

# ContraLegem

2018/2



Was ist Mediengesellschaft?

Spielbanken und Geschicklichkeits- und Glücksspiele

Strafrecht und strafrechtliche Anklage

Einschränkung des Briefverkehrs in der Untersuchungshaft

Über Geheimnisse und Argwohn

Preventive Justice – An Oxymoron

Tagungsbericht zur  
1. Financial Law  
Conference

# Impressum



## **ContraLegem**

ISSN: 2624-6902

## **Chefredaktion**

Marcel Alexander Niggli

## **Redaktion**

Stefan Maeder  
Louis Frédéric Muskens

## **Redaktionelle Mitarbeit**

Edouard de Weck  
Diego Gfeller  
Markus Husmann  
Konrad Jeker  
Alain Joset  
Annina Mondgenast  
Niklaus Ruckstuhl  
Maria Wende

## **Wissenschaftlicher Beirat**

Marc Amstutz  
Ramon Mabillard  
Christof Riedo  
Franz Werro

## **Kontakt**

Lehrstuhl 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  
ius@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-ius.ch](http://www.hep-ius.ch)



## hep ius – Der neue juristische Verlag

Im Jahr 2000 wurde der hep verlag gegründet. Die Bezeichnung «hep» steht für die Gründer «Haupt», «Egger», «Partner». Der hep verlag ist der führende Bildungsverlag in der Schweiz und bietet seit fast 20 Jahren massgebende Lehr- und Unterrichtsmittel in den Bereichen Sek I, Sek II, Fachhochschulen, Universitäten und Berufsbildung in gedruckter und elektronischer Form an. Zahlreich erhaltene «Awards» beweisen die Qualität und den hohen Nutzen der Werke für Unterrichtende, Lehrende und Lernende.

Der hep verlag hat sein publizistisches Angebot nun um ein juristisches Programm erweitert und das Label «hep ius» auf den Markt gebracht. Das breite Know-how des hep verlags wird nun auch für die juristische Literatur eingesetzt und konsequent fortgeführt.

Unter «hep ius» erscheinen juristische Publikationen für Anwältinnen und Anwälte, Richterinnen und Richter, Kanzleien, Universitäten, Studierende: **Praxiskommentare, Lehrbücher, Handbücher, Einführungen und Wegleitungen, Textsammlungen, Monografien und Dissertationen** zu sämtlichen Rechtsgebieten.

---

[www.hep-ius.ch](http://www.hep-ius.ch)

# Inhaltsverzeichnis

<b><u>Impressum</u></b> .....	2
<b><u>Editorial</u></b>	
Sexistische Gesetzgebung .....	6
<b><u>L</u></b>	
—	
Spielbanken und Geschicklichkeits- und Glücksspiele .....	29
Was ist Mediengesellschaft? .....	13
<b><u>M</u></b>	
—	
Andrej .....	41
Einschränkung des Briefverkehrs in der Untersuchungshaft .....	66
Höchstrichterlicher Schabernack beim FINMAG-Berufsverbot 1 .....	53
Höchstrichterlicher Schabernack beim FINMAG-Berufsverbot 2 .....	62
Pourquoi la torture ne marche pas ? .....	46
Qui a peur du droit pénal ? .....	56
Strafrecht & strafrechtliche Anklage .....	49
Über Geheimnisse und Argwohn .....	76
<b><u>S</u></b>	
—	
Das Gedicht: S'i fosse foco .....	82
Deutschsprachige Soziologen vor Spaltung .....	71
Die Kompetenzen des Eidgenössischen Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragten (EDÖB) .....	80
Distortions in the Press .....	26
GAFI/FATF und die Forderung nach Transparenz – Ein Erfahrungsbericht .....	86
Strafrecht richtet sich an die Allgemeinheit? .....	44
Von Liebe und Tapferkeit .....	88
Was ist eine Sanktion? .....	73
<b><u>Isaiah's Corner</u></b>	
Bankkundengeheimnis & Mitwirkungspflicht nach FINMAG .....	103
Für das demokratische Recht, wider die Regulierung .....	97
<b><u>Verräterische Sprache</u></b>	
Materielle Wahrheit .....	83
Naheliegende & besonders naheliegende Möglichkeiten .....	69
Preventive Justice – An Oxymoron .....	92

**Tagungen**

Die Geldabflussvorschriften der GwV-FINMA und andere Sonderbarkeiten ..... 116  
Fehler, Defizite und Inkonsistenzen in der jüngsten Entwicklung  
des schweizerischen Geldwäschereirechts ..... 110  
Financial Law Conference #2 ..... 120  
Know your Customer ..... 113  
Tagungsbericht: Financial Law Conference ..... 109

# Sexistische Gesetzgebung

## No trigger warnings, no safe spaces, no bullshit

1

Unterscheidungen sind wichtig. Ohne Unterscheidungen können wir die Welt nicht verstehen, ja nicht einmal wahrnehmen. Jeder Begriff ist eine Unterscheidung. Und jede Unterscheidung diskriminiert, denn diskriminieren heisst unterscheiden. Dass wir das trotzdem nicht so bezeichnen, sondern «Unterscheiden» und «Diskriminieren» unterschiedlich verwenden, ist selbst eine Unterscheidung. Wir bezeichnen eine Unterscheidung nur dann als Diskriminierung, wenn sie auf einem «sachfremden» Kriterium beruht, das wir ablehnen, weshalb wir auch die Unterscheidung ablehnen. Es gibt also gute Unterscheidungen und schlechte Unterscheidungen. Eine gute Unterscheidung ist etwa die von Demokratie und Populismus, weil sie allen erlaubt, den jeweils anderen zu diskreditieren. Die Unterscheidung von Mann und Frau hingegen ist in jüngerer Zeit scheinbar umfassend in Verruf geraten. Zumindest von einigen wird sie als reine soziale Konstruktion empfunden, die sozial inadäquat ist. Das mag stimmen, was das soziale Geschlecht betrifft. Das Problem besteht indes darin, dass hinter der Unterscheidung gewisse biologische Bedingungen stehen. Darauf aber nur schon zu verweisen, ist in jüngster Zeit höchst riskant geworden: Zu nennen wäre etwa das notorische Google-Paper von **James Damore** oder die Erfahrungen des Mathematikers **Theodore P. Hill**, dessen bereits akzeptiertes und veröffentlichtes Paper sang- und klanglos wieder verschwand). Die Unterscheidung von Mann und Frau beeinflusst, wenn auch in nicht unbedingt glücklichster Weise, auch die Gesetzgebung.

2

Den Bundesrat etwa stört, dass das Strafgesetzbuch nicht geschlechtsneutral formuliert sei. Ob man für Geschlechtsneutralität unbedingt im Strafgesetzbuch beginnen muss, wo doch über 80 Prozent aller Delikte von Männern begangen werden, kann man bezweifeln. Und auch, ob man für die Geschlechtsneutralität unbedingt bei den Sexualdelikten ansetzen muss, also einem Verhalten, das – aller politischen Korrektheit zum Trotz – biologisch bedingt eben recht viel mit Geschlechtern zu tun hat. Aber den Gesetzgeber stört es nun einmal. Der Bundesrat nämlich ist nicht Vorreiter, sondern Getriebener. Lange hat er die Bastion der Vernunft gegen ihre Angreifer verteidigt. Nun hat er aufgegeben und folgt brav der Genfer Position. Der dortige FDP-Nationalrat und Architekt Hugues Hiltbold hatte 2013 und erneut 2014 parlamentarische Vorstösse unternommen, kurz zuvor hatte der Kanton Genf eine weitgehend identische Standesinitiative eingereicht. Angesichts dieser Abläufe kann man sich schon fragen, ob es wirklich ausreicht, **offensichtlich nicht Durchdachtes** nur genügend oft zu wiederholen, um damit erfolgreich zu sein. 2015 nämlich gaben die Rechtskommissionen von Stände- und Nationalrat der Standesinitiative Folge. Und diese Vorstösse nun wurden in die wirre Totalrevision des Besonderen Teiles des Strafgesetzbuch überführt, wahrscheinlich in der Hoffnung, man bemerke deren eklatante Schwächen im Umfeld anderer unausgeglichener Revisionsvorschläge nicht, und zwar schlicht infolge ihrer Quantität: Die verharmlosend und täuschend als Harmonisierung der Strafrahmen bezeichnete Vorlage

(BBl 2018, 2959 ff.) will über 190 Straftatbestände im Strafgesetzbuch und nochmals 80 im Nebenstrafrecht ändern und zwar alle gleichzeitig und eben – anders als der Name suggeriert – gerade nicht nur hinsichtlich des Strafmasses. Alleine schon die Idee, über 250 Straftatbestände gleichzeitig ändern zu wollen und – es sei nochmals wiederholt – bei weitem nicht nur deren Strafmasse, spricht jeder sorgfältigen Gesetzgebung Hohn. Wie eine korrekte Vernehmlassung hierzu überhaupt möglich sein sollte, bleibt unerklärlich. Dass hier Demokratie als Schauspiel aufgeführt wird, lässt sich schwer bestreiten. Nicht dieses Vorhaben, sondern eben nur ein darin verpacktes bzw. verstecktes soll uns nachfolgend beschäftigen.

### 3

Das Strafgesetzbuch also sei nicht geschlechtsneutral formuliert. Das stimmt. Der Tatbestand der Vergewaltigung nämlich lautet: «Wer eine Person weiblichen Geschlechts zur Duldung des Beischlafs nötigt [...]» Diese Beschränkung auf die Frauen als Opfer bewirkt v. a. eines: Dass eine Frau sich nicht wegen Vergewaltigung strafbar machen kann. Zwar kann der Beischlaf natürlich auch von einer Frau erzwungen werden. Doch beschränkt Art. 190 StGB mit dem Adjektiv «weiblich» die Strafbarkeit eben auf Frauen als Opfer und damit Männer als Täter. «Beischlaf» nämlich bezeichnet diejenige Form des Sexualkontaktes, bei der Kinder gezeugt werden können, also Penetration des weiblichen durch das männliche Geschlechtsteil. Und nur dies. Der Begriff ist essentiell heterosexuell. Denn gleichgeschlechtliche Kontakte produzieren keine Kinder. Aus biologischen, nicht aus rechtlichen Gründen kann eine Frau deshalb eine andere Frau nicht zum Beischlaf zwingen, und damit auch nicht vergewaltigen. Aus den gleichen Gründen kann auch ein Mann einen anderen Mann nicht zum Beischlaf zwingen und deshalb nicht vergewaltigen. Alle anderen Formen des Sexualkontaktes, gleichgültig ob hetero- oder homosexuell, sind geschlechtsneutral formuliert und alle auch unabhängig vom Geschlecht mit der

gleichen Strafe bedroht (als «sexuelle Nötigung» nach Art. 189 StGB oder als «Schändung» nach Art. 191 StGB; dass Art. 189 StGB eine tiefere Mindeststrafe als Art. 190 kennt, liegt nicht an der Art des Sexualkontaktes, sondern daran, dass die Bestimmung auch «andere», also geringere Handlungen erfasst. Das Strafmass ist bei Penetrationen dasselbe wie bei der Vergewaltigung). Weil «Beischlaf» eine spezifische Form des heterosexuellen Sexualkontaktes bezeichnet, die Strafbarkeit aber auf Männer beschränkt wird, ergibt sich, dass eine Frau, die einen Mann zum Beischlaf nötigt, straflos bleibt.

### 4

Der Tatbestand soll also geschlechtsneutral formuliert werden. Der unschuldige Leser nimmt nun möglicherweise an, dass angestrebt wird, die eben erwähnte, einzige bisher straflose Variante erzwungenen Sexualverkehrs den anderen gleichzustellen, was sich ja sogar ausserordentlich leicht bewerkstelligen lässt. Spricht die Botschaft: «*Mit der Motion Hiltbold wird der Bundesrat beauftragt, die Definition von <Vergewaltigung> dergestalt auszuweiten, dass jede erzwungene sexuelle Penetration, unabhängig vom Geschlecht des Opfers oder des Täters, erfasst wird.*» Genau das wird erreicht durch die Streichung des Adjektivs «weiblich». Damit nämlich wird jede mögliche und vorstellbare Variante von erzwungenem Sexualkontakt unabhängig vom Geschlecht mit denselben Strafen bedroht. Doch geschieht dies gerade nicht. Weit gefehlt! Die gegenwärtige Straflosigkeit eines durch eine Frau erzwungenen Beischlafes wird nicht erwähnt (natürlich auch nicht in den drei Genfer Vorstössen). Frauen als Täterinnen scheinen nicht zu existieren, soweit es nicht bloss um Bezeichnungen geht. Nur einmal tauchen sie auf: Die Streichung des Adjektivs «weiblich» führe dazu, «dass auch Nötigung eines Mannes zum Beischlaf unter die strengere Strafandrohung» falle, ganz so als wäre der durch eine Frau erzwungene Beischlaf heute bereits strafbar. Fehlvorstellungen vom geltenden Recht sind üblicherweise keine gute Ausgangslage für Revisionen. So auch hier: Dass die

simple Streichung des Adjektivs «weiblich» die vorgeblichen Ziele unkompliziert und vollständig erreicht hätte, wird womöglich nicht einmal erkannt, jedenfalls aber nicht erwähnt. Vielmehr soll der Vergewaltigungstatbestand vom erzwungenen Beischlaf auf die «beischlafähnlichen Handlungen» erweitert werden. Der vorgeschlagene Art. 190 Abs. 1 StGB lautet: «*Wer eine Person zur Vornahme oder Duldung des Beischlafs oder einer beischlafähnlichen Handlung, insbesondere einer solchen, die mit einem Eindringen in den Körper verbunden ist, nötigt, namentlich indem er sie bedroht, Gewalt anwendet, sie unter psychischen Druck setzt oder zum Widerstand unfähig macht, wird mit Freiheitsstrafe von zwei bis zu zehn Jahren bestraft.*» Diese Erweiterung des Anwendungsbereichs allerdings ist überhaupt nicht nötig für die angestrebte Geschlechtsneutralität – ebensowenig natürlich wie die verdoppelte Mindeststrafe. Die Unterscheidung von Mann und Frau, die als Begründung vorgebracht wird, kann für all das nicht massgeblich sein.

**5** Verschiedene Formen sexueller Gewalt verletzen laut Bundesrat «*das sexuelle Selbstbestimmungsrecht der betroffenen Person gleich stark oder noch stärker [...] als der erzwungene Beischlaf, auch wenn dieser mit dem Risiko einer ungewollten Schwangerschaft behaftet sein mag*». Nicht ohne Weiteres einsichtig ist dabei allerdings, was genau das sein könnte. Doch der Bundesrat erläutert sogleich: «*Das Opfer werde durch anale oder orale Penetrationen oder sadistische Handlungen vielfach stärker traumatisiert als durch eine vaginale Penetration.*» Einigermassen erstaunlich erscheint, dass die Traumatisierung des Opfers hier angeführt wird. Vergewaltigung ist ein Tätigkeitsdelikt. Ein Erfolg, wie z. B. die Traumatisierung des Opfers, ist für die Strafbarkeit irrelevant, angeknüpft werden muss an der Handlung bzw. deren Unwert. Dennoch bzw. gerade deshalb erstaunt, dass in einem Atemzug auch sadistische Handlungen zur Begründung der Revisionsnotwendigkeit erwähnt werden. Handlungen, die nicht zum Erzwingen des Beischlafes notwendig sind,

führen zur Anwendung von Art. 190 Abs. 3 StGB, stellen daher eine sog. qualifizierte Vergewaltigung dar, deren Mindeststrafe 3 Jahre beträgt – analog sieht auch Art. 189 StGB eine solche Qualifikation vor. Versucht man diesem Wirrwarr von Merkwürdigkeiten einen Sinn abzugewinnen, so scheint er darin zu bestehen, dass eine Unterscheidung verschiedener Arten von Penetration nicht adäquat sei. Ob also eine Penetration zu einer Schwangerschaft führen kann oder nicht, soll nicht (mehr) relevant sein.

**6** Das lässt sich natürlich mit guten Gründen vertreten. Es sei für die historische Herkunft dieser Unterscheidung vielleicht erwähnt, dass die Schweiz als armes Bauernland v. a. die Entstehung illegitimer Kinder fürchtete, für die niemand anderer als das Gemeinwesen zuständig sein könnte, für die also die Allgemeinheit aufzukommen hatte. Erinnerung sei daran, dass der Beischlaf damals mit Freiheitsstrafe bis zu 20 Jahren bestraft wurde, also gleich streng wie eine Tötung, während alle anderen Formen sexueller Handlungen deutlich milder bestraft wurden. Deutlich wird das beim Inzest (Art. 213 StGB), also dem Sexualverkehr unter volljährigen Verwandten in auf- und absteigender Linie sowie Geschwistern: Nur der Beischlaf wird hier mit Strafe bedroht, also nur derjenige Sexualkontakt, der eine Schwangerschaft auslösen könnte, was dann unter Umständen eine wirtschaftliche Belastung des Gemeinwesens bedeuten könnte. Man kann heute – angesichts der veränderten finanziellen Verhältnisse und der Möglichkeiten der Empfängnisverhütung – die Unterscheidung von Penetrationen, die ein Schwangerschaftsrisiko tragen und solchen, bei denen dies nicht zutrifft, also durchaus ablehnen. Erwähnt sei immerhin, dass die Unterscheidung nicht so veraltet ist, wie es scheinen mag. In vielen Rechtsordnungen, insbesondere im angelsächsischen Raum wird auch in der jüngeren Gesetzgebung nach der Art der Penetration unterschieden (entweder nach Körperöffnung [so etwa New York Penal Code, der im Tatbestand *rape* einzig



«sexual intercourse with another person», im Tatbestand *criminal sexual act* hingegen «oral sexual conduct or anal sexual conduct with another person» erfasst, vgl. sections 130.25 ff.] oder nach dem Mittel der Penetration [Vereinigtes Königreich, Sexual Offences Act 2003]). Wenn man die Unterscheidung nach dem abstrakten Schwangerschaftsrisiko aufgeben will, so ist dies sehr einfach dadurch erreicht, dass statt auf den Begriff des «Beischlafs» auf denjenigen der Penetration abgestellt wird. Das liesse sich einschränken auf sexuelle Penetration (so etwa Frankreich oder Belgien) oder – analog Grossbritannien – dadurch, dass die drei Körperöffnungen ausdrücklich erwähnt werden (die englische Variante erscheint als die Präziseste: «Vergewaltigung begeht, wer vorsätzlich Vagina, Anus oder Mund einer anderen Person mit seinem Penis penetriert, ohne dass diese Person zustimmt und ohne dass der Täter vernünftigerweise anderes glauben konnte.» Sexuelle Penetration derselben Körperöffnungen mit anderen Körperteilen oder Gegenständen ist hingegen «assault by penetration»).

## 7

Zur Erinnerung: Der Begriff der «beischlafähnlichen Handlung» bzw. der Passus «zum Beischlaf oder zu einer ähnlichen Handlung» findet sich – anders als die Botschaft missverständlich formuliert – nicht erst seit der Revision des Sexualstrafrechtes 1992, sondern schon seit seinem Inkrafttreten im StGB. Allerdings in einem einzigen Tatbestand, nämlich dem damaligen aArt. 191 StGB (Unzucht mit Kindern). Während alle übrigen Straftatbestände damals eine Zweiteilung vornahmen (Beischlaf/andere sexuelle Handlungen), wurde bei Kindern zwischen Beischlaf und ähnlichen Handlungen einerseits, und anderen sexuellen Handlungen andererseits unterschieden. Erkennbar wird daran, dass bei Kindern – und nur bei ihnen! – die Möglichkeit einer ungewollten Schwangerschaft in den Hintergrund trat gegenüber dem Gedanken des Kindesschutzes. Mit den «ähnlichen Handlungen» sollten primär Penetrationen anderer Körperöffnungen als der Va-

gina erfasst werden, die bei Kindern – und nur bei ihnen! – als gleich schwer eingeschätzt wurden. Gerade diese Beschränkung auf die Kinder zeigt, dass es dem Gesetzgeber von 1942 beim Begriff des Beischlafs bzw. der Unterscheidung derjenigen sexuellen Handlungen, die eine Schwangerschaft auslösen können (Beischlaf), und allen anderen Formen, die dies nicht können, gerade nicht um die Unterscheidung nach Geschlecht oder nach sexueller Präferenz oder Orientierung ging. Soll dasselbe ausserhalb des Kindesschutzes erreicht werden, so würde das Abstellen auf den Begriff der Penetration eine Unterscheidung nach dem Kriterium einer möglichen Schwangerschaft aufgeben. Und gerade dies ist doch vorgeblich das Ziel des Gesetzgebers. Dennoch schlägt er nicht dies vor. Auch die Abschaffung dieser Unterscheidung kann also nicht sein Ziel sein.

## 8

Vielleicht, so denkt sich der Unbefangene, könnte es ja an den irrwitzigen Argumenten von Nationalrat Hiltbold liegen, die der Bundesrat zitiert. Danach müsse «auch Männern, Homo- und Bisexuellen wie auch Transgendern der Status eines Opfers von Vergewaltigung gegeben und ihr Trauma [...] rechtlich anerkannt werden». Das klingt ganz so, als ob es eine Respektlosigkeit wäre, Opfer einer sexuellen Nötigung nicht «Vergewaltigungsopfer» zu nennen, als ob eine Verurteilung des Täters wegen Art. 189 StGB statt Art. 190 StGB das Opfer desavouieren würde. Und gilt das wohl auch für die Opfer einer Schändung, fragt man sich. Natürlich ist es nicht die Funktion von Straftatbeständen, Opfern irgendeinen Status zu geben oder ihr Trauma rechtlich anzuerkennen. Straftatbestände sind ausgerichtet auf die Bestrafung der Täter. Essentielles Ziel der Vorlage wäre dann ein Kosmetisches, Rhetorisches oder Symbolisch-Metaphorisches. Das kann man natürlich anstreben, obwohl es sich mit einem rational-aufgeklärten Strafrecht kaum verträgt. Aber selbst wenn man dies täte, und darin das angestrebte Ziel erkennen wollte, würde es mit der Verwendung des Begriffes «sexuelle Penet-

ration» (anstelle des Beischlafes) vollumfänglich erreicht. Aber auch dies geschieht nicht. Auch die Abschaffung der Unterscheidung verschiedener Arten von Penetration und damit deren unterschiedliche Bezeichnung kann also offenbar nicht das Ziel der Vorlage sein.

