

ContraLegem

2018/1



Apokryphe Haftgründe und ihre Problematik

Bussen und Steuern:
Warum Steuerrecht nicht moralisch sein soll

Der fremde Gesetzgeber

Widerlegbare Täterschafts-
vermutung im Strafrecht?

Moralischer Sexismus

Gaba: Absolutes Verbot der
Gebietsabrede

Arbeitspflicht im Freiheits-
entzug

Impressum



ContraLegem (www.contralegem.ch)

ISSN: 2624-6902

Chefredaktion

Prof. Dr. Marcel Alexander Niggli

Redaktion

Ass.-Prof. Dr. Stefan Maeder
MLaw Louis Frédéric Muskens, avocat

Wissenschaftlicher Beirat

Prof. Dr. Marc Amstutz
Prof. Dr. Ramon Mabillard
Prof. Dr. Christof Riedo
Prof. Dr. Franz Werro

Kontakt

Lehrstuhl Prof. M. A. Niggli
ContraLegem
Beauregard 13
1700 Freiburg
redaktion@contralegem.ch
Tel. 026 300 80 12

Erscheinungsweise

3-4 × jährlich
Erscheint nur elektronisch

Verlag

hep verlag ag
Gutenbergstrasse 31
Postfach
3001 Bern
info@hep-verlag.ch
Tel. 031 310 29 29

Titelbild

Die Offenbarung des Johannes: 4. Die vier apokalyptischen
Reiter. Holzschnitt von Albrecht Dürer (Ausschnitt)

© 2018 hep verlag ag, Bern

www.hep-verlag.ch

Inhaltsverzeichnis

<u>Impressum</u>	2
<u>Editorial</u>	
Zur Kritik des aktuellen Zustandes der Wissenschaft	4
<u>L</u>	
Bussen und Steuern: Warum Steuerrecht nicht moralisch sein soll	9
Apokryphe Haftgründe und ihre Problematik	32
<u>M</u>	
Absolutes Kartellverbot	44
Moralischer Sexismus	54
Der fremde Gesetzgeber	57
Zwangsarbeit 1	60
Widerlegbare Täterschaftsvermutung im Strafrecht?	67
<u>S</u>	
Anarchie	29
Was ist eine Banküberweisung?	30
Universität und Fachhochschule	31
Zwangsarbeit 2	65
<u>Isaiah's Corner</u>	
Isaiah Berlin, die Freiheit und ihre Feinde	41
Jean-Jacques Rousseau, Freund der Diktatur	42
Calvin und die nackten Kinder	43
Schinkensandwiches und Speck	49
Kontoeröffnung damals und heute	50
<u>Verräterische Sprache</u>	
Wittgenstein und das Beschwerderecht der Staatsanwaltschaft	47
Im Übrigen gilt die Unschuldsvermutung	72

Zur Kritik des aktuellen Zustandes der Wissenschaft

No trigger warnings, no safe spaces, no bullshit

Information explodiert und niemand liest. Die Akademie ignoriert das tapfer und gebärdet sich, als lebten wir nicht in Zeiten des TMI (*too much information*), als ginge es nicht darum, Information zu filtern und auszusondern, sondern immer noch darum, sie zu finden. Das ist Bullshit. Keine Frage. Es versteht sich deshalb, dass begründungspflichtig ist, wer eine Zeitschrift lanciert und damit Übermass, Flut und Unmenge, schlicht: das Zuviel an Information steigert. Diese Begründung soll nachstehend gegeben werden.

1

Beginnen wollen wir mit uns selbst: Wissenschaft ist zu einem System geworden, das – wie [Peter Sloterdijk](#) es im Spiegel einmal formuliert hat – einen Tsunami von Publikationen produziert, die dazu bestimmt sind, nicht gelesen zu werden.

Darauf reagiert die Akademie, indem sie den Wettbewerb verstärkt. Veröffentlichungen werden einem doppelblinden *Peer-Reviewing*-Verfahren unterworfen, in der Hoffnung so das Wertvolle herauszufiltern. Es werden Instrumente gebildet wie *Impact Factor* oder *Citation Index*, die eine Beurteilung wissenschaftlicher Qualität und Innovation versprechen. Skalierungsinstrumente sind inhärent diskriminierend, einseitig und ethnozentrischen Charakters, denn jede Skala ist unumgänglich Spiegel der Präferenzen und Wertvorstellungen desjenigen, der sie aufstellt (man schaue sich nur mal an, welche Sprachen diese *Indices* berücksichtigen und in welcher Quantität; wendet

man die quantifizierenden Kriterien der *Indices* auf sie selbst an, so erweisen sie sich als purer Abfall). Abgesehen von ihrer Einseitigkeit aber sind solche Skalen auch untauglich, weil sie nur wiedergeben können, was sich überhaupt skalieren und messen lässt, also nur, was standardisiert und damit vergleichbar gemacht wird (Vergleichbarkeit ist nicht in der Welt, sie wird von uns hineingetragen), sie können also gerade nicht Exzellenz oder Innovation messen, sondern nur Einfluss, Ruhm oder Bekanntheit. Nur ein Wahnsinniger würde aus der Tatsache, dass eine Idee viele Anhänger hat, auf ihre Qualität oder Zuverlässigkeit schliessen, ansonsten Religion ja deutlich zuverlässiger und besser erschiene als Wissenschaft. Die Qualität von Einzigartigem (Kreativität, Innovation) lässt sich durch das Zählen von Gewöhnlichem nicht ermitteln. Dass nur ein Prozent aller wissenschaftlichen Publikationen jemals zitiert wird, spricht nicht gegen die anderen neunundneunzig Prozent. Was quantitative Kriterien zur «Messung» wissenschaftlicher Qualität tatsächlich ermöglichen, ist sich aus der Verantwortung zu stellen, was wohl ihre Popularität erklärt. Sie dienen als Begründung für Entscheidungen, die durch sie «objektiv» werden, weshalb sie der Entscheidende nicht zu verantworten hat, ganz so, als liesse sich nicht jede Entscheidung objektiv begründen, denn dies – das Finden und Erfinden von Begründungen ist ja die eigentliche Kernaufgabe und Funktion unseres Hirns – und jeder intelligente Mensch, oder auf das Recht übertragen: jeder gute Jurist wird jedes beliebige Resultat

überzeugend begründen können. Darin, so **Stanley Fish**, besteht ja gerade das Problem: es gibt zu viele überzeugende Argumente und Begründungen, nicht zu wenige, weshalb die kindliche Hoffnung der Aufklärung, dass sich bei einem offenen Wettbewerb der Argumente das Beste durchsetzen werde, schon deshalb scheitern muss, weil es kein Bestes gibt, sondern eben nur eines, das sich durchsetzt.

Wir glauben deshalb nicht an Peer-Reviewing, das in unseren Augen nur Standard, nur Normalwissenschaft produziert, weil die Reviewer entweder vom zu beurteilenden Problem etwas verstehen und deshalb in direktem Wettbewerb zu ihm stehen, was ihnen nicht angenehm sein kann, oder umgekehrt sie von der Sache nicht wirklich viel verstehen, weshalb sie ihnen nicht sehr wichtig ist, ihr Urteil darüber aber eben auch entwertet. Die Anonymität des Reviewing-Verfahrens ermöglicht nicht nur, sie fördert dies unmässig. Ist eine wirklich neue Idee zu beurteilen, lehnen wir sie entweder ab, weil wir sie nicht verstehen oder für nutzlos oder gar gefährlich halten, oder wir verstehen sie und kommen dadurch in die Lage, die Phantasie und Kreativität eines anderen bewundern zu müssen, das aber werden nur wirklich grosse Geister vermögen und davon gibt es leider nur sehr wenige.

In **ContraLegem** wird es deshalb keine anonymen Beurteilungen eingereichter Texte geben. Die Entscheidung, ob veröffentlicht wird oder nicht, werden wir selbst treffen und auch verantworten.

2

Mit Verantwortung hat auch der nächste Punkt zu tun. Ein massgeblicher, ja vielleicht der massgebliche Aspekt wissenschaftlicher Publikationen besteht heute in ihrer Versessenheit auf Belege und Referenzen. Was einst als kluges Prinzip entstand, als Hinweis auf Weiterführendes oder Quellen für den interessierten Leser, hat sich verselbständigt zu einem Fetisch, dem bedingungs- und grenzenlos gehuldigt wird. Ein massgeblicher, wenn nicht überwie-

gender Teil der Zeit, die für wissenschaftliche Arbeit aufgewendet wird, besteht darin, Nachweise zu finden bzw. das aufzuarbeiten, was andere geschrieben haben. Natürlich wird die Qualität eines Argumentes nicht dadurch gesteigert, dass es schon von anderen vorgebracht wurde oder es auch andere verwenden. Das führt häufig dazu, dass ein erheblicher Teil wissenschaftlicher Arbeiten der Beschreibung des status quo gewidmet wird, was vom Leser dann geflissentlich überblättert wird. Dass nicht selten der grössere Teil der Energie, die für ein Paper aufgewendet wird, in solche, letztlich unfruchtbaren Formalitäten fliesst, statt in den Gedanken selbst, der vorgestellt wird, lässt den Leser nicht selten den Eindruck gewinnen, der Autor sei, als er sich endlich seinem eigentlichen Gedanken widmen durfte, bereits ermüdet.

3

Wir verstehen Wissenschaft mit **Paul Feyerabend** als ein Unternehmen, das eine Form von Kunst darstellt und gerade kein Handwerk, auch kein Kunsthandwerk. Die Beiträge, die wir bringen, fokussieren auf der Reflexion, auf dem Nachdenken; und Denken ist immer ein Risiko, ein Abenteuer, weil der Denkende nicht weiss und nicht kontrolliert, wohin ihn sein Denken führt. Nachdenken verstehen wir als einen notwendig ergebnisoffenen Prozess. Was nicht ergebnisoffen ist, lebt nicht. Was uns nicht riskiert, was uns nicht in Gefahr bringen kann, bleibt gleichgültig und wertlos. **ContraLegem** versucht, den Fokus wieder auf die Reflexion zu setzen und auf den geistigen Austausch. Ein solcher Austausch aber, ein Gespräch im eigentlichen Sinne, ergibt sich nicht, wenn die Teilnehmer mit und über Autorität argumentieren. An der Qualität eines Argumentes ändert sich nicht ein μ , wenn es von vielen, von Berühmten oder von Einflussreichen geteilt wird. Auch wenn der Papst, ja sogar wenn Gott selbst ein Argument guthiesse, änderte sich an seiner Qualität nichts. Es würde nicht besser oder überzeugender. Wir lehnen Autoritäten und Hierarchien als Referenzpunkte von Argumenten oder gar als Argumente ab, weil sie dem Autor einen vermeintlichen Schutzschild bieten, den er

erstens nicht verdient und zweitens nicht benötigt. Vermeintlich ist der Schutz deshalb, weil sich der Autor ja selbst entscheidet, welche Autoritäten ihn schützen sollen, sodass er um die Verantwortung, die er so fürchtet, gar nicht herumkommt. Freilich ist richtig, dass ihre Fragilität viele Menschen (auch viele Intellektuelle, die ja ohnehin nicht im Ruf besonderen Mutes stehen) dazu verführt, es sich hinter dem heimeligen Ofen einer akzeptierten Position bequem zu machen. Natürlich macht Denken einsam und traurig. Jeder Denkende ist immer in eisiger Höhe der Kälte ausgesetzt, weil er immer alleine ist. Und natürlich weiss er nicht, ob sich sein Unternehmen überhaupt lohnt. Aber nur dieses Risiko, die Bereitschaft zu fehlen und abzustürzen, kann Mündigkeit heissen und darf als Denken zählen.

Das primäre Motiv des Übergangs vom ptolemäischen (geozentrischen) zum kopernikanischen (heliozentrischen) Weltbild lag in der Ästhetik, denn in Wirklichkeit kreist natürlich kein Objekt um ein anderes. Es bewegen sich schlicht Himmelskörper und ihr Verhältnis zueinander hängt vom Standpunkt des Beobachters ab. Dass sich das Beobachtete durch die Tatsache verändert, dass es beobachtet wird, belegt ein kurzer Blick in jedes beliebige Lehrbuch der Quantenphysik. Es gibt keine Garantien. Nicht in der physikalischen, geschweige denn in der geistigen Welt. Jedes denkende Ich ist stets auf sich selbst gestellt, weil Denken selbst eine essentiell individualisierende Tätigkeit ist. Unterstützung und Zustimmung mag uns trösten nach mancher Mühsal, sie bleiben aber Grösse aus der Ferne, und auch die freundlichste Begegnung lässt sich mit **Oscar Wilde** beschreiben als *like two doomed ships that pass in storm*.

Deshalb wird es bei uns **keine trigger warnings** geben. Wir weisen nicht vorgängig darauf hin, dass bestimmte Texte bestimmte Leser unangenehm berühren und evtl. bestehende Traumata reaktivieren könnten. Das Leben selbst ist, soweit es nicht von Gartenzwerge und Regenwürmern kleingeredet wird, eine trau-

matische Erfahrung und die Aufgabe besteht darin, damit zurechtzukommen, nicht es zu fliehen. **ContraLegem** wird deshalb **keinen safe space** bieten, also keinen Raum, in welchem sich jemand sicher fühlen könnte vor bestimmten Äusserungen, Erfahrungen oder Ansichten, die er nicht mag und die ihn verletzen könnten. Zumindest nicht sicherer als anderswo. Wir halten derartige Schutzzonen für paternalistisch und infantilisierend, eines autonomen Menschen unwürdig.

4

Aus ganz ähnlichen Gründen wird es in **ContraLegem** auch **kein gendering** geben. Die Autoren sind innerhalb der Regeln der Grammatik völlig frei, ob sie die männliche oder die weibliche Form verwenden, wenn sie über einen bestimmten Sachverhalt schreiben. Wir werden aber keine sprachlichen Unterscheidungen akzeptieren, die nur gemacht werden, um darzutun, dass keine Unterschiede bestehen. Wer von Katzen redet, meint Katzen und Kater. Die beiden ausdrücklich zu erwähnen ist nur dort sinnvoll, wo auf einen Unterschied hingewiesen werden soll. Wer also von Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälten spricht, impliziert notwendig, dass es einen Unterschied zwischen beiden Gruppen gibt. Wir sprechen von Hunden und Katzen, wenn wir sie unterscheiden wollen, von Tischen und Stühlen dort, wo wir sie unterscheiden, ansonsten sprechen wir von Haustieren oder Möbeln. **ContraLegem** könnte sich einer Gleichberechtigungs- oder Gleichstellungslogik noch anschliessen (obwohl alleine die Tatsache, dass solches explizit notwendig sein sollte, erschreckt), wenn sie wenigstens zielführend wäre. De facto aber produziert das andauernde explizite Erwähnen beider Geschlechter, dass eine Unterscheidung Relevanz erlangt, die gerade keine haben sollte. Wenn ein Gesetz von Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälten spricht, wird jeden Lesers erste Frage sein, was die beiden denn im konkreten Kontext unterscheidet, da sie beide erwähnt werden. Genau so gut könnte man Berner, Basler, Genfer und Zürcher Rechtsanwälte erwähnen, um sichtbar zu machen, dass ihre geographische Herkunft oder Zulassung keine Rolle spielen. Widersinniger geht es nicht.

5 Zusammenfassend lässt sich das Ziel von **ContraLegem** im Kern mit der Formel **no bullshit** umschreiben. Unsere Anstrengungen – und diejenigen unserer Leser – sollen auf das Wesentliche fokussieren. Wir streben nach geistiger Auseinandersetzung, die sich nicht in Formalismen verliert. Sowohl Inhalt als auch Form sind darauf ausgerichtet (obwohl die beiden ja letztlich schwer voneinander zu unterscheiden sind).

6 Die Struktur der Zeitschrift ergibt sich aus diesen Vorgaben. Wir werden 3 Kategorien von Beiträgen unterscheiden. Kriterium wird primär die Länge der Texte sein, weshalb sie **L**, **M** und **S** heissen, was sich ganz wunderbar mit den Vornamen der Redakteure trifft.

7 Unsere Hauptkategorie wird **M** sein, für medium oder mittelgross, und Texte bis zu 5 Seiten aufnehmen. Diese Länge reicht, um einen Gedanken auszudrücken, eine kritische Position zu umreissen oder eine Idee vorzustellen. Die Rubrik **M** könnte entsprechend auch Reflexion heissen. Die Beschränkung des Textumfangs zwingt dazu, alles Generelle, Einführende ebenso wegzulassen, wie *captationes benevolentiae* oder Selbstdarstellungen, kurz sie zwingt dazu, auf **bullshit** zu verzichten. Die kleinere Schwesterkategorie heisst **S** für small, und nimmt Beiträge auf bis zu maximal einer Seite. Die Rubrik wird auch Hinweise enthalten auf Entscheide, Entwicklungen, Neuigkeiten, Bücher, Musik oder Ausstellungen. Um Ablenkungen oder Verschleierungen von Verantwortung zu vermeiden, werden in diesen beiden Rubriken keine Fussnoten zugelassen. Soweit Referenzen oder Hinweise auf externe Quellen notwendig sind, werden sie im Lauftext in Klammern aufgeführt.

8 Diskussion und Analyse bestimmter Dinge, Sachverhalte, Regelungen oder Entscheide benötigen manchmal mehr Raum als **M** zur Ver-

fügung stellt. Sie finden Platz in der Rubrik **L**, der einzigen, die Fussnoten zulässt, weil eine eingehende und längere Diskussion ohne deren Hilfe erschwert wird. Trotz ihres grösseren Umfangs wird auch diese Rubrik ausschliesslich der kritischen Auseinandersetzung mit Entwicklungen oder Entscheidungen gewidmet sein. Fussnoten und Verweise sind nicht Pflicht, aber zulässig, sofern sie der engen Funktion von Hinweisen dienen und nicht dem Schutz oder der Legitimation der Autoren.

9 Neben diesen grössenbestimmten Kategorien wird es zumindest zwei inhaltlich definierte Kategorien geben, **Isaiah's Corner** und **Verräterische Sprache**. Die eine ist nach Isaiah Berlin benannt, dem Philosophen der Freiheit, und wird Schlaglichter enthalten auf freiheitsfeindliche, an Rousseau geschulten auf das Kollektiv orientierten Argumente und Regelungen. Die andere wird sich mit der Sprache auseinandersetzen, speziell mit Bezeichnungen und Redewendungen, die häufig sehr viel mehr über die verraten, die sie verwenden, als ihnen lieb ist.

10 Zusammenfassend: **ContraLegem** soll der Reflexion dienen und der intellektuellen Auseinandersetzung. Das ist nur möglich, wenn den Denkenden Autonomie zukommt und sie sie auch beanspruchen, wobei Denken so sehr mit Autonomie verknüpft ist, dass Denken ohne Autonomie begrifflich nicht vorstellbar ist. Ein gelenktes, beschränktes, zensuriertes oder reguliertes Denken kann es nicht geben. Denken befreit den Denkenden notwendig. Und nimmt ihn in die Verantwortung. Denn Freiheit ist nur ein anderer Name für Verantwortung. Weder Autoritäten noch Hierarchien vermögen diese Verantwortung zu beschränken, denn Autorität wird geschenkt, nicht eingefordert. Jede Berufung auf eine Autorität gäbe – wäre sie ernst gemeint – Autonomie notwendig auf, weil ein Standpunkt nicht mehr vertreten wird, weil er für richtig erachtet wird, sondern weil ein anderer ihn vertritt. Glücklicherweise gelingt dies nicht, weil die Entscheidung, sich überhaupt auf eine Auto-

rität zu berufen und auch auf welche, immer und unausweichlich in der Entscheidungskompetenz des Denkenden bleibt, weshalb er dafür einzustehen hat, auch wenn das Autoritätstheater anderes zu suggerieren scheint. Wir treffen hier deshalb keine Unterscheidungen, die wir nicht verwenden wollen, und sofern wir Unterscheidungen treffen, tragen wir dafür Verantwortung. Weil das Argument zählen soll und nicht derjenige, der es vorbringt, verzichten wir auf die Angabe von Titeln, Funktionen etc. Wer sich dafür interessiert, kann es einfach nachschlagen. Wir setzen keine Fussnoten oder Belege, die niemand nachschaut und die nur die Funktion haben, die eigene Verantwortung zu verdecken. Wir grüssen keine Gesslerhüte. Es widerspräche jeder intellektuellen Redlichkeit und würde unser höchstes Gut, unsere Integrität, beschädigen. Kurz: Wir veröffentlichen keine Texte, die wir nicht selbst lesen wollen.

11

Schliesslich noch zum Formellen: Wir streben einen vierteljährlichen Erscheinungsrhythmus an, werden uns aber den Gegebenheiten anpassen, falls dies nötig sein sollte.

12

Wir veröffentlichen Texte in allen Sprachen, die wir verstehen, d.h. zumindest Texte in Deutsch, Französisch und Englisch. Auch italienische oder spanische Texte sind willkommen, wenn der Autor tatsächlich glaubt, auf diese Weise genügend Leser zu erreichen, was wir im schweizerischen Kontext allerdings bezweifeln. Im Falle von Romansch brauchen wir eine Übersetzung, ohne die wir nicht verstehen würden, was wir veröffentlichen.

Die Redaktion

Freiburg, im Sommer 18



Bussen und Steuern: Warum Steuerrecht nicht moralisch sein soll

Marcel Alexander Niggli/Louis Frédéric Muskens*

Kommentar zu BGE 143 II 8 (BGer 2C_916/2014 und 2C_917/2014). Zugleich eine Kritik der zunehmenden Moralisierung des Steuerrechts.

Dass Recht und Moral heute relativ strikt unterschieden werden, gilt gemeinhin als grosse Errungenschaft. Die Unterscheidung meint nicht, dass die beiden Bereiche nichts miteinander zu tun hätten, denn ein Recht losgelöst von jeglicher Moralvorstellung würde sich wohl niemand wünschen. Die Unterscheidung selbst aber ist für moderne Gesellschaften elementar, zumindest soweit sie sich als säkular und liberal verstehen. Nachdem doch Einiges darauf hindeutet, dass Recht mehr und mehr moralisiert wird, stellt sich die Frage, ob die Unterscheidung weiterhin valide ist. Und: Gilt sie für das Recht als Ganzes, oder nur für einzelne Rechtsgebiete? Gilt sie auch für das Steuerrecht?

Dieser Aufsatz geht der Frage nach, ob Steuerrecht moralisch sein soll und ob es das über-

haupt kann. Diskutiert wird dies am Beispiel der jüngsten bundesgerichtlichen Rechtsprechung zur steuerlichen Abzugsfähigkeit wettbewerbsrechtlicher Bussen. Gezeigt wird, dass Steuerrecht nicht dazu dienen kann, Moralvorstellungen durchzusetzen, dass ein moralisierender Eingriff des Steuerrechtes nicht nur nicht erstrebenswert ist, sondern letztlich zu Konflikten mit dem Strafrecht führt.

I. Sachverhalt und anwendbare Gesetzesbestimmungen

A. Sachverhalt

Im Urteil BGer 2C_916/2014 und 2C_917/2014 vom 26. September 2016 (BGE 143 II 8) geht es um eine Gesellschaft, die administrative Dienstleistungen anbietet.

Im Rahmen ihrer Tätigkeit wird die Gesellschaft am 11. November 2009 von der Europäischen Kommission zu einer kartellrechtlichen Busse

* Die Autoren bedanken sich ganz herzlich bei Dr. iur Meinrad Betschart und bei BLaw Josephine Rügsegger für die kritische Lektüre dieses Beitrages.

von EUR 348'000.- verurteilt. Sie wird dafür bestraft, dass sie Zusammenkünfte zwischen Kartellmitgliedern organisiert hat, dafür Räume zur Verfügung gestellt, Protokolle und Statistiken errechnet, Liefermengen bzw. Quotenabsprachen überwacht und als Moderatorin bei Spannungen zwischen den Kartellmitgliedern zur Verfügung fungiert hat.

Wegen dieser Verurteilung bildete die Gesellschaft per 31. Dezember 2009 entsprechende Rückstellungen sowohl in der Bilanz, als auch in der Erfolgsrechnung.

Das Steueramt des Kantons Zürich erachtete die Rückstellungen als geschäftsmässig nicht begründet und rechnete sie daraufhin bei den Kantons- und Gemeindesteuern dem Reingewinn und dem Eigenkapital, und bei der Bundessteuer dem Reingewinn zu.¹ Die Gesellschaft wurde also für das Jahr 2009 auf der Basis eines höheren Gewinns und Kapitals veranlagt.

Gegen die Veranlagungsverfügungen, die separat für einerseits Bundes- und andererseits Kantons- und Gemeindesteuer ergingen, erhob die Gesellschaft erfolglos Einsprache. Der Fall kam vor das Steuerrekursgericht des Kantons Zürich, das die Rückstellungen sowohl bei den Kantons- und Gemeindesteuern, als auch bei der Bundessteuer zuliess. Der Entscheid des Steuerrekursgerichtes wurde vom Verwaltungsgericht des Kantons Zürich bestätigt. Das Steueramt erhob daraufhin Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten beim Bundesgericht.

Das Bundesgericht heisst die Beschwerde gut, hebt das Urteil des Verwaltungsgerichtes auf und weist die Angelegenheit zur Neuurteilung

¹ Das Bundesgericht schafft Verwirrung in seiner Darstellung des Sachverhaltes («Sowohl bei den Kantons- und Gemeindesteuern als auch bei der direkten Bundessteuer rechnete das kantonale Steueramt in Abweichung von der Selbstschätzung der Pflichtigen die erwähnten Rückstellungen beim Reingewinn und beim Eigenkapital auf, da es sie als *geschäftsmässig* nicht begründet erachtete.»). Das vermittelt den unzutreffenden Eindruck, dass es eine direkte Bundessteuer auf dem Eigenkapital gibt.

im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurück.

B. Anwendbare Gesetzesbestimmungen

1. Bundessteuer

Nach Art. 1 lit. c DBG² erhebt der Bund bei den juristischen Personen eine Gewinnsteuer als direkte Bundessteuer.

Gegenstand der Gewinnsteuer ist der Reingewinn (Art. 57 DBG), d.h. die Differenz der Vermögenszu- und -abgänge einer Rechnungsperiode, einschliesslich ausserordentlicher Erträge.³ Zur Ermittlung des Reingewinns gilt grundsätzlich, dass die kaufmännische Handelsbilanz und Erfolgsrechnung für die Steuerbilanz massgeblich sind.⁴ Das Gesetz spricht, in Art. 58 Abs. 1 lit. a DBG, vom «Saldo der Erfolgsrechnung unter Berücksichtigung des Saldo vortrages des Vorjahres».

Das Gesetz enthält verschiedene sogenannte Korrekturvorschriften, die Fälle regeln, in denen eine Berichtigung des ausgewiesenen Jahresergebnisses stattfindet. Korrigiert werden Einträge, die zu einer Kürzung des steuerbaren Ergebnisses geführt haben, ohne dass ein sachlicher Zusammenhang mit der Tätigkeit bestünde.⁵ Es handelt sich um sogenannt geschäftsmässig nicht begründete Aufwendungen gemäss Art. 58 Abs. 1 lit. b DBG und nicht gutgeschriebene Erträge gemäss Art. 58 Abs. 1 lit. c DBG.

Art. 59 DBG umschreibt nicht abschliessend⁶, was zum geschäftsmässig begründeten Aufwand gehört. Immerhin sieht Art. 59 lit. a DBG den Grundsatz der Abzugsfähigkeit von Steuern vor, mit Ausnahme allerdings von Steuerbussen,

² Bundesgesetzes über die direkte Bundessteuer (DBG, RS 642.11).

³ Felix Richner/Walter Frei/Stefan Kaufmann/Hans Ulrich Meuter, Handkommentar zum DBG, 3. Aufl., Bern 2016, Art. 57 N 1.

⁴ Richner/Frei/Kaufmann/Meuter (Fn. 3), Art. 58 N 1; Peter Agner/Beat Jung/Gotthard Steinmann, Kommentar zum Gesetz über die direkte Bundessteuer, Schulthess, Zürich 1995, Art. 58 DBG N 1; BGE 141 II 83, E. 3.1; 137 II 353, E. 6.2; 136 II 88, E. 3.1; 132 I 175, E. 2.2; 119 Ib 111, E. 2c.

⁵ Agner/Jung/Steinmann (Fn. 4), Art. 58 N 6.

⁶ Richner/Frei/Kaufmann/Meuter (Fn. 3), Art. 59 N 1.

die explizit vom geschäftsmässig begründeten Aufwand ausgeschlossen und deshalb vom Gewinn nicht abgezogen werden dürfen. Andere Bussen werden in Art. 59 DBG nicht geregelt. Das führt zur Frage, wie sie steuerrechtlich zu behandeln sind.

2. Kantons- und Gemeindesteuern

Für Gewinnsteuern von Kantonen und Gemeinden gelten in Art. 24 f. StHG⁷ ähnliche Grundsätze wie bei der Bundessteuer.⁸

Gemäss Art. 24 Abs. 1 StHG unterliegt der gesamte Reingewinn der Gewinnsteuer. Dazu gehört gemäss Art. 24 Abs. 1 lit. a StHG auch Aufwand, der zwar die Erfolgsrechnung belastet, aber geschäftsmässig nicht begründet ist; gemäss Art. 24 Abs. 1 lit. b StHG gilt dasselbe für Erträge, Kapital-, Liquidations- und Aufwertungsgewinne, die der Erfolgsrechnung nicht gutgeschrieben wurden. Art. 25 Abs. 1 lit. a StHG sieht eine Abzugsfähigkeit der eidgenössischen, kantonalen und kommunalen Steuern mit Ausnahme von Steuerbussen vor.

Die kantonalen und kommunalen Kapitalsteuern werden gemäss Art. 29 Abs. 1 StHG auf der Basis des Eigenkapitals berechnet. Das steuerbare Eigenkapital besteht gemäss Art. 29 Abs. 2 lit. a StHG bei Kapitalgesellschaften aus dem einbezahlten Grund- oder Stammkapital, den offenen und den aus versteuertem Gewinn gebildeten stillen Reserven. Wird eine Aufwendung als geschäftsmässig nicht begründet qualifiziert, hat dies zur Folge, dass der betreffende Betrag der Erfolgsrechnung, aber auch dem Eigenkapital zugerechnet wird.

Die Lage ist bei Kantons- und Gemeindesteuern mithin die gleiche wie bei der Bundessteuer. Der Gesetzestext regelt – anders als Steuerbussen – die Bussen allgemein nicht.

⁷ Bundesgesetz über die Harmonisierung der direkten Steuern der Kantone und Gemeinden (StHG, SR 642.14).

⁸ Vgl. zu Art. 24 StHG: Peter Brülisauer/Oliver Kruppenacher, Art. 24 StHG N 1 ff. in: Martin Zweifel/Michael Beusch (Hrsg.), Kommentar zum Bundesgesetz über die Harmonisierung der direkten Steuern der Kantone und Gemeinden (StHG), 3. Aufl., Basel 2017.

3. Geschäftsmässige Begründetheit einer Aufwendung

Das Gesetz enthält keine Legaldefinition des geschäftsmässig begründeten Aufwandes.⁹

Gemäss Lehre und Rechtsprechung sind Aufwendungen dann geschäftsmässig begründet, wenn sie mit dem erzielten Erwerb unternehmenswirtschaftlich in einem unmittelbaren und direkten (organischen) Zusammenhang stehen.¹⁰ Alles, was nach kaufmännischer Auffassung in guten Treuen zu den Unkosten gerechnet werden kann, muss steuerlich als geschäftsmässig begründet anerkannt werden.¹¹ Die geschäftsmässige Begründetheit ist somit sowohl am Unternehmensziel als auch am Erhaltungsziel bezüglich des investierten Kapitals zu beurteilen.¹²

Besteuert wird, was der Pflichtige an Einkommen erzielt hat, und nicht, was er bei einem wirtschaftlich korrekten Einsatz der ihm zur Verfügung stehenden Mittel hätte erzielen können.¹³ Basis ist mithin die tatsächliche wirtschaftliche Situation, nicht eine normative Vorstellung dessen, was hätte geschehen sollen oder müssen. Der Begriff des geschäftsmässig begründeten Aufwandes kann richtigerweise nur dazu dienen, Aufwendungen auszuschliessen, die zwar von Personen oder Dritten getätigt werden, die im Geschäftsbetrieb handeln, die aber nicht das Geschäft als solches betreffen, weshalb sie nicht geschäftsmässig begründet sind.¹⁴

⁹ In die gleiche Richtung: Madeleine Simonek, Rechtsgutachten betreffend die Einzelinitiative KR-NR. 20/2010 zur Abzugsfähigkeit von Bussen vom steuerbaren Gewinn vom 23. April 2011, einsehbar unter <<https://bit.ly/2Lhpcyj>>, 20.

¹⁰ Peter Locher, Kommentar zum Bundesgesetz über die direkte Bundessteuer, II. Teil, Art. 48–101 DBG, Basel 2004, Art. 59 N 2; BGE 113 Ib 144, E. 2c.

¹¹ Locher (Fn. 10), Art. 59 N 2; Richner/Frei/Kaufmann/Meuter (Fn. 3), Art. 58 N 73 f. m.w.H.; Simonek (Fn. 9), 22 ff.; BGE 113 Ib 114, E. 2c, der zwar die unselbständige Erwerbstätigkeit einer natürlichen Person betrifft aber trotzdem für juristische Personen heranzuziehen ist. Vgl. auch dazu BGE 124 II 29, E. 3; BGER 2A.457/2001 vom 4. März 2002, E. 3.3 f.

