

## Das Prinzip *ne bis in idem* (gemäß Artikel 4 des Protokolls N° 7 zur EMRK): Ein Recht mit ungewisser Reichweite

Die Regel »*ne bis in idem*«, welche die Kumulierung der strafrechtlichen Verfolgung und Verurteilung gegen dieselbe Person aufgrund derselben Tatsachen untersagt, ist durch die Europäische Konvention der Menschenrechte (nachfolgend genannt Konvention) in Artikel 4 des Protokolls N°7 garantiert: Dieser sieht vor, dass niemand wegen einer strafbaren Handlung, wegen der er bereits nach dem Gesetz oder dem Strafverfahrensrecht eines Staates rechtskräftig verurteilt oder freigesprochen worden ist, in einem Strafverfahren desselben Staates erneut vor Gericht gestellt oder bestraft werden darf. Das Recht, das durch diese Vorschrift, die zu den fundamentalen Rechten des Beschuldigten zählt, garantiert ist, dient dazu, die Rechtssicherheit einer Person zu gewährleisten, die schon vor den Gerichten zur Rechenschaft gezogen wurde. Die Wichtigkeit dieser Bestimmung geht aus der Tatsache hervor, dass dieses Recht der Liste der unantastbaren Rechte die im Artikel 15 der Konvention vorgesehen sind, hinzugefügt wurde – zusammen mit dem Recht auf Leben, dem Verbot der Folter, dem Verbot der Sklaverei und dem Prinzip des strafrechtlichen Rückwirkungsverbots.

Dennoch genießt das Recht, nicht zweimal verurteilt oder bestraft zu werden, in der Rechtsprechung der Organe der Konvention nur eine eingeschränkte Anwendung<sup>2</sup>. Wenn es auch nicht unwichtig ist, dass bis heute eine große Anzahl der europäischen Staaten das Protokoll N°7<sup>3</sup> nicht ratifiziert haben, so sind doch die Begriffe der Rechtsprechung, was die Definition der verschiedenen Begriffe, aus denen sich *ne bis in idem* zusammensetzt, wenig entwickelt.

Tatsächlich hat der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (hier Gerichtshof genannt) sich sehr schnell für den eigenständigen Sinn der Begriffe »Strafverfahren« und »strafrechtlich«, die im Artikel 4 des Protokolls N°7 stehen, ausgesprochen und damit den Schutz der Regel »*ne bis in idem*« auf die Verwaltungsverfahren ausgeweitet.

Durch dieses Vorgehen befand sich der Gerichtshof jedoch in einer schwierigen Lage. In der Tat gilt in den meisten europäischen Rechtsordnungen die Regel »*ne bis in idem*« nur für Strafverfahren im engeren Sinn. Als Grundsatz des Strafrechts wird sie von dem Beschuldigten vor dem Strafrichter vorgebracht, der allein für die Anwendung zuständig zu sein scheint. Dagegen ergeben sich sehr wenige Fragen auf der internen Ebene im Hinblick auf die Anwendung dieser Regel in den Verwaltungsverfahren.

- 
- 1 Der folgende Beitrag spiegelt nur die persönliche Meinung der Verfasserin wider. Sie ist nicht Ausdruck der Rechtsprechung des EGMR.
  - 2 Genauer zur Rechtsprechung des EGMR, Christina Karakosta, »*Ne bis in idem*: une jurisprudence peu visible pour un droit intangible«, revue trimestrielle dr. h., 2008, S. 25-49
  - 3 Siehe die komplette Liste der Ratifizierungen auf <http://www.echr.coe.int/ECHR/FR/Header/Basic+Texts/Basic+Texts/Dates+of+ratification+of+the+European+Convention+on+Human+Rights+and+additional+Protocols/>.

ren. So ist es nicht erstaunlich, dass in fast allen kontinentalen Staaten oft kumulative Bestrafungen, sowohl strafrechtlicher, verwaltungs- oder steuerlicher Art vorgesehen sind<sup>4</sup>.

Als einschlägige Beispiele sind Verstöße gegen die Straßenverkehrsordnung anzusehen, die kumulativ strafrechtliche und verwaltungsrechtliche Rechtsfolgen haben, wie etwa das zeitweilige Fahrverbot oder der Entzug des Führerscheins. Eine ähnliche Lage von kumulativen Sanktionen kann man bei Zoll- oder Steuerergehen beobachten. Übrigens ist es wichtig festzustellen, dass es bei den umstrittenen Fällen, die der Gerichtshof zu beurteilen hatte, sich um solche Delikte handelte.

