

SCHLUSSANTRÄGE DER GENERALANWÄLTIN

ELEANOR SHARPSTON

vom 5. Dezember 2006¹

1. Inwieweit kommt es für die Frage, ob im Rahmen der Geldwäsche von Einnahmen aus dem Drogenhandel die Taten, für die ein Angeklagter in zwei verschiedenen Mitgliedstaaten strafrechtlich verfolgt worden ist, „dieselbe Tat“ im Sinne von Artikel 54 des Übereinkommens zur Durchführung des Übereinkommens von Schengen² (im Folgenden: Schengener Durchführungsübereinkommen oder SDÜ) sind, auf einen einheitlichen Vorsatz an? Fallen Taten, die den Strafverfolgungsbehörden oder den erkennenden Gerichten des ersten Mitgliedstaats unbekannt waren, unter diesen Begriff? Und wenn es zur erneuten Verfolgung und Verurteilung im zweiten Mitgliedstaat kommt, muss dann das Gericht, das die Strafe verhängt, die im ersten Mitgliedstaat ausgesprochene Strafe berücksichtigen? Dies sind im Wesentlichen die Fragen, die der belgische Hof van Cassatie dem Gerichtshof vorgelegt hat.

Anwendbares Recht

Das Schengener Durchführungsübereinkommen

2. Nach Artikel 1 des Protokolls zur Einbeziehung des Schengen-Besitzstands in den Rahmen der Europäischen Union³ (im Folgenden: Protokoll) sind dreizehn Mitgliedstaaten, darunter Italien und Deutschland, ermächtigt, untereinander eine verstärkte Zusammenarbeit im Rahmen des sogenannten „Schengen-Besitzstands“ zu begründen.

3. Dem Anhang zum Protokoll zufolge gehören zum „Schengen-Besitzstand“ das am 14. Juni 1985 in Schengen unterzeichnete Übereinkommen zwischen den Regierungen der Staaten der Benelux-Wirtschaftsunion,

1 — Originalsprache: Englisch.

2 — ABl. 2000, L 239, S. 19.

3 — Durch den Vertrag von Amsterdam dem Vertrag über die Europäische Union (EU) und dem Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft als Anhang beigefügt.

der Bundesrepublik Deutschland und der Französischen Republik betreffend den schrittweisen Abbau der Kontrollen an den gemeinsamen Grenzen⁴ (im Folgenden: Schengener Übereinkommen) und insbesondere das Schengener Durchführungsübereinkommen.

4. Nach dem Protokoll ist ab dem Zeitpunkt des Inkrafttretens des Vertrags von Amsterdam, d. h. dem 1. Mai 1999, der Schengen-Besitzstand für die in Artikel 1 des Protokolls aufgeführten dreizehn Mitgliedstaaten sofort anwendbar⁵.

5. Die Artikel 54 bis 58 SDÜ bilden zusammen das Kapitel 3 — Verbot der Doppelbestrafung — des Titels III — Polizei und Sicherheit.

6. Artikel 54 lautet: „Wer durch eine Vertragspartei rechtskräftig abgeurteilt worden ist, darf durch eine andere Vertragspartei wegen derselben Tat nicht verfolgt werden, vorausgesetzt, dass im Fall einer Verurteilung die Sanktion bereits vollstreckt worden ist, gerade vollstreckt wird oder nach dem Recht des Urteilsstaats nicht mehr vollstreckt werden kann.“

7. Nach Artikel 55 Absatz 1 kann eine Vertragspartei „bei der Ratifikation, der Annahme oder der Genehmigung dieses Übereinkommens erklären, dass sie ... nicht durch Artikel 54 gebunden ist“, wenn die Tat, die dem ausländischen Urteil zugrunde lag, ganz oder teilweise in ihrem Hoheitsgebiet begangen wurde oder eine gegen die Sicherheit des Staates oder andere gleichermaßen wesentliche Interessen dieser Vertragspartei gerichtete Straftat darstellt oder von einem Bediensteten dieser Vertragspartei unter Verletzung seiner Amtspflichten begangen wurde.

8. Artikel 56 bestimmt: „Wird durch eine Vertragspartei eine erneute Verfolgung gegen eine Person eingeleitet, die bereits durch eine andere Vertragspartei wegen derselben Tat rechtskräftig abgeurteilt wurde, so wird jede in dem Hoheitsgebiet der zuletzt genannten Vertragspartei wegen dieser Tat erlittene Freiheitsentziehung auf eine etwa zu verhängende Sanktion angerechnet. Soweit das nationale Recht dies erlaubt, werden andere als freiheitsentziehende Sanktionen ebenfalls berücksichtigt, sofern sie bereits vollstreckt wurden.“

9. Artikel 58 lautet: „Die vorstehenden Bestimmungen stehen der Anwendung weiter gehender Bestimmungen des nationalen Rechts über die Geltung des Verbots der Doppelbestrafung in Bezug auf ausländische Justizentscheidungen nicht entgegen.“

4 — ABl. 2000, L 239, S. 13.

5 — Artikel 2 Absatz 1 Unterabsatz 1.

10. Nach 71 Absatz 1, der zu Kapitel 6 — Betäubungsmittel — des Schengener Durchführungsübereinkommens gehört, verpflichten sich die Vertragsparteien, „unter Berücksichtigung der bestehenden Übereinkommen der Vereinten Nationen alle notwendigen Maßnahmen zu treffen, die zur Unterbindung des unerlaubten Handels mit Betäubungsmitteln erforderlich sind“. Gemäß Artikel 71 Absatz 2 verpflichten sich die Vertragsparteien, „die unerlaubte Ausfuhr von Betäubungsmitteln aller Art ... sowie den Verkauf, die Verschaffung und die Abgabe dieser Mittel mit verwaltungsrechtlichen und strafrechtlichen Mitteln zu unterbinden“. Nach Artikel 71 Absatz 5 müssen die Vertragsparteien „[h]insichtlich der Eindämmung der unerlaubten Nachfrage nach Suchtstoffen und psychotropen Stoffen ... ihr Möglichstes tun, den negativen Folgen dieser unerlaubten Nachfrage vorzubeugen und entgegenzuwirken“.

Das Einheits-Übereinkommen der Vereinten Nationen von 1961 über Suchtstoffe

11. Das Einheits-Übereinkommen der Vereinten Nationen von 1961 über Suchtstoffe in der durch das Protokoll von 1972 geänderten Fassung (im Folgenden: Einheits-Übereinkommen) gehört zum Besitzstand der Europäischen Union nach Titel VI des EU-Vertrags. Die Mitgliedstaaten sind entweder Vertragspartei dieses Übereinkommens, oder sie müssen es mit dem Beitritt zur EU werden.

12. Artikel 36 Absatz 1 Buchstabe a des Einheits-Übereinkommens sieht unter der

Überschrift „Strafbestimmungen“ vor, dass jede Vertragspartei vorbehaltlich ihrer Verfassungsordnung die erforderlichen Maßnahmen trifft, um eine Reihe von Straftaten, die im Zusammenhang mit Drogen stehen, darunter Feilhalten, Verteilen oder jede nach Ansicht der Vertragspartei gegen das Einheits-Übereinkommen verstößende sonstige Handlung, wenn vorsätzlich begangen, mit Strafe zu bedrohen sowie schwere Verstöße angemessen oder ahnden, insbesondere mit Gefängnis oder sonstigen Arten des Freiheitsentzugs.

