

DOMSTOLENS DOM (andra avdelningen)  
den 18 juli 2007\*

I mål C-288/05,

angående en begäran om förhandsavgörande enligt artikel 35 EU, framställd av Bundesgerichtshof (Tyskland) genom beslut av den 30 juni 2005, som inkom till domstolen den 19 juli 2005, i brottmålet mot

**Jürgen Kretzinger,**

ytterligare deltagare i rättegången:

**Hauptzollamt Augsburg,**

meddelar

DOMSTOLEN (andra avdelningen)

sammansatt av avdelningsordföranden C.W.A. Timmermans samt domarna J. Klucka, R. Silva de Lapuerta, J. Makarczyk och L. Bay Larsen (referent),

\* Rättegångsspråk: tyska.

generaladvokat: E. Sharpston,  
justitiesekreterare: handläggaren B. Fülöp,

efter det skriftliga förfarandet och förhandlingen den 4 juli 2006,

med beaktande av de yttranden som avgetts av:

- J. Kretzinger, inledningsvis av J. Kretzinger själv, därefter av G. Dannecker, Rechtsanwalt,
- Förbundsrepubliken Tyskland, genom A. Dittrich och M. Lumma, båda i egenskap av ombud,
- Republiken Tjeckien, genom T. Boček, i egenskap av ombud,
- Konungariket Spanien, genom M. Muñoz Pérez, i egenskap av ombud,
- Konungariket Nederländerna, genom H.G. Sevenster och C.A.H.M. ten Dam, båda i egenskap av ombud,
- Republiken Österrike, genom C. Pesendorfer, i egenskap av ombud,

- Republiken Polen, genom T. Nowakowski, i egenskap av ombud,
- Konungariket Sverige, genom K. Petkovska, i egenskap av ombud,
- Europeiska gemenskapernas kommission, genom W. Bogensberger och S. Grünheid, båda i egenskap av ombud,

och efter att den 5 december 2006 ha hört generaladvokatens förslag till avgörande,

följande

### **Dom**

- <sup>1</sup> Begäran om förhandsavgörande avser tolkningen av artikel 54 i konventionen om tillämpning av Schengenavtalet av den 14 juni 1985 mellan regeringarna i Beneluxstaterna, Förbundsrepubliken Tyskland och Franska republiken om gradvis avskaffande av kontroller vid de gemensamma gränserna (EGT L 239, 2000, s. 19) (nedan kallad tillämpningskonventionen), som undertecknades i Schengen (Luxemburg) den 19 juni 1990.
- <sup>2</sup> Begäran har framställts i ett brottmål i Tyskland mot Jürgen Kretzinger, som inletts på grund av att han misstänkts för att ha utfört häleri såsom led i näringsverksamhet av varor för vilka skatt inte har erlagts.

## Tillämpliga bestämmelser

### *Gemenskapsrätten*

- 3 Enligt artikel 1 i protokollet om införlivande av Schengenregelverket inom Europeiska unionens ramar, vilket fogats till Fördraget om Europeiska unionen och Fördraget om upprättandet av Europeiska gemenskapen genom Amsterdamfördraget (nedan kallat protokollet), har tretton medlemsstater i Europeiska unionen, däribland Förbundsrepubliken Tyskland och Republiken Italien, bemyndigats att, inom Europeiska unionens samt EU-fördragets och EG-fördragets institutionella och rättsliga ramar, upprätta ett närmare samarbete sinsemellan inom tillämpningsområdet för Schengenregelverket, såsom detta definieras i bilagan till detta protokoll.
- 4 Schengenregelverket består enligt denna definition bland annat av avtalet om gradvis avskaffande av kontroller vid de gemensamma gränserna mellan regeringarna i Beneluxstaterna, Förbundsrepubliken Tyskland och Franska republiken, vilket undertecknades i Schengen den 14 juni 1985 (EGT L 239, 2000, s. 13) (nedan kallat Schengenavtalet) och av tillämpningskonventionen.
- 5 Enligt artikel 2.1 första stycket i protokollet skall Schengenregelverket från och med den tidpunkt då Amsterdamfördraget träder i kraft, nämligen den 1 maj 1999, omedelbart gälla för de tretton medlemsstater som avses i artikel 1 i det protokollet.