¹² Locher (Fn. 10), Art. 59 N 2, m.w.H.

¹³ BGE 113 Ib 113, E. 2c.

¹⁴ Vgl. Simonek (Fn. 9), 25, wonach die Hauptfunktion des Begriffes in der Unterscheidung zur Kapitalentnahme liegt; BGE 70 I 250, E. 2.

II. Urteil des Bundesgerichtes

A. Fragestellung und Argumente der Parteien

Aus der Tatsache, dass die Abzugsfähigkeit von Bussen nicht allgemein im Gesetz geregelt wird, schliesst das Bundesgericht richtigerweise, dass sich folgende Frage stellt: Gehört eine wettbewerbsrechtliche Busse zum geschäftsmässig begründeten Aufwand oder ist sie dem Saldo der Erfolgsrechnung und damit dem Eigenkapital zuzurechnen (E. 3)?

In der Lehre ist die Frage der Abzugsfähigkeit nichtfiskalischer monetärer Sanktionen mit pönalem Charakter umstritten, was das Bundesgericht in Erwägung 5 auch feststellt.¹⁵

Die Vorinstanz hatte sich gegen eine Zurechnung der vorgenommenen Rückstellungen mit einer Begründung entschieden, die in Erwägung 4.1 des bundesgerichtlichen Entscheides wiedergegeben wird. Zusammengefasst lautet sie wie folgt:

1. Unmittelbarer und direkter Zusammenhang der Busse mit dem erzielten Erwerb;
2. Straflosigkeit der erbrachten Dienstleistungen in der Schweiz (zum Zeitpunkt der fraglichen Handlung);
3. Wertneutralität des Steuerrechts;
4. Grundsatz der Massgeblichkeit der Handelsbilanz und Abwesenheit einer anwendbaren Korrekturvorschrift.

Das Steueramt des Kantons Zürich hingegen erachtet jedenfalls den pönalen Anteil einer Busse

wegen widerrechtlicher Handlungen nicht als geschäftsmässig begründeten Aufwand und damit auch nicht als abziehbare Gewinnungskosten. Es bringt folgende Argumente vor (vgl. E. 4.2):

1. Einheit der Rechtsordnung;
2. Abwälzung eines Teiles der Busse auf den Fiskus bzw. den Staat;
3. Faktische Strafmilderung;
4. Anreiz zur bewussten Eingehung von potentiell widerrechtlichen Geschäften (Inkaufnahme der Busse als Aufwand);
5. Keine abschliessende Regelung der Korrekturvorschriften im Gesetz;
6. Hinweis auf Steuerbussen als Bestätigung des ungeschriebenen Grundsatzes, wonach Bussen nicht zum geschäftsmässig begründeten Aufwand gehören;
7. Kantonale Praxis in Zürich und weiteren Kantone.

B. Lösung des Bundesgerichtes

Das Bundesgericht heisst die Beschwerde des Steueramtes Zürich gut und hebt das Urteil des Verwaltungsgerichtes Zürich auf.

Zusammenfassend hält es fest, dass Bussen und monetäre Verwaltungsanktionen mit pönalem Charakter, die juristischen Personen aus eigener Verantwortung auferlegt werden, grundsätzlich nicht als geschäftsmässig begründeter Aufwand gelten könnten und deshalb steuerlich nicht absetzbar seien.¹⁶ Entsprechend seien Rückstellungen und Abschreibungen, die im Hinblick auf solche Aufwendungen getätigt worden sind, zuzurechnen.¹⁷ Abzugsfähig seien dagegen Gewinnabschöpfungsmaßnahmen – als schuldunabhängige Massnahme zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands, kurz gesagt: Gewinnabschöpfung verstanden als Massnahme ohne pönalen Charakter.¹⁸

Da im konkreten Fall nicht feststand, inwiefern der Busse der europäischen Kommission allen-

¹⁵ Pro Abzugsfähigkeit: **Richner/Frei/Kaufmann/Meuter** (Fn. 3), Art. 59 N 5; **Peter Brülisauer/Andreas Helbing**, Art. 59 N 3, in: Martin Zweifel/Peter Athanas (Hrsg.), Kommentar zum schweizerischen Steuerrecht, Band I/2a, Bundesgesetz über die direkte Bundessteuer (DBG) Art. 1–82, 2. Aufl., Basel 2007; **Andrea Lenzin/Khoulood Matta Nassif Ramella**, Erubiscitne fiscus? La deducibilità fiscale delle «penalties» comminate alle banche svizzere, *Rivista Novità fiscali* 2016/4, 9 ff., 12 f.; **Andrea Opel**, Ist Besteuerung von Unrecht rechtens?, *ASA* 84, 187 ff., 204 ff.; **Simonek** (Fn. 9). **Brülisauer/Helbing** sowie **Richner/Frei/Kaufmann/Meuter** (Fn. 3) erwähnen, dass dadurch ein Teil der Belastung auf den Fiskus zurück überwältigt wird und **Opel** sowie **Simonek**, dass diese Abzugsfähigkeit die Sanktion mildert. Contra Abzugsfähigkeit: **Agner/Jung/Steinmann** (Fn. 4), Art. 59 N 1; **Robert Danon**, Art. 59 N 11, in: Danielle Yersin/Yves Noël (Hrsg.), *Commentaire romand – Impôt fédéral direct*, Basel 2008; **Locher** (Fn. 10), Art. 59 N 70; **Giovanni Molo/Dario Giovanoli**, Das US-Programm aus Schweizer Sicht, *Jusletter* vom 16. Dezember 2013, 9 f. Vgl. weiter: **Robert Danon**, in: Yves Noël/Florence Aubry Girardin (Hrsg.), *Commentaire romand de la loi sur l'impôt fédéral direct*, 2. Aufl., Basel 2017, Art. 59 N 11 ff.

¹⁶ BGE 143 II 8, E. 7.8.

¹⁷ *Ibid.*

¹⁸ BGE 143 II 8, E. 7.7.

falls ein über pönale Zwecke hinausgehender Gewinnabschöpfungsanteil zukam, weist das Bundesgericht die Angelegenheit zur Neuerteilung an die Vorinstanz zurück.¹⁹

C. Analyse des Urteils

Mit seinem Entscheid hat das Bundesgericht eine laufende Gesetzesrevision quasi vorwirken lassen, indem es, aus moralischen – nicht aus rechtlichen – Gründen und ohne Rücksicht auf die Rechtssicherheit, die Abzugsfähigkeit kartellrechtlicher Bussen – und allgemeiner noch – von Bussen allgemein verneint hat.

In einem ersten Schritt werden wir die rationes decidendi des Bundesgerichtes analysieren und zeigen, dass der Entscheid auf moralischen Überlegungen ruht und der Logik des Steuerrechts widerspricht. In einem zweiten Schritt präsentieren wir kurz ein laufendes Gesetzgebungsverfahren, das wohl als Quelle des Bundesgerichts gedient hat, auch wenn es nicht erwähnt wird. Schliesslich werden wir die Folgen der Moralisierung des Steuerrechts kritisch betrachten.

1. Rationes decidendi des Bundesgerichtes

Die rationes decidendi des Bundesgerichtes finden sich in Erwägung 7 des Urteils. Die sieben Themen, die das Bundesgericht anspricht, sollen nachfolgend kurz kritisch beleuchtet werden.

a. Leistungsfähigkeitsprinzip

Das Bundesgericht führt aus, der Grundsatz der Leistungsfähigkeit nach Art. 127 Abs. 2 BV²⁰ könne gar nicht verletzt sein, denn mit dem Abzug aller geschäftsmässig begründeten Aufwendungen werde diesem Prinzip Rechnung getragen.²¹

Das Leistungsfähigkeitsprinzip gilt neben den Prinzipien der Allgemeinheit und der Gleich-

mässigkeit der Besteuerung als zentraler Grundsatz des Schweizer Steuersystems.²² Diesem Grundsatz zufolge muss sich die Steuerbelastung nach den dem Steuerpflichtigen zur Verfügung stehenden Wirtschaftsgütern und den persönlichen Verhältnissen richten.²³ Massgebend ist die Fähigkeit, Steuerleistungen aus dem Einkommen entsprechend der tatsächlich vorhandenen Zahlungsfähigkeit erbringen zu können.²⁴

Das Prinzip gilt auch für juristische Personen.²⁵ Damit sollen Gerechtigkeit und Gleichbehandlungsgebot im Steuersystem gewahrt werden.²⁶ Die Steuerlast wird so unter den Steuerpflichtigen gleich verteilt, im Sinne der *iustitia distributiva*²⁷ von Aristoteles, d.h. jeder gleich gemäss seiner Leistungsfähigkeit.²⁸ Ein genau definierter materieller Inhalt ist dem Prinzip nicht zu entnehmen²⁹, es muss konkretisiert werden.³⁰

²² Art. 127 Abs. 2 BV; BGE 141 I 78, E. 9.2. Vgl. allgemein zum Leistungsfähigkeitsprinzip: Markus Reich, Das Leistungsfähigkeitsprinzip im Einkommenssteuerrecht, ASA 53, 5 ff. Gemäss Reich wird das Prinzip durch mehrere Unterprinzipien konkretisiert (15). Vgl. auch Lothar Jansen, Der Schaden im Einkommensteuerrecht – gleichzeitig eine Abhandlung über die Prinzipien des schweizerischen Steuerrechts, 251 ff., 257, in: Anna Böhme et al. (Hrsg.), Ohne jegliche Haftung – Festschrift für Willi Fischer, Zürich 2016.

²³ Klaus A. Vallender/René Wiederkehr, Art. 127 N 23, in: Bernhard Ehrenzeller et al. (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung – St. Galler Kommentar, 3. Aufl., Zürich 2014.

²⁴ Jansen (Fn. 22), 258; BGE 122 I 101, E. 2b/aa; 120 Ia 329, E. 3.

²⁵ Heinz Weidmann, Zum Problem der Besteuerung juristischer Personen nach der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit, StR 35/1980, 135 ff., 136.

²⁶ Vgl. zur Gleichbehandlungsgebot: Peter Locher, Verfassung und Steuerrecht, 262 f., in: Urs R. Behnisch/Adriano Marantelli (Hrsg.), Beiträge zur Methodik und zum System des schweizerischen Steuerrechts, Bern 2014; BGE 141 I 78, E. 9.1; BGE 141 I 235, E. 7.1. Vgl. zur Gerechtigkeit: Emil Küng, Einkommenssteuer und Gerechtigkeit, StR 30/1975 228 ff.

²⁷ Der Vergleich mit Aristoteles wird vom Bundesgericht selber in BGE 133 I 206, E. 7.4 durchgeführt: «Gerechtigkeit im Steuerrecht ist vor allem eine Frage der Verteilungsgerechtigkeit im Sinne der aristotelischen *iustitia distributiva*. Es geht um die gerechte Zuteilung der Lasten und Ansprüche unter die Mitglieder der Gemeinschaft.» Vgl. auch dazu: Henri Torrione, Justice distributive aristotélicienne en droit fiscal selon la jurisprudence du TF – Une étude de philosophie du droit sur la notion de «Sachgerechtigkeit», ZSR 2010 I, 131 ff.

²⁸ Simonek (Fn. 9), 21, nach der für die juristischen Personen das aus dem Leistungsfähigkeitsprinzip fließende objektive Nettoprinzip von wesentlicher Bedeutung. Vgl. auch die Definition von Vallender/Wiederkehr (Fn. 23).

²⁹ Reich (Fn. 22), 5 f., für den diese Unschärfe dazu führt, dass jeder Steuerpflichtige dem Prinzip zunächst einmal zustimmen kann.

³⁰ Jansen (Fn. 22), 258, diese Konkretisierungen sieht er in den Vermögenszugangs- und Zuflussprinzipien sowie im Nettoprinzip.

¹⁹ BGE 143 II 8, E. 8.

²⁰ Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV; RS 101).

²¹ BGE 143 II 8, E. 7.1.

Die Art. 57 ff. DBG statuieren die grundsätzliche Massgeblichkeit der Handelsbilanz für die Steuerbilanz. Dass der Handelsbilanz eine ökonomische Betrachtungsweise³¹ zugrunde liegt, heisst aber noch nicht, dass das Leistungsfähigkeitsprinzip immer eingehalten wird, gerade weil die Massgeblichkeit nur eine grundsätzliche und abstrakte ist. Korrekturvorschriften des Steuerrechts, wie zum Beispiel die Aufrechnung geschäftsmässig nicht begründeten Aufwandes, können dazu führen, dass konkret eine Substanz besteuert wird, die der Steuerpflichtige schon ausgegeben hat und über die er nicht mehr verfügt, was das Leistungsfähigkeitsprinzip tangiert. Das Kriterium geschäftsmässiger Begründetheit ist eigentlich ökonomisch gedacht, muss aber nicht per se ökonomisch verstanden

Der Gesellschaft wird ein Gewinn zugeschrieben, den sie weder ökonomisch noch tatsächlich erzielt hat.

werden. Solange das Kriterium ökonomisch verstanden wird, kann das Leistungsfähigkeitsprinzip zwar auch dann gewahrt werden, wenn z.B. ein Geldfluss korrigiert wird, indem ein Zu- oder Abgang nicht der Gesellschaft, sondern dem Anteilsinhaber oder Dritten zugerechnet wird. Das muss aber keinesfalls immer zutreffen.

Werden Bussen (oder Rückstellungen für Bussen) zum Reingewinn gerechnet bzw. davon nicht abgezogen, so wird damit zweifellos eine Substanz besteuert, welche die Gesellschaft

³¹ Vgl. zur Handelsbilanz im Steuerrecht: **Locher** (Fn. 10), Art. 57 DBG N 7 ff. Die Handelsbilanz wird allgemein in Art. 957 ff. OR geregelt.

nicht mehr besitzt, d.h. das Leistungsfähigkeitsprinzip wird missachtet.³² Der Gesellschaft wird ein Gewinn zugeschrieben, den sie ökonomisch oder tatsächlich gar nicht gemacht hat. Sie wird also gleich besteuert wie eine Gesellschaft, die diesen Gewinn gemacht hätte und immer noch darüber verfügen könnte. Diese Ungleichbehandlung verletzt das Leistungsfähigkeitsprinzip.³³

Unserer Ansicht verstösst der Entscheid des Bundesgerichtes deshalb nicht nur potentiell, sondern auch tatsächlich gegen das Prinzip der Leistungsfähigkeit. Die Behauptung des Bundesgerichtes, wonach das Leistungsfähigkeitsprinzip per se nicht tangiert werde, weil ja der geschäftsmässig begründete Aufwand abgezogen werde, kann nicht richtig sein, wenn der fragliche Aufwand gerade diesem abzugsfähigen Aufwand nicht zugeschlagen wird. Dass ein Abzug in abstracto zugelassen wird, ist sinnlos und vernebelt letztlich die Tatsachen, wenn in concreto dieser Abzug gerade nicht zugelassen wird. Der Hinweis darauf, dass Frauen und Männer im Allgemeinen und grundsätzlich gleich behandelt werden, hilft nichts, wenn diese Gleichbehandlung im konkreten Fall verweigert wird.

b. Legalitätsprinzip

Für das Legalitätsprinzip im Abgaberecht (Art. 127 Abs. 1 BV), das nach Ansicht des Bundesgerichtes nicht verletzt sein könne, weil Art. 58 Abs. 1 lit. b DBG eine genügende gesetzliche Grundlage für die Aufrechnung des geschäftsmässig nicht begründeten Aufwandes darstelle, gilt ganz Ähnliches.³⁴

³² Selbstverständlich ist dies auch bei den offenen und verdeckten Gewinnausschüttungen der Fall (Art. 58 Abs. 1 lit. b i. f. DBG). In der letztgenannten Situation rechtfertigt sich diese Ausnahme dadurch, dass ein Zugang nicht der Gesellschaft, sondern dem Anteilsinhaber zugerechnet wird, was der ökonomische Betrachtungsweise nicht schadet sondern sie bestätigt.

³³ Zur Frage, ob ein Eingriff in das Leistungsfähigkeitsprinzip zulässig ist (d.h. gerechtfertigt werden kann): **Locher** (Fn. 26), 273 ff. Vgl. auch BGE 141 I 78, E. 9.5. Jede Einschränkung des Leistungsfähigkeitsprinzips, als verfassungsmässiges Recht, muss die Bedingungen von Art. 36 BV (gesetzliche Grundlage, öffentliches Interesse, Verhältnismässigkeit) erfüllen.

³⁴ BGE 143 II 8, E. 7.1.

Das Legalitätsprinzip besagt, dass die Ausgestaltung der Steuern, namentlich der Kreis der Steuerpflichtigen, der Gegenstand der Steuer und deren Bemessung, in den Grundzügen im Gesetz selbst zu regeln ist.³⁵ Gemäss ständiger Rechtsprechung umfasst das Legalitätsprinzip von Art. 127 Abs. 1 BV sowohl ein Erfordernis der Normstufe, als auch eines der Normdichte.³⁶ Es dient der Vorhersehbarkeit und der Rechtsgleichheit³⁷ und gilt als selbständiges verfassungsmässiges Recht³⁸.

Was insbesondere die Normdichte betrifft, hat sich das Bundesgericht in einem früheren Entscheid wie folgt geäussert:

«Das Erfordernis der Bestimmtheit steht im Dienste des Grundsatzes des Gesetzesvorbehalts, der Rechtssicherheit mit den Elementen der Berechenbarkeit und Vorhersehbarkeit staatlichen Handelns sowie der rechtsgleichen Rechtsanwendung. Nach der Rechtsprechung darf das Gebot nach Bestimmtheit rechtlicher Normen indes nicht in absoluter Weise verstanden werden. Der Gesetzgeber kann nicht darauf verzichten, allgemeine und mehr oder minder vage Begriffe zu verwenden, deren Auslegung und Anwendung der Praxis überlassen werden muss. Der Grad der erforderlichen Bestimmtheit lässt sich nicht abstrakt festlegen. Der Bestimmtheitsgrad hängt unter anderem von der Vielfalt der zu ordnenden Sachverhalte, von der Komplexität und der Vorhersehbarkeit der im Einzelfall erforderlichen Entscheidung, von den Normadressaten, von der Schwere des Eingriffs in Verfassungsrechte und von der erst bei der Konkretisierung im Einzelfall möglichen und sachgerechten Entscheidung ab (BGE 128 I 327 E. 4.2 S. 339 f. mit Hinweisen).»³⁹

³⁵ Art. 127 Abs. 1 BV.

³⁶ BGE 142 II 182, E. 2.2.1 m.w.H. Allgemein zum Legalitätsprinzip im Steuerrecht: Peter Locher, Legalitätsprinzip im Steuerrecht, 283 ff., insbesondere 287 ff., in: Urs R. Behnisch/Adrianu Marantelli (Hrsg.), Beiträge zur Methodik und zum System des schweizerischen Steuerrechts, Bern 2014.

³⁷ BGE 142 II 182 E. 2.2.2 m.w.H.; Locher (Fn. 36), 287.

³⁸ Siehe z.B.: BGE 140 I 176, E. 5.2 und 7.1; 136 I 142, E. 3.1; 132 I 120, E. 4.1.

³⁹ BGE 131 II 271, E. 6.1.

Die Aufrechnung geschäftsmässig nicht begründeten Aufwandes wird zwar in Art. 58 Abs. 1 lit. d DBG vorgesehen, durchaus fraglich bleiben muss aber, ob das Fehlen einer Legaldefinition der geschäftsmässigen Begründetheit einer Aufwendung oder wenigstens einer abschliessenden Aufzählung der erfassten Fälle dem Legalitätsprinzip zu genügen vermag. Dies muss umso mehr gelten, als die geschäftsmässige Unbegründetheit eine Korrekturvorschrift für die Handelsbilanz und damit eine Ausnahme zum Massgeblichkeitsprinzip darstellt.⁴⁰ Rechtssicherheit setzt voraus, dass der Steuerpflichtige sich auf den Grundsatz verlassen kann, was wiederum impliziert, dass Ausnahmen zu diesem Grundsatz explizit und präzise im Gesetz selber umschrieben werden.⁴¹ Man stelle sich nur einmal vor, das allgemein geltende Tötungsverbot kennte Ausnahmen, die nicht im Gesetz vorgesehen, sondern fallweise von den Gerichten begründet würden.

Im vorliegenden Fall geht es indirekt (über die Rückstellung) um eine kartellrechtliche Busse. Das heisst erstens, dass das in Frage stehende Verhalten, die in Frage stehende Straftat in Ausübung einer Handelstätigkeit begangen wurde. Dies allein spricht schon grundsätzlich für die geschäftsmässige Begründetheit der Aufwendung. Zweitens wird zudem das schwammige Konzept geschäftsmässiger Unbegründetheit mit ihrerseits schwammigen und abstrakten Tatbeständen der kartellrechtlichen Verwaltungssanktionen kombiniert.⁴² Das bewirkt eine doppelte Rechtsunsicherheit. Einerseits wissen Unternehmen meistens nicht genau (und können es letztlich auch nicht genau wissen), was kartellrechtlich zulässig ist,⁴³ andererseits werden sie im Falle eines Kartell-

⁴⁰ Vgl. z.B. BGE 141 II 85, E. 3.1 m.w.H.

⁴¹ Vgl. Robert Danon, in: Yves Noël/Florence Aubry Girardin (Hrsg.), Commentaire romand de la loi sur l'impôt fédéral direct, 2. Aufl., Basel 2017, Art. 59 N 11d.

⁴² Zum Legalitätsprinzip bei Schweizer Kartellsanktionen vgl.: Marcel Alexander Niggli/Christof Riedo, vor Art. 49a N 67 ff. m.w.H., in: Marc Amstutz/Mani Reinert (Hrsg.), Basler Kommentar zum Kartellgesetz, Basel 2010.

⁴³ Siehe für das Schweizer Recht: Niggli/Riedo (Fn. 42), vor Art. 49a N 70 ff.

rechts-Verstosses möglicherweise ein zweites Mal mit unerwarteten Konsequenzen konfrontiert, indem ein Gewinn und ein Vermögen besteuert werden, die gar nicht mehr existieren.

Eine Verletzung von Art. 127 Abs. 1 BV kann deshalb keinesfalls a priori ausgeschlossen werden. Umgekehrt erscheint sie a priori gegeben.⁴⁴

c. Regelung betreffend Steuerbussen

Das Bundesgericht stützt seinen Entscheid hauptsächlich auf Art. 59 Abs. 1 lit. a DBG, der ausdrücklich Steuerbussen vom geschäftsmässig begründeten Aufwand ausschliesst. Sinn dieses Ausschlusses sei, Steuerbussen nicht den abzugsfähigen Steuern zuzuordnen, sondern den Bussen.⁴⁵ Die Tatsache, dass nur Steuerbussen explizit erwähnt werden, erkläre sich aus der Tatsache, dass beim Inkrafttreten des DBGs in 1995 Art. 102 StGB⁴⁶, der die Unternehmensstrafbarkeit regelt, noch nicht existierte.⁴⁷ Beide Argumente stammen aus dem vom Bundesgericht zitierten Bericht des Bundesrates vom 12. September 2014.⁴⁸

Schauen wir genauer hin, ergibt sich aber, dass es in Art. 59 Abs. 1 lit. a DBG nicht um eine Unterscheidung zwischen geschäftsmässig begründetem Aufwand und Bussen geht, sondern eigentlich um die Unterscheidung von Steuern und Steuerbussen. Die Ausnahme der Steuerbussen wird erwähnt, weil ausdrücklich eidgenössische, kantonale und kommunale Steuern zum geschäftsmässig begründeten Aufwand gezählt werden. Aus der Tatsache, dass Steuerbussen ausdrücklich vom geschäfts-

mässig begründeten Aufwand ausgeschlossen werden, kann entweder *per analogiam* geschlossen werden, dass Bussen allgemein auch auszuschliessen seien oder *e contrario*, dass andere Bussen nicht explizit ausgeschlossen werden. Die Entscheidung, welche dieser beiden Möglichkeiten gelten solle, kann nicht gestützt auf Art. 59 Abs. 1 lit. a DBG erfolgen, denn diese Norm passt für beide Lösungen. Sie kann deshalb nicht den Ausschlag geben.

Wenn aber schon auf Art. 59 Abs. 1 lit. a DBG Bezug genommen werden soll, dann würde das zweifelsfrei eher für die Abzugsfähigkeit von Bussen im Allgemeinen sprechen, ist doch der Ausschluss von Steuerbussen eine Ausnahme und daher prinzipiell restriktiv auszulegen.

Daraus, dass es 1995 bei Inkrafttreten des DBG Art. 102 StGB noch nicht gegeben hat, lässt sich nichts gewinnen, denn wenn Bussen allgemein ausdrücklich nicht abziehbar wären, so hätte der Gesetzgeber mit Einführung von Art. 102 StGB doch das Steuerrecht anpassen können. Darüber hinaus wurde das KG mit seinen Verwaltungssanktionen, die primär juristische Personen betreffen, ebenfalls 1995 erlassen. Eine Ausnahme bzgl. kartellrechtlicher Verwaltungssanktionen mit pönalem Charakter hätte der Gesetzgeber im DBG ausdrücklich kodifizieren müssen. Schliesslich werden Lehre und Rechtsprechung nicht müde zu wiederholen, dass kartellrechtliche Verwaltungssanktionen keine strafrechtlichen Bussen im engeren Sinn darstellten, sondern so etwas wie «Quasi-Strafen», also «Quasi-Bussen».⁴⁹ Selbst wenn nach Art. 59 Abs. 1 lit. a DBG Bussen allgemein vom geschäftsmässig begründeten Aufwand auszuschliessen wären, so würde dies nicht zwingend auch für kartellrechtliche Verwaltungssanktionen gelten, zumindest, soweit man der Behauptung eines Teils der Lehre folgen wollte, die schweizerischen Kartell-

⁴⁴ In die gleiche Richtung: Robert Danon/Jérôme Bürgisser, Le traitement fiscal des sanctions financières, RSDA/SZW 2017, 182 ff., 186, die auch auf die Situation in Deutschland, in den USA und in Canada verweisen.

⁴⁵ BGE 143 II 8, E. 7.2.

⁴⁶ Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937 (RS 311.0, StGB).

⁴⁷ BGE 143 II 8, E. 7.2..

⁴⁸ Bericht des Bundesrates vom 12. September 2014 zur Antwort auf dem Postulat von Nationalrätin Susanne Leutenegger Oberholzer vom 12. März 2014 (14.3087), abrufbar unter: <<http://bit.ly/2AngEBo>> (eingesehen am 22. März 2017).

⁴⁹ Vgl. Niggli/Riedo (Fn. 42), vor Art. 49a N 34 f. m.w.H.; Marcel Niggli/Christof Riedo, Quasi-Strafrecht, Strafrecht im engeren und weiteren Sinne und «Sozialethisches Unwerturteil», 91 ff. m.w.H., in: Marc Amstutz/Inge Hochreutener/Walter Stoffel (Hrsg.), Die Praxis des Kartellgesetzes im Spannungsfeld von Recht und Ökonomie, Zürich 2011.

bussen stünden den europäischen kartellrechtlichen Bussen nahe und wiesen keinen primären Strafcharakter auf, weil ihnen die «stigmatisierende» Wirkung fehle.⁵⁰ Zumindest hinsichtlich der europäischen Kartellsanktionen ist deutlich, dass sie keine Strafen darstellen, weil der EU ja gar keine Strafkompetenz zukommt.⁵¹ Und selbst hinsichtlich einer Steuerbusse hat der EGMR in *Jussila v. Finnland*⁵² festgestellt, dass ihr keine stigmatisierende Wirkung zukomme, weshalb der Entscheid auch ohne Verhandlung ergehen könne, ohne dass dabei Art. 6 § 1 EMRK⁵³ verletzt sei. Man kann natürlich nicht einer bestimmten staatlichen Reaktion einmal den Strafcharakter absprechen, weil es gerade passt (und Strafen mit bestimmten Verfahrensgarantien verbunden sind, die man nicht gewähren will), denselben staatlichen Reaktionen aber umgekehrt Strafcharakter zuschreiben, weil es angenehm ist und erlaubt, Steuern zu erheben auf Vermögenswerte, die gar mehr nicht da sind. Beziehungsweise, man darf das natürlich tun, aber dann wird man eben akzeptieren müssen, dass man inkonsistent und unglaubwürdig wird. Sofern einen das nicht stört. Richtigerweise vermag deshalb Art. 59 Abs. 1 lit. a DBG die geschäftsmässige Unbegründetheit von kartellrechtlichen Bussen nicht zu begründen.

d. Einheit der Rechtsordnung

Das Bundesgericht führt weiter aus, dass die Abzugsfähigkeit von Bussen dazu führe, dass verhängte Sanktionen durch das Steuerrecht faktisch abgemildert würden. Für das Bundesgericht würden sich der strafrechtliche Ent-

scheid (Busse) und die steuerrechtliche Abzugsfähigkeit teilweise gegenseitig neutralisieren.⁵⁴ Hätte der Gesetzgeber einen solchen Widerspruch als wünschenswert angesehen, so das Gericht, so hätte er eine ausdrückliche Regelung treffen müssen und nicht eine gegenteilige Regelung für Steuerbussen erlassen sollen. Erwähnt wird vom Bundesgericht weiter, dass die Verringerung des steuerbaren Reingewinns und der darauf entfallenden Gewinnsteuer zur Folge hat, dass ein Teil der Busse mittelbar vom Gemeinwesen übernommen werde.⁵⁵

Das Argument der Einheit der Rechtsordnung⁵⁶ scheint das prima facie Überzeugendste, bei näherer Betrachtung aber wohl das Absurdeste.

Schauen wir uns zuerst die behauptete Strafmilderung an, die eine Abziehbarkeit der Busse zur Folge hätte. Gänzlich rätselhaft muss bleiben, inwiefern das Steuerrecht eine bezahlte Busse im Nachhinein zu mindern vermag. Der Betrag der Busse wird vollumfänglich geschuldet, unabhängig davon, wie er steuerrechtlich behandelt wird. Kann eine Busse vom steuerbaren Gewinn und steuerbaren Vermögen abgezogen werden, wird sicherlich nicht die Busse, sondern höchstens die Steuer reduziert (oder richtiger, der Gewinn nach Steuern erhöht). Die Reduktion entspricht, wie gezeigt, der verminderten Leistungsfähigkeit des Unternehmens, als Folge der geschuldeten bzw. bezahlten Busse.

Wird die Abzugsfähigkeit einer Busse davon abhängig gemacht, dass sie staatliche Reaktion auf eine strafbare Handlung darstellt, wird die Strafe durch die Abzugsfähigkeit nicht etwa gemildert, sondern im Gegenteil geschärft. Eine strafrechtliche Schuld, die bereits vollumfänglich durch die Busse ausgeglichen wurde, wird bei den Steuern ein zweites Mal berücksichtigt,

⁵⁰ Ibid.

⁵¹ Vgl. dazu: **Moritz Dästner**, Bestimmtheitsgrundsatz und Schuldprinzip im EU-Kartellbussgeldrecht, Frankfurt a.M. 2016 (zugleich: Diss. Bonn 2015), 22 ff. m.w.H.; wohlgermerkt gilt für den Autor das Schuldprinzip sowieso für EU-Kartellbusse wegen des Zweckes dieser Sanktionen und der Notwendigkeit von Vorsatz oder Fahrlässigkeit für Ihre Verhängung. Siehe auch: **Ester Herlin-Karnell**, The Constitutional Dimension of European Criminal Law, Oxford 2012, 10 ff.; **Jacob Öberg**, Union Regulatory Criminal Law Competence after Lisbon Treaty, *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice* 19 (2001), 289–318.

⁵² Urteil EGMR Nr. 73053/01 vom 23. November 2006, Sammlung der EGMR Entscheide 2006-XIV, insbesondere § 43.

⁵³ Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (RS 0.101, EMRK).

⁵⁴ BGE 143 II 8, E. 7-3.

⁵⁵ Ibid.

⁵⁶ Allgemein zum Grundsatz der Einheit der Rechtsordnung: **Simonek** (Fn. 9), 31 f.

indem sie steuererhöhend wirkt. Dies verletzt nicht nur das Schuldprinzip, sondern auch den Grundsatz *ne bis in idem*.

Die zweite Behauptung, wonach die Abzugsfähigkeit dazu führe, dass das Gemeinwesen einen Teil der Busse übernehme, kann ganz einfach *ad absurdum* geführt werden. Stellen wir uns vor, der Direktor eines Unternehmens lädt einen Kunden zum Mittagessen ein. Diese Aufwendung gilt üblicherweise als abzugsfähiger Representationskostenpunkt. Wollte man dem Bundesgericht folgen, so würde, weil die Aufwendung ja in Abzug gebracht werden kann und entsprechend die Steuerbelastung senkt, das Gemeinwesen einen Teil der Kosten des Essens tragen. Ob eine Aufwendung abzugsfähig ist oder nicht, ändert nichts daran, dass sie stets von der Unternehmung selber getragen wird. Die Tatsache, dass dies möglicherweise den steuerbaren Reingewinn beeinflusst, bedeutet überhaupt noch nicht, dass die Kosten vom Staat getragen würden. Kosten zu übernehmen meint üblicherweise etwas mehr, als das bloße Verringern von Steuereinnahmen.