13. Gemäß Artikel 36 Absatz 2 Buchstabe a Ziffern i und ii gewährleistet jede Vertragspartei vorbehaltlich ihrer Verfassungsordnung, ihres Rechtssystems und ihrer innerstaatlichen Rechtsvorschriften, dass jeder der genannten Verstöße, wenn in verschiedenen Staaten begangen, als selbständiger Verstoß gilt und dass Finanzhandlungen im Zusammenhang mit den betreffenden Verstößen ebenfalls mit Strafe im Sinne des Absatzes 1 bedroht werden.

Nationales Recht

14. Den Erklärungen der niederländischen Regierung in der mündlichen Verhandlung zufolge gab es zum maßgeblichen Zeitpunkt im niederländischen Strafgesetzbuch keine spezielle Vorschrift über Geldwäsche. Bis 2002 fiel die Geldwäsche von Einnahmen aus dem Drogenhandel jedoch unter Arti-

kel 416 des niederländischen Strafgesetzbuches, wonach der Erwerb, der Besitz oder das Übertragen einer gestohlenen Sache oder der damit erzielten Einnahmen strafbar ist. Hierfür kann derjenige, der die betreffende Sache erwirbt oder an ihr Besitz erlangt, nur bestraft werden, wenn er gewusst hat, dass es um eine Sache ging, die aus einer Straftat stammt. Der Handel mit unerlaubten Betäubungsmitteln wird als eine solche Straftat angesehen.

15. Artikel 505 des belgischen Strafgesetzbuches verbietet den Handel, den Ankauf, den Besitz, die Verwaltung oder die Inverwahrungnahme von Sachen, die im Sinne von Artikel 42 Absatz 3 des Strafgesetzbuches aus einer Straftat stammen. Danach sind in Belgien die Hehlerei und die Geldwäsche von Einnahmen aus dem unerlaubten Handel mit Betäubungsmitteln verboten.

16. Artikel 65 des belgischen Strafgesetzbuches lautet:

„Erfüllt eine Handlung mehrere Straftatbestände oder hat der Tatrichter gleichzeitig über verschiedene Straftaten zu entscheiden, bei denen es sich um die aufeinander folgende und fortgesetzte Ausführung desselben Vorsatzes zur Begehung von Straftaten handelt, wird nur die schwerste Strafe verhängt.“

Stellt der Tatrichter fest, dass Straftaten, die bereits rechtskräftig abgeurteilt wurden, und andere Taten, über die er zu entscheiden hat und die — als bewiesen unterstellt — dem betreffenden Urteil vorausgehen, zusammen mit den zuerst genannten Straftaten die aufeinander folgende und fortgesetzte Ausführung desselben Vorsatzes zur Begehung von Straftaten darstellen, berücksichtigt er bei der Strafzumessung die bereits verhängten Strafen. Scheinen ihm diese für eine gerechte Ahndung aller Straftaten ausreichend, befindet er über die Schuld und verweist in seiner Entscheidung auf die bereits verhängten Strafen. Die nach diesem Artikel verhängten Strafen dürfen insgesamt nicht über das Höchstmaß der schwersten Strafe hinausgehen.“⁶

Nationales Verfahren und Vorlagefragen

17. Im Dezember 1998 wurde Frau Kraaijenbrink, eine niederländische Staatsangehörige, von der Arrondissementsrechtbank te Middelburg, Niederlande, wegen mehrerer von Oktober 1994 bis Mai 1995 in den Niederlanden begangener und nach Artikel 416 des niederländischen Strafgesetzbuches strafbarer Fälle des Erwerbs von und der Hehlerei mit Einnahmen aus dem Drogenhandel zu einer Freiheitsstrafe von

6 — Nichtamtliche Übersetzung. Im Original lautet der Artikel wie folgt: „Lorsque un même fait constitue plusieurs infractions ou lorsque différentes infractions soumises simultanément au même juge du fond constituent la manifestation successive et continue de la même intention délictueuse, la peine la plus forte sera seule prononcée.“

Lorsque le juge de fond constate que des infractions ayant antérieurement fait l'objet d'une décision définitive et d'autres faits dont il est saisi et qui, à les supposer établis, sont antérieurs à ladite décision et constituent avec les premières la manifestation successive et continue de la même intention délictueuse, il tient compte, pour la fixation de la peine, des peines déjà prononcées. Si celles-ci lui paraissent suffire à une juste répression de l'ensemble des infractions, il se prononce sur la culpabilité et renvoie dans sa décision aux peines déjà prononcées. Le total des peines prononcées en application de cet article ne peut excéder le maximum de la peine la plus forte.“

sechs Monaten verurteilt, die zur Bewährung ausgesetzt wurde⁷.

18. Im April 2001 verurteilte die Correctio-nale Rechtbank te Gent, Belgien, Frau Kraaijenbrink wegen verschiedener Strafta-ten gemäß Artikel 505 des belgischen Straf-gesetzbuches zu einer Freiheitsstrafe von zwei Jahren, weil sie von November 1994 bis Februar 1996 in Belgien aus dem Handel mit Betäubungsmitteln in den Niederlanden stammende Geldbeträge umgetauscht habe. Dieses Urteil wurde von der Strafkammer des Hof van Beroep te Gent im März 2005 bestätigt.

19. Unter Verweis auf Artikel 71 SDÜ und Artikel 36 Absatz 2 Buchstabe a Ziffern i und ii des Einheits-Übereinkommens stellten beide belgischen Gerichte fest, dass sich Frau Kraaijenbrink nicht auf Artikel 54 SDÜ berufen könne. Nach Auffassung der Ge-richte waren die in den Niederlanden begangenen strafbaren Handlungen des Er-werbs, des Besitzes oder des Übertragens von Einnahmen aus dem Drogenhandel einer-seits und die in Belgien begangenen straf-baren Handlungen im Zusammenhang mit dem Umtausch aus dem Handel mit Betäu-bungsmitteln in den Niederlanden stammender Geldbeträge andererseits als eigenstän-dige strafbare Handlungen anzusehen. Das gelte trotz des einheitlichen Vorsatzes, der den Geldwäschdelikten in den Niederlan-den und in Belgien zugrunde gelegen habe.

7 — Im selben Urteil wurde Frau Kraaijenbrink außerdem wegen vorsätzlichen Verstoßes gegen das niederländische Opium-gesetz, begangen von Oktober 1994 bis Februar 1997, verur-teilt.

20. In ihrem beim Hof van Cassatie einge-legten Rechtsmittel führte Frau Kraaijen-brink aus, dass ein Strafverfahren in Belgien nach dem in Artikel 54 SDÜ enthaltenen Grundsatz *ne bis in idem* ausgeschlossen sei.

21. Der Hof van Cassatie hat beschlossen, das Verfahren auszusetzen und dem Ge-richtshof folgende Fragen zur Vorabent-scheidung vorzulegen:

1. Ist Artikel 54 SDÜ in Verbindung mit Artikel 71 dieses Übereinkommens da-hin auszulegen, dass strafbare Hand-lungen, die darin bestehen, aus dem Handel mit Betäubungsmitteln stam-mende Geldbeträge zu erwerben, bes-sessen zu haben und/oder in ausländische Währungen umgetauscht zu haben (die in den Niederlanden als vorsätzliche Hehlerei nach Artikel 416 des niederländischen Strafgesetzbuches verfolgt und verurteilt wurden), und die sich von den strafbaren Handlungen unterscheiden, die darin bestehen, die aus dem Handel mit Betäubungsmitteln stammenden Geldbeträge, die in den Niederlanden entgegengenommen wur-den, in Belgien bei Wechselstuben in Umlauf zu bringen (wobei diese Taten in Belgien als Hehlerei und andere Handlungen in Bezug auf aus einer Straftat stammende Sachen nach Arti-kel 505 des belgischen Strafgesetzbu-ches verfolgt werden), auch als „dieselbe Tat“ im Sinne des genannten Artikels 54

anzusehen sind, wenn der Richter feststellt, dass sie durch einen einheitlichen Vorsatz verbunden sind und daher rechtlich eine Tat ergeben?