- 6 Europeiska unionens råd antog den 20 maj 1999, med tillämpning av artikel 2.1 andra stycket andra meningen i protokollet, beslut 1999/436/EG om fastställande, i enlighet med relevanta bestämmelser i Fördraget om upprättandet av Europeiska gemenskapen och Fördraget om Europeiska unionen, av rättslig grund för samtliga bestämmelser och beslut som utgör Schengenregelverket (EGT L 176, s. 17). Av artikel 2 i detta beslut, jämförd med bilaga A, följer att rådet har valt artiklarna 34 EU och 31 EU, vilka ingår i avdelning VI i Fördraget om Europeiska unionen — med rubriken ”Bestämmelser om polissamarbete och straffrättsligt samarbete” — som rättslig grund för bestämmelserna i artiklarna 54–58 i tillämpningskonventionen.
- 7 I artikel 54 i tillämpningskonventionen, som omfattas av kapitel 3, som har rubriken ”Principen ne bis in idem” (icke två gånger i samma sak) och som ingår i avdelning III i nämnda konvention med rubriken ”Polis och säkerhet”, föreskrivs följande:

”En person beträffande vilken fråga om ansvar prövats genom lagakraftätagande dom hos en avtalsslutande part, får inte åtalas för samma gärning av en annan part, under förutsättning att, vid fällande dom, straffet avtjänats eller är under verkställighet eller inte längre kan verkställas enligt lagarna hos den part hos vilken avkunnandet ägt rum.”

- 8 I artikel 1.1 i rådets rambeslut 2002/584/RIF av den 13 juni 2002 om en europeisk arresteringsorder och överlämnande mellan medlemsstaterna (EGT L 190, s. 1) (nedan kallat rambeslutet) definieras den europeiska arresteringsordern som ett rättsligt avgörande, utfärdat av en medlemsstat med syftet att en annan medlemsstat skall gripa och överlämna en eftersökt person för, bland annat, verkställighet av ett fängelsestraff.

- 9 I artikel 3 i rambeslutet, som har rubriken "Skäl till att verkställighet av den europeiska arresteringsordern skall vägras", föreskrivs följande:

"Den rättsliga myndigheten i den verkställande medlemsstaten ... skall vägra att verkställa en europeisk arresteringsorder i följande fall:

- 1) ...
  
- 2) Om det framgår av de uppgifter som står till den verkställande rättsliga myndighetens förfogande att den eftersöktes ansvar för samma gärning prövats genom lagakraftäggande dom i en medlemsstat, under förutsättning att straffet, vid fällande dom, avtjänats eller är under verkställighet eller inte längre kan verkställas enligt lagstiftningen i den medlemsstat i vilken avkunnandet ägt rum.

..."

- 10 I artikel 5 i rambeslutet, som har rubriken "Garantier som skall lämnas av den utfärdande staten i särskilda fall", föreskrivs följande:

"Den verkställande rättsliga myndigheten får, i enlighet med den verkställande medlemsstatens lagstiftning, föreskriva att verkställigheten av en europeisk arresteringsorder är beroende av något av följande villkor:

- 1) När en europeisk arresteringsorder har utfärdats för verkställighet av ett straff ... som har beslutats genom utevarodom och den berörda personen inte kallats personligen eller på annat sätt informerats om tidpunkt och plats för den förhandling som ledde till att beslutet fattades genom utevarodom, får överlämnande ske på villkor att den utfärdande rättsliga myndigheten lämnar tillräckliga garantier om att den person som är föremål för den europeiska arresteringsordern kommer att ges möjlighet till en förnyad prövning av beslutet i den utfärdande medlemsstaten och att bli dömd i sin närvaro.

...”

- <sup>11</sup> Det framgår av informationen rörande tidpunkten för Amsterdamfördragets ikraftträdande, offentliggjord i *Europeiska gemenskapernas officiella tidning* av den 1 maj 1999 (EGT L 114, s. 56), att Förbundsrepubliken Tyskland har avgett en förklaring enligt artikel 35.2 EU, genom vilken den har godtagit domstolens behörighet att meddela förhandsavgörande i enlighet med artikel 35.3 b EU.

### *Den nationella rätten*

- <sup>12</sup> I enlighet med 374 § skattelagen (Abgabenordnung), kan en enskild dömas för skattehåleri avseende importtull som skall erläggas i en annan medlemsstat än Förbundsrepubliken Tyskland, vid den olagliga införseln till den andra medlemsstaten.

- 13 För att rätta sig efter bestämmelserna i rambeslutet antog Förbundsrepubliken Tyskland lag av den 20 juli 2006 om den europeiska arresteringsordern (Europäisches Haftbefehlsgesetz) (BGBl. 2006 I, s. 1721), efter det att den första lagen om införlivande ogiltigförklarats av Bundesverfassungsgericht genom dom av den 18 juli 2005.