## 9

Statt eine dieser einfachen, klaren und effektiven Optionen wählt der Bundesrat einen umfassenden, höchst unklaren und gefährlichen Weg. Er will nämlich die «beischlafsähnlichen Handlungen» vom Tatbestand der sexuellen Nötigung (Art. 189 StGB) in denjenigen der Vergewaltigung (Art. 190 StGB) verschieben. Das wäre an sich kein Problem, wenn die «beischlafsähnliche Handlung» halbwegs klare Konturen hätte, also eben z. B. andere Penetrationen. Das aber ist – nicht zuletzt aufgrund der Rechtsprechung dazu – inzwischen gerade nicht mehr der Fall. Unglücklicherweise subsumiert die Rechtsprechung auch sexuelle Handlungen, die überhaupt keine Penetrationen darstellen, darunter. Als Beispiele wurden immer wieder der Verkehr «inter femora» (also der sog. Oberschenkelverkehr) genannt. Wenn aber der Begriff auch die «Penetration» nicht nur natürlicher, sondern auch künstlich gebildeter Körperöffnungen bezeichnen kann, so stellt sich die Frage des Oberarmverkehrs und natürlich jeder manuellen Befriedigung. Die Botschaft (BBl 2018, 2875) selbst gibt zu, dass der Begriff unscharf sei und verweist auf die Rechtsprechung, die das in der Zukunft klären sollte: *«Welche weiteren sexuellen Handlungen, die mit einem Eindringen in den Körper verbunden sind, erfasst werden oder nicht, muss die Rechtsprechung im Einzelfall bestimmen. Neben den soeben erwähnten Tathandlungen sind weitere beischlafsähnliche Handlungen denkbar, die nicht mit einem Eindringen in den Körper einhergehen (...). Auch hier wird die Rechtsprechung im Einzelfall bestimmen müssen, welche Tathandlungen von Artikel 190 erfasst werden.»* Mit anderen Worten, der Gesetzgeber tut schlicht seine Arbeit nicht. Die Botschaft verweist sehenden Auges auf diese Unklarheiten und Schwierigkeiten, will aber den Begriff dennoch aus einer Norm (se-

xuelle Nötigung) in eine andere (Vergewaltigung) verschieben und gleichzeitig (!) deren Mindeststrafe auf 2 Jahre anheben. Dass ein Gesetzgeber derart schamlos gegen die eigenen Vorgaben verstösst, ist schon erschreckend. Art. 1 StGB statuiert deutlich, dass *«eine Strafe oder Massnahme [...] nur wegen einer Tat verhängt werden [darf], die das Gesetz ausdrücklich unter Strafe stellt»*. Sollte dieses Vorhaben gelingen, so werden also zukünftig die Gerichte entscheiden, ob ein bestimmtes Verhalten eine Mindeststrafe von 2 Jahren kennt. Das sollen sie aber nicht nach gesetzgeberisch bestimmten Kriterien, sondern nach ihrem Rechtsgefühl tun, nämlich danach entscheiden, ob sie eine bestimmte Handlung als ähnlich gravierend empfinden wie einen erzwungenen Beischlaf. Die Botschaft (a. a. O.) denkt dabei etwa an *«das Stimulieren der Vagina oder des Glieds durch Zunge oder Lippen»*, also keineswegs nur Penetrationen von tatsächlichen oder künstlichen Körperöffnungen, sondern auch weitere sexuelle Handlungen. Dabei gibt sie nur Beispiele vor, nicht aber objektiv feststellbare Merkmale, die eine vorhersehbare Unterscheidung ähnlich/unähnlich erlauben würden. Wir erhöhen die Unklarheit, dafür aber auch die Mindeststrafe. Das war sicherlich nicht die Idee von **Paul Johann Anselm von Feuerbach**, als er das Bestimmtheitsgebot ersann.

## 10

Was könnte also Ziel und Zweck eines solchen Vorgehens sein? Nochmals: Sofern die Unterscheidung nach Geschlecht aufgegeben werden sollte, ist das leicht erreicht durch Streichung des Adjektives «weiblich». Das aber geht zu Lasten der Frauen, die neu als Täterinnen in Frage kommen; ein Vorteil für nichtweibliche Opfer, der über blosser Begrifflichkeiten hinausgeht, ist nicht erkennbar. Soll auch die Unterscheidung nach Schwangerschaftsrisiko aufgegeben werden, wird das leicht erreicht durch Verwendung des Begriffes «Penetration». Damit wird nicht mehr nach Körperöffnung unterschieden und ein «Trauma» der Homosexuellen demjenigen der Heterosexuellen gleichgestellt. Zur Erreichung der angeblichen Ziele würde

das genügen, eine Verknüpfung anderer beischlafsähnlicher Handlungen mit einer signifikanten Mindeststrafe von zwei Jahren ist dafür nicht nötig. Warum wird also ein rechtsstaatlich höchst bedenkliches Vorgehen, das gleichzeitig Strafmass und Unklarheiten erhöht, klaren und einfachen Lösungen vorgezogen? Offenbar soll schlicht das Sexualstrafrecht verschärft werden, und zwar auf eine für den Gesetzgeber effiziente Weise: Er kann Verschärfungsbestrebungen vorweisen, wodurch er sich in der Abstraktion (und unbehelligt durch allfällige Erkenntnisse der Kriminologie) als Beschützer der Opfer inszenieren kann, während er gleichzeitig aber seine eigentliche Arbeit, die Konkretisierung des strafbaren Verhaltens, also die tatbestandsmässige Vertypfung, den Gerichten überlässt. Dabei ist es nicht schwer vorzustellen und wäre auch nicht neu, dass Gerichte Mindeststrafen, die sie im konkreten Einzelfall als stossend empfinden, durch entsprechende Auslegung des materiellen Rechts zu «korrigieren» wissen – hier also angesichts der Mindeststrafe den Begriff der beischlafsähnlichen Handlung inskünftig restriktiver handhaben als bisher. Ob das geschehen wird, wird sich zeigen. Doch selbst das wäre für den Gesetzgeber kein Schaden, sondern vielmehr Gelegenheit zu neuerlicher Inszenierung und Justizschelte.

## 11

Warum der ganze Aufstand? Weshalb die Aufregung? Nun, weil ein Gesetzgeber, der dergestalt vorgeht, der seine Rolle in einem System der geteilten Gewalten – auch wieder so eine Unterscheidung, die uns lange Zeit bedeutsam schien – nicht wahrnimmt, unsere Freiheit bedroht, uns alle Freiheit entzieht. **Franz von Liszt** hatte einst treffend bemerkt, das Strafgesetzbuch sei die Magna Charta des Verbrechers, will sagen: das Strafgesetzbuch ist die Freiheitsurkunde des Rechtsbrechers – aber freilich nicht nur des Verbrechers, sondern von uns allen. Was nicht ausdrücklich mit Strafe bedroht wird, ist erlaubt. Den Regulierungsfetischisten sei es in ihr Poesiealbum geschrieben: In einem Rechtsstaat ist das Leben eine

einzig riesige Strafbarkeitslücke. Fast nichts von dem, was strafbar sein könnte, ist es auch. Gottseidank. Denn Strafrecht bedroht nur ganz spezifische, genau umschriebene Verhaltensweisen mit Strafe. Es trägt, wie es heisst, fragmentarischen Charakter. Diese Freiheitsfunktion aber kann das Strafrecht nur erfüllen, wenn es so präzise und scharf formuliert ist, dass die Unterscheidung von strafbarem und straflosem Verhalten für jeden deutlich erkennbar ist. Und zwar bevor ein Gericht es entschieden hat. So ist immerhin erfreulich, dass der Gesetzgeber in Art. 189 StGB nebst der «Duldung» nun auch die «Vornahme» von sexuellen Handlungen im Tatbestand erwähnen will – ein vormaliges Versäumnis, welches das Bundesgericht bekanntlich zu einem, nennen wir es mal extensiven, Verständnis von Art. 1 StGB genötigt hat (BGE 127 IV 198). Warum nach dem genannten Entscheid allerdings mehr als 17 Jahre vergehen mussten, obwohl das Gericht ausdrücklich festhielt, der Gesetzgeber solle sein Versehen bei Gelegenheit korrigieren, bleibt unerfindlich. Dieselbe Klarheit wie bei der Frage strafbar/straflos muss gelten, wo – wie eben in der nun vorgeschlagenen Revision des Vergewaltigungstatbestands – der Gesetzgeber verschiedene Schweregrade strafbaren Verhaltens zu normieren und mit erheblichen Unterschieden in den Strafrahmen zu versehen sucht. Das hat keineswegs etwas mit einer kriminalpolitischen Diskussion über den Unwertgehalt dieser oder jener Handlung zu tun, worüber endlos gestritten werden könnte. Vielmehr gilt: Unklare Unterscheidungen betreffen uns alle, wenn daran gravierende Folgen geknüpft sind. Nicht jede Unterscheidung ist für jeden sinnvoll. Mündigkeit und Autonomie bestehen auch und gerade darin, selbst zu bestimmen, welche Unterscheidungen getroffen werden sollen, und nicht einfach diejenigen zu übernehmen, die andere treffen, weil sie gerade üblich, en vogue oder hip sind. Unterscheidungen sollten Sinn ergeben für denjenigen, der sie trifft. Und sie sollten wenn immer möglich einfach und nachvollziehbar sein, damit sie andere auch nachvollziehen können. Dazu aber müssen wir deutlich machen, welche

Unterscheidungen wir treffen. Und wenn wir sie gar im Gesetz verwenden, sollten sie so klar und scharf wie möglich sein. Jede Unterscheidung, die diesen Anforderungen nicht genügt, ist de facto eine Delegation der eigenen Ent-

scheidung an einen Anderen, sprich ein Abtreten und Aufgeben der Autonomie.

*Die Redaktion*

Freiburg, im Herbst 18



# Was ist Medien- gesellschaft?

Marcel Alexander Niggli

## Gesellschaft und Recht in Zeiten globaler Kommunikation

### INHALTSÜBERSICHT

I. Einleitung.....	13
II. Mediengesellschaft .....	13
III. Merkmale der Mediengesellschaft....	14
IV. Der mediale Fokus .....	18
V. Resultat.....	23

### I. Einleitung<sup>1</sup>

Die Entwicklungen in der Kommunikationstechnologie der letzten 25 Jahre haben nicht nur dazu geführt, dass Kommunikationstechnologie allgegenwärtig und für praktisch alle erschwinglich wurde, sondern haben auch die Geschwindigkeit fast aller sozialen Prozesse unglaublich erhöht, sodass heute beinahe in Echtzeit über jedes beliebige Ereignis an jedem

<sup>1</sup> Ein Teil des vorliegenden Textes wurde als Teil eines anderen Beitrages bereits veröffentlicht (Marcel Niggli/Stefan Maeder: Öffentliche Wahrnehmung von Strafe in der Mediengesellschaft, Positive Generalprävention im 21. Jahrhundert; in: A. Kuhn et al. [Hrsg.], Strafverfolgung – Individuum – Öffentlichkeit im Spannungsfeld der Wahrnehmungen, Bern 2017, 297–333).

beliebigen Ort der Welt kommuniziert wird. Neben der Beschleunigung und einer scheinbaren Demokratisierung der Kommunikationsprozesse, wonach meist angenommen wird, alle hätten gleiche Chancen und Bedeutung in einem globalen Spiel, hat die Verbreitung von Kommunikationstechnologien aber primär bewirkt, dass unsere Welt zunehmend zu einer Mediengesellschaft mutiert ist. Was aber ist eine Mediengesellschaft?

### II. Mediengesellschaft

Mediengesellschaft soll vorliegend eine Gesellschaft heissen, deren Realität sich primär über die mediale Vermittlung von Information konstituiert, ja definiert. Mediale Vermittlung von Information meint dabei zwar auch die bipolare Kommunikation zwischen zwei Personen über technische Geräte, doch stellt dies nur den kleinsten, wenn nicht einen verschwindend kleinen Teil des erfassten Phänomens dar. Mediale Kommunikation meint mithin alles, was nicht unmittelbar von Angesicht zu Angesicht, sondern mithilfe technischer Geräte mitgeteilt wird. Das umfasst

sowohl die klassischen Massenmedien, Print und Non-Print, aber auch die sog. sozialen Medien.

### III. Merkmale der Mediengesellschaft

Verschiedene Aspekte einer so verstandenen Mediengesellschaft lassen sich ohne Mühe erkennen, die ohne Anspruch auf Systematik oder Vollständigkeit kurz skizziert werden.

#### A. Privat & Öffentlich

Typisch ist, dass die interpersonale Kommunikation vom Höchstpersönlichen fließend ins Persönliche, Freundschaftliche, Bekanntschaftliche und schliesslich Öffentliche übergeht. Sind traditionelle Textnachrichten wie SMS üblicherweise an eine oder mehrere Personen gerichtet, so sind Gruppenchats bei WhatsApp bereits eine halböffentliche Kommunikationsform, da nicht immer alle Teilnehmer einander überhaupt kennen. Spezifisches Kennzeichen moderner Medien ist die Einebnung der Unterscheidung zwischen privater und öffentlicher Kommunikation als Folge leichtester Reproduzierbarkeit beinahe jedes beliebigen Inhaltes. Selbst klassische Massenmedien wie etwa Zeitungen oder Radio und Fernsehen werden bei ihren Online-Auftritten zu Plattformen des Austausches, weil sie meist ihren Hörern bzw. Lesern die Möglichkeit eröffnen, durch Kommentare eine Rückmeldung zu geben, sodass der klassische Charakter unidirektionaler Kommunikation der Massenmedien zumindest ergänzt bzw. gebrochen wird. Aktuelle Medienkommunikation erscheint deshalb *gleichzeitig* höchstprivat *und* völlig öffentlich. Symptomatisch etwa ist, dass alles, was wir tun, erleben oder sogar bloss essen, mitgeteilt wird, und zwar üblicherweise an einen grösseren Personenkreis, der nicht zwingend nur unsere Freunde umfassen muss. Deutlich wird dies bereits in den Begriffen: alle Kontakte auf Facebook sind «Freunde», unabhängig von der Nähe oder Intensität der Beziehung, und «teilen» meint nicht etwa, dass dem Teilenden etwas abgeht, wie etwa wenn er einen Kuchen teilt oder einen Mantel, sondern dass er das Seinige

vervielfältigt, er sich selbst und seine Information also reproduziert und proliferiert.

#### B. Proliferation medialer Information

Erste und ganz offensichtliche Konsequenz der vorbeschriebenen Entwicklung ist, dass das Informationsangebot explodiert. Das ergibt sich nicht nur aus der Veröffentlichung privater und privatester Informationen, sondern auch daraus, dass diese Informationen ihrerseits kopiert, gespiegelt und weitergereicht werden von anderen, die sich darauf «privat» beziehen und so die Quantität der zugänglichen Informationen multiplizieren und exponentiell vervielfältigen, nicht unähnlich einem Bild, das von einem Spiegel zurückgeworfen wiederum in einem Spiegel aufgefangen und zurückgeworfen wird, in einer unendlichen Regression. So ist es keine Seltenheit mehr, dass unter dem Zeitdruck, dem Journalisten unterworfen sind, wenn sie von den Ereignissen überrollt werden, sie keinen «Experten» finden, den sie befragen könnten, weshalb sie sich einfach gegenseitig zu «Experten» befördern und befragen. Mediale Wirklichkeit wird deshalb zunehmend selbstreferentiell.

Es gibt keine «fake news».

Die «tachogene Weltfremdheit»<sup>2</sup>, also die beschleunigte Erfahrungsveraltung und die gleichzeitige Karriere des Hörensagens infolge der Zunahme nicht nur der Geschwindigkeit, sondern der Beschleunigung selbst, hat zur Folge, dass zunehmend Nachrichtenbedürfnisse befriedigt werden müssen zu einem Zeitpunkt, an welchem noch überhaupt keine zuverlässigen Informationen zugänglich sind.

<sup>2</sup> Odo Marquard, Zeitalter der Weltfremdheit?, in: Apologie des Zufälligen, Stuttgart 1986, 76 ff., 82 ff.

Als Ausweg aus dieser Aporie bleibt dem Berichterstatter eigentlich nur die Flucht in die *Spekulation*, in dasjenige, was sein könnte, was sich ereignen könnte, was möglicherweise folgen könnte aus der aktuellen Situation. Mediale Wirklichkeit wird deshalb immer stärker zur Potentialität, zur blossen Möglichkeit, zum Risiko und zur Chance. Möglichkeiten, Risiken und Chancen sind gerade dadurch charakterisiert, dass sie gleichzeitig bestehen und nicht bestehen, sie sind real und unreal zugleich. Über Potentialitäten lässt sich nichts Zuverlässiges sagen bzw. eben alles. Es schwimmt die Grenze zwischen Tatsachen und Wertungen, wenn das Mögliche als Real behandelt wird, gerade so, als hätte es sich schon ereignet.

### C. Verdinglichung und Entpersönlichung

Mit der Explosion der Information geht Verdinglichung und Entpersönlichung einher. Die blossen Tatsache, dass über persönliche und persönlichste Sachverhalte kommuniziert wird, nimmt ihnen das Höchstpersönliche, Unvergleichliche. Indem es kommuniziert wird, wird es kommunikabel und damit auch vergleichbar. Das Einzigartige verschwindet notwendig, indem darüber kommuniziert wird, weil Einzigartiges nicht sagbar ist. Erschwerend kommt hinzu, dass mit den elektronischen Medien jeder beliebige Inhalt ohne Schwierigkeit und ohne grossen Aufwand kopiert werden kann, d. h. reproduziert und beliebig vervielfältigt.

### D. Regression in die Kindheit

In der Mediengesellschaft dominiert nicht die eigene, unmittelbare, sondern die medial vermittelte Erfahrung anderer. Ein wesentlicher Aspekt der Mediengesellschaft besteht in der allgemeinen Regression in die Kindheit: Ein immer grösserer Anteil unserer Erfahrungen wird nicht mehr unmittelbar, persönlich erworben, sondern medial vermittelt, d. h. vermittelt werden Erfahrungen anderer. Nicht unähnlich Kindern sind wir zunehmend abhängig vom Vertrauen in die Geschichten, die uns erzählt werden. Wir regredieren sozusagen in den Zustand von Kindern, die den Erzählungen Erwachsener nachleben, denen sie

vertrauen, da ihnen selbst die eigene Erfahrung fehlt.<sup>3</sup> Selbst das immer kleiner werdende Quantum eigener, unmittelbarer Erfahrungen wird indes durch die medial vermittelte Wirklichkeit geprägt. Die mittelbar, über die Medien erfahrene «Wirklichkeit» anderer ist so stark, dass sie unsere eigene, unmittelbare Erfahrung nicht nur beeinflusst, sondern eventuell übertönt.<sup>4</sup>

Das geht einher mit der zunehmenden Selbstreferenz der Medien. Erwähnt wurde bereits, dass das angestrebte hohe Tempo dazu führt, dass keine Zeit bleibt, eigentliche Sachverständige zu befragen, weil diese typischerweise nicht nur Zeit brauchen, um den Sachverhalt zu verstehen, sondern auch ungern übermässig vereinfachen. Als Konsequenz werden die Befragten grundsätzlich zu Experten erklärt, was ja irgendwie auch immer zutrifft. Da aber auch dies noch nicht genügend Geschwindigkeit gewährleistet, werden entweder die Berichte anderer Medien zitiert, oder – was aktiver und unmittelbarer wirkt – Personen befragt, die über ein bestimmtes Thema in einem Medium berichten, im einfachsten Fall Mitarbeiter desselben Mediums. Das Berichten über das Berichten entfernt sich dabei zwingend von der unmittelbaren Erfahrung und entwickelt sich zu einem gut verpackten Hörensagen. Schön illustriert wird das etwa durch die allgemeine Überraschung über den Entscheid zum Brexit oder den Wahlsieg von Donald Trump, bei dem nur gerade 11 von 96 Umfragen den Ausgang korrekt vorhersagten, was bedeutet, dass es erfolgreicher gewesen wäre, eine Münze zu werfen.<sup>5</sup>

3 Odo Marquard, *Zeitalter der Weltfremdheit?*, in: *Apologie des Zufälligen*, Stuttgart 1986, 76 ff., 82 f.

4 Vgl. dazu Christine Meltzer, *Medienwirkung trotz Erfahrung*, Wiesbaden 2017.

5 Bruno Clem, *Gefühl der Präzision*, *Frankfurter Allgemeine Zeitung* vom 10.11.2016, <[www.faz.net/aktuell/politik/trumps-praesidentschaft/wahlprognosen-standen-gegen-donald-trump-wolag-der-fehler-14521910.html](http://www.faz.net/aktuell/politik/trumps-praesidentschaft/wahlprognosen-standen-gegen-donald-trump-wolag-der-fehler-14521910.html)>, [06.11.2018].

### E. Mittelbarkeit & Sinnenferne

Die Dominanz medial vermittelter Erfahrung, d. h. mittelbarer Erfahrung, hat die ganz augenfällige Konsequenz, dass den verschiedenen Sinnen höchst unterschiedliches Gewicht zukommt. Eine *sinnliche Erfahrung* im Sinne von unmittelbar-sinnlichem Erleben nämlich findet praktisch nur noch visuell und auditiv statt. Damit sind olfaktorische und gustatorische, insbesondere aber taktile Wahrnehmung ausgeschlossen. Erfahrung als Zusammenwirken aller Sinnesfaktoren, insbesondere in ihrer Körperlichkeit, wird durch mediale Vermittlung verkrüppelt und ihres totalitären Charakters beraubt, was sie erträglich und beherrschbar werden lässt, sie aber gleichzeitig zu einer Art Popanz oder Puppenschauspiel herabmindert. Statt Erfahrung tatsächlich zu erleben, wird eine Erfahrungsdarstellung geboten nach der Art von Kino oder Theater. Dieses Erfahrungstheater oder -substitut fingiert Erfahrung und verändert damit auch die Kommunikation darüber: Jeder, der einen Sachverhalt medial vermittelt mitbekommt, ist Experte in Fragen dieses Sachverhaltes. Zugeschüttet wird dabei aber der Unterschied zwischen dem Zuschauer und dem Schauspieler, also zwischen dem Beobachter eines sich auf einer Bühne abwickelnden Schauspiels und der Mitwirkung an ebendiesem Schauspiel auf der Bühne selbst (natürlich wirken auch die Zuschauer mit, aber nicht selbst exponiert, nicht in der gleichen Weise beobachtet). Die Position eines blossen Beobachters lässt – ganz ähnlich einem Traum – das Empfinden der Erfahrung und den Einsatz, der dafür zu leisten ist, auseinanderfallen. Die Mittelbarkeit medial vermittelter Erfahrung verändert den Medienkonsumenten also selbst, der – während er den Träumen anderer zusieht und damit scheinbar an ihnen teilnimmt – immer stärker selbst zum Träumenden wird, was ihn eng verknüpft mit dem nächsten Aspekt, den wir nachstehend ansprechen wollen.

### F. Abstrakte Emotion

Immer wieder, und immer häufiger wird vorgebracht, der mediale Einfluss bewirke und bestärke auch eine zunehmende Emotionalisie-

rung öffentlicher Diskussionen.<sup>6</sup> Das wird durchweg als Negativum dargestellt und die angebliche «Emotionalisierung» einer klassisch-aufgeklärten gefühlskalten «Rationalität» entgegengesetzt, ganz so, als wären Emotionen unvernünftig.<sup>7</sup> Das war zu Kants Zeiten falsch und ist es auch heute noch. Für die behauptete schädliche «Emotionalisierung» des gesellschaftlichen Diskurses durch die Medien ist es doppelt unzutreffend. Zum einen sind Gefühle nicht schädlich, sondern für ein soziales Zusammenleben unerlässlich, zum anderen aber werden durch die Medien nicht wirklich Gefühle transportiert. Gefühle sind immer konkret, sinnlich, auf der Haut spürbar. Dies kann mediale Kommunikation gar nicht erreichen, weil sie die Haut eben nicht erreicht. Alles, was «gefühl» wird, sind Konstruktionen und Eigenfindungen des Medienkonsumenten. Medien erlauben keine wirklichen Emotionen, erlauben nichts wirklich Sinnlich-Konkretes, sondern einzig eine Art Emotionstheater. Ähnlich wie in einem Film oder einem Theaterstück sind wir bloss Zuschauer von Etwas, das uns zwar zu betreffen scheint, das aber mit dem Verlassen des Theaters oder Kinos eben nicht mehr *notwendig* unser Leben betrifft. Wirkliche, persönliche und bleibende Konsequenzen sind nicht da. Soll das, was wir da erleben, Emotionen heissen, so handelt es sich in gewissem Sinne um *abstrakte Emotionen*. Abstrakt in dem Sinne, dass wir letztlich die Wahl haben, sie zuzulassen oder nicht. Wenn wir uns auf den Weg machen, um am Grab einer uns persönlich nicht bekannten Person Blumen niederzulegen, dann legen wir nicht am Grab der Person, sondern an der Gedenkstätte unserer selbst Blumen nieder.<sup>8</sup>

Eine eigentliche Emotionalisierung von Medien und Politik findet also nicht statt. Vielmehr

<sup>6</sup> Vgl. etwa Byung-Chul Han, *Psychopolitik, Neoliberalismus und die neuen Machttechniken*, 2. Auflage, Frankfurt am Main 2014.

<sup>7</sup> Was natürlich gar nicht sein kann, ansonsten sie sich im Verlaufe der Evolution selbständig erledigt hätten und nicht mehr präsent wären. Die Annahme, Emotionen seien unvernünftig ist daher selbst ganz unvernünftig.

<sup>8</sup> Verwiesen sei nur summarisch auf die Psychologie des Begehrens gemäss Jacques Lacan.



lässt sich ein Theater fein orchestrierter abstrakter Emotionen beobachten, das uns ermöglicht, uns als empathisch-gefühlvolle Wesen zu konstruieren, ohne dass uns das viel kosten würde. Wenn wir unseren Avatar nach einem Attentat in den jeweiligen nationalen Farben des gerade aktuellen Opferstaates einfärben, dann gewinnen wir dadurch mehr als das Objekt unserer Solidarität. Dies ist eigentlicher Existenzgrund und Sinn der «emotionalen» Geschichten und Bilder, die in Windeseile – viral – um die Welt gehen: Sie kosten nichts. Ein billiges Vergnügen.