Zugleich ist es unbestreitbar, dass der Gerichtshof grundsätzlich davon Abstand nimmt, die Entscheidungen der Mitgliedstaaten im Hinblick auf die Organisation ihres Rechtssystems in Frage zu stellen. Wie der Gerichtshof bereits bei anderen Vorschriften festgestellt hat<sup>5</sup>, ist es Sache der nationalen Behörden, das Strafrecht und das repressive System zu organisieren, zu entscheiden, welche moralischen und sozialen Werte unter den Schutz des Gesetzes gehören, aus welchen Ursachen verschiedene Verhaltensweisen unter das Strafrecht fallen und welches die Beziehungen zwischen den verschiedenen Straftaten sind. Diese Feststellungen gelten umso mehr für die Anwendung des Artikels 4 des Protokolls Nummer 7, als der Gerichtshof den Staaten kein Verfahren auferlegen kann, um eine gesetzeswidrige Handlung zu bestrafen. Es scheint also, als würde der Gerichtshof den Staaten einen gewissen Spielraum zur Beurteilung im Rahmen des Artikels 4 des Protokolls Nummer 7 einräumen.

Daraus ergibt sich die Feststellung, dass der Gerichtshof, wenn er zu einem Urteil darüber ersucht wird, ob die Existenz zweier Sanktionen, einer straf- und einer verwaltungsrechtlichen, das Recht beeinträchtigen könnte, nicht zweimal verurteilt oder verfolgt zu werden, einerseits durch einen weiten Begriff des Strafverfahrens und andererseits durch das Bemühen, die Befugnis der Staaten zu kumulativem Strafen nicht in Frage zu stellen, gebunden ist. Doch diese zwei Elemente sind kaum miteinander zu vereinbaren. Der eigenständige Sinn des Begriffs »Strafrecht« begünstigt eine sich fortentwickelnde Anwendung des Rechts nach Artikel 4 des Protokolls Nummer 7 (I), obschon der Beurteilungsspielraum eher für eine formalistische Anwendung spricht (II). So versucht der Gerichtshof eine Annäherung, nach der er die Existenz von kumulativen Sanktionen rechtfertigen muss, aber mit der Regel »ne bis in idem« in den administrativen Verfahren im Einklang ist. Doch diese Aufgabe ist besonders schwierig und führt zu eher bescheidenen Resultaten, obschon sowohl die Unantastbarkeit des Rechts als auch die jüngsten Entwicklungen in der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften für eine dynamischere Anwendung sprechen (III).

4 Siehe die Rechtssache *Kremzow gegen Österreich*, 7. November 1990, in dem die Kommission dieses System als »normales Phänomen« bezeichnet

5 Siehe, *Markovic und andere gegen Italien* [GC], 14. Dezember 2006; *Streletz, Kessler et Krenz gegen Deutschland* [GC], 22. März 2001, § 49; *Edificaciones March Gallego S.A. gegen Spanien*, 19. Februar 1998, § 33; *Brualla Gómez de la Torre gegen Spanien*, 19. Dezember 1997, § 33 et *Gabbarri Morenon gegen Spanien*, 22. Juli 2003, § 24.

### I. Die Autonomie des Begriffs des Strafrechts und die Versprechen eines weiten Anwendungsbereiches

Der Gerichtshof hat sehr schnell den Anwendungsbereich der Regel »ne bis in idem« erfolgreich erweitert, indem er den eigenständigen Sinn der Begriffe »in Strafsachen« und »Strafe«, wie sie seit längerer Zeit durch seine Rechtsprechung zu den Artikeln 6 und 7 der Konvention etabliert sind, auf die Begriffe »Strafverfahren« und »strafrechtlich« in Artikel 4 des Protokolls Nummer 7 übertragen hat<sup>6</sup>. So ist das Prinzip »ne bis in idem« nicht nur auf Strafverfahren im engeren Sinn, wie sie als solche im innerstaatlichen Recht definiert werden, anwendbar, sondern kann sich auch auf Verwaltungs-, Zoll-, Steuer- und Disziplinarverfahren beziehen<sup>7</sup>.

