A des letztgenannten Beschlusses ergibt sich, dass die Artikel 54 und 58 des Durchführungsübereinkommens ihre Grundlage in den Artikeln 34 EU und 31 EU haben, die zu Titel VI mit der Bezeichnung „Bestimmungen über die polizeiliche und justitielle Zusammenarbeit in Strafsachen" gehören.

8. Die genannten Artikel des Durchführungsübereinkommens bilden das Kapitel 3, „Verbot der Doppelbestrafung", in Titel III, „Polizei und Sicherheit".

9. Artikel 54 sieht vor:

„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."

10. Artikel 71, der in Kapitel 6, „Betäubungsmittel", des Titels III steht, hat seine Rechtsgrundlage in den genannten Artikeln 34 EU und 31 EU und darüber hinaus in Artikel 30 EU. Seine ersten beiden Absätze lauten:

„(1) Die Vertragsparteien verpflichten sich, in Bezug auf die unmittelbare oder mittelbare Abgabe von Suchtstoffen und psychotropen Stoffen aller Art einschließlich Cannabis und den Besitz dieser Stoffe zum Zwecke der Abgabe oder Ausfuhr unter Berücksichtigung der bestehenden Übereinkommen der Vereinten Nationen ... alle notwendigen Maßnahmen zu treffen, die zur Unterbindung des unerlaubten Handels mit Betäubungsmitteln erforderlich sind.

(2) Unbeschadet der Artikel 74, 75 und 76 verpflichten sich die Vertragsparteien, die unerlaubte Ausfuhr von Betäubungsmitteln aller Art einschließlich Cannabis-Produkten sowie den Verkauf, die Verschaffung und die

8 — ABl. L 176, S. 1 und 17.

Abgabe dieser Mittel mit verwaltungsrechtlichen und strafrechtlichen Mitteln zu unterbinden."[9]

angemessen zu ahnden, insbesondere mit Gefängnis oder sonstigen Arten des Freiheitsentzugs.

(2) Jede Vertragspartei gewährleistet vorbehaltlich ihrer Verfassungsordnung, ihres Rechtssystems und ihrer innerstaatlichen Rechtsvorschriften,

B — *Die Übereinkommen der Vereinten Nationen*

11. Artikel 36 des am 30. März 1961 in New York unterzeichneten Einheits-Übereinkommens über die Betäubungsmittel sieht vor:

a) i) dass jeder der in Absatz 1 aufgeführten Verstöße, wenn in verschiedenen Staaten begangen, als selbständiger Verstoß gilt,

...

„(1) a) Jede Vertragspartei trifft vorbehaltlich ihrer Verfassungsordnung die erforderlichen Maßnahmen, um jedes gegen dieses Übereinkommen verstoßende Anbauen, Gewinnen, Herstellen, Ausziehen, Zubereiten, Besitzen, Anbieten, Feilhalten, Verteilen, Kaufen, Verkaufen, Liefern — gleichviel zu welchen Bedingungen —, Vermitteln, Versenden — auch im Durchfuhrverkehr —, Befördern, Einführen und Ausführen von Suchtstoffen sowie jede nach Ansicht der betreffenden Vertragspartei gegen dieses Übereinkommen verstoßende sonstige Handlung, wenn vorsätzlich begangen, mit Strafe zu bedrohen sowie schwere Verstöße

(3) Dieser Artikel beeinträchtigt nicht die im Strafrecht der betreffenden Vertragspartei enthaltene Bestimmung über die Gerichtsbarkeit.

(4) Unberührt von diesem Artikel bleibt der Grundsatz, dass hinsichtlich der darin bezeichneten Verstöße die Bestimmung der Tatbestandsmerkmale, die Strafverfolgung und die Ahndung im Einklang mit dem innerstaatlichen Recht einer Vertragspartei zu erfolgen hat."

9 — Diese Bestimmungen beziehen sich auf den legalen Handel und die unumgänglichen Kontrollen

12. Artikel 22 des 1971 geschlossenen Übereinkommens über psychotrope Stoffe entspricht inhaltlich im Wesentlichen Artikel 36 des Übereinkommens von 1961.

III — Sachverhalt des Ausgangsverfahrens und Vorlagefragen

13. Der belgische Staatsbürger Van Esbroeck wurde vom Bergens tingrett (erstinstanzliches Gericht Bergen [Norwegen]) am 2. Oktober 2000 wegen am 1. Juni 1999 begangener unerlaubter Einfuhr von Betäubungsmitteln zu einer Freiheitsstrafe von fünf Jahren verurteilt.

14. Nachdem er die Hälfte der Strafe verbüßt hatte und auf Bewährung entlassen worden war, kehrte er nach Belgien zurück, wo am 27. November 2002 ein Strafverfahren eröffnet wurde, in dem er beschuldigt wurde, am 31. Mai 1999 die Stoffe ausgeführt zu haben, die er einen Tag später nach Norwegen eingeführt hatte; die Correctionele Rechtbank Antwerpen verurteilte ihn mit Urteil vom 19. März 2003 zu einem Jahr Gefängnis; dieses Urteil wurde in der Rechtsmittelinstanz durch Beschluss des Hof van Beroep Antwerpen vom 9. Januar 2004 bestätigt.

15. Der Betroffene legte Kassationsbeschwerde ein und berief sich auf einen Verstoß gegen den in Artikel 54 des Durchführungsübereinkommens niedergelegten Grundsatz ne bis in idem.