Wenn Frage 1 bejaht wird:

2. Ist die Wendung „darf ... wegen derselben Tat nicht verfolgt werden“ in Artikel 54 SDÜ dahin auszulegen, dass, wenn unter „derselben Tat“ auch verschiedene Taten zu verstehen sind, die durch einen einheitlichen Vorsatz verbunden sind und daher eine Tat ergeben, dies umfasst, dass ein Angeklagter wegen der Straftat der Geldwäsche in Belgien nicht mehr verfolgt werden kann, sobald er für andere mit demselben Vorsatz begangene Taten in den Niederlanden verurteilt wurde, ungeachtet aller anderen Taten, die während desselben Zeitraumes begangen wurden, die aber erst nach dem rechtskräftigen ausländischen Urteil in Belgien bekannt und/oder verfolgt werden, oder kann in diesem Fall der Tatrichter diese anderen Taten unter Berücksichtigung der bereits ausgesprochenen Strafen zusätzlich ahnden, sofern diese ihm für eine gerechte Ahndung aller Straftaten nicht ausreichend erscheinen und ohne dass die ausgesprochenen Strafen insgesamt über das Höchstmaß der schwersten Strafe hinausgehen dürfen?

22. Frau Kraaijenbrink, Österreich, Tschechien, Griechenland, Polen, Spanien und die Kommission haben schriftliche Erklärungen eingereicht. Mündliche Erklärungen haben in der Sitzung vom 4. Juli 2006 Frau Kraaijenbrink, Österreich, Griechenland, Spanien und die Kommission abgegeben. Die Niederlande haben nur in der Sitzung Erklärungen abgegeben. Wie in der Rechtssache Kretzinger⁸ wurden die schriftlichen Erklärungen vor dem Urteil in der Rechtssache Van Esbroeck⁹ eingereicht. Die Sitzung fand jedoch nach der Verkündung des Urteils in der Rechtssache Esbroeck statt.

Würdigung

Vorbemerkungen

23. Erstens ist den Akten zu entnehmen, dass die Angeklagte sowohl in Belgien als auch in den Niederlanden wegen vorsätzlicher Hehlerei und wegen der Geldwäsche von Einnahmen aus dem unerlaubten Handel mit Betäubungsmitteln verurteilt wurde. Wie mehrere Beteiligte bemerkt haben, geht jedoch aus der Vorlageentscheidung nicht eindeutig hervor, ob die Geldbeträge, die sie erwarb, besaß, übertrug oder wusch, in beiden Ländern aus denselben Fällen des

8 — Rechtssache C-288/05, derzeit beim Gerichtshof anhängig, in der ich ebenfalls heute meine Schlussanträge vorgetragen habe.

9 — Urteil vom 9. März 2006 in der Rechtssache C-436/04 (Slg. 2006, I-2333).

unerlaubten Handels mit Betäubungsmitteln stammten oder zu denselben Einnahmen aus Straftaten gehörten.

24. Zweitens führt das vorlegende Gericht aus, dass „der in Wechselstuben [in Belgien] erfolgte Umtausch aus dem Handel mit Betäubungsmitteln stammender Geldbeträge und die in [den Niederlanden] erfolgte Entgegennahme aus dem Handel mit Betäubungsmitteln stammender Geldbeträge ... durch einen einheitlichen Vorsatz verbunden sind“, so dass sie nach Artikel 65 des belgischen Strafgesetzbuches eine Tat ergeben. Würde mit anderen Worten das Verhalten, auf das die Verurteilungen in den Niederlanden und in Belgien gestützt wurden, allein nach belgischem Recht beurteilt, würde es wegen des ihm zugrunde liegenden einheitlichen Vorsatzes als eine Tat angesehen.

Die erste Frage

25. Mit seiner ersten Frage möchte das vorlegende Gericht im Wesentlichen wissen, ob zwei verschiedene strafbare Handlungen, die in zwei verschiedenen Mitgliedstaaten begangen werden und durch einen einheitlichen Vorsatz zur Begehung von Straftaten verbunden sind, wegen dieser Verbindung unter den Begriff „dieselbe Tat“ im Sinne von Artikel 54 SDÜ fallen. Außerdem möchte es wissen, ob es für die Antwort auf diese Frage

auf Artikel 71 SDÜ und das Einheits-Übereinkommen ankommt, auf das in dem betreffenden Artikel mittelbar Bezug genommen wird, was die Verpflichtungen der Mitgliedstaaten in Bezug auf den Kampf gegen den unerlaubten Handel mit Betäubungsmitteln angeht.

26. Das vorlegende Gericht spricht von „strafbaren Handlungen“ statt von Taten. In der Rechtssache Van Esbroeck hat der Gerichtshof festgestellt, dass das geschützte rechtliche Interesse oder die rechtliche Qualifizierung der Taten im Rahmen von Artikel 54 SDÜ ohne Belang sind. Deshalb ist es sachgerecht, die erste Frage dahin umzuformulieren, dass mit ihr gefragt wird, inwieweit ein einheitlicher Vorsatz zur Begehung von Straftaten von Bedeutung für die Feststellung ist, ob es sich bei den Taten, für die ein Angeklagter in zwei verschiedenen Mitgliedstaaten verfolgt wird, um „dieselbe Tat“ im Sinne von Artikel 54 SDÜ handelt.

Beurteilung

— „Dieselbe Tat“

27. Wie ich in meinen Schlussanträgen in der Rechtssache Kretzinger¹⁰ dargelegt habe, ist die in der ersten Frage aufgeworfene

10 — Angeführt in Fußnote 8, Nrn. 35 bis 37.

Problemstellung nunmehr mit dem Urteil in der Rechtssache Van Esbroeck¹¹ gelöst worden, die in der seitherigen Rechtsprechung bestätigt worden ist¹². Nach dieser Rechtsprechung kommt es für die Frage nach der Anwendbarkeit von Artikel 54 SDÜ nur auf die Identität der materiellen Tat an, verstanden als „das Vorhandensein eines Komplexes konkreter, unlösbar miteinander verbundener Umstände“¹³. Um festzustellen, ob diese Identität vorliegt, muss dem Gerichtshof zufolge ermittelt werden, „ob die fragliche materielle Tat einen Komplex von Tatsachen darstellt, die in zeitlicher und räumlicher Hinsicht sowie nach ihrem Zweck unlösbar miteinander verbunden sind“¹⁴.

28. Aufgrund dessen teile ich die Auffassung der Mehrheit der Beteiligten, die Erklärungen abgegeben haben, dass ein den materiellen Taten zugrunde liegender einheitlicher Vorsatz zur Begehung von Straftaten als solcher nicht ausreicht, um diese Taten als „dieselbe Tat“ im Sinne von Artikel 54 SDÜ anzusehen. Der einheitliche Vorsatz kann durchaus ein zu berücksichtigender Faktor sein, wie ich in meinen Schlussanträgen in der Rechtssache Kretzinger¹⁵ dargelegt habe. Aber die Taten müssen auch in zeitlicher und räumlicher Hinsicht miteinander verbunden sein.

29. Wie der Gerichtshof in der Rechtssache Van Esbroeck ebenfalls deutlich gemacht hat¹⁶, ist es Sache der nationalen Gerichte,

festzustellen, ob im Einzelfall die fraglichen Taten unlösbar miteinander verbunden sind. Es kann jedoch für das Ausgangsverfahren hilfreich sein, wenn der Gerichtshof hierzu einige Hinweise gibt.