Strafrecht strebt den Ausgleich normwidrigen Verhaltens durch Strafe an. Mit der Auferlegung und Vollstreckung einer Strafe werden Normverletzung und Schuld des Regelbrechers ausgeglichen. Wird die Strafe in Form einer Geldstrafe oder Busse ausgefällt und vollstreckt, so greift der Staat damit in Vermögen und Gewinn des Täters ein. Wird diese ökonomische Einbusse beim Steuerrecht nicht berücksichtigt, so führt das zu einem Widerspruch der Rechtsordnung in sich. Einerseits greift der Staat in Vermögen und Gewinn des Einzelnen, andererseits tut er so, als ob er dies gerade nicht getan hätte. Wiederum ergibt sich, dass die auch Einheit der Rechtsordnung gerade nicht gegen, sondern ganz im Gegenteil für die Abzugsfähigkeit von Bussen spricht.

e. Behandlung von Bestechungszahlungen

Das Bundesgericht versucht, seinen Entscheid weiter mit Hinweis auf die gesetzlichen Bestimmungen zur Behandlung von Bestechungs-

zahlungen zu stützen.⁵⁷ Der Gedankengang ist der folgende: Bestechungsgelder dürfen nicht als Aufwendungen abgezogen werden. Es ergäbe keinen Sinn, wenn Bussen für Bestechungshandlungen abgezogen werden könnten. Systematisch dränge sich deshalb die gleiche Lösung bei nichtfiskalischen und nicht bestechungsbezogenen Bussen auf.

Bereits das Argument *a maiore ad minus*, wonach Bussen, die einem Unternehmen im Zusammenhang mit Bestechungshandlungen⁵⁸ auferlegt werden, deshalb nicht abzugsfähig seien, weil schon die Bestechungsgelder selbst nicht als Aufwand abzugsfähig seien, geht fehl. Dass Bestechungsgelder nicht abzugsfähig sind, wird in Art. 59 Abs. 2 DBG explizit geregelt.

Kann eine Busse vom steuerbaren Gewinn und steuerbaren Vermögen abgezogen werden, wird sicherlich nicht die Busse, sondern höchstens die Steuer reduziert.

Zu vermerken ist, dass selbstredend bereits diese Regelung moralisiert und der wirtschaftlichen Logik (Massgeblichkeit der Handelsbilanz) widerspricht. Es kann nicht richtig sein, Erwerb auch aus illegaler Tätigkeit zu besteuern, den Aufwand aber, der zu leisten ist,

⁵⁷ BGE 143 II 8, E. 7.4.

⁵⁸ Art. 102 Abs. 2 StGB sieht eine kumulative Strafbarkeit des Unternehmens für die Bestechungsfälle von Art. 322ter, 322quinquies, 322septies al. 1 und 322octies StGB vor.

um diesen Erwerb zu generieren, nicht abzuziehen. Einfach gesagt: Es kann schlicht nicht richtig sein, den Lohn eines Auftragsmörders zu besteuern, den Kaufpreis für Gewehr und Munition aber nicht als Aufwand anzuerkennen. Trotz des offensichtlich nur moralisierenden und den wirtschaftlichen Tatsachen widersprechenden Charakters von Art. 59 Abs. 2 DBG, ist die verquere Regel immerhin explizit ins Gesetz geschrieben worden. Dies kann von Bestechungsbussen gerade nicht gesagt werden. Entsprechend gelten natürlich das Legalitätsprinzip von Art. 127 Abs. 1 BV, das Leistungsfähigkeitsprinzip von Art. 127 Abs. 2 BV sowie das Prinzip der Massgeblichkeit der Handelsbilanz. Nach diesen drei Prinzipien muss – in Abwesenheit einer spezifischen expliziten Korrekturvorschrift im Steuerrecht – die zugehörige Busse abzugsfähig sein, auch wenn die Bestechungsgelder selber nicht abzugsfähig sind.

Weiter ist anzumerken, dass von einem *a maiore ad minus* nicht wirklich gesprochen werden kann. Bestechung ist im Verhältnis zu einer Busse für Bestechung nicht ein *maior*, die Bestechung enthält die Busse konzeptuell nicht. Bestechung ist eine rechtswidrige, strafbare Handlung. Bussen bzw. Strafen allgemein sind natürlich keine Handlungen, schon gar keine rechtswidrigen. Eine Straftat enthält die dafür ausgefallte Strafe auch in keiner Weise, vielmehr ist sie ja gerade deren logisch unabdingbare und notwendige Voraussetzung, obwohl es manchmal scheint, als sei auch dies in Auflösung begriffen. Diese erwähnten Grundprinzipien des Steuerrechts müssen deshalb schwerer wiegen als ein behauptetes, aber nicht einmal bestehendes *a maiore ad minus*.

Selbst wenn dem allem nicht so wäre, liesse sich aus der Regelung für Bestechungsgelder nichts für kartellrechtliche Busse ableiten. Es existiert keine Vorschrift, die Aufwendungen im Zusammenhang mit kartellrechtlich verbotenen Tätigkeiten für abzugsunfähig erklärt. Das scheint auch richtig. Bestechungshandlungen sind von den handelnden Subjekten viel

klarer erkennbar als kartellrechtlich verbotene Handlungen. Fehlt es sowohl an der gesetzlichen Grundlage als auch an der Vorhersehbarkeit, so muss zumindest für Kartellrechtsverstösse eine andere Regelung gelten als für Bestechungen.

f. Rechtsgleichheit

Weiter bringt das Bundesgericht vor, auch die Rechtsgleichheit spreche gegen eine Abzugsfähigkeit kartellrechtlicher Bussen und Bussen allgemein. Lehre und Rechtsprechung weisen den Bussen bei selbständig erwerbstätigen natürlichen Personen keinen geschäftsmässig begründeten Charakter zu.⁵⁹ Aufgrund der Realitätstheorie des Schweizer Gesellschaftsrechts, wonach juristische Personen keine fingierte, sondern reale, tatsächlich existierende Personen darstellen, bestehe kein relevanter Unterschied zu natürlichen Personen, der eine Ungleichbehandlung bei der Abzugsfähigkeit von Bussen zu rechtfertigen vermöchte.⁶⁰

Auch dieses Argument vermag leider nicht zu überzeugen. Zum einen gibt es tatsächlich auch hier keinen Grund, die Abzugsfähigkeit einer Busse bei selbständig tätigen natürlichen Personen zu verneinen, sofern und soweit die Busse für eine Tat auferlegt wurde, die in Ausübung der Erwerbstätigkeit begangen wurde. Wie vorstehend eben erwähnt ist es logisch inkonsistent, Erwerb aus widerrechtlicher Tätigkeit zu besteuern, den damit verbundenen Aufwand aber nicht als abzugsfähig anzuerkennen. Dies nämlich begründet der Natur nach eine Strafe, der die gesetzliche Grundlage fehlt. Will man Aufwendungen für illegale Tätigkeit nicht in Abzug bringen, so muss man notwendig auch den damit zusammenhängenden Erwerb steuerfrei stellen. Nach der *Maxime* «keine Gleichbehandlung im Unrecht» sollte folglich die Abzugsfähigkeit für juristische Personen nicht deswegen verneint

⁵⁹ BGE 143 II 8, E. 7.5. Angesprochen wird folgende Rechtsprechung: BGE 70 I 250, E. 4; BGer vom 31. Mai 1946 und vom 30. Mai 1952, vgl. ASA 21, 74 f.

⁶⁰ BGE 143 II 8, E. 7.5.

werden, weil sie vor 60 Jahren fälschlicherweise für natürliche Personen verneint wurde.

Weiter mag es sein, dass im Schweizer Recht die juristische Person keine Fiktion ist. Steuerrechtlich gibt es aber einen gewichtigen Unterschied zwischen selbständig erwerbstätigen natürlichen Personen einerseits und juristischen Personen andererseits. Bei selbständig erwerbstätigen natürlichen Personen wird ein und dieselbe Person steuerrechtlich quasi als zwei verschiedene Personen behandelt, einmal die Unternehmens-Person und dann die Privatperson. Jede Aufwendung muss einer dieser beiden Person zugerechnet werden, um den Reingewinn der selbständigen Tätigkeit zu ermitteln.⁶¹ Bei juristischen Personen entfällt diese Unterscheidung. Korrekturvorschriften des Steuerrechts die Handelsbilanz betreffend dienen ausschliesslich dazu, Aufwendungen der juristischen Person von denjenigen der Aktionäre oder Dritter zu unterscheiden. Die juristische Person hat also kein Privatleben, dem eine Busse zugeordnet werden könne.

Die Rechtsgleichheit ist nur dann ein gültiges Argument, wenn die Tatsache, dass Bussen bei natürlichen Personen nicht abgezogen werden können, rechtmässig ist. Es ist jedoch kein Grund ersichtlich, warum Bussen, die für Tätigkeiten in Ausübung der Erwerbstätigkeit verhängt wurden, bei natürlichen Personen steuerrechtlich nicht als Aufwendungen zu betrachten wären. Eine explizite Regelung, welche die Busse vom geschäftsmässig begründetem Aufwand ausschliesse, existiert auch bei selbständig erwerbstätigen natürlichen Personen nicht.⁶²

Selbst wenn aber Bussen bei natürlichen Personen – fälschlicherweise – stets zum Privatbereich und nicht zum Geschäftsbereich gezählt würden, liesse sich für juristische Personen

dieselbe Lösung nicht anwenden, weil juristische Personen kein Privatleben haben.

g. Wertneutralität des Steuerrechts

Schliesslich führt das Bundesgericht aus, es ergebe sich auch keine andere Lösung aus dem Grundsatz der Wertneutralität des Steuerrechts, und zwar mit der Begründung, dieser Grundsatz sei stets im Zusammenhang mit rechtswidrig erzielten Einkünften bzw. Mehrwertsteuerrechtlichen Umsätzen angewendet worden und betreffe nicht Kosten oder Auslagen.⁶³ Der Gedanke dahinter sei, dass der Steuerpflichtige sich nicht auf gesetzwidriges Handeln berufen dürfe, um steuerliche Befreiung zu verlangen. Es gehe also um den Spruch *nemo auditur propriam turpitudinem allegans* und indirekt um das Rechtsmissbrauchsverbot und den Grundsatz von Treu und Glauben.⁶⁴ Subsidiär argumentiert das Bundesgericht, dass ein parallel verstandener Grundsatz der Wertneutralität *in concreto* nicht verletzt wäre, denn die Gesellschaft könne die Löhne der Angestellten, die Miete der Besprechungsräume usw. abziehen.⁶⁵

Damit aber verkennt das Bundesgericht den wesentlichen Inhalt des Wertneutralitätsgrundsatzes. Es verwechselt unglücklicherweise den Sinn des Grundsatzes mit seinen Folgen.

Der Grundsatz der Wertneutralität ist Ausfluss des Leistungsfähigkeitsprinzips.⁶⁶ D.h. aus dem Leistungsfähigkeitsprinzip leitet sich die Parallelität zwischen Einkommenserzielung und Gewinnungskosten zwingend ab. Massgeblich für das Steuerrecht sind Reinvermögen und Reingewinn, d.h. eine rein ökonomische Betrachtungsweise; für moralisch-sittliche Wer-

⁶¹ Dies ist auch das Argument der herrschenden Lehre und des Bundesgerichts für die Nicht-Abzugsfähigkeit von Bussen bei selbständig erwerbstätige natürliche Personen: Jansen (Fn. 22), 277 f. m.w.H. Vgl. auch Agner/Jung/Steinmann (Fn. 4), Art. 26 DBG N 55 und Art. 27 N 35.

⁶² Art. 27 ff. DBG; Art. 8 ff. StHG.

⁶³ BGE 143 II 8, E. 7.6. Vgl. auch BGER 2C_616_2016 vom 3. November 2016, E. 2.2.6 (wiederholt in BGER 2C_342/2016 vom 23. Dezember 2016, E. 3.5.1), in dem das Bundesgericht unter Verweis auf BGE 143 II 8 ausführt, dass es im System der allgemeinen Einkommenssteuer «jedenfalls einnahmenseitig» (!) für moralisch-sittliche Wertungen grundsätzlich kein Raum bleibe. Inwiefern dies überhaupt zu Wertneutralität führen kann, bleibt unverständlich.

⁶⁴ Ibid.

⁶⁵ Ibid.

⁶⁶ Vgl. dazu: Opel (Fn. 15), 189.

tungen bleibt kein Platz.⁶⁷ Moralisch-sittliche Wertungen sind mit der ökonomischen Betrachtungsweise des Steuerrechts inkompatibel, sowohl hinsichtlich der Ergebnisse als auch der Begründung, was ja auch erklärt, warum die angestrebte Nicht-Abzugsfähigkeit von Beste-

Die Wertneutralität des Steuerrechts ergibt sich nicht etwa aus seiner Gleichgültigkeit gegenüber moralischen Kategorien, sondern schlicht aus der Notwendigkeit, halbwegs konsistent zu bleiben.

chungsgelder explizit eingeführt werden musste.⁶⁸ Die Wertneutralität des Steuerrechts ergibt sich nicht etwa aus seiner Gleichgültigkeit gegenüber moralischen Kategorien, sondern schlicht aus der Notwendigkeit, halbwegs konsistent zu bleiben. Wollte man nämlich moralisch-sittlichen Wertungen Raum geben, so dürfte ein sittenwidriger oder gar rechtswidriger Vermögenszufluss logischerweise nicht besteuert werden.

Überdeutlich ist damit, dass der Grundsatz der Wertneutralität des Steuerrechts einer moralisch begründeten Nicht-Abzugsfähigkeit von

⁶⁷ Vgl. dazu: **Opel** (Fn. 15), 190 m.w.H., für die das Steuerrecht nicht wertfrei ist sondern seine eigene Wertungen verfolgt und lässt dabei Wertungen anderer Teilrechtsordnungen ausser Betracht. In dieselbe Richtung: **Jansen** (Fn. 22), 276 f.; **Simonek** (Fn. 9), 22.

⁶⁸ **Jansen** (Fn. 22), 276 m.w.H.

Bussen widerspricht. Das bundesgerichtliche Verständnis dieses Grundsatzes lässt sich nicht nachvollziehen schlimmer noch: es führt zu einem «Wertneutralitätsgrundsatz», der mit Wertneutralität oder Leistungsfähigkeit schlicht nichts zu tun hat: Schwarzes Licht, beglückender Schmerz, lebendiger Tod. Wer hätte gedacht, dass das Bundesgericht so viel Freude an Oxymora hat.

2. Pönaler Charakter als heimliche Grundlage des Urteils

Das Bundesgericht eliminiert mit formellen Argumenten Leistungsfähigkeits- und Legalitätsprinzip, ohne deren Einhaltung oder gegebenenfalls Einschränkung im Einzelfall zu prüfen (E. 7.1). Mit einer bedenklichen Begründung versagt es auch dem Wertneutralitätsgrundsatz jegliche Geltung für die Frage der Abzugsfähigkeit von Bussen allgemein (E. 7.6).

Aus den weiteren Erwägungen geht hervor, dass das Bundesgericht seinen Entscheid auf folgende Elemente stützt: Regelung betreffend Steuerbussen (E. 7.2), Einheit der Rechtsordnung (E. 7.3), Regelung betreffend Bestechungszahlungen (E. 7.4), Rechtsgleichheit mit natürlichen Personen (E. 7.5). Eine nähere Analyse zeigt aber, dass keines dieser Argumente einen gültigen Schluss auf die allgemeine Nichtabzugsfähigkeit von Bussen erlaubt. Wie kommt das Bundesgericht zu seiner Lösung? Dies wird deutlich in einem *obiter dictum*.

Darin präzisiert das Bundesgericht, dass seine Rechtsprechung zu monetären Sanktionen mit pönalem Charakter nicht die Gewinnabschöpfung betreffe.⁶⁹ Bei dieser ginge es um eine schuldunabhängige Massnahme, die bloss die Korrektur eines Zustands bezwecke weshalb sie kein Spannungsverhältnis zwischen Einheit der Rechtsordnung und Prinzip der Besteuerung nach wirtschaftlicher Leistungsfähigkeit bewirke.⁷⁰

⁶⁹ BGE 143 II 8, E. 7.7.

⁷⁰ *Ibid.*

Bemerkenswert ist vorweg, dass das Gericht damit indirekt durchaus einen Widerspruch zwischen Einheit der Rechtsordnung und Prinzip der Besteuerung nach Leistungsfähigkeit erkennt, jedenfalls bei monetären Sanktionen mit pönalem Charakter (i.e. Bussen), denn für sie gilt ja scheinbar Anderes als für die Gewinnabschöpfung. Im Gegensatz zu seiner Erwägung 7.1, anerkennt das Gericht hier richtigerweise, dass die Nichtabzugsfähigkeit einer Busse dem Leistungsfähigkeitsprinzip widerspricht.

Weiter lässt sich feststellen, dass das massgebliche Unterscheidungskriterium für das Bundesgericht wohl im pönalen Charakter liegt. Fehlt es daran, wie bei der blossen Gewinnabschöpfung, dann soll der steuerliche Abzug zulässig sein, ansonsten nicht. So paradoxal es klingt, die Position des Bundesgerichts wird eigentlich nur in diesem *obiter dictum* klar erkennbar. Strafe bildet das *criterium individuationis*, stellt die fehlende Prämisse dar, das fehlende Argument im Gedankengang des Bundesgerichts, dessen Licht erst die ganze Argumentation verständlich werden lässt. Die bundesgerichtliche Position fliesst weder aus Art. 59 Abs. 1 lit. a DGB, noch aus dem Leistungsfähigkeitsprinzip, sondern aus der Vorstellung, dass der strafende Charakter einer Sanktion im Steuerrecht relevant sei.⁷¹

Erst die Orientierung auf die Strafe erlaubt die Analogie zur Steuerbusse, die Parallelität zu Bestechungsgeldern; erst sie rechtfertigt dieselbe Lösung für Unternehmen wie bei natürlichen Personen, erst sie ermöglicht das Argument der Gleichbehandlung. Unter dem vorgeblichen Titel der Einheit der Rechtsordnung, aber mit einer populistischen Begründung, nach welcher der Staat einen Teil der Busse tragen würde, wenn die Abzugsmöglichkeit bestünde, wird das Steuerrecht moralisiert.

⁷¹ Der gleiche Gedanke findet sich im Bericht des Bundesrates vom 12. September 2014 zur steuerlichen Abziehbarkeit von Bussen und finanziellen Verwaltungssanktionen (in Erfüllung des Postulats Leutenegger Oberholzer 14.3087), abrufbar unter: <<https://bit.ly/2Njmljo>> (eingesehen am 22. März 2017).

Pönaler Charakter aber ist selbstverständlich kein Kriterium des Steuerrechts, und moralische Vorwerfbarkeit ist nicht einmal ein Rechtskriterium. Das Bundesgericht löst, sozusagen, ein mathematisches Problem mit religiösen Ansätzen.

3. Laufender Gesetzgebungsprozess als zweite heimliche Grundlage des Entscheides?

Die generelle Nichtabzugsfähigkeit von Bussen stellt gegenwärtig Auslegung von DBG und StHG dar. Ob dies auch ins Gesetz aufgenommen werden soll, wurde zum Zeitpunkt des Entscheides diskutiert. Höchst fraglich ist, inwiefern das Bundesgericht legitimiert war, derartige Fragen zu einem Zeitpunkt zu entscheiden, an dem sich bereits das Parlament damit befasste, und zwar ironischerweise eher in Richtung des Zürcher Kantonsgerichtes. Fraglich ist weiter, ob das Bundesgericht den Konflikt mit dem laufenden Gesetzgebungsprozess in Kauf genommen oder ihn umgekehrt gar als heimliche Quelle seines Entscheides benutzt hat.

Werner Luginbühl (BDP) hatte am 16. Juni 2014 beim Ständerat eine Motion einreicht, damit der Bundesrat dem Parlament einen Gesetzesentwurf unterbreite, der Bussen und andere finanzielle Sanktionen mit Strafcharakter vom geschäftsmässig begründeten Aufwand ausschliesse.⁷² Begründet wird diese Motion wie folgt:

«Es wäre [...] stossend, wenn finanzielle Sanktionen mit Strafcharakter zu entsprechenden Steuererleichterungen führen und damit deren sanktionierende Wirkung teilweise wieder aufgehoben wird. Die Abzugsfähigkeit ist auf finanzielle Sanktionen im Sinne einer Gewinnabschöpfung zu beschränken, die keinen Strafzweck verfolgen.»

Die Motion ist von beiden Räten angenommen worden und der Bundesrat hat am 18. Dezember

⁷² Motion 14.3450 «Steuerliche Abzugsfähigkeit von Bussen», eingereicht von Werner Luginbühl vor dem Ständerat am 16.06.2014.

2015 eine Vorlage in die Vernehmlassung geschickt.⁷³

Die Vernehmlassungsvorlage sieht eine Anpassung von Art. 27 und Art. 59 DBG sowie Art. 10 und Art. 25 StHG vor. Bezweckt wird eine ausdrückliche Regelung der steuerlichen Behandlung (finanzieller) Sanktionen. Vorliegend werden wir uns auf die Anpassungen von Art. 59 DBG und Art. 25 StHG (juristische Personen) beschränken, unsere Ausführungen gelten aber sinngemäss für selbständige Erwerbstätige (natürliche Personen).

Die Vorlage unterscheidet sowohl im DBG wie auch im StHG zwischen einerseits (eidgenössischen, kantonalen und kommunalen) Steuern und gewinnabschöpfenden Sanktionen ohne Strafzweck, die alle zum geschäftsmässig begründeten Aufwand gehören sollen, und andererseits Bestechungsgeldern, deliktischen Aufwendungen, Bussen und finanziellen Verwaltungssanktionen mit Strafzweck, die nicht zum geschäftsmässig begründeten Aufwand gehören sollen.⁷⁴ Zu letzteren sollen auch Prozesskosten der juristischen Person gehören, die im Zusammenhang mit der Verhängung einer Busse oder der Auferlegung einer finanziellen Verwaltungssanktion entstanden sind.

Zu erinnern ist daran, dass selbstverständlich heute schon eidgenössische, kantonale und kommunale Steuern ausdrücklich zum geschäftsmässig begründeten Aufwand gehören⁷⁵.

Bestechungsgelder sind nach geltendem Recht dagegen nicht abzugsfähig, sofern sie im Sinne des StGB an schweizerische oder fremde Amtsträger bezahlt wurden.⁷⁶ Geplant ist in der

Vorlage eine Erweiterung dieser Nicht-Abzugsfähigkeit, indem die Bedingung der Zahlung an Amtsträger wegfällt. Gemeint sind damit Bestechungsgelder, die an Private im Sinne von Art. 322octies StGB (früher Art. 4a UWG) bezahlt wurden. Das berührt höchst merkwürdig, da bei der Gewährung eines Vorteiles unter Privaten z.B. für einen Ermessensentscheid schlicht nicht erkennbar ist, wer geschädigt sein könnte. Ein Ermessensentscheid liegt nur vor, soweit die fragliche Entscheidung so getroffen werden durfte und gerade nicht pflichtwidrig ist. Genehmigt der betroffene Prinzipal (also der Vertretene) das Geschäft bzw. den Vorteil, ist auch bei langem Nachdenken nicht erkennbar, wer hier einen Schaden erleiden sollte. Warum bei dieser Konstellation die entsprechenden Aufwendungen (die ja tatsächlich geleistet wurden), nicht als Aufwendungen abzugsfähig sein sollten, lässt sich nicht nachvollziehen.

Die Vernehmlassungsfrist lief bis zum 11. April 2016. Am 16. November 2016 wurde der Ergebnisbericht publiziert, in welchem die 56 eingegangenen Stellungnahmen zusammengefasst wurden.⁷⁷

Nicht überraschen wird, dass der Nichtabzugsfähigkeit von Bussen, Geldstrafen und Verwaltungssanktionen mit Strafzweck, der Abzugsfähigkeit von gewinnabschöpfenden Sanktionen ohne Strafzweck sowie der Nichtabzugsfähigkeit von Bestechungsgeldern an Private mehrheitlich zugestimmt wird. Mehrheitlich abgelehnt werden dagegen die Nichtabzugsfähigkeit von (1) Prozesskosten, die im Zusammenhang mit finanziellen Sanktionen mit Strafzweck entstehen, und (2) Aufwendungen, die der Ermöglichung einer Straftat dienen oder als Gegenleistung für das Begehen einer Straftat getätigt wurden.⁷⁸

⁷³ Vernehmlassungsvorlage des Bundesrates zum Bundesgesetz über die steuerliche Behandlung finanzieller Sanktionen (Umsetzung Motion 14.3450 Luginbühl) vom 18. Dezember 2015 abrufbar unter: <<http://bit.ly/2Ai6X9y>> (eingesehen am 22. März 2017).

⁷⁴ Ibid.

⁷⁵ Art. 59 Abs. 1 lit. a DBG; Art. 25 Abs. 1 lit. a StHG. Dies gilt heute und zukünftig nur für juristische Personen.

⁷⁶ Art. 59 Abs. 2 DBG; Art. 25 Abs. 1bis StHG.

⁷⁷ Ergebnisbericht zum Vernehmlassungsverfahren zum Bundesgesetz über die steuerliche Behandlung finanzieller Sanktionen (Umsetzung der Mo. 14.3450 Luginbühl) vom 16. November 2016, abrufbar unter: <<http://bit.ly/2AyuKm8>> (eingesehen am 22. März 2017).

⁷⁸ Ibid., 1.

Am 16. November 2016 wurde auch der Gesetzesentwurf⁷⁹ des Bundesrates sowie die zugehörige Botschaft⁸⁰ veröffentlicht. Der Entwurf trifft folgende Unterscheidung: (1) abziehbare gewinnabschöpfende Sanktionen ohne Strafzweck einerseits, (2) nicht-abziehbare Bestechungsgeldern und (entgegen des Vernehmlassungsergebnisses) Aufwendungen zur Ermöglichung von Straftaten oder als Gegenleistung für die Begehung von Straftaten, Bussen und Geldstrafen sowie Verwaltungssanktionen mit Strafzweck andererseits.

Am 7. März 2018 wurde der Entwurf im Ständerat (als Erstrat) behandelt.⁸¹ Obwohl die Mehrheit der Wirtschaftskommission des Ständerates ausländische Bussen, Geldstrafen und finanzielle Verwaltungssanktionen (im Gegensatz zu Schweizerische) abzugsfähig machen wollte, unterlag diese klar (28 gegen 12 Stimmen).

Zur Zeit der Abfassung dieses Beitrages wurde der Entwurf vom Nationalrat noch nicht behandelt.

4. Folgen des Entscheidens

Das Bundesgericht löst also eine steuerrechtliche Frage statt anhand des (rein wirtschaftlichen) Begriffes geschäftsmässiger Begründetheit mit moralischen Grundsätzen und Werturteilen.

Wie gezeigt führt dieser Ansatz zu einer dem Steuerrechtssystem fremden, ja ihm widersprechenden Lösung. Sie führt zudem zu einem Konflikt mit dem Strafrecht oder zu einem Durcheinanderwürfeln von Steuerrecht und Strafrecht. Verletzt wird dabei ein fundamentales Grundsatzprinzip des Strafrechtes, na-

mentlich das Schuldprinzip⁸². Die juristische Person wird grundsätzlich im Strafverfahren (oder im Verwaltungsstrafverfahren) bestraft, um das begangene Unrecht auszugleichen.⁸³ Danach soll nun dieselbe juristische Person im Steuerrecht für eine Substanz besteuert werden, über die sie überhaupt nicht mehr verfügt, und dies soll – um dem Ganzen die Krone aufzusetzen – ausgerechnet aufgrund des strafenden Charakters der strafrechtlichen Sanktion erfolgen. Es mag intuitiv scheinen, den Strafcharakter einer Busse im Steuerrecht (negativ) zu berücksichtigen. Eine einfache Reflexion lässt aber erkennen, dass dies notwendig zu einer Doppelbestrafung führen muss, was sowohl das Schuldprinzip als auch das Prinzip *ne bis in idem* verletzt.

Das Schuldprinzip wird nirgends ausdrücklich statuiert. Es findet sich – *e contrario* – in Art. 12 und 19 StGB sowie bei der Strafzumessung in Art. 47 StGB und Art. 106 Abs. 3 StGB. Es lässt sich auch aus der Unschuldsvermutung (Art. 7 EMRK) ableiten und hat Verfassungscharakter. Dem Prinzip nach darf eine Strafe nur dann ausgesprochen werden, wenn der Täter schuldhaft gehandelt hat (*nulla poena sine culpa*). Die Schuld hat nach ganz h.L. eine strafbegründende Funktion. Darüber hinaus wird die Strafe aber auch nach der Schuld zugemessen

⁸² Vgl. zum Schuldprinzip allgemein: Arthur Kaufmann, Das Schuldprinzip: eine strafrechtlich-rechtsphilosophische Untersuchung, Heidelberg 1961; Helmut Frister, Schuldprinzip, Verbot der Verdachtsstrafe und Unschuldsvermutung als materielle Grundprinzipien des Strafrechts, Berlin 1988; Hans Joachim Hirsch, Das Schuldprinzip und seine Funktion im Strafrecht, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft Bd. 106 (1994)/4, 746 ff.; Günther Jakobs, Das Schuldprinzip, Opladen 1993; Claus Roxin, Das Schuldprinzip im Wandel, 519 ff., in: Strafgerechtigkeit: Festschrift für Arthur Kaufmann zum 70. Geburtstag, Heidelberg 1993; Adolf Merkel, Kriminalistische Abhandlungen, Bd. I: Zur Lehre von den Grundeinstellungen des Unrechts und seiner Rechtsfolgen, Leipzig 1867, 44: «So lässt sich das Recht bezeichnen als ein Inbegriff von (hier nicht näher zu definierenden) Grundsätzen, das Unrecht also als Verletzung betreffender Grundsätze. Eine solche kann aber offenbar nur von Demjenigen ausgehen, der auch nach Grundsätzen handeln kann und nur in einer Wirksamkeit, in welcher, nach dem Masse menschlicher Kräfte, dieselben zur Geltung kommen konnten.»; Karl Binding, Handbuch des Strafrechts, Bd. I, Leipzig 1885, 158 f. m.w.H.: «Die Vernunft des Gesetzgebers nötigt ihn seine Befehle nur an die zu richten, die er für fähig hält sie zu befolgen. [...] Es giebt kein schuldloses, kein sog. Objektives Unrecht.» Zum Schuldprinzip im EU-Recht, siehe: Dästner (Fn. 51), 45 ff.

⁸³ Vgl. zur Strafe als Schuldausgleich: Kaufmann (Fn. 82), 201 ff. und 255 ff.

⁷⁹ Entwurf des Bundesgesetzes über die steuerliche Behandlung finanzieller Sanktionen, BBl 2016 8537 ff.

⁸⁰ Botschaft zum Bundesgesetz über die steuerliche Behandlung finanzieller Sanktionen vom 16. November 2016, BBl 2016 8503 ff.

⁸¹ AB 2018 S 146 ff.

und durch sie beschränkt. Das Schuldprinzip hat also eine wesentlich strafbegrenzende Funktion: Strafe darf das Mass der Schuld nicht überschreiten.⁸⁴ Strafe bemisst sich nicht nur an der Schuld, sie ist schuldausgleichend, bezieht sich also in ihrer Essenz und ihrer Legitimation auf die Schuld.⁸⁵ Wird die Vorwerfbarkeit (also die Schuld) im Steuerrecht ein zweites Mal berücksichtigt, obwohl sie bereits ausgeglichen wurde, so verletzt dies das Schuldprinzip unmittelbar, weil damit das Rechtssystem eine Strafe ausspricht, die über das Mass der Schuld hinausgeht.

Das Verbot doppelter Strafverfolgung (*ne bis in idem*) wird in Art. 11 StPO⁸⁶ statuiert, gilt aber auch als Prinzip des Bundesstrafrechts und lässt sich direkt aus der Bundesverfassung ableiten.⁸⁷ Danach darf eine Person, die in der Schweiz rechtskräftig verurteilt oder freigesprochen worden ist, wegen derselben Straftat nicht noch einmal verfolgt werden.⁸⁸ Voraussetzung für die Anwendbarkeit des Grundsatzes ist die Identität sowohl (1) der Tat als auch (2) der Person, wobei «Tat» den Sachverhalt, nicht seine rechtliche Würdigung (als Straftat) meint.⁸⁹ Wird die juristische Person im Steuerrecht für eine Substanz besteuert, die sie gar nicht (mehr) hat – und dies auch noch nur deshalb, weil der fraglichen Aufwendung (Zahlung einer Busse) pönaler Charakter zukommt, so wird damit die Person zweifellos ein zweites Mal für dieselbe Tat bestraft.

Für das Steuerrecht kann der pönale Charakter einer Aufwendung nicht massgeblich sein, denn zum einen vermag das Steuerrecht

diese Frage nach seiner (wirtschaftlich orientierten) Logik und Begrifflichkeit überhaupt nicht korrekt zu beurteilen, zum anderen aber ergeben sich bei einer Beurteilung solcher Fragen durch das Steuerrecht unmittelbar Wertungswidersprüche: Man kann nicht, wenn es um Beschuldigtenrechte geht, den Strafcharakter bestreiten, ihn dann aber bei der Abzugsfähigkeit von Aufwendungen handkehrum wieder bejahen. Zwar wird auch in der Schweiz, hinsichtlich Zwangsmassnahmen und Mitwirkungspflichten von «analoger» Anwendung der strafprozessualen Garantien geschwurbelt, doch verschärft sich diese Problematik im europäischen Kontext nochmals erheblich: Im europäischen Wettbewerbsrecht nämlich wird (aus Gründen der mangelnden Strafkompentenz, aber wohl auch dem Einfluss der Logik des deutschen Ordnungswidrigkeiten-Diskurses) der Strafcharakter von Kartellbussen bestritten. Die hier in Frage stehende Busse war eine europarechtliche Wettbewerbsbusse, also nach Meinung der ausfallenden Rechtsordnung keine Strafe. Ist nun das Schweizer Steuerrecht neuerdings zuständig, um diese Qualifikation als falsch zu deklarieren? Sind umgekehrt zukünftig die Strafgerichte eventuell zuständig zur Beurteilung steuerlicher Einschätzungen?