16. Der Hof van Cassatie hat dem Gerichtshof folgende Fragen zur Vorabentscheidung vorgelegt:

1. Ist Artikel 54 des Durchführungsübereinkommens dahin auszulegen, dass er vor einem belgischen Gericht auf eine Person Anwendung finden kann, die in Belgien nach dem 25. März 2001 vor einem Strafgericht wegen derselben Taten strafrechtlich verfolgt wurde, derentwegen sie durch Urteil eines norwegischen Strafgerichts am 2. Oktober 2000 verurteilt worden war und für die die verhängte Strafe oder Maßregel bereits vollstreckt worden war, wenn nach Artikel 2 Absatz 1 des Übereinkommens vom 18. Mai 1999 zwischen dem Rat der Europäischen Union, der Republik Island und Norwegen über die Assoziierung Islands und Norwegens bei der Umsetzung, Anwendung und Entwicklung des Schengen-Besitzstands u. a. Artikel 54 des Durchführungsübereinkommens von Norwegen erst mit Wirkung vom 25. März 2001 durchgeführt und angewandt werden sollte?

2. Falls die erste Frage bejaht wird, muss Artikel 54 des Durchführungsübereinkommens in Verbindung mit Artikel 71 dieses Übereinkommens dahin ausge-

legt werden, dass die strafbaren Handlungen des Besitzes zum Zweck der Ausfuhr und Einfuhr, die sich auf dieselben Betäubungsmittel und psychotropen Stoffe aller Art einschließlich Cannabis beziehen und die in verschiedenen Staaten, die das Durchführungsübereinkommen unterzeichnet haben oder in denen der Schengen-Besitzstand durchgeführt und angewandt wird, als Ausfuhr oder Einfuhr strafrechtlich verfolgt werden, als „dieselbe Tat" im Sinne des genannten Artikels 54 angesehen werden?

IV — Verfahren vor dem Gerichtshof

17. Herr Van Esbroeck, die Kommission sowie die niederländische, die tschechische, die österreichische, die polnische und die slowakische Regierung haben im vorliegenden Vorabentscheidungsverfahren schriftliche Erklärungen eingereicht; die Vertreter der vier Erstgenannten haben an der mündlichen Verhandlung vom 22. September 2005 teilgenommen und sich dort mündlich geäußert.

V — Erörterung der Vorlagefragen

A — *Natur und Grundlage des Grundsatzes ne bis in idem*

18. In den bereits erwähnten Schlussanträgen in den Rechtssachen Gözütok und Brügge (Nrn. 48 ff.) habe ich darauf hingewiesen, dass Artikel 54 des Durchführungsübereinkommens ein authentischer Ausdruck des Grundsatzes ist, der es verbietet, dass eine Person wegen derselben rechtswidrigen Handlung mehr als einmal strafrechtlich verfolgt und gegebenenfalls bestraft wird, weil dies eine unzulässige doppelte Geltendmachung des Strafanspruchs wäre.

19. Ich habe dann weiter ausgeführt, dass dieser Grundsatz auf zwei Pfeilern eines jeden Rechtssystems beruht: der Rechtssicherheit und der Gerechtigkeit. Der betreffende Täter muss wissen, dass er mit der Vollstreckung der Strafe seine Schuld gebüßt hat, ohne eine erneute Bestrafung befürchten zu müssen. Im Fall eines Freispruchs muss er sicher sein, dass kein weiteres Verfahren zu seiner erneuten Verfolgung eingeleitet wird.

20. Außerdem darf man nicht außer Betracht lassen, dass jede Strafe einen doppelten Zweck verfolgt, die Vergeltung und die Abschreckung. Die Strafe soll ein Verhalten ahnden und den Täter sowie etwaige andere Täter von der Durchführung rechtlich verwerflicher Handlungen abschrecken. Sie muss dazu im Verhältnis stehen und ein angemessenes Gleichgewicht wahren, damit sie Vergeltung für das bestrafte Verhalten ist und gleichzeitig als Beispiel dient. Der Grundsatz der Gerechtigkeit, dessen Verwirklichung das Verhältnismäßigkeitsprinzip dient, verbietet daher eine Kumulation von Strafen.

21. Das Verbot der Doppelbestrafung beruht somit auf zwei Grundlagen. Zum einen ist es ein Ausdruck des gerichtlichen Rechtsschutzes des Bürgers gegenüber der Strafgewalt, der sich aus dem Recht auf ein ordnungsgemäßes Verfahren und einen fairen Prozess ableitet [10], das in einigen am Schengen-Besitzstand beteiligten Staaten Verfassungsrang besitzt [11]. Zum anderen ist es ein strukturelles Erfordernis des Rechtssystems im Hinblick auf die Beachtung der Rechtskraft [12].

22. Bei der Beantwortung der Fragen des Hof van Cassatie muss man sich von dieser Dualität leiten lassen und gleichzeitig den Zweck des Artikels 54 des Durchführungsübereinkommens beachten.

10 — Man könnte es sogar so sehen, dass das Verbot der Doppelbestrafung die Würde des Menschen gegen unmenschliche und entwürdigende Behandlung schützt, denn die doppelte Bestrafung derselben Straftat ist als eine solche Behandlung anzusehen.