Wie der Gerichtshof deutlich in seinem Urteil *Göktan gegen Frankreich* bestätigt, wurde ihm die Auslegung des Begriffs »Strafrecht« durch die Absicht einer einheitlichen Rechtsprechung aufgezwungen. So haben die Organe der Konvention stets die Regel »ne bis in idem« auf der Grundlage der Artikel 6 und 7 der Konvention ausgelegt, auch wenn dieser Ansatz nicht von Anfang an verständlich war. Tatsächlich könnte man eine gewisse Fortentwicklung im Hinblick auf die Art und Weise beobachten, wie die Organe der Konvention, insbesondere der Gerichtshof, den eigenständigen Sinn des Begriffs »Strafverfahren« im Artikel 4 des Protokolls Nummer 7 bestätigt haben.

In einer ersten Phase haben die Organe der Konvention fast automatisch die Grundsätze und Kriterien angewandt, die im Rahmen der Artikel 6 und 7 der Konvention stehen, ohne über die Ursachen einer solchen Auslegung zu entscheiden. So war in dem ersten Fall<sup>8</sup> in Bezug auf die Regel »ne bis in idem« die ehemalige Kommission der Auffassung, dass der Artikel 4 des Protokolls Nummer 7 nicht im vorliegenden Fall anwendbar sei mit der Begründung, dass das Disziplinarverfahren in diesem Falle nicht als Strafrecht betrachtet werden könnte. Genau betrachtet ging es um Folgendes: Nach seiner Verurteilung durch die Strafgerichtsbarkeit wegen Totschlags wurden die Rentenansprüche des Klägers, einem Richter im Ruhestand, im Anschluss an ein Disziplinarverfahren aberkannt. Der Beschwerdeführer klagte im Rahmen der Artikel 6 der Convention und 4 des Protokolls Nummer 7. Die Kommission hat zunächst, unter

6 Gemäß einer gefestigten Rechtssprechung (siehe zBsp. *Jussila gegen Finnland*[GC], 23. November 2006 §§ 29-39; *Ezeh und Connors gegen das Vereinigte Königreich Großbritannien*[GC], 9. Oktober 2003, § 82) der Begriff »erhobene strafrechtliche Anklage.....auf Gesetz beruhend« (Artikel 6 Konvention) kann nicht nur in Hinsicht auf das nationale Recht des Beschuldigten interpretiert werden. Der Gerichtshof untersucht, indem er sich auf verschiedene Kriterien bezieht, ob die angefochtene Maßnahme einen strafrechtlichen Charakter aufweist, sowie die rechtliche Qualifizierung des nationalen Rechts, Art der Zuwiderhandlung oder die Art und Schwere der angewendeten Sanktion. Der Begriff »Strafe« aus dem Artikel 7 hat ebenfalls eine autonome Tragweite (*Van Droogenbroeck gegen Belgien*, 24. Juni 1982, § 38 und *Welch gegen Großbritannien*, 9. Februar 1995, §§ 27-28).

7 Und dies, ohne den Ablauf der streitigen Verfahren zu berücksichtigen. Siehe *Franz Fischer gegen Österreich*, 29. Mai 2001, § 29.

8 *Kremzow gegen Österreich*, siehe Fn 3.

dem Blickpunkt von Artikel 6 untersucht, ob das in Frage kommende Disziplinarverfahren als Strafsache betrachtet werden könnte. Einmal zu dem Schluss gelangt, dass der Artikel 6 in diesem Fall nicht anwendbar sei, hat die Kommission dann erklärt, die Klage sei – *ratione materiae* – unvereinbar mit dem Recht »ne bis in idem«.

So hat der Gerichtshof auch in seinem ersten Urteil im Hinblick auf das Prinzip »ne bis in idem«<sup>9</sup> die Position der Kommission übernommen. Er hat sich insbesondere darauf beschränkt, die Existenz des »idem« zu untersuchen und hat sich nicht im Hinblick auf das »bis« ausgesprochen, da er schon gemäß Artikel 6 das Verwaltungsverfahren gegen den Kläger wegen Fahrens unter Alkoholeinfluss als Strafsache ausgelegt hatte. Der Gerichtshof hat diese Auslegung in einer Reihe von Fällen befolgt<sup>10</sup>, so dass man davon ausgehen kann, dass in den Augen des Gerichtshofs der strafrechtliche Charakter der streitigen Verfahren klar ist und keiner weiteren detaillierten Analyse bedarf.