Für das Steuerrecht sind ökonomische Aspekte massgebend: Hat die juristische Person den fraglichen Betrag tatsächlich für die Geschäftstätigkeit ausgegeben oder hat sie es einem Dritten/Aktionär zugewendet? Diese Frage stellt sich in den Begriffen der geschäftsmässigen Begründetheit (nach Art. 57 ff.) im Zusammenhang mit dem Legalitäts-, Leistungsfähigkeits-, Wertneutralitäts- und Massgeblichkeitsprinzip, nicht aber der der moralischen Vorwerfbarkeit. Eine Busse, die einem Unternehmen wegen Handlungen in Zusammenhang mit seiner Geschäftstätigkeit auferlegt wird, ist immer geschäftsmässig begründet, ergibt sie sich doch direkt aus dieser Geschäftstätigkeit. Das muss nur in verstärktem Masse für Kartellsanktionen

⁸⁴ Vgl. **Frister** (Fn. 82), 39 und 43 ff., m.w.H.

⁸⁵ In diese Richtung schon: **Hugo Grotius**, *De iure belli et pacis libri tres*, 1625, II/XX/28.

⁸⁶ Schweizerische Strafprozessordnung vom 5. Oktober 2007 (Strafprozessordnung, StPO, SR 312.0).

⁸⁷ **Brigitte Tag**, Art. 11 N 11 m.w.H., in: Marcel Alexander Niggli/Marianne Heer/Hans Wiprächtiger (Hrsg.), *Basler Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung*, 2. Aufl., Basel 2014.

⁸⁸ Art. 11 Abs. 1 StPO.

⁸⁹ **Tag** (Fn. 87), Art. 11 N 14 ff.

gelten.⁹⁰ Die gegenteilige Lösung verstösst gegen Leistungsfähigkeits-, Wertneutralitäts- und Massgeblichkeitsprinzip, ohne dass es dafür irgendeine gesetzliche Grundlage gäbe.

Die Busse ist der Preis für ein bestimmtes Handeln.⁹¹ Produziert dieses Handeln Zuflüsse, kann das Steuerrecht konsequenterweise diese Zuflüsse nicht für relevant erachten, gleichzeitig aber die damit ursächlich verbundenen Kosten ignorieren.

Diese Paradoxie dürfte wohl auch erklären, warum das Bundesgericht sich auf dem Bericht des Bundesrates stützt.⁹² Da es keine Argumente findet, verweist es auf einen Text, der (völlig unzutreffend) den sachlichen Zusammenhang zwischen Betriebstätigkeit und Busse leugnet. Wie eben erläutert kann das nicht richtig sein: Ökonomisch betrachtet ist die Busse der Preis für ein bestimmtes Handeln.

5. Wertneutralität

Die Tatsache, dass der Grundsatz der Wertneutralität vom Bundesgericht zwar bei rechtswidrig erzielten Einkünften, nicht aber bei zugehörigen Kosten oder Auslagen angerufen wird, bedeutet nicht, dass er selbst asymmetrisch sei und nur bei Einkünfte gelten sollte, sondern nur, dass ihn das Gericht asymmetrisch anwendet. Dies aber widerspricht dem Grundsatz in seiner Essenz. Unmittelbarer Ausfluss der Wertneutralität ist, dass alle – auch illegal erzielte – Einkünfte steuerbar sind. Dies ist bloss Folge, nicht Inhalt des Wertneutralitätsgrundsatzes. Wertneutralität heisst Wert-Neutralität, d.h. Neutralität und Unabhängigkeit

von moral-sittlichen Wertungen. Es ist nicht möglich, den Grundsatz nur bei Einkünften, nicht aber bei zugehörigen Abzügen anzuwenden. Tut man dies nämlich, so gibt man

Wertneutralität
heisst Wert-Neutralität,
d.h. Neutralität
und Unabhängigkeit
von moral-sittlichen
Wertungen.

damit den Grundsatz selbst auf. Wenn man die Frage, ob ein Sachverhalt rechtskonform ist oder eben nicht, nur dort für unbeachtlich erklärt, wo es dem Staat nützt (wenn es zur Erhöhung der Steuereinkünfte führt), nicht aber dort, wo die entsprechenden Aufwendungen betroffen sind, so kann dies nicht Wertneutralität, sondern müsste im besten Fall Staatsutilitarismus heissen. Genau betrachtet enthält eine solche utilitaristische Position aber auch eine moralisch-sittliche Wertung, namentlich diejenige, dass der Staat alles besteuern darf oder gar soll, wenn es ihm nützt, umgekehrt der Besteuerte aber bestimmte Aufwendungen – obwohl damit in unmittelbarem Zusammenhang – nicht in Abzug bringen darf, sofern sie den staatlichen Wertvorstellungen nicht konform sind. Einfach formuliert: Es kann derselbe Sachverhalt aus der Sicht des Besteuernden nicht ausschliesslich ökonomisch betrachtet werden, wenn dies aus der Sicht des Besteuerten nicht ebenfalls geschieht. Ökonomisch sind Aufwendungen und Erträge im illegalen Bereich nicht von solchen im legalen zu unterscheiden. Wer den Grundsatz der Wertneutralitätsgrundsatz asymmetrisch anwendet, wendet ihn nicht an. Es führt die asymmetrische

⁹⁰ In diese Richtung: **Ernst Höhn/Robert Waldburger**, Steuerrecht, Bd. II: Steuern bei Vermögen, Erwerbstätigkeit, Unternehmen, Vorsorge, Versicherung, 9. Aufl., Bern/Stuttgart/Wien 2002, §46 N 54; **Peter Brülisauer/Flurin Poltera**, Art. 58 N 49, in: Martin Zweifel/Peter Athanas (Hrsg.), Kommentar zum schweizerischen Steuerrecht, Band I/2a, Bundesgesetz über die direkte Bundessteuer (DBG) Art. 1–82, 2. Aufl., Basel 2007.

⁹¹ Zu dieser Frage vgl.: **Stefan Maeder**, Sicherheit durch Gebühren? Zur neuen Halterhaftung für Ordnungsbussen nach Art. 6 OGB, AJP/PJA 2014, 679 ff., 687 ff.; **Wolfgang Wohlers**, Criminal Law and Economics, 115–134, 119 ff., in: Robert Waldburger et al. (Hrsg.), Law & Economics, Festschrift für Peter Nobel zum 70. Geburtstag, Bern 2015.

⁹² Siehe Fn. 48.

Ausgestaltung (Besteuerung illegaler Zuflüsse; keine Abzugsfähigkeit zugehöriger Aufwendung) also zu gravierenden Inkonsistenzen des Wertesystems.

Kommt hinzu: Einen Vermögenszufluss zu besteuern, die dafür notwendigen Aufwendungen aber nicht als Abzug zuzulassen, bedeutet die Steuerforderung von der wirtschaftlich-tatsächlichen Lage zu lösen, heisst sie vom Einkommen/Vermögen des Besteuernden zu lösen. Im illegalen Bereich wird der Steuerpflichtige nicht grundsätzlich gleich behandelt wie im legalen, umgekehrt wird er aber auch nicht grundsätzlich anders behandelt. Vielmehr wird – asymmetrisch – ein illegaler Zufluss einem legalen gleichgestellt, ein zugehöriger Aufwand dagegen nicht. Eine finanzielle Belastung des Einzelnen durch den Staat, die unabhängig ist von den wirtschaftlichen Gegebenheiten und unabhängig vom wirtschaftlichen Wirken des Besteuernden, sondern die sich einzig auf die Widerrechtlichkeit einer Handlung bezieht, nennen wir üblicherweise Strafe. Wenn erwirtschaftete Zuflüsse besteuert, die dafür notwendigen Aufwendungen aber nicht als Abzüge zugelassen werden, dann wird dadurch eine Strafe geschaffen, weil damit Vermögen entzogen wird, das durch den besteuerten Sachverhalt gar nicht erwirtschaftet wurde. Einer solchen Strafe fehlt aber nicht nur die gesetzliche Grundlage, sondern auch die Legitimität. Soweit es sich um eine Strafe handelt, ist nicht nur das Verfahren nicht geregelt, insbesondere die Frage nach den Angeschuldigtenrechten⁹³ und Mitwirkungspflichten, darüber hinaus wird auch eine unzulässige Doppelbestrafung geschaffen. Denn: Für die in Frage stehende Handlung, die zum Vermögenszufluss führten, wird der Täter – sofern sie widerrechtlich sind – ja bereits vom Strafrecht verfolgt und bestraft. Für eine zusätzliche steuerrechtliche Strafkompetenz, ausserhalb des existie-

renden Steuerstrafrechts (also ausserhalb der Steuerdelikte selbst) besteht aber keine erkennbare Rechtsgrundlage.

Will man Erwerb aus widerrechtlicher Tätigkeit besteuern, so muss man den damit verbundenen Aufwand auch als abzugsfähig anerkennen, sonst schafft man der Natur nach eine Strafe, der die gesetzliche Grundlage fehlt. Will man umgekehrt Aufwendungen für illegale Tätigkeit nicht in Abzug bringen, so muss man notwendig auch den damit zusammenhängenden Erwerb steuerfrei stellen.

Der Inkonsistenzen sind aber noch mehr: Eine eigentliche Strafkompetenz der EU besteht nicht, weshalb die fraglichen EU-kartellrechtlichen Bussen nach europäischem Verständnis keine Strafen «im eigentlichen Sinn» darstellen, ebenso wie die sogenannten Ordnungswidrigkeiten nach deutschem Recht keine Strafen «im eigentlichen Sinne» darstellen können, weil sie von Exekutivbehörden ausgefällt werden, andernfalls sie verfassungswidrig wären.⁹⁴ Sowohl europäische als auch deutsche Kartellbussen stellen also nach den jeweiligen Rechtsverständnissen keine Strafen «im eigentlichen Sinne» dar. Ihnen «mangelt der Ernst» der wirklichen Strafe, ihnen kommt keine «stigmatisierende» Wirkung zu.⁹⁵ Das führt nun die bundesgerichtliche Position in eine Sackgasse: Entweder man übernimmt das Verständnis der Rechtsordnung, in welcher die «Sanktion» ausgefällt wurde, dann aber kann das Argument des Bundesgerichtes, nach welchem solche «Bussen» nicht abzugsfähig sein können, weil ansonsten deren «strafender» Aspekt gemindert würde. Sie stellen also nichts anderes als wirtschaftliche Grössen dar, ohne ethischen Gehalt. Oder man qualifiziert – autonom, und entgegen dem ausländischen Verständnis, nach welchem diese «Sanktionen»

⁹³ Obwohl der EGMR in jüngerer Zeit ja selbst bei von ihm selbst als Strafe identifizierten staatlichen (interessanterweise steuerstrafrechtlichen) Reaktionen zumindest das Recht auf rechtliches Gehör nicht unbedingt gewähren will: Urteil EGMR Nr. 73053/01 vom 23. November 2006, *Jussila v. Finnland*, Sammlung der EGMR Entscheide 2006-XIV.

⁹⁴ Vgl. dazu: Ester Herlin-Karnell, Effectiveness and Constitutional Limits in European Criminal Law, *New Journal of European Criminal Law*, Bd. 5, Heft 3, 2014, 267 ff.; Eadem (Fn. 51), 10 ff.

⁹⁵ Vgl. Urteil EGMR Nr. 73053/01 vom 23. November 2006, *Jussila v. Finnland*, Sammlung der EGMR Entscheide 2006-XIV, insbesondere §43; Niggli/Riedo (Fn. 42), vor Art. 49a N 25 ff., insbesondere 34 f. m.w.H.; Eadem (Fn. 49), 92 ff. und 102 ff.

verhängt wurden, als «echte» Strafen, was das bundesgerichtliche Argument zwar unbeschädigt liesse, aber dazu führen müsste, dass die Frage danach, was eine Strafe und was keine sei, entgegen den nationalen anwendbaren Rechtsordnungen und entgegen auch dem EGMR zu entscheiden wäre.⁹⁶ Dann aber müssten wohl in all diesen Verfahren die strafprozessualen Garantien eingehalten werden, was wiederum das Bundesgericht kaum garantieren, geschweige denn erzwingen kann.

III. Schluss

Die laufende Revision wird nicht nur die völlig verfehlte Rechtsprechung des Bundesgerichts kodifizieren, sie wird auch moralisch-symbolische Elemente ins Steuerrecht einführen, ganz so, als wäre das Steuerrecht eine Art Strafrecht. Moralische Elemente sind aber dem Steuerrecht und seine ökonomische Betrachtungsweise grundsätzlich fremd.

Richtig ist zwar, dass ein derartiges Element bereits Eingang in unser Steuersystem fand, als Bestechungsgelder vom geschäftsmässig

begründeten Aufwand ausgeschlossen wurden⁹⁷, doch war bereits dies ein unverzeihlicher Sündenfall. Es muss schleierhaft bleiben, warum ein tatsächlich getätigter Aufwand, der geleistet wird, um einen Vermögenszufluss zu bewirken, nicht abgezogen werden könnte, wenn der herbeigeführte Zufluss besteuert wird. Dies ist – wie eben erläutert – nichts anderes als Doppelbestrafung. Die Entwicklung führt zunehmend zu einer Vermischung der Kategorien, was seinerseits Widersprüche im Rechtssystem unvermeidlich anwachsen lässt. Steuerrecht ist kein Strafrecht und soll es auch nicht werden. Steuerrecht, ja Recht überhaupt, moralisch aufzuladen ist unzweckmässig und gefährlich.

Selbst die Art und Weise, mit welcher diese Moralisierung begründet wird, bleibt un schlüssig und inkohärent. Im Recht sollten rechtliche Argumenten gelten, nicht moralische. Dies nämlich unterscheidet Recht primär von Moral. Alles andere aber führt zur Missachtung rechtstaatlicher Gesetzgebungsprozesse und letztlich zu einer unerwünschten Anpassung der Spielregeln durch den Spieler.

⁹⁶ Siehe zu den sog., vom EGMR entwickelten Engel-Kriterien: Urteil EGMR vom 8. Juni 1976, *Engel et al. v. The Netherlands*, Serie A Nr. 22; § 82 f., Rechtsprechung zuletzt bestätigt im Urteil EGMR Nr. 39665/98 und 40086/98, *Ezeh et al. v. United Kingdom*, vom 9. Oktober 2003.

⁹⁷ Vgl. Bundesgesetz vom 22. Dezember 1999 über die Unzulässigkeit steuerlicher Abzüge von Bestechungsgeldern, AS 2000 2147, BBl 1997 II 1037, IV 1336.



Anarchie

Marcel Alexander Niggli

Immer wieder hört man, dass wir in «blanker» Anarchie enden würden, wenn ... der Staat, die Behörden, irgendeine Autorität, die Gesetze etc. nicht bestünden bzw. durchgesetzt würden. Behauptet wird mithin, dass Anarchie die Folge sei, wenn eine bestimmte Autorität nicht beachtet oder aufrecht erhalten werde. «Anarchie» meint dabei Chaos, ein unstrukturiertes Tohuwabohu, ein lebensunwertes Durcheinander, was eben abgelehnt wird. Das ist natürlich kreuzfalsch.

Kreuzfalsch ist es alleine schon deshalb, weil Anarchie eben nicht die Abwesenheit von Ordnung bezeichnet, sondern Abwesenheit von Herrschaft. Archía (ἀρχία) meint Herrschaft, ἀναρχία (anarchía) die Abwesenheit von Herrschaft, also Herrschaftslosigkeit, nicht Unordnung. Wer Anarchie verwendet, um einen ordnungslosen Zustand zu bezeichnen, impliziert nichts anderes, als dass Ordnung nur durch Herrschaft möglich sei. Das kann man natürlich vertreten, stellt aber letztlich ein Konzept dar,

das sich auf sich selbst bezieht. Weil Ordnung nur durch Herrschaft entsteht (impliziter Satz), führt die Abwesenheit von Herrschaft zu Chaos und Unordnung (expliziter Satz), weshalb Anarchie gleichbedeutend sei mit Unordnung. Symptomatisch ist etwa die Klassifikation von Machiavelli (der sich auf Aristoteles bezieht), nach welcher es drei «gute» Formen von Herrschaft gibt (Monarchie, Aristokratie, Demokratie) und drei «schlechte» (Tyrannei, Oligarchie und eben Anarchie). In dieser Struktur ist Anarchie nichts anderes denn eine Degenerationserscheinung von Demokratie. Sie dient dazu, Demokratie zu de- und Herrschaft zu legitimieren (so etwa Hobbes), weil selbst die Tyrannei der Anarchie vorzuziehen sei. So tatsächlich der ehemalige bayerische Ministerpräsident Franz-Josef Strauss:

«Die Demokratisierung der Gesellschaft ist der Beginn der Anarchie, das Ende der wahren Demokratie. Wenn die Demokratisierung weit genug fortgeschritten ist, dann endet sie im kommunistischen Zwangsstaat.» (Deutsches Allgemeines Sonntagsblatt, 11. Januar 1978).

«Die Demokratisierung der Gesellschaft ist der Beginn der Anarchie, das Ende der wahren Demokratie.»
Franz-Josef Strauss

In Wirklichkeit ist Anarchie nichts anderes, als eine Ordnung ohne Herrschaft. Das lässt sich ohne weiteres erkennen, wenn wir an das eigene familiäre oder freundschaftliche Umfeld denken. Empathie stellt Ordnung ganz ohne Herrschaft her, was Adam Smith noch wusste (vgl. seine *Theory of Moral Sentiments*, 1759), was aber inzwischen vergessen gegangen ist, sodass heute nur noch sein *Wealth of Nations* (1776) erinnert wird, die fälschlicherweise als Gegenentwurf zu jenem Werk gelesen wird.

Was ist eine Banküberweisung?

Stefan Maeder

Hinweis auf BGer, 15.6.2017, 4A_379/2016.

Letzten Sommer hat die erste zivilrechtliche Abteilung des Bundesgerichts wieder einmal daran erinnert, was eine Banküberweisung eigentlich ist. Die Lektüre mindestens der betreffenden Erwägungen ist auch für Strafrechtler lohnenswert, scheint doch oft die Vorstellung vorzuherrschen, bei der Bank liege tatsächlich etwas auf einem Konto, das genommen, verschoben oder angeeignet und damit veruntreut werden könne, Buchgeld sei also doch irgendwie physisch. In Wahrheit «liegt» natürlich nichts auf dem Konto, vielmehr hat der Kontoinhaber eine Forderung gegen die Bank. Das hat zur Folge, dass kein Geld vom Konto verschwinden kann, wenn die Bank eine vom Kunden nicht autorisierte Zahlung vornimmt, denn solange diese Zahlung nicht als Erfüllung gelten kann, ist die Forderung des Kunden davon nicht betroffen. Selbst wenn er vertraglich verpflichtet ist, der Bank solche Schäden zu ersetzen (die Gültigkeit einer solchen AGB-Klausel ist im Einzelfall zu prüfen), tritt der Schaden zuerst bei der Bank ein und nicht direkt beim Kunden, weil die Bank immer aus dem eigenen Vermögen leistet. Der Kunde ist damit (i.S.v. Art. 115 StPO)

nicht direkt geschädigt, vielmehr wird der Schaden auf ihn abgewälzt. Man kann aber nur abwälzen, was schon da ist.

«3.2.1. Lorsque la banque vire de l'argent depuis le compte du client à un tiers en exécution d'un ordre du client ou d'un de ses représentants, le transfert est effectué sur la base d'un mandat régulier du client et la banque doit être remboursée de ses avances et frais.

3.2.2. En revanche, lorsque le transfert de fonds est imputable à un tiers non autorisé ou qu'il est exécuté sur les instructions d'un représentant qui sort du cadre de sa procuration, il est exécuté sans mandat du client et la banque ne peut pas se faire rembourser par celui-ci, même si elle n'a pas commis de faute. Le dommage découlant du paiement indu est un dommage de la banque, non du client. Le client dispose d'une action en restitution de l'avoir en compte, qui est une action en exécution du contrat (Erfüllungsanspruch). En d'autres termes, lorsque la banque exécute un ordre sans avoir décelé la fausseté de la signature du client, c'est elle qui, de par la loi, subit un dommage. Ainsi, dans le système légal, où c'est la banque qui subit un dommage, celle-ci peut tout au plus demander des dommages-intérêts à son client s'il a fautivement contribué à causer le dommage qu'elle a subi (art. 97 al. 1 ou 41 al. 1 CO). Il ne s'agit pas d'une prétention en réduction du dommage au sens de l'art. 44 al. 1 CO, puisque cette disposition n'est pas applicable à l'encontre d'une prétention en exécution du contrat – restitution de l'avoir en compte –, mais lorsqu'une responsabilité contractuelle ou extracontractuelle est invoquée.»

«Die Bank leistet immer aus ihrem eigenen Vermögen.»

Universität und Fachhochschule

Marcel Alexander Niggli

Antworten auf Fragen zu finden, ist etwas völlig anderes, als die relevanten Fragen zu finden.

Denkt man über den Unterschied von Universität und Fachhochschule nach und über ein Kriterium, das sie unterscheidet, so lautet die klassische Antwort, dass Fachhochschulen anwendungsorientiert, Universitäten dagegen theorieorientiert seien.

Das mag sein, geht aber am Problem insofern vorbei, als dass eine Theorie, die nicht dazu dient, Probleme zu lösen, nicht wirklich hilft, und umgekehrt eine Problemlösung ohne theoretische Basis wohl nicht gelingen kann. Insbesondere für die Jurisprudenz, bei der man sich ja ihrer Wissenschaftlichkeit nicht übermässig sicher ist (trotz der manchmal anzutreffenden deutschen Bezeichnung «Rechts-

wissenschaft»), stellt sich diese Frage, da ein anwendungsloses Recht nicht wirklich sinnvoll oder auch nur vorstellbar erscheint (ganz analog im Übrigen für die Medizin).

In unserem Verständnis sind Fachhochschulen Einrichtungen, die vermitteln, wie man gute **Antworten** auf bestehende Fragen findet, während Universitäten sich damit beschäftigen, wie man die (richtigen, wichtigen oder fruchtbaren) **Fragen** findet.

Die Unklarheit der Abgrenzung ist bedeutsamer als es scheinen mag. Juristische Fakultäten nämlich reagieren darauf, dass sie ein Abgrenzungskriterium nicht wirklich benennen können, damit, dass sie zunehmend zu Fachhochschulen werden, indem sie immer anwendungsorientierter werden, immer mehr, und immer spezifischere und spezialisierte Fächer anbieten, sich also immer mehr mit den Antworten, statt mit den Fragen beschäftigen. Universitätsabsolventen werden immer besser, innert kurzer Zeit umfangreich und verlässlich Antworten zu finden. Gleichzeitig aber hat sich deutlich ihre Fähigkeit vermindert, mit Sachverhalten umzugehen, die sie noch nie ange-troffen haben und die sie entsprechend leicht überfordern.

Apokryphe Haftgründe und ihre Problematik

Diego R. Gfeller/Adrian Bigler/Duri Bonin

Hinter den vorgeschobenen gesetzlichen Haftgründen stehen mitunter verheimlichte tatsächliche Gründe.

Ernst Ferstls Aphorismus, wonach der Unterschied zwischen Theorie und Praxis in der Praxis weit höher sei, als in der Theorie, bewahrheitet sich im Haftrecht in besonderem Masse: Während Lehre und Gesetzgebungsgeschichte Untersuchungshaft nur sehr restriktiv angewandt wissen wollen, hat die Praxis die Zurückhaltung weitestgehend abgelegt. Die Autoren setzen sich in ihrem Beitrag mit den sogenannten apokryphen Haftgründen auseinander, mithin den verborgenen tatsächlichen Haftgründen. Ferner zeigen sie auf, weshalb Untersuchungshaft aufgrund der Anreizstruktur zu einem strukturell unfairen Verfahren führen kann.

I. Gesetzliche Haftgründe

Der Gesetzgeber hat in der StPO den Grundsatz statuiert, dass der Beschuldigte im Untersuchungsverfahren in Freiheit verbleibt (Art. 212 StPO). Untersuchungshaft soll die Ausnahme bleiben und nur als *ultima ratio* angeordnet werden.¹

¹ Im Detail hierzu Diego R. Gfeller/Adrian Bigler/Duri Bonin, Untersuchungshaft – Ein Leitfaden für die Praxis, Zürich 2017, N 583 ff.

Das schweizerische Strafprozessrecht kennt zwei repressive und zwei präventive (besondere) Haftgründe (Art. 221 Abs. 1 und 2 StPO). Repressiv sind die Haftgründe Kollusionsgefahr und Fluchtgefahr. Sie sollen der Sachverhaltsermittlung und der Sicherstellung der anschliessenden Bestrafung dienen. Auf Prävention künftiger befürchteter Straftaten sind die Haftgründe Wiederholungsgefahr und Ausführungsgefahr gerichtet.

Fluchtgefahr, Kollusionsgefahr und Wiederholungsgefahr verlangen zudem einen dringenden Tatverdacht. Zusätzlich müssen sämtliche Zwangsmassnahmen verhältnismässig sein (Art. 197 Abs. 1 lit. c und d StPO). Sie werden aber ihrer Natur nach zu einem Zeitpunkt verhängt, in dem der Beschuldigte von Gesetzes wegen als unschuldig gilt. Aus der gesetzlichen Logik ergibt sich somit die Tatsache, dass nur verdächtige Unschuldige in Untersuchungshaft sind. Interessant ist in diesem Zusammenhang, dass nur rund 33% der Verurteilten, die in Untersuchungshaft versetzt wurden, mit einer teil- oder unbedingten Freiheitsstrafe belegt

werden.² Rechnet man noch die eingestellten Verfahren sowie die Freisprüche mit vorangegangener Untersuchungshaft hinzu, ist die Quote der zu einer unbedingten Freiheitsstrafe verurteilten Personen, die Untersuchungshaft erleiden mussten, noch viel tiefer. Entsprechend liegt gemäss Clausen/Fink die Vermutung nahe, dass «die zwei grundlegenden Prinzipien des Rechtsstaates, die Unschuldsvermutung und die Verhältnismässigkeit der U-Haft» verletzt werden.³

II. Apokryphe Haftgründe

A. Einleitung

Andere Haftgründe als Flucht-, Kollusions-, Wiederholungs- und Ausführungsgefahr kennt das schweizerische Strafprozessrecht nicht. Soweit die Theorie. Tatsächlich gibt es jedoch, wie oben ausgeführt, klare statistische Hinweise für die Existenz geheimer, sogenannter apokrypher Haftgründe.⁴ Apokryphe Haftgründe sind die wahren Haftgründe, welche jedoch nicht genannt werden dürfen, weil sie keine gesetzliche Grundlage haben.⁵ Würden sie offen zutage treten, hätte dies gravierende Konsequenzen, stellt die rechtsgrundlose Inhaftierung doch offensichtlich eine Straftat (Freiheitsberaubung, Amtsmissbrauch, evtl. Nötigung) dar. Es liesse sich argumentieren, dass der Umstand, dass in der Schweiz keine Fälle bekannt sind, in denen Staatsanwälte oder Richter wegen illegaler Untersuchungshaftanordnung verurteilt und ihres Amtes enthoben wurden, beweist, dass alles seine Richtigkeit hat. So einfach ist es jedoch nicht. Dies aus dem Grund, dass sich die apokryphen Haftgründe aufgrund des grossen Ermessensspielraums und der vom Bundesgericht tolerierten geringen Begründungsdichte⁶ sehr einfach verschleiern

lassen. Ein vorsitzender Richter am Landesgerichtshof in Frankfurt liess sich wie folgt zitieren: «Seien wir doch mal ehrlich: Wie entscheiden wir über die Untersuchungshaft? Wir

Richter: «Wir fragen doch zuerst: Gehört der rein oder gehört der raus? Und wenn wir der Meinung sind, er gehöre rein, fällt uns schon was zur Begründung ein.»

fragen doch zuerst: Gehört der rein oder gehört der raus? Und wenn wir der Meinung sind, er gehöre rein, fällt uns schon was zur Begründung ein, das sich mit den gesetzlichen Anforderungen vereinbaren lässt und auch dem Rechtsmittelgericht einleuchtet.»⁷ Anzunehmen, dass es hierzulande besser bestellt ist, wäre blauäugig. Hinter vorgehaltener Hand werden auch in der Schweiz entsprechende Aussagen getätigt.

Was sind nun die apokryphen Haftgründe? Oder in der Vorstellungswelt besagten vorsitzenden Richters: Was sind die wahren Gründe, welche für ihn massgeblich sind, um zu entscheiden «gehört der rein oder gehört der raus?».

B. Geständnisdruck / Beugehaft⁸

Der wohl bedeutendste apokryphe Haftgrund ist die Schaffung von Geständnisdruck bzw. Kooperationsbereitschaft.⁹ Man spricht in

² Frédéric Clausen/Daniel Fink, Untersuchungshaft im freien Fall, in: Fink/Schulthess (Hrsg.), Strafrecht, Freiheitsentzug, Gefängnis – Ein Handbuch zur Entwicklung des Freiheitsentzugs in der Schweiz, Bern 2015, 182–195, 193.

³ Clausen/Fink (Fn. 2), 193.

⁴ Vgl. zum Ganzen: Gfeller/Bigler/Bonin (Fn. 1), N 45 ff.

⁵ Elmar Nordhues, Untersuchungshaft im Spannungsverhältnis von Recht und Praxis, Zur Bewertung und Bekämpfung von apokryphen Haftgründen, Diss. Münster, 2013, Köln 2013.

⁶ Gfeller/Bigler/Bonin (Fn. 1), N 234 ff., 665 ff.

⁷ Zitiert nach Nordhues (Fn. 5), 44 m.w.H.

⁸ Gfeller/Bigler/Bonin (Fn. 1), N 52 ff. m.w.H.

⁹ Nordhues (Fn. 5), 56 ff.

diesem Zusammenhang auch von Beugehaft. Die Prävalenz dieses apokryphen Haftgrundes ist insofern verständlich, als Untersuchungs haft rechtshistorisch betrachtet gerade zu diesem Zweck entstand.¹⁰

Es gibt bestimmte Konstellationen, in denen die Gefahr von Beugehaft erhöht ist. Es ist an der Verteidigung und an den Gerichten (Zwangsmassnahmengericht, Beschwerdeinstanzen an den Obergerichten und Bundesgericht) hier besonders genau hinzuschauen:

- Behauptung der Kollusionsgefahr mit einhergehender nur schleppender Verfahrensführung (Einvernahmen sollen beispielsweise erst in einigen Wochen oder gar Monaten stattfinden können);
- Behauptung der Kollusionsgefahr ohne konkrete Bezeichnung der Personen, die befragt werden sollen (dient häufig blossen Umfeldabklärungen);
- Behauptung der Kollusionsgefahr zur Befragung von Personen, die zur Klärung des eigentlichen Tatgeschehens nichts oder nur wenig beitragen können;
- Behauptung der Kollusionsgefahr in Wirtschaftsstraffällen, wenn die wesentlichsten Beweismittel gesichert sind (z.B. durch Hausdurchsuchungen mit anschliessenden Beschlagnahmen);¹¹
- Behauptung der Kollusionsgefahr ohne konkrete Kollusionshinweise, sondern mit bloss theoretischen oder generellen Gefahren (z.B. bei Paarkonflikten);
- Behauptung der Kollusionsgefahr mit generalisierten Ausführungen (z.B. Annahme

der Kollusionsgefahr bloss wegen der Natur der untersuchten Delikte, namentlich bei Sexualstraftaten);

- Behauptung der Kollusionsgefahr mit der alleinigen Begründung, dass sich die Aussagen des Beschuldigten nicht mit den Aussagen Dritter decken;
- Behauptung der Kollusionsgefahr mit dem einzigen Zweck der Auffindung von der Einziehung unterliegenden Vermögenswerten;¹²
- Behauptung der Fluchtgefahr ohne konkrete Hinweise auf eine beabsichtigte Flucht;
- Behauptung der Fluchtgefahr, wenn auch eine Verurteilung höchstwahrscheinlich lediglich zu einer Geldstrafe oder bedingten Freiheitsstrafe führen würde.¹³

C. Krisenintervention¹⁴

Gerade in Fällen von häuslicher Gewalt steckt hinter dem behaupteten legalen Haftgrund der Kollusionsgefahr häufig das vermeintliche Bedürfnis nach einer Krisenintervention. Gleiches gilt auch für jugendliche Straftäter und junge Erwachsene.¹⁵ Einerseits weil diesbezüglich eine gewisse soziale Erwartung der harten Hand besteht. Andererseits besteht die Hoffnung, dass der Beschuldigte durch die Inhaftierung den Ernst der Lage versteht und künftige Delikte unterlässt.

Auch dieser Haftgrund hat keine gesetzliche Grundlage. Die Unschuldsvermutung wird in solchen Fällen fundamental verletzt. Dass der Beschuldigte tatsächlich unschuldig sein könnte, wird dabei ebenso ausser Acht gelassen wie die Tatsache, dass ein grosser Teil der Verfahren, die so beginnen, später wieder eingestellt werden.¹⁶

¹⁰ Marc Forster, Empirische Erkenntnisse zur strafprozessualen Haft, AJP 1996, 1529 m.w.H.; Der Spiegel, 12/1964, 38.