11 — Als individuelle Garantie ist dieses Verbot in internationalen Verträgen wie dem Internationalen Pakt über bürgerliche und politische Rechte vom 19. Dezember 1966 (Artikel 14 Absatz 7) und dem Protokoll Nr. 7 zur Europäischen Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten (Artikel 4) niedergelegt. Dort wird jedoch nur die nationale Dimension dieses Grundsatzes behandelt und dessen Geltung innerhalb der Rechtsprechung eines Staates gewährleistet. Der Ausschuss für Menschenrechte der Vereinten Nationen hat festgestellt, dass Artikel 14 Absatz 7 des genannten internationalen Paktes nicht für ausländische rechtskräftige Urteile gilt (UN Human Rights Committee vom 2. November 1987).

12 — Vervaele, J. A. E., hat diese Gesichtspunkte in „El principio *ne bis in idem* en Europa. El Tribunal de Justicia y los derechos fundamentales en el espacio judicial europeo" in *Revista General de Derecho Europeo*, Nr. 5, Oktober 2004 (www.iustel.com), angeführt.

B — *Zweck des Grundsatzes ne bis in idem im Rahmen des Schengen-Besitzstands*

23. Die genannte Bestimmung [13], die dem Grundsatz ne bis in idem internationale Gültigkeit verleiht, enthält eine Regel, die der europäischen Integration dient, indem sie einen gemeinsamen Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts schafft.

24. Die schrittweise Abschaffung der Grenzkontrollen bedeutet einen unvermeidlichen Schritt in Richtung dieses gemeinsamen Raumes, selbst wenn diese Beseitigung von administrativen Hindernissen allen zugute kommt, auch denjenigen, die die Verringerung der Überwachung ausnutzen, um ihre rechtswidrigen Tätigkeiten auszuweiten.

25. Eine verstärkte Zusammenarbeit zwischen den Mitgliedstaaten, insbesondere in den Bereichen Polizei und Sicherheit, ist daher unerlässlich; die Mitgliedstaaten werden so zu Protagonisten der Verbrechensbekämpfung in der gesamten europäischen Gesellschaft und tragen zur Stabilität der Ordnung bei. Diese gesteigerte Schlagkraft bei der Verfolgung von Verstößen muss

13 — Das Übereinkommen von Brüssel vom 25. Mai 1987 über die Anwendung des Grundsatzes ne bis in idem enthielt einen Vorläufer dieser Bestimmung, der zwar wenig bewirkt hat, dem jedoch, wie Blanco Cordero, I., in „El principio *ne bis in idem* en la Unión Europea", in *Diario La Ley*, Nr. 6285 vom 30. Juni 2005, ausführt, das Verdienst zukommt, als Vorlage für die Artikel 54 bis 58 des Durchführungsübereinkommens gedient zu haben.

jedoch ohne Schmälerung der in einer demokratischen rechtsstaatlichen Gesellschaft unveräußerlichen Garantien erreicht werden.

26. Zu diesem letztgenannten Bestreben trägt Artikel 54 des Durchführungsübereinkommens bei, der nach den bereits erwähnten Urteilen Gözütok und Brügge sowie Miraglia den freien Verkehr der Bürger innerhalb der Union gewährleistet (Randnrn. 38 bzw. 32), was in Artikel 2 Absatz 1 vierter Gedankenstrich EU als Ziel angeführt wird.

C — *Die Anwendung des Artikels 54 des Durchführungsübereinkommens in zeitlicher Hinsicht (erste Vorlagefrage)*

27. Der Schengen-Besitzstand ist für Belgien seit dem 1. Mai 1999 und für Norwegen seit dem 25. März 2001 bindend. Der Herr Van Esbroeck zur Last gelegte Vorgang spielte sich am 31. Mai und 1. Juni 1999 ab; Herr Van Esbroeck wurde dafür am 2. Oktober 2000 in Norwegen als Täter einer strafbaren Handlung der illegalen Einfuhr von verbotenen Stoffen verurteilt und am 19. März 2003 in Belgien wegen unerlaubter Ausfuhr derselben Waren.

28. Angesichts dieses zeitlichen Ablaufs fragt das vorlegende Gericht, ob das in Artikel 54 des Durchführungsübereinkommens geregelte Doppelbestrafungsverbot, das in Norwegen bei Erlass des Urteils nicht in Kraft war, eine spätere Bestrafung in Belgien verhindern könne.

29. Es ist festzustellen, dass der Schengen-Besitzstand keine spezifische Bestimmung über das Inkrafttreten des Artikels 54 des Durchführungsübereinkommens oder dessen Auswirkungen in zeitlicher Hinsicht enthält.

30. Die Beantwortung der Auslegungsfrage des vorlegenden Gerichts, zu der alle Beteiligten des Vorabentscheidungsverfahrens mit Ausnahme der slowakischen Regierung dieselbe Ansicht vertreten, ergibt sich ohne weiteres aus dem Wesen und den Grundlagen des Grundsatzes ne bis in idem.

31. Als individuelles materielles Recht ausgestaltet, das dazu dienen soll, dass niemand, der eine Rechtsverletzung begangen und seine Schuld gebüßt hat, nochmals verfolgt und bestraft wird, erhält dieser Grundsatz seine volle Ausprägung, wenn diese Voraussetzungen vorliegen, denn in diesem Moment entsteht als Kehrseite der Medaille die Verpflichtung der öffentlichen Gewalt, sich jeglicher Verfolgungshandlungen zu enthalten. Eine frühere endgültige Verurteilung ist somit Voraussetzung dafür, dass der in Rede stehende Grundsatz ins Spiel kommt.