### G. Kanalisierung & Wettbewerb: TMI

Die vorstehend aufgezeigten Aspekte münden in einer Konzentration und Kanalisierung der Möglichkeiten, Wirklichkeit zu konstruieren. Mediale Wirklichkeitskonstruktion schliesst Alternativen (wie etwa direkt-sinnliche Erfahrung) aus und konzentriert die sinnliche Erfahrung weitgehend auf visuell-auditives Erfahrbares. Damit werden die Kanäle möglicher Kommunikation reduziert und die Kommunikationsmöglichkeiten verknappt, was automatisch zu einem grösseren Wettbewerb unter diesen Informationen führt. Aufmerksamkeit wird rar, wird zu *der* raren Ressource überhaupt. Daraus ergibt sich eines der Kardinalmerkmale der Mediengesellschaft: das Übermass an Information. Nicht – wie noch vor 25 Jahren – das Auffinden von Information stellt das eigentliche Problem dar, sondern im Gegenteil das Filtern und Beschränken des Informations-Tsunamis. Die aktuelle Lage könnte treffend mit TMI beschrieben werden (*too much information*). Egal zu welcher Frage, immer finden wir uns in einer Situation des Informationsüberflusses, den es zu filtern, zu beschränken und zu strukturieren gilt.

### H. Unmöglichkeit von Transparenz

Als unmittelbare und direkte Folge der Informationsflut ergibt sich, dass die von der Aufklärung herstammende Forderung nach Transparenz, die nicht nur medial immer wieder mit grossem Pathos und Engagement vorgebracht wird, sondern inzwischen wohl

mehrheitlich als positiver Wert an sich empfunden wird, der überhaupt nicht mehr begründet oder legitimiert werden muss, an der Sache völlig vorbeigeht, und kontraproduktiv wirkt, weil sie das genaue Gegenteil von dem erreicht, was sie anstrebt. Transparenz kann eine sinnvolle Forderung dort sein, wo das Problem darin besteht, Informationen zu finden, also noch zu Zeiten der Aufklärung, vielleicht gar bis zu den Weltkriegen. Transparenz ermöglicht in einem solchen Umfeld Kontrolle der in Frage stehenden Entscheidungen und Verfahren. Besteht aber – wie heute – das Problem nicht darin, Informationen zu finden, sondern umgekehrt sie zu filtern und zu verknüpfen, vergrössert «Transparenz» noch das Übermass an Information (TMI) und damit den Wettbewerb um Aufmerksamkeit. Transparente Entscheidungen und Verfahren sind nicht per se interessant, sondern einzig dann, wenn sie Skandalisierungspotential aufweisen, wenn sie aussergewöhnlich sind. Dies wiederum löst eine völlig vernünftige Gegenreaktion der potentiell Betroffenen aus, nämlich (1) ein umfassendes Streben danach, möglichst wenig zu dokumentieren, damit es nicht offengelegt werden muss, und wenn sich das nicht verhindern lässt, (2) Dokumentation möglichst vager und allgemeiner Argumente und Aussagen, damit im Falle einer medialen Skandalisierung keine eindeutigen Schlüsse möglich sind. Dass Medien die Funktion eines *public watchdog* hätten, also eines öffentlichen Wachhundes, würde nur zutreffen, wenn mit der Wache kein Geld verdient würde, ein Wachhund nämlich bewacht Wertloses ebensogut wie Wertvolles.

### I. Mimimi: Empfindsamkeit & Empfindlichkeit

Schliesslich bleibt ein Aspekt zu erwähnen, der vielleicht weniger bedeutsam, aber sehr auffällig ist: Die völlig unverhältnismässige Bedeutung von äusserst seltenen Phänomenen und Gruppen, also etwa Bevölkerungsgruppen mit extrem seltener sexueller Identität oder aussergewöhnlichen sexuellen Präferenzen, oder Allergien etc. Es lässt sich leicht feststellen und entspricht der Logik der Mediengesell-

schaft, dass je seltener ein Phänomen tatsächlich ist, desto häufiger medial darüber berichtet werden wird. Die Häufigkeit eines Phänomens in der unmittelbar erfahrbaren Welt ist umgekehrt proportional zur Häufigkeit der medialen Berichterstattung darüber. Das liegt am Fokus der Medien auf das Aussergewöhnliche (vgl. dazu gleich).

Diese Grundstruktur bewirkt, dass – medial zumindest – Empfindlichkeit und Empfindsamkeit notwendig zunehmen. Wer durch ein Ereignis oder den Bericht darüber zwar betroffen, aber nicht verletzt ist, bietet keinen Stoff für einen Medienbericht. Umgekehrt bietet jeder, der sich verletzt fühlt, Stoff für einen Medienbericht. Dabei gilt folgende Regel: Das mediale Potential einer Skandalisierung ist umso grösser, (1) je häufiger und selbstverständlicher das verletzende Phänomen, und (2) je abstruser die behauptete Verletzung. Empfindsamkeit und Empfindlichkeit sind daher essentielle Instrumente medialer Existenz. Gerade kleine und kleinste Gruppen existieren in der unmittelbar erfahrbaren Welt nicht oder kaum. Sie können aber eine mediale Existenz sehr leicht begründen, indem sie zum Objekt von Berichterstattung werden. Dies wiederum ist leicht zu erreichen, indem Verletzungen von Gefühlen, mangelnder Respekt der fraglichen Gruppe gegenüber, oder möglichst schwere Folgen eines Phänomens, für sich behauptet werden: Ist eine blosser Irritation oder Störung der eigenen Position noch ungenügend, wird sie medial höchst interessant, sobald eine traumatische Wirkung behauptet wird. Entsprechend wird jede Auswirkung eines Phänomens, wird jede Beeinträchtigung überhöht, und jede Betroffenheit begründet Opferqualität.

#### IV. Der mediale Fokus

Aus den vorstehend skizzierten Elementen ergibt sich zwanglos aber notwendig, dass der mediale Fokus auf allem liegt, was Aufmerksamkeit generiert. Aufmerksamkeit hält das Medium selbst am Leben. Alles, was keine Aufmerksamkeit generiert, ist Ballast. Mediale Berichterstattung bzw. mediale Wirklich-

keitskonstruktion wird sich deshalb konzentrieren auf Seltenes, Aussergewöhnliches, Schockierendes, Erstaunliches. Ebenso wie unser eigenes Aufmerksamkeitsmanagement sich primär auf Aussergewöhnliches und Herausragendes konzentriert, ebenso also wie wir selbst in unserer Wahrnehmung Komplexität primär dadurch reduzieren, dass wir das Sich-Wiederholende und Gewohnte nicht mehr bewusst wahrnehmen, ebenso orientiert sich die Existenz medialer Wirklichkeit am Aussergewöhnlichen.

#### A. Medien als treibende Kraft?

Die beschriebenen Grundstrukturen der Mediengesellschaft sind natürlich nicht Resultat einer bestimmten Politik oder Zielrichtung dieser Medien selbst. Das beliebte Medien-Bashing geht deshalb grundsätzlich fehl. Es sind nicht «die» Medien oder gar die Journalisten, die diese Entwicklungen auslösen, obgleich sie sie nolens volens vorantreiben. Den Medien selbst den Schwarzen Peter zuzuschieben, ist nur ein – zwar billiger, aber immer wieder erfolgreicher – Trick, mediale Aufmerksamkeit zu erlangen und damit genau das zu stärken und zu fördern, was verdammt wird. Es gehört zur paradoxen Logik der Mediengesellschaft, dass selbst intensives und rabiaten Verdammen oder gar Bekämpfen medialer Berichterstattung sofort Objekt ebendieser Berichterstattung wird und damit Teil dessen, was verdammt wird.

Wir regredieren sozusagen in den Zustand von Kindern.

Die «Medien» selbst sind zwar nicht Ursache der Entwicklung zur Mediengesellschaft oder gar deren treibende Kraft. Vielmehr sind sie selbst ebenso getriebene wie alle anderen auch. Anders allerdings als viele andere gesellschaft-

lichen Strukturen sind Medien gleichzeitig Getriebene und Treibende, Subjekt und Objekt zugleich. Dies deshalb, weil sie den eigentlichen Werkstoff, das Substrat der Mediengesellschaft gleichzeitig darstellen und produzieren. Massgeblich sind zwei andere Faktoren, die unabhängig voneinander erheblichen Einfluss ausüben, namentlich die Ökonomisierung und die Politik.

## B. Zwei Verstärker

### 1. Wirtschaft & Ökonomisierung

Werden Medien primär als wirtschaftliche Phänomene verstanden, d. h. als Teil des ökonomischen Systems, so wird ihre Leistung wesentlich am ökonomischen Wert ihrer Produktion gemessen. Mediale Berichterstattung wird zum wirtschaftlichen Faktor. Information wird wirtschaftlich bewertbar und bewertet. Das verstärkt zwangsläufig die Bedeutung der Aufmerksamkeit: Je grösser der ökonomische Druck auf ein Medium, desto stärker ist es genötigt, Aufmerksamkeit zu generieren, d. h. Aussergewöhnliches und Bedrohliches zu berichten. In einem wirtschaftlichen Kontext ist Effizienz, also das Verhältnis von Kosten und Nutzen, natürlich ein relevanter Massstab. Effizienz kann aber nur der ausschlaggebende Faktor sein, wenn dem Medium keine anderen Ziele gesetzt werden als seine Rentabilität. Dann nämlich reduziert sich die Frage der Effizienz letztlich auf die Kosten. Jede Berichterstattung, die sich nicht ausschliesslich über Aufmerksamkeit finanziert, spricht über Werbung (wie z. B. in staatlichen Medien), wird sich deshalb immer und notwendig dem Vorwurf ausgesetzt sehen, sie «produziere» am Markt vorbei, sprich an der Nachfrage bzw. eben an der Aufmerksamkeit, was teuer, weil ineffizient sei.

Besteht aber ein Ziel, das über die Profitabilität hinausgeht, etwa Information der Medienkonsumenten, so ist nicht alleine Effizienz massgebend, sondern auch Effektivität, d. h. Tauglichkeit und Grad der Zielerreichung. Ein nicht (ausschliesslich) über die Aufmerksamkeit gesteuertes Medium erscheint als wesentlich effektiver (d. h. erreicht das vorgegebene Ziel

besser), als eines, das nur der Aufmerksamkeit folgt. Gerade darin liegt etwa der Grund für zwingende Bestandteile einer Ausbildung (Pflichtkurse, Pflichtlektüre, Reihenfolge der Studienmaterien etc.). Und dies ist auch, was einen Autodidakten – selbst einen sehr umfassend gebildeten – meist erkennbar von Absolventen geordneter Ausbildungsgänge unterscheidet.

### 2. Politik

Der zweite Verstärkungsfaktor ist die Politik. Will man Politik betreiben, so muss man gewählt bzw. wiedergewählt werden. Die nobelsten und hehrsten Ziele verlieren sich im Nirgendwo, wenn diejenigen, die sie vertreten, nicht (wieder) gewählt werden. Jeder Politiker muss deshalb danach streben zu «existieren», d. h. – in einer Mediengesellschaft – medial präsent zu sein. Medienberichterstattung jeder Art zu suchen, ist oberste Politikerpflicht. Und diese Medienpräsenz wird eben erreicht durch Aussergewöhnliches, Aufmerksamkeit Erheischendes, also etwa durch Hinweise auf Missstände. Für den Bereich des Rechts bedeutet dies, dass die aktuell geltende Gesetzeslage immer ungenügend sein muss, die Gefährdung der Bevölkerung immer beträchtlich ist und die entsprechenden Risiken immer unterschätzt werden. Der Hinweis auf diese Defizite sichert mediale Aufmerksamkeit. Soll die eigene Bedeutung und der eigene Einsatz für die Gemeinschaft betont werden, so muss neben der Analyse der Gefahrenlage auch ein Vorschlag gemacht werden, der für Abhilfe sorgt. Dies erfolgt – ganz konsequent und logisch verständlich –, indem weitere Strafnormen gefordert werden. Die Forderung lässt den Politiker als Verteidiger des Guten erscheinen, kostet ihn aber nicht einen Rappen. Seine Defizitanalyse wiederum ist medial interessant, weil sie Aussergewöhnliches aufzeigt und auf Gefahren hinweist, die unterschätzt werden.

## C. Konsequenzen medialer Fokussierung

### 1. Komplexität & Vereinfachung

Die erste Konsequenz eines rigoros auf Aufmerksamkeit orientierten Mediums muss sein,

dass Komplexität möglichst vermieden wird. Alles Komplexe verbraucht – wenn man so will – zu viel vom Rohstoff Aufmerksamkeit, verbraucht schlicht zu viel Zeit. Wenn die Aufgabe darin besteht, Aufmerksamkeit zu wecken und zu erhalten, so muss alles, was zu viel Aufwand verlangt, zu kostspielig erscheinen: komplexe Sachverhalte genauso wie komplexe Sätze. Nicht nur die Sprache wird deshalb zur Einfachheit tendieren, die Vereinfachung ist eigentliche Kernaufgabe und zwar primär formal, d. h. je kürzer desto besser, fast gleichbedeutend aber auch materiell, d. h. je einfacher desto besser. Alles, was sich nicht verkürzen und vereinfachen lässt, verschwindet aus der Medienwelt. Alles, aber auch wirklich alles, was sich in der Mediengesellschaft findet, ist verkürzt und vereinfacht und damit natürlich verfälscht. Jede Vereinfachung ist eine Verfälschung. Es lässt sich deshalb allgemein festhalten, dass in einer Mediengesellschaft notwendig alle Sachverhalte und Informationen verfälscht sind. Mediale Berichterstattung ist Fälschung.

Die aktuelle Lage könnte treffend mit TMI (too much information) beschrieben werden.

## 2. Aufmerksamkeit & Wahrheit: Fake News & Postfaktisches Zeitalter

Die zweite Konsequenz ist noch erschreckender, aber gleichzeitig nur folgerichtig. Ebenso wie die erste ist sie unumgänglich: Wenn das mediale System auf Aufmerksamkeit hin orientiert ist, dann spielt die Unterscheidung wahr/unwahr prinzipiell keine Rolle (es sei denn, sie selbst ist Objekt der Berichterstattung). Wenn alle Berichterstattung in gewissem Sinne Fäl-

schung ist, dann ist die Behauptung, ein bestimmter Bericht sei falsch, bedeutungslos. Die Unterscheidung wahr/unwahr steht mithin windschief zu einem auf Aufmerksamkeit orientierten System. In der jüngeren Zeit sind zwar immer wieder einmal Begriffe wie «postfaktisches Zeitalter» oder «fake news» aufgetaucht, doch handelt es sich dabei letztlich nur um ideologische Kampfbegriffe. In einem Mediensystem ist nicht die Unterscheidung von «real» und «fake» news relevant, sondern ausschliesslich diejenige von news/not news.

Deshalb etwa ist der mediale Hinweis auf die *Unschuldsvermutung*, die auf ominöse Weise gelten sollte, letztlich nur lächerlich, weil er etwas postuliert, das überhaupt niemanden wirklich davon abhält, und meist den Berichterstatte selbst am wenigsten, genau diese Unschuldsvermutung durch den nämlichen Bericht zu verletzen.<sup>9</sup> In einer Mediengesellschaft ist deshalb das Strafverfahren selbst die eigentliche Strafe. Die Berichterstattung über ein Strafverfahren hat unmittelbare und konkrete Konsequenzen bis hin zum finanziellen und sozialen Ruin. Diese Konsequenzen werden nicht korrigiert oder wettgemacht, wenn am Ende des Strafverfahrens kein Schuld-, sondern ein Freispruch steht. Vielmehr wird das üblicherweise zur Vermutung führen, die Justiz sei zu schwach, die Strafnormen ungenügend oder die Verteidigungsrechte zu ausgebaut. Ein Freispruch wird medial nicht als ein Sieg der Justiz gewertet, sondern als eine Niederlage.<sup>10</sup> Das erscheint auch völlig richtig, sofern bereits vor dem Urteilsspruch klar ist, wer schuldig und zu verurteilen ist. Der Strafprozess muss dann nur noch als ein mehr oder weniger interessanter Todeskampf eines Sterbenden erscheinen, seine Verteidigung als Störung des vergnüglichen Schauspiels, ganz so wie bei einer Corrida ein Verteidiger des Stieres nicht wirklich

<sup>9</sup> Vgl. dazu Marcel A. Niggli, Im Übrigen gilt die Unschuldsvermutung, *ContraLegem* 2018/1, 72.

<sup>10</sup> So etwa geschehen und leicht zu überprüfen am Beispiel *Vojislav Seseli*, der in Den Haag freigesprochen wurde, was als Desaster bezeichnet und als Beschädigung der internationalen Gerechtigkeit bezeichnet wurde.

vorgesehen oder erwünscht ist. Ein Freispruch kann deshalb die Berichterstattung über das Strafverfahren nicht mehr aufheben, nicht nur weil er immer zu spät kommt, weil die Berichterstattung ja notwendig auf der Annahme basieren muss, dass nicht nur das Delikt begangen, sondern auch die Täterschaft bestimmt ist, ansonsten sie zur blossen Spekulation und damit belanglos würde.

Die beredten Klagen über den Verlust von Wahrheit und Neutralität, die in jüngster Zeit geführt werden, können mithin nichts anderes sein denn Krokodilstränen. De facto sind Wahrheit und Neutralität in einem System, das ausschliesslich Aufmerksamkeit erstrebt, überhaupt nicht möglich. Dass aber dieses System nichts anderes erstrebt bzw. erstreben kann, wird durch seine Ökonomisierung sichergestellt, denn jeder Versuch, an dieser Aufmerksamkeitsorientierung vorbei zu gelangen, führt das Medium notwendig in den Bankrott, ebenso wie ein Politiker, der nicht seine Wahl ins Zentrum stellt, schlicht gar nichts mehr zu entscheiden hat, sobald er nicht mehr gewählt wird. Es gibt also gar keine «fake news» im eigentlichen Sinn, bzw. die Bezeichnung «fake news» ergibt nur dann Sinn, wenn sie selbst wiederum «news» ist, d.h. genau dann, wenn die Bezeichnung «fake news» für einen beliebigen Inhalt selbst Aufmerksamkeit beanspruchen kann. Und «postfaktisches Zeitalter» meint nichts anderes, als «Zeitalter der Mediengesellschaft» oder «Medienzeitalter».

### 3. Verzerrung & Angst

Aus dem Fokus auf die Aufmerksamkeit ergibt sich zwanglos, dass mediale Berichterstattung nicht ausgewogen sein kann. Das gilt auch für das Recht. Strafrecht etwa wird anderen Rechtsgebieten gegenüber selbstverständlich bevorzugt. Und auch innerhalb dieses Bereiches, ist – was oft dargestellt wurde und deshalb hier nicht weiter ausgeführt werden muss – die Berichterstattung über Kriminalität und Strafjustiz stark (bisweilen grotesk) verzerrt. Schwere Delikte und Gewaltdelikte sind natürlich überproportional vertreten, weil sie – nicht

nur der Intensität des Eingriffs wegen, sondern gerade auch wegen ihrer Seltenheit – mehr Aufmerksamkeit generieren als häufige Delikte. Ist Aufmerksamkeit das Ziel, wird notwendig alles Aussergewöhnliche viel stärker präsent sein, als es seiner Häufigkeit entspricht. Darin unterscheiden sich Medien nicht von unserer eigenen Wahrnehmung. Menschliche Kognition kann geradezu als Mechanismus verstanden werden zur Erkennung von Aussergewöhnlichem. Denn die Erkennung von Strukturen dient letztlich nur dazu, den gegenwärtigen Moment mit bereits Bekanntem zu verknüpfen, damit es ausgeblendet und ignoriert und der Fokus auf die Gegenwart und ihre Gefahren gelegt werden kann.

In dieser Struktur völlig konsistent wird v.a. über – faktisch sehr seltene – schwere und schwerste Kriminalität, insbesondere Gewaltkriminalität berichtet. Diese (im Verhältnis zur empirisch messbaren Kriminalität) Verzerrung der Berichterstattung bewirkt, dass die Bevölkerung (die ja in einer Mediengesellschaft aus den Medienkonsumenten besteht) das Kriminalitätsaufkommen (1) deutlich überschätzt, (2) grundsätzlich annimmt, Kriminalität nehme zu, und (3) diese Kriminalitätsbelastung als erheblich angsteinflössend bzw. beängstigend erlebt, auch wenn sie ausserhalb der Medienwelt bloss marginal existiert. Plakativ und vereinfachend ausgedrückt, lässt sich sagen, dass mediale Berichterstattung über Kriminalität eine Maschine zur Erzeugung von Angst ist. Die Maschine lebt unmittelbar von ihrer Angstproduktion. Sobald sich deren Niveau senkt, sinkt auch der Pegel der Aufmerksamkeit und damit auch die Bedeutung bzw. die Berechtigung der Maschine (des Mediums) selbst.

### 4. Elektronische Kommunikation: Weltmoment & Angstmaschine

Potenziert wird die Angstproduktion durch die Globalisierung. Je grösser das räumliche Einzugsfeld, aus dem über Dinge berichtet werden kann, die Aufmerksamkeit erzeugen, desto grösser auch das Reservoir von Beängstigendem, Bedrohlichem und deshalb Interessantem. Die

Multiplikation des Angebots solcher Moritaten allerdings verändert per se noch nichts. Ein aussergewöhnliches Verbrechen oder ein Terroranschlag in den USA oder China sind hier nicht sonderlich von Interesse, wenn erst Wochen oder Monate später darüber berichtet wird. Anders ausgedrückt: Die Vergangenheit generiert keine oder nur geringe Aufmerksamkeit, egal wo sie stattgefunden hat. Zum zahlenmässig vergrösserten (weil weltweiten) Angebot von Schreckensnachrichten muss ein zweiter Faktor hinzukommen: Synchronizität oder Zeitgleichheit. Erst die unmittelbare, verzögerungslose Übertragung generiert eine Gleich-Zeitigkeit, die das Ereignis bzw. die mediale Berichterstattung unabhängig werden lässt von irgendeinem Ort. Obwohl in der menschlichen Erfahrungswelt natürlich alles an einem konkreten Ort stattfindet, also lokal, und obwohl selbstverständlich jeder Medienbericht sich auf eine bestimmte Situation, eine konkrete Örtlichkeit bezieht, ansonsten er – weil kaum verständlich – kaum zu vermitteln wäre, wird diese räumlich-geographische Ver-Ortung durch die verzögerungslose Multiplikation des Medienberichtes regelrecht ausgedünnt und bloss zu einem (letztlich austauschbaren) Teil der erzählten Geschichte. Weil der Medienbericht *gleichzeitig* überall stattfindet, wird auch das Ereignis, über das er berichtet, global. Er findet überall *gleichzeitig* statt und verliert damit seine räumliche Fixierung. Das konkret fixierte, räumlich-zeitliche Ereignis wird zum globalen Ereignis, das keinen Ort mehr kennt und keine räumlich-geographische Anknüpfung. Die globale Gleichzeitigkeit produziert eine Zeit(-gleichheit). Es entsteht ein «Weltmoment», eine Gegenwärtigkeit des Augenblicks, den alle gleichzeitig wahrnehmen und erleben, egal wo sie sind. Elektronische Kommunikation eliminiert den Raum und besteht ausschliesslich aus dem allgegenwärtigen Moment, den sie erschafft.