¹¹ Beschuldigte in Wirtschaftsstraffällen sind einem besonderen Beugehafterisiko ausgeliefert, droht ihnen doch bereits durch das Bekanntwerden der Strafuntersuchung ein Verlust der wirtschaftlichen Existenz verbunden mit nicht mehr behebbaren Reputationsschäden. Zudem besteht in Wirtschaftsstraffällen aufgrund des Aktenumfangs und der kurzen Haftprüfungsfristen überhaupt keine Möglichkeit für das Zwangsmassnahmengericht sich auch nur ansatzweise mit dem dringenden Tatverdacht auseinanderzusetzen. Weil es hier zudem auch um grosse Geldbeträge geht und die Medien, gerade bei Publikumsgesellschaften zusätzlich Druck machen, ist ein faires Haftverfahren in Wirtschaftsstrafsachen von vornherein ausgeschlossen.

¹² Nordhues (Fn. 5), 73.

¹³ Betrifft v.a. Ausländer. Vgl. Adrian Bigler/Duri Bonin/Diego R. Gfeller, Berücksichtigung von drohenden bedingten Strafen im Haftrecht, AJP 2018, 149–154.

¹⁴ Gfeller/Bigler/Bonin (Fn. 1), N 60 m.w.H.; Albrecht, FS Trechsel, 263.

¹⁵ Nordhues (Fn. 5), 64.

¹⁶ Die Einstellungsquote in Fällen häuslicher Gewalt schwankt laut einem Bericht des Bundesrates zwischen 53 und 92%: Bericht des Bundesrates vom 28. Januar 2015 zur Motion 09.3059 Heim, Eindämmung der häuslichen Gewalt, 21 m.w.H.; <http://bit.ly/2AZboNw>.

Die Anwendung strafprozessualer Haft ist u.E. aber beispielsweise im Kanton Zürich gar nicht erforderlich, da das GSG des Kantons Zürich die Möglichkeit einer 24-stündigen Inhaftierung mit der Möglichkeit der Verlängerung von bis zu 4 Tagen vorsieht.¹⁷ Das gleiche Gesetz sieht zudem die Möglichkeit von Kontakt- und Rayonverboten vor. Die beabsichtigte Abkühlung der Situation durch die Krisenintervention kann somit mit anderen Mitteln (und zwar aus dem Werkzeugkasten der polizeilichen Gefahrenabwehr) bewältigt werden, womit Untersuchungshaft nicht erforderlich und damit unzulässig wird. Da Fälle häuslicher Gewalt regelmässig Vieraugendelikte sind und somit nebst der (partiellöffentlichen) Befragung der Geschädigten meist keine kollusionsgefährdeten Beweise erhoben werden müssen, ist Untersuchungshaft in diesen Fällen sowieso nur für ganz kurze Zeit zulässig (u.E. maximal 10 Tage).

In diesem Zusammenhang ist auch auf die unausgesprochene Befürchtung von schweren Gewalttaten hinzuweisen. Man will sich nicht vorwerfen lassen müssen, dass ein Tötungsdelikt hätte verhindert werden können. Entsprechend wird die Krisenintervention zusätzlich mit angeblicher Ausführungsgefahr untermauert. Dies einzig basierend auf angeblichen Drohungen oder Hinweisen, wonach der Beschuldigte Waffen besitze.¹⁸

D. «Weil es ihm gut tut» / Vorwegnahme der Strafe¹⁹

Besonders anfällig sind hier ausländische Beschuldigte, namentlich im Bereich des Betäubungsmittelstrafrechts. Solange sie nicht mit Betäubungsmittelmengen erwischt

werden, welche eine Mindeststrafe von einem Jahr vorsehen und sie nicht vorbestraft sind, gibt es u.E. regelmässig überhaupt keinen legalen Haftgrund. Ihnen droht real ja lediglich eine bedingte Sanktion.²⁰ Hinter dem apokryphen Haftgrund «Weil es ihm gut tut» stecken häufig subjektive «Gewissheiten» der Strafverfolgungsbehörden von einer bestehenden, aber allenfalls nicht nachweisbaren Schuld des Beschuldigten. Dies gepaart mit der (falschen) Meinung, dass bedingte Strafen ja keine spezialpräventive Wirkung erzielen. Es geht gewissermassen um eine Vorwegnahme der Strafe.²¹ In der Lehre herrscht aber Einigkeit, dass eine «vorgezogene» Bestrafung kein zulässiger Haftgrund ist.²² Damit wird ganz offensichtlich die Unschuldsvermutung verletzt. Zudem wird das Haftrecht zur Umgehung einer als ungenügend empfundenen Regel des materiellen Strafrechts missbraucht.²³

E. Umfeldabklärungen²⁴

In Verkennung der Zwecke der Untersuchungshaft wird diese gelegentlich dazu missbraucht, Umfeldabklärungen vorzunehmen. Also Abklärungen, die nicht auf die Beurteilung der dem Beschuldigten vorgeworfenen Tat, sondern von mutmasslichen Delikten aus seinem Umfeld abzielen. Dieses Problem taucht beispielsweise auf, wenn ein Beschuldiger eines Betäubungsmitteldeliktens sich von Anfang an geständig zeigt und keine konkreten Hinweise auf weitergehende Delikte bestehen. Diesfalls kommt es vor, dass Untersuchungshaft dazu dient, weitere Abklärungen zu tätigen, welche nicht mit dem konkret verfolgten Delikt zusammenhängen, sondern das mutmasslich deliktische Umfeld des Beschuldigten betreffen.

¹⁷ § 14 Abs. 2 GSG/ZH; vgl. dazu auch; Gfeller/Bigler/Bonin (Fn. 1), N 60.

¹⁸ In den aktuellen Weisungen der Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Zürich (WOSTA vom 1. Juni 2017, 12.8.1.2.4) wird festgehalten: «Grundsätzlich ist bei allen Verfahren von Häuslicher Gewalt nach Eingang der Anzeige bei der Staatsanwaltschaft zu prüfen, ob eine Hausdurchsuchung angezeigt ist (z.B. bei Hinweisen auf Waffenbesitz). Stehen Drohungen im Raum, insbesondere Morddrohungen, ist stets der Haftgrund der Ausführungsgefahr zu prüfen.» Dass dies nicht bloss gut gemeinte Ratschläge, sondern konkrete Weisungen an die Staatsanwältinnen und Staatsanwälte sind, versteht sich von selbst.

¹⁹ Gfeller/Bigler/Bonin (Fn. 1), N 61 m.w.H.

²⁰ Nach hier vertretener Ansicht und im Gegensatz zur gängigen Praxis ist die Frage des bedingten Vollzugs einer künftigen Freiheitsstrafe zwingend zu prüfen. Vgl. dazu ausführlich Gfeller/Bigler/Bonin (Fn. 1), N 266 ff. und 645.

²¹ Nordhues, (Fn. 5), 67.

²² Gfeller/Bigler/Bonin (Fn. 1), N 45 ff. m.w.H.

²³ Gfeller/Bigler/Bonin (Fn. 1), N 61.

²⁴ Gfeller/Bigler/Bonin (Fn. 1), N 66; Nordhues (Fn. 5), 66.

F. Druck der Öffentlichkeit / symbolisches Strafrecht²⁵

Bisweilen führen auch medialer oder politischer Druck zu Untersuchungshaft.²⁶ Man will sich nicht dem Vorwurf der sog. «Kuscheljustiz» aussetzen oder gar riskieren, selbst negativ in die Schlagzeilen zu geraten. Gerade der Boulevard scheint die dem Gesetz widersprechende Erwartungshaltung zu schüren, dass jeder Beschuldigte in Untersuchungshaft versetzt werden müsste. Dies betrifft namentlich den Bereich der Sexualdelikte (insbesondere wenn es um minderjährige Opfer und/oder ausländische Beschuldigte geht).

Interessant ist die Untersuchung des Bayerischen Landeskriminalamtes, die festgestellt hat, dass etwa ein Drittel aller Anzeigen wegen Sexualdelikten bereits im polizeilichen Ermittlungsverfahren deutliche Anzeichen von Lügensignalen enthält.²⁷ Dies dürfte wohl auch für die Schweiz zutreffen. Dennoch ist gerade bei Sexualdelikten die Wahrscheinlichkeit der Anordnung von Untersuchungshaft besonders hoch, namentlich weil die Rechtsprechung die Anforderungen an den dringenden Tatverdacht contra legem de facto aufgehoben hat. Man könnte somit von einem höchstrichterlich bewilligten apokryphen Haftgrund der «Untersuchung in Sexualstrafsachen» sprechen.

Die mediale Hetzjagd, wenn sich nach einem Verzicht auf eine Zuführung oder nach anschliessender Haftentlassung ein tragischer Vorfall (im Kanton Zürich sei an den Doppelmord von Pfäffikon/ZH durch Shani S. erinnert)²⁸ ereignet, ist heute so sicher wie das Amen in der Kirche. Es ist dann jeweils vorschnell von Justizversagen die Rede. Dies selbst dann, wenn keiner-

lei oder nur sehr schwache Indizien für eine entsprechende Eskalation bestanden. So erstaunt es auch nicht, dass selbst gestandene Richter und Richterinnen davon berichten, dass die Angst vor Fehlern die Urteile beeinflusst.²⁹

G. Karriere, Verantwortungsdelegation und behördliche Nähe

Auch das eigene Karrieredenken kann ein apokrypher Haftgrund sein. Auf Seiten der Staatsanwaltschaft kann man so den Vorgesetzten den in Ausschreibungen regelmässig geforderten «ausgeprägten Strafverfolgungswillen» beweisen. Wenn die Vorgesetzten subtil oder auch expressis verbis mit Köpferollen drohen, wenn nach einer Haftentlassung etwas geschieht, dann ist dies für den Anspruch auf ein faires Verfahren besonders hinderlich.³⁰ Die Anreizstruktur bei den Staatsanwaltschaften ist somit auf Untersuchungshaft gerichtet.

Ein ähnliches Problem stellt sich bei den Zwangsmassnahmengewichten. Einerseits sind sie gedanklich regelmässig im Moraldilemma «Prävention vs. Freiheitsanspruch» bzw. «Opferinteressen vs. Beschuldigteninteressen» gefangen. Andererseits müssen Richter in der Schweiz mit einer Nichtwiederwahl rechnen.

Kein apokrypher Haftgrund, aber eine Erklärung für deren Prävalenz liegt im System des Haftverfahrens.³¹ Die Staatsanwaltschaft selbst

²⁵ Gfeller/Bigler/Bonin (Fn. 1), N 62 ff. m.w.H.

²⁶ Nordhues, (Fn. 5), 50, 54.

²⁷ Erich Elsner/Steffen Wiebke, Vergewaltigung und sexuelle Nötigung in Bayern, Bayerisches Landeskriminalamt (Hrsg.), München 2005.

²⁸ Im Nachgang zur Tat wurde ein aufsichtsrechtliches Verfahren geführt, weil der Täter knapp eine Woche vor der Tat wegen Morddrohungen und häuslicher Gewalt befragt worden war, daraufhin jedoch kein Haftantrag gestellt wurde. Die Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Zürich hat wohl nicht zuletzt aufgrund dieses Vorfalls ihre Weisungen angepasst. Vgl. auch Fn 18.

²⁹ Siehe bspw. <https://www.woz.ch/-7617>, wo Marianne Heer in bewundernswerter Offenheit davon berichtet, wie Richter schnell einmal durch Medien und Parteien abgestraft werden und deshalb die Verantwortung für eine Freilassung scheuen; man wolle als Richter nicht seine eigene Karriere, den Beruf und die Zukunft für einen «Wildfremden, der ja auch etwas Schlimmes gemacht hat», aufs Spiel setzen.

³⁰ Auch diesbezüglich ist der Doppelmord von Pfäffikon/ZH illustrativ. Durch die mittlerweile angepassten WOSTA hätte die Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Zürich ein Dokument in der Hand, um die eigenen Hände in Unschuld zu waschen und sich des Staatsanwalts zu entledigen, der bei einem angeblichen «Droher» die Ausführungsgefahr nicht «geprüft» hat (scil.: keine Haft beantragt hat). Wurde Haft beantragt, aber vom Zwangsmassnahmengewicht verweigert, so wäre die Staatsanwaltschaft wiederum fein raus. Diesfalls wäre der Zwangsmassnahmenrichter der Letzte im Umzug. Und den beissen bekanntlich die Hunde.

³¹ Vgl. zum Ganzen Thomas Heeb, Untersuchungshaft aus der Sicht der Verteidigung, in: Mona/Riklin (Hrsg.), Rechtswidrige Zustände? Untersuchungshaft in der Kritik, 35 ff.

ist – im Gegensatz zu früher³² – nur Antragstellerin und Partei. Zwangsmassnahmengerrichte fühlen sich umgekehrt regelmässig der gleichen Seite zugehörig, wie die Staatsanwaltschaft.³³ Man gehört ja zu den «Guten».³⁴ Zudem sind die Behörden häufig auch im gleichen Gebäude untergebracht. Man kennt sich von der gemeinsamen Ausbildungszeit. Es herrscht ein erheblicher Vertrauensvorschuss, der dazu führt, dass bisweilen selbst schlecht begründete Haftanträge zurechtgebogen werden.³⁵ Zudem sind die Staatsanwaltschaften meist auch nicht an der Verhandlung anwesend und somit auch nicht gezwungen, auf die Einwände der Verteidigung zu antworten.³⁶ Das Zwangsmassnahmengerricht muss also wie in der Schachnovelle die möglichen Angriffe der Verteidigung auf die Staatsanwaltschaft gedanklich parieren und anschliessend aber zu einem unparteiischen Ergebnis kommen.

Summers/Garland/Studer haben dieses Problem im Rahmen einer Nationalfondsstudie ebenfalls thematisiert. Die Untersuchung

bezog sich zwar auf die eigentliche Hauptverhandlung. Doch die diesbezüglichen Erkenntnisse lassen sich 1:1 auf das Haftverfahren übertragen. Sie halten fest: «Die grösste Gefahr geht dabei von der Konstellation aus, dass das Gericht in Anwesenheit der Verteidigung und in Abwesenheit der Staatsanwaltschaft verhandelt. Eine Konstellation wohlgemerkt, die im Verlaufe des Forschungsprojekts regelmässig vorkam. Der EGMR erkannte in mehreren Fällen, dass es gefährlich ist, wenn vor Gericht nur die Verteidigung anwesend ist, weil das Gericht dann selbst die Rolle der Anklage übernehmen muss und daher nicht mehr unparteiisch erscheint. Von der Beeinträchtigung der richterlichen Unparteilichkeit im konkreten Fall abgesehen, erscheint ein System, in dem das Gericht regelmässig die Interessen der Staatsanwaltschaft vertritt, nicht ideal. Eine solche Verfahrensstruktur birgt die systemimmanente Gefahr, dass ein Gericht sich mit der Rolle der Anklagevertretung identifiziert, weshalb nicht nur die Unparteilichkeit des konkreten Gerichts, sondern der gesamten Richterschaft infrage steht.»³⁷ Sie schlagen deshalb vor, dass die Gerichte auf die Anwesenheit der Staatsanwaltschaften beharren sollen, um damit die Verteidigungsrechte wirksam umzusetzen.³⁸

H. Zwischenergebnis

Die oben genannten apokryphen Haftgründe spielen häufig ineinander. Das Moraldilemma, einem Opfer zu helfen, statt einen potentiell Schuldigen freizulassen, ist eng mit dem mittlerweile sogar bei der Strafverfolgung vorherrschenden Präventionsgedanken³⁹ verbunden und wird durch die Medien potenziert. Wenn die eigene Karriere dann auch noch davon abhängen kann, liegt eine unheilvolle Kombination vor. All diese Umstände führen

³² Im Kanton Zürich konnten bis zu einem Urteil des EGMR die Staatsanwälte die Untersuchungshaft selbst anordnen. Das gut gemeinte Urteil des EGMR hat jedoch nicht etwa zu einer Reduktion der Haftfälle geführt, sondern zu einer Vermehrung. Der Grund dürfte darin liegen, dass die Staatsanwaltschaft sich sagen kann, sie sei ja nur Antragstellerin. Der Entscheid obliege ja dem Gericht. Bei den Gerichten herrscht aber regelmässig die Meinung vor, dass man den Fall ja nicht so gut kenne, wie die Staatsanwaltschaft. Wenn die Staatsanwaltschaft Untersuchungshaft für notwendig erachtet, so wird da schon was dran sein. Vgl. dazu **Heeb** (Fn. 31), 36.

³³ **Heeb** (Fn. 31), 36; Ähnlich **Nordhues** (Fn. 5), 71.; **Gfeller/Bigler/Bonin** (Fn. 1), FN 191.

³⁴ **Gfeller/Bigler/Bonin** (Fn. 1), N 576: Die latente Gefahr, dem begangenen Unrecht im Ermittlungsüberschwang weiteres hinzuzufügen und dabei gar die vermuteten Ergebnisse in selbsterfüllender Prophezeiung zu produzieren, wird ausgeblendet (vgl. **Gfeller/Bigler/Bonin** (Fn. 1), N 5, 28, 52 ff., 71, 190, 250 sowie 604).

³⁵ **Peter Albrecht** spricht gar von einem «gravierenden Mangel an innerer Unabhängigkeit der Gerichte gegenüber Staatsanwaltschaft und Polizei»: Die Untersuchungshaft – Eine Strafe ohne Schuldanspruch? Ein Plädoyer für den Grundsatz der Unschuldsvermutung im Haftrecht, in: **Donatsch/Forster/Schwarzenegger** (Hrsg.), *Festschrift für Stefan Trechsel*, Zürich 2002, 366 m.w.H.; Ähnlich **Nordhues** (Fn. 5), passim; **Gfeller/Bigler/Bonin** (Fn. 1), N 803 f. m.w.H.

³⁶ Die Autoren haben schon erlebt, dass ein Zwangsmassnahmengerricht die Staatsanwaltschaft anrief und erkundigte, ob man gegen einen ablehnenden Entscheid Beschwerde erheben würde. Sollte dies der Fall sein, würde man die Haft natürlich verlängern. Dies geschah selbstverständlich in Abwesenheit der Verteidigung, die davon nur deshalb erfuhr, weil die Staatsanwaltschaft sie darüber in Kenntnis setzte. Dieser Fall illustriert den von Albrecht diagnostizierten Mangel an innerer Unabhängigkeit besonders eindrücklich.

³⁷ **Sarah Summers/Lorenz Garland/David Studer**, *Das Recht auf Verteidigung – Anspruch und Wirklichkeit*, ZStrR 2016, 133–170, 132.

³⁸ **Summers/Garland/Studer** (Fn. 37), 170.

³⁹ Vgl. dazu bspw. **Marcel Alexander Niggli**, *Vom Repressions- zum Präventionsstrafrecht: Die Abkehr von der Ahndung begangener hin zur Verhinderung befürchteter Delikte*, in: *Forum Strafverteidigung et al.* (Hrsg.): *Strafverteidigung und Sicherheitswahn*. 3. Dreiländerforum Strafverteidigung, Zürich 14./15. Juni 2013, Wien u.a., 2014, 13–51.

dazu, dass zwischen der Theorie des Haftrechts und der Praxis fundamentale Gräben bestehen.

III. Das Skandalon des apokryphen Haftgrundes

Die offiziell nicht existierenden, real aber zu beobachtenden apokryphen Haftgründe haben schwerwiegende Folgen für den Beschuldigten. Selbstverständlich steckt hinter den apokryphen Haftgründen regelmässig ein flagranter Verstoss gegen die Unschuldsvermutung.

A. Verletzung des Rechts auf wirksame Verteidigung

Ein weiteres zentrales Problem an den apokryphen Haftgründen ist, dass diese logischerweise weder in den Haftanträgen noch in den Haftentscheiden erwähnt werden. Damit wird das Recht auf wirksame Verteidigung verletzt. Wer nicht weiss, wogegen er sich wehren muss, ist im wahrsten Sinne des Wortes wehrlos.

B. Falschaussagen wegen Anreizstruktur

Eines der zentralen Probleme am apokryphen Haftgrund der Beugehaft ist, dass damit auch ein Anreiz zu falschen Geständnissen geschaffen wird.⁴⁰ Gemäss der Untersuchung von Kroll⁴¹ handelt es sich bei falschen Geständnissen übrigens um ein massenhaftes Phänomen.

Dies hat mehrere Gründe. Einerseits tritt bereits nach kürzester Zeit ein sogenannter Haftchock ein und die Untersuchungsgefangenen geraten nicht selten in eine existentielle Krise.⁴² Das frühere Leben in Freiheit wurde gewaltsam genommen. Stattdessen befindet man sich an einem fremden Ort mit fremden Menschen (denen man teils schwere Gewalttaten vorwirft, aber bis-

weilen ebenfalls unschuldig sind). Job, Wohnung und Familie drohen verlustig zu gehen.⁴³

Erschwerend kommen noch die Haftbedingungen hinzu, die in vielen Gefängnissen herrschen.⁴⁴ Insbesondere wenn die Untersuchungshaft als Einzelhaft vollzogen wird. Dass die Schweiz hierfür regelmässig kritisiert⁴⁵ wird und der heutige Gerichtsschreiber und wissenschaftliche Berater des Bundesgerichts Mark Forster festhielt, dass «eine routinemässige mittel- und langfristige Unterbringung von Untersuchungsgefangenen in Einzelhaft [...] angesichts der nachgewiesenen besonderen Gesundheitsschädlichkeit dieser Haftform kaum verantwortbar»⁴⁶ ist, scheint die Praxis bis heute wenig beeindruckt zu haben.

Hinzu kommt, dass den Beschuldigten seitens der Strafverfolgungsbehörden regelmässig eine Haftentlassung in Aussicht gestellt wird, falls sie ein Geständnis ablegen. «Gesteh und geh», lautet das Motto. Dies wird bisweilen sogar von Polizeibeamten getan oder zumindest diesen Eindruck unterschwellig vermittelt, die es regelmässig gar nicht in der

⁴⁰ Zum Ganzen siehe auch Gfeller/Bigler/Bonin (Fn. 1), N 5, 28, 52 ff., 71, 190, 250, 604 sowie FN 834.

⁴¹ Ottmar Kroll, Wahre und falsche Geständnisse in Vernehmungen, Stuttgart 2012.

⁴² Vgl. zum Ganzen Marc Forster, Empirische Erkenntnisse zur strafprozessualen Haft. Streiflichter hinter die Mauern der Untersuchungsgefängnisse, AJP 1996/12, 1522 ff., passim.; Kroll (Fn. 41), 51.

⁴³ Oder mit den Worten von Michi Beck (Die Fantastischen Vier, Michi Beck in Hell): «Mein gesamtes Hab und Gut wurde verpfändet | Und zur Tilgung meiner Schulden verwendet | Mein guter Ruf in 'n Schmutz gezogen und geschändet | Wenig später unvermeidlich Ärger mit dem Vermieter, weil ich | Kein Geld mehr hatte für die 500 Quadratmeter | Penthouse-Etage nach 'nem Monat ohne Gage | Saß ich direkt auf der Straße, schade | Denn das Leben dort macht auch nur Spaß solange du'n Auto hast | Doch ohne Cash auf Täsch ziemlich blank kassierten es als letzte Sicherheit | Die Stricher von der Bank vielen Dank | Keinen Job, mehr keine Wohnung, keinen Wagen oder um es wie Thomas zu sagen | Hast du kein Auto und hast du kein Haus | Dann hast du keine Frau und so sieht's aus | Ja ja genau so lief's bei mir als ich vor ihrer Tür stand | Und statt Liebe und Trost nur noch'n Zettel von ihr fand | Es wär' nicht wegen mir doch sie sei weg um mit jemand anderem zusammen zu sein | Und ich war wieder allein allein.»

⁴⁴ Gfeller/Bigler/Bonin (Fn. 1), N 599 ff.

⁴⁵ Sowohl die nationale Konvention zur Verhütung von Folter, das schweizerische Kompetenzzentrum für Menschenrechte (SKMR) als auch das Europäische Komitee zur Verhütung von Folter und unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung (CPT) kritisieren die Einzelhaft.

⁴⁶ Forster (Fn. 42), 1529.

Hand haben, entsprechende Zusicherungen abzugeben.⁴⁷

In diesem Zusammenhang können sogar die Verteidiger ihren Teil zu falschen Geständnissen beitragen. Wenn sich nämlich abzeichnet, dass die Untersuchungshaft aus legalen oder apokryphen Gründen noch längere Zeit andauern dürfte, aber das Ergebnis einer in der Zukunft liegenden Hauptverhandlung noch nicht mit einigermaßen zutreffender Genauigkeit vorhergesehen werden kann, könnten

Haftverfahren sind kontradiktorisch. Nur eine kritische Auseinandersetzung des ZMG mit den Anträgen der Staatsanwaltschaft schützt vor apokryphen Haftgründen.

Diskussionen über die Anerkennung eines Strafbefehls oder die Einwilligung in ein abgekürztes Verfahren durchaus zu falschen Geständnissen führen. Dies einfach, um endlich wieder ein Leben in Freiheit führen zu können. Man muss sich als Inhaftierter nämlich ernsthaft überlegen, ob die Aussicht auf einen eventuellen Freispruch die fortdauernde Inhaftierung rechtfertigt. Nicht zu unterschätzen ist auch der Druck seitens der Familie sowie des beruflichen Umfelds des Beschuldigten. Diese Personen sowie auch der Inhaftierte

⁴⁷ Ein auf diese Weise erlangtes Geständnis wäre nach hier vertretener Ansicht unverwertbar nach Art. 140 StPO; gl.M. **Sabine Gless**, Art. 140 N 43, in: Niggli/Heer/Wiprächtiger (Hrsg.), Schweizerische Strafprozessordnung, Basler Kommentar, 2. Aufl., Basel 2014.

selber tendieren dazu, die unerträgliche Situation der Untersuchungshaft prioritär und unter Inkaufnahme erheblicher Opportunitätskosten aufzuheben und dabei den Blick auf das eigentliche Hauptverfahren (an dessen Ende möglicherweise eine mehrmonatige oder überjährige Freiheitsstrafe stehen kann) zu verlieren. Diese kurzfristige Denkweise wird nicht selten zu einem späteren Zeitpunkt bereut.

Da auch bekannt ist, dass mit der zunehmenden Dauer der Untersuchungshaft sowohl die Wahrscheinlichkeit einer Verurteilung erhöht⁴⁸ und auch die angeordneten Freiheitsstrafen umso höher sind, je länger die Untersuchungshaft dauerte, ist der Wert eines sich allenfalls ergebenden Freispruchs bloss noch symbolischer Natur. Auch die Höhe der Haftentschädigungen sind in der Schweiz offensichtlich ungeeignet, um jemanden auch nur halbwegs angemessen für den Freiheitsentzug zu entschädigen. Blicke noch die Befriedigung durch Reinwaschung des Namens im Falle des Freispruchs. Doch auch damit ist es nicht weit her. Denn das Kainsmal der Untersuchungshaft bleibt hängen. Die Öffentlichkeit erkennt in einem Freispruch (regelmässig auch zu recht) eben keinen Nachweis der Unschuld. Vielmehr wird verstanden: «Man hat es ihm nicht nachweisen können». Je länger die Untersuchungshaft dauerte, desto eher wird auch der freigesprochene Beschuldigte von der Bevölkerung als schuldig empfunden.⁴⁹

Den Autoren sind auch Fälle bekannt, in denen Personen falsche Geständnisse abgelegt haben, weil sie in der Vergangenheit schon Untersuchungshaft erlebt haben und deshalb bei der

⁴⁸ **Albrecht** (Fn. 35), 360; **Stefan Trechsel**, Die Europäische Menschenrechtskonvention, ihr Schutz der persönlichen Freiheit und die schweizerischen Strafprozessrechte, Bern 1974, 262; **Gfeller/Bigler/Bonin** (Fn. 1), N 29, 203, 604, 689, 839 sowie FN 283 und 835.

⁴⁹ **Andreas Noll**, Praxis der Untersuchungshaft in der Schweiz, Grundzüge einer Konkretisierung der Unschuldsvermutung und des Beschleunigungsgebots de lege ferenda, in: Kuhn et al. (Hrsg.), Festschrift für Martin Killias zum 65. Geburtstag, Bern 2013, auf die Studien von **Ulf Hink**, Die kriminogene Wirkung der Untersuchungshaft – eine kriminalpsychologische Untersuchung, Diss. Salzburg 1967, sowie **Ulf Hink**, Die kriminogene Wirkung der Untersuchungshaft, in: Kriminalistik 1967, 523 ff.

erneuten Involvierung in ein Strafverfahren selbstbelastende Aussagen gemacht haben, nur um einer erneuten Untersuchungshaft zu entgehen (und zwar auch in Strafverfahren, in denen noch nicht einmal ernsthaft mit Untersuchungshaft hätte gerechnet werden müssen). Mit anderen Worten kommt es vor, dass für Beschuldigte fast jede erdenkliche Strafe in der Hauptsache weniger schlimm ist, als die Ersetzung von Untersuchungshaft. Dies sollte einem zumindest aus staatsrechtlicher Sicht nachdenklich stimmen.

C. Die De-Legitimation des Rechts

Werden die wirklichen Haftgründe verschwiegen und die legalen Haftgründe zweckentfremdet, delegitimiert sich das Strafrecht. Ein Staat, der sich nicht an die selbst auferlegten Regeln halten will, untergräbt damit nicht nur das Vertrauen der Öffentlichkeit. Er unterminiert auch die Anerkennung eines Urteils durch den Beschuldigten selbst.

IV. Ergebnis

Das Problem der apokryphen Haftgründe kann nur gelöst werden, wenn die gerichtlichen Instanzen sich kritisch mit den Haftanträgen der Staatsanwaltschaft auseinandersetzen. Dies gilt sowohl in Bezug auf den dringenden Tatverdacht als auch für die geltend gemachten speziellen Haftgründe. Schwammig formulierte Haftanträge sind konsequent abzulehnen. Die Staatsanwältinnen und Staatsanwälte sollten sodann von den Zwangsmassnahmengerichten regelmässig zur Haftanhörung vorgeladen

werden. Haftfristen sind so eng zu bemessen, dass die erforderlichen Beweismittel schnellstmöglich erhoben werden. Der Notwendigkeit einer sich verstärkenden Verdachtsintensität im Untersuchungsverlauf ist endlich die Beachtung zu schenken, die der Gesetzgeber statuiert hat.⁵⁰ Zudem können Zwangsmassnahmengerichte den Staatsanwaltschaften Anweisungen erteilen, die Letztere erfüllen müssen, andernfalls weitere Haftverlängerungen nicht bewilligt würden.⁵¹

Allgemein ist also zu verlangen, dass die Zwangsmassnahmengerichte die durchaus nicht unverständliche Behördensolidarität beiseite lassen, ihrer Überwachungsaufgabe über die Staatsanwaltschaften ernsthaft nachkommen und die Strafuntersuchung kritisch hinterfragen. Diesbezüglich sollten sich die Zwangsmassnahmengerichte immer wieder vergegenwärtigen, dass die Staatsanwaltschaft nicht ihr Auftraggeber ist, sondern eine Partei des Strafprozesses. Zudem steht ein hohes Gut auf dem Spiel, nämlich die Freiheit eines Menschen.

⁵⁰ Gfeller/Bigler/Bonin (Fn. 1), N 182 ff. und namentlich 205 ff. mit Ausführungen zur haftrichterlichen Kontrolle der Verdichtung.

⁵¹ Vgl. Art. 226 Abs. 4 lit. b StPO; Niklaus Schmid, Handbuch des schweizerischen Strafprozessrechts, 2. Aufl., Zürich 2013, N 138 ff.; Gfeller/Bigler/Bonin (Fn. 1), N 186: «Die Staatsanwaltschaft hat anzugeben, welche konkreten Beweismittel sie (noch) erheben will und innert welcher Frist dies geschehen soll, wobei die in Betracht kommenden Untersuchungshandlungen vordringlich zu erheben sind. Gerade weil die Grund- und Freiheitsrechte der beschuldigten Person den Strafverfolgungsinteressen «geopfert» werden, ist schnellstmöglich sicherzustellen, dass nicht ein Unschuldiger der staatlichen Haft ausgeliefert wird. Diesem Umstand hat das Zwangsmassnahmengericht mit einer Befristung sowie konkreten Anweisungen an die Staatsanwaltschaft Nachachtung zu verschaffen.»



Isaiah Berlin, die Freiheit und ihre Feinde

Marcel Alexander Niggli

Isaiah Berlin (1909 in Riga geboren und 1997 in Oxford gestorben) ist für alle, die sich für Freiheit interessieren, die zentrale Referenz. Es gibt keinen Text von ihm, der die Lektüre nicht lohnen würde.

Hier wollen wir nur auf zwei Bücher hinweisen:

Da ist einmal *Liberty* (incorporating four essays on liberty), neu herausgegeben von Henry Hardy, Oxford University Press 2002. Der Band enthält die vier wichtigsten Essays von Berlin über die Freiheit, die 1969 zum

Helvétius, Rousseau, Fichte, Hegel, Saint-Simon, de Maistre: Feinde der menschlichen Freiheit.

ersten Mal erschienen ist. Zentral darin ist natürlich die berühmte Unterscheidung von negativer und positiver Freiheit, also einerseits **Freiheit von** etwas und andererseits **Freiheit zu** etwas, das er in *Two Concepts of Liberty* entwickelt hatte, eine immer noch fundamentale Unterscheidung, die erlaubt, wirklich

liberale von kollektivistischen Positionen zu unterscheiden.