Schließlich hat der Gerichtshof im Lichte des Urteils *Göktań gegen Frankreich*<sup>11</sup>, in dem zum ersten Mal ausdrücklich anerkannt wird, dass der Begriff »Strafsache« keinesfalls unterschiedliche Auslegungen nach den Bestimmungen der Konvention haben könne, zunehmend begonnen, sich auf die Rechtsprechung betreffend Artikel 6 und 7 der Konvention zu berufen, um über den strafrechtlichen Charakter der Maßnahmen zu urteilen<sup>12</sup>. Dabei hat er die in der Rechtsprechung zu diesen Artikeln entwickelten Lösungen übernommen. So war im Fall *Mulot gegen Frankreich*<sup>13</sup> der Gerichtshof der Ansicht, dass der vorläufige und sofortige Führerscheinentzug eines Klägers, der im Zustand der Trunkenheit in einen Unfall verwickelt war, einen präventiven Charakter hatte und nicht vergleichbar sei mit einer Strafmaßnahme. Um zu diesem Urteil zu gelangen, maß der Gerichtshof der Tatsache mehr Bedeutung zu, dass diese Maßnahme »vor dem Sachurteil« getroffen wurde und nicht »eine Untersuchung oder Feststellung von Schuld« bedeutete – ein Prinzip, das durch das Urteil der großen Kammer im Fall *Escoubet gegen Belgien*<sup>14</sup> aufgestellt wurde und auf das sich der Gerichtshof bezieht.

Kürzlich hat der Gerichtshof eine Reihe von Beschlüssen zu Fragen der Zulässigkeit gefasst. In diesen Beschlüssen hat er ganz ausführlich die strafrechtliche Natur der den Klägern auferlegten Maßnahmen untersucht<sup>15</sup>. In der Tat hat der Gerichtshof alle Kriterien be-

9 *Gradinger gegen Österreich*, 23. Oktober 1995, § 53.

10 So hat der Gerichtshof die Anwendung von Artikel 4 Protokoll 7 untersucht, ohne über den strafrechtlichen Aspekt eines Verwaltungsverfahrens (*Franz Fischer gegen Österreich*, 29. Mai 2001, § 29) oder eines Besteuerungsverfahrens (*Ponsetti und Chesnel gegen Frankreich* (Dez), 14. September 1999) zu entscheiden.

11 *Göktań gegen Frankreich*, 2. Juli 2002, § 48.

12 In seinem Urteil *Rosenquist gegen Schweden*, 14. September 2004, zitierte der Gerichtshof *Janosevic gegen Schweden*, 23. Juli 2002, *Vastberga Taxi Aktiebolag und Vulic gegen Schweden*, 23. Juli 2002. Ebenso im Urteil *Manasson gegen Schweden*, 8. April 2003, bezog er sich auf das Urteil *Tre Traktörer AB gegen Schweden*, 7. Juli 1989.

13 *Mulot gegen Frankreich* (Dez), 14. Dezember 1999.

14 *Escoubet gegen Belgien* [GC], 28. Oktober 1999, § 37.

15 Siehe, *Harvig gegen Norwegen* (Dez), 11. Dezember 2007, bezüglich eines vorläufigen Entzugs der Approbation als Arztes am Ende eines disziplinarischen Verfahrens und die Urteile vom 1. Februar 2007, *Storbraten und Mjælde gegen Norwegen*, die ein zweijähriges Verbot jedweder wirtschaftlichen Aktivität betrafen, das den Antragstellern am Ende eines Zivilverfahrens auferlegt wurde.

nutzt, die auf Grund der Artikel 6 und 7 ausgearbeitet wurden, um festzustellen, dass die betreffenden Maßnahmen nicht im Sinne des Artikels 4 des Protokolls Nummer 7 als strafrechtliche anzusehen sind. Unter anderem hat der Gerichtshof die Regelungen über Verstöße gegen innerstaatliches Recht, den zivilen Charakter der anhängigen Verfahren, das Präventionsziel und den vorläufigen Charakter der Sanktionen sowie das Fehlen einer direkten Verbindung mit den Strafverfahren, die zwischenzeitlich eingeleitet wurden, in Betracht gezogen. Obwohl der Gerichtshof sein Urteil, dass die Regel »ne bis in idem« nicht anwendbar sei, knapper und mit Bezug auf schon ergangene Urteile hätte begründen können, hat er eine präzise, klarere und vor allem verständlichere Stellungnahme bevorzugt.

Daraus folgt, dass die Rechtsprechung im Hinblick auf den eigenständigen Sinn des Begriffs »Strafverfahren« bei der Auslegung des Prinzips »ne bis in idem« doch klar und zusammenhängend ist<sup>16</sup>. Von dem Moment an, in dem juristische und administrative Unterschiede der Anwendbarkeit der Regel »ne bis in idem« nicht mehr im Wege stehen, genießt der Einzelne einen besonderen Schutz gegen die Strafmacht des Staates, weil er nicht Gefahr läuft, wegen des gleichen Delikts – unter dem Vorwand, es handle sich um eine verwaltungsrechtliche Maßnahme – noch einmal bestraft zu werden.