30. Die Kürze der Vorlageentscheidung erleichtert diese Aufgabe nicht gerade. Dem vorlegenden Gericht zufolge ist im Ausgangsverfahren nicht endgültig geklärt worden, ob die in Belgien gewaschenen Geldbeträge aus dem Handel mit denjenigen Betäubungsmitteln in den Niederlanden stammten, für die Frau Kraaijenbrink vom niederländischen Gericht wegen des Erwerbs der und der Hehlerei mit den damit erzielten Einnahmen verurteilt wurde. Dagegen besteht Frau Kraaijenbrink unter Verweis auf die Feststellungen der belgischen Instanzgerichte darauf, dass die Fälle von Geldwäsche in den Niederlanden und in Belgien dieselben Geldbeträge betroffen hätten, die aus denselben Fällen des unerlaubten Handels gestammt hätten.

31. Geldwäsche umfasst in der Regel eine Kette von Finanztransaktionen, mit der die rechtswidrige Herkunft des Geldes verschleiert und das Geld wieder als rechtmäßiges Zahlungsmittel in Umlauf gebracht werden soll. Ein Geldbetrag wird für gewöhnlich durch mehrere Transaktionen gewaschen, darunter auch den mehrfachen, in schneller Abfolge an verschiedenen Orten durchge-

11 — Angeführt in Fußnote 9. Vgl. auch Nr. 22 dieser Schlussanträge.

12 — Vgl. Urteile des Gerichtshofes vom 28. September 2006 in der Rechtssache C-150/05 (Van Straaten, Slg. 2006, I-9327) und in der Rechtssache C-467/04 (Gasparini, Slg. 2006, I-9199).

13 — Randnr. 36.

14 — Randnr. 38.

15 — Nr. 39.

16 — Randnr. 38.

fürten Umtausch von Devisen. Der Endbetrag ist häufig niedriger als der Ursprungsbetrag und kann auf eine andere Währung lauten.

32. Ich stimme der Kommission zu, dass die Fälle von Geldwäsche in Belgien, wenn sie Geldbeträge betreffen, die unlösbar mit denjenigen Geldbeträgen verbunden sind, die in den Niederlanden erworben, besessen oder übertragen wurden und für die Frau Kraaijenbrink wegen ihres Erwerbs und wegen vorsätzlicher Hehlerei verurteilt wurde, „dieselbe Tat“ im Sinne von Artikel 54 SDÜ darstellten. Das könnte z. B. der Fall sein, wenn das im zweiten Mitgliedstaat gewaschene Geld Teil der ursprünglichen Einnahmen aus dem unerlaubten Handel mit Betäubungsmitteln im ersten Mitgliedstaat wäre, aber in einem späteren Stadium in der Geldwäschekette. Zusätzlich zu dem einheitlichen Vorsatz zur Begehung von Straftaten, der diesen Taten zugrunde liegt, wären sie auch nach ihrem Zweck sowie in zeitlicher und räumlicher Hinsicht miteinander verbunden.

33. Besteht dagegen zwischen dem „schmutzigen“ Geld, das Frau Kraaijenbrink in Belgien wusch, und dem „schmutzigen“ Geld, das in den Niederlanden erworben, besessen oder übertragen wurde, kein Zusammenhang, sind diese Taten nicht unlösbar miteinander verbunden, obwohl sie beide einen Bezug zum unerlaubten Handel mit Betäubungsmitteln aufweisen und von einem einheitlichen Vorsatz zur Begehung von Straftaten getragen werden, nämlich finanzielle Vorteile aus Einnahmen zu ziehen, die mit Straftaten erzielt wurden. Das wäre z. B. der Fall, wenn die Einnahmen aus Betäubungsmitteldelikten stammten, die an verschiedenen Orten zu verschiedenen Zeiten begangen worden wären, und die betreffen-

den Einnahmen zu Zeiten entgegengenommen oder gewaschen worden wären, die so weit auseinander lägen, dass die zeitliche Verbindung unterbrochen wäre.

34. In der Rechtssache Van Straaten¹⁷ wollte das vorlegende Gericht im Wesentlichen wissen, ob es sich bei zwei Fällen des Besitzes von Heroin, die sich in zwei Mitgliedstaaten ereignet hatten, um „dieselbe Tat“ im Sinne von Artikel 54 SDÜ handelt, wenn der erste Fall einen kleinen Teil einer größeren Partie betrifft, dem Angeklagten vorgeworfen wurde, diese im zweiten Mitgliedstaat besessen zu haben, und die angeblich an den Fällen beteiligten Komplizen je nach Mitgliedstaat andere waren.

35. Der Gerichtshof hat hierzu entschieden: „Was Drogenvergehen betrifft, so ist es nicht erforderlich, dass die in Rede stehenden Drogenmengen in den beiden betreffenden Vertragsstaaten oder die Personen, die angeblich an der Tat in den beiden Staaten beteiligt waren, identisch sind“, damit Artikel 54 SDÜ anwendbar ist¹⁸. Daher ist es nicht ausgeschlossen, dass ein Sachverhalt, in dem es an einer solchen Identität fehlt, gleichwohl einen Komplex von Tatsachen bildet, die ihrer Natur nach untrennbar verbunden sind¹⁹.

17 — Angeführt in Fußnote 12.

18 — Randnr. 49.

19 — Randnr. 50.

36. Ich muss zunächst bemerken, dass die wörtliche Anwendung dieser Feststellungen auf alle Betäubungsmitteldelikte unerwünschte Folgen haben könnte. Eine Verurteilung wegen des Besitzes von oder der Hehlerei mit einer kleinen Menge von Betäubungsmitteln in einem Mitgliedstaat sollte meines Erachtens nicht automatisch die weitere strafrechtliche Verfolgung wegen des Besitzes von oder der Hehlerei mit größeren Mengen derselben Betäubungsmittel in einem anderen Mitgliedstaat ausschließen, unabhängig davon, ob sie zur selben Partie gehören²⁰. Vorzuziehen ist es, die gerade zitierten Ausführungen aus der Rechtssache Van Straaten als eine Ad-hoc-Anwendung des Grundsatzes zu verstehen, dass eine vollständige Identität der materiellen Tat — in diesem Fall repräsentiert durch die Menge der Betäubungsmittel und dadurch, dass die Komplizen dieselben sind — kein Erfordernis für die Anwendung von Artikel 54 SDÜ ist. Diese Ausführungen räumen dem nationalen Gericht einen Spielraum bei der Beurteilung ein, was im Einzelfall als dieselbe Tat anzusehen ist.

37. Diese Klarstellung vorausgeschickt, stützt das Urteil Van Straaten gleichwohl die Ansicht, dass eine Abweichung zwischen den Beträgen, die in den Niederlanden einerseits und in Belgien andererseits gehehlt wurden, nicht schon als solche daran hindert, die Handlungen als dieselbe Tat im Sinne von Artikel 54 SDÜ zu betrachten. Wie ich bereits gesagt habe, ist aber die

„unlösbare Verbindung“ eine Frage, über die das vorliegende Gericht anhand der Beweise zu entscheiden hat, die ihm im Ausgangsverfahren vorliegen.

38. Der Vollständigkeit halber füge ich hinzu, dass gemäß Artikel 58 SDÜ die Mitgliedstaaten den Grundsatz *ne bis in idem* nach nationalem Recht großzügiger auslegen dürfen. Folglich verstieße es nicht gegen Artikel 54 SDÜ, wenn das nationale Recht dahin ausgelegt würde, dass die fraglichen Handlungen als dieselbe Tat, für die Frau Kraaijenbrink in den Niederlanden verfolgt wurde, zu behandeln sind, weil ihnen ein einheitlicher Vorsatz zugrunde liegt, selbst wenn sie nicht auf derselben materiellen Tat im Sinne von Artikel 54 SDÜ beruhen.