Der andere Band heisst *Freedom and its betrayal: Six enemies of human liberty*, ist ebenfalls von Henry Hardy 2002 bei Princeton University Press neu herausgebracht worden, und widmet sich der Analyse von sechs wichtigen Philosophen der Moderne: **Claude Adrien Helvétius** (1715–1771), **Jean-Jacques Rousseau** (1712–1778), **Johann Gottlieb Fichte** (1762–1814), **Georg Wilhelm Friedrich Hegel** (1770–1831), **Henri de Saint-Simon** (1760–1825) sowie **Joseph de Maistre** (1753–1821), allesamt Freiheitsfeinde. Bei einigen dieser Personen dürfte ihre Freiheitsfeindlichkeit relativ bekannt sein (etwa Hegel, Saint-Simon oder de Maistre), bei anderen weniger (Helvétius, Fichte). Aus Schweizer Perspektive dürfte v.a. die Analyse Rousseaus interessieren, weil die alte Pelzmütze ja immer als Held der Demokratie präsentiert wird, was er ganz gewiss nicht ist und was von **Berlin** wunderbar dargestellt wird. Wenn ein Schweizer Held der Freiheit benötigt würde, so wäre eher **Benjamin Constant** (1767–1830) geeignet, dem die Unterscheidung von negativer und positiver Freiheit einiges verdankt und der ja bereits 1819 in seiner Schrift *«De la liberté des Anciens comparée à celle des Modernes»* die Rousseausche Position kritisch analysiert hatte.

Wer immer sich also mit Freiheit auseinandersetzt, kann nur enorm gewinnen durch die Lektüre der beiden Bände **Berlin's**. Sie seien allen wärmstens ans Herz gelegt.

Jean-Jacques Rousseau, Freund der Diktatur

Marcel Alexander Niggli

«Celui qui ose entreprendre d'instituer un peuple doit se sentir en état de changer pour ainsi dire la nature humaine, de transformer chaque individu, qui par lui-même est un tout parfait et solitaire, en partie d'un plus grand tout dont cet individu reçoit en quelque sorte sa vie et son être ; d'altérer la constitution de l'homme pour la renforcer ; de substituer une existence partielle et morale à l'existence physique et indépendante que nous avons reçue de la nature. Il faut, en un mot, qu'il ôte à l'homme ses forces propres pour lui en donner qui lui soient étrangères, et dont il ne puisse faire usage sans le secours d'autrui. Plus ces forces naturelles sont mortes et anéanties, plus les acquises sont grandes et durables, plus aussi l'institution est solide et parfaite: *en sorte que si chaque citoyen n'est rien, ne peut rien que par tous les autres, et que la force acquise par le tout soit égale ou supérieure à la somme des forces naturelles de tous les individus, on peut dire que la législation est au plus haut point de perfection qu'elle puisse atteindre.*»

(Du *Contrat social* ou Principe du droit politique [1762]. Livre II, Chapitre 7 : Du législateur, online: <http://bit.ly/ZQT5Ol>).

Na wenn das nicht klar ist. *Die Diktatur des Kollektivs ist eine gute Diktatur und daher eigentlich gar keine.* Stalin, Mao und Pol Pot zumindest wären wohl ganz einverstanden.

Auf Deutsch: «Wer den Mut besitzt, einem Volke Einrichtungen zu geben, muss sich imstande fühlen, gleichsam die menschliche Natur umzuwandeln, jedes Individuum, das für sich ein vollendetes und einzeln bestehendes Ganzes ist, zu einem Teile eines grösseren Ganzen umzuschaffen, aus dem dieses Individuum gewissermassen erst Leben und Wesen erhält; die Beschaffenheit des Menschen zu seiner eigenen Kräftigung zu verändern und an die Stelle des leiblichen und unabhängigen Daseins, das wir alle von der Natur empfangen haben, ein nur teilweises und geistiges Dasein zu setzen. Kurz, er muss dem Menschen die ihm eigentümlichen Kräfte nehmen, um ihn mit anderen auszustatten, die seiner Natur fremd sind und die er ohne den Beistand anderer nicht zu benutzen versteht. Je mehr diese natürlichen Kräfte erstorben und vernichtet und je grösser und dauerhafter die erworbenen sind, desto sicherer und vollkommener ist auch die Verfassung. *Das heisst, wenn jeder Bürger nur durch alle anderen etwas ist und vermag, und wenn die erlangte Kraft des Ganzen der Summe der natürlichen Kräfte aller Individuen gleich ist oder sie übertrifft, erst dann kann man sagen, dass sich die Gesetzgebung auf dem höchsten Punkt der Vollkommenheit befindet, den sie zu erreichen imstande ist.*»

(Der *Gesellschaftsvertrag*, 2. Buch, 7. Kapitel: Der Gesetzgeber. Übersetzung von Hermann Denhardt, 1880; vgl. www.textlog.de/2355.html).

Calvin und die nackten Kinder

Marcel Alexander Niggli

Letztes Jahr hat der Ständerat eine Motion angenommen, nach welcher der gewerbsmässige Handel mit Nacktaufnahmen von Kindern unter Strafe gestellt werden soll. Dies mit der Begründung, Pädophile nutzten die «Grauzone», in der sich diese Bilder befänden. Wir fragen uns, welche Grauzone? Die Abbildung eines nackten Menschen (auch eines Erwachsenen) ist nach bundesgerichtlicher Praxis selbst dann

«Kalvinisten!» schimpfte er. «Ich wundere mich, dass Hitler nicht aus Holland kam.»

schon pornographisch, wenn keine primären Geschlechtsorgane zu sehen sind. Es reicht ein lasziver Blick des Abgebildeten. Wo also, um Himmels Willen, wäre da Platz für eine Grauzone? Mit Wehmut erinnern wir uns an **Joseph Roth**, einen der grössten Schriftsteller deutscher

Sprache, von dem – es waren die 30er Jahre und Roth als Jude bereits in Holland im Exil – Folgendes berichtet wird:

«Diese Calvinisten sind wohl das rückständigste Volk der Erde.»

Dann erzählte er uns empört die Geschichte von einem seiner holländischen Freunde, dessen Gärtner, der seit zehn Jahren für Roths Freund arbeitete, plötzlich gekündigt hatte. Kurz vorher hat er noch im Garten für die Kleinkinder des Hausherrn ein Schwimmbecken gegraben, und jetzt hat er gekündigt, weil es sein moralisches Empfinden stört, nackte Kinder unzüchtig im Wasser herumplanschen zu sehen.

«Kalvinisten!» schimpfte er. «Ich wundere mich, dass Hitler nicht aus Holland kam.»

Soweit der Bericht von **Geza von Cziffra**, in seinem schönen Erinnerungsbuch: *Der heilige Trinker. Erinnerungen an Joseph Roth [erstmalig 1983]*, Berlin 2006, 108. Wir fragen uns demnach, ob die Initianten solch hysterischer Initiativen vielleicht dem calvinistischen oder zwinglianischen Milieu entsprungen sind. Für uns Übrigen nämlich ist ein nacktes Kind einfach nur ein nacktes Kind.

Absolutes Kartellverbot

Tim Meyer

Ein absolutes Verbot von Kartellen war vom Gesetzgeber nie gewollt und scheint auch heute, speziell im Lichte der neueren Rechtsprechung und des Zweckartikels, nicht sinnvoll.

Im Juni 2016 publizierte das Bundesgericht seinen Entscheid zum Fall Colgate-Palmolive Europe Sàrl (ehemals GABA International) und bestätigt darin die Busse des Bundesverwaltungsgerichts (2C_180/2014). Das Bundesgericht kam unter anderem zum Schluss, dass ein Verbot über eine Gebietsabrede zweier oder mehrerer Unternehmen von nun an absolut zu gelten hat. In der Medienmitteilung des Bundesgerichts vom 28. Juni 2016 wird Folgendes festgehalten:

«Preis, Mengen- und Gebietsabreden im Sinne von Artikel 5 Absätze 3 und 4 KG gelten auch dann, wenn die Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung umgestossen wird, aufgrund ihrer Qualität grundsätzlich als erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs. Dies gilt unabhängig von quantitativen Kriterien wie der Grösse des Marktanteils der Beteiligten. Entsprechende Abreden sind somit vorbehältlich einer Rechtfertigung durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz unzulässig.»

Des Weiteren legt das Bundesgericht in seinem Urteil Art. 49a KG so weit aus, dass direkte Sanktionen nicht mehr nur gegen Unternehmen ausgesprochen werden können, die eine wettbewerbsbeseitigende Abrede getroffen haben. Vielmehr besteht nun auch die

Möglichkeit, Unternehmen direkt zu sanktionieren, die sich zwar an einer vermutungsweise wettbewerbsbeseitigenden Abrede beteiligt, diese Vermutung umgestossen haben aber den Beweis der wirtschaftlichen Effizienz (Art. 5 Abs. 2 KG) nicht erbringen können. Nicht nur ist diese Schuldvermutung und die damit einhergehende Beweislastumkehr verfassungsrechtlich problematisch, auch die Annahme des Bundesgerichts, dass ein generelles Verbot der absoluten Gebietsabrede gelten soll scheint sonderbar, widerspricht dies doch dem Zweck des Kartellgesetzes, namentlich schädliche Auswirkungen von Kartellen und andere Wettbewerbsbeschränkungen zu verhindern.

Vor dem Entscheid wurde beim Bestehen einer horizontalen oder vertikalen Gebietsabrede vermutet, dass der wirksame Wettbewerb beseitigt wurde (Art. 5 Abs. 3 und 4 KG). Diese Vermutung konnte durch das betroffene Unternehmen dadurch umgestossen werden, dass nachgewiesenermassen Restwettbewerb bestand. Sodann wurde gemäss Art. 5 Abs. 1 KG durch die WEKO geprüft, ob der Wettbewerb erheblich beeinträchtigt wurde und ob diese Beeinträchtigung eventuell durch wirtschaftliche Effizienz gerechtfertigt war. Dies aufgrund der bis anhin geltenden Missbrauchsgesetzgebung im Kartellrecht.

Post Gaba-Fall wendet das Bundesverwaltungsgericht eine neue Form der Prüfung der Abrede gemäss Art. 5 KG an und das Bundesgericht bestätigt sie. Besteht heute eine horizontale oder vertikale Gebietsabrede, so wird immer noch vermutet, dass der wirksame Wettbewerb beseitigt wurde. Die Vermutung kann auch weiterhin vom betroffenen Unternehmen umgestossen werden. Nur nützt dies nichts mehr. Denn die Abrede gilt «aufgrund ihrer Qualität grundsätzlich als erhebliche Beeinträchtigung». Das soll gemäss erwähnter Pressemitteilung immer gelten, ungeachtet quantitativer Kriterien wie z.B. Grösse der Marktanteile der Beteiligten. Schwellenwerte wie sie bis anhin (zu Recht) für die Erheblichkeit gefordert wurden, sind nicht mehr zu berücksichtigen. Es besteht einzig die Möglichkeit, die Abrede durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz zu rechtfertigen. Eine Gebietsabrede ist folglich per se verboten. Ob sie den Wettbewerb beeinträchtigt oder nicht, spielt keine Rolle mehr. Die Abrede wird bereits auf Grund ihrer qualitativen Merkmale (Gebietsabrede) als eine den Wettbewerb erheblich beeinträchtigende betrachtet. Die möglicherweise umgestossene Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung wird direkt durch eine weitere Vermutung ersetzt. Der Beweis, dass

diese zweite Vermutung den Wettbewerb nicht erheblich beeinträchtigt, ist ebenfalls vom Unternehmen zu erbringen. Die bis anhin staatliche Aufgabe muss nun von den betroffenen Wettbewerbsteilnehmern übernommen werden. Diese Beweislastumkehr (das Unternehmen kann nur noch akzeptieren oder versuchen, den schwierigen Beweis der wirtschaftlichen Effizienz zu erbringen) scheint dem Gericht völlig unproblematisch. Man darf als Wettbewerbsteilnehmer also davon ausgehen, dass Schuld und nicht mehr Unschuld vermutet wird. Ebenso unproblematisch scheint dem Gericht, seinen Entscheid mit dem mindestens fragwürdigen Argument zu rechtfertigen, dass man mit diesem neuen Vorgehen die Verwaltung entlasten wolle.

Weiter hat ein per se Verbot der Gebietsabrede zur Folge, dass der Auftrag gemäss Art. 96 BV Gesetze zu erlassen, die den Missbrauch im Kartellrecht verhindern sollen, obsolet wird. Mit anderen Worten, ein Missbrauch muss nicht mehr stattfinden. Vielmehr ist jeder Wettbewerbsteilnehmer betroffen, der sich an einer Gebietsabrede beteiligt, unabhängig davon, ob die Abrede den Wettbewerb nur beeinträchtigt oder beseitigt. Dies entspricht nicht dem Zweck des Kartellgesetzes. Denn egal, ob man von einem Institutionsschutz, einem Individualschutz oder einem «Mischschutz» der beiden ausgeht, wenn eine Abrede keine Auswirkung auf den Wettbewerb hat, dann kann das Kartellgesetz schlicht keine Anwendung auf eine Abrede finden (Der Zweckartikel spricht davon die «schädlichen Auswirkungen von Kartellen und anderen Wettbewerbsbehörden zu verhindern» und nicht von einer Verhinderung der Kartelle und anderen Wettbewerbsbeschränkungen). Ein Verbot von Abreden per se, also ohne einen Bezug zum Markt, ist nicht sinnvoll und war auch nie gewollt. Vielmehr war vorgesehen, dass die Schädlichkeit einer Wettbewerbsbeschränkung im Einzelfall festgestellt wird (BBI 1995 I 554 Ziff. 231.2).

Problematisch scheint diese neue Auslegung auch hinsichtlich des Schutzes des potentiellen

Mit Anwendung der neuen Rechtsprechung und dem Wunsch potentiellen Wettbewerb zu schützen, wird jede Gebietsabrede sanktionierbar.

Wettbewerbs. Um des Argumentes willen wird hier angenommen, man könne etwas schützen, von dem man noch nicht einmal weiss, ob und in welcher Form es überhaupt jemals existieren werde (In Wirklichkeit kann man schlicht nicht wissen, ob eine Abrede den Wettbewerb in Zukunft erheblich beeinträchtigt hätte oder nicht).

Der potentielle Wettbewerb ist derjenige, der möglicherweise existieren würde, hätten die Wettbewerbsteilnehmer keine Abrede getroffen. Man bestraft Wettbewerbsteilnehmer also, weil ihre Abrede den Wettbewerb erheblich hätte beeinträchtigen oder gar beseitigen können. Denn hätten die Unternehmer keine Gebietsabrede getroffen, dann wäre der Wettbewerb «im Interesse einer freiheitlichen, marktwirtschaftlichen Ordnung» gefördert worden. Spinnt man den Gedankengang nun weiter, ergibt sich daraus zwingend folgende Konsequenz: Wenn Wettbewerbsteilnehmer sich einerseits einzig mit dem Nachweis der wirtschaftlichen Effizienz von Abreden exkulpieren können, die den Wettbewerb auf einem Markt effektiv erheblich beeinträchtigen, und andererseits auch der potentielle Wettbewerb geschützt sein soll, dann müssen die Wettbewerbsteil-

nehmer die Möglichkeit haben, den Beweis zu erbringen, dass potentielle Gründe der wirtschaftlichen Effizienz die Abreden rechtfertigen. Hinsichtlich des potentiellen Wettbewerbs müssten Unternehmen den Beweis erbringen, dass ihre Abrede durch potentielle Gründe gerechtfertigt ist und deshalb den potentiellen Wettbewerb nicht erheblich beeinträchtigt. Einen Beweis zu erbringen darüber, was hätte sein können, ist aber schlicht nicht möglich, weshalb bei konsequenter Anwendung jede Gebietsabrede sanktionierbar wird. Der Schutz des potenziellen Wettbewerbs i.V.m. der neuen Beweislast ist durchaus problematisch. Muss ein Unternehmen, das sich an einer Gebietsabrede beteiligt hat, die potenzielle wirtschaftliche Effizienz beweisen? Auf die Erbringung dieses Beweises darf man durchaus gespannt sein. Denn von einem Beweis kann da keine Rede sein, lediglich von einer Behauptung.

Oder es wird weiterhin auf die Erbringung von effektiven Gründen der wirtschaftlichen Effizienz festgehalten. Diese Beweiserbringung ist jedoch unmöglich, da der potenzielle Wettbewerb eben gerade nicht besteht und deshalb effektive Gründe, die eine Abrede rechtfertigen könnten, ebenfalls inexistent sind.

Wittgenstein und das Beschwerde- recht der Staatsanwaltschaft

Marcel Alexander Niggli

Art. 222 StPO bestimmt, dass «die verhaftete Person [...] Entscheide über die Anordnung, die Verlängerung und die Aufhebung der Untersuchungs- oder Sicherheitshaft» anfechten könne. Das Bundesgericht hat nun – bereits drei Monate nach Inkrafttreten der StPO – diese Bestimmung mit abenteuerlichen Begründungen so ausgelegt, dass «die verhaftete Person» auch die Staatsanwaltschaft meine (BGE 137 IV 22 und 87, erneut 137 IV 230, 138 IV 148; im Wesentlichen: Interesse an einer funktionierenden Strafjustiz). Das kann natürlich schlicht nicht richtig sein.

Die meisten Leser werden wissen, dass ich sehr deutlich vertrete, ein Text habe keinen ihm innewohnenden Sinn, keinen wie immer gearteten Begriffskern. Eine weitverbreitete Auffassung der wittgensteinschen Sprachphilosophie behauptet, dass wenn einer sprachlichen Äusserung kein fester, objektiver Bedeutungskern zukomme, diese Bedeutung völlig beliebig sei, weshalb das bundesgerichtliche Verständnis zulässig scheinen könnte. So verbreitet diese Position ist, so kreuzfalsch ist sie. Letztlich spiegelt sie nur die Verzweiflung darüber, dass kein objektiver Sinn existiert. Entgegen diesem Fehlverständnis ist der Entscheid auch aus der Position der wittgensteinschen Sprachphilosophie grundfalsch. Warum? **Wenn**

- (1) ein Verfahren im Wesentlichen zwei Parteien kennt (wir lassen Opfervertretung etc. beiseite), und
- (2) eine prozessuale Norm einer dieser Parteien etwas zuordnet, indem sie

- (3) darauf abstellt, dass diese Partei Objekt ist eines Geschehens (sie passiv etwas erlebt, ihr etwas «angetan» wird),

dann kann diese Zuordnung (in casu «die verhaftete Person», «le détenu», «il carcerato») so ziemlich alles meinen, aber ganz sicher nicht das Subjekt, das aktiv tut, also nicht diejenige Partei, die aktiv verantwortet, was ihrem Gegenüber geschieht, dass also die Partei verhaftet wird. Das «Antun» und «Angetan werden» sind zwei reziprok aufeinander verweisende, einander bedingende Begriffe (ebenso wie «aktiv» und «passiv»). Die Verhaftung als Geschehen kennt zwei sich ausschliessende Seiten: Wer verhaftet, kann nicht gleichzeitig verhaftet werden. Man kann sich nicht selbst verhaften. Wenn im Schach die Regel lautet: «Weiss beginnt das Spiel», dann kann «Weiss» ganz vieles heissen, aber ganz sicher nicht «Schwarz». In der wittgen-

Wenn im Schach die Regel lautet: «Weiss beginnt das Spiel», dann kann «Weiss» ganz vieles heissen, aber ganz sicher nicht «Schwarz».

steinschen Begrifflichkeit: Das Sprachspiel «verhaften» funktioniert nicht, wenn es nicht einen aktiven und einen passiven Part gibt bzw. die beiden Aspekte austauschbar sind.

Wie soll man als akademischer Lehrer Studenten Respekt vor dem Gesetz beibringen, wenn ihn unser höchstes Gericht auf so beschämende Weise vermissen lässt. Das «öffentliche Interesse an einer funktionierenden Strafjustiz» wird sicherlich nicht dadurch gestärkt, dass man das Gesetz missachtet. Ganz abgesehen

davon, dass die vorgebrachte Begründung nicht glaubhaft scheint (wie in aller Welt könnte die Staatsanwaltschaft durch eine Haftentlassung beschwert sein?), sondern höchstwahrscheinlich Sicherheitsinteressen bzw. schlicht Angst (nicht vor dem Verhafteten, sondern) vor medialer Skandalisierung die wahren Motive darstellen. Wen wundert es, wenn angesichts einer Justiz, die dem Gesetz so krude und unverhüllt den Respekt versagt, die Politik zunehmend geprägt ist von Misstrauen der Justiz gegenüber. Wir sind es auch.

Schinkensandwiches und Speck

Marcel Alexander Niggli

Grossbritannien, eines der Kernländer der Grundrechte und gerade der Meinungsäusserungsfreiheit, wie die Briten zu betonen nicht müde werden, kennt den sogenannten **Racial and Religious Hatred Act** aus dem Jahre 2006. Danach sind (section 29B) mit Strafe bedroht bedrohliche Worte oder Taten, wenn damit zu religiösem Hass aufgestachelt werden soll. Die Strafe lautet (section 29L) auf Busse oder Freiheitsstrafe bis zu 7 Jahren (bzw. bei einer summary conviction bis zu 6 Monaten).

Es ist nun immer schwierig, Fälle zu beurteilen, die man nur aus den Medien kennt, nicht nur was die Urteile betrifft, sondern insbesondere die Sachverhalte. Aber der Fall von Kevin Crehan scheint doch einigermaßen merkwürdig. Der 34jährige Engländer war offenbar nicht gerade ein enormer Sympathieträger. Er hatte vorgängig 32 Strafverfahren mit 55 Delikten angehäuft, primär Gewalt im Zusammenhang mit Fussball. Fast 10 Jahre zuvor war er wegen Rassismus verurteilt worden, weil er 2008 einen Polizisten beschimpft hatte («racially abused»). Im Januar 2016 nun wickelte er zusammen mit drei anderen Personen in Bristol Speck um die Türgriffe einer Moschee und verteilte vor der Tür Schinkensandwiches. Zudem hängten sie eine Fahne auf mit der Beschriftung «Keine Moschee» und riefen rassistische Sprüche. Dafür wurden er mit 12 Monaten Gefängnis unbedingt, sein Mittäter mit 9 Monaten Gefängnis unbedingt, die beiden anderen Mittäter, zwei Frauen, mit 6 bzw. 4 Monaten Gefängnis bedingt bestraft. Zudem wurde den vieren für die nächsten 10 Jahre untersagt, sich einer Moschee mehr als 100 m

zu nähern. Herr Crehan ist nach der Hälfte seiner Haft im Dezember 2016 im Gefängnis unter ungeklärten Umständen gestorben.

Meine muslimischen Freunde und Bekannten versichern mir übrigens einstimmig, dass es für sie kein Problem darstelle, Sandwiches, Speck oder gar Schweine selbst zu berühren, solange man sie nicht esse. Unabhängig von der Frage aber, ob Speck tatsächlich bedrohlich und geeignet ist, zu Hass aufzustacheln, kann man sich fragen, ob 1 Jahr unbedingt für solche Bubenstückchen angemessen ist.

Derselbe Erlass bildete die Basis strafrechtlicher Verfolgung des Ehepaars Vogelenzang, das ein Hotel betrieb und 2009 mit Ericka Tazi, einer zum Islam konvertierten Engländerin, die dort logierte, über Eier und Speck in Diskussionen geriet und dabei den Propheten Mohammed als Kriegsfürsten und den Hidschab als Zeichen der Unterdrückung bezeichnete. Die Vogelenzangs wurden zwar letztlich freigesprochen, aber sie waren bankrott und mussten ihr Hotel verkaufen.

Das mögen Einzelfälle sein und möglicherweise sind sie medial auch verfälscht. Dass die Verfahren geführt wurden, ist ebenso interessant wie die im Moscheen-Fall verhängten erheblichen Strafen, besonders im Hinblick darauf, dass der Schweiz (und anderen kontinentaleuropäischen Rechtsordnungen des civil law) aus dem anglo-amerikanischen Bereich regelmässig vorgeworfen wird, sie schränken die Meinungsäusserungsfreiheit übermässig ein.

Kontoeröffnung damals und heute

Dimitrios Karathanassis

Wie Informationen die Welt verbessern (sollen)

Damals

An meine erste Kontoeröffnung kann ich mich noch gut erinnern. Die Sommerferien hatten seit einigen Tagen begonnen und ich hatte, wenige Tage nach meinem 16. Geburtstag, soeben meinen ersten Ferienjob in einem kleinen Industrieunternehmen angetreten. Nach einer Begrüssung durch den Vorgesetzten wurde ich gebeten, diverse Unterlagen auszufüllen. Eine der Seiten war mit «Bankbeziehung» betitelt und leicht verschämt musste ich zu Protokoll geben, dass ich eine solche nicht besass. Mit einem Schmunzeln wurde mir nahegelegt, eine solche zu eröffnen, denn Gehälter würden grundsätzlich nicht bar ausbezahlt werden. In Angst um meinen zukünftigen Lohn rannte ich direkt nach der Arbeit nach Hause, meine Eltern um Rat zu fragen. Mein Vater griff zum Telephon und eine halbe Stunde später betraten wir gemeinsam die Filiale einer Bank am Dorfplatz. Der Filialleiter, ein netter, älterer Herr begrüßte meinen Vater freundlich und wendete sich dann zu mir, bat uns dann beide in sein Büro, das den Charme der 60er Jahre noch atmete. Der Filialleiter fragte mich freundlich, wie alt ich sei, wo ich zur Schule ginge, was meine Lieblingsfächer seien und ob ich Hobbys hätte. Artig beantwortete ich seine Fragen, verstand diese aber nicht als relevant für die Kontoeröffnung, sondern mehr als die gewohnten Fragen, die Erwachsene Kindern stellen, wenn ihr eigentliches Interesse deren Eltern gilt und eine gewisse Freundlichkeit den Kindern gegenüber zum guten Ton gehört. Mir wurde sodann erklärt, da ich die Volljährigkeit noch nicht erreicht hatte, dass mein Vater Mitberechtigter des

Kontos würde (was mich stutzen liess, da es ja mein Geld war, das auf das Konto fliessen sollte), aber dass ich sonst frei darüber verfügen könne. Mir wurden zwei Seiten vorgelegt, die ich zu unterzeichnen hatte, wovon die eine die AGB enthielt. Nachdem ich meinen vollständigen Namen angegeben hatte, wurde ich gebeten, gleich zu unterzeichnen. Das zweite Feld mit der Adresse könne ich unausgefüllt lassen, die hätte man ja schon durch meine Eltern. Zum Schluss wurde ich noch gefragt, ob ich eine Bankkarte haben wolle, ich müsste zu diesem Zweck noch eine weitere Unterschrift tätigen. Nach zwanzig Minuten verliessen mein Vater und ich die Bank und ich hatte das Gefühl, dass das Erwachsenwerden doch einfach sein würde.

Heute

Jahre später, ein Ius-Studium und die Anwaltsprüfung liegen dazwischen, bin ich von einem Klienten gebeten worden, ihn bei Gesprächen mit einer Bank zu unterstützen. Unweit des Paradeplatzes, an einem regnerischen Nachmittag, sitzen wir zu siebt, wir beide und fünf Bankvertreter, in einem dieser vornehmen Räumlichkeiten der Bank, die mehr an die 50er Jahre erinnern, als an global banking, FATCA und AIA. Im Grunde geht es um die Aufnahme einer Bankbeziehung und die Kontoeröffnung für eine vom Kunden allein gehaltene Aktiengesellschaft. Er selber ist kolumbianischer Staatsbürger, lebt aber seit über 20 Jahren in der Schweiz und ist auch seitdem Kunde bei der besagten Bank.

Nachdem anfänglich Nettigkeiten ausgetauscht werden und der Café serviert wird, beginnt folgende, hier nur unvollständig wiedergegebene Konversation:

B: Vielen Dank, dass Sie sich für uns entschieden haben.

K: Nun, ich bin ja schon seit langem Kunde bei Ihnen und sehr zufrieden.

B: Ja, natürlich, im Bereich Private Clients.

K: Äh, ja, genau, das ist doch bei Ihnen, oder?

B: Das ist korrekt, aber wir sind hier eine andere Abteilung, Corporate Clients. Trotzdem sind wir froh, dass Sie nun mit der X AG zu uns gekommen sind. Wir haben hier nun einige Unterlagen, die auszufüllen wären.

Die Kundenberaterin Corporate Clients übergibt mir einen Stapel von ca. 70 Seiten. Diese sind in mehrere Unterstapel sortiert.

B: Sie müssten nun diese Unterlagen ausfüllen und uns dann zusenden. Vielleicht könnten wir kurz die Dokumente gemeinsam anschauen.

K: Das ist in Ordnung, mein Rechtsanwalt wird sich darum kümmern.

B: Das ist ok, danke. Wir hätten allerdings abschliessend noch einige Fragen.

K: Was für Fragen?

B: Zu ihrer Person. Fragen genereller Natur.

An diesem Punkt hake ich nach, denn ich verstehe nicht, was für Fragen zusätzlich zu den auszufüllenden Dokumenten noch relevant sein sollten.

B: Ach sie wissen, das klassische KYC.

Noch bevor ich antworten kann, dass ich nicht weiss, was das klassische KYC ist und welche anderen KYC es noch gäbe, ergreift der Klient das Wort.

K: Das ist ok, fragen Sie bitte.

B: Sie sind verheiratet, korrekt?

K: Ja.

B: Wie lange?

K: Seit 25 Jahren.

B: Und ihre Frau, die lebt auch in Zürich?

K: Ja, natürlich. Aber hören Sie, diese Informationen haben Sie doch längst.

B: Nein, nicht unsere Abteilung und wir sind verpflichtet, nochmals gesondert zu fragen.

K: Ok, dann bitte, fahren Sie fort.

B: Wo haben Sie studiert?

K: In Bogota, Geschichte und Politik.

B: Irgendwelche Auslandssemester?

K: Nein, das war damals nicht so üblich.

B: Woher kommt ihr Vermögen?

K: Es ist das Geld meiner Familie.

B: Sie haben es geerbt, korrekt?

Nun kann ich mich nicht zurückhalten und wende ein, dass offenbar die Abteilung Corporate Clients doch an Informationen gelangt sei, welche der Abteilung Private Clients vorliegen.

B: Ja, wir kennen den Kunden halt, er ist schon lange bei uns im Hause.

Die Frage, was das Verhör dann solle, verkniffe ich mir, auch weil ich sehe, dass mein Klient ruhig bleibt.

B: Also, das Vermögen haben Sie geerbt?

K: Ja, vor dreissig Jahren.

B: Durch ihre Eltern?

K: Ja.

B: Was haben Ihre Eltern beruflich gemacht?

K: Sie hatten eine Fabrik, einige Unternehmen.

B: Ok. Wie hiessen die Eltern?

K: Bitte?

B: Die Namen Ihrer Eltern.

K: Aber die sind seit dreissig Jahren tot und waren nie in der Schweiz.

B: Nun, ok, aber deren Namen müssten wir schon noch wissen.

K: Ihre Namen waren W und Z.

Wie gerne hätte ich jetzt statt W und Z, irgendwelche Figuren von García Márquez erwähnt und geschaut, ob dass der Kundeberaterin auffallen würde. Vater José Arcadio Buendía, Mutter Úrsula Iguarán. Aber auch hier verkniffe ich mir die Einmischung.

B: Und sie haben einen Sohn?

K: Ja, der ist fünfzehn.

An dieser Stelle greife ich ein und wende ein, dass es nun doch etwas zu weit ginge. Die

Bankvertreter schauen sich kurz an und geben nach.

B: Gut, gut. Das ist nicht so wichtig. Sie wohnen immer noch in XY?

K: Ja, seit ich in der Schweiz bin.

B: Gut, zum Schluss: könnten Sie uns noch einen Lebenslauf schicken?

K: Einen was?

Auch ich hake nach, was denn mit «Lebenslauf» gemeint sei. Es gehe ja um eine Kontoeröffnung, nicht um eine Bewerbung.

B: Nun, wir haben Sie nicht auf LinkedIn gefunden, bräuchten also noch weitere Informationen.

Ich sehe das verwunderte Gesicht meines Klienten, doch auch durch eigene Neugier getrieben, frage ich nach, was LinkedIn hier für eine Rolle spiele.

B: Also, wenn wir unsere Kunden auf LinkedIn finden, dann nehmen wir das dortige Profil für den Lebenslauf, denn den müssen wir schon noch haben. Wenn die Kunden nicht auf LinkedIn sind, müssen sie einen Lebenslauf einreichen.

K: Ich bin nicht auf LinkedIn, auch nicht auf Facebook oder so.

B: Ja, das wissen wir, deshalb die Bitte um einen Lebenslauf.

K: Ähm, ja.

B: Haben Sie irgendwelche Beziehungen zu den USA?

K: Nein.

B: Sind Sie oder Familienangehörige US Bürger?

K: Nein.

B: Und Ihre Eltern? Waren die US Bürger?

K: Die sind immer noch tot! Und nein, sie waren es nicht.

B: Planen Sie, US Bürger zu werden?

K: Nicht in diesem Leben, vielleicht im nächsten.

Die Bankmitarbeiter lachen verkrampft, die Stimmung wird trotz allem aber etwas aufgelockert. Auch ich kann mir das Lachen nicht verkneifen, frage mich aber, was man denn heute noch mit Sicherheit sagen kann.

B: Nun, noch zu den Unterlagen. Wir haben für Sie mit Bleistift schon vorgezeichnet, was Sie wo ankreuzen sollten.

Ich wende ein, dass es ja sein kann, dass etwas Anderes angekreuzt werden müsste. Die Bankmitarbeiter schauen sich verwirrt an.