### **Målet vid den nationella domstolen och tolkningsfrågorna**

- 14 Vid två tillfällen, i maj 1999 och i april 2000, transporterade Jürgen Kretzinger cigaretter med ursprung i länder som inte är medlemmar i Europeiska unionen, vilka dessförinnan hade smugglats in i Grekland av andra personer, med lastbil från Grekland genom Italien och Tyskland till Förenade kungariket. Cigaretterna företeddes inte vid något tillfälle för tullklarering.
- 15 Under den första transporten innehöll lastbilen 34 500 cigarettlimpor, som omhändertogs i Italien av Guardia di Finanza (polis som utreder ekobrott) den 3 maj 1999. Jürgen Kretzinger försattes på fri fot den 4 maj 1999 efter förhör.
- 16 Genom dom av den 22 februari 2001 upphävde Corte d'Appello di Venezia, sedan åklagaren överklagat, den friande domen från första instans och dömde Jürgen Kretzinger i hans utevaro till villkorlig dom med ett år och åtta månaders fängelse som alternativstraff. Corte d'Appello di Venezia fällde honom till ansvar för brott bestående i införsel och innehav i Italien av 6 900 kilogram utländsk smuggeltobak, samt underlåtenhet att erlägga tull vid införseln av denna tobak. Enligt italiensk rätt har denna dom vunnit laga kraft. Påföljden har förts in i belastningsregistret för den dömd.

- 17 Under den andra transporten innehöll lastbilen ett parti bestående av 14 927 limpör smuggelcigaretter. Jürgen Kretzinger greps den 12 april 2000 på nytt av italienska Guardia di Finanza. Han satt en kort tid anhöllen och/eller häktad i Italien, men reste därefter tillbaka till Tyskland.
- 18 Genom dom av den 25 januari 2001 dömdes han av Tribunale di Ancona, även denna gång i sin utevaro och enligt samma bestämmelser i italiensk rätt, till fängelse i två år (ovillkorligt). Även denna dom har enligt italiensk rätt vunnit laga kraft. Fängelsestraffet, vilket inte verkställts, infördes även i belastningsregistret för den dömd.
- 19 Den hänskjutande domstolen har påpekat att den trots flera försök att få klargöranden rörande dessa domar inte har lyckats att med säkerhet fastställa exakt vilka tullavgifter som avses i domarna, och särskilt inte huruvida åtminstone en av domarna också omfattade lagföring eller fällande dom avseende undandragande av tull.
- 20 Landgericht Augsburg dömde, med kännedom om dessa italienska avgöranden, Jürgen Kretzinger till fängelse i ett år och tio månader för den första transporten och ett år för den andra. Landgericht fann att Jürgen Kretzinger skulle fällas till ansvar för skattehälteri avseende importtull med anledning av införseln av smuggelgodset till Grekland, ett brott som är straffbart enligt 374 § i den tyska skattelagen.

- 21 Landgericht Augsburg påpekade att de två fällande domarna som vunnit laga kraft i Italien ännu inte hade verkställts och fann att det inte förelåg något processhinder enligt artikel 54 i tillämpningskonventionen. Enligt Landgericht Augsburg var denna artikel inte tillämplig, trots att samma cigarettransporter låg till faktisk grund både för de två fällande domarna i Italien och för dess egna avgöranden.
- 22 Jürgen Kretzinger överklagade till Bundesgerichtshof, som ifrågasatte huruvida Landgericht Augsburgs resonemang var förenligt med artikel 54 i tillämpningskonventionen.
- 23 Bundesgerichtshof undersökte först tolkningen av begreppet "samma gärning" i den mening som avses i artikel 54 i tillämpningskonventionen.
- 24 Bundesgerichtshof ansåg, a priori, att en villkorlig dom med fängelse som alternativstraff, såsom den avseende den första transporten, omfattas av artikel 54 i tillämpningskonventionen. Med avseende på begreppet "verkställighet", undrar den domstolen om en kortvarig häktningstid räcker för att hindra vidare lagföring.
- 25 Bundesgerichtshof har anfört, med avseende på förekomsten av ett processhinder enligt artikel 54 i tillämpningskonventionen, att de italienska myndigheterna inte har vidtagit några åtgärder med stöd av rambeslutet för att verkställa den fällande domen mot Jürgen Kretzinger avseende den andra transporten, och undrar om och i vilken mån bestämmelserna i rambeslutet påverkar tolkningen av den nämnda artikeln.

26 Under dessa omständigheter beslutade Bundesgerichtshof att vilandeförklara målet och hänskjuta följande frågor för ett förhandsavgörande:

- ”1. Är det fråga om åtal för ’samma gärning’ i den mening som avses i artikel 54 i tillämpningskonventionen, när en tilltalad som har dömts av en italiensk domstol för införsel av utländsk smuggeltobak i Italien, och för att där ha innehaft tobaken i fråga och underlåtit att erlagga tull för denna, därefter döms av en tysk domstol för häleri, med anledning av att han övertagit samma varor i Grekland, med avseende på (formellt sett grekisk) importtull som skulle ha erlagts av tredje man i samband med att denne förde in varorna, då den tilltalade redan från början hade för avsikt att efter övertagandet i Grekland transportera varorna till Storbritannien via Italien?
  
2. Är ett straff i den mening som avses i artikel 54 i tillämpningskonventionen ’avtjänat’ eller ’under verkställighet’,
  - a) om den tilltalade har dömts till villkorlig dom med fängelse som alternativstraff enligt rättsordningen i den stat där avkunnandet ägt rum,
  
  - b) om den tilltalade har suttit anhållen eller häktad under en kort tid och detta frihetsberövande enligt lagarna hos den stat hos vilken avkunnandet ägt rum skall avräknas vid senare verkställighet av fängelsestraffet?