— Artikel 71 SDÜ und Artikel 36 Absatz 2 des Einheits-Übereinkommens

39. Zu Artikel 71 SDÜ und Artikel 36 Absatz 2 des Einheits-Übereinkommens tragen die Beteiligten mehrheitlich vor, dass keiner von ihnen für die Auslegung von Artikel 54 SDÜ von Bedeutung sei. Dem stimme ich zu.

20 — So bezweifle ich, dass die Hehlerei mit 50 Gramm Heroin in einem Mitgliedstaat und fünf Kilo in einem anderen automatisch als dieselbe Tat behandelt werden sollten, selbst wenn beide Mengen zur selben Partie gehören.

40. Zwar gelten nach Artikel 36 Absatz 2 des Einheits-Übereinkommens, auf den Artikel 71 SDÜ verweist, Verstöße, die in seinen Anwendungsbereich fallen, wenn in verschiedenen Staaten begangen, als selbständige Verstöße. Nimmt man an, dass die Geldwäsche von Einnahmen aus dem Drogenhandel ein Verstoß ist, der in den Anwendungsbereich von Artikel 36 Absatz 2 fällt²¹, hat aber der Gerichtshof in der Rechtssache Van Esbroeck ausdrücklich entschieden, dass „Artikel 71 [SDÜ] ... nichts [enthält], was auf eine Beschränkung des Anwendungsbereichs von Artikel 54 abzielen würde“²². Der Gerichtshof folgert: „Daraus ergibt sich, dass die Verweisung des Artikels 71 SDÜ auf die bestehenden Übereinkommen der Vereinten Nationen nicht dahin verstanden werden kann, dass sie der Anwendung des Grundsatzes *ne bis in idem* des Artikels 54 SDÜ entgegensteht, der lediglich mehrfache strafrechtliche Verfolgungen einer Person wegen derselben Tat verhindert, aber insoweit nicht zu einer Entkriminalisierung im Schengen-Gebiet führt.“²³

41. Meines Erachtens gelten diese Ausführungen auch für die vorliegende Rechtssache. Artikel 71 SDÜ, der sehr allgemein gefasst ist und die Vertragsparteien allgemein verpflichtet, alle Fälle des unerlaubten Handels mit Betäubungsmitteln unter Strafe zu stellen, sieht weder eine Ausnahme vom Grund-

satz *ne bis in idem* in diesem Bereich vor, noch lässt er für Betäubungsmitteldelikte eine Doppelbestrafung im Schengen-Rahmen zu.

42. Was das Einheits-Übereinkommen angeht, so wurde es 1961 in Form eines Regierungsübereinkommens geschlossen; es sollte für unabhängige souveräne Staaten gelten. Die Kommission trägt — aus meiner Sicht überzeugend — vor, dass es unpassend wäre, das Einheits-Übereinkommen auf den Schengen-Raum anzuwenden, der mehr als 30 Jahre später geschaffen wurde und eine stärkere Integration im Bereich der polizeilichen und justiziellen Zusammenarbeit zwischen den Vertragsparteien zum Ziel hat²⁴.

43. In einem solchen integrierten Raum, der auf dem Grundsatz des gegenseitigen Vertrauens beruht²⁵ und in dem Maßnahmen zur Bekämpfung des unerlaubten Handels mit Betäubungsmitteln mehr und mehr auf überstaatlicher anstatt auf nationaler Ebene getroffen werden sollen²⁶, verliert die Verpflichtung aus Artikel 36 des Einheits-Übereinkommens, in verschiedenen Staaten begangene Verstöße als verschieden zu betrachten, ihren Zweck. Meines Erachtens kann die Verpflichtung der Vertragsparteien aus Artikel 71 SDÜ, unter Berücksichtigung der bestehenden Übereinkommen der Ver-

21 — Die Kommission steht auf dem Standpunkt, dass dies nicht der Fall sei. Im Hinblick auf die weite Fassung des Artikels 36 Absatz 2 (s. o., Nr. 11) kann das kaum richtig sein.

22 — Randnr. 40.

23 — Randnr. 41.

24 — Vgl. in diesem Sinne Schlussanträge des Generalanwalts Ruiz-Jarabo Colomer in der Rechtssache Van Esbroeck (angeführt in Fußnote 9), Nrn. 53 bis 58.

25 — Vgl. Urteil vom 11. Februar 2003 in den verbundenen Rechtssachen C-187/01 und C-385/01 (Gözütok und Brügge, Slg. 2003, I-1345, Randnrn. 32 und 33).

26 — Vgl. die Artikel 70 und 71 Absatz 3 SDÜ, wonach die Vertragsstaaten verpflichtet sind, ihre Bemühungen um Kooperation im Kampf gegen den unerlaubten Handel mit Betäubungsmitteln zu verstärken.

einten Nationen die zur Bekämpfung des unerlaubten Handels mit Betäubungsmitteln erforderlichen Maßnahmen zu treffen, nur gelten, soweit diese Übereinkommen für die Zwecke der Schengen-Übereinkommen von Bedeutung sind.

sehen. Ich habe ausgeführt, dass dies meines Erachtens nicht der Fall ist. Gleichwohl halte ich es für angezeigt, die zweite Frage für den Fall, dass der Gerichtshof die erste Frage bejaht, kurz zu prüfen.

44. Daher ist meiner Ansicht nach mit der Wendung „dieselbe Tat“ in den Artikeln 54 und 56 SDÜ die Identität der materiellen Tat gemeint, verstanden als ein Komplex konkreter Umstände, die in zeitlicher und räumlicher Hinsicht sowie nach ihrem Zweck unlösbar miteinander verbunden sind. Das Vorhandensein eines einheitlichen Vorsatzes zur Begehung von Straftaten kann von Bedeutung sein für die Frage, ob diese drei Kriterien erfüllt sind, ist aber selbst kein Kriterium. Diese Auslegung wird weder durch Artikel 71 SDÜ noch durch Artikel 36 Absatz 2 des Einheits-Übereinkommens der Vereinten Nationen von 1961 über Suchstoffe berührt.

Die zweite Frage

45. Die zweite Frage stellt sich nur, wenn die erste Frage (bejahend) dahin beantwortet wird, dass ein einheitlicher Vorsatz für sich genommen eine hinreichende Voraussetzung ist, um strafbare Handlungen als „dieselbe Tat“ im Sinne von Artikel 54 SDÜ anzu-

46. Die zweite Frage ist ungenau formuliert und lässt verschiedene Auslegungen zu. Nach meinem Verständnis besteht sie aus zwei Teilen.

47. Erstens möchte das vorliegende Gericht wissen, ob die Wendung „dieselbe Tat“ im Sinne von Artikel 54 SDÜ, wenn sie Taten erfasst, die zwar verschieden, aber durch einen einheitlichen Vorsatz zur Begehung von Straftaten verbunden sind, dahin verstanden werden kann, dass darunter auch andere strafbare Handlungen fallen, die im selben Zeitraum subsidiär oder neben dem im ersten Urteil geahndeten Delikt begangen, aber erst nach dem ersten Urteil im zweiten Mitgliedstaat bekannt und/oder verfolgt wurden, oder ob das Gericht im zweiten Mitgliedstaat diese anderen Taten zusätzlich ahnden darf.

48. Für den Fall, dass Letzteres zutrifft, möchte das vorliegende Gericht im zweiten Teil seiner Frage wissen, ob das Gericht im zweiten Mitgliedstaat bei der nach nationalem Recht vorzunehmenden Bemessung der

zu verhängenden Strafe bereits im ersten Mitgliedstaat verhängte Strafen berücksichtigen muss.