B: Dann rufen Sie uns bitte umgehend an. Aber eigentlich sollte das nicht nötig sein.

Die noch vor Kurzem entkrampfte Stimmung spannt sich wieder merklich an. Das betretene Schweigen wird schliesslich durchbrochen durch meinen Klienten, der angibt, dass er nun weiter müsse, noch einen Termin hätte.

B: Ok, ok. Bei Fragen melden wir uns noch.

Man verabschiedet sich und wir verlassen die Bank in die kühle Sommerluft hinaus. Mein Klient schaut mich verwirrt an, er ist noch etwas erschlagen von diesem Verhör. Nach einigen Minuten lässt er etwas Dampf ab und beschwert sich darüber, was man ihn alles gefragt habe, lenkt aber von alleine ein: «Wissen Sie, die Banken sind nicht schuld, die tun nur ihren Job, Schuld sind diese Regulierungen, die haben Überhand genommen und man wird gelöchert mit Fragen, die keinen was angehen sollten».

Er drückt mir die Kontoeröffnungsunterlagen in die Hand: «Darf ich Sie bitten, das anzuschauen? Ich fülle sie dann aus, wenn Sie mir das ok geben».

Ich vergewissere ihm, das zu tun und kurz bevor er in das Auto einsteigt schüttelt er, sichtlich genervt, nochmals den Kopf: «Schauen Sie, viele meiner Geschäftspartner fangen an, oder haben angefangen, den Finanzplatz Schweiz zu meiden. Sie haben nichts zu verbergen, wollen aber nicht Dinge preisgeben, die in den Bereich des Privaten fallen. Wir haben einst Kolumbien verlassen, weil es keinen Rechtsstaat gab, zu viele Kontrollen, zu viel Überwachung, zu viel Willkür. Und jetzt das. Und noch schlimmer: der Staat

macht sich hier nicht mal mehr die Mühe, diese Informationen selber zu sammeln. In Südamerika haben die Geheimdienste diese Informationen lange selber gesammelt, hier aber verpflichtet der Staat die Privaten, also die Banken, diese Daten zu sammeln. Und ich zahle noch dafür, denn die Kosten werden an mich weitergereicht. Das ist doch verrückt, für seine eigene Überwachung zahlen zu müssen.»

K: «Ich bin nicht auf LinkedIn, auch nicht auf Facebook oder so.»

B: «Ja, das wissen wir, deshalb die Bitte um einen Lebenslauf.»

Moralischer Sexismus

Marcel Alexander Niggli

Die Umkehr der Beweislast bei Sachverhalten mit Bezug zur Sexualität stammt zwar aus den USA (Title IX), hat aber längst auch uns erreicht. Nur: Ungleichbehandlung aufgrund des Geschlechts bleibt Sexismus, auch wenn das moralisch begründet wird.

Man kann Menschen abwerten, indem man sie als minderwertig bezeichnet oder behandelt. Eine Minderberechtigung ist Folge ihrer Minderwertigkeit. Man kann sie aber auch als minderberechtigt bezeichnen oder behandeln, alsdann ihre Minderberechtigung eine Minderwertigkeit impliziert. Beschränkt man die Rechte eines Menschen oder einer Gruppe, ganz egal aus welchen Gründen, negiert man notwendig eine gleichberechtigte Stellung als autonome Wesen. Dies gilt auch dann, wenn man sie – mit den besten Absichten und zu ihrem vermeintlich Besten – als schutzbedürftig qualifiziert, als unterstützungs- und förderungsbedürftig. Denn mit Schutz, Unterstützung und Förderung verlieren sie zwingend den Status gleichwertiger autonomer Wesen; sie regredieren in den Status von Kindern. Die tragische Aporie besteht darin, dass es keinen Schutz ohne Aufhebung der Gleichwertigkeit geben kann. Die Erkenntnis ist existentiell: Es gibt keine Gleichberechtigung ohne Gleichverpflichtung. Freiheit ist nur ein anderes Wort für Verantwortung.

In einer Freiburger Universitätszeitschrift ist vor kurzem ein kleiner Beitrag erschienen, worin sich dessen Autorin über die Tatsache enerviert, dass ein Lehrbeauftragter der Universität, der auf Tinder eine Studentin getroffen hat, die Konversation nicht abgebrochen

hat. Nun muss man wissen, und wer mit Studenten spricht oder sich über die Medien informiert weiss das natürlich, dass Tinder alles andere ist, als eine Plattform, die dazu dient, längerfristige Partnerschaften zu vermitteln. Wer auf Tinder geht, sucht üblicherweise keine längerfristigen Partner. Die angemeldeten Teilnehmer werden nur mit ihrem Foto gezeigt, das man nach Links oder Rechts «wischen» kann, je nachdem, ob das Gegenüber gefällt. Nur wenn beide sich gegenseitig gefallen, ist eine Kontaktaufnahme möglich.

Lassen wir einmal beiseite, dass die Autorin die Funktionen Lehrbeauftragte und Professorin als austauschbar verwendet, obwohl sie doch zumindest hinsichtlich des Alters typischerweise erheblich differieren. Sprachlos bleiben wir allemal. Der fragliche Lehrbeauftragte «treibe sich auf Tinder» herum. Das kann man natürlich, wenn man den Zweck von Tinder berücksichtigt, so bezeichnen. Bleibt aber die dringende Frage, warum das nur für den Mann gelten soll, nicht aber für die fragliche Studentin. Wie sollte man denn deren Verhalten bezeichnen? Gewiss scheint einzig, dass man sich den Vorwurf des Sexismus einhandeln würde, wollte man es ebenfalls als «Herumtreiben» bezeichnen. Unabhängig von der Rechtslage hält unsere Autorin Affären

zwischen Unterrichtenden und Unterrichteten für unseriös, insbesondere wenn sie «von den Dozierenden aktiv gesucht» würden. Wir fragen uns, ob denn bereits die Benutzung von Tinder ein solches aktives Suchen darstellt. Höchst verwundert registrieren wir, dass die Autorin berichtet, die Studentin hätte sich «explizit als solche zu erkennen» gegeben. Das heisst doch nichts anderes, als dass es die Studentin war, die ihren Dozenten erkannt hatte, und nicht umgekehrt, denn offensichtlich hatte der ohne Belehrung seine Studentin nicht als solche erkannt. Angesichts des Zahlenverhältnisses scheint es tatsächlich deutlich wahrscheinlicher, dass die Unterrichteten ihre Dozenten erkennen als umgekehrt. War es also die Studentin, und nicht der Dozent, die aktiv eine Affäre gesucht hat? Und warum spricht die Autorin darüber nicht? Ist das tatsächlich die Position einer emanzipierten Frau?

Wer Avancen fürchtet,
sollte vielleicht
weniger die
Universität meiden,
als aufhören, sich
auf Tinder
«herumzutreiben».

Eine Frau meldet sich bei einer Dating-App an und sucht nach einem Partner bzw. Zeitvertreib. Sie erkennt einen ihrer Lehrbeauftragten und gibt sich ihm, der sie nicht erkennt, als seine Studentin zu erkennen. Und dann erwartet sie, dass ihr Gegenüber den Kontakt abbricht? Warum tut sie dies nicht selbst? Warum bricht sie nicht ab, als sie ihn erkennt? Was genau muss er ihr gegenüber schliessen, wenn sie ihm eröffnet, sie sei seine Studentin? Dass sie eine

Agente provocatrice sei? Wieso ist für die Autorin des Artikels relevant, was der Mann, nicht aber, was die Frau tut? Sind das die emanzipierten Frauen der Gegenwart? Gott behüte uns! Die moderne Frau darf heute auf die Suche nach Sex gehen, aber wenn sie ihn erhält, kann sie sich immer noch beklagen. Natürlich auch, wenn sie ihn nicht erhält. Um das gesellschaftliche Tabu zu variieren: Wir stellen uns vor, die Frau trifft auf Tinder den Partner ihrer besten Freundin, der sie nicht erkennt, oder noch lustiger: sie trifft auf den Lebenspartner ihrer Mutter, der nichts weiss von ihrer Existenz. In all diesen Fällen weist sie den anderen nicht ab, sondern qualifiziert ihn durch Wischen in die richtige Richtung als akzeptablen Partner und öffnet damit die Möglichkeit der Kommunikation. Dann gibt sie sich dem Gegenüber zu erkennen. Warum sollte es am Gegenüber liegen, den Kontakt abbrechen? Warum nicht an unserer Studentin? Weil sie nur herausfinden möchte, wie ihr Gegenüber reagiert? Und was, wenn das Gegenüber dasselbe sagt? Wäre es weniger glaubhaft, wenn es von einem Mann kommt? Weil es Pflicht des Mannes ist, in dieser Situation die Verantwortung zu tragen? Aber warum seine, warum nur seine? Das alles entspricht zwar einem allgemeinen Trend (erinnert sei nur an Chapter IX der Obama-Administration, ein Erlass, der an sich genügt, um dieser Regierung die Aureole zu nehmen, die ihr viele zuschreiben), bleibt aber durch und durch diskriminierend.

Philosophisch interessant ist nun, dass eine solche Position nicht nur diskriminierend ist, sondern kardinal der Gleichberechtigung zuwiderläuft. Zwar ist es heute recht geläufig, sich als Opfer zu präsentieren, doch schliesst das eben notwendig und automatisch eine gleichberechtigte Position aus. Opfer sind Kindern vergleichbar und ihnen funktionsäquivalent. Beide müssen beschützt, geschont und unterstützt werden. Wer aber beschützt werden will, kann nicht gleichzeitig eine gleichwertige und gleichberechtigte Position beanspruchen. Seine Autonomie ist durch «Schutz», «Förderung» und «Schonung» not-

wendig und unumgänglich eingeschränkt und an diejenigen abgetreten, die Schutz, Förderung und Schonung verantworten. Wer mithin Frauen «schützen» will, degradiert sie zu etwas Schutzbedürftigem, ganz analog einem Kind, das zwar durchaus äussern darf, was es will, das aber letztlich davon abhängig bleibt, was die Erziehungsberechtigten als «sein Bestes» erkennen. Das kann notwendig sein und gegebenenfalls auch richtig, autonom ist es nicht. Man kann nicht gleichzeitig Schutzbedürftigkeit und Autonomie einfordern. Das eine widerstrebt dem anderen. Doch zurück zum Aufsatz und unserer Autorin:

«Die Universität vertrete die Werte des christlichen Humanismus und will [sic!] die Präsenz von Frauen in der Wissenschaft stärken. Die Tinder-Aktivität des Lehrbeauftragten [merkwürdigerweise aber nicht diejenige der Studentin!] stellt dieses Leitbild zumindest in Frage [wobei man sich schon fragen kann, was genau an sexuellem Begehren unchristlich oder inhuman wäre, und

warum das offenbar nur auf das männliche Begehren zutreffen sollte]. Wer schon im Studium mit Avancen vom Lehrkörper rechnen muss [auf Tinder wohlgemerkt, nicht an der Universität, auf Tinder, wo man solche Avancen überhaupt erst ermöglichen muss], der überlegt es sich zweimal, ob er später in einem solchen Umfeld arbeiten möchte [im universitären Umfeld oder demjenigen von Tinder?].»

Wer Avancen fürchtet, sollte vielleicht weniger die Universität meiden, als aufhören, sich auf Tinder «herumzutreiben». Hier erlebt er hoffentlich genau solche Avancen, dafür nämlich ist die Plattform gedacht. Wer aber Avancen selbst dort fürchtet, wo er – wie auf Tinder – ausdrücklich dazu einlädt und sie überhaupt erst dadurch ermöglicht, dass er sich anmeldet und dann beim fraglichen Gegenüber auch noch ein gutheissendes Urteil abgibt, der lehnt die Verantwortung für das eigene Verhalten ab. Und wer das tut, gehört vielleicht tatsächlich nicht an eine Universität.

Der fremde Gesetzgeber

Carola Göhlich

Warum fremdes Recht in der Schweiz gilt – Eine kritische Betrachtung der automatischen Übernahme von Sanktionslisten des UN Sicherheitsrates.

Seit den Anschlägen vom 11. September 2001 hat sich in der juristischen Welt einiges geändert. Im Zuge der «Anti-Terror Massnahmen» fand eine massive Verlagerung von Kompetenzen auf Exekutivorgane statt. Diese Entwicklung ist auf den unterschiedlichen internationalen, europäischen und nationalen Ebenen zu beobachten. Gravierender noch als diese Entwicklung ist jedoch die Übernahme der jeweiligen Vorschriften aus dem internationalen und europäischen in das nationale Recht.

Am meisten profitiert von dieser Entwicklung der UN Sicherheitsrat, der sich über Resolutionen international seinen Einfluss sichert (C. Murphy, EU Counter-Terrorism Law, Oxford 2015, 221). Unglücklicherweise wird das durch vorausseilenden Gehorsam der nationalen Behörden verstärkt. Seit dem 4. März 2016 etwa macht sich der Bundesrat nicht einmal mehr die Mühe, einzelne Sanktionslisten wenigstens selbst als Zwangsmassnahmen zu erlassen, d.h. ins nationale Recht zu übernehmen – abgeändert werden sie ja ohnehin nicht –, sondern hat in der «Verordnung über die automatische Übernahme von Sanktionslisten des Sicherheitsrates der Vereinten Nationen» (AS 2016, 671) beschlossen, dass die Listen des Sicherheitsrates, wie es der aufmerksame Leser aus dem Namen der Verordnung geschlossen hat, automatisch übernommen werden sollen. Zudem sollen entsprechende Änderungen nicht einmal veröffentlicht werden, und zwar weder

in der Amtlichen noch der Systematischen Sammlung des Bundesrechts. Gültiges Recht also, das nicht publiziert wird. Paul Johann Anselm von Feuerbach wird es speiübel, er dreht sich in seinem Grabe wie ein Spanferkel am Spiess.

Sanktionslisten

Der Bund beschreibt auf der Homepage des Staatssekretariats für Wirtschaft (SECO) Sanktionsmassnahmen als «Zwangsmassnahmen, um Sanktionen durchzusetzen, die von der Organisation der Vereinten Nationen, der Organisation für Sicherheit und Zusammenarbeit in Europa oder von den wichtigsten Handelspartnern der Schweiz beschlossen worden sind und die der Einhaltung des Völkerrechts, namentlich der Respektierung der Menschenrechte, dienen (Art. 1 Abs. 1 Embargogesetz)». Bei der Lektüre dieser Definition lässt schon der Bezug auf die wichtigsten *Handelspartner* stutzig werden, handelt es sich doch vorgeblich um ein Instrument zur Bekämpfung des *Terrorismus* und nicht um ein wirtschaftliches *Machtinstrument*. Die Referenz auf das Ziel der Einhaltung des Völkerrechts und die Respektierung der Menschenrechte kommt im zweiten Teil der Beschreibung daher wie beschwichtigend und gleichzeitig bedeutungsgebend daher. Dem hehren Ziel den Menschenrechten Geltung zu verschaffen, kann man sich wohl kaum verschliessen. Was aber verbirgt sich genau hinter den Sanktionslisten?

Bei gezielten Sanktionslisten (sogenannten *targeted sanctions*) handelt es sich grundsätzlich erst einmal um eine Liste, die Namen von natürlichen und/oder juristischen Personen, Gruppen oder Organisationen enthält. Alle Gelder und wirtschaftlichen Ressourcen, die im Eigentum stehen von auf der Liste stehenden Personen, Gruppen oder Organisationen oder von ihnen verwahrt werden, werden eingefroren. Jede dieser Listen steht im Zusammenhang mit einem Konflikt. So gibt es etwa Massnahmen gegenüber Guinea, und entsprechend eine Liste, als Reaktion auf die blutige Niederschlagung einer Kundgebung der Opposition durch die guineische Armee am 28. September 2009 (SR 946.231.138.1 vom 24. Februar 2010, **zu den Gründen**). Einer Sanktionsmassnahme der Europäischen Union folgend wurde in der Schweiz am 4. Dezember 2015 auch eine Verordnung für Massnahmen gegenüber Burundi erlassen. Sie wiederum stellt eine Reaktion auf die politischen Probleme und die Sicherheitslage in Burundi sowie auf die schweren Menschenrechtsverletzungen dar, die dort seit dem Putschversuch vom Frühjahr 2015 begangen wurden (SR 946.231.121.8 vom 4. Dezember 2015, **für die Referenz auf die EU**). Die wohl bekannteste Sanktionsliste dürfte allerdings die «Verordnung über Massnahmen gegenüber Personen und Organisationen mit Verbindung zu Osama bin Laden, der Gruppierung Al-Qaida oder den Taliban» (SR 946.203 vom 2. Oktober 2000) sein.

Gezielte Sanktionen gegen Einzelpersonen und spezifische Unternehmen wurden erstmals in den 1990er Jahren vom Sicherheitsrat erlassen (S. Bartelt/H.-E. Zeitler, EuZW 2003, 712). Geradezu explosionsartig vermehrte sich jedoch deren Verabschiedung nach den Anschlägen vom 11. September 2001, gestützt auf die Sicherheitsratsresolution 1373 (S/RES/1373 [2001]).

Anhand der genannten Beispiele wird schnell klar, dass das Instrument der gezielten Sanktion in Form von Vermögens-Einfrierung, längst nicht nur im Zusammenhang mit Terrorismus

zur Anwendung kommt. Vielmehr handelt es sich bei den Anlässen um politische Konflikte und bei den Listen um ein politisches Instrument.

Problematisch ist in diesem Zusammenhang vor allem, dass das Einfrieren von Vermögen einen schwerwiegenden Eingriff in individuelle Rechte darstellt. Der einzelne Betroffene hat keinen Zugriff mehr auf sein Vermögen und ist wirtschaftlich handlungsunfähig. Um das Vermögen einzufrieren, muss nicht einmal ein strafrechtlicher Anfangsverdacht vorliegen (**Guidelines of the Committee for the conduct of its work, Stand 23 Dezember 2016, Nr. 6 [d]**).

Um das Vermögen einzufrieren, muss nicht einmal ein strafrechtlicher Anfangsverdacht vorliegen.

Institutionelle Macht

Bei einer genaueren Betrachtung der handelnden Akteure und Abläufe wird deutlich, dass die Entscheidungsmacht vor allem internationalen Gremien zukommt. Basierend auf den Resolutionen 1267, 1989 und 2253 entscheidet das Sanktionskomitee der Vereinten Nationen über die Aufnahme und Verabschiedung von Namen in Sanktionslisten im Zusammenhang mit dem IS, Al-Quaida und assoziierten Gruppen. Dieses **Sanktionskomitee** besteht aus den 15 Repräsentanten der Mitglieder des Sicherheitsrates und stimmt weitestgehend per Konsens ab.

Basis der Entscheidung des Sanktionskomitees über die Namen auf der Liste bildet ein Vorschlag durch einen Mitgliedsstaat. In Vorbe-

reitung dieses Vorschlags werden die Staaten aufgefordert, Informationen über die entsprechende Person zu sammeln. Eine strafrechtliche Anklage oder Verurteilung ist ausdrücklich *keine* Voraussetzung für eine Listung (vgl. die bereits erwähnten **Guidelines of the Committee for the conduct of its work**). Dies allein lässt in rechtsstaatlicher Hinsicht erhebliche Zweifel aufkommen. Vorliegend geht es jedoch nicht um Rechtsstaatlichkeit, sondern um die Autonomie und Demokratie des nationalen Gesetzgebers. Wie eben erläutert, werden die Entscheidungen von den Mitgliedstaaten des Sicherheitsrates der Vereinten Nationen getroffen. Als ständige Mitglieder sind China, Frankreich, Russland, das Vereinigte Königreich und die USA im Sicherheitsrat. Mit Stand von Mai 2018 sind darüber hinaus Bolivien, die Elfenbeinküste, Equatorial Guinea, Äthiopien, Kasachstan, Kuwait, die Niederlande, Peru, Polen und Schweden als nichtständige **Mitglieder im Sicherheitsrat**. Es sind Repräsentanten dieser Länder, die über die Sanktionslisten entscheiden. Mit der Verordnung über die automatische Übernahme von Sanktionslisten der Vereinten Nationen wird die Entscheidung der 15 genannten Repräsentanten unmittelbar anwendbares Recht in der Schweiz. Nationales, schweizerisches Recht wird also bei den Vereinten Nationen, in Kasachstan, Äthiopien und der Ukraine erlassen.

Damit aber nicht genug. Allein, dass für die Sanktionslisten der Vereinten Nationen eine Blankoermächtigung für weitere Änderungen besteht, zeigt, wie wenig Beachtung einer inhaltlichen Überprüfung geschenkt wird. Gleiches

geschieht – wenn auch noch nicht als Blanko ausgestaltet – bei den Sanktionslisten der Europäischen Union. So heisst es in den jeweiligen Verordnungen, dass der Bundesrat die entsprechende Liste **«im Nachgang zur EU»** ergänzt oder **«basierend auf Massnahmen der Europäischen Union»** verabschiedet. In der EU wiederum ist der Rat der Europäischen Union als Exekutivorgan mit der Verabschiedung von Sanktionslisten betraut. Rechtsgrundlage für die Verabschiedung entsprechender Massnahmen ist Art. 215 Abs. 2 AEUV.

Auch hier wird Schweizer Recht faktisch in Brüssel erlassen.

Fazit

Während die Diskussion um fremde Richter in Politik und Rechtswissenschaft immer intensiver geführt wird, bleibt die Entstehung der Rechtsnormen weitgehend unbeachtet. Auf europäischer Ebene wird das Demokratiedefizit aufgrund mangelnder Partizipation des Parlaments diskutiert, hier in der Schweiz findet nicht einmal eine Diskussion statt, warum all diese Vorschriften im Wortlaut einfach übernommen werden sollten. Dass aber niemand über Regeln entscheiden sollte, denen er selbst nicht unterliegt und für die er keine Verantwortung zu tragen hat, sollte als Binsenweisheit gelten. Aufgewachsen in Deutschland erscheint mir auch das Konstrukt auf dem Verordnungsweg Recht zu setzen, das so massiv in individuelle Rechte eingreift, fraglich. Ein Abtreten der Kompetenz-Kompetenz auf diesem Weg wirkt hingegen gar absurd. Aber vielleicht ist das auch nur eine persönliche Sensibilität.

Zwangsarbeit 1

Marcel Alexander Niggli

Arbeitspflicht auch bei Erreichen des Pensionsalters in der Verwahrung? Ein Kommentar zu EGMR-Entscheid 10109/14 Meier c. Schweiz vom 9. Februar 2016.

Die gute Nachricht vorweg: Mit Entscheid Nr. 10109/14 Meier c. Schweiz vom 9. Februar 2016 des Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte wurde die Schweiz für einmal nicht verurteilt. Beat Meier war vom Obergericht des Kantons Zürich am 4. Juli 2003 wegen mehrfacher sexueller Handlungen mit Kindern und mehrfacher sexueller Nötigung zu vier Jahren und vier Monaten Zuchthaus als Zusatzstrafe zu einem Urteil eines Pariser Gerichtes aus dem Jahre 1995 verurteilt worden. Die Strafe wurde zugunsten einer Verwahrung aufgeschoben und ab 1. März 2010 nach neuem Recht weitergeführt. Beat Meier beantragte im Dezember 2011, er sei von der Arbeitspflicht zu befreien, weil er 65 geworden sei, also ins Pensionsalter gekommen sei, und als Sicherheitsverwahrter nicht zur Arbeit verpflichtet werden dürfe. Das lehnte das Amt für Justizvollzug des Kantons Zürich ebenso ab wie sämtliche Rekursinstanzen (Justizdirektion des Kantons Zürich, Verwaltungsgericht des Kantons Zürich und Bundesgericht mit Urteil Nr. 6B_182/2013 vom 18. Juli 2013).

Vorbemerkung: Wir nennen den Namen des Betroffenen hier, weil er sich aus dem Entscheid des EGMR ohnehin ergibt und also ohne Mühe zu finden ist. Eine Anonymisierung erscheint eher als Theater. Aber zum Entscheid:

1.

Es wird dem Beschwerdeführer kein Vorwurf gemacht. Ein schuldhaftes Verhalten muss irrelevant bleiben. Eine Schuld wird nicht abgegolten, das hätte mit Strafe zu geschehen, die Strafe aber wurde aufgeschoben. Pro memoria: 2003 wurde eine Strafe von viereinhalb Jahren ausgesprochen. Diese Strafe wurde aber nicht vollzogen, vorgezogen wurde vielmehr die Verwahrung, was heute nach Art. 64 Abs. 2 StGB nicht möglich wäre.

2.

Für jemanden mit Sinn fürs Absurde bietet bereits das Bundesgericht beste Unterhaltung, indem es teilweise völlig sinnfreie Ausführungen macht. So erklärt es etwa, die Arbeitspflicht im Straf- und Massnahmenvollzug diene dazu,

«den Personen Fähigkeiten zu vermitteln, zu erhalten oder zu fördern, die eine Eingliederung in die Erwerbstätigkeit nach der Entlassung ermöglichen. Sie fördert das Vollzugsziel, das soziale Verhalten und die Fähigkeit, straffrei zu leben» (E. 1.6).

Lassen wir einmal beiseite, dass das Gericht, Gefangene als «Personen» bezeichnet (ob dies aus Gründen falsch verstandener Gender-Correctness geschieht, oder einfach nur, um Distanz zu schaffen, entzieht sich unserer Kenntnis). Eher irritierend, wenn nicht geradezu absurd mutet es an, wenn das Gericht von Wiederein-

gliederung und Resozialisierung schwurbelt, obwohl im konkreten Fall, die Strafe noch nicht einmal angetreten wurde. Die Verwahrung nach Art. 64 StGB orientiert sich ja – eben anders als eine Strafe – ausschliesslich an Sicherheitsinteressen, nicht an den Interessen des Betroffenen oder einer möglichen Rehabilitation. Dass es sich beim Zitat nicht etwa um eine Unsorgfältigkeit handelt, wird an Ziff. 1.8 des Entscheides deutlich, der nochmals von Resozialisierung spricht (der Terminus taucht auch in Ziff. 2.3 wieder auf). Ob das dazu dient, den Entscheid länger und eindrücklicher zu machen, oder ob die eigentliche Frage vernebelt werden soll, muss offenbleiben. Angesichts der Absurdität solcher Ausführungen wundert es nicht, wenn die Verteidigung anführt, auch zu lernen, mit freier Zeit (und Langeweile) umzugehen, sei resozialisierend. Bei rein hypothetischen Diskussionen ist das natürlich ebenso richtig und nicht von der Hand zu weisen. *Io nescio* hätte seine Freude.

3.

Das Bundesgericht verweigert ein Eingehen auf die vorgebrachten Strafvollzugsgrundsätze des Ministerkomitees vom 11. Januar 2006 mit dem Argument (Ziff. 2.5), dadurch würden keine subjektiven Rechte begründet, die sich anfechten liessen (bekanntermassen ganz anders wertet der EGMR die European Prison Rules, cf. Meier c. Schweiz, Nr. 22 ff. sowie 78 f., denen grosse Bedeutung zukomme). Zudem rücke das Ziel der Resozialisierung, von dem die Grundsätze geleitet werden, bei älteren Strafgefangenen in den Hintergrund. So ungern wir das sagen, aber bei einer Sicherungsverwahrung ist das schlicht falsch, weil dieses Ziel auch bei jüngeren Gefangenen nicht nur nicht im Vordergrund, sondern überhaupt nicht besteht. Da hilft es auch nicht weiter, wenn das Gericht in Ziff. 1.3 auf die Vollzugsgrundsätze von Art. 75 StGB und das Normalisierungsprinzip verweist, denn das widerspricht direkt der Zielsetzung der Sicherungsverwahrung. Fairerweise sei gesagt, dass dieses Durcheinander bereits im Gesetz angelegt ist, das Strafen und sichernde Massnahmen gleich behandelt, was schlicht

kreuzfalsch ist. Strafen sind – wenn überhaupt – höchstens den bessernden Massnahmen vergleichbar. Diese beiden Kategorien wollen und sollen den Täter beeinflussen und verändern. Das will und soll eine sichernde Massnahme gerade nicht. Das «Normalisierungsprinzip» nur schon zu erwähnen, ist nichts anderes denn Nebelwerferei.

4.

Lustigerweise hält das Bundesgericht in Ziff. 2.4 dem Beschwerdeführer entgegen, dass er nicht darlege, inwiefern seine Würde durch die Arbeitspflicht verletzt werde. Das mag prozessual korrekt sein, lustig ist es dennoch, weil die Verletzung so evident ist. Würde heisst seit Kant, dass einem Menschen ein Selbstwert qua Mensch zukommt, also einfach deshalb, weil er ein Mensch ist. Das enthält einerseits Autonomie und Selbstbestimmung, und schliesst andererseits jede Instrumentalisierung aus. Eine Verpflichtung zur Arbeit kann also nicht extrinsisch legitimiert werden. Freundlicher Weise sagt uns das Bundesgericht ausdrücklich, worin es den Zweck der Arbeitspflicht sieht, nämlich 1. in der Resozialisierung, 2. der Vermeidung von Haftschäden, und 3. der Aufrechterhaltung der Anstaltsordnung. Wir haben eben gesehen, dass Resozialisierung bei einer Sicherungsverwahrung schlicht nicht in Frage kommt. «Haftschäden» widersprechen unmittelbar der Selbstbestimmung und Autonomie. Wenn der Betroffene lieber nicht arbeitet, kann er sich dadurch nicht «schädigen», ausser man vertritt eine paternalistische Position, nach welcher andere besser wissen als der Betroffene, was gut für ihn ist. Das passt zu einem Lenkungsfanatiker und Freiheitsfeind wie Rousseau, aber nicht zu Kant und der Würde des Individuums. Das dürfte auch dem Bundesgericht einsichtig sein.

5.

Bleibe das letzte Argument: Steht die Aufrechterhaltung der Anstaltsordnung im Widerspruch zur Selbstbestimmung des Gefangenen, so kann man natürlich gegen diese und für jene entscheiden, damit aber entscheidet man für das

Kollektiv und gegen den Einzelnen und dessen Würde. Wendet man mit Kant den kategorischen Imperativ auf die Frage an (Handle so, dass die *Maxime* Deines Handelns ...), dann ergibt sich die fehlende Legitimation einer Arbeitspflicht noch deutlicher: Nichts spräche aus der Sicht des Gefangenen gegen eine allgemeine Regel in seinem Sinne. Er wendet sich ja gegen die Arbeitspflicht nicht deshalb, weil er die Gemeinschaft beeinträchtigen will, sondern weil er glaubt, sich auch ohne Arbeit konform verhalten zu können. Dies ist ja der Kern seines Vergleiches mit der Normalbevölkerung und der AHV. Die AHV führt ja nicht dazu, dass Rentner verhaltensauffällig werden. (Diesen Konnex verkennt das Gericht vollständig, wenn es die AHV nur als wirtschaftliches Institut versteht; vgl. Ziff. 1.7 f.). Eine Arbeitspflicht zur Sicherung der Anstaltsordnung verletzt zweifelsfrei die Würde des Gefangenen. Zur Erinnerung: Herrn Meier wird kein – wie immer gearteter – Vorwurf gemacht. Damit ist auch bereits gesagt, worin die Unverhältnismässigkeit der Arbeitspflicht besteht, nach der das Bundesgericht fragt (Ziff. 2.4). Wenn man einem Menschen die Freiheit nimmt, ohne dass ihn irgendein Vorwurf trifft, nur deshalb, weil man ihn für gefährlich hält, dann müsste doch – um verhältnismässig zu bleiben – sein Gefängnis nach der Art eines Luxushotels ausgestattet sein. Man nimmt ihm ja bereits die Freiheit aufgrund bloss möglichen Verhaltens, das er nicht zu verantworten hat. Soll die Angst eines Kollektivs gegen die Freiheit eines Einzelnen abgewogen werden, so kann diese Entscheidung sicherlich nicht bewirken, dass ausser der Freiheit auch andere Aspekte der menschlichen Würde eingeschränkt werden, die nicht mit dem Freiheitsentzug unmittelbar zusammenhängen. Das Bundesgericht gibt zu, der Verwahrung könne ein gewisser Strafcharakter nicht abgesprochen werden (Ziff. 3.2). Dann aber muss sich doch für Sicherungsverwahrte (die gerade kein Schuldvorwurf trifft) der Vollzug deutlich von Strafen unterscheiden (grosszügiger, flexibler strukturiert etc.). Einen Sicherungsverwahrten wie einen Strafgefangenen zu behandeln, lässt sich schlicht nicht rechtfertigen. Gestaltet sich eine Inhaftierung schwierig, weil sie negative

Auswirkungen auf einen Gefangenen hat, so hat dies – bei Sicherungsverwahrten, die ja kein Vorwurf trifft – ausschliesslich das Kollektiv zu verantworten. Anders als bei Strafgefangenen lässt sich hier gerade nicht mit der Verantwortung für Fehlverhalten des Inhaftierten argumentieren. Wird die Anstaltsordnung im Verlaufe des Vollzugs gefährdet oder gestört, so liegt die Verantwortung dafür beim Freiheitsentzug also beim Gemeinwesen, denn die Störung ergäbe sich ja nicht ohne Freiheitsentzug. Der aber kann dem Sicherungsverwahrten gerade nicht zugerechnet werden.

6.