3. Påverkas tolkningen av begreppet 'verkställighet' i den mening som avses i artikel 54 i tillämpningskonventionen av

- a) att den stat i vilken den första domen avkunnats i och med införlivandet med nationell rätt av ... rambeslut[et] ... alltid har möjlighet att verkställa en enligt den inhemska rätten lagakraftvunnen dom,
  
- b) att en ansökan om rättsligt samarbete, från den stat där fällande dom avkunnats, avseende överlämnande av den dömda eller verkställighet av domen i denna stat inte kan ske utan vidare på grund av att den tilltalade har dömts i sin utevaro?"

### **Domstolens behörighet**

<sup>27</sup> Det framgår av punkt 11 ovan att domstolen i förevarande fall, i enlighet med artikel 35 EU, är behörig att uttala sig om tolkningen av artikel 54 i tillämpningskonventionen och, i den mån det är relevant i förevarande mål, av rambeslutet.

## Prövning av tolkningsfrågorna

### *Den första frågan*

- 28 Bundesgerichtshof har ställt denna fråga för att få klarhet i vilket det relevanta kriteriet är för tillämpningen av begreppet ”samma gärning” i den mening som avses i artikel 54 i tillämpningskonventionen. Frågan avser närmare huruvida det olagliga agerande som bestod i övertagande av utländsk smuggeltobak i en avtalsslutande stat och införsel och innehav av samma tobak i en annan avtalsslutande stat omfattas av detta begrepp, i den mån den tilltalade, mot vilken åtal har väckts i två avtalsslutande stater, redan från början hade för avsikt att transportera tobaken, efter att första gången ha övertagit denna, genom flera avtalsslutande stater mot ett slutmål.
- 29 Domstolen har i detta hänseende redan funnit, i punkt 36 i dom av den 9 mars 2006, i mål C-436/04, Van Esbroeck (REG 2006, s. I-2333), att det enda relevanta kriteriet för tillämpningen av artikel 54 i tillämpningskonventionen är huruvida de konkreta gärningarna är identiska i den meningen att de utgör en helhet av omständigheter som är ouppslösligt förbundna med varandra och, i punkt 42 i samma dom, att detta kriterium är tillämpligt oberoende av omständigheternas rättsliga kvalificering eller det rättsliga intresse som skyddas (se även dom av den 28 september 2006 i mål C-150/05, Van Straaten, REG 2006, s. I-9327, punkterna 48 och 53).
- 30 Av detta följer först att det saknar betydelse att lagföringen av Jürgen Kretzinger i den första avtalsslutande staten (Italien) avser underlåtenhet att deklarerera cigaretterna och/eller att erlagga tull vid införsel till den staten, medan lagföringen i den andra avtalsslutande staten (Tyskland) avser det första övertagandet i Grekland av smuggeltobak.

- 31 Bedömningen av huruvida de konkreta gärningarna är identiska i den meningen att de utgör en helhet av omständigheter som är oupplösligt förbundna med varandra skall vidare göras oberoende av det rättsliga intresse som skyddas. Detta intresse kan variera från en avtalsslutande stat till en annan.
- 32 Den tyska och den spanska regeringen har emellertid gjort gällande vid förhandlingen, vilken ägde rum efter det att domen i det ovannämnda målet Van Esbroeck avkunnats, att kriteriet som är grundat på huruvida de konkreta gärningarna är identiska skall tillämpas så, att behöriga nationella domstolar även skall kunna beakta det rättsliga intresse som skyddas vid bedömningen av en helhet av konkreta omständigheter.
- 33 Domstolen påpekar i detta hänseende att eftersom de nationella strafflagstiftningarna inte har harmoniserats skulle överväganden som baseras på det rättsliga intresse som skyddas kunna ge upphov till lika många hinder för den fria rörligheten inom Schengenområdet som det finns straffrättsliga system i de avtalsslutande staterna (se domen i det ovannämnda målet Van Esbroeck, punkt 35).
- 34 Enligt domstolen skall följaktligen de behöriga nationella domstolarna, som har att fastställa huruvida de konkreta gärningarna är identiska, begränsa sin bedömning till huruvida dessa utgör en helhet av omständigheter som är oupplösligt förbundna med varandra i tid och rum samt med hänsyn till vad de avser (se, för ett liknande resonemang, domen i det ovannämnda målet Van Esbroeck, punkt 38). Överväganden grundade på det rättsliga intresse som skyddas skall inte anses relevanta för den bedömningen.
- 35 Domstolen har, beträffande en situation som den i fråga i målet vid den nationella domstolen, redan funnit att straffbara gärningar som består i in- och utförsel av samma otillåtna varor och som leder till åtal i olika stater som anslutit sig till tillämpningskonventionen skall anses omfattas av begreppet "samma gärning" i den

mening som avses i artikel 54 i tillämpningskonventionen (se, för ett liknande resonemang, domarna i de ovannämnda målen Van Esbroeck, punkt 42, och Van Straaten, punkt 51, samt dom av den 28 september 2006 i mål C-467/04, Gasparini m.fl., REG 2006, s. I-9199, punkt 57).