Gegenwart, d. h. dieser ständig flüchtige Moment, in welchem wir tatsächlich existieren, und den wir Augenblick nennen, ist ohnehin gewalttätig im eigentlichen Sinn, weil wir ihn

nie zu kontrollieren oder beherrschen vermögen. Immer sind wir ihm auf Gedeih und Verderb ausgeliefert und sobald wir versuchen, damit fertig zu werden, ist er schon nicht mehr. Mit der Elimination des Raumes und der Globalisierung des Momentes wird das medial Berichtete überall gleichzeitig aktuell, denn die Rede von der blossen «Abrufbarkeit» eines Medieninhaltes verschleiert, dass er eben – gleich einem Quantenphänomen – gar nicht existiert, wenn niemand hinschaut. Schaut aber jemand hin, findet er immer überall gleichzeitig statt. Alles, was Aufmerksamkeit generiert, Aussergewöhnliches ebenso wie Bedrohliches und Gefährliches, findet überall gleichzeitig statt, der Augenblick ist global. Ein Terroranschlag in den USA ist genauso beängstigend wie einer in Frankreich. Während umgekehrt Anschläge in Afrika oder Asien medial kaum existieren. Die elektronische Kommunikation als Form von Globalisierung verstärkt deshalb notwendig die Leistung der Angstmaschine. Und zwar höchst erfolgreich. Die erschreckend schnelle Abkehr von Freiheit, Autonomie und Gerechtigkeit, die man wohl als ein eigentliches Abfallen bezeichnen muss, zugunsten einer fast schrankenlosen Orientierung auf Sicherheit als primären gesellschaftlichen Wert, lässt sich vielleicht nicht nur, aber sicherlich zu einem Grossteil damit erklären. Nicht das Medium selbst also ist eigentlicher Motor der Entwicklung, denn Fokussierung auf Unglücksfälle und Verbrechen gab es seit jeher. Vielmehr ist massgeblich die elektronische Kommunikation, die durch ihre verzögerungslose Vervielfältigung den Raum eliminiert und eine globale Gleich-Zeitigkeit entstehen lässt.

Der häufig vorgebrachte Wunsch nach einer «neutralen» und «sachlichen» Berichterstattung muss aus all diesen Gründen Wunschtraum bleiben, zumindest soweit Berichterstattung nicht über andere Ressourcen finanziert wird als über die Aufmerksamkeit selbst.<sup>11</sup>

<sup>11</sup> Vgl. dazu auch Gilbert Keith Chestertons über hundertjähriger Text «Distortions in the Press», abgedruckt in dieser Nummer.

## V. Resultat

### A. Trivialisierung & Identifikation

Die Bedingungen der Mediengesellschaft verändern unsere Welt vollständig, nicht dadurch, dass Bestehendes verändert würde, sondern dadurch, dass es durch anderes ersetzt wird. Die schiere Masse der Information ebnet den Unterschied von bedeutsam und unbedeutsam. Die quantitative Überforderung unserer Wahrnehmungsfähigkeit lässt vieles, wenn nicht alles gültig erscheinen, gleich gültig, d. h. gleichgültig. Mediengesellschaft trivialisiert umfassend einfach alles. Auf den Verlust der direkten, sinnlichen und persönlichen Erfahrung reagieren wir genau so wie Kinder, nämlich mit der Identifikation mit bestimmten Personen (sog. *peoplization*). Wofür diese Personen stehen und was sie symbolisieren, bleibt völlig gleichgültig. Deshalb bleibt auch ganz irrelevant, warum wir diese Personen überhaupt kennen oder warum wir uns mit ihnen identifizieren. Wie dem Kind in Bezug auf seine Eltern stellen sich uns diese Fragen schlicht nicht. Die Bedeutung dieser Personen bzw. unserer Identifikation mit ihnen ist selbstbegründend. Als Begründung medialer Existenz bzw. medialen Ruhmes reicht die Tatsache ihrer medialen Existenz bzw. ihres medialen Ruhmes völlig aus. Sinnlos bleibt daher die Klage, die «Medien» würden zu Unrecht bedeutungslos oder gar durch und durch dumme Menschen berühmt machen. Der mediale Fokus auf das Aussergewöhnliche erbringt dieses Resultat ganz natürlich. Viel problematischer, ja geradezu katastrophal sind die Auswirkungen auf die Demokratie. Die sog. *peoplization* etwa, also die eben erwähnte – im Wesentlichen grundlose – Identifikation mit einzelnen Personen, hat zur Folge, dass mit ihnen irgendwie verbundene Personen wie Ehepartner, Kinder oder Verwandte ebenfalls medial zu existieren beginnen bzw. berühmt werden. Aus der Tatsache ihrer medialen Existenz, also ihrer Bekanntheit leitet sich dann zwanglos die Vermutung ab, solche Personen seien ebenso fähig die Tätigkeiten oder Funktionen auszuüben, wie diejenige Person, derentwegen man sie überhaupt kennt. Solche Machtballungen und Verquickun-

gen sind nach offizieller Lesart eigentlich Kennzeichen ungefestigter, noch unreifer Demokratien. Sie finden sich aber sehr prominent in alten, scheinbar gefestigten Staaten. Es erscheint doch einigermaßen merkwürdig, dass in Kanada der Sohn eines ehemaligen Premierministers selbst Premierminister wird. Noch auffälliger sind die USA mit den Familien Kennedy oder noch eindrücklicher Bush. Dass unter allen Frauen in den USA ausgerechnet die Ehefrau eines ehemaligen Präsidenten für dieses Amt kandidierte, lag wohl weniger an ihrem Geschlecht, als eben gerade diesem Ehemann. Demokratie wird zum Schauspiel.

### B. Skandalisierung & Panik

In einer nicht unmittelbar sinnlich erfahrenen oder erfahrbaren Welt (der Medienwelt) mündet der Fokus auf das Aussergewöhnliche notwendig in Skandalisierung und Panik. Bildet die sinnliche Erfahrung in unserer konkreten unmittelbaren, sinnlich bestimmten Lebenswelt eine mächtige Schranke für unsere Phantasien und Phobien, für unsere Ängste und Träume, fehlt diese Beschränkung in der Mediengesellschaft praktisch vollständig. Ohne Medikation oder andere Korrektive muss das notwendig in einer Psychose enden.

Ängste und Phobien sind immer irgendwie begründbar und daher begründet. Sie lassen sich nicht widerlegen, weil die Nichtexistenz bzw. das Nichteintreten des Befürchteten eben gerade keinen Beleg für ihre Unvernunft darstellt. Eine Wahnvorstellung lässt sich nicht widerlegen, sondern nur bestätigen, nämlich dadurch dass sie sich realisiert. Jeder Fehler, jeder Schaden, jedes Unglück bestätigen dem Wahnhafte seine Phobie. Dass sie eintreten konnten, belegt ihm zweifelsfrei das Ungenügen der bestehenden Regulierung und Kontrolle. Wo keine Korrektive der eigenen Möglichkeitsvorstellungen und Phobien bestehen, erlangt die Vorstellung einer kontrollier- und regulierbaren Welt fast magische Kraft. Die Regulierungswut, die wir gegenwärtig fast überall beobachten, ist nichts anderes als natürlicher Ausfluss dieser neurotischen Grundannahmen.

Regulierung und Kontrolle haben den grossen Vorteil, dass sie die nicht unmittelbar sinnlich erfahrbaren Phobien gewissermassen erfahrbar machen, wenn auch nur vorläufig und immer ungenügend. Zudem lässt sich der blossen Vorstellung möglicher Gefahren und Risiken (also demjenigen, was sein könnte) am einfachsten mit einem anderem Modus, also mit anderen Vorstellungen begegnen, namentlich derjenigen, dass die Welt kontrollierbar sei (also mit demjenigen, was sein soll bzw. nicht sein darf). Anders ausgedrückt: Dem, was sein könnte, wird entgegengesetzt, was sein soll bzw. darf. Damit wird indes nur ein Modus durch einen anderen ersetzt, nicht aber dasjenige geändert, was unmittelbar, konkret und sinnlich erfahrbar ist. Stets bleiben daher notwendigerweise alle bestehenden Regulierungen und die aktuelle Kontrolle ungenügend. Das Ausleben der Kontrollphantasie hat nicht nur besänftigende Wirkung auf den Phobiker, sie erlaubt gleichzeitig auch Entlastung von Eigenverantwortung: Wer alles in seiner Kraft Stehende getan hat, das Eintreten eines Ereignisses zu verhindern, den kann kein Vorwurf treffen. Vielmehr ist das Ereignis unzureichender Regulierung bzw. Kontrolle geschuldet.

Am Beispiel des Strafrechtes lässt sich das exemplarisch zeigen: Strafrecht ist medial höchst lohnend. In der Mediengesellschaft mündet aber jede mediale Diskussion *notwendig* in der Forderung nach seiner Expansion und Verschärfung. Stets müssen die aktuell geltenden Strafen ungenügend erscheinen, ansonsten ja – im Kontrollwahn völlig konsistent – das fragliche störende Ereignis gar nicht eingetreten wäre. Diese Forderungen garantieren einen guten Platz im medialen Aufmerksamkeitswettbewerb, weil von ihr alle Beteiligten (Politiker, Medien, gesellschaftliches Unterhaltungsbedürfnis) profitieren. Dass die Forderung völlig sinnlos ist und wirkungslos bleiben muss, weil nicht die Strafe, sondern die Entdeckungswahrscheinlichkeit menschliches Verhalten beeinflusst, spielt deshalb keine Rolle, weil eine entsprechende Erkenntnis (1) komplexere Darstellungen und Gedankengänge voraussetzt,

und (2) Sinn- und Wirkungslosigkeit nicht überprüfbar bzw. sinnlich erfahrbar sind. Mangelnde Überprüfbarkeit lässt sich zudem leicht kachieren durch den Hinweis auf die notwendige Zeitdauer möglicher Änderungen, die typischerweise jenseits einer Wahlperiode liegt. Gleiches gilt für die Kosten der Repression.

### C. Zeitalter der Quantenphysik

Mit der Mediengesellschaft treten wir ein in das quantenphysikalische Zeitalter. (1) Globale Berichterstattung ist überall und nirgendwo. (2) Sie ist auch nicht vergangen, gegenwärtig oder zukünftig, denn die Ubiquität des Geschehens eliminiert die Zeit. Es gibt keine Vergangenheit in der Mediengesellschaft. Nichts ist je vergangen, alles ist stets gegenwärtig (wenngleich eben nicht unmittelbar sinnlich erfahrbar). (3) Beobachten verändert das Beobachtete. Ein von der Beobachtung unabhängiges Objekt der Beobachtung, also eine feststellbare Wirklichkeit, die nicht durch die Beobachtung verändert würde, kann es in der Mediengesellschaft nicht geben. Natürlich galt schon für einen Zeitungsbericht im 18. Jahrhundert, dass er die Welt veränderte, weil der Zeitungsartikel Auswirkungen hatte und damit die Welt veränderte. Doch geschah dies eben in einem Zeitstrang als Wechselspiel zwischen beobachteter Wirklichkeit und Bericht über diese Beobachtung. Die beiden liessen sich trennen. Das trifft in der Mediengesellschaft nicht mehr zu. Besteht die Wirklichkeit aus medialen Berichten (über eine wie immer gartete andere Welt oder Wirklichkeit), dann ist jede medial geäusserte Beobachtung und jeder Bericht notwendig Teil dessen, worüber er berichtet. (4) Tatsächlichkeit wird eingetauscht gegen Potentialität, Sicherheit gegen Möglichkeit und Wahrscheinlichkeit, Indikativ gegen Konjunktiv, Bestimmtheit gegen Unschärfe.

**Nagelprobe:** Die Auflösung aller Grenzen und Unterscheidungen lässt sich schön am Recht nachvollziehen: Recht besteht aus Entscheidungen. Sollen Begriffe dabei helfen, so müssen sie so scharf und klar als überhaupt möglich sein.



Sie müssen daher Unterscheidungen treffen und Grenzen ziehen, ansonsten sie zur Entscheidung nichts beizutragen vermögen. Ein kurzer Blick in irgendeine Tageszeitung genügt indes zum Beleg, dass gerade dieses Element sich in vollständiger Auflösung befindet. Dass ein Begriff oder ein Rechtskonzept Grenzen zieht, wird medial zunehmend als Schwäche oder gar Fehlleistung qualifiziert, weil ein bestimmter Sachverhalt, ein bestimmtes Verhalten doch fast eine bestimmte Norm erfülle,

es doch moralisch, ethisch, ökonomisch, politisch oder wertmässig eigentlich dasselbe sei, wie das von der Norm erfasste. Die Unterscheidung bzw. Grenzziehung des Rechts werden daher als inflexibel, unpraktisch und hinderlich, wenn nicht gar unmoralisch gewertet, weshalb sie «weiter» verstanden werden müssten. Dies aber eliminiert das Recht selbst. Begriffe, die alles heissen können, taugen rechtlich nichts. Sie taugen höchstens zu einem Rechtstheater.



# Distortions in the Press

Gilbert Keith Chesterton

Chesterton veröffentlichte den nachfolgend wiedergegebenen Text in den «London Illustrated News» vor über hundert Jahren, am 6. November 1909. Höchst bemerkenswert erscheint seine Aktualität angesichts der Diskussionen um die Aufgaben der Presse bzw. der Medien und «fake news». Ganz so neu scheint die Sache also nicht zu sein.

The blackest of lies is the lie that is entirely a truth.

*Lord Rosebery, I think, once offered the paradoxical suggestion that newspapers should consist of news. He proposed to exclude all comment, moral, political, and (I hope) financial. It may be doubted whether the journals under his Lordship's review would be disarmed by so simple a reform. Newspapers have been known before now to indulge in methods even more direct than comment. The comment at the worst can only be fallacious; the news they can be false. Or even if it is not false, it may be so selected as to give a totally false picture of the place or topic under dispute. Selection is the fine art of falsity. Tennyson put it very feebly and inadequately when he said that the blackest of lies is the lie that is half a truth. The blackest of lies is the lie that is entirely a truth. Once give me the right to pick out anything and I shall not need*

*to invent anything. If in my History of the World, published some centuries hence, I am allowed to mark the nineteenth century only by the names of Mr. Whitaker Wright and Jack the Ripper, I will promise to add no further comment. If I am free to report this planet to the Man in the Moon as being inhabited by scorpions and South African millionaires, I will undertake to create a false impression solely by the facts. I shall not ask to say what I choose, so long as I can choose what I choose. So long as I am not asked to tell the truth, I will cheerfully undertake not to tell any lies.*

*That, one innocently supposed, was the arrangement we all had accepted. The newspapers do not need to offer any view of the facts; for the facts themselves are as artistic and one-sided as any view of them could be. The most perfect comment would spoil a story that had already been picked out with the perfection of an epigram. «The foreign news» of one of the great go-ahead dailies is itself a comment on the complexity of Europe; and why should we need a comment on a comment? I, for one, had grown quite used to the established modern usage: strictly partisan information unvulgarised by any party rhetoric. But of late I have begun to see a new method developing, a method which is surely worthy of notice if only because it raises again Lord Rosebery's question in a somewhat strange form.*

*The new method of journalism is to offer so many comments or, at least, secondary circumstances that there is actually no room left for the original facts. Lord Rosebery wished to have*

the story without the moral. We seem likely now to have the moral without the story: at any rate, to have the moral effects without the story. A pebble is thrown into the sea, and lost to sight for ever; we only behold the concentric ripples widening for ever through all the waters of the world. The English or American Press will be suddenly seized with a storm of indignation about something; new phases of that indignation will flash forth hour after hour; but the really difficult thing will be to discover the plain outline of the original affair. Most of my readers must, I think, have observed instances of this overwhelming wave of irrelevance. Some brokers at Amsterdam (let us say) throw furniture at an auctioneer. We do not hear of the event, however, even in so plain and meagre form as that. We see a paragraph headed «Anti-Auctioneer Movement in Holland», and then after that, in smaller letters, «Strong Protest in Chicago». Then it becomes a feature of the newspaper for several days under an established title, such as «The Dutch Persecution» or «The Cry of the Auctioneers.» Under this heading are arranged all sorts of things in little separate paragraphs; an attempt to interview the Chinese Ambassador on the subject; Mr Carnegie's strong opinion that furniture thrown at the head will probably hurt; the Pope's pronouncement on the ethics of auctioneering; a letter signed «Indignant Briton» demanding that all brokers (or all Dutchmen) should be turned out of England, a proposal by some energetic idiot to open a subscription for somebody; and, finally, a series of soothing assurances telling us that the affair is not likely seriously to disturb the Bank Rate, the King's health, the North Sea whale-fisheries, or the General Election. Through all this forest of inconsequent facts I wander, trying in vain to find the ultimate and cogent facts upon which to form my opinion. I want to know what the auctioneer did, why they threw furniture at him, what defence they offer for having done so, whether he threw any furniture first, and, in short, all the things I should want to know if I were a jurymen such and were properly trying the case. But these are exactly the facts that I can never find in the newspapers. Anecdotes of

the auctioneer's childhood, parallel instances of the tyranny of brokers in the Dark Ages, passionate pronouncements by novelists and Nonconformist ministers that we must go in and win; but not on the story. This curious method has for some time marked our attitude in the case of those foreign crimes or tyrannies against which we English are so heroically ready to rebel. I remember that the accounts of the second trial of Dreyfus were so encumbered with anecdotes and European opinion and gossip generally that they had no room for any intelligible account of the evidence at all. The report of the trial itself was something that no human being could make head or tail of; questions without any answer, answers not provoked by any question, sudden and violent changes of the subject, prolonged and feverish pursuit of persons who had never been heard of before; abrupt announcements by public men referring to disclosures that had not been disclosed—it was like reading the law reports in a nightmare. The story of the Pannizardi telegram, for instance, was told in such a way as to make no sort of sense at all; it was only long afterwards that I pieced the true facts together, with some remarkable results to myself. We are perpetually in danger of the same mistake in all our English indignations about Russia, about Spain, about the Congo. It is only too probable that there is much wrong; but I want to hear the wrong, not to hear about it. As it is, it is almost always on some utterly extraneous and impertinent point of creed, social type, or historical analogy that our protestors insist. I will give but one example. I did not see the unfortunate Ferrer tried; but I can easily imagine that this trial may have been hasty and unjust. I remember what our own courts-martial were in Africa, in face of a far less formidable rebellion.

Now, if Ferrer was unfairly tried, his judges should be denounced, though he were the filthiest brigand or pickpocket in Spain. But the indignant journalists do not say, «In such and such respects Ferrer was unfairly tried.» They tell me instead that he was a great educationist.

*That is what I mean by introducing irrelevant moralities instead of the story. Why should not a great educationist be shot like anybody else; why should he not deserve shooting like anybody else? I know more than one educationist whom I should like to have a pot at. Great educationists before now have been oppressors and profligates, cruel torturers, or vile corruptors of youth. I do not say that Ferrer was not a just and honourable man; I do not know anything about it, thanks to the newspapers. He is not the first honourable man that has been executed by other just and honourable men in times of armed rebellion. I am only concerned to protest against the intellectual method which transfers the public feeling from the injustice of his sentence to the excellence of his profession or his hobby. Plenty of poor people have been*

*killed in the Spanish riots, and I confess I am not comfortable about this English journalistic habit, which feels the blow of the tyrant not as a blow against humanity, but only as a but only as a blow against education and eminence.*

Selection is the fine art of falsity.

Der Text findet sich auch in der Chesterton-Gesamtausgabe: **Gilbert Keith Chesterton**, Collected Works, Bd. XXVIII, The Illustrated London News 1908–1910, San Francisco: Ignatius Press 1987.

# Spielbanken und Geschicklichkeits- und Glücksspiele

Camill Droll/Marcel Alexander Niggli

**Die Abgrenzung zwischen Glücks- und Geschicklichkeitsspiel bietet erhebliche Schwierigkeiten. Das verwaltungsrechtliche Ziel, Geldspiel möglichst dynamisch zu regulieren, steht im Widerspruch zum strafrechtlichen Bestimmtheitsgebot. Die rasante technische Entwicklung verwischt zusehends eine klare Abgrenzung zwischen illegalen Glücksspielautomaten und normalen Alltagsgeräten. Eine verwaltungsrechtliche Abwägung im Einzelfall vermag strafrechtlichen Grundsätzen nicht zu genügen, wenn damit eine rückwirkende Strafe einhergehen soll.**

## INHALTSÜBERSICHT

I. Vorbemerkung .....	29
II. Einleitung.....	30
III. Allgemeine Begriffserklärung .....	30
IV. Vorführungspflicht von Glücksspielautomaten .....	32
V. Verwaltungsstrafrechtliche Folgen...	37
VI. Zusammenfassung.....	39

### I. Vorbemerkung

Mit Abstimmung vom 10. Juni 2018 wurde das neue Geldspielgesetz angenommen. Es wird künftig sämtliche Geldspiele, d.h. Lotterie-, Glück- und Wettspiel, die zuvor von separaten

Erlassen erfasst wurden, in einem Gesetz vereinheitlichen. Damit wird künftig dem Spielbankengesetz keine eigenständige Bedeutung mehr zukommen. Die Eidgenössische Spielbankenkommission (nachfolgend ESBK) eröffnete aber alleine im Jahre 2017 noch 180 neue Straffälle, wovon nur 35 abgeschlossen werden konnten.<sup>1</sup> Ähnliche Zahlen ergehen aus den Berichten der Vorjahre. Es ist anzunehmen, dass trotz des neuen Geldspielgesetzes die Beurteilung der Verwaltungsstrafverfahren nach altem Recht noch mehrere Jahre in Anspruch nehmen wird. Dieser Text setzt sich mit der bisherigen Rechtsprechung des Bundesgerichts und dessen Problematik auseinander und soll

<sup>1</sup> Jahresbericht der Eidgenössischen Spielbankenkommission 2017, 16.

damit einen Beitrag zur bisher inexistenten Lehre leisten. Beiträge zum neuen Geldspielgesetz werden folgen.

## II. Einleitung

Der ESBK obliegen die Beaufsichtigung von Spielbanken sowie die Überwachung der Einhaltung der gesetzlichen Vorschriften des Spielbankengesetzes in der Schweiz. Zu diesem Zweck hat sie auch Kompetenz, zum Vollzug des Gesetzes notwendige Verfügungen zu erlassen.<sup>2</sup>

Unter anderem erfasst der gesetzliche Auftrag die Qualifikation eines Spieles als Glückspiel bzw. die Abgrenzung von Geschicklichkeits- und Glücksspielen. Glücksspiele nämlich dürfen nach Art. 4 SBG nur in konzessionierten Spielbanken angeboten werden, d.h. gemäss Art. 7 SBG von Unternehmungen, die gewerbmässig Gelegenheit zum Glücksspiel anbieten. Zum Zweck der Abgrenzung sieht Art. 61 der Verordnung zum Spielbankengesetz (VSBG) eine allgemeine Pflicht vor, Geldspielautomaten der ESBK vorzuführen, die gemäss Art. 64 VSBG entscheidet, ob es sich um einen Geschicklichkeits- oder um Glücksspielautomaten handelt. Der Entscheid muss dem Kanton mitgeteilt und im Bundesblatt veröffentlicht werden.<sup>3</sup> Das ist bedeutsam, weil es gemäss Urteil des Bundesgerichts vom 16. März 2012<sup>4</sup> nicht Sache des Strafrichters ist, sich mit einer fehlenden Qualifikation eines Spieles bzw. Spielautomaten auseinanderzusetzen. *Rechtsstaatlich völlig korrekt* hält das Bundesgericht fest, *«...der Betrieb eines Glücksspielautomaten ausserhalb konzessionierter Spielbanken kann den Tatbestand von Art. 56 Abs. 1 lit. a SBG [d. i. des Übertretungstatbestandes] nur erfüllen, nachdem der Automat durch Verfügung der zuständigen ESBK als Glücksspielautomat qualifiziert worden ist und allfällige Rechtsmittel gegen diese Verfügung keine aufschiebende Wirkung haben»*.<sup>5</sup>

Vor einem entsprechenden Entscheid der ESBK fehlt es an der notwendigen Qualifikation. Das soll – seit diesem höchstrichterlichen Entscheid – nach Ansicht der ESBK merkwürdigerweise eine Strafbarkeitslücke darstellen, weshalb sie offenbar versucht, diese Lücke zu schliessen, indem sie versucht, das Betreiben eines Automaten, der noch nicht qualifiziert wurde, als Verletzung der Vorführungspflicht von Spielautomaten in Art. 56 Abs. 1 lit. c SBG zu qualifizieren.<sup>6</sup> Das erscheint uns höchst problematisch, weshalb im Folgenden Abgrenzungs- bzw. Vorführungspflicht und ihre verwaltungsstrafrechtlichen Folgen erläutert werden sollen.