49. Aus meiner Sicht muss sich die Antwort auf den ersten Teil aus denselben Überlegungen ergeben, auf denen die Antwort auf die erste Frage beruht. Nach der Van-Esbroeck-Rechtsprechung ist Artikel 54 SDÜ anwendbar, wenn die Taten, die den Tatbestand der Nebendelikte erfüllen, in zeitlicher und räumlicher Hinsicht sowie nach ihrem Zweck unlösbar mit den Taten verbunden sind, die die Grundlage der Verurteilung im ersten Mitgliedstaat bilden, und sofern alle seine anderen Voraussetzungen erfüllt sind²⁷. Ist dies nicht der Fall, kann das nationale Gericht das Verfahren gegen den Angeklagten wegen der Nebendelikte eröffnen, da die ihm zum Vorwurf gemachten Taten nicht unter den Begriff „derselben Tat“ im Sinne von Artikel 54 SDÜ fallen.

50. Dass die Nebentaten damals nicht bekannt waren oder über sie im Rahmen des Verfahrens im ersten Mitgliedstaat nicht entschieden wurde, ändert nichts an diesem Ergebnis. Nichts in der Rechtsprechung des Gerichtshofes zum Begriff „derselben Tat“ in Artikel 54 SDÜ weist darauf hin, dass dessen Anwendungsbereich auf Handlungen beschränkt wäre, die den Strafverfolgungsbehörden oder den erkennenden Gerichten des

27 — Zu den anderen Voraussetzungen der Anwendung von Artikel 54 SDÜ, nämlich, dass der Angeklagte rechtskräftig abgeurteilt worden ist (Bedingung der rechtskräftigen Aburteilung) und dass eine Strafe, falls sie verhängt worden ist, bereits vollstreckt worden ist, gerade vollstreckt wird oder nach dem Recht des Urteilsstaats nicht mehr vollstreckt werden kann (Vollstreckungsbedingung), vgl. meine Schlussanträge in der Rechtssache Kretzinger, angeführt in Fußnote 8, und in der Rechtssache Gasparini, angeführt in Fußnote 12.

ersten Mitgliedstaats zum maßgeblichen Zeitpunkt bekannt waren. Dementsprechend hindert die Gerichte des zweiten Mitgliedstaats nichts an der Feststellung, dass solche Taten „unlösbar verbunden“ sind mit den Taten, die den Gegenstand des früheren Verfahrens bilden, und deshalb als „dieselbe Tat“ anzusehen sind.

51. Der Gerichtshof hat im Gegenteil in der Rechtssache Van Straaten²⁸ festgestellt, dass Artikel 54 SDÜ nicht verlange, dass die materielle Tat, um die es in den beiden Verfahren geht, in allen Einzelheiten identisch ist. In jener Rechtssache hinderten Umstände, die von dem Gericht im ersten Mitgliedstaat nicht berücksichtigt worden waren, wohl aber von dem Gericht im zweiten Mitgliedstaat²⁹, den Gerichtshof nicht an der Feststellung, dass es sich bei den fraglichen Taten um „dieselbe Tat“ im Sinne von Artikel 54 SDÜ handeln konnte.

52. Diese Erwägungen können auf die vorliegende Rechtssache übertragen werden. Taten, die subsidiär oder neben den Haupttaten, die den Gegenstand des früheren Verfahrens bilden, verübt, aber selbst nicht im damaligen Verfahren berücksichtigt wurden, fallen unter den Begriff „derselben Tat“ im Sinne von Artikel 54 SDÜ, wenn alle Taten in zeitlicher und räumlicher Hinsicht sowie nach ihrem Zweck unlösbar mitein-

28 — Angeführt in Fußnote 12.

29 — Nämlich der Besitz von weiteren vier Kilo Heroin und die Beteiligung eines anderen Komplizen.

ander verbunden sind. Ob das tatsächlich der Fall ist, hat das nationale Gericht festzustellen.

53. Beim zweiten Teil der Frage geht es im Wesentlichen darum, ob das Gericht, bei dem das zweite Verfahren anhängig ist, Strafen berücksichtigen muss, die im ersten Verfahren wegen derselben Tat verhängt worden sind, wenn es beschließt, den Angeklagten für die subsidiär oder neben der Haupttat begangenen Taten zu bestrafen.

54. Werden die subsidiär oder neben der Haupttat begangenen Taten als dieselbe Tat im Sinne von Artikel 54 SDÜ angesehen, ist das Gericht, bei dem das zweite Verfahren anhängig ist, wenn alle anderen Voraussetzungen erfüllt sind, an der Verfolgung und erst recht an der Verurteilung des Angeklagten gehindert. Die Frage, ob frühere Strafen zu berücksichtigen sind, stellt sich deshalb nicht.

55. Anders liegt der Fall, wenn zwar die subsidiär oder neben der Haupttat verübten Taten als dieselbe Tat angesehen werden, die anderen Voraussetzungen für die Anwendung von Artikel 54 SDÜ aber nicht erfüllt sind³⁰. In diesem Fall ist die Antwort auf den zweiten Teil der Frage im Licht sowohl des allgemeinen Rechtsgrundsatzes der Anrechnung als auch des Artikels 56 SDÜ zu finden. Ich erinnere daran, dass nach Artikel 56 SDÜ

eine Vertragspartei, die eine bereits durch eine andere Vertragspartei wegen derselben Tat rechtskräftig abgeurteilte Person verfolgt, jede in dem Hoheitsgebiet der zuletzt genannten Vertragspartei wegen dieser Tat erlittene Freiheitsentziehung auf eine etwa zu verhängende Sanktion anrechnen muss. Soweit das nationale Recht dies erlaubt, müssen die Mitgliedstaaten danach außerdem andere als freiheitsentziehende Sanktionen ebenfalls berücksichtigen.

56. In der mündlichen Verhandlung hat die Kommission deutlich gemacht, dass Artikel 56 SDÜ ihrer Ansicht nach Ausdruck eines Grundprinzips des Strafrechts ist, nämlich des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes, der in allen Fällen zur Anwendung komme, in denen der Grundsatz *ne bis in idem* in Artikel 54 SDÜ nicht gelte.

57. Dieser Auffassung widersprachen die Niederlande nachdrücklich. Sie führten aus, dass der in Artikel 56 SDÜ enthaltene Anrechnungsgrundsatz auf die Fälle beschränkt sei, in denen die Ausnahmeregelungen in Artikel 55 Absatz 1 SDÜ anwendbar seien. In allen anderen Fällen sei die Anwendung dieses Grundsatzes eine Frage des nationalen Rechts. Der Ansicht der Kommission zuzustimmen, liefe auf eine verschleierte Harmonisierung des nationalen Strafrechts unter Umgehung der Vorschriften des Schengener Durchführungsübereinkommens hinaus.

30 — Siehe oben, Fußnote 27.

58. Ich kann weder einen wörtlichen noch einen logischen Zusammenhang zwischen Artikel 55 und Artikel 56 SDÜ entdecken, der eine solche Auslegung stützte. Grundsätzlicher: Ich teile die Ansicht der Kommission, dass es im Gemeinschaftsrecht einen allgemeinen Grundsatz der Anrechnung³¹ gibt, nach dem frühere Strafen berücksichtigt werden müssen, wenn der Täter in einem zweiten Verfahren für dieselbe Tat bestraft wird³².