36 Transporter av smuggelcigaretter såsom de i fråga i målet vid den nationella domstolen, vilka innebär att inre gränser i Schengenområdet passeras successivt, kan följaktligen utgöra en helhet av omständigheter som omfattas av begreppet "samma gärning". Det åligger emellertid de behöriga nationella domstolarna att göra en slutlig bedömning i detta hänseende. De skall pröva huruvida de konkreta gärningarna i fråga utgör en helhet av omständigheter som är oupplösligt förbundna med varandra i tid och rum samt med hänsyn till vad de avser.

37 Mot denna bakgrund skall den första frågan besvaras enligt följande. Artikel 54 i tillämpningskonventionen skall tolkas på följande sätt:

- Det kriterium som är relevant för tillämpningen av nämnda artikel är huruvida de konkreta gärningarna är identiska i den mening att de utgör en helhet av omständigheter som är oupplösligt förbundna med varandra, oberoende av gärningarnas rättsliga kvalificering eller det rättsliga intresse som skyddas.
- Gärningar som består i övertagande av utländsk smuggeltobak i en avtalsslutande stat och införsel och innehav av samma tobak i en annan avtalsslutande stat, vilka kännetecknas av att den tilltalade, mot vilken åtal har väckts i två avtalsslutande stater, redan från början hade för avsikt att transportera tobaken, efter att första gången ha övertagit denna, genom flera avtalsslutande stater mot ett slutmål, kan omfattas av begreppet "samma gärning" i den mening som avses i nämnda artikel 54. Det åligger de behöriga nationella domstolarna att göra en slutlig bedömning i detta hänseende.

*Den andra frågan punkt a*

- 38 Den hänskjutande domstolen har ställt denna fråga för att få klarhet i huruvida en straffrättslig påföljd som meddelats av en domstol i en avtalsslutande stat, i den mening som avses i artikel 54 i tillämpningskonventionen, "har avtjänats" eller "är under verkställighet", då en tilltalad, enligt rättsordningen i den nämnda avtalsslutande staten, har dömts till villkorlig dom med fängelse som alternativstraff.
- 39 Domstolen påminner först om att i enlighet med artikel 54 i tillämpningskonventionen är förbudet mot flera åtal för samma gärning enbart tillämpligt, vid fällande dom såsom i målet vid den nationella domstolen, under förutsättning att "straffet avtjänats eller är under verkställighet eller inte längre kan verkställas enligt lagarna hos den part hos vilken avkunnandet ägt rum" (nedan kallat verkställighetsvillkoret).
- 40 Domstolen påpekar vidare, som generaladvokaten har gjort i punkterna 44 och 45 i sitt förslag till avgörande, att den ordning enligt vilken den nationella domstolen, om rekvisiten är uppfyllda, kan avkunna en villkorlig dom med ett alternativstraff, är välkänd i de avtalsslutande staternas straffrättsliga system.
- 41 Jürgen Kretzinger, de regeringar som har lämnat in yttranden i förevarande mål samt Europeiska gemenskapernas kommission är överens om att en person som har dömts till villkorlig dom med fängelse som alternativstraff skall anses ha blivit lagförd, befunnits skyldig och blivit dömd, med alla relaterade följder enligt den berörda rättsordningen.

- 42 Domstolen konstaterar i detta hänseende att en villkorlig dom med fängelse som alternativstraff utgör ett straff i den mening som avses i artikel 54 i tillämpningskonventionen, eftersom den dömdes olagliga gärning beivras. Den nämnda påföljden skall anses vara "under verkställighet" så snart den fällande domen verkställs samt under prøvotiden. När prøvotiden är över skall påföljden anses vara "avtjänad" i den mening som avses i samma bestämmelse.
- 43 Denna tolkning att en villkorlig dom med fängelse som alternativstraff även uppfyller verkställighetsvillkoret bekräftas, såsom bland annat den tjeckiska regeringen och kommissionen har påpekat, av att det skulle vara inkonsekvent att betrakta varje frihetsberövande påföljd som faktiskt avtjänats som en verkställighet i den mening som avses i artikel 54 i tillämpningskonventionen och samtidigt utesluta att en villkorlig dom med en alternativ påföljd, vilken vanligtvis meddelas för mindre allvarliga brott, kan uppfylla verkställighetsvillkoret i den nämnda artikeln och på så sätt möjliggöra ny lagföring.
- 44 Den andra frågan punkt a skall mot denna bakgrund besvaras så att den straffrättsliga påföljd som meddelats av en domstol i en avtalsslutande stat har, i den mening som avses i artikel 54 i tillämpningskonventionen, "avtjänats" eller "är under verkställighet", då den tilltalade enligt rättsordningen i den nämnda avtalsslutande staten har dömts till villkorlig dom med fängelse som alternativstraff.