## 2. Die Wirklichkeit einer restriktiven Auslegung

Die dynamische Anwendung der Regel »ne bis in idem«, angeregt durch die freie und selbständige Auslegung des Begriffs »Strafverfahren«, ist wenig vereinbar mit dem Bestreben des Gerichtshofes, die Urteile des nationalen Gesetzgebers nicht in Frage zu stellen und zu vermeiden, sich auf Fragen der Auslegung innerstaatlichen Rechts zu konzentrieren. Um diese beiden Ziele zu vereinbaren, muss der Gerichtshof die Existenz kumulativer, also straf- und verwaltungsrechtlicher Sanktionen, unter dem Aspekt des »bis« (a) als auch des »idem« (b) rechtfertigen.

### a) Das Kriterium der Doppelbestrafung

Bei drei Fällen im Hinblick auf eine Kumulation strafrechtlicher und verwaltungsrechtlicher Sanktionen für Vergehen gegen die Straßenverkehrsordnung (besonders wegen Trunkenheitsfahrten) war der Gerichtshof der Ansicht, dass die verwaltungsrechtlichen Maßnahmen keine doppelte Bestrafung darstellen, sondern Bestandteil der juristischen Strafverfahren waren<sup>17</sup>. In der Tat handelte es sich um Delikte, die einer-

16 Allerdings gibt es manchmal strittige Lösungen. In der Tat, in dem Urteil *Hangl gegen Österreich* (Dez), 20. März 2001, betrachtete der Gerichtshof – mit Bezug auf die Urteile *Mulot et Escoubet* (siehe Fn 12) – den Entzug der Fahrerlaubnis des Antragstellers als Präventivmaßnahme, die einen Monat nach seiner strafrechtlichen Verurteilung wegen überhöhter Geschwindigkeit erfolgte und die im Gesetz als direkte Folge der strafrechtlichen Verurteilung vorgesehen ist. Allerdings ist schlecht erkennbar, wie eine auferlegte Maßnahme nach und wegen einer strafrechtlichen Verurteilung einen präventiven Charakter gehabt haben könnte. Umso mehr, weil in ähnlichen Fällen, der Gerichtshof eine andere Sichtweise vertrat (siehe unten »das Kriterium der ergänzenden Strafen«).

17 *R.T gegen Schweiz* (Dez), 30. Mai 2000; *Nilsson gegen Schweden* (Dez), 13. Dezember 2005 und *Maszni gegen Rumänien*, n° 59892/00, 21. September 2006.

seits durch eine Gefängnisstrafe und/oder eine Geldstrafe durch die Strafjustiz bestraft wurden, andererseits aber – infolge der strafrechtlichen Verurteilung – durch Verwaltungsbehörden mit dem zeitweiligen Fahrverbot oder dem endgültigen Entzug der Fahrerlaubnis geahndet wurden.

In all diesen Fällen waren die Kläger zweifellos zweimal von zwei verschiedenen Instanzen, in zwei verschiedenen Verfahren, wegen eines Vergehens gegen die Straßenverkehrsordnung bestraft worden. Doch der Gerichtshof war der Ansicht, dass der innere Zusammenhang zwischen diesen beiden Sanktionen eng genug war, um anzunehmen, dass der Entzug der Fahrerlaubnis Teil der strafrechtlichen Sanktionen für das Trunkenheitsdelikt war. Ebenso war er der Auffassung, dass der Entzug der Fahrerlaubnis die unmittelbare und vorhersehbare Folge der strafrechtlichen Verurteilung des Klägers war und dass wegen des engen Zusammenhangs der beiden Sanktionen der Entzug der Fahrerlaubnis einer Zusatzstrafe ähnelt<sup>18</sup>.