32. Die belgische Justiz hat nun, obwohl eine Verurteilung im Ausland erfolgt war, zu einem Zeitpunkt ein Verfahren gegen Herrn Van Esbroeck eingeleitet und eine Strafe

gegen ihn verhängt, in dem Artikel 54 des Durchführungsübereinkommens für beide Staaten bindend war. Ich schlage dem Gerichtshof daher vor, den Hof van Cassatie darauf hinzuweisen, dass die in Rede stehende Bestimmung in einem Fall wie dem des Ausgangsverfahrens gilt.

33. In den bereits angeführten Schlussanträgen in den Rechtssachen Gözütok und Brügge habe ich darauf hingewiesen, dass das Doppelbestrafungsverbot keine Verfahrensregel ist, sondern vielmehr ein wesentliches Recht in die Rechtssysteme einfügt, die — ebenso wie bei den Partnern der Europäischen Union — darauf beruhen, dass dem Einzelnen gegenüber der öffentlichen Gewalt eine Reihe von Rechten und Freiheiten zuerkannt wird [14]. Daher ist, auch wenn man davon ausginge, dass für die Zwecke des genannten Grundsatzes im zweiten Verfahren der zum Zeitpunkt des ersten Verfahrens oder sogar der zum Zeitpunkt der Begehung der strafbaren Handlung geltende rechtliche Rahmen zugrunde zu legen ist, nach einem grundlegenden in diesen Rechtssystemen allgemein anerkannten Axiom der Kriminalpolitik rückwirkend der aktuelle rechtliche Rahmen anzuwenden, da er für den Angeklagten vorteilhafter ist.

14 — Queralt Jiménez, A.: *La incidencia en la jurisprudencia constitucional de la autoridad interpretativa de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Especial referencia al caso español* (noch nicht abgeschlossene Doktorarbeit) weist darauf hin, dass sich bei der Prüfung des Urteils des spanischen Tribunal Constitucional Nr. 2/2003 vom 16. Januar (Boletín Oficial del Estado Nr. 219 aus 2003) zwei Aspekte des Doppelbestrafungsverbots unterscheiden lassen: der materielle, bei dem es darum geht, dass eine Person — unabhängig davon, ob die Strafen innerhalb derselben Strafordnung oder im Rahmen eines einzigen Verfahrens verhängt wurden — nicht zweimal oder öfter für ein Verhalten bestraft werden kann, und der prozessuale, der ein neues Verfahren über einen Sachverhalt, über den bereits — durch Verurteilung oder Freispruch — rechtskräftig entschieden wurde, verbietet und so die Rechtskraft der Gerichtsentscheidungen schützt. Als eigenständiges Recht fügt er das Verbot des doppelten Strafverfahrens hinzu, das in den Bereich des Rechts auf einen fairen Prozess gehört, sich jedoch indirekt auf den Grundsatz ne bis in idem auswirkt.

34. Versteht man Artikel 54 des Durchführungsübereinkommens in prozessualer Hinsicht, führt dies zum selben Ergebnis, da derartige Regeln, vorbehaltlich ausdrücklicher entgegenstehender Vorschriften, Verfahren regeln, die nach ihrem Inkrafttreten eingeleitet werden, und das Ausgangsverfahren wurde in Belgien eröffnet, nachdem die genannte Bestimmung dort und in Norwegen bindend geworden war.

D — *Definition des Begriffes „idem" (zweite Vorabentscheidungsfrage)*

1. Einleitende Erläuterungen

35. Das vorlegende Gericht bittet um Erläuterung der Bedeutung des Ausdrucks „dieselbe Tat" in Artikel 54 des Durchführungsübereinkommens.

36. Die Aufgabe, zu klären, ob ein bestimmter Sachverhalt, über den ein Strafverfahren eröffnet wird, mit dem eines früheren Verfahrens übereinstimmt, ist wesentlicher Bestandteil der Richtertätigkeit und steht nur dem Richter zu, der unmittelbar die Wirklichkeit kennt, auf die er seine Würdigung bezieht, unbeschadet einer Überprüfung durch eine zweite Instanz.

37. Der Gerichtshof muss somit der Versuchung widerstehen, sich an die Stelle dieses Richters zu setzen. Seine Aufgabe beschränkt sich darauf, Auslegungskriterien zu liefern, die unter Berücksichtigung der Grundlagen und des Zweckes der fraglichen Bestimmung die Richtung aufzeigen, die am besten dazu geeignet ist, eine einheitliche Behandlung im gesamten Gebiet der Europäischen Union zu erreichen.

38. Ich gebe an diesem Punkt der Prüfung zu, dass eine flüchtige Lektüre der zweiten Frage des Hof van Cassatie mich dazu verleitet hat, den Versuch einer Definition des unbestimmten rechtlichen Begriffes „dieselbe Tat" zu unternehmen, um ausgehend vom Gemeinschaftsrecht einige eigenständige Leitlinien aufzustellen, aus denen sich ein allgemeines Kriterium für eventuelle zukünftige Fälle aufstellen lässt.

39. Dieses Unterfangen erwies sich — abgesehen davon, dass es vermessen war — als unmöglich, denn die Unvorhersehbarkeit der Kriminalpolitiken und das Wesen des Strafverfahrens erschweren allgemeingültige Konstruktionen; so kann eine Fragestellung, die für einige Straftatbestände oder bestimmte Beteiligungsformen sinnvoll ist, für andere unangebracht sein [15].