*Den andra frågan, punkt b*

- 45 Den hänskjutande domstolen har ställt denna fråga för att få klarhet i huruvida, i den mening som avses i artikel 54 i tillämpningskonventionen, en straffrättslig påföljd som meddelats av en domstol i en avtalsslutande stat skall anses ha "avtjänats" eller vara "under verkställighet", då den tilltalade suttit anhållen eller häktad under en

kort tid och då detta frihetsberövande enligt lagarna hos den part hos vilken avkunnandet ägt rum skall avräknas vid senare verkställighet av fängelsestraffet.

46 Domstolen skall i detta hänseende undersöka huruvida, för det fall de andra rekvisiten i artikel 54 i tillämpningskonventionen är uppfyllda, ett kortvarigt frihetsberövande — såsom då den tilltalade sitter anhöllen eller häktad innan en fällande dom i en första avtalsslutande stat har vunnit laga kraft — som skall avräknas mot det slutgiltiga fängelsestraffet, skulle kunna medföra att verkställighetsvillkoret uppfylls i förväg och på så sätt utesluta vidare lagföring i en andra avtalsslutande stat.

47 Jürgen Kretzinger har under förhandlingen bland annat gjort gällande att verkställighetsvillkoret, generellt sett, inte längre är tillämpligt sedan Schengenregelverket införlivats i gemenskapsrätten, i ett sådant fall som det i fråga i målet vid den nationella domstolen, då ett fängelsestraff (ovillkorligt) inte verkställts i den avtalsslutande stat hos vilken avkunnandet ägt rum, trots att det inte föreligger några rättsliga grunder till hinder därför.

48 De sju regeringar som inkommit med skriftliga yttranden till domstolen samt kommissionen har däremot gjort gällande att de perioder då en person sitter anhöllen eller häktad inte utan vidare skall betraktas som verkställighet av en straffrättslig påföljd i den mening som avses i artikel 54 i tillämpningskonventionen.

49 Domstolen finner att det framgår av själva ordalydelsen av den nämnda artikeln att denna inte är tillämplig innan "fråga[n] om ansvar [har] prövats genom

lagakraftätagande dom”. Under det rättsliga förfarandet sker emellertid både anhållande och häktning innan ansvarsfrågan prövats genom lagakraftätagande dom.

50 Av detta följer, såsom generaladvokaten har anfört i punkt 59 i sitt förslag till avgörande, att artikel 54 i tillämpningskonventionen inte omfattar sådana frihetsberövanden, även om de enligt nationell rätt skall beaktas vid senare verkställighet av eventuella fängelsestraff.

51 Denna tolkning bekräftas, såsom den tyska, den spanska och den österrikiska regeringen samt kommissionen har gjort gällande, av den omständigheten att ändamålet med häktning skiljer sig väsentligt från ändamålet bakom verkställighetsvillkoret i artikel 54 i tillämpningskonventionen. Medan ändamålet med häktning snarare är preventivt, är ändamålet med verkställighetsvillkoret att förhindra att en person beträffande vilken fråga om ansvar prövats genom lagakraftätagande dom i en första avtalsslutande stat inte längre kan lagföras för samma gärning och förblir ostraffad om straffet inte har verkställts i den första staten där fällande dom avkunnats.

52 Den andra frågan punkt b skall följaktligen besvaras så att den straffrättsliga påföljd som meddelas av en domstol i en avtalsslutande stat skall, i den mening som avses i artikel 54 i tillämpningskonventionen, inte anses ha "avtjänats" eller vara "under verkställighet" då den tilltalade suttit anhållen eller häktad under en kort tid och då detta frihetsberövande enligt lagarna hos den stat hos vilken avkunnandet ägt rum skall avräknas vid senare verkställighet av fängelsestraffet.

*Den tredje frågan*

- 53 Den hänskjutande domstolen har ställt den tredje frågan för att få klarhet i huruvida, och i vilken mån, bestämmelserna i rambeslutet påverkar tolkningen av begreppet "verkställighet" i den mening som avses i artikel 54 i tillämpningskonventionen.
- 54 För att besvara denna fråga framhåller domstolen inledningsvis att efter det att rambeslutet införlivades i Tyskland, med verkan från den 2 augusti 2006, blev det på nytt möjligt att verkställa en europeisk arresteringsorder. Det kan därmed inte utan vidare uteslutas att bestämmelserna i rambeslutet kan påverka utgången i målet vid den nationella domstolen.
- 55 Det framgår dessutom av artikel 32 i rambeslutet att detta är tillämpligt på framställningar avseende gärningar som, liksom de i målet vid den nationella domstolen, begåtts före utgången av tidsfristen för införlivande av detta beslut, det vill säga den 1 januari 2004. Detta gäller emellertid under förutsättning att den verkställande medlemsstaten inte har gjort något uttalande där den förklarar att dessa framställningar fortsättningsvis kommer att behandlas i enlighet med det utlämningsystem som gällde före detta datum. Förbundsrepubliken Tyskland har i förevarande fall inte gjort något sådant uttalande.