Aber weder der innere Zusammenhang der beiden Sanktionen noch die Vorhersehbarkeit der verwaltungsrechtlichen Sanktion widersprachen dem Umstand, dass die Kläger nach einer strafjustiziellen Verurteilung schon für ihre Vergehen vor den Gerichten hinreichend bestraft waren, so dass die nachfolgenden verwaltungsrechtlichen Sanktionen einer doppelten Bestrafung gleichkommen. Offenbar macht der Grundsatz ordentlicher Rechtspflege es notwendig, dass der Entzug der Fahrerlaubnis – dessen Erforderlichkeit im Falle eines schweren Vergehens gegen die Straßenverkehrsordnung absolut nicht in Frage gestellt wird – von einem Strafrichter angeordnet wird, der zugleich auch über den strafrechtlichen Schuldvorwurf entschieden hat. Doch der Gerichtshof hat sich nicht auf das Terrain einer einmaligen repressiven Maßnahme begeben und wollte eine gängige Praxis in der Mehrheit der Mitgliedstaaten nicht verurteilen.

b) Die Schwierigkeiten im Zusammenhang mit dem straftatbezogenen »idem«

Um über die Einhaltung der Regel »ne bis in idem« in Fällen zu urteilen, die sich auf die Kumulierung verwaltungs- und strafrechtlicher Sanktionen beziehen, muss sich der Gerichtshof mehr mit der Identität der betreffenden Straftaten auseinandersetzen. In diesem Zusammenhang hat der Gerichtshof verschiedene Möglichkeiten und die Lösung hängt vom Kriterium ab, das sich der Gerichtshof vorbehält. Die Wahl muss zwischen einer materiellen und einer formellen Sicht getroffen werden – das heißt zwischen einem *tatsachenbezogenen* und einem *straftatbezogenen »idem«*.

Wenn nun das entscheidende Kriterium die Identität der Tatsachen ist, das heißt die Existenz einer Reihe von konkreten, untrennbar miteinander verbundenen Umständen<sup>19</sup>, so würde jedes andere, gegen eine bereits zur Rechenschaft gezogene Person eingeleitete Verfahren, das Prinzip »ne bis in idem« verletzen. Wenn man auf die Straftat abstellt, gelangt man dann zu einem Verstoß gegen das Prinzip, wenn das zweite Verfahren auf den gleichen Rechtsbestimmungen beruht oder die einschlägigen

<sup>18</sup> *Mazini gegen Rumänien*, siehe Fn 16.

<sup>19</sup> Dieser Wortlaut wird öfters durch den EuGH benutzt.

Tatbestände den gleichen Inhalt haben, das gleiche Ziel verfolgen und die gleichen Rechtsgüter schützen.

Die Auslegung nach dem Wortsinn des Artikels 4 des Protokolls Nummer 7 bestätigt die Auffassung des strafatbezogenen »idem«: der Ausdruck »für das gleiche Vergehen« lässt wenig Zweifel. Auch gibt es seit längerer Zeit eine ständige Rechtsprechung des Gerichtshofes. Abgesehen von seinem ersten Urteil *Gradinger gegen Österreich*<sup>20</sup>, in dem der Gerichtshof entscheidend auf das Verhalten des Klägers abstellt, der durch eine Trunkenheitsfahrt den Tod einer Person verschuldete, hat der Gerichtshof den Aspekt des »idem« immer im Lichte der rechtlichen Qualifikation entschieden<sup>21</sup>.

Während jedoch diese Auffassung in einem ausschließlich strafrechtlichen Zusammenhang angemessen zu sein scheint, verträgt sie sich schlecht mit der Anwendung des Prinzips auf verwaltungsrechtliche Verfahren. Zunächst ist die Beurteilung, worin sich zwei tatbestandsmäßige Handlungen des innerstaatlichen Rechts unterscheiden, keine leichte Aufgabe: Sie verlangt nicht nur eine gründliche Kenntnis des fraglichen innerstaatlichen Rechts, sondern ist auch mit dem Gestaltungsermessens des nationalen Gesetzgebers eng verknüpft.

Darüber hinaus unterscheiden sich administrative Sanktionen wesentlich von den Straftaten durch ihre Natur und die Art ihrer Anwendung. Verwaltungsrechtliche Maßnahmen dienen dem Schutz von Rechtsgütern, verfolgen Ziele des öffentlichen Interesses und werden nach dem Verlauf eines rechtmäßigen Verfahrens getroffen. Es ist eher selten, dass eine verwaltungsrechtliche Sanktion in all ihren Elementen mit einer strafrechtlichen Sanktion übereinstimmt. Folglich könnte das Prinzip, sobald der Gerichtshof nicht auf den Inhalt der Straftatbestände abstellt, leer laufen: Denn es ist äußerst unwahrscheinlich, dass es im Fall einer Kumulierung strafrechtlicher und verwaltungsrechtlicher Sanktionen noch Beachtung findet.