40. Es erscheint vernünftiger, einen mittleren Standpunkt einzunehmen und, ohne sich in den Sachverhalt des Ausgangsverfahrens zu vertiefen, die besonderen Umstände des Falles abzuwägen, um dem nationalen Gericht mit einigen Regeln zu helfen, den Rechtsstreit im Einklang mit Sinn und Zweck der Bestimmung zu entscheiden, um deren Auslegung es im vorliegenden Vorabentscheidungsverfahren geht.

2. Die rein sachverhaltsbezogene Dimension des Begriffes

41. Dieser eklektische Ansatz ist aus der Frage des Hof van Cassatie erkennbar, mit der dieser erfahren möchte, ob die unerlaubte Verbringung von Betäubungsmitteln und psychotropen Stoffen zwischen zwei Ländern, die das Durchführungsübereinkommen unterzeichnet haben, für die Zwecke des Artikels 54 „dieselbe Tat" darstellt oder ob vielmehr jeder Staat sie als eigenen Gesetzesverstoß bestrafen kann.

42. Die Bedeutung dieser Frage liegt auf der Hand, nicht so sehr wegen ihrer rechtlichen Komplexität, sondern eher, weil sich bei dieser Form von Kriminalität häufig ähnliche Vorgänge wiederholen. Die Rechtslehre hatte

15 — Dannecker, G., verweist in „La garantía del principio *ne bis in idem* en Europa", in *Dogmática y ley penal. Libro homenaje a Enrique Bacigalupo*, tomo I, Madrid 2004, S. 157 bis 176, auf Abwandlungen dieses Grundsatzes, wenn es um die Kooperation zwischen kriminellen Gruppen oder bestimmte Dauerdelikte, wie unerlaubten Waffenbesitz, geht (S. 168).

derartige Schwierigkeiten vorausgesagt [16], und die Wirklichkeit hat sie bestätigt [17].

43. Folglich ist die Bedeutung des zweiten Elements des Grundsatzes ne bis in idem genauer zu bestimmen; dabei sind drei verschiedene Sichtweisen möglich: das Anknüpfen allein an den Sachverhalt, das Abstellen auf die rechtliche Qualifizierung und die Schwerpunktsetzung bei den mit dem Straftatbestand geschützten Gütern.

44. Die sprachliche Betrachtung spricht eindeutig für die erste Möglichkeit. Die spanische Fassung des Durchführungsübereinkommens, in der es heißt „por los mismos hechos", lässt keinen Raum für Zweifel; auch die deutsche, die französische, die englische, die italienische und die niederländische Fassung („wegen derselben Tat", „pour les mêmes faits", „for the same acts", „per i medesimi fatti" und „wegens dezelfde feiten") sind eindeutig, denn sie beziehen sich alle auf das idem factum, das einem Verfahren unterworfene Gesamtgeschehen, das der Richter als historischen Vorgang zu würdigen und an das er die entsprechenden rechtlichen Folgen zu knüpfen hat.

45. Diese Ansicht wird bestärkt, wenn man die Grundlagen und den Sinn dieser fundamentalen Garantie für die Bürger betrachtet: Der freie Verkehr im Schengen-Raum erfordert, dass der für eine Tat Verantwortliche weiß, dass er sich, wenn er in einem Mitgliedstaat verurteilt wurde und die Strafe verbüßt hat oder gegebenenfalls endgültig freigesprochen wurde, in diesem Gebiet bewegen kann, ohne befürchten zu müssen, dass er in einem anderen Mitgliedstaat unter Berufung darauf verfolgt wird, dass das betreffende Verhalten in dessen Rechtsordnung einen eigenen Verstoß darstelle. Wäre dies möglich, würde das Ziel des Artikels 2 Absatz 1 vierter Gedankenstrich EU vereitelt und es würden innerhalb dieses Raumes so viele Hindernisse für die Freizügigkeit errichtet, wie es Strafsysteme gibt; diese haben im Übrigen trotz der Harmonisierungsbestrebungen der Rahmenbeschlüsse des Rates der Union starke nationale Ausprägungen.

46. Aus diesen Gründen ist auch das Kriterium des geschützten Rechtsguts zu verwerfen, da es so eng mit den gesetzlich vorgesehenen Möglichkeiten der staatlichen Kriminalpolitiken verknüpft ist, dass es eine Mehrfachbestrafung desselben Verhaltens ermöglichen und so das Ziel des Artikels

16 — Vervaele, J. A. E., a. a. O., hat darauf hingewiesen, dass nach dem Urteil Gözütok und Brügge zentrale Fragen offen blieben, wie die genauere Bestimmung des Begriffes „idem". Van den Wyngaert, C., und Stessens, G., werfen in „The international non bis in idem principle: resolving some of the unanswered questions", in International and Comparative Law Quarterly, vol. 48, Oktober 1999, S. 789, die Frage auf, ob die ausführende Person beim illegalen Drogenhandel zwischen zwei Ländern zwei strafbare Handlungen, eine der Ausfuhr und eine der Einfuhr, begeht. Dannecker, G., a. a. O., S. 167 f., verwendet dasselbe Beispiel.