*Den tredje frågan punkt a*

- 56 Den hänskjutande domstolen har ställt denna fråga för att få klarhet i huruvida den omständigheten, att en medlemsstat enligt rambeslutet kan utfärda en europeisk arresteringsorder med syftet att en tilltalad som har dömts genom en lagakraftvunnen dom enligt nationell rätt skall gripas och bli föremål för verkställighet, påverkar tolkningen av begreppet "verkställighet" i den mening som avses i artikel 54 i tillämpningskonventionen.

- 57 Jürgen Kretzinger har under förhandlingen gjort gällande att den rättsliga möjlighet, enligt rambeslutet, som en stat där fällande dom avkunnats har att utfärda en europeisk arresteringsorder för att verkställa en dom som har vunnit laga kraft medför att verkställighetsvillkoret skall anses uppfyllt. De behöriga domstolarna i Tyskland fick därefter, av denna anledning, inte längre lagföra honom.
- 58 De sju regeringar som har inkommit med skriftliga yttranden till domstolen samt kommissionen har däremot gjort gällande att rambeslutet ingalunda påverkar tolkningen av artikel 54 i tillämpningskonventionen. Regeringarna och kommissionen har bestritt att blotta möjligheten för den stat där fällande dom avkunnats att utfärda en europeisk arresteringsorder i sig själv kan vara tillräcklig för att uppfylla verkställighetsvillkoret, enligt vilket straffrättsliga påföljder verkligen skall ha "avtjänats".
- 59 Domstolen påpekar i detta hänseende att den tolkning av artikel 54 i tillämpningskonventionen som Jürgen Kretzinger förordar är oförenlig med själva ordalydelsen av den bestämmelsen, enligt vilken det uttryckligen krävs, förutom att det finns en fällande dom som vunnit laga kraft med avseende på samma gärning, att även verkställighetsvillkoret är uppfyllt.
- 60 Detta verkställighetsvillkor kan per definition inte anses vara uppfyllt då, såsom är fallet i målet vid den nationella domstolen, en eventuell europeisk arresteringsorder har utfärdats efter att en fällande dom har avkunnats i en första medlemsstat, just med syftet att säkerställa att ett fängelsestraff verkställs vilket ännu inte har avtjänats i den mening som avses i artikel 54 i tillämpningskonventionen.
- 61 Detta bekräftas i artikel 3 punkt 2 i själva rambeslutet, enligt vilken den anmodade medlemsstaten skall vägra att verkställa en europeisk arresteringsorder då det framgår av de uppgifter som står till den verkställande rättsliga myndighetens förfogande att den eftersöktes ansvar för samma gärning prövats genom lagakraftäggande dom i en medlemsstat och att verkställighetsvillkoret, vid fällande dom, är uppfyllt.

62 Såsom den spanska och den österrika regeringen samt kommissionen därtill har gjort gällande bekräftas detta av att tolkningen av artikel 54 i tillämpningskonventionen inte kan göras beroende av bestämmelser i rambeslutet utan att det leder till rättsosäkerhet. Denna rättsosäkerhet skulle följa dels av den omständigheten att de medlemsstater som är bundna av rambeslutet inte samtliga är bundna av tillämpningskonventionen, vilken för övrigt är tillämplig i vissa tredje länder, dels av den omständigheten att tillämpningsområdet för den europeiska arresteringsordern är begränsat, vilket inte är fallet med artikel 54 i tillämpningskonventionen, som omfattar alla brott som blivit föremål för straffrättsliga påföljder i de stater som har undertecknat konventionen.

63 Den omständigheten, att ett fängelsestraff som har vunnit laga kraft eventuellt kan verkställas i den stat där fällande dom avkunnats till följd av att en annan stat överlämnat den dömden, påverkar således inte tolkningen av begreppet "verkställighet" i den mening som avses i artikel 54 i tillämpningskonventionen.