Eine sorgfältige Untersuchung der EGMR-Rechtsprechung bestätigt diese Feststellung. So hat der Gerichtshof – mit Ausnahme verschiedener österreichischer Fälle, ähnlich dem Fall *Gradinger*<sup>22</sup> – in fast allen Fällen die Meinung vertreten, dass die fraglichen Verfahren nicht auf die gleiche Straftat zutrafen und dass sich die fraglichen Straftaten in ihren »wesentlichen Merkmalen«<sup>23</sup> unterscheiden. Wiederholt hat der Gerichtshof auf diesen Begriff abgestellt. In der Mehrzahl der Fälle hat er sich auf die Feststellung beschränkt, dass die begangenen Straftaten unterschiedlich waren, je-

20 *Gradinger gegen Österreich*, siehe Fn 8.

21 Siehe, *Oliveira gegen Schweden*, 30 Juli 1998 und *Franz Fischer gegen Österreich*, siehe Fn 9. Um zu wissen, ob die Rechtssprechung des Gerichtshofs widersprüchlich ist, siehe Marc Henzelin, »*Ne bis in idem, un principe à géométrie variable*«, *Revue pénale Suisse*, 2005, S. 345 usw. und Christina Karakosta, »*Ne bis in idem: Une jurisprudence peu visible pour un droit intangible*«, siehe Fn 1.

22 Sowie die Rechtssache *Sergueï Zolotoukhine gegen Russland*, vorgelegt am 7. Juni 2007 von der Kammer und im Moment noch an der Großen Kammer anhängig.

23 Dieser Ausdruck wurde zum ersten Mal in der Rechtssache *Franz Fischer* angewendet, aber der Gerichtshof bezog sich schon auf den Ausdruck: »wesentliche Merkmale« im Urteil *Ponsetti und Chesnel*.

doch ohne zu erklären, worin der Unterschied bestand<sup>24</sup>. Demgegenüber hat sich der Gerichtshof in einigen Entscheidungen<sup>25</sup>, die gegen die skandinavischen Länder gerichtet waren, auf die Angaben von den nationalen obersten Gerichten berufen und hat so versucht zu beweisen, dass Natur und Ziel der administrativen Maßnahmen sich klar von denen der strafrechtlichen unterscheiden<sup>26</sup>.

### 3. *Die Notwendigkeit, zwei gegenläufige Tendenzen in Einklang zu bringen*

Es scheint, als ob der Gerichtshof zögere, zu der Feststellung einer Verletzung des Prinzips »ne bis in idem« zu gelangen. Man könnte sich daher fragen, ob diese praktische inexistente Anwendung des Artikels 4 des Protokolls Nummer 7 nicht das unantastbare Prinzip seines Inhaltes beraubt. Dies gilt umso mehr, als sogar in Fällen, in denen das Recht, nicht zweimal verurteilt zu werden, offensichtlich scheint, der Gerichtshof der Auffassung ist, dass die Regel »ne bis in idem« nicht anwendbar ist.

So war in der Rechtssache *Zigarella gegen Italien*<sup>27</sup> der Kläger von den italienischen Gerichten wegen einer Straftat gerichtlich belangt worden, von der er schon endgültig freigesprochen worden war. In der mündlichen Verhandlung vor dem Strafgericht informierte der Kläger den Richter, dass er schon für den gleichen Sachverhalt gerichtlich belangt worden war. Am gleichen Tag stellte das Gericht die Strafverfolgung ein. Obschon klar war, dass sich der Kläger für die gleichen Straftaten, von denen er freigesprochen worden war, erneut vor Gericht verantworten musste, war der Gerichtshof der Auffassung, dass Artikel 4 des Protokolls Nummer 7 nicht anwendbar sei, mit der Begründung, dass das zweite Strafverfahren aus Versehen eingeleitet worden war<sup>28</sup>. Aber eine solche Auffassung kann nur zu Kritik führen, da es scheint, als ob die An-

24 *Hauser-Sporn gegen Österreich*, 7. Dezember 2006. Dem Antragssteller wurde eine verwaltungsrechtliche Sanktion auferlegt, weil er es versäumte die Polizei wegen eines Verkehrsunfalls, der zur Verwundung einer Person führte, zu benachrichtigen, wo er doch schon wegen Körperverletzung und Aussetzung einer hilflosen Person verfolgt wurde. Der Gerichtshof hielt fest, dass es offensichtlich sei, dass ein verwaltungsrechtlicher Verstoß sich nicht auf denselben Akt oder dieselbe Unterlassung bezieht wie die strafrechtlichen Verstöße.

25 *Rosenquist gegen Schweden* (Dez), *Manasson gegen Schweden* (Dez) und *Storbraten gegen Norwegen* (Dez).