Nach dem Grundsatz, dass Eingriffe in Grundrechte so zurückhaltend und schonend wie möglich zu gestalten sind, liesse sich auf Arbeitspflicht ohne weiteres verzichten. Zwar nimmt das Bundesgericht eine entsprechende Abwägung vor (Ziff. 2.6.2), meint aber recht locker, eine Arbeitspflicht sei geeignet, erforderlich und zumutbar, um die Vollzugsgrundsätze, die im Alter überwögen (Anstaltsordnung, Haftschäden, Strukturierung) zu gewährleisten. Unglücklicherweise unterscheidet dies wieder Strafgefangene nicht von Sicherungsverwahrten. Das müsste es aber, denn ob der Betroffene Verantwortung dafür trägt, dass er in einer Strafanstalt ist, muss für die Abwägung der Verhältnismässigkeit beachtlich sein. Andernfalls die Sicherungsverwahrung nicht Strafcharakter trägt, sondern davon nicht zu unterscheiden ist. Zudem aber sind die vorgebrachten Argumente (bis auf die Anstaltsordnung) blosse Vermutungen. Was sich ohne Arbeitspflicht ereignen würde, weiss das Bundesgericht natürlich nicht. Wir finden uns also in der merkwürdigen Situation, dass einem Menschen aufgrund von Vermutungen über sein zukünftiges Verhalten die Freiheit entzogen wird. In der Unfreiheit aber werden ihm dann Regeln auferlegt, die wiederum auf Vermutungen über sein zukünftiges Verhalten fussen. Das sind ein bisschen viele Vermutungen und ein bisschen viele Grundrechtseinschränkungen für einen Menschen, dem kein Vorwurf gemacht wird.

7.

Innerhalb des Freiheitsentzuges lässt sich kaum rechtfertigen, den Wünschen der Sicherungsverwahrten nicht zu entsprechen. Der Hinweis auf bloss mögliche Entwicklungen kann nicht ausreichen. Sobald tatsächlich negative Folgen für die Anstaltsordnung einträten, könnte solchen Folgen ja entgegengewirkt werden. Dass es nicht möglich wäre, eine Anstalt geordnet zu führen, nur weil einzelne Sicherungsverwahrte nicht zur Arbeit verpflichtet werden (so das Bundesgericht in Ziff. 2.6.2), lässt sich wohl kaum belegen. Dass Alternativen zur Arbeitspflicht die Anstaltsführung erschweren würden, kann sein, hat aber ein Sicherungsverwahrter

Wie schön, dass der Staat so genau weiss, was uns gut tut.

gerade nicht zu verantworten. Hält es die Rechtsgemeinschaft für verhältnismässig einem Menschen aufgrund einer Gefährlichkeitseinschätzung die Freiheit zu nehmen, dann kann sie sich für die Durchführung dieses Freiheitsentzuges nicht darauf berufen, es sei einfacher, billiger oder bequemer einer von ihr bestimmten Ordnung zu folgen. Mit der Gefährlichkeit des Inhaftierten hat das ja nichts zu tun. Ist der Rechtsgemeinschaft der Aufwand nicht wert, so muss sie eben auf den Freiheitsentzug verzichten. Tut sie es nicht, so handelt sie unverhältnismässig.

8.

Die Pflicht zur Arbeit verletzt die Menschenwürde von Sicherungsverwahrten. Und zwar bereits vor ihrem 65. Altersjahr (a.A. Bundesgericht Ziff. 2.6.2). Anders als bei Strafgefangenen lässt sich eine Arbeitspflicht bei Sicherungsverwahrten nicht durch die Verantwortung für deliktisches Handeln rechtfertigen. Der

Verweis auf die Anstaltsordnung besagt bei Sicherungsverwahrten nichts anderes als: die Anstaltsordnung soll gelten, weil sie gelten soll. Das ist für eine Begründung ziemlich mager.

9.

Die Sache wird leider nicht besser vor dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte (10109/14 *Meier c. Schweiz* vom 9. Februar 2016). Der hält sich zwar für einmal vornehm zurück und lässt die Schweiz gewähren, weil kein Konsens bestehe unter den Staaten des Europarates in der Frage der Arbeitspflicht im Pensionsalter (Ziff. 30 ff.: 16 von 28 Staaten bestimmen ausdrücklich, dass die Arbeitspflicht mit Erreichen des Rentenalters endet, in den anderen 12 besteht keine Regelung, weshalb eine Verpflichtung zur Arbeit nicht verboten ist). 16 Staaten schliessen es aus, und 12 sagen nichts. Offensichtlicher kann ein Dissens nicht sein.

10.

Der Gerichtshof qualifiziert die Arbeitspflicht erst zweifelsfrei als Zwangsarbeit (Ziff. 70) im Sinne von Art. 4 Abs. 2 EMRK. Dann fragt er danach, ob vielleicht eine der Ausnahmen gemäss Art. 4 Abs. 3 EMRK vorliege (Arbeit, die üblicherweise im Freiheitsentzug verlangt wird, in Militär und Wehrpflicht, bei Notständen oder Katastrophen oder bei üblichen Bürgerpflichten werden nicht Zwangsarbeit genannt; vgl. dazu Zwangsarbeit 2 in dieser Nummer). Das bejaht er letztlich, insbesondere weil die Arbeitspflicht als Mittel diene, Haftschäden zu vermeiden und den Alltag zu strukturieren (Ziff. 73).

11.

Es ist schon erschreckend, wie nonchalant die höchste Instanz zum Schutz der Menschenrechte akzeptiert, dass es dem Staat erlaubt sein soll, einen Menschen gegen seinen ausdrücklichen Willen ein Verhalten aufzuzwingen, das Schäden vermeiden soll, die gerade dadurch entstehen, dass selbiger Staat diesen Menschen für lange Zeit einsperrt. Nochmals: Den Sicherungsverwahrten trifft für seine Situation kein Vorwurf irgendeiner Art. Erst produziert der

Staat also eine Situation, die beim Einzelnen zu Schäden führen kann und dann zwingt derselbe Staat den Betroffenen zu einem Verhalten, das der nicht will und zwar zu dessen Wohlergehen. Wie schön, dass der Staat so genau weiss, was uns gut tut. Offen bleibt, inwiefern das erzwungene Ausmalen von Mandalas (vgl. Ziff. 74) tatsächlich das Wohlergehen von Menschen fördert oder nicht vielmehr schädigt. Die Frage wird vom Gericht natürlich ebenso wenig geprüft wie mögliche Alternativen zur erzwungenen Arbeit, die ja nicht Zwangsarbeit heissen soll. Logisch setzt die Argumentation des EGMR zwingend die Unterstellung voraus, der Staat wisse besser, was gut sei für einen Betroffenen als dieser selbst.

Zwangsarbeit 2

Marcel Alexander Niggli

Das Übereinkommen Nr. 29 über Zwangs- und Pflichtarbeit der Allgemeinen Konferenz der Internationalen Arbeitsorganisation (ILO) von 1930 (SR 0.822.713.9) definiert in Art. 2 Ziff. 1

«Als 'Zwangs- oder Pflichtarbeit' im Sinne dieses Übereinkommens [...] jede Art von Arbeit oder Dienstleistung, die von einer Person unter Androhung irgendeiner Strafe verlangt wird und für die sie sich nicht freiwillig zur Verfügung gestellt hat.»

In Ziff. 2 aber zählt das Übereinkommen dann eine Reihe von Ausnahmen auf, die nicht als «Zwangs- oder Pflichtarbeit» gelten sollen. Die Aufzählung ist interessant. Ausgeschlossen werden nämlich:

1. alle Arbeiten im Rahmen von Militärdienstpflichten, wenn sie nur militärischen Zwecken dienen,
2. alle Arbeiten, die zu den üblichen Bürgerpflichten zählen, sofern das Land unter «voller Selbstregierung» steht,
3. alle Arbeiten, die aufgrund gerichtlicher Verurteilungen verlangt werden, sofern sie unter Überwachung und Aufsicht der öffentlichen Behörden ausgeführt werden und der Verurteilte nicht an Dritte verdingt oder sonst zur Verfügung gestellt wird,
4. alle Arbeiten in Fällen höherer Gewalt, wie etwa Krieg, oder Unglücksfällen wie Feuersbrunst, Überschwemmung, Hungersnot, Erdbeben, verheerende Menschen- und Vieh-

seuchen, plötzliches Auftreten von wilden Tieren, Insekten oder Pflanzenplagen, und überhaupt in allen Fällen, in denen das Leben oder die Wohlfahrt der Gesamtheit oder eines Teiles der Bevölkerung bedroht ist;

5. kleinere Gemeindearbeiten, die unmittelbar dem Wohl der Gemeinschaft dienen, durch ihre Mitglieder ausgeführt werden und zu den üblichen Bürgerpflichten der Gemeinschaftsmitglieder gerechnet werden können; allerdings nur sofern die Bevölkerung oder ihre unmittelbaren Vertreter berechtigt sind, sich über die Notwendigkeit der Arbeiten zu äussern.

Ganz ähnlich, wenn auch kürzer, regelt die EMRK die Frage in ihrem Art. 4. In Abs. 1 wird das Verbot von Sklaverei und Leibeigenschaft statuiert, in Abs. 2 dasjenige von Zwangs- und Pflichtarbeit. In Abs. 3 schliesslich werden die Ausnahmen analog zur ILO-Konvention aufgezählt (Strafvollzug, Militär, Katastrophen und Notstände sowie «übliche» Bürgerpflichten).

Ich frage mich, ob ich der Einzige bin, dem unklar ist, was denn genau noch ausgeschlossen bleibt. Die Zwangsarbeit in den römischen Steinbrüchen offenbar nicht. Und als die Aufklärer im 18. Jahrhundert gegen die Todesstrafe primär utilitaristisch argumentierten, dass es sinnvoller sei, statt die Straftäter zu töten, sie als Ruderer auf Galeeren für die Gemeinschaft arbeiten zu lassen, waren sie mit ihrem Vorschlag so erfolgreich, dass auf Italienisch «galera» immer noch Gefängnis meint. Auch dies aber wäre weder für die ILO-Konven-

tion, noch für die EMRK ein Problem. Und selbst Fronarbeit wäre offenbar zulässig, wenn sie nicht von einem Monarchen, sondern von einer Gemeinschaft angeordnet wird. Alles, was die Sowjetunion mit ihren Bürgern angestellt hat, inklusive der Gulags, wäre wohl zulässig. Mehr noch, eigentlich wäre in einem kommunistischen System Zwangsarbeit überhaupt nicht möglich, weil – per definitionem – vollständiger als im Kommunismus die Selbstregierung ja nicht sein kann. Das Konzept der Zwangsarbeit erweist sich mithin als durch und durch kollektivistisch: Nur Arbeit, zu der wir durch Private gezwungen werden, soll Zwangsarbeit heissen und unzulässig sein, nicht aber, wozu uns das Kollektiv nötigt, ganz so, als könnte ein Kollektiv keinen unrechtmässigen Zwang ausüben. Man muss schon ein gläubiger Sozialist (oder Kollektivist anderer, etwa nationalistischer Färbung) sein, um das gutzuheissen.

Was als Folge einer gerichtlichen Verurteilung verlangt wird, ist keine Zwangsarbeit.

Wer Zwangsarbeit verhängen will, muss das also via Gerichtsurteil tun.

Widerlegbare Täterschaftsvermutung im Strafrecht?

Stefan Maeder

Eine kritische Anmerkung mit steuerrechtlichem Trostpflaster zu BGer, 6B_1007/2016 und der «strafrechtlichen» Halterhaftung nach Art. 6 OBG

I. Ausgangslage

Das Bundesgericht (Strafrechtliche Abteilung, Urteil vom 10.5.2017, 6B_1007/2016) hatte im letzten Jahr folgenden Fall zu entscheiden: Die X AG ist eine Autovermieterin, die im Sommer 2014 einen von ihr gehaltenen Personenwagen an die in Florida (USA) wohnhafte Frau A vermietete. Während der Mietdauer wurde mit diesem Personenwagen in Teufen, Appenzell-Ausserrhoden, ausserorts eine Geschwindigkeitsüberschreitung von 16 km/h begangen.

Typischerweise werden solche Übertretungen im Ordnungsbussenverfahren nach OBG erledigt. Nach Ziff. 303.2. lit. d. des Anhangs I zur OBV beträgt die Ordnungsbusse dafür CHF 240.

Wie üblich sandte die Kantonspolizei die Übertretungsanzeige an die Halterin. Für den Fall, dass die X AG die Übertretung nicht selber begangen habe, werde sie um Nennung der Personalien der verantwortlichen Person ersucht. Daraufhin gab die X AG den Namen und die Adresse von A bekannt. In der Folge sandte die Kantonspolizei die Übertretungsanzeige an A, die darauf aber nicht reagierte. Die Kantonspolizei sandte die Übertretungsanzeige dann – gestützt auf Art. 6 OBG – erneut an die X AG mit der Aufforderung, die Busse zu bezahlen, was diese aber nicht tat. Es folgte ein Strafbefehl gegen die X AG, die nach ihrer Einsprache auch

vom Einzelrichter verurteilt wurde. Das Obergericht wies die von der X AG erhobene Berufung ab, das Bundesgericht hob die Verurteilung hingegen auf.

Der Entscheid gäbe zu einigen Bemerkungen Anlass, namentlich zur Frage, ob die Busse nach Art. 6 OBG auch einer juristischen Person auferlegt werden kann (offen gelassen, s. E. 1.4, m.E. zu bejahen) oder wann i.S.v. Art. 6 Abs. 4 OBG festgestellt ist, «wer zum Zeitpunkt der Widerhandlung das Fahrzeug geführt hat» (sei vorliegend festgestellt, s. E. 1.5). In diesem Beitrag soll hingegen folgender Satz aus der Urteilsbegründung aufgegriffen werden:

«Nach Art. 6 Abs. 4 OBG hat [...] die Halterin aber auch die Möglichkeit, [...] die tatsächliche Fahrzeugführerin der Polizei zu melden und somit die Vermutung der Täterschaft von Absatz 1 zu widerlegen» (E. 1.5., meine Hervorhebung).

II. Art. 6 OBG ist keine Täterschaftsvermutung

Die eben genannte Passage ist nicht den Köpfen des Bundesgerichts entsprungen, sondern findet sich in praktisch identischer Form bereits in der **Botschaft** Via Sicura (BB1 2010 8447, 8517). Doch weder dort noch im hier besprochenen Bundesgerichtsentscheid finden sich weitere

Ausführungen zur Natur dieser angeblichen Vermutung oder von Art. 6 OBG überhaupt. Daher scheinen einige grundlegende Gedanken angebracht.

Bis zur Einführung von Art. 6 OBG in der heute geltenden Form per 1.1.2014 bestand grundsätzlich kein Zweifel daran, dass es sich beim Ordnungsbussenrecht um Strafrecht handelt. Die besonderen Verfahrensbestimmungen sollten im SVG-Bagatellbereich effizienzsteigernd und kostensenkend wirken, allerdings ohne die strafrechtliche Natur dieser Bussen zu verändern. So hielt auch die **Botschaft** OBG (BBl I 1969, 1090, 1091) fest: «Die Vereinfachung des Verfahrens wird nicht aus theoretischen und prinzipiellen Erwägungen (Reobjektivierung oder Entkriminalisierung des Verkehrsstrafrechts) angestrebt, sondern allein aus praktischen Gründen und unter dem Zwang der Tatsachen.» Und weiter (a.a.O., 1093): «Die Ordnungsbussen [...sind...] eine echte Strafe. Abgesehen davon, dass Vorleben und persönliche Verhältnisse nicht berücksichtigt werden, gelten die Grundsätze des Strafrechts. Vor allem ist eine Schuld des Täters vorausgesetzt.»

Was heisst das nun, wenn die **Botschaft** Via Sicura und das Bundesgericht von einer widerlegbaren Vermutung der Täterschaft nach Art. 6 Abs. 1 OBG sprechen? Das kann zwei Dinge meinen: Einerseits könnte darunter verstanden werden, dass die Beweislast umgekehrt wird, also die Fahrzeughalterin ihre Unschuld zu beweisen hat, andernfalls sie als Täterin und damit schuldig erachtet wird. Oder andererseits könnte sich diese Vermutung auf das materielle Strafrecht beziehen und ein Tatbestandselement, dessen Nachweis üblicherweise mit Schwierigkeiten verbunden ist, wird entfernt und durch ein anderes ersetzt: Formelle Haltereigenschaft anstelle der tatsächlichen Täterschaft.

Die erste Variante scheidet aus, denn es findet nicht bloss eine Beweislastumkehr statt: Nach Art. 6 OBG genügt es für die Halterin nicht, etwa mittels eines Alibis nachzuweisen, dass

sie nicht die fehlbare Führerin war (s. zuletzt BGer, Strafrechtliche Abteilung, Urteil vom 22.11.2017, 6B_432/2017). Sie wird nur dann nicht bestraft, wenn sie Name und Adresse des fehlbaren Lenkers nennt, oder wenn sie im ordentlichen Strafverfahren glaubhaft geltend machen kann, das Fahrzeug sei gegen ihren Willen benutzt worden und sie habe das trotz entsprechender Sorgfalt nicht verhindern können. Damit unterscheidet sich Art. 6 OBG auch zentral von der schon unter altem Recht bekannten – und freilich diskutablen – Praxis, die Haltereigenschaft im Rahmen der freien Beweiswürdigung als ein Indiz für die Täterschaft zu würdigen (vgl. etwa BGer, I. ÖRA, 24.4.2001, 1P.641/2000, E. 4), weil danach ein Alibi die Halterin entlasten muss, was bei Art. 6 OBG hingegen nicht der Fall ist.

In casu ist das auch deshalb überdeutlich, weil die Halterin eine juristische Person war. Bei aller Liebe zur Realitätstheorie: Dass eine AG am Steuer sitzt, hat wohl noch niemand gesehen und die Schuldlosigkeit der Autovermieterin an der Verkehrsregelverletzung ist damit offensichtlich, doch ist sie damit den Fängen von Art. 6 OBG keineswegs entronnen, wie der Entscheid ja aufzeigt.

Also muss die zweite Variante gemeint sein, was gemäss der **Botschaft** Via Sicura (a.a.O., 8486) gerade das Ziel der Übung ist, «indem nicht mehr ausschliesslich die Person bestraft werden muss, welche die Widerhandlung be-

«Bei aller Liebe zur Realitätstheorie: Dass eine AG am Steuer sitzt, hat wohl noch niemand gesehen.»

gangen hat, sondern [...] die Fahrzeughalterin bestraft werden kann, falls der Täter der Polizei nicht bekannt ist.» Und das kann natürlich auch eine juristische Person treffen. Damit handelt es sich aber nicht um eine Täterschaftsvermutung, denn es wird gerade nicht angenommen, die Halterin sei die fehlbare Lenkerin. Vielmehr bezahlt die Halterin anstelle der Täterschaft.

III. Was also ist Art. 6 OBG?

A. Kein Strafrecht?

Wie soeben gezeigt wurde, ist Art. 6 OBG keine Täterschaftsvermutung, sondern eine Norm, die die Strafe für eine Widerhandlung einer anderen Person als dem Täter auferlegt, nämlich dem Halter. Damit ist sie der Halterhaftpflicht nach Art. 58 SVG sehr ähnlich, der in Abs. 1 bestimmt: «Wird durch den Betrieb eines Motorfahrzeuges ein Mensch getötet oder verletzt oder Sachschaden verursacht, so haftet der Halter für den Schaden.» Nach Abs. 4 ist der Halter für das Verschulden des Fahrzeugführers und mitwirkender Hilfspersonen wie für eigenes Verschulden verantwortlich.

Die Nähe von Art. 6 OBG zu der haftpflichtrechtlichen Bestimmung von Art. 58 SVG lässt natürlich zweifeln, ob wir uns tatsächlich noch im Strafrecht befinden. Zwar soll das nach der Botschaft Via Sicura (a.a.O., 8486) der Fall sein: «Da Ordnungsbussen für Übertretungen im Sinn von Artikel 103 StGB verhängt werden, finden auch die entsprechenden strafrechtlichen Grundsätze Anwendung. Mit dieser Revision soll von einem dieser Grundsätze abgewichen werden, indem nicht mehr ausschliesslich die Person bestraft werden muss, welche die Widerhandlung begangen hat (...).» Doch könnte man natürlich genauso behaupten wir spielen weiterhin Fussball, wir haben nur eine Regel geändert, nämlich darf der Ball nicht mehr getreten, sondern muss mit den Händen geworfen werden. Wenn man das aber tut, handelt es sich nicht bloss um eine kaum anschlussfähige Änderung des Sprachspiels, indem mit dem Täterschaftsprinzip ein definierendes

Merkmal des Strafrechts aufgelöst wird. Man schafft auch einen Konflikt mit einem anderen, den Kern eines rechtsstaatlichen Strafverfahrens ausmachenden Grundsatz: der Unschuldsvermutung.

Nach Art. 32 Abs. 1 BV gilt jede Person bis zur rechtskräftigen Verurteilung als unschuldig. Dasselbe wird mit praktisch identischem Wortlaut in Art. 10 Abs. 1 StPO wiederholt und findet sich zudem in Art. 6 Abs. 2 EMRK sowie Art. 14 Abs. 2 IPBPR. Diese Unschuldsvermutung gilt nach herrschender Meinung auch für Unternehmen bzw. juristische Personen und wird gemeinhin so verstanden, dass sie u.a. eine Beweislastregel beinhaltet: So ist es Sache der Strafbehörden, die Schuld nachzuweisen. Eine Umkehr der Beweislast durch Stipulation einer Täterschaftsvermutung, welche die beschuldigte Person zu widerlegen hätte, ist damit prinzipiell unvereinbar.

Doch wie in Ziff. II gezeigt wurde, ist Art. 6 OBG nicht eine blosse Beweislastumkehr, sondern geht darüber hinaus: Gelingt der Halterin die Exkulpation nach Art. 6 Abs. 4 oder 5 OBG nicht, wird sie bestraft, selbst wenn gleichzeitig aus anderen Gründen völlig klar ist, dass sie das fragliche Strassenverkehrsdelikt nicht begangen haben kann. Eine Person sehenden Auges für ein Delikt zu verurteilen, dass sie nicht begangen und für das sie keine Verantwortung hat, also eine Bestrafung für fremde Schuld, ist die wohl offensichtlichste und krasseste Verletzung der Unschuldsvermutung und gleichzeitig eine Verabschiedung vom Schuldstrafrecht.

Wäre Art. 6 OBG also tatsächlich Strafrecht, so müsste es als rechtsstaats-, verfassungs- und konventionswidrig bezeichnet werden und stünde völlig quer zum übrigen Strafrecht, wie wir es bis dato kennen. Daher liegt der Schluss auf der Hand, dass es sich um etwas anderes handeln muss, so wie die Regeländerung, wonach der Ball nur noch geworfen werden darf, wohl zum Schluss führen muss, es werde nicht mehr Fussball gespielt. Oder lässt sich die

strafrechtliche Natur der Bestimmung doch noch anders begründen?

B. Doch Strafrecht?

In der Begründung des eingangs erwähnten Entscheids gibt es eine weitere Passage, die überrascht:

«Die Beschwerdeführerin [also die Halterin, d.h. die X AG] hat nicht nur Name und Adresse der Fahrzeugführerin, die das Auto im fraglichen Zeitpunkt gelenkt hat, den Strafverfolgungsbehörden gegenüber genannt, sondern darüber hinaus einen von der Fahrzeugführerin unterzeichneten Mietvertrag vorgelegt. Gemäss Mietvertrag war es sodann die Fahrzeugführerin allein, die den Wagen lenken durfte. Damit ist diese ermittelt und hätte das Verfahren gegen sie eingeleitet werden können. Mit den vorgenannten Informationen hat die Beschwerdeführerin die ihr obliegenden Pflichten gemäss Art. 6 Abs. 4 OBG erfüllt.» (E. 1.5., meine Hervorhebung).

Diese Passage könnte man so verstehen, dass Art. 6 OBG keine Täterschaftsvermutung aufstellt (was ja richtig ist) und keine unzulässige Strafbarkeit für fremde Schuld vorsieht, sondern der Fahrzeughalterin eine Mitwirkungspflicht bei der Deliktsaufklärung auferlegt, deren Verletzung bestraft wird. Solche Regelungen sind andernorts bekannt, und freilich stellen sich auch dort heikle Fragen zu Mitwirkungspflichten und dem Grundsatz des nemo tenetur. Doch das ist nicht, was Art. 6 OBG enthält: Der Halterin wird nicht für ihre unterlassene Mitwirkung bestraft, sondern muss eine Busse übernehmen, die sonst der fehlbare Lenker zahlen müsste. Auch die Strafhöhe richtet sich ausschliesslich nach der verwickelten Strassenverkehrswiderhandlung. Es bleibt also bei dem in Ziff. III.A. Gesagten, es kann sich nicht um Strafrecht handeln.

C. Und was ist Art. 6 OBG nun?

Ich habe bereits an anderer Stelle (Maeder, Sicherheit durch Gebühren? Zur neuen Halterhaftung für Ordnungsbussen nach Art. 6 OBG, AJP 2014,

679 ff., 687 ff.) den Schluss gezogen, dass Art. 6 OBG nun am ehesten einer Benutzungsgebühr entspricht, die für den Gebrauch einer öffentlichen Sache bzw. Einrichtung erhoben wird. So wird die Parkbusse für das Überschreiten der maximal zulässigen Parkzeit zu einer Gebühr für einen Premiumservice, nämlich dass man das Auto länger stehen lassen darf. Wer z.B. aus meiner Familie das Auto länger stehen lässt, ist im Aussenverhältnis dann genauso unerheblich, wie es etwa bei den Abfallgebühren nicht darauf ankommt, wer in meinem Haushalt wieviel in den Müll geworfen hat.

Wohlers (Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Fahrzeughalters, Strassenverkehr 1/2015, 5 ff.) hält dazu fest, dass sich der Gesetzgeber nichtsdestotrotz «formal gesehen des Instruments der Ordnungsbusse» bedient habe, die Regelung aufgrund von Art. 190 Abs. 1 BV anzuwenden und vom EGMR wohl kein Eingreifen zu erwarten sei (a.a.O., 12 ff.). Das ist sicherlich richtig. Und doch stimmt es bedenklich: Mitwirkungspflicht, Täterschaftsvermutung, Benutzungsgebühr, unbemerkte Einführung einer strict liability (Wohlers, a.a.O., 14) oder etwas anderes – es scheint, dass Legislative und Judikative die Kategorien und Begründungen durcheinanderwirbeln, ohne wirklich zu wissen oder reflektiert zu haben, was Art. 6 OBG nun sein soll und welche Konsequenzen das zeitigen könnte.

Wenig tröstlich ist da auch die bundesgerichtliche Mahnung, der «in Art. 6 OBG vorgesehene Einbruch in strafrechtliche Grundsätze steh[e] einer extensiven Auslegung dieser Bestimmung entgegen». Abhilfe schafft nur, die Regelung in ihrer jetzigen Form aufzuheben.

IV. Immerhin Abzugsfähigkeit bei den Steuern...

Eine unerwartete Konsequenz dürfte sich noch an ganz anderer Stelle ergeben: Niggli/Muskens haben sich in dieser Ausgabe von ContraLegem kritisch mit BGE 143 II 8 und der steuerlichen

Abzugsfähigkeit von wettbewerbsrechtlichen Bussen befasst, also mit der Frage, ob solche Bussen geschäftsmässig begründeter Aufwand seien, und kritisieren das Bundesgericht, wenn es in der Regeste festhält: «Bussen und andere finanzielle Sanktionen mit pönalem Charakter, die juristischen Personen aus eigener Verantwortung auferlegt wurden, stellen keinen geschäftsmässig begründeten Aufwand dar.» Doch

selbst wenn man der höchstrichterlichen Auffassung folgt: Hätte die Autovermieterin X AG die Ordnungsbusse wegen Art. 6 OBG tatsächlich bezahlen müssen, wäre darin als winziges Trostpflaster geschäftsmässiger Aufwand zu erblicken gewesen, denn weder kann die Sanktion ihr gegenüber – mangels jeden Vorwurfs – pönalen Charakter haben, noch aus ihrer eigenen Verantwortung entstammen ...

Im Übrigen gilt die Unschuldsvermutung

Marcel Alexander Niggli

Wir alle kennen es: Da wird ausführlichst über ein Delikt berichtet und über einen Menschen, der verdächtig wird, es begangen zu haben. Die Medien tun ihre Arbeit und stellen Vermutungen an, schildern erschütternde Details und fragen die Nachbarn des Verdächtigen, ob sie sich das erklären können. (Immer natürlich lautet die Antwort Nein, und zwar nicht, weil Nachbarn sich gegenseitig nicht mehr wahrnehmen oder beobachten, sondern schlicht deshalb, weil auch ein Höchstkrimineller, zu 99% seiner Zeit eben keine Delikte begeht, sondern Müll runterbringt, Milch kocht oder Cervelats grilliert).

Die Berichterstattung wird sich entsprechend auf möglichst farbige Details konzentrieren, das Leben des Verdächtigen durchleuchten und ihn auch sonst genau so behandeln, als wäre bereits entschieden, dass er der Täter ist. Immer enden solche Berichte mit der obligaten Feststellung, natürlich gelte die Unschuldsvermutung. Die Tatsache aber, dass dies gesagt wird, belegt gerade das Gegenteil. Nichts, was sich versteht, muss ausdrücklich gesagt werden. Vor Gericht etwa, wird diese Aussage kaum je zu hören sein. Genau so gut, könnten mediale Berichte auch schliessen mit dem Hinweis, selbstverständlich gelte die Rechtstaatlichkeit weiterhin. Der mediale Hinweis ist nichts anderes als ein Beleg dafür, dass medial gerade

das Gegenteil, nämlich eine Schuldvermutung gilt.

Das ist letztlich auch einsichtig, weil ein Medienbericht, der wahrheitsgemäss zugibt, dass die gültige Entscheidung darüber, ob jemand ein Delikt begangen hat oder nicht, vom Gericht gefällt werden wird, und dass man bis dahin schlicht nur spekuliert, was indes weder dieses angenehme Gruseln erregt, das sich verkaufen lässt, noch sonst interessant ist. Deshalb gilt: *Je notwendiger der Hinweis auf die Unschuldsvermutung, desto sicherer, dass die Berichterstattung ebendiese Vermutung verletzt.*

«Der mediale Hinweis ist nichts anderes als ein Beleg dafür, dass medial gerade das Gegenteil, nämlich eine Schuldvermutung gilt.»

hep ius: Neuerscheinungen



*François Bohnet,
André Kuhn*

Recueil: Droit pénal et procédure pénale

Série «LEX»

2e édition 2017
712 pages, broché
ISBN 978-3-0355-1055-3
CHF 54.–

**Les textes sont mis à jour
au 1er janvier 2018.**

Après des modifications importantes du droit de fond en 2007 et du droit de forme en 2011, le droit pénal suisse est loin d'avoir atteint la stabilité. C'est ainsi qu'en 2018, une nouvelle réforme du droit des sanctions entre en vigueur. Il a donc semblé opportun aux éditeurs de cet ouvrage de réunir en un seul recueil aux dimensions raisonnables une sélection des principaux textes régissant le droit pénal de fond et de forme. Chaque loi est précédée d'une table des matières détaillée.

Contenu: CP / O-CP-CPM / Ordonnance VO STRA / CPP / LOAP / LTF / DPMin / PPMin / LAVI / CEDH



Edy Salmina

Medien. Die vierte Gewalt

Medienfreiheit,
Medienverantwortung,
Medienopfer

1. Auflage 2018
176 Seiten, Broschur
ISBN 978-3-0355-1317-2
CHF 38.–

Medien sind heute längst nicht mehr blosse Beobachter des Geschehens. Die sogenannte «vierte Gewalt» ist quasi zur «ersten Macht» geworden und entsprechend soll ihre Verantwortung hier kritisch hinterfragt werden. Die Pressefreiheit bloss zu verteidigen, genügt kaum mehr. Kontroverse Diskussionen über Medien zu führen, ist schwierig. Ausgerechnet diejenigen, die ihre Daseinsberechtigung u.a. darin sehen, jede Art von Macht und Einfluss zu hinterfragen und zu kritisieren, zeigen sich selbst oftmals wenig kritikfähig. Sind wir auf dem Weg von einem demokratischen Rechtsstaat zum demokratischen Medienstaat? Wie steht es um die Autonomie der Politik, der Justiz oder der Privatsphäre?



Benjamin Brägger

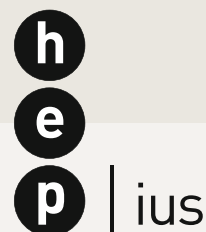
Das schweizerische Sanktionenrecht

Kurz und bündig in Text
und Tafeln

1. Auflage 2018
144 Seiten, Broschur
ISBN 978-3-0355-1265-6
CHF 48.–

Das Kompendium oder Kurzlehrbuch bietet einen umfassenden Überblick über das schweizerische Sanktionenrecht für Erwachsene. Es eignet sich sowohl für die praktische und akademische Tätigkeit in den Bereichen der Strafverteidigung und Strafverfolgung als auch für Studierende der Rechtswissenschaften und für angehende Anwältinnen und Anwälte.

Das Lehrbuch enthält die aktuellen Bestimmungen des revidierten, 2018 in Kraft gesetzten Sanktionenrechts und zeigt die zentralen Unterschiede zum bisherigen Sanktionensystem auf. Die Darstellung in Tafeln im zweiten Teil ermöglicht eine rasche Orientierung und erklärt das neue Recht überblicksmässig und unter Nennung der einschlägigen Gesetzesbestimmungen.



hep verlag ag
Gutenbergstrasse 31
Postfach
CH-3001 Bern

Tel. +41 (0)31 310 29 29

info@hep-verlag.ch
www.hep-verlag.ch

www.facebook.com/hepverlag
www.twitter.com/hepverlag