64 Den tredje frågan punkt a skall följaktligen besvaras på följande sätt. Den omständigheten att en medlemsstat, i vilken en tiltalad har dömts genom en lagakraftvunnen dom enligt nationell rätt, enligt rambeslutet kan utfärda en europeisk arresteringsorder med syftet att den personen skall gripas och bli föremål för verkställighet påverkar inte tolkningen av begreppet "verkställighet" i den mening som avses i artikel 54 i tillämpningskonventionen

*Den tredje frågan punkt b*

65 Den hänskjutande domstolen har ställt den tredje frågan punkt b för att få klarhet i huruvida, enligt den ordning som följer av artikel 5 punkt 1 i rambeslutet, den omständigheten att den verkställande medlemsstaten inte utan vidare är skyldig att

verkställa en europeisk arresteringsorder som utfärdats med syftet att verkställa en dom som har avkunnats i den tilltalades utelämnande påverkar tolkningen av begreppet "verkställighet" i den mening som avses i artikel 54 i tillämpningskonventionen.

66 Domstolen konstaterar i detta hänseende, såsom följer av punkterna 59–64 i förelämnande dom, att möjligheten för en medlemsstat att utfärda en europeisk arresteringsorder inte påverkar tolkningen av begreppet "verkställighet" i den mening som avses i artikel 54 i tillämpningskonventionen. Såsom den spanska regeringen och kommissionen med rätta har gjort gällande föranleds inte domstolen, under sådana omständigheter som de i målet vid den nationella domstolen, att göra någon annan bedömning med anledning av att den dom som har återopats till stöd för en eventuell europeisk arresteringsorder har avkunnats i den tilltalades utelämnande.

67 Av detta följer att det i förelämnande fall inte är nödvändigt att pröva frågan huruvida en dom som har avkunnats i den tilltalades utelämnande, och vars verkställbarhet kan vara underkastad villkor i enlighet med artikel 5 punkt 1 i rambeslutet, skall anses utgöra en dom avseende en person "beträffande vilken fråga om ansvar prövats genom lagakraftvägande dom" i den mening som avses i artikel 54 i tillämpningskonventionen.

68 Det saknas således anledning att besvara den tredje fråga punkt b.

### **Rättegångskostnader**

69 Eftersom förfarandet i förhållande till parterna i målet vid den nationella domstolen utgör ett led i beredningen av samma mål, ankommer det på den nationella domstolen att besluta om rättegångskostnaderna. De kostnader för att avge yttrande till domstolen som andra än nämnda parter har haft är inte ersättningsgilla.

Mot denna bakgrund beslutar domstolen (andra avdelningen) följande:

- 1) Artikel 54 i konventionen om tillämpning av Schengenavtalet av den 14 juni 1985 mellan regeringarna i Beneluxstaterna, Förbundsrepubliken Tyskland och Franska republiken om gradvis avskaffande av kontroller vid de gemensamma gränserna, som undertecknades i Schengen (Luxemburg) den 19 juni 1990, skall tolkas på följande sätt:

- Det kriterium som är relevant för tillämpningen av nämnda artikel är huruvida de konkreta gärningarna är identiska i den meningen att de utgör en helhet av omständigheter som är oupplösligt förbundna med varandra, oberoende av gärningarnas rättsliga kvalificering eller det rättsliga intresse som skyddas.

- Gärningar som består i övertagande av utländsk smuggeltobak i en avtalsslutande stat och införsel och innehav av samma tobak i en annan avtalsslutande stat, vilka kännetecknas av att den tilltalade, mot vilken åtal har väckts i två avtalsslutande stater, redan från början hade för avsikt att transportera tobaken, efter att första gången ha övertagit denna, genom flera avtalsslutande stater mot ett slutmål, kan omfattas av begreppet "samma gärning" i den mening som avses i nämnda artikel 54. Det åligger de behöriga nationella domstolarna att göra en slutlig bedömning i detta hänseende.

- 2) Den straffrättsliga påföljd som meddelats av en domstol i en avtalsslutande stat har, i den mening som avses i artikel 54 i konventionen om tillämpning

**av Schengenavtalet, "avtjänats" eller "är under verkställighet", då den tilltalade enligt rättsordningen i den avtalsslutande staten har dömts till villkorlig dom med fängelse som alternativstraff.**

- 3) Den straffrättsliga påföljd som meddelas av en domstol i en avtalsslutande stat skall, i den mening som avses i artikel 54 i konventionen om tillämpning av Schengenavtalet, inte anses ha "avtjänats" eller vara "under verkställighet" då den tilltalade suttit anhållen eller häktad under en kort tid och detta frihetsberövande enligt lagarna hos den stat hos vilken avkunnandet ägt rum skall avräknas vid senare verkställighet av fängelsestraffet.**
  
- 4) Den omständigheten att en medlemsstat, i vilken en tilltalad har dömts genom en lagakraftvunnen dom enligt nationell rätt, enligt rådets rambeslut 2002/584/RIF av den 13 juni 2002 om en europeisk arresteringsorder och överlämnande mellan medlemsstaterna, kan utfärda en europeisk arresteringsorder med syftet att den personen skall gripas och bli föremål för verkställighet, påverkar inte tolkningen av begreppet "verkställighet" i den mening som avses i artikel 54 i konventionen om tillämpning av Schengenavtalet.**

Underskrifter