17 — In der Rechtssache C-493/03 (Hiebeler) wollte die Cour d'appel Bordeaux wissen, ob der grenzüberschreitende Transport einer bestimmten Menge von Betäubungsmitteln für die Zwecke des Doppelbestrafungsverbots verschiedene Taten darstellt, die in den betreffenden Mitgliedstaaten bestraft werden können. Der Gerichtshof hat darüber nicht entschieden, da das Verfahren mit Beschluss vom 30. März 2004 wegen Wegfalls des Gegenstands des Ausgangsverfahrens gestrichen wurde. Die Rechtbank 's-Hertogenbosch (Brabant) (Rechtssache C-150/05, Van Straaten) und der Hof van Beroep Antwerpen (Rechtssache C-272/05, Bouwens) haben sich mit ähnlichen Fragen an den Gerichtshof gewandt, jeweils im Zusammenhang mit unerlaubtem internationalen Drogenhandel. Beide Vorabentscheidungsersuchen sind noch anhängig.

54 des Durchführungsübereinkommens vereiteln würde.

47. Würde nicht auf den reinen Sachverhalt, sondern auf die Rechtsverstöße oder die mit deren Verbot geschützten Werte abgestellt, würde der Grundsatz ne bis in idem auf internationaler Ebene niemals zur Wirkung gelangen [18].

48. Wahrscheinlich ist es diesem Umstand zuzuschreiben, dass, anders als der Internationale Pakt über bürgerliche und politische Rechte, der die Doppelbestrafung derselben „strafbaren Handlung" verbietet (Artikel 14 Absatz 7) und das Protokoll Nr. 7 zur Europäischen Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten, das sich im selben Sinne auf die „Straftat" bezieht (Artikel 4) [19] — beides Dokumente, die die nationale Dimension des Grundsatzes behandeln —, andere Verträge, die seine internationale Dimension betreffen, einen rein sachverhaltsbezogenen Standpunkt einnehmen [20]. Die Initiative der Hellenischen Republik zur Annahme eines Rahmenbeschlusses des Rates über die Anwendung des „ne-bis-in-idem"-Prinzips [21] wandte ein ähnliches Kriterium an und definierte „idem" als „die Tatsache, dass der zweiten strafbaren Handlung unabhängig von ihrer rechtlichen Einstufung ausschließlich derselbe oder im Wesentlichen selbe Sachverhalt zugrunde liegt" (Artikel 1 Buchstabe e).

49. Im Übrigen haben die belgischen Ministerien für Innere Angelegenheiten und für Justiz am 10. Dezember 1998 ein Rundschreiben herausgegeben [22], in dem sie klarstellen, dass in Bezug auf Artikel 54 des Durchführungsübereinkommens nicht die Identität der rechtlichen Qualifizierung, son-

18 — So Dannecker, G., a. a. O., S. 175.

19 — Die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte zeigt sich in diesem Punkt widersprüchlich: Das Urteil vom 23. Oktober 1995 (Gradinger/Österreich, 15963/90, Series A, Nr. 328-C) verlangte die Identität der Sachverhalte unabhängig von der rechtlichen Qualifizierung, während das Urteil vom 30. Juli 1998 (Oliveira/Schweiz, 25711/94, Reports of Judgements and Decisions 1998-V) Letztere für maßgeblich hielt. Das Urteil vom 29. Mai 2001 (Franz Fischer/Österreich, 37950/97) löste anscheinend den Widerspruch zwischen den beiden vorgenannten Rechtssachen auf, indem es auf den Sachverhalt abstellte; das Urteil vom 2. Juli 2002 (Goktan/Frankreich, Rechtssache 33402/96, Reports of Judgements and Decisions 2002-V) griff jedoch wieder auf das rechtliche idem zurück.

20 — Die Statuten der Internationalen Gerichtshofe für Ex-Jugoslawien und Rwanda sprechen von „Handlungen, die ... schwere Verstoße gegen das humanitare Völkerrecht darstellen" (Artikel 10 Absatz 1 bzw. Artikel 9 Absatz 1). In den Übereinkommen über den Schutz der finanziellen Interessen der Europäischen Gemeinschaften (ABl. 1995, C 316, S. 49) und über die Bekämpfung der Bestechung, an der Beamte der Europäischen Gemeinschaften oder der Mitgliedstaaten der Europäischen Union beteiligt sind (ABl. 1997, C 195, S. 2), werden die Wörter „wegen derselben Tat" verwendet (Artikel 7 Absatz 1 bzw. Artikel 10 Absatz 1). Die Charta der Grundrechte der Europäischen Union (ABl. 2000, C 364, S. 1) wendet jedoch das Kriterium des idem criminem an („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" — Artikel 50), das auch der Vertrag über eine Verfassung für Europa aufgreift (Artikel II-110) (ABl. 2004, C 310, S. 1).

21 — ABl. 2003, C 100, S. 24.

22 — „Circulaire interministerielle sur l'incidence de la convention de Schengen en matière de contrôle frontalier et de cooperation policière et judiciaire" (*Moniteur belge*, Nr. 20 vom 29. Januar 1999, S. 2714).

dern die des Sachverhalts erforderlich sei [23]. Manche belgischen Gerichte sind dieser Vorgabe gefolgt [24].

wird in den beiden Staaten rechtlich unterschiedlich eingeordnet: In Belgien ist er eine Ausfuhr, in Norwegen eine Einfuhr der fraglichen unerlaubten Stoffe. Wird der Begriff „idem" rein sachverhaltsbezogen bestimmt, ist Artikel 54 des Durchführungsabkommens auf Herr Van Esbroeck anwendbar, wird er jedoch auf die rechtliche Qualifizierung bezogen, ist eine Doppelbestrafung möglich.