## III. Allgemeine Begriffserklärung

### A. Geschicklichkeits- und Glücksspiele

Das Spielbankengesetz enthält in Art. 3 eine Legaldefinition der Abgrenzung von Glücksspielen, die es in Abs. 1 SBG wie folgt definiert: *«[...] Spiele, bei denen gegen Leistung eines Einsatzes ein Geldgewinn oder ein anderer geldwerter Vorteil in Aussicht steht, der ganz oder überwiegend vom Zufall abhängt.»* Auffallend ist, dass in Absatz 2 und 3 dann Glückspielautomaten und Geschicklichkeitsspielautomaten definiert werden, eine Legaldefinition des Geschicklichkeitsspieles selbst aber fehlt. Einzig über die Definition des Geschicklichkeitsspielautomaten in Art. 3 Abs. 3 SBG lässt sich erahnen, was gemeint ist. Dort nämlich wird bestimmt, dass bei einem Geschicklichkeitsautomaten der *«... Gewinn von der Geschicklichkeit des Spielers abhängen muss»*.<sup>7</sup> Bemerkenswert ist, dass hier von der Definition jeglicher Gewinn erfasst wird und nicht nur ein pekuniärer (vgl. dagegen Art. 1 Abs. 1, der ausdrücklich von *«Geldgewinn oder ein[em] andere[n] geldwerte[n] Vorteil»* spricht). Dogmatisch kann ein Spiel ausschliesslich in eine dieser zwei Kategorien, also Glücks- oder Geschicklichkeitsspiel, fallen. Die Kategorien schliessen sich gegenseitig aus. Auch scheint keine dritte, undefinierte Kategorie von

<sup>2</sup> Art. 48 Abs. 1 SBG, BGE 131 II 680, E. 2.3.3.

<sup>3</sup> Art. 64. Abs. 3 VSBG.

<sup>4</sup> BGE 138 IV 106.

<sup>5</sup> BGE 138 IV 106, E. 5.3.2.

<sup>6</sup> Jahresbericht der Eidgenössischen Spielbankenkommission 2014, 18.

<sup>7</sup> Art. 3 Abs. 3 SBG.

Spielen beabsichtigt,<sup>8</sup> sonst hätte das in Art. 3 SBG festgehalten werden müssen. Ansonsten hätte sich die Abgrenzung der Spiele in Form einer Legaldefinition ja erübrigt. Die Aufzählung ist demnach abschliessend.

Vorbehalten bleiben einzig die Vorschriften über das Lotteriegesez.<sup>9</sup> Denn auch Lotteriespiele sind vorwiegend vom Zufall abhängig und nur im Rahmen einer Bewilligung zulässig.<sup>10</sup>

Während eine Abwägung im Einzelfall verwaltungsrechtlich vielleicht Sinn ergibt, verletzt ein solches Vorgehen das strafrechtliche Bestimmtheitsgebot ganz offensichtlich.

Die Abgrenzung der Spieltypen ist nötig, weil Glücksspiele nur innerhalb einer konzessionierten Spielbank angeboten werden dürfen.<sup>11</sup> Das Anbieten von Glücksspielen ausserhalb einer Spielbank wird als Übertretungstatbestand mit Bussen bis zu CHF 500 000 bestraft.<sup>12</sup> Erfasst sind davon auch telekommunikationsgestützte Durchführungen von Glücksspielen, weil auch sie gemäss Art. 5 SBG generell verboten sind. *E contrario* ergibt sich daraus logisch

zwingend (aber entgegen der Auffassung der ESBK),<sup>13</sup> dass das Betreiben von Geschicklichkeitsspielautomaten grundsätzlich legal sein muss. Dass es mit Pflichten verbunden, und bei Nichteinhaltung dieser Pflichten mit Sanktionen belegt werden kann, ändert daran nichts.

### B. Glücksspielautomaten

Gemäss Legaldefinition ist ein Glücksspielautomat ein Gerät, das ein Glücksspiel anbietet, das im Wesentlichen automatisch abläuft.<sup>14</sup> Der Glücksspielautomat muss, aus logischer Ableitung des Glücksspiels (Art. 3 Abs. 1 SBG), zugleich ein Geldspielautomat sein. Es bedarf also eines Einsatzes – meist wohl in Form von Geld oder zuvor aufgeladenem Kredit. Ob das zutrifft, kann gemäss Bundesgericht nicht über eine generelle Definition des Glücksspielautomaten bestimmt, sondern muss im Einzelfall und nach Betrachtung der gesamten Umstände und deren Gewichtung entschieden werden.<sup>15</sup> Die Ursache des Problems liegt bereits in der Botschaft, denn sie will «alle Spielgeräte erfass[en], an denen der Spieler nach Leistung eines Einsatzes einen in den wesentlichen Teilen automatischen Spielablauf auslösen kann, der im Gewinnfall mit Auszahlung oder Gutschrift eines Geldgewinns oder eines anderen Vermögenswerten Vorteils endet».<sup>16</sup> Diese breite Umschreibung ist nicht ein Versehen, sondern soll, wie ausdrücklich gesagt wird, zukünftige Entwicklungen vorausnehmen und erfassen: «Mit dieser Umschreibung kann der auch künftig zu erwartenden dynamischen Entwicklung im Bereich der automatischen Spielgeräte Rechnung getragen werden.»<sup>17</sup> Wurden einst als Glücksspielautomat der klassische «einarmige Bandit» und ähnliche Geräte verstanden, können heute aufgrund aktueller technischer Lösungen auch Laptops als Glücksspielautomaten qualifiziert werden.

<sup>8</sup> Botschaft zum Bundesgesetz über das Glücksspiel und über die Spielbank vom 26. Februar 1997, BBl 1997 II 145, 169.

<sup>9</sup> Art. 1 Abs. 2 SBG.

<sup>10</sup> Art. 1 und Art. 5 ff. LG.

<sup>11</sup> Art. 4 Abs. 1 SBG.

<sup>12</sup> Art. 56 Abs. 1 lit. a SBG.

<sup>13</sup> Jahresbericht der Eidgenössischen Spielbankenkommission, 2015, 20.

<sup>14</sup> Art. 3 Abs. 2 SBG; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 16.03.2015, B-6067/2013, E. 2.1.

<sup>15</sup> BGE 138 IV 106, E. 5.3.2.

<sup>16</sup> Botschaft zum Bundesgesetz über das Glücksspiel und über die Spielbank (Fn. 8), 169.

<sup>17</sup> A. a. O.

Das Bundesverwaltungsgericht hat deshalb zur Qualifikation von Glückspielautomaten notwendigen Kriterien entwickelt,<sup>18</sup> die allerdings mehr Verwirrung stiften als Klärung bringen: Hauptkriterium sei, dass Laptop- oder Computerstationen durch technische bzw. elektronische Einrichtungen Zugriff auf eine Glücksspielplattform ermöglichen.<sup>19</sup> Relevant könne auch sein, ob ein allfälliges Bezahlssystem (bspw. ein Notenlesegerät) angeschlossen sei, das direkte Barzahlungen am Computer zulasse, wobei auch wesentlich sei, ob es sich um «handelsübliche Geräte» handle, «die auch zur Bezahlung legaler Inhalte im Internet verwendet werden können».<sup>20</sup> Deutlich wird, dass trotz der Einschränkungen recht unklar bleibt, was nun ein Glücksspielautomat sei.

Die Erweiterung vom klassischen Glücksspielautomaten auf nahezu jedes technische Gerät ist höchst problematisch. Damit nämlich lässt sich *zum Voraus überhaupt nicht mehr feststellen, ob ein Gerät ein Glücksspielautomat ist oder nicht*. Waren früher Glücksspielautomaten auf den ersten Blick als solche erkennbar (wie z. B. der einarmige Bandit), können nach dem Verständnis der Botschaft und trotz der Einschränkungen des Bundesverwaltungsgerichtes nun auch Geräte als Glücksspielautomat gelten, die für einen ganz anderen Zweck hergestellt wurden. Während eine Abwägung im Einzelfall verwaltungsrechtlich vielleicht Sinn ergibt, verletzt ein solches Vorgehen das strafrechtliche Bestimmtheitsgebot ganz offensichtlich, wenn Unklarheiten der gesetzlichen Bestimmung zulasten des Beschuldigten ausgelegt werden. Respektiert man das Bestimmtheitsgebot und die Vorgaben des Bundesverwaltungsgerichtes,

<sup>18</sup> Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 16.03.2015, B-6067/2013, E. 3.6: «Um die Laptops als Glücksspielautomaten qualifizieren zu können, müssen sie sich von üblichen Computerstationen darin unterscheiden, dass sie den Zugang zu elektronischen Glücksspielen (Online-Angebote oder festinstallierte Programme) ermöglichen, während dies und die Leistung von Spieleinsätzen sowie die Auszahlung der Gutschrift von Gewinnen mit handelsüblichen Geräten nicht möglich wäre.»

<sup>19</sup> Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 16.03.2015 B-6067/2013, E. 3.6.

<sup>20</sup> Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 16.03.2015 B-6067/2013, E. 3.6.2.

namentlich dass sich Laptops und Computerstationen nur als Geldspielautomaten qualifizieren lassen, wenn sie sich von üblichen Computerstationen unterscheiden (das Bundesverwaltungsgericht spricht zwar nur von Glücksspielautomaten, doch muss dasselbe gelten für alle Geldspielautomaten), so können sich Zweifel an der Qualifikation des Laptops nicht zu Lasten des Betroffenen auswirken. Die Unterscheidung verlangt zudem, dass die Geräte öffentlich zugänglich sind, den Zugang zu Glücks- oder Geschicklichkeitsspielen ermöglichen und mit einem Bezahlssystem verbunden sind, das nur der Bezahlung illegaler Inhalte dient und nicht auch für die Bezahlung legaler Inhalte verwendet werden kann.

#### IV. Vorführungspflicht von Glücksspielautomaten

##### A. Vorführungspflicht im Lichte der bisherigen Rechtsprechung

Glücksspiel und Vorführungspflichten haben vorwiegend die Rechtsprechung beschäftigt, die weil sich die Lehre vornehm zurückhielt. Die ESBK hat bis zum erwähnten wegweisenden Urteil des Bundesgerichts vom 16. März 2012<sup>21</sup> das Anbieten bzw. Aufstellen von Glücksspielautomaten durchweg als Übertretung nach Art. 56 Abs. 1 lit. a SBG verfolgt. Dieser Weg bleibt ihr seither verwehrt. Sofern Glücksspiele nicht zuvor rechtskräftig und per Publikation als solche qualifiziert wurden, kann mangels Qualifikation des Spiels nicht von einem Anbieten eines Glücksspiels gesprochen werden. Das erscheint aus der Sicht des Strafrechts völlig evident, dennoch sieht die ESBK darin merkwürdigerweise eine Strafbarkeitslücke:

*Sofern das Spielangebot bei Tatbegehung noch nicht formell innerhalb eines Verwaltungsverfahrens qualifiziert worden ist, kann der Täter gemäss Rechtsprechung des Bundesgerichts nicht mehr nach Art. 56 Abs. 1 Bst. a SBG für das Organisieren von illegalen Glücksspielen oder für den Betrieb von Glücksspielen ins Recht gefasst werden. In einem solchen Fall muss der*

<sup>21</sup> BGE 138 IV 106.



*Betrieb des Automaten aufgrund einer anderen Strafnorm des SBG geahndet werden, ansonsten dies zu einer Strafbarkeitslücke führen würde.<sup>22</sup>*

Dazu ist vorweg der Begriff der Strafbarkeitslücke zu erläutern. Wenn einem Menschen für sein Verhalten ein Vorwurf gemacht wird, dann ist erste Voraussetzung dafür, dass er überhaupt hatte erkennen können, wie er hätte handeln sollen. Daraus ergibt sich unmittelbar nicht nur der Bestimmtheitsgrundsatz (Art. 1 StGB), also das Prinzip, dass ein Verhalten nur dann strafbar sein kann, wenn es vorgängig für strafbar erklärt wurde, sondern ebenso unmittelbar der sog. fragmentarische Charakter des Strafrechts, also die Tatsache, dass immer – und zwar notwendigerweise – die ganz überwiegende Mehrheit aller je möglichen Verhaltensweisen straffrei ist, bis sie eben durch eine Norm für strafbar erklärt wird: Erlaubt ist, was nicht verboten ist. Bezeichnete «Strafbarkeitslücke» mithin nur die Strafflosigkeit, so bestünde die Welt aus einer einzigen grossen Strafbarkeitslücke. Entsprechend meint der Begriff natürlich nicht dies, sondern bezeichnet nichts anderes, als dass ein bestimmter Sachverhalt strafflos ist, obwohl dies den Wünschen desjenigen widerspricht, der den Begriff verwendet.

Nun obliegt aber die Entscheidung, welche Sachverhalte strafbar sein sollen, nicht der Exekutive, sondern dem Gesetzgeber. Es irritiert deshalb bereits, wenn die ESBK nur schon eine Strafbarkeitslücke feststellt. Selbst wenn man ihr aber darin folgen wollte, dass Ziel des SBG sei, den Betrieb von Glücksspielautomaten ausserhalb von Spielbanken zu verhindern, ergeben sich daraus weder die Notwendigkeit noch die Legitimität einer Strafe, denn dies würde ja voraussetzen, dass Verhaltenssteuerung nur über Strafe erreicht werden kann. Das aber trifft schlicht nicht zu, vielmehr ist äusserst zweifelhaft, ob Strafe überhaupt ver-

haltenssteuernd wirken kann.<sup>23</sup> Höchst irritierend erscheint deshalb, wenn die ESBK nach anderen Wegen sucht, das Anbieten von Spielen ausserhalb von Spielbanken zu bestrafen, bevor sie als Glücksspiele qualifiziert wurden.

Eine Vorführungspflicht kann Privatpersonen nur dann treffen, wenn bereits vor der Vorführung klar ist, dass es sich um einen Geldspielautomaten handelt.

Die ESBK selbst geht davon aus, dass es keine Alternative gibt, das Betreiben von Glücksspielautomaten ausserhalb von Spielbanken zu sanktionieren, bevor sie durch Feststellungsverfügung der ESBK als solche qualifiziert wurden. Das hielt die ESBK in einem Verfahren vor Bundesgericht als Beschwerdegegnerin selbst fest: Sie sehe bei Privaten, die Glücksspielautomaten in ihren Räumlichkeiten aufstellten und deren Gebrauch zum Glücksspiel anböten, keine Möglichkeit, solches Verhalten durch den Übertretungsstrafatbestand nach Art. 56 Abs. 1 lit. c SBG zu erfassen (Aufstellen von Spielsystemen oder Glücksspielautomaten ohne Prüfung, Konformitätsbewertung oder Zulassung zum Zweck des Betriebs), weil diese Bestimmung nur Spielsysteme und Glücksspielautomaten innerhalb konzessionierter Spiel-

<sup>22</sup> Jahresbericht der Eidgenössischen Spielbankenkommission 2014, 18.

<sup>23</sup> Nach der kriminologisch völlig unstrittigen Erkenntnis, dass weder die Strafart noch die Strafhöhe die Rückfallwahrscheinlichkeit relevant beeinflussen.

banken erfasse; die Vorführungspflicht könne «nicht zum Gegenstand haben, einen Glücksspielautomaten vorführen zu müssen, der für den Betrieb ausserhalb von konzessionierten Spielbanken verwendet werden soll; denn diese Verwendung sei ohnehin schon gemäss Art. 4 Abs. 1 SBG per se verboten».<sup>24</sup> Weil aber erst die Qualifikationsverfügung einen Automaten zum Glücksspielautomaten macht, kommt vorher auch der Übertretungsstraftatbestand von Art. 56 Abs. 1 lit. a SBG (Organisieren oder gewerbsmässiges Betreiben von Glücksspielen ausserhalb konzessionierter Spielbanken) nicht in Betracht.<sup>25</sup> Der ESBK sind deshalb beim Vorfinden eines derartigen Automaten mangels vorgängiger Qualifikationsverfügung die Hände gebunden.

Ausser Streit sollte stehen, dass der Betrieb eines Automaten, der noch nicht als Glücksspielautomat qualifiziert worden ist, nicht vom Übertretungsstraftatbestand von Art. 56 Abs. 1 lit. a SBG erfasst wird (Betreiben von Glücksspielen ausserhalb konzessionierter Spielbanken), weil ja nicht feststeht, ob überhaupt ein Glücksspiel vorliegt. Das Anbieten von Glücksspielen ist zwar strafbar. Dazu aber ist ein vorgängiges Qualifikationsverfahren notwendig, in welchem das fragliche Spiel oder der fragliche Spielautomat per Feststellungsverfügung als Glücksspiel bzw. Glücksspielautomat qualifiziert wurden. Erst danach ist der Betrieb strafbar. Aus strafrechtlicher Sicht ist selbst das Abstellen auf publizierte Feststellungsverfügungen für neue Verfahren und die entsprechenden Spiele in diesen Verfahren höchst problematisch. Die Feststellung, dass es sich bei einem automatisierten Spiel um ein Glücksspiel handelt, hängt gemäss Art. 3 Abs. 1 SBG davon ab, ob der in Aussicht gestellte Gewinn ganz oder überwiegend vom Zufall abhängt. Handelt es sich bei dem zu qualifizierenden Spiel nicht um ein Glücksspiel, das wie etwa Roulette ausschliesslich auf dem Zufall basiert, könnte mittels Softwareupdate der Gewinnkoeffizient eines jeden Spieles so verändert

werden, dass der Gewinn nicht mehr überwiegend vom Zufall, sondern fortan vom Geschick des Spielers abhängig ist. Als analoges Beispiel kann das Glücksspiel Black Jack genannt werden, das talentierten Spielern, die verbleibende Karten im Deck zählen können, eine erhebliche Steigerung der Gewinnchancen ermöglicht. Selbst das Abstellen auf bereits bestehende Qualifikationsverfügungen kann aus strafrechtlicher Sicht folglich nicht genügen, da das automatisierte Spiel durch eine einzige Veränderung des Quellencodes nicht mehr die gleiche Software darstellt und deshalb nicht mehr dem bereits qualifizierten Glücksspiel gleicht. Die ESBK versucht deshalb neuerdings, diese Qualifikation zu umgehen, indem sie (entgegen ihrer früheren Auffassung)<sup>26</sup> behauptet, bereits das Aufstellen von Glücksspielautomaten sei strafbar, weil für Glücksspielautomaten eine Vorführungspflicht gemäss Art. 61 ff. VSBG bestehe. Das Unterlassen der Vorführung sei nach Art. 56 Abs. 1 lit. c SBG strafbar. Bisher hat sich das Bundesgericht konkret zu dieser Frage noch nicht geäussert.

### **B. Vorführungspflicht gemäss Spielbankengesetz**

Während die Qualifikation von Glücksspiel und Glücksspielautomat durch die Rechtsprechung präzisiert wurde, bereiten Vorführungspflicht und Sanktionierung bei deren Unterlassung nach wie vor Probleme. Art. 56 Abs. 1 lit. c SBG bestraft, wer «Spielsysteme oder Glücksspielautomaten ohne Prüfung, Konformitätsbewertung oder Zulassung zum Zwecke des Betriebs aufstellt».

Wären nicht auch allgemein Spielsysteme erfasst, so bestünde die Strafnorm ausschliesslich aus einer Selbstreferenz. Denn um zu wissen, ob eine Vorführungspflicht besteht, muss bekannt sein, ob es sich um einen Glücksspielautomaten handelt, und dazu muss das Qualifikationsverfahren eben gerade durchlaufen werden. D.h. um zu wissen, ob eine Vorführungspflicht besteht, muss man das Gerät

<sup>24</sup> BGer, 6B\_709/2011, E. 2.4.1.

<sup>25</sup> BGE 138 IV 106, E. 5.3.2.

<sup>26</sup> BGer, 6B\_709/2011, E. 2.4.1.

vorführen. Um zu wissen, ob man der Pflicht untersteht, muss man sich also verhalten, als bestünde sie. Um der Strafbarkeit nach Art. 56 Abs. 1 lit. c SBG zu entgehen, müsste man die Norm also auch dort einhalten, wo gar keine entsprechende Pflicht besteht. Das ist gleichbedeutend mit einer allgemeinen Vorführpflicht für alle Geräte. Das kann nicht richtig sein. Leider hilft auch der Begriff des «Spielsystems» nicht weiter. Doch kann auch dieser Begriff nicht jedes System meinen, da sonst jede Software, jeder Laptop etc. vorgeführt werden müsste. Die ESBK ist sich dieses Problems bewusst und ging einst davon aus, dass die Vorführpflicht für Glücksspielautomaten nach Art. 61 ff. VSBG nur Spielbanken treffen kann.<sup>27</sup>

Weil das Betreiben von Glücksspielautomaten ausserhalb von Spielbanken für Private verboten ist, wäre es gänzlich widersinnig, eine Vorführpflicht für sie anzunehmen.

Die Regelung der Zulassung von Glücksspielautomaten obliegt dem Bundesrat,<sup>28</sup> der dies mit der Verordnung zum Spielbankengesetz, insbesondere in Art. 61 ff. VSBG getan hat. Art. 61 Abs. 1 VSBG bestimmt, dass der Kommission jeder Geschicklichkeits- und Glücksspielautomat vorgeführt werden muss. Ausnahmen ergeben sich einzig im Fall von Art. 62

<sup>27</sup> BGER, 6B\_709/2011, E. 2.4.1.

<sup>28</sup> Art. 6 Abs. 1 SBG.

für Glücksspielautomaten, die entweder bereits zertifiziert wurden und für solche, die typengleich sind und für die entsprechende Zertifizierungsdokumente vorgelegt werden können. Damit wäre nun eine Antwort gefunden, könnte man meinen. Doch täuscht diese Hoffnung. Zum einen kann eine Vorführpflicht für alle Automaten, unabhängig davon, ob Geschicklichkeit und Glücksspiel, deshalb nicht bestehen, weil die Vorführpflicht von Glücksspielautomaten nur Spielbanken betrifft. Ausserhalb von Spielbanken sind Glücksspiele nach Art. 4 Abs. 1 und Art. 5 SBG ja ohnehin verboten. Wollte man also auch Private der Vorführpflicht für Glücksspielautomaten unterstellen, so wäre dies sinnwidrig, denn auch geprüfte Geräte blieben trotz Prüfung und Qualifikation verboten. Zum anderen aber nennt zwar Art. 61 Abs. 1 VSBG neben Glücksspiel- auch Geschicklichkeitsautomaten, doch nennt Art. 56 Abs. 1 lit. c SBG neben Glücksspielautomaten auch andere «Spielsysteme». Als solche Spielsysteme können nur nicht qualifizierte Spielautomaten bzw. Geschicklichkeitsspielautomaten gelten, wobei wieder unklar bleibt, was ein solches Spielsystem alles erfasst, nachdem ja nicht sinnvoll sein kann, dass jeder Laptop vorgeführt werden muss. Weitere Kriterien wären also nötig.

Art. 56 Abs. 1 lit. c SBG ist als Unterlassungsdelikt ausgestaltet. Auch allgemeine Spielsysteme sind davon erfasst, was korrekt und mit der Pflicht von Art. 61 VSBG kongruent scheint. Eine Einschränkung, Private von der Vorführpflicht für Geschicklichkeitsspielautomaten auszunehmen, lässt sich weder aus der Botschaft noch aus dem Gesetz selbst entnehmen. Die Entscheidung, ob es sich bei dem vorgeführten Geldspielautomaten um einen *Geschicklichkeits-* oder einen Glücksspielautomaten handelt, obliegt der ESBK.<sup>29</sup> Die Bundesverfassung statuiert demgegenüber in Art. 106 Abs. 3 BV, dass einzig der Kanton für Bewilligung und Beaufsichtigung von *Geschicklichkeitsspielen* zuständig ist. Damit besteht ein Kom-

<sup>29</sup> Art. 64 Abs. 1 VSBG.

petenzproblem und es ist unklar, wer für das Bewilligungsverfahren bzw. die Beaufsichtigung und Qualifikation von Geschicklichkeitsspielen zuständig ist. Der Vollständigkeit halber sei präzisiert, dass Art. 61 VSBG von Geschicklichkeitsspielautomaten spricht, während Art. 106 Abs. 3. lit. c BV nur Geschicklichkeitsspiele nennt. Eine Differenzierung zwischen einerseits Geschicklichkeitsspielen in Kompetenz der Kantone und Geschicklichkeitsspielautomaten in Kompetenz des Bundes bzw. der ESBK scheint aber sinnwidrig. Vielmehr muss wohl von einem gesetzgeberischen Versehen gesprochen werden. Art. 106 Abs. 3 lit. c BV muss sich deshalb wohl auch auf Geschicklichkeitsspielautomaten beziehen.