59. Nicht nur enthält das Strafrecht jedes Mitgliedstaats, soweit ich feststellen konnte, Varianten dieses Grundsatzes³³, sondern der Gerichtshof hat dessen Existenz auch im Rahmen der Anwendung konkurrierender Sanktionen auf nationaler Ebene einerseits und europäischer Ebene andererseits im Wettbewerbsrecht anerkannt. In der Rechtsache Wilhelm hat der Gerichtshof festgestellt: „Soweit ... die hiernach bestehende Möglichkeit, dass gleichzeitig zwei Verfahren betrieben werden, zu einer Doppelsanktion [für dieselbe Tat] führen könnte, gebietet ein allgemeiner Billigkeitsgedanke ..., die frühere Sanktionsentscheidung bei der Bemessung

der später zu verhängenden Sanktion zu berücksichtigen.“³⁴ Diese Rechtsprechung wurde später in der Rechtsache Boehringer Mannheim bestätigt, in der der Gerichtshof entschieden hat: „Die Kommission ist verpflichtet, bei der Zumessung einer Geldbuße die einem Unternehmen für dieselbe Tat bereits auferlegten Sanktionen zu berücksichtigen, wenn es sich um Sanktionen wegen Zuwiderhandlungen gegen das Kartellrecht eines Mitgliedstaats — also im Gebiet der Gemeinschaft begangene Rechtsverletzungen — handelt.“³⁵ Das Gericht erster Instanz ist dieser Rechtsprechung getreu gefolgt³⁶.

60. Auch wenn die Rechtsprechung zu diesem Punkt noch nicht gefestigt ist³⁷, kann der Anrechnungsgrundsatz meines Erachtens als ein Grundprinzip des Strafrechts in allen Mitgliedstaaten und, hiervon ausgehend, als ein aus dem Rechtsstaatsprinzip und dem Grundsatz der Verhältnis-

31 — Dieses Prinzip wird auch als Berücksichtigungsprinzip (principle of 'taking into account', vgl. z. B. M. Fletcher, 'Some developments to the *ne bis in idem* principle in the EU: *Criminal proceedings against Hüseim Gözütok and Klaus Brügge*' [2003] 66 *Modern Law Review* 769, Fußnote 5) oder Verrechnungsprinzip ('accounting principle', vgl. J. Vervaele, 'The transnational *ne bis in idem* principle in the EU: Mutual Recognition and equivalent protection of human rights', [2005] *Utrecht Law Review* Vol. 1, Issue 2 [December] 100, S. 106 und 107) bezeichnet.

32 — Gleichwohl sollte ich klarstellen, dass ich die Sorge der Niederlande, dass das Strafrecht durch die Hintertür harmonisiert werden könnte, sowohl verstehe als auch teile (vgl. in diesem Sinne meine Schlussanträge in der Rechtsache Gasparini, angeführt in Fußnote 12). Wie ich noch darlegen werde, können die Ursprünge eines aus dem Rechtsstaatsprinzip abgeleiteten allgemeinen Rechtsgrundsatzes der Anrechnung im Gemeinschaftsrecht bis zum Urteil des Gerichtshofes vom 13. Februar 1969 in der Rechtsache 14/68 (Wilhelm, Slg. 1969, 1) zurückverfolgt werden.

33 — Vgl. auch Nrn. 64 bis 70 meiner Schlussanträge in der Rechtsache Kretzinger, angeführt in Fußnote 8.

34 — Angeführt in Fußnote 32, Randnr. 11.

35 — Urteil vom 14. Dezember 1972 in der Rechtsache 7/72 (Slg. 1972, 1281, Randnr. 3).

36 — Vgl. z. B. Urteil vom 9. Juli 2003 in der Rechtsache T-224/00 (Archer Daniels Midland/Kommission, Slg. 2003, II-2597, Randnr. 87 und die dort zitierte Rechtsprechung). Vgl. auch Urteil vom 27. September 2006 in der Rechtsache T-322/01 (Roquette Frères/Kommission, Slg. 2006, II-3937, Randnrn. 279 bis 292).

37 — Ungeachtet der in der früheren Rechtsprechung erfolgten Bezugnahme auf „allgemeine Billigkeitsgedanken“ (requirements of „natural justice“), was aus meiner Sicht zwingend bedeuten würde, dass der Anrechnungsgrundsatz universell anwendbar wäre, hat der Gerichtshof nicht ausdrücklich festgestellt, dass dieser Grundsatz die Kommission verpflichtet, eine von einem Drittland verhängte Sanktion bei der Bemessung einer Sanktion nach den Wettbewerbsregeln der Gemeinschaft anzurechnen. In zwei Rechtsachen, über die der Gerichtshof jüngst als Rechtsmittelgericht zu entscheiden hatte, hat er den universellen Charakter des Anrechnungsgrundsatzes weder bestätigt noch verworfen, sondern die Rechtsachen mit anderer Begründung entschieden. Vgl. Urteil der Ersten Kammer des Gerichtshofes vom 18. Mai 2006 in der Rechtsache C-397/03 P (Archer Daniels Midland/Kommission, Slg. 2006, I-4429, Randnr. 52): einen ähnlichen Ansatz hat die Zweite Kammer des Gerichtshofes in ihrem Urteil vom 29. Juni 2006 in der Rechtsache C-308/04 P (SGL Carbon/Kommission, Slg. 2006, I-5977, Randnr. 27) verfolgt. In Randnr. 33 des zuletzt genannten Urteils scheint der Gerichtshof den universellen Charakter des Anrechnungsgrundsatzes implizit zu verwerfen.

mäßigkeit in der Strafrechtspflege³⁸ folgender allgemeiner Rechtsgrundsatz des Gemeinschaftsrechts verstanden werden kann.

61. Der Anrechnungsgrundsatz unterscheidet sich meiner Ansicht nach begrifflich vom Grundsatz *ne bis in idem*, auch wenn beide Ausdruck eines allgemeinen Gedankens der Rechtsstaatlichkeit oder Fairness im Strafprozess sind³⁹. Per definitionem kommt der Anrechnungsgrundsatz nur dann zum Tragen, wenn der Grundsatz *ne bis in idem* aus welchem Grund auch immer *nicht* anwendbar ist, obwohl der Sachverhalt, der der Verfolgung zugrunde liegt, derselbe ist⁴⁰. Andernfalls muss das Gericht, das im zweiten Strafverfahren entscheiden soll, die Eröffnung dieses Verfahren wegen Verstoßes gegen den Grundsatz *ne bis in idem* ablehnen.

38 — Dieser Grundsatz ist als Grundrecht in Artikel II-49 Absatz 3 des Entwurfs des Vertrags über eine Verfassung für Europa, d. h. als Teil der Charta der Grundrechte der Union, enthalten. Die Bestimmung, die die Überschrift „Grundsätze der Gesetzmäßigkeit und der Verhältnismäßigkeit im Zusammenhang mit Straftaten und Strafen“ trägt, lautet: „Das Strafmaß darf gegenüber der Straftat nicht unverhältnismäßig sein.“

39 — Vgl. in diesem Sinne Schlussanträge von Generalanwalt Ruiz-Jarabo Colomer in der Rechtssache Van Straaten, angeführt in Fußnote 12, Nr. 58. Das ist auch der Standpunkt, den der Gerichtshof in den Rechtssachen SGL Carbon und Archer Daniels Midland Co., beide angeführt in Fußnote 37, offenbar implizit eingenommen hat. Die enge Verbindung zwischen diesen beiden Grundsätzen mag auch erklären, warum Artikel 56 SDÜ zusammen mit Artikel 54 SDÜ in Titel III, Kapitel 3 — Verbot der Doppelbestrafung — enthalten ist. Wie ich in Fußnote 29 meiner Schlussanträge in der Rechtssache Kretzinger erklärt habe, sollte dies jedoch nichts daran ändern, dass es sich bei ihnen um zwei voneinander unabhängige Grundsätze des Gemeinschaftsrechts handelt. Vgl. auch J.-L. de la Cuesta „Concurrent national and international criminal jurisdiction and the principle ‚ne bis in idem‘ — general Report [of the XVII International Congress of Penal Law]“, *International Review of Penal Law*, Vol. 73, 2002/3-4, 707 (717 und 724).