3. Der konkrete Fall des Ausgangsverfahrens

50. Die vorstehenden Überlegungen werden bestärkt, wenn man sie auf den streitigen Fall bezieht.

51. Es lässt sich nicht bestreiten, dass der Vorgang, für den Herr Van Esbroeck in Norwegen bestraft wurde, inhaltlich gesehen mit demjenigen übereinstimmt, auf den sich die Anklage und die Verurteilung in Belgien beziehen würden: die heimliche Verbringung einer bestimmten Menge von Drogen von einem Land in ein anderes während des 31. Mai und 1. Juni 1999. Dieser Vorgang

52. Die letztgenannte Möglichkeit ist meiner Meinung nach aus drei Gründen zu verwerfen. Zunächst führt sie zu einer restriktiven Lösung, die mit der expansiven Kraft der grundlegenden Garantien des Einzelnen zum Schutz seiner Würde unvereinbar ist. Außerdem läuft sie dem erklärten Ziel des Artikels 54 des Durchführungsübereinkommens, den freien Verkehr der Bürger zu gewährleisten, zuwider, indem sie über denjenigen, die ihre Schuld gebüßt haben, das Damoklesschwert erneuter Bestrafungen schweben lässt, sollten sie den Geltungsbereich der Rechtsordnung, in der sie die Strafe verbüßt haben, verlassen. Schließlich ist es sarkastisch, in einem Gebiet von Einfuhr und Ausfuhr zu sprechen, in dem eine Rechtsordnung gilt, die im Wesentlichen gerade darauf abzielt, sowohl für Personen als auch für Waren die Grenzen abzuschaffen [25].

23 — In den am 29. August 1964 in Den Haag verabschiedeten Entschließungen des IX. Internationalen Strafrechtskongresses wurde in Bezug auf den Begriff „idem" ein rein sachverhaltsbezogener Ansatz vertreten (abgedruckt in *Zeitschrift für Strafrechtswissenschaften,* 1965, S. 184 bis 193, siehe insbesondere S. 189 bis 190). Die höchsten Gerichte der Niederlande und Frankreichs sind diesem Ansatz gefolgt (Urteile des Hoge Raad vom 13. Dezember 1994, *Ars Aequi* 1995, S. 720, und der Cour de Cassation vom 13. Dezember 1983, *Bulletin* Nr. 340, zitiert von Weyembergh, A. in „Le principe *ne bis in idem:* pierre d'achoppement de l'espace pénal européen?" in *Cahiers de droit européen,* 204, Nrn. 3 und 4, S. 349).

24 — Das Tribunal correctionnel Eupen hat in einem Urteil vom 3. April 1995 (veröffentlicht in *Revue de droit pénal et de criminologie,* November 1996, S. 1159) festgestellt, dass, auch wenn sich die Beteiligung einer Person an einer Transaktion zwischen Belgien und Deutschland nach Artikel 36 des Einheits-Übereinkommens von New York vom 30. März 1961 über die Betäubungsmittel in zwei Verstöße zergliedern lasse, eine öffentliche Anklage vor einem belgischen Gericht wegen des in Belgien begangenen Verstoßes nicht zugelassen werden dürfe, da der Vorgang einen einzigen strafrechtlichen Sachverhalt darstelle und der Täter bereits in Deutschland verurteilt worden sei. Brammertz, S., berichtet in „Trafic de stupefiants et valeur internationale des jugements répressifs à la lumière de Schengen", in derselben Ausgabe der genannten Zeitschrift, S. 1063 bis 1081, über die belgische Rechtsprechung vor Inkrafttreten der Schengen-Regelung, die einer internationalen Anwendung des Grundsatzes ne bis in idem ablehnend gegenüberstand.

25 — Für Brammertz, S., a. a. O., S. 1077 und 1078, kann nach Schengen nicht mehr angenommen werden, dass der unerlaubte Drogenhandel zwischen zwei beteiligten Ländern verschiedene Taten darstelle, die doppelt bestraft werden könnten, da der freie Personen- und Warenverkehr ein Klima des Vertrauens schaffe, dass Auswirkungen auf die Prüfung und die Beurteilung einer grenzüberschreitenden Straftat haben müsse. „Warum sollte man eine Verbringung zwischen Eupen und Lüttich als eine einzige Straftat ansehen und dieselbe Verbringung zwischen Eupen und Aachen aufgrund einer Grenze, die nicht sichtbar gekennzeichnet ist, in zwei verschiedene Taten aufteilen?"

4. Artikel 71 des Durchführungsübereinkommens

53. Diese Bestimmung verpflichtet die Unterzeichnerstaaten, unter Berücksichtigung der Übereinkommen der Vereinten Nationen, insbesondere der Übereinkommen über Betäubungsmittel und psychotrope Stoffe, nach denen die gesetzwidrigen Handlungen, wenn sie in verschiedenen Ländern begangen wurden, als selbständige Verstöße zu betrachten sind (Artikel 36 bzw. 22), die notwendigen Maßnahmen zu treffen, die zur Unterbindung des illegalen Drogenhandels erforderlich sind.