### **C. Fazit zur Vorführungspflicht gemäss SBG**

Eine Vorführungspflicht für Glücksspiele und Glücksspielautomaten trifft nur Spielbanken. Das ergibt sich einerseits (1) aus dem Verbot von Glücksspielen und Glücksspielautomaten ausserhalb konzessionierter Spielbankenbetriebe, andererseits (2) aus der Feststellung, dass Konzessionär eines Spielbankenbetriebs laut SBG ausschliesslich eine juristische Person sein kann.<sup>30</sup> Auch Private unterliegen der Vorführungspflicht für Geldspielautomaten, sie können aber, weil sie überhaupt keinen Anspruch auf eine entsprechende Konzession (zum Anbieten von Glücksspielen und Glücksspielautomaten) erlangen können, nicht Subjekt der Vorführungspflicht für Glücksspielautomaten sein.

Neben Glücksspielautomaten werden vom Übertretungstatbestand in Art. 56 Abs. 1 lit. c SBG aber auch andere Spielsysteme erfasst. Als solche Spielsysteme können nur nicht qualifizierte Spielautomaten bzw. Geschicklichkeitsspielautomaten gelten, wie sich aus der Legaldefinition und Abgrenzung von Art. 3 SBG ergibt. Was nicht Glücksspiel ist, kann nur Geschicklichkeitsspiel sein. Umgekehrt muss, was (noch) nicht als Glücksspiel qualifiziert wurde, als Geschicklichkeitsspiel gelten. Ansonsten ergäbe sich eine dritte Gruppe von

Spielen, die aber nicht vorgesehen ist. Das wäre auch mit dem strafrechtlichen Bestimmtheitsgebot nicht vereinbar. Als Resultat muss deshalb jedes Spiel, bevor es per rechtskräftige Feststellungsverfügung als Glücksspiel qualifiziert wurde, als Geschicklichkeitsspiel gelten. Dasselbe muss für Glücksspielautomaten gelten, die unmittelbar von der Definition bzw. Qualifikation als Glücksspiel abhängen.

Bei Spielautomaten müssen zusätzliche Kriterien erfüllt sein, damit sie in die der Kompetenz der ESBK fallen. Ansonsten müsste jeder öffentlich zugängliche Laptop als potenzieller Spielautomat gelten und vorgeführt werden. Weil die Kriterien zur Annahme eines Spielautomaten nach der Rechtsprechung von mehreren Umständen und deren Gewichtung abhängt<sup>31</sup>, lässt sich zum Voraus nicht bestimmen, was als Glücks- und was als Geschicklichkeitsspielautomat zu gelten hat und demnach vorgeführt werden muss. Der Übertretungstatbestand von Art. 56 Abs. 1 lit. c SBG läuft mithin, genau wie lit. a desselben Artikels, ins Leere, weil seine Anwendung die eigene Anwendung bereits voraussetzt. Jeder Geldspielautomat muss ja vorgeführt werden, damit die ESBK die ihr nach Art. 61 SBV ff. obliegende Qualifikation vornehmen kann. Bereits vor dieser Qualifikation aber stellt sich die Frage, ob das fragliche Gerät als Geldspielautomat zu qualifizieren ist bzw. ob die entsprechenden Kriterien erfüllt sind, weshalb es vorgeführt werden muss.

Auch Private müssen Geldspielautomaten vorführen. Im Vorfeld ist indes meist unklar, ob es sich beim fraglichen Gerät um einen Geldspielautomaten handelt. Die Pflicht zur Vorführung begrenzt sich auf Geräte, die noch nicht als Geldspielautomaten qualifiziert wurden und innerhalb dieser Gruppe auf Geschicklichkeitsautomaten. Die Pflicht zur Vorführung ist paradox, weil nicht jeder Laptop vorgeführt werden kann und unklar ist, was als Geldspielautomat gelten soll, die Pflicht zur Vorführung aber gerade an diesen Begriff anknüpft. Es

<sup>30</sup> Art. 11 SBG.

<sup>31</sup> BGE 138 IV 106, E. 5.3.2.

besteht also erhebliche Rechtsunsicherheit, da in keiner Weise klar ist, welche Geräte eigentlich unter die Vorführungspflicht fallen. Ein vorwerfbares Unterlassen im Sinne von Art. 56 Abs. 1 lit. c SGB wird nur in sehr wenigen Fällen bestehen. Denn eine entsprechende Vorführungspflicht kann Privatpersonen nur dann treffen, wenn bereits vor einer Vorführung klar ist, dass es sich beim fraglichen Gerät um einen Geldspielautomaten handelt. Aus der bundesverwaltungsrechtlichen Rechtsprechung ergibt sich, dass es sich nur um einen vorführpflichtigen Geldspielautomaten handeln kann, wenn an den Spielautomaten wenigstens ein Gerät zur Leistung von Spieleinsätzen, bspw. ein Notenlesegerät, angeschlossen und auch die Auszahlung der Gutschrift von Gewinnen möglich ist.<sup>32</sup>

## V. Verwaltungsstrafrechtliche Folgen

### A. Vorführungspflicht

Mit Ausnahme der als Glücksspielautomaten qualifizierten Geräte, die von Privaten nicht betrieben werden dürfen und für deren Betrieb sie auch keine Konzession erhalten, trifft Private für die übrigen Geldspielautomaten («Spiele-systeme») eine Vorführungspflicht. Vorwerfbar und strafbar nach Art. 56 Abs. 1 lit. c SGB ist das Unterlassen der Vorführung für Private allerdings nur dann, wenn es sich um einen Geldspielautomaten handelt. Ob das zutrifft, ist indes sehr schwer abzuschätzen, weil es auf mehrere Elemente und deren Gewichtungen ankommt. Aufgrund der abschliessenden Aufzählung von Spielarten und Spielautomaten im SGB kann es sich, bis zu einer anderslautenden Qualifikation durch die ESBK, bei einem Geldspielautomaten nur um einen Geschicklichkeitsspielautomaten handeln. Alles andere würde (analog zum Entscheid des Bundesgerichts)<sup>33</sup> das strafrechtliche Bestimmtheitsgebot und den Grundsatz *nulla poena sine lege* verletzen.

<sup>32</sup> Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 16.03.2015, B-6067/2013, E. 3.6.

<sup>33</sup> BGE 138 IV 106.

Bleibt die Frage nach den «Spiele-systemen» bzw. Geschicklichkeitsspielautomaten. Handelt es sich beim fraglichen Gerät nicht klarerweise um einen Geldspielautomaten, sondern bloss um ein Gerät, das zum Geldspielautomaten tauglich ist (Laptop, PC etc.), kann eine Vorführungspflicht Privater nicht bestehen. Die Frage, ob ein Gerät ein Geldspielautomat sei oder nur dazu tauglich ist, ist in der Praxis äusserst schwierig abzuschätzen, da ja gerade das Qualifikationsverfahren durch die ESBK diese Abgrenzung leisten soll.

Ist ein Gerät möglicherweise zum Geldspielautomaten tauglich oder erscheint es klarerweise als solches, so besteht eine Vorführungspflicht Privater. Klar ist aber auch, dass es sich bis zur anderslautenden Qualifikation durch die ESBK um einen Geschicklichkeitsspielautomaten handelt.

Weil von Art. 56 Abs. 1 lit. c SGB auch andere Spiele-systeme erfasst werden, ist das Unterlassen des Vorführens eines Geschicklichkeitsspielautomaten erfasst und mit Busse strafbar. Weil die ESBK erst in einem entsprechenden Qualifikationsverfahren die Möglichkeit hat, einen Geldspielautomaten als Glücksspielautomaten zu qualifizieren, kann sie beim Auffinden eines Geldspielautomaten nicht rückwirkend von einem Glücksspielautomaten ausgehen. Geldspielautomaten sind bis zum Zeitpunkt ihrer Qualifikation deshalb Geschicklichkeitsspielautomaten. Anzumerken ist letztlich, dass selbst der Begriff «Spiele-system» nicht jedes Spiel erfassen kann, sondern ein separat mit dem Spiel verbundenes System im Sinne einer technischen Vorrichtung voraussetzt. Ansonsten wären wiederum alle Spiele erfasst, auch solche ohne geldwerte Vorteile.

Daraus ergibt sich Zweierlei: Erstens ist die Verletzung der Vorführungspflicht als gering einzustufen, da es sich nicht um illegale Spielautomaten handelt. Verletzt wird eine Ordnungsvorschrift. Geschicklichkeitsspielautomaten müssen zwar vorgeführt werden, sind aber grundsätzlich legal. Einzig eine kantona-

le Bewilligung muss zuvor eingeholt werden. Das vorwerfbare Unterlassen erscheint entsprechend gering und eine allfällige Busse wäre eher tief anzusetzen.

Zweitens stellt sich die Frage einer Ersatzforderung, bzw. der Einziehung des Gewinnes.

### B. Einziehung des Gewinnes

Es kann sich durchaus eine Situation ergeben, in der Private wegen Aufstellens eines Geschicklichkeitsspielautomaten nach Art. 56 Abs. 1 lit. c SBG bestraft werden, obwohl Geschicklichkeitsspielautomaten an sich legal, obgleich bewilligungspflichtig sind. Es stellt sich deshalb die Frage, ob die Verletzung der Vorführungspflicht als Anlasstat reicht, um einen – grundsätzlich legalen! – Gewinn per Ersatzforderung gemäss Art. 2 VStrR i.V.m. Art. 70f. StGB einzufordern.

Ob ein Sachverhalt strafbar ist oder nicht, muss für den Beschuldigten erkennbar sein, bevor ein Gericht die Frage entschieden hat.

Unbestritten ist, dass auch eine Übertretung als Anlasstat ausreichen kann, um erlangte Vermögenswerte einzuziehen.<sup>34</sup> In jedem Fall aber muss ein Konnex bestehen zwischen Anlasstat und unrechtmässig erlangtem Vorteil. In der Praxis finden sich Beispiele, die sich mit

einer ähnlichen Problematik befassten. So hat das Bundesgericht entschieden, dass die blosser Verletzung von Meldepflichten gemäss KMG nicht zur Einziehung führt, wenn die Ausfuhr der Güter objektiv legal war bzw. bei korrekter Meldung hätte bewilligt werden können.<sup>35</sup> Ebenso verhält es sich mit den Einnahmen einer Prostituierten ohne fremdenrechtliche Arbeitsbewilligung, da die Einnahmen aus einem objektiv legalen Rechtsgeschäft stammen.<sup>36</sup>

Der Konnex zwischen Anlasstat und unrechtmässigem Vorteil fehlt prinzipiell dort, wo die Anlasstat eine Verletzung einer blossen Ordnungsvorschrift darstellt, der unrechtmässige Vorteil aber grundsätzlich legal erwirtschaftet wurde bzw. werden kann.

Ersatzforderungen bei spielbankenrechtlichen Übertretungstatbeständen sind da problemlos, wo es sich um illegales Glücksspiel handelt. Denn ausserhalb von Spielbanken Glücksspiele anzubieten, ist per se verboten und illegal. Umgekehrt ist eine Ersatzforderung beim Übertretungstatbestand nach Art. 56 Abs. 1 lit. c SBG per se eigentlich ausgeschlossen. Denn erstens können Private für Glücksspielautomaten (auch nach Auffassung der EBSK) nicht vorführungspflichtig sein. Zweitens darf sich gemäss strafrechtlichem Bestimmtheitsgebot eine mangelnde Qualifikation oder Feststellbarkeit nicht zu Ungunsten des Beschuldigten auswirken. Ist also fraglich, ob es sich (1) überhaupt um einen Geldspielautomaten handelt, und (2) aufgrund der bestehenden und abschliessenden Kategorien von Spielarten im SBG zweifelsfrei, dass es sich nur um einen Geschicklichkeits- oder Glücksspielautomaten handeln kann, so muss (3) vor einer rechtskräftigen Verfügung der ESBK von einem Geschicklichkeitsspielautomaten ausgegangen werden. Gewinn durch Geschicklichkeitsspielautomaten kann aber grundsätzlich legal generiert werden. Eine rückwirkende Qualifikation eines Gerätes als Glücksspielautomat und eine

<sup>34</sup> Florian Baumann, in: M. A. Niggli/H. Wiprächtiger (Hrsg.), Basler Kommentar zum Strafrecht I, 3. Auflage, Basel 2013, Art. 70/71 N 17.

<sup>35</sup> BGER, 6B\_425/2011, E. 5.5.1; Baumann, BSK (Fn. 34) Art. 70/71 N 33.

<sup>36</sup> BGER, 6B\_188/2011, E. 2.5; Baumann, BSK (Fn. 34) Art. 70/71 N 33.

zugehörige rückwirkende Qualifikation als illegal kann nicht zulässig sein. Der fragliche Gewinn kann demnach nicht als konnextaugliches Objekt eingefordert werden.

## VI. Zusammenfassung

Die weite Auslegung der Begriffe des SBG, die auch künftige, dynamische Entwicklungen im Bereich der automatischen Spielgeräte erfassen will<sup>37</sup>, kann verwaltungstechnisch sinnvoll sein. Damit wird aber der Rahmen so weit gefasst, dass eigentlich jeder Laptop aufgrund seiner Tauglichkeit zum Anbieten von Glücks- und Geschicklichkeitsspielen vorgeführt werden müsste. Das aber würde nicht nur zu einer völligen Überlastung der ESBK führen, so dass sie ihre Hauptaufgabe nicht mehr erfüllen könnte, es wäre auch rechtsstaatlich kaum vertretbar. Eine Beschränkung der Vorführungspflicht auf Geldspielautomaten erscheint deshalb unabdingbar. An der Definition des «Geldspielautomaten» hat sich das Bundesverwaltungsgericht bereits versucht<sup>38</sup>; doch ist die Definition so vage, dass nichts anderes bleibt, als jeweils im Einzelfall zu entscheiden, ob es sich in casu um einen Geldspielautomaten handelt oder nicht. Nota bene: Mit der Qualifikation als «Geldspielautomat» ist noch nichts darüber gesagt, ob es sich um einen Glücks- oder einen Geschicklichkeitsspielautomaten handelt. Das Gerät wird fortan einzig von der Vorführungspflicht erfasst, weshalb die Verletzung dieser Pflicht strafrechtlich verfolgt wird.<sup>39</sup> Daraus ergibt sich die erste Selbstreferenz des Systems: Wenn nicht klar ist bzw. erst von der ESBK entschieden werden muss, ob es sich überhaupt um einen Geldspielautomaten handelt, und erst dies die Vorführungspflicht begründet, wird das Qualifikationsverfahren eigentlich überflüssig. Das Bundesgericht hat mehrfach festgehalten, dass mangels vorgängiger Qualifikation des Spiels bzw. des Geld-

spielautomaten nicht der Richter feststellen kann, ob es sich beim fraglichen Spielautomaten um einen Glücks- oder Geschicklichkeitsspielautomaten handelt, weshalb mangels vorgängiger Qualifikation des Spiels eine Strafe nach Art. 56 Abs. 1 lit. a SBG wegen illegalen Glücksspiels entfallen muss.<sup>40</sup>

Die Frage einer allfälligen Bestrafung nach Art. 56 Abs. 1 lit. c SBG wegen Verletzung der Pflicht, Glücksspielautomaten und Spielsysteme vorzuführen, wurde zwar aufgeworfen,<sup>41</sup> aber bis dato nicht beantwortet. Hier nämlich ergibt sich ein ähnliches Problem. Der Begriff des «Spielsystems» soll die dynamische Entwicklung des Glücksspiels berücksichtigen und zukünftige Entwicklungen erfassen. Dennoch können damit nicht alle Spielsysteme bzw. technischen Geräte gemeint sein, was das Bundesgericht korrekt festgestellt hat.<sup>42</sup> Vorführungspflichtig sind Private nur für Geräte, die nicht als Glücksspielautomaten qualifiziert wurden und die deshalb (bis zu anderslautender Qualifikation) Geschicklichkeitsspielautomaten darstellen. Weil das Betreiben von Glücksspielautomaten ausserhalb von Spielbanken für Private verboten ist, wäre es gänzlich widersinnig, eine Vorführungspflicht für sie anzunehmen. Böte ein Privater einen (als solchen qualifizierten) Glücksspielautomaten an, so unterläge dies unbestrittenermassen Art. 56 Abs. 1 lit. a SBG.

Umgekehrt schliessen das Bestimmtheitsgebot sowie die Grundsätze *in dubio pro reo* und *nulla poena sine lege* praktisch aus, dass es sich bei einem Gerät derart klar um einen Geldspielautomaten handeln kann, dass eine Pflichtverletzung nach Art. 56 Abs. 1 lit. c SBG entsteht. Wenn für den Rechtsunterworfenen nicht klar ist bzw. nicht klar sein kann, was genau als Geldspielautomat zu qualifizieren ist, weil es keine klaren und abschliessenden Kriterien

<sup>37</sup> Botschaft zum Bundesgesetz über das Glücksspiel und über die Spielbank (Fn. 8), 169 f.

<sup>38</sup> Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 16.03.2015, B-6067/2013, E. 3.6.

<sup>39</sup> Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 16.03.2015, B-6067/2013, E. 3.1.

<sup>40</sup> BGE 138 IV 106, E. 5.3.2.; BGer, B6\_709/2011, E. 2.4.2.

<sup>41</sup> BGer, B6\_709/2011, E. 2.4.2.

<sup>42</sup> Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 16.03.2015, B-6067/2013, E. 3.6

dafür gibt, kann ihm das Unterlassen der Vorführung eines solchen Gerätes auch nicht vorgeworfen werden.

Mangels vorgängiger Qualifikation kann ja von einem Glücksspielautomaten ohnehin nicht gesprochen werden. Einem Privaten könnte also höchstens die unterlassene Vorführung eines Geschicklichkeitsspielautomaten vorgeworfen werden.

Ist das fragliche Gerät ein Geschicklichkeitsspielautomat und besteht die Verletzung in der Unterlassung der Vorführung, kann ein allfälliger Gewinn nicht illegal sein, da einzig Vorschriften zur Vorführung bzw. zur Bewilligung verletzt wurden. Der erwirtschaftete Gewinn müsste deshalb legal sein und eine Ersatzforderung kann nicht entstehen. Ebenso müsste die Busse relativ tief angesetzt werden.

Die aktuelle Situation bleibt ebenso unklar wie vor dem bundesgerichtlichen Urteil von 2012. In Fällen, in denen Private ein Gerät betreiben, das grundsätzlich tauglich ist, als Geldspielautomat verwendet zu werden, ist eine Bestrafung nach dem Übertretungstatbestand von Art. 56 Abs. 1 lit. c SGB ebenso ausgeschlossen wie eine nach lit. a. Die Norm ist selbstreferentiell und setzt – mangels Qualifikation und klarer Kriterien zur Definition eines Geldspielautomaten – ihre eigene Anwendung voraus, bevor sie angewandt werden kann. Wenn nicht klar ist, was ein Geldspielautomat ist, kann dafür auch keine Vorführungspflicht

bestehen. Erst die entsprechende Qualifikation durch die ESBK würde eine Bestrafung nach Art. 56 Abs. 1 lit. a und lit. c SGB ermöglichen

Angemerkt sei abschliessend Folgendes: Bei allem Respekt vor dem Willen zur Strafe sei daran erinnert, dass eine Strafe bestimmte Voraussetzungen kennt. Vorweg ist dabei die Bestimmtheit der Strafnorm zu nennen, denn nur wenn der Täter weiss, wie er sich verhalten sollte, kann ihn ein Vorwurf treffen, es nicht getan zu haben. Die Bestimmtheit der Norm ist also logisch notwendige Voraussetzung der Strafe, weshalb Art. 1 StGB auch Verfassungsrang zukommt. Werden Normen geschaffen, die nicht genügend bestimmt oder gar bestimmbar sind, so kommt eine Strafe nicht in Frage. In weiten Teilen des Verwaltungsrechts stellt sich dasselbe Problem (erinnert sei nur an Art. 49a des Kartellgesetzes) und einziger Ausweg ist, eine Beurteilung der Sachlage durch die Behörde mit anschliessender strafbewehrter Verfügung (Art. 292 StGB) für zukünftiges Verhalten, nicht für vergangenes Verhalten. Die Unbestimmtheit einer verwaltungsrechtlichen Norm lässt sich mit einer Strafe schlicht nicht in Übereinstimmung bringen. Ob ein Sachverhalt strafbar ist oder nicht, muss für den Beschuldigten erkennbar sein, bevor ein Gericht es entschieden hat, ansonsten ihm schlicht kein Vorwurf gemacht werden kann. Dieser Vorwurf aber ist eigentlicher Kern der Strafe. Ohne ihn kann keine Strafe ausgefällt werden, und was ausgefällt wird, kann keine Strafe darstellen.





# Andrej

*Alain Joset*

Endlich ist es still. Ruhig ist es nur selten und nachts. Andrej ist wach und schliesst die Augen. In solchen Momenten verschwinden die Umrisse seiner kleinen, einfach eingerichteten Zelle, die – von seinem Bett aus – jeden Tag gleich erscheinen. Andrej erkennt die sanften Hügel seiner Heimatprovinz im Süden Moldawiens. Er hört den Fluss, der durch sein Dorf fliesst und er kann die Geborgenheit des Waldes riechen, der bis nah an sein kleines Haus ragt und ihm seit seiner Jugend so vertraut ist. Manchmal glaubt er gar, den salzigen Wind auf seiner Haut zu spüren, der oft vom Schwarzen Meer her in die Täler Südmoldawiens weht. In solchen Momenten erinnert er sich auch an die feinen Stimmen seiner beiden noch kleinen Kinder und die dunklen Augen seiner Ehefrau. Seine Liebsten, die er seit Wochen vermisst, sind dann ganz nah und wirklich und Andrej kann nicht glauben, dass er hier in der Schweiz in einem Gefängnis sitzt.

Andrej verbrachte eine glückliche Jugend. Er ist gut erzogen und eher schüchtern. Er lebte mit seinen Geschwistern und seinen Eltern in einem kleinen Dorf in der Nähe von Cahul. Andrej ging mehrere Jahre zur Schule und die Familie hatte ein Auskommen. Sein Vater arbeitete als Näher in einer Fabrik, die im Auftrag einer Schweizer Firma Textilien produzierte.

Andrej hat nach der Schule eine Lehre als Möbelschreiner absolviert und ist seit ein paar Jahren verheiratet. Seit Kurzem ist seine bereits betagte Mutter schwer erkrankt. Er konnte in Moldawien keine Arbeit finden, um seine Fa-

milie zu ernähren. Die Fabrik, in der sein Vater lange Jahre gearbeitet hatte, wurde geschlossen, als die Schweizer Firma die Produktion ihrer Textilien nach Südostasien verlagerte. Der Anblick der zerrissenen Kleider seiner hungrigen Kinder und das eigene Unvermögen als Familienvater waren für Andrej unerträglich. Er beschloss, im nahen Ausland auf Arbeitssuche zu gehen, aber niemand hatte Arbeit für ihn. Andrej reiste schliesslich – zusammen mit einem Jugendfreund – unbemerkt in die Schweiz ein. Sein Kollege zeigte und erklärte ihm, wie man effizient und lautlos in Einfamilienhäuser einbricht. Andrej lernte schnell. Der Umgang mit Werkzeugen ist ihm vertraut. Andrej achtete darauf, dass in den Häusern, in die er einstieg, niemand zu Hause war. Er wollte keinen Menschen begegnen. Er verabscheute seine neue Arbeit und hatte – zumindest am Anfang – schreckliche Schuldgefühle. Andrej klaute Schmuck, Unterhaltungselektronik und Bargeld. Ein seltsamer Kollege seines Freundes verhökerte es weiter. Andrej musste im Wald oder bei unsympathischen Bekannten übernachten. Viel Geld verdiente er nicht. Ein bisschen davon konnte er nach Hause schicken. Andrej fror oft, war ungepflegt und vermisste seine Familie.