26 Im Fall *Rosenquist gegen Schweden* (siehe Fn 11) stellte der Gerichtshof fest, dass »the purpose of the criminal offence within sections 2 and 4 of the Tax Offences Act differed from the purpose of the imposition of a tax surcharge. The purpose of the latter was to secure the fundamant of the national tax system; control and sanctions being necessary devises for ensuring efficient compliance by millions of tax subjects with their fundamant duty to provide extensive and accurate factual information and material for their tax assessment.«

27 *Zigarella gegen Italien*, 3. Oktober 2002. Siehe ebenfalls *Falkner gegen Österreich* (Dez), 30. September 2004 und *Sergueï Zolotoukhine gegen Russland*, (siehe Fn 21), in dem der Gerichtshof das Kriterium der »intention de l'ouverture des poursuites« a contrario verwendet.

28 Um den Ausdruck des Gerichtshofes noch mal zu erwähnen: »l'objet et le but de la norme en question commandent, en l'absence de tout préjudice prouvé par le requérant, que seules les nouvelles poursuites ouvertes volontairement méconnaissent cette disposition«.

wendung der Regel »ne bis in idem« davon abhängt, ob ein weiteres Strafverfahren absichtlich eingeleitet wurde oder nicht.

Es wäre daher angebracht, dass der Gerichtshof seine Rechtsprechung überprüft und seine Auffassung im Hinblick auf die Definition des »idem« revidiert, um so eine effektivere Gewährleistung des Rechts zu gewährleisten. Eine tatsachenbezogene Interpretation des »idem« scheint am besten geeignet, die gegenläufigen Strömungen der Rechtsprechung in Einklang zu bringen und die Rechte des Individuums besser zu gewährleisten, auch wenn sie zu mehreren Problemen mit der Mehrheit der europäischen Staaten führt, deren Justizsystem die Existenz von kumulativen Strafen verwaltungsrechtlicher und strafrechtlicher Art vorsieht.

Auch würde eine tatsachenbezogene Beurteilung erlauben, die Konflikte mit der Rechtssprechung des Gerichtshofes der Europäischen Gemeinschaft zu vermeiden. Denn seit seinem Urteil *Van Esbroeck* (C-436/041) vom 9. März 2006 legt der EuGH in ständiger Rechtsprechung den Begriff »derselben Tat«, wie er in Artikel 54 SDÜ genannt ist, als »das Vorhandensein eines Komplexes konkreter, unlösbar miteinander verbundener Umstände aus, unabhängig von der rechtlichen Qualifikation dieser Tatsachen oder von dem geschützten rechtlichen Interesse«. Darüber hinaus, so die Folgerungen des Generalanwalts M.D. Ruiz-Jarabo Colomer, lässt sich auf die strafatbezogene Auffassung nicht abstellen, denn diese scheint so eng verbunden mit den Vorstellungen nationalstaatlicher Kriminalpolitik, dass es möglich wäre, dasselbe Verhalten mehrmals zu bestrafen und so Artikel 54 SDÜ zu umgehen.

Gewiss, sowohl der Anwendungsbereich als auch die ratio des Artikels 54 SDÜ unterscheiden sich klar von denen des Artikels 4 des Protokolls Nummer 7: Der erste hat eine transnationale Bedeutung und zielt darauf, den freien Personenverkehr zu gewährleisten und einen Raum der Freiheit, Sicherheit und des Rechtes zu schaffen, während der zweite sich nur auf die Verfahren vor Gerichten des gleichen Staates bezieht, mit dem Ziel, das Individuum gegenüber der Staatsgewalt zu schützen<sup>29</sup>. Aber auch wenn Artikel 54 SDÜ nur indirekt dazu bestimmt ist, die Menschenrechte zu schützen, so dient seine dynamische Anwendung durch den EuGH dazu, dem Individuum einen verstärkten Schutz zu bieten – eine Konsequenz, die der Gerichtshof nicht übersehen darf.

Daher kann man im Sinne der einheitlichen Anwendung des Grundsatzes »ne bis in idem« auf europäischer Ebene und im Sinne des individuellen Rechtsschutzes nur hoffen, dass die Große Kammer die Gelegenheit ergreift, den Grundsatz fortzuentwickeln und ihn im anhängigen Fall *Sergueï Zolotoukhine gegen Russland* sogleich anzuwenden.

29 Siehe unter anderem, EGMR *Buzunis gegen Griechenland*, 2. Dezember 1994 und *Amrollahi gegen Dänemark* (Dez), 28. Juni 2001.