40 — Siehe unten, Nr. 63.

62. Aus den vorstehenden Erwägungen folgt, dass Artikel 56 SDÜ lediglich den Anrechnungsgrundsatz im Schengen-Raum kodifiziert. Hieraus folgt zweierlei. Erstens, auch ohne Artikel 56 SDÜ wäre der Anrechnungsgrundsatz als allgemeiner Rechtsgrundsatz des Gemeinschaftsrechts gleichwohl anwendbar. Zweitens, als allgemeiner Rechtsgrundsatz steht er in der Normenhierarchie über Artikel 56 SDÜ. Folglich wird der Umstand, dass der Anwendungsbereich dieser Bestimmung auf freiheitsentziehende Sanktionen begrenzt ist, vom weiteren Anwendungsbereich des allgemeinen Rechtsgrundsatzes verdrängt: Alle Sanktionen, die wegen derselben Tat im ersten Mitgliedstaat verhängt und verbüßt wurden, müssen in dem Verfahren im zweiten Mitgliedstaat berücksichtigt werden.

63. Schon allein nach Unionrecht müssen daher die nationalen Straferichte, wenn der Grundsatz *ne bis in idem* nicht anwendbar ist, Sanktionen, die bereits in anderen Mitgliedstaaten wegen derselben Tat verhängt und vom Angeklagten verbüßt wurden (oder denen er auf andere Art und Weise Genüge getan hat), unabhängig davon, ob sie mit Freiheitsentzug verbunden sind oder nicht, bei der Strafzumessung berücksichtigen. Das wird der Fall sein, wenn eine der Ausnahmeregelungen in Artikel 55 SDÜ zur Anwendung kommt, aber auch, wenn die Tat im ersten Mitgliedstaat rechtskräftig abgeurteilt wurde, die Vollstreckungsbedingung in Artikel 54 SDÜ jedoch nicht erfüllt ist⁴¹.

41 — Vgl. meine Schlussanträge in der Rechtssache Kretzinger, zitiert in Fußnote 8, Nr. 72.

64. Sollte der Gerichtshof hingegen nicht die Ansicht teilen, dass es einen solchen allgemeinen Rechtsgrundsatz der Anrechnung gibt, wäre Artikel 56 SDÜ meiner Meinung nach gleichwohl anwendbar. Mitgliedstaaten, die Parteien des Schengener Übereinkommens sind, müssen alle früheren Zeiten des Freiheitsentzugs, die der Angeklagte in anderen Mitgliedstaaten verbüßt hat, auf jede Freiheitsstrafe anrechnen, der im Schengen-Rahmen verhängt wird.

65. Hier bin ich mit der restriktiven Auslegung von Artikel 56 SDÜ durch die niederländische Regierung nicht einverstanden. Die Bestimmung ist weit gefasst; nichts deutet darauf hin, dass ihr Anwendungsbereich auf die Fälle begrenzt wäre, in denen Artikel 55 Absatz 1 SDÜ anwendbar ist. Die wörtliche Auslegung spricht im Gegenteil dafür, dass Artikel 56 SDÜ in allen Fällen gelten soll, in denen aus welchem Grund auch immer die Strafverfolgung gegen einen Angeklagten in einem Mitgliedstaat eingeleitet wird, obwohl er wegen derselben Tat in einem anderen Mitgliedstaat rechtskräftig abgeurteilt wurde⁴².

66. Der vorstehende Befund gilt selbstverständlich nur, wenn der Angeklagte wegen derselben Tat ein zweites Mal in einem anderen Mitgliedstaat verurteilt wird und er sich nicht auf Artikel 54 SDÜ berufen kann. Stellt sich heraus, dass es sich nicht um dieselbe Tat handelt, entsteht weder eine Verpflichtung nach Artikel 56 SDÜ noch, wie ich dargelegt habe, nach dem allgemeinen Rechtsgrundsatz der Anrechnung.

67. Der Vollständigkeit halber füge ich hinzu, dass das Gemeinschaftsrecht die nationalen Gerichte, bei denen das zweite Verfahren anhängig gemacht wird, nicht daran hindert, großzügigere nationale Strafzumessungsregeln in den Fällen anzuwenden, in denen Artikel 54 oder Artikel 56 SDÜ — oder die darin enthaltenen Grundsätze — nicht anwendbar sind, weil das nationale Gericht feststellt, dass die Tat, über die es zu befinden hat, nicht „dieselbe Tat“ ist, über die das Gericht, bei dem das erste Verfahren anhängig war, entschieden hat.

68. Dieses Ergebnis folgt aus den allgemeinen Rechtsgrundsätzen der Subsidiarität und Kompetenz. Wie die Kommission bemerkt, stellen die Artikel 56 a. E. und 58 SDÜ den Mitgliedstaaten ausdrücklich frei, im Rahmen des Schengen-Besitzstands nationale Vorschriften anzuwenden, in denen der Grundsatz *ne bis in idem* und das Anrechnungsprinzip weiter ausgelegt werden.

69. Dementsprechend bin ich der Auffassung, dass der Begriff „derselben Tat“ im Sinne der Artikel 54 und 56 SDÜ Taten erfasst, die subsidiär oder neben den Haupttaten, die Gegenstand des Verfahrens im ersten Mitgliedstaat waren, verübt, aber selbst nicht im damaligen Verfahren berücksichtigt wurden, wenn diese Taten in zeitlicher und räumlicher Hinsicht sowie nach ihrem Zweck unlösbar miteinander verbunden sind. Gemeinschaftsrechtlich sind die Mitgliedstaaten nicht daran gehindert, günstigere strafrechtliche Regelungen auf einen Straftäter anzuwenden, als sie in den Artikeln 54 bis 57 SDÜ vorgesehen sind.

42 — Siehe oben, Nr. 63.

Ergebnis

70. Nach alledem schlage ich dem Gerichtshof vor, die vom Hof van Cassatie vorgelegten Fragen wie folgt zu beantworten:

- Mit der Wendung „dieselbe Tat“ in den Artikel 54 und 56 SDÜ ist die Identität der materiellen Tat gemeint, verstanden als ein Komplex konkreter Umstände, die in zeitlicher und räumlicher Hinsicht sowie nach ihrem Zweck unlösbar miteinander verbunden sind. Diese Auslegung wird weder durch Artikel 71 SDÜ noch durch Artikel 36 Absatz 2 des Einheits-Übereinkommens der Vereinten Nationen von 1961 über Suchstoffe berührt.
- Das Vorhandensein eines einheitlichen Vorsatzes zur Begehung von Straftaten kann von Bedeutung sein für die Frage, ob diese drei Kriterien erfüllt sind, ist aber selbst kein Kriterium.
- Taten, die subsidiär oder neben den Haupttaten, die Gegenstand des Verfahrens im ersten Mitgliedstaat waren, verübt, aber selbst nicht im damaligen Verfahren berücksichtigt wurden, fallen unter den Begriff „derselben Tat“ im Sinne der Artikel 54 und 56 SDÜ, wenn diese Taten in zeitlicher und räumlicher Hinsicht sowie nach ihrem Zweck unlösbar miteinander verbunden sind.
- Die Mitgliedstaaten sind gemeinschaftsrechtlich nicht daran gehindert, günstigere strafrechtliche Regelungen auf einen Straftäter anzuwenden, als sie in den Artikeln 54 bis 57 SDÜ vorgesehen sind.