Eines Tages, im Frühling 2016, wird Andrej von der Polizei in flagranti erwischt und verhaftet. Er leistet keinen Widerstand. Der Polizist erklärt ihm bei der Verhaftung, dass er das Recht habe, eine Rechtsvertretung beizuziehen. Andrej weiss nicht, wie er sich verhalten soll, entschliesst sich dann aber, mit einem Anwalt zu

sprechen. Andrej wartet daraufhin vier Stunden in einer Tageszelle der Staatsanwaltschaft. Dann, endlich, erscheint der Anwalt mit einer Dolmetscherin. Andrej kann sich mit der kurzfristig aufgebotenen Übersetzerin nicht in seiner Muttersprache unterhalten und versteht sie nur teilweise. Andrej will dem unbekanntem Anwalt seine unglückliche und ausweglose Situation erklären, der erwidert ihm jedoch, dass jetzt für seine Geschichte nicht genügend Zeit zur Verfügung stehe. Stattdessen überreicht der Anwalt ihm eine Visitenkarte und erzählt etwas von Strafverteidigung, Berufsgeheimnis des Anwaltes und der Dolmetscherin sowie von einer bevorstehenden Einvernahme. Der Anwalt, der Andrej gegenüber sitzt, ist jung und hat wache Augen. Er wirkt aber irgendwie etwas gelangweilt. Andrej erwidert ehrlich, dass er kein Geld habe, um sich einen Verteidiger leisten zu können. Der Anwalt beruhigt ihn und meint, dass er eine amtliche Verteidigung beantragen würde. In so einem Fall würden die Verteidigungskosten durch den Staat übernommen. Andrej kann das nicht verstehen. In seinem Heimatland arbeitet ein Anwalt immer für denjenigen, der ihn bezahlt. Andrej wird misstrauisch. Der Anwalt rät ihm, anlässlich der bevorstehenden Einvernahme zu schweigen. Auch das kann Andrej nicht verstehen. Er will sich verteidigen. Er will der Welt seine missliche Situation erklären, die Armut in seiner Heimat und die Not seiner Kinder.

Die Einvernahme beginnt. Als Übersetzerin fungiert dieselbe Dolmetscherin wie beim 20-minütigen Gespräch mit dem Anwalt. Sie ist nicht mehr so freundlich und wirkt streng. Manchmal lacht sie zusammen mit dem Polizisten. Andrej fühlt sich betrogen. Er ist verwirrt und er weiss nicht, wie er sich verhalten soll. Die Fragen des Polizisten beantwortet er teilnahmslos, einen Teil der Vorwürfe bestreitet er, einen Teil gibt er zu. In Gedanken ist er bei seiner Familie. Der Anwalt sagt während der ganzen Einvernahme kein Wort. In einer Nebenbemerkung bezeichnet der Polizeibeamte ihn einmal als «typischen Kriminaltouristen». Andrej blickt kurz zu seinem Ver-

teidiger, der gerade wieder mit seinem Smartphone beschäftigt ist, und glaubt, dass die Worte des Polizisten wohl falsch übersetzt worden seien. Andrej fühlt sich alleine.

Am Ende der Befragung erzählt der Polizist etwas von Untersuchungshaft und Gerichtsverhandlung. Der Anwalt klärt ihn auf, dass er keinen festen Wohnsitz in der Schweiz habe und deshalb wegen Fluchtgefahr wohl bis zur Hauptverhandlung in Haft bleiben müsse. Andrej ist wütend. Weil er bei seinen Einbruchdiebstählen unvorsichtig vorgegangen war und etliche Male Spuren hinterlassen hat, macht ihm die Staatsanwältin schwere Tatvorwürfe. Der Haftrichter ordnet drei Monate Untersuchungshaft an. Andrej will sich dagegen wehren, aber der Anwalt sagt, es sei chancenlos.

Den ganzen Tag eingesperrt zu sein, macht Andrej zu schaffen. Zum Glück kann er im Untersuchungsgefängnis schon bald als Kalfaktor arbeiten und etwas Geld verdienen. Er ernährt sich wieder regelmässig und findet genügend Schlaf. Einmal kann er sogar etwas Geld von seinem Pekulium nach Hause schicken.

Jetzt wacht Andrej auf. Das Klopfen an der Türe und die lauten Stimmen müssen ihn geweckt haben. Er muss in den letzten Stunden eingeschlafen sein. Ein Polizist tritt in seine kleine Zelle und drückt ihm ein Dokument in die Hand. Andrej unterzeichnet den Erhalt eines Strafbefehls, der Polizist erzählt etwas von Bewährungsstrafe und nach Hause gehen. Kurze Zeit später wird er in ein anderes Gefängnis verlegt und am nächsten Morgen nach Moldawien ausgeflogen. Von seinem Anwalt hat er nie mehr etwas gehört.

*Andrej hat – trotz allem – Glück gehabt. Wenn er heute straffällig würde, wäre er eine ungleich längere Zeit in Untersuchungs- resp. Sicherheitshaft und von Frau und Kindern getrennt. Da ihm als moldawischer Staatsbürger eine obligatorische Landesverweisung nach Art. 66a Abs. 1 StGB droht, hätte er zwar Anspruch auf eine notwendige*

*Verteidigung, über seine Delinquenz und die Straffolgen müsste aber zwingend das Strafgericht beraten und entscheiden. Andrej würde nicht nur bis zur Ausstellung des Strafbefehls durch die Staatsanwaltschaft, sondern Monate im Gefängnis auf seinen rund zweistündigen Prozess vor Gericht warten. Und auf seine Familie. An der Sanktion – einer Bewährungsstrafe – würde sich durch die gerichtliche Beurteilung nichts Entscheidendes ändern. Ob Andrej – wie früher zusammen mit dem Strafbefehl – eine Fernhalteverfügung der Migrationsbehörden erhält oder wie heute eine Landesverweisung durch das Strafgericht, dürfte ihm egal sein. Die Haft bis zum gerichtlichen Prozess – als provisorische Sicherheitsmassnahme – ist trotz Unschuldsvermutung zur Hauptsanktion*

*mutiert: Ein staatlich verordneter Freiheitsentzug ausserhalb des Strafvollzugs.*

*Vielleicht hat Andrej (nochmals) Glück und kann trotz der rigiden Haftbedingungen während der Monate dauernden Untersuchungs- und Sicherheitshaft im Gefängnis arbeiten und einen Teil seines Pekuliums nach Hause zu seiner Familie schicken. Vielleicht lässt ihn die Gefängnisleitung auch einmal mit seiner Familie telefonieren. Möglicherweise wird Andrej, wenn ihn seine prekäre wirtschaftliche Lage in seinem Heimatland nochmals in die Schweiz treibt, bei Einbruchdiebstählen sorgfältiger vorgehen und sich nicht mehr erwischen lassen. Möglicherweise wird er nie mehr in die Schweiz einreisen.*

# Strafrecht richtet sich an die Allgemeinheit?

Marcel Alexander Niggli

## Schrulliges bundesgerichtliches Verständnis von Strafrecht (BGE 142 II 243)

### I. Das Bundesgericht (BGE 142 II 243, 253 f.)

«Ihrer Natur nach richtet sich [die Sanktion von Art. 33 FINMAG] denn auch nicht an die Allgemeinheit, sondern an Personen in leitender Stellung bei einer oder einem Beaufsichtigten und damit an einen spezifischen Berufsstand, welcher durch die Sanktionsandrohung zu einer im Sinne des Aufsichtsrechts korrekten Berufsausübung angehalten werden soll (...).»

Das Bundesgericht scheint davon auszugehen, dass nur zum Strafrecht zählen kann, was sich an die Allgemeinheit richtet. Leider ist das kreuzfalsch, wie ein kurzer Blick in das Strafgesetzbuch verraten würde. Das Gericht orientiert sich hier offenbar wieder an der EMRK bzw. dem Konzept der strafrechtlichen Anklage (ebenso P. Ch. Hsu/B. Rashid/D. Flühmann, Art. 32 N 10, in: R. Watter/P. Vogt (Hrsg.) BSK, Börsengesetz und Finanzmarktaufsichtsgesetz etc., 2. Aufl., Basel 2011; F. Uhlmann, Berufsverbot nach Art. 33 FINMAG, SZW 2011, 439–448, 442), zu welchen Disziplinarmaßnahmen nach der Praxis des EGMR nicht zählen sollen (was sich ja nicht zuletzt davon herleitet, dass eben die EMRK einen blossen Mindeststandard darstellt und die Vertragsstaaten dadurch in ihren nationalen Regelungen nicht allzu sehr eingeschränkt werden sollen). All dies scheint aus verwaltungsrechtlicher Optik vielleicht sogar richtig oder zumindest vertretbar.

### II. Und die Sonderdelikte?

Würde die Fixierung auf die EMRK und das Konzept der strafrechtlichen Anklage aber nur einmal kurz unterbrochen und die Aufmerksamkeit auf die nationale Gesetzgebung gelenkt, so würde damit vielleicht die Möglichkeit geschaffen, die tatsächlich relevante Frage, nämlich ob etwas eine Strafe darstelle, zu beantworten. Sehr schnell nämlich würde überdeutlich, dass aus der Tatsache, dass eine Disziplinarmaßnahme keine strafrechtliche Anklage i.S. der EMRK darstellt, schlicht nichts, aber auch gar nichts für die Frage folgt, ob es sich dabei um eine Strafe handelt. Diese Frage aber – da ja Art. 1 StGB Verfassungsrang hat – muss in jedem Fall beantwortet werden, wozu – so unglücklich dies scheinen mag – die EMRK bzw. die Rechtsprechung des EGMR herzlich wenig beizutragen vermögen. Denn auf die Frage «Ist das eine Strafe» kann die Antwort ja nicht lauten «Es ist keine strafrechtliche Anklage».

Ein Blick in das Gesetz erhöht die Rechtskenntnis.

Schaut man nämlich nicht auf die EMRK, sondern wirft einen kurzen Blick in das hiesige Strafgesetzbuch, so wird sofort überdeutlich, dass eine Äusserung wie *«Ihrer Natur nach richtet sich [die Sanktion von Art. 33 FINMAG] denn auch nicht an die Allgemeinheit»* als Begründung für fehlenden Strafcharakter einer Bestimmung geradezu homerisches Gelächter auslösen muss.

Selbstverständlich enthält dieser zugegeben bloss nationale Erlass alleine bereits (ganz zu schweigen vom Nebenstrafrecht) eine Vielzahl von Strafbestimmungen, die sich **nicht an die Allgemeinheit**, sondern nur an Personen mit bestimmten Eigenschaften richten. Erwähnt seien z. B. Art. 120 StGB (Schwangerschaftsabbruch. Übertretungen durch Ärzte), Art. 116 StGB (Kindestötung, nur an die Mütter ge-

richtet, und nur für den Geburtsvorgang), Art. 307 StGB (Falsches Zeugnis. Falsches Gutachten. Falsche Übersetzung) oder Art. 317 StGB (Urkundenfälschung im Amt). Solche Delikte bezeichnen wir gemeinhin als Sonderdelikte und noch nie wäre irgendjemandem auch nur der Hauch eines Zweifels gekommen, dass es sich dabei um Strafrecht handelt.

Aus der Tatsache also, dass eine Norm sich nicht an die Allgemeinheit richtet, lässt sich deshalb vielleicht ableiten, dass sie keine strafrechtliche Anklage im Sinne der EMRK darstellt, nicht aber, dass es sich bei ihr nicht um eine Strafnorm handelt. Dies alleine – so hofft der Strafrechtler betroffen – müsste doch wenigstens erreichen, dass auch Verwaltungsrechtler vielleicht einmal ins StGB schauen.

# Pourquoi la torture ne marche pas ?

*Giulietta Mottini*

## Une recension de Shane O'Mara, Pourquoi la torture ne marche pas – L'interrogatoire à la lumière des neurosciences

Pourquoi la torture ne marche pas ?

Quelle importance, serait-on tenté de rétorquer, celle-ci étant moralement insoutenable et strictement interdite par le droit international. Une affaire des siècles passés, pense-t-on. On se surprendrait presque à l'associer aux supplices du Moyen-Âge, imaginant les chairs déchirées, les os cassés et de conclure trop rapidement à sa désuétude.

Or, la torture est une réalité contemporaine pratiquée dans le monde entier et à laquelle les Etats démocratiques n'échappent pas. Que l'on songe au recours à la torture par la France durant la guerre d'Algérie ou par le Royaume-Uni dans le cadre de leur campagne contre l'Armée républicaine irlandaise. Que l'on songe aussi à l'Allemagne reconnue en 2010 responsable de torture par la Cour de Strasbourg en raison de méthodes d'interrogatoire pratiquée par la police sur un prévenu. Que l'on songe encore aux Etats-Unis, amateurs des techniques d'interrogatoire dites renforcées, utilisées sur certains détenus à Guantanamo Bay.

Ces techniques d'interrogatoire dites renforcées sont notamment décrites dans une série de textes juridiques, les Mémos de torture, rendus accessibles en 2009 par l'ancien Président Barack Obama. A titre d'exemple, on y trouve la

« technique du mur » soit le fait de tirer un détenu vers soi avant de le repousser contre le mur d'un coup sec de telle sorte que ses omoplates heurtent le mur en premier. Y figurent aussi la privation de sommeil – pouvant être infligée jusqu'à onze jours d'affilée –, l'enfermement dans un espace confiné durant dix-huit heures ou encore le simulacre de noyade durant lequel un détenu est solidement attaché à une surface plane inclinée, les pieds surélevés, le front et les yeux recouverts d'un bâillon sur lequel est continuellement versé de l'eau.

La variété des méthodes utilisées à Guantanamo Bay est si grande qu'elle en empêche un exposé complet dans le présent article. Néanmoins, pour ne pas faire l'erreur d'être pudique en matière de torture, il me semble nécessaire d'en présenter une dernière : celle consistant à mettre un prisonnier sous perfusion avant de lui injecter de grandes quantités de fluides intraveineux puis de le forcer à se souiller de son urine ou de se promener en laisse en aboyant comme un chien. Vous l'aurez compris, l'imagination représente la seule limite au renforcement des méthodes.

Comme l'illustrent bien ces exemples, la torture prend de nos jours tendanciellement la forme de ce que l'on nomme la torture blanche, laquelle

a pour caractéristique de ne laisser aucune trace sur le corps. L'absence de séquelles physiques visibles ne change rien à l'atrocité ou l'illégalité de telles méthodes, elle en rend toutefois un examen public plus difficile.

De surplus, toutes ces méthodes ont en commun d'être présentées comme des techniques d'interrogatoire, c'est-à-dire d'avoir pour but principal l'obtention de renseignements. Il s'agirait d'encourager le détenu à coopérer en éveillant chez lui un sentiment de malaise, de panique voire un effet de choc ou d'humiliation. Et alors, ça marche ?

La pratique contemporaine de la torture et sa critique font l'objet du livre du chercheur irlandais **Shane O'Mara**, *Pourquoi la torture ne marche pas – L'interrogatoire à la lumière des neurosciences*, traduit récemment en français par Margaret Rigaud.

L'effectivité des méthodes de torture ne repose nullement sur des fondements scientifiques.

Comme nous l'explique **Shane O'Mara** dans son ouvrage, l'effectivité de telles méthodes ne repose nullement sur des fondements scientifiques. Aussi absurde que cela puisse paraître, il semblerait que les séries télévisées aient plus d'influence que la science dans ce domaine. *24 heures chrono*, notamment, aurait profondément influencé la pratique de l'interrogatoire aux Etats-Unis. L'usage de la torture y est représenté comme un moyen efficace d'obtenir l'information cruciale – comprenez impossible à obtenir autrement. En fin de compte, la torture ne serait rien de plus qu'un mal pour un bien.

Faute de mieux, on y recourrait – presque à contrecœur – pour sauver une vie en danger, ou mieux encore, pour le bien de la nation.

Il n'a jamais été prouvé que la torture permette d'obtenir des informations véridiques et fiables. Au contraire, la torture aurait des conséquences radicalement opposées à l'effet recherché.

Afin de comprendre pourquoi la torture ne marche pas, c'est-à-dire pourquoi elle ne permet pas d'obtenir des informations fiables, il est indispensable de connaître le fonctionnement de la mémoire et du langage. Contrairement à ce que l'on pourrait croire, la mémoire et le langage ne servent pas principalement à enregistrer fidèlement nos expériences, respectivement à les relater. Tous deux ont pour objectif premier notre survie au sein d'une structure sociale. Il est très facile d'induire en erreur la mémoire d'une personne, laquelle aura tendance à conformer ses souvenirs à l'opinion du groupe et ainsi à s'adapter à son environnement. Par ailleurs, la mémoire est un processus relativement fragile qui varie selon les circonstances, s'altère au fil du temps, évolue à la lumière de nouvelles informations ou sous l'influence de questions tendancieuses. Autrement dit, la mémoire n'est pas garante de stabilité et la conviction – sous-jacente à l'utilisation de la torture – selon laquelle on pourrait facilement accéder à des informations stockées dans notre mémoire est erronée. Par ailleurs, l'interprétation du langage verbal et non verbal – élément central de tout interrogatoire – n'est de loin pas si évidente qu'elle puisse paraître, celle-ci n'étant pas exempte des influences sociales et culturelles des personnes concernées.

Alors quand est-il de l'efficacité des différentes méthodes de torture ? L'idée selon laquelle imposer des stressseurs aigus, en enfermant une personne ou en la privant de sommeil, stimulera le fonctionnement de sa mémoire est largement répandue. Or, une série d'études menées en neurosciences contredisent clairement une telle croyance : en réalité, les stressseurs aigus affectent particulièrement la mémorisation

d'informations et les capacités visuo-spatiales. Nombreux sont les détenus de Guantanamo Bay à rapporter des hallucinations visuelles et auditives subies en raison de telles pratiques ; un effet absolument contreproductif pour obtenir des informations véridiques.

Tout ceci vaut même si la personne interrogée est désireuse de coopérer ce qui permet de balayer un deuxième stéréotype selon lequel la torture permettrait de palier un manque de motivation du sujet : même une personne qui voudrait collaborer en éprouverait de la difficulté.

Tout ce que l'on peut obtenir par la torture, ce sont des fausses confessions, des pseudo-aveux extorqués par la souffrance. En outre, l'espoir entêté d'obtenir des renseignements par la torture a également pour conséquence le risque de surenchère qui accompagne l'échec répété de telles méthodes.

Soulignons finalement que le scénario d'urgence de la bombe à retardement – souvent utilisé

comme ultime argument – ne rend pas la torture plus effective, d'autant plus que la mise en œuvre des techniques de coercition prend des semaines voire des mois.

A l'heure de l'intensification de la guerre contre le terrorisme et de l'hyper-émotion dans les discours politiques, il me semble adéquat et nécessaire de traiter d'un sujet tel que la torture selon une approche rationnelle et pragmatique ce que **Shane O'Mara** fait à merveille dans un livre à la fois complet et accessible à un large public.

#### **Anmerkung der Redaktion**

Lesenswert zur Folter und ans Herz gelegt seien auch:

- **Jean Améry**: Die Tortur, in: Jenseits von Schuld und Sühne. Bewältigungsversuche eines Überwältigten, 1966, enthalten auch in: Werkausgabe, Bd. 2, 2002.
- **Elaine Scarry**: The Body in Pain, The Making and Unmaking of the World, 1985, dt. Der Körper im Schmerz, 1992.



# Strafrecht & strafrechtliche Anklage

Marcel Alexander Niggli

## Kann der Begriff der strafrechtlichen Anklage (Art. 6 EMRK) definieren, was Strafrecht ist (am Beispiel BGE 142 II 243 zum FINMAG-Berufsverbot)?

### I. BGE 142 II 243, 252 f.

Im Jahr 2016 hat sich das Bundesgericht zum Berufsverbot in BGE 142 II 243, 252 f., E 3.4 wie folgt vernehmen lassen:

«3.4 Gemäss der Rechtsprechung des EGMR liegt eine strafrechtliche Anklage im Sinne von Art. 6 Ziff. 1 EMRK vor, wenn alternativ entweder das nationale Recht eine staatliche Massnahme dem Strafrecht zuordnet oder die Natur des Vergehens oder die Art und Schwere des Vergehens und/oder die Sanktion für einen strafrechtlichen Charakter sprechen (vgl. zu den Engel-Kriterien ausführlich BGE 140 II 384 E. 3.2.1 S. 388 f.; BGE 139 I 72 E. 2.2.2 S. 78 f.; grundlegend Urteil des EGMR Engel gegen Niederlande vom 8. Juni 1976, Serie A Bd. 22). Das gegen den Beschwerdeführer ausgesprochene Berufsverbot hat seine Rechtsgrundlage in Art. 33 FINMAG und damit im Kapitel über die aufsichtsrechtlichen Instrumente eines wirtschaftspolizeilichen Erlasses (Art. 5 FINMAG; zur wirtschaftspolizeilichen Natur des Finanzmarktaufsichtsrechts vgl. anstatt vieler KILGUS, Expertengutachten betreffend die Regulierungs- und Kommunikationstätigkeit der FINMA, erstattet dem Eidgenössischen Finanzdepartement, vom 4. August 2014, [www.news.admin.ch/NSBSubscriber/message/attachments/37802.pdf](http://www.news.admin.ch/NSBSubscriber/message/attachments/37802.pdf), [...], N. 30).

[...]

*Gilt das Verfahren auf Erlass eines Berufsverbots im Sinne von Art. 33 FINMAG nicht als eine strafrechtliche Anklage im Sinne von Art. 6 Ziff. 1 EMRK und Art. 14 Ziff. 3 lit. g UNO-Pakt II, finden die aus diesen Bestimmungen abgeleiteten Garantien (oben E. 3.3) keine Anwendung.»*

Das mag ja sein. Greift aber schlicht zu kurz und erinnert fatal an die in jüngerer Zeit entwickelte Gewohnheit von Rechtsstudenten, auf eine beliebige Frage von irgendeiner verfassungsrechtlichen Relevanz – statt erst einmal die Verfassung selbst zu konsultieren – sofort die EMRK als Antwort anzuführen, gleich einer Bibel, die auf alle Fragen die Antwort enthält (leider ganz ähnlich G. Braidi, L'interdiction d'exercer selon l'art. 33 LFINMA, SZW 2013, 204–219, 215 f.; D. Graf, Berufsverbote für Gesellschaftsorgane, AJP 2014, 1195–1206, 1201 f.; F. Uhlmann, Berufsverbot nach Art. 33 FINMAG, SZW 2011, 439–448, 441; P. Ch. Hsu/B. Rashid/D. Flühmann, Kommentar zu Art. 32, in: R. Watter/P. Vogt (Hrsg.) BSK, Börsengesetz und Finanzmarktaufsichtsgesetz etc., 2. Aufl., Basel 2011). Dieser Fokus ist leider falsch. Kreuzfalsch.

1. Zum einen legt die EMRK nur einen prozessualen **Mindeststandard** fest, weshalb daraus nicht viel abgeleitet werden kann. Die Garantien müssen zudem nur einmal im Verlaufe des ganzen Verfahrens verwirklicht

werden bzw. – noch schöner – im Verfahren insgesamt über alle Instanzen, also als Ganzes. Wären dies tatsächlich die einzigen Verfahrensgarantien die das Schweizer Strafprozessrecht böte, so sähe es schlimm aus um unsere Zukunft. Nicht zuletzt durch die andauernden Verweise auf die EMRK – ganz so als gäbe es daneben nichts anderes – bewegen wir uns tatsächlich auf einen Zustand zu, der als Goldstandard gelten soll, aber wohl eher ein Kupfer- oder gar Bleistandard darstellt. Das führt zu einer klaren Reduktion der nationalen Prozessgarantien, wollte man sich tatsächlich daran orientieren.

2. Zum anderen aber sei daran erinnert, dass das **StGB seit 1942 in Kraft** ist, die EMRK von 1951 datiert und für die Schweiz erst 1974 in Kraft getreten ist. Das StGB aber enthält, was man den auf das Verwaltungsrecht orientierten Juristen vielleicht hin und wieder in Erinnerung rufen sollte, einen Art. 1 (das sog. Bestimmtheitsgebot), dem nach einhelliger Lehre und Rechtsprechung Verfassungsrang zukommt (Art. 1 [1. Keine Sanktion ohne Gesetz]: *Eine Strafe oder Massnahme darf nur wegen einer Tat verhängt werden, die das Gesetz ausdrücklich unter Strafe stellt.*). Es kann ja nicht wirklich sein, dass diese Bestimmung über 30 Jahre unbestimmt war, weil sie auf die EMRK warten musste zu Bestimmung ihres Gehaltes.