54. Die genannten Bestimmungen scheinen die Ausführungen in den vorstehenden Nummern dieser Schlussanträge zu widerlegen, liest man sie jedoch sorgfältig, so zeigt sich, dass sie diese Ausführungen keineswegs in Frage stellen, sondern vielmehr bestätigen.

55. Artikel 71 schreibt den Staaten vor, im Rahmen von Schengen weiterhin uneingeschränkt gegen diese Form von Kriminalität vorzugehen, und knüpft insoweit erneut an die entsprechenden Übereinkommen der Vereinten Nationen an. Er hat allgemeine Bedeutung und stellt daher keine spezifische Begrenzung des Artikels 54 dar.

56. Die genannten Übereinkommen der Vereinten Nationen sind dabei in ihrem historischen und normativen Zusammenhang zu betrachten, denn die in den Artikeln 22 und 36 dieser Übereinkommen aufgestellte Verpflichtung für die Vertragsparteien, Maßnahmen zur Ahndung von für den fraglichen illegalen Handel relevanten Verhaltensweisen zu treffen, gilt nicht unbedingt, sondern lässt die in den jeweiligen Rechtssystemen vorgesehenen Einschränkungen unberührt. Da Artikel 54 des Durchführungsübereinkommens Teil des jeweiligen Rechts der Unterzeichnerstaaten dieses Übereinkommens ist, wird seine Wirksamkeit durch die genannten Bestimmungen nicht beeinträchtigt.

57. Es darf auch nicht vergessen werden, dass die genannten Übereinkommen der Vereinten Nationen geschaffen wurden, um in Ermangelung einer einheitlichen Regelung in allen Ländern den unerlaubten Handel mit Drogen, Betäubungsmitteln und psychotropen Stoffen weltweit zu bekämpfen. Diese Sichtweise verleiht den genannten Artikeln 22 und 36 ihre wahre Bedeutung, denn die betreffenden Tatbestände können so, wenn sie in verschiedenen Vertragsstaaten verwirklicht wurden, in irgendeinem dieser Staaten verfolgt und bestraft werden, damit die Täter trotz eventueller Schwächen einiger Länder nicht straflos ausgehen. Im Schengen-Raum, der, wie ich in den Schlussanträgen in den Rechtssachen Gözütok und Brügge (Nr. 124) ausgeführt habe und der Gerichtshof im Urteil vom 11. Februar 2003 (Randnr. 33) bestätigt hat, auf dem gegenseitigen Vertrauen der Mitgliedstaaten in ihre jeweiligen Strafrechtssysteme beruht [26], ergibt dieser Ansatz jedoch keinen Sinn.

26 — Das Maßnahmenprogramm zur Umsetzung des Grundsatzes der gegenseitigen Anerkennung gerichtlicher Entscheidungen in Strafsachen (ABl. 2001, C 12, S. 10) sieht den Grundsatz ne bis in idem als ein zu diesem Zweck geeignetes Instrument an (S. 12). In dieselbe Richtung geht die Mitteilung der Kommission an den Rat und an das Europäische Parlament — Mitteilung zur gegenseitigen Anerkennung gerichtlicher Entscheidungen in Strafsachen und zur Stärkung des Vertrauens der Mitgliedstaaten untereinander (KOM[2005] 195 endg., S. 4).

58. Letztlich sollen die genannten Bestimmungen verhindern, dass ein Verhalten straffrei bleibt; wurde es jedoch bestraft, ist in Rechtsordnungen, die wie der Schengen-Besitzstand die Regel ne bis in idem enthalten, eine erneute Verfolgung nicht möglich. Es besteht somit kein Widerspruch zwischen den beiden Regelungskomplexen.

59. Nach Artikel 54 des Durchführungsübereinkommens in Verbindung mit dessen Artikel 71 stellt somit die Verbringung derselben Betäubungsmittel oder psychotropen Stoffe aller Art einschließlich Cannabis zwischen zwei Staaten, die das Durchführungsübereinkommen unterzeichnet haben oder in denen der Schengen-Besitzstand durchgeführt und angewandt wird, unabhängig von ihrer rechtlichen Qualifizierung in den jeweiligen Rechtsordnungen „dieselbe Tat" im Sinne des genannten Artikels 54 dar.

VI — Ergebnis

60. Aufgrund der vorstehenden Ausführungen schlage ich dem Gerichtshof vor, die Fragen des Hof van Cassatie (Belgien) wie folgt zu beantworten:

1. Artikel 54 des Übereinkommens zur Durchführung des Übereinkommens von Schengen findet in zeitlicher Hinsicht Anwendung, wenn nach seinem Inkrafttreten ein Strafverfahren in Bezug auf einen Sachverhalt eröffnet wird, über den bereits gerichtlich entschieden wurde; der Zeitpunkt des Erlasses des ersten Urteils ist dabei ohne Belang.

2. Nach Artikel 54 in Verbindung mit Artikel 71 dieses Durchführungsübereinkommens ist die Verbringung derselben Betäubungsmittel oder psychotropen Stoffe aller Art einschließlich Cannabis zwischen zwei Staaten, die das Durchführungsübereinkommen unterzeichnet haben oder in denen der Schengen-Besitzstand durchgeführt und angewandt wird, unabhängig von der rechtlichen Qualifizierung dieses Verhaltens in den jeweiligen Rechtsordnungen als „dieselbe Tat" anzusehen.