Dasselbe Gesetz enthält in Art. 333 StGB eine Bestimmung, nach welcher die Allgemeinen Bestimmungen (Art. 1–110 StGB, sog. Allgemeiner Teil) auf Strafnormen anderer Gesetze Anwendung findet (Art. 333 [Anwendung des Allgemeinen Teils auf andere Bundesgesetze]: <sup>1</sup> *Die allgemeinen Bestimmungen dieses Gesetzes finden auf Taten, die in andern Bundesgesetzen mit Strafe bedroht sind, insoweit Anwendung, als diese Bundesgesetze nicht selbst Bestimmungen aufstellen.*).

## II. Strafrechtliche Anklage vs. Strafe

Das Konzept der strafrechtlichen Anklage ist in Art. 6 EMRK statuiert und grundsätzlich

prozessual. Es bezweckt die Garantie eines «fairen Verfahrens» und meint daher primär das Recht auf ein unabhängiges und unparteiisches Gericht und ein öffentliches Verfahren (Art. 6 Abs. 1 EMRK). Wird etwas als strafrechtliche Anklage qualifiziert, so fliessen daraus (Art. 6 Abs. 2 und 3 EMRK) spezifische Garantien, namentlich die Unschuldsvermutung sowie bestimmte Verfahrensrechte (rechtliches Gehör etc.).

Aus diesem Fokus wird die Praxis des EGMR verständlich, Disziplinar massnahmen (insbesondere bei Strafgefangenen, Soldaten etc.) nicht als strafrechtliche Anklagen zu qualifizieren. Denn andernfalls müssten die entsprechenden Verfahren vor unabhängigen, unparteiischen Gerichten öffentlich geführt werden, was häufig nahezu unmöglich wäre.

Deutlich wird damit aber auch, dass damit noch überhaupt nichts darüber gesagt ist, was denn eine Strafe sei. Diese Frage bleibt für das Konzept der strafrechtlichen Anklage notwendig belanglos dort, wo es eben nicht um die entsprechenden Verfahrensgarantien geht. Genau das Gegenteil aber gilt für die Garantien des nationalen Rechts, insbesondere die verfassungsrechtliche Garantie des Bestimmtheitsgrundsatzes (Art. 1 StGB) und die Anwendbarkeit der allgemeinen Bestimmungen des Strafgesetzbuches (Art. 333 StGB).

Der Begriff der Strafe hat in Art. 1 StGB die Bedeutung, dass nach den Voraussetzungen einer Strafbestimmung überhaupt gefragt wird:

1. Ist die Bestimmung so klar formuliert, dass der Rechtsunterworfenen wissen konnte, was strafbar ist und was nicht?
2. Ist die Bestimmung so klar formuliert, dass der Rechtsunterworfenen – vor der inkriminierten Handlung – erkennen konnte, welche Konsequenzen ein Verstoß gegen diese Bestimmung haben würde?

Der Begriff der Strafe hat in Art. 333 StGB die Bedeutung, über die Anwendung der Garantien

des AT StGB zu entscheiden, also z. B. über den sog. subjektiven Tatbestand (Art. 12 StGB: Strafbarkeit nur bei Vorsatz bzw. bei Fahrlässigkeit nur dort, wo dies ausdrücklich statuiert wird), die Verjährung (Art. 97 ff. StGB), Irrtum (Art. 13 StGB), Versuch (Art. 22 f. StGB), Teilnahme (Art. 24 f. StGB), aber auch über Rechtfertigung und Schuld. Zu alledem kann natürlich der Begriff der strafrechtlichen Anklage nichts beitragen. Entsprechend lässt sich mit ihm auch nicht entscheiden, ob Disziplinar-massnahmen grundsätzlich, oder wenigstens eine spezifische Disziplinar-massnahme eine Strafe sei nach Schweizer Recht. Die Frage ist keine unbedeutende, wie sofort deutlich ist, wenn bedacht wird, dass eine Verneinung dazu führt, dass weder Bestimmtheitsgrundsatz, noch subjektive Elemente, noch Verjährung, Rechtfertigung oder Schuldausschlussgründe anwendbar sind.

Nicht alles, was Strafrecht ist (Art. 1 und 333 StGB), stellt auch eine strafrechtliche Anklage (Art. 6 EMRK) dar.

### III. Konsequenzen

Daraus ergibt sich zweierlei:

1. Was eine Strafe sei, muss sich ohne Referenz auf die EMRK und die Praxis der europäischen Organe bestimmen lassen. Und es sollte auch ohne Referenz darauf geschehen, denn es kann sich ja – als Beispiel seien nochmals Disziplinar-massnahmen angeführt – daraus gar nicht ergeben, weil Fragen der Bestimmtheit, Rechtfertigung, Schuld oder Verjährung sich eben nicht aus

Bedingungen des urteilenden Gerichtes oder prozessualen Rechten herleiten lassen.

Da sowohl Art. 1 als auch Art. 333 StGB den Begriff der Strafe verwenden, muss bestimmbar sein, was eine Strafe sei, ohne auf internationale Verträge abzustellen. Nicht nur, weil es ja 30 Jahre lang gar nicht anders möglich war, sondern auch weil eine Verfassungsbestimmung (Art. 1 StGB hat Verfassungsrang) ihren Gehalt nicht durch einen kündbaren internationalen Vertrag erhalten kann bzw. – noch deutlicher – durch die Rechtsprechung eines internationalen Gerichtes. Die EMRK bestimmt ja selbst nicht, was eine Strafe sei, das tut alleine der EGMR.

Die Kriterien dafür, was eine Strafe ist, können deshalb mit Sicherheit nicht in den sog. Engel-Kriterien bestehen.

2. Die Prinzipien des Schweizer Strafrechts, die in Art. 1–111 StGB statuiert werden, müssen unabhängig von der Qualifikation eines Sachverhaltes als «strafrechtliche Anklage» nach der EMRK Anwendung finden, und zwar unmittelbar aus Art. 333 StGB, sofern es sich bei der entsprechenden staatlichen Reaktion um eine Strafe handelt. Dazu zählen u. a. immerhin das Bestimmtheitsgebot (Art. 1 StGB), das Schuldprinzip (Art. 12 StGB), aber auch die Verjährung (Art. 97 ff. StGB).

Hier ist nicht der Ort, all dies zu unternehmen. Nachdrücklich hingewiesen sei aber darauf, dass die Verneinung einer Qualifikation als «strafrechtliche Anklage» und damit die Feststellung, die prozessualen Garantien der EMRK seien nicht anwendbar, schlicht in keiner Art und Weise genügen kann für die Frage, ob eine Norm eine Strafe statuiere. Die hiesigen verfassungsrechtlich (Art. 1 StGB) und strafrechtlich (Art. 333 StGB) gewährten Garantien können ja nicht durch eine Verneinung der Anwendung von Art. 6 EMRK aufgehoben bzw. negiert werden. Die Nicht-Anwendbarkeit der nationalen (verfassungsrechtlichen und gesetz-

lichen) Garantien muss – so dürfte doch ausser Zweifel sein – eigenständig und unabhängig von der EMRK begründet werden. Dazu aber wird der Hinweis, es handle sich nach nationalem Recht um administrative Sanktionen schlicht nicht ausreichen, denn Sanktionen sind Strafen (vgl. hierzu: Niggli, Was ist eine Sanktion? ContraLegem 2018/2, in dieser Nummer). Das führt notwendig zur Anwendung dieser Garantien. Symptomatisch dürfte sein, dass keine der vorstehend angeführten Quellen Art. 1 oder Art. 333 StGB auch nur erwähnt!

Nach dem Vorstehenden erscheint deshalb völlig zweifelsfrei, dass der Begriff der «Strafe» umfassender und weiter ist als derjenige der «strafrechtlichen Anklage». Mit anderen Worten: **Nicht alles, was Strafrecht ist (Art. 1 und 333 StGB), stellt auch eine strafrechtliche Anklage (Art. 6 EMRK) dar.**

Nochmals sei auf Art. 1 StGB hingewiesen, der unter dem Titel «Keine Sanktion ohne Gesetz»

Strafen und Massnahmen versteht, wobei beide, also sowohl die Verhängung einer Strafe als auch einer Massnahme die Erfüllung eines strafrechtlichen Tatbestandes voraussetzen. Für beide gilt das verfassungsrechtliche Bestimmtheitsgebot. Eine Massnahme unterscheidet sich von einer Strafe nur dadurch, dass sie keine Schuld bei der Erfüllung des Tatbestandes voraussetzt. Höchst verräterisch ist, dass das Bundesgericht, das mit verzweifelter Phantasie Argumente erfindet, warum ein Berufsverbot keine Strafe sei, warum also das Gericht im selben Entscheid (E. 2.2) die Anwendung des Berufsverbotes auf ein Individuum (für Unternehmen existiert es ja gar nicht) ausdrücklich (und völlig zurecht) von einem **kausalen und schuldhaften Verhalten** abhängig macht. Dies aber ist bei einer Massnahme nicht angezeigt. Das Gericht geht also selbst davon aus, dass es eine Strafe verhängt, sonst nämlich wäre die Schuld, eine – im Gesetz gar nicht geforderte Bedingung – schlicht nicht nötig.

# Höchststrichterlicher Schabernack beim FINMAG-Berufsverbot 1

Marcel Alexander Niggli

## Vom kuriosen Umgang des Bundesgerichtes mit Literatur (BGE 142 II 243)

### I. Das Bundesgericht zitiert

Es mag vielleicht den einen oder anderen interessieren, wie das Bundesgericht seine Auffassungen belegt, d. h. wie es mit Belegen umgeht. Nachfolgend ein leider typisches Beispiel. Es stammt aus BGE 142 II 243, 252.

«Ungeachtet der repressiven Elemente, welche das **Berufsverbot** im Sinne von Art. 33 FINMAG ebenfalls enthält (Botschaft FINMAG, BBl 2006 2848, 2882 zu Art. 33) **ist diese Sanktion nach nationalem Recht als administrativ und nicht als strafrechtlich zu qualifizieren** (Uhlmann, a. a. O., S. 442; Braidì, a. a. O., S. 216; Graf, a. a. O., S. 1201; Hsu/Bahar/Flühmann, a. a. O., N. 5f., N. 8 und 10 zu Art. 33 FINMAG; vgl. auch für die gesetzgeberischen Vorarbeiten Sanktionen in der Finanzmarktaufsicht, II. Teilbericht der vom Bundesrat eingesetzten Expertenkommission Zimmerli [Expertenbericht Zimmerli], S. 13f., S. 22f., [www.admin.ch/ch/d/gg/pc/ind2004.html](http://www.admin.ch/ch/d/gg/pc/ind2004.html), unter: Bericht über die Sanktionen in der Finanzmarktaufsicht; zu den repressiven Sanktionen als eine Kategorie verwaltungsrechtlicher Massnahmen anstatt vieler JAAG/HÄGGI, in: VwVG, Praxiskommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, 2009, N. 5 zu Art. 41 VwVG).»

Man gewinnt daraus notwendig den Eindruck, dass die fragliche Norm, das Berufsverbot nach Art. 33 FINMAG, nach Meinung der vorbrin-

genden Autoren – trotz seiner repressiven Natur – kein Strafrecht, sondern Verwaltungsrecht sei. Was sagen die zitierten Quellen wirklich?

### II. Die zitierten Quellen

#### A. G. Braidì, *L'interdiction d'exercer selon l'art. 33 LFINMA*, SZW 2013, 204–219, 216

«Tout d'abord, concernant la classification de l'interdiction d'exercer en droit national, aussi bien la doctrine que la jurisprudence s'accordent à dire que l'art. 33 FINMA n'a pas été conçu comme une norme pénale. En effet, la LFINMA prévoit l'interdiction d'exercer, selon sa systématique, sous la section <autres moyens de surveillance> (art. 29 ss LFINMA) et non pas sous les dispositions pénales des art. 44 ss LFINMA. De plus, l'infliction d'une sanction d'interdiction d'exercer ne débouche pas sur une inscription dans le casier judiciaire. Il est donc exact que les mesures susceptibles d'être prises par la FINMA sur la base de l'art. 33 LFINMA relèvent du droit administratif en Suisse. **Toutefois, ce point n'est pas déterminant dans le contexte de l'art. 6 CEDH.**

Ensuite, s'agissant de la nature de l'infraction, autant le Message LFINMA que la FINMA elle-même ne cachent pas le **caractère répressif de l'interdiction d'exercer**. Comme il a été argumenté, **autant la nature que le but de la mesure vont au-delà de la <simple> surveillance**

*des marchés, et nous laissent entrevoir le caractère punitif et dissuasif de la norme. En effet, elle vise explicitement à prévenir la répétition d'infractions futures et à punir les comportements fautifs passés. Or, selon la CourEDH, ces éléments sont autant d'indices qui témoignent de la nature pénale d'une disposition.»*

Sehr deutlich, ja überdeutlich wird hier gesagt, dass Art. 33 FINMAG über die blosser Marktauf-sicht hinausgehe und punitiven und abschreckenden Charakter aufweise. Das Berufsverbot wolle strafend und zukünftigen Rechtsbrüchen vorbeugend (also spezialpräventiv, sprich abschreckend) wirken. Deutlicher lässt sich eine Norm nicht als Strafrecht charakterisieren.

«Ungeachtet der repressiven Elemente, welche das Berufsverbot im Sinne von Art. 33 FINMAG ebenfalls enthält ...»

**B. D. Graf, Berufsverbote für Gesellschaftsorgane, AJP 2014, 1195–1206, 1201**

«Im Gegensatz zur Gewährsbestimmung handelt es sich beim von der FINMA für die Dauer von bis zu fünf Jahren ausgesprochenen Berufsverbot i.S.v. Art. 33 FINMAG um eine explizit gegen das Individuum verfügte Massnahme, die vom im Finanzmarktrecht ansonsten geltenden Grundsatz der Institutsaufsicht abweicht. Es bezweckt einerseits den Anlegerschutz und ist andererseits darauf ausgerichtet, die Funktionsfähigkeit und das Vertrauen der Marktteilnehmer in die Finanzmärkte sicherzustellen. Anders als die Gewährsmassnahme ist das **Berufsverbot generalpräventiven und vor allem repressiven Charakters**, indem die fehlbaren

*Personen für ihr vergangenes, individuell vorwerfbares Fehlverhalten sanktioniert werden sollen.»*

Die fragliche Norm hat danach generalpräventiven (also die Allgemeinheit abschreckenden) und repressiven Charakter. Ziel ist die Bestrafung individuell vorwerfbares Verhaltens. Damit wird die Bestimmung ohne jeden vernünftigen Zweifel als Strafnorm qualifiziert, gleichgültig ob sie nun dem Straf- oder dem Verwaltungsrecht zugerechnet wird.

**C. P. Ch. Hsu/B. Rashid/D. Flühmann, Kommentar zu Art. 32, in: R. Watter/P. Vogt (Hrsg.) BSK, Börsengesetz und Finanzmarktaufsichtsgesetz etc., 2. Aufl., Basel 2011**

N 5 «Die der FINMA mit Art. 33 FINMAG übertragene Kompetenz ist ein wichtiges Element des verwaltungsrechtlichen Sanktionsinstrumentariums der Aufsichtsbehörde. **Gemäss der Botschaft FINMAG bezwecken die neu geschaffenen und in der FINMA vereinten Sanktionskompetenzen einerseits den Schutz der Gläubiger, Anleger und Versicherten als Marktteilnehmer (Individualschutz) sowie andererseits die Sicherstellung der Funktionsfähigkeit und des Vertrauens in die Finanzmärkte (...).**»

N 6 «Das Berufsverbot gem. Art. 33 FINMAG ist **repressiver Natur und ermöglicht der FINMA, fehlbare Personen in Fällen von gravierenden Widerhandlungen gegen das Aufsichtsrecht zu sanktionieren. Zentral ist dabei der generalpräventive Zweck** und die Verwirklichung der Ziele der Finanzmarktaufsicht (vgl. Botschaft FINMAG, 2882; Bericht Finanzmarktkrise, 27; FINMA-Leitlinien, Ziff. 1 und 2). **Weiter soll mit dem Berufsverbot auch das individuelle Fehlverhalten der verantwortlichen Person geahndet werden.**»

N 8 «Das Berufsverbot des Art. 33 FINMAG ist eine verwaltungsrechtliche Sanktion (...), welche durch die FINMA im Rahmen eines eingreifenden Verwaltungsverfahrens (...) nach den Regeln des Verwaltungsverfahrensgesetzes verfügt werden kann.»

Was «verwaltungsrechtliche Sanktion» meint, wird in N 9 erläutert:

N 9 «Das Fehlen von Gewährspflichten bei Funktionen unterhalb der Gewährsschwelle weist auf den **Sanktionscharakter des Berufsverbots für das Individuum** hin.»

Auch hier ergibt sich ohne jeden vernünftigen Zweifel, dass die Bestimmung nach der Ansicht der Autoren eine Strafnorm darstellt. Wenn sie repressiver Natur ist und gravierende Widerhandlungen sanktionieren soll, so spricht das bereits für sich. Dass sie generalpräventiven (also abschreckenden) Zweck haben und individuelles Fehlverhalten der verantwortlichen Person ahnden soll, bestätigt diese klare Sachlage. Natürlich kann man all dem auch Verwaltungsrecht sagen, aber es ändert eben nichts daran, dass es sich um Verwaltungs**straf**recht handeln muss.

**D. T. Jaag/R. Häggi Furrer, Kommentar zu Art. 41, in: VwVG, B. Waldmann/Ph. Weissenberger (Hrsg.) Praxiskommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, Zürich 2009 (ebenso die 2. Auflage 2016)**

Die vorstehende Schlussfolgerung wird bestätigt durch den abschliessenden Verweis des BGer auf **Jaag/Häggi** zur Kategorie verwaltungsrechtlicher Massnahmen. Dort nämlich steht Folgendes:

N 5 «Mittels **pönaler Sanktionen (oder repressiver Sanktionen)** wird ein pflichtwidriges Verhalten des Bürgers **bestraft**; hingegen **wird damit der rechtmässige Zustand nicht wiederhergestellt. Pönale Sanktionen sollen von zukünftigem pflichtwidrigem Verhalten abhalten. Sie weisen somit einen strafenden und (general-) präventiven Charakter** auf. Art. 41 Abs. 1 VwVG sieht als pönale Sanktionen Strafen gestützt auf andere Bundesgesetze (lit. c) sowie wegen Ungehorsams gemäss Art. 292 StGB (lit. d)).»

### III. Resultat

Dass ein Gericht eine andere Meinung vertritt als die Literatur, ist nicht aussergewöhnlich. Dass Referenzen bzw. Quellen, die zum Gegenteil der gerichtlichen Position sprechen, einfach ignoriert werden, kommt ebenfalls vor. Und selbst dass ein Gericht basierend auf diesen Quellen zu gegenteiligen Schlüssen kommt, liesse sich zur Not mit seiner Beschränktheit erklären. Dass es aber genau diese Quellen als Beleg seiner eigenen, diametral gegenläufigen Meinung angibt, erscheint doch recht unverschämt. Studentische Arbeiten dieser «Qualität» würden ohne nähere Begründung zurückgegeben. Erschreckend und beschämend zugleich ist, dass unser höchstes Gericht – unser höchstes (!) Gericht – auf diesem (!) fachlichen Niveau arbeitet.

# Qui a peur du droit pénal ?

Louis Frédéric Muskens

## La fausse bonne idée des sanctions administratives

### I. Sanctions administratives et défiance envers le droit pénal

La LCart (RS 251) et la LFINMA (RS 956.1) prévoient toutes deux des sanctions dites administratives. Il s'agit de mesures répressives ordonnées par une autorité administrative à l'issue d'une procédure administrative. Elles se distinguent des infractions de droit pénal accessoire prévues par ces mêmes lois (cf. art. 54 ss LCart ; art. 44 ss LFINMA), soumises à la procédure du droit pénal administratif (DPA, RS 313.0 ; art. 57 al. 1 LCart ; art. 50 al. 1 LFINMA).

Les sanctions administratives de la LCart et de la LFINMA sont nées au tournant du XXI<sup>e</sup> siècle, à quelques années d'intervalle, de l'émergence d'une certaine défiance vis-à-vis du droit pénal, plus précisément de la peur que celui-ci ne soit pas assez sévère, efficace ou dissuasif. La création de sanctions de droit pénal administratif entendait également combler de prétendues insuffisances du droit pénal (administratif).

L'introduction de l'interdiction d'exercer de l'art. 33 LFINMA en 2007 (entrée en vigueur en 2009) et des sanctions directes de l'art. 49a LCart en 2003 (entrées en vigueur en 2004) illustre ce qui précède.

Le [rapport d'avril 2003 de l'ancienne Commission fédérale des banques \(CFB\) sur les sanctions](#) éclaire la genèse de l'interdiction d'exercer (art. 33 LFINMA). Ce rapport déplorait un

« éventail de sanctions [...] nettement insuffisant » ayant pour conséquence que certains faits « demeurent impunis » (p. 8). Il proposait de réduire les infractions de droit pénal administratif à l'essentiel et de confier la poursuite du reste des infractions à la CFB dans le cadre d'une procédure administrative au terme de laquelle de nouvelles sanctions administratives pourraient être prononcées tant contre les personnes physiques que contre les personnes morales (p. 8 s.). Les critiques portées à l'encontre des procédures de droit administratif sont assénées sur un ton d'évidence : « *L'expérience a montré qu'il était difficile d'invoquer le droit pénal administratif pour faire appliquer correctement la législation sur la surveillance des marchés financiers [...] car certains acteurs ne se sont guère laissés dissuader par les sanctions de droit pénal administratif* » (p. 18). Absence d'effet dissuasif donc, imputé au prononcé tardif des sanctions, lui-même dû à une action de l'autorité pénale souvent postérieure à celle de l'autorité administrative et à des sanctions trop peu sévères intervenant à l'issue de procédures trop longues (p. 18 s.).

On ne s'étonnera guère de retrouver ces récriminations dans le [Message du 1<sup>er</sup> février 2006 du Conseil fédéral relatif au projet de LAUFIN](#) (FF 2006 2741 ss), la future LFINMA (cf. RO 2008 5207), puisque le message se fonde en partie sur le rapport de la CFB précité. Le Conseil fédéral y énonce que les sanctions de la surveillance des marchés financiers se sont



révélées peu efficaces, raison pour laquelle le projet de loi prévoyait un nouveau système consolidé et harmonisé comportant des sanctions pénales révisées et de nouvelles sanctions administratives, comme l'interdiction d'exercer ou la confiscation (FF 2006 2741 ss, 2760). C'est dans ce contexte, pour le moins critique envers le droit pénal, que l'art. 33 LFINMA a vu le jour.

La même défiance envers le droit pénal se retrouve au cœur de la révision du droit des cartels de 2004 (RO 2004 1385 ss) par laquelle de nouvelles sanctions dites directes ont été introduites. Comme en matière de réglementation bancaire et financière, il s'agissait d'améliorer l'« effet préventif » ou « dissuasif » de la loi ([Message du 7 novembre 2001 du Conseil fédéral relatif à la révision de la loi sur les cartels](#), FF 2001 1911 ss, 1920 et 1925). Pour comprendre la notion de sanctions directes, il faut se rappeler qu'avant la révision de 2004, des sanctions pénales et administratives ne pouvaient être prises qu'en cas de violation d'une décision entrée en force des autorités en matière de concurrence (FF 2002 1911 ss, 1917), soit « indirectement ». La nécessité pour la Commission de la concurrence (ComCo) de constater préalablement l'illicéité d'une pratique afin d'en interdire la poursuite, réduisait d'autant, selon le Conseil fédéral, l'effet préventif du droit des cartels (FF 2002 1911 ss, 1917). L'introduction de l'art. 49a LCart visait donc à permettre de sanctionner *directement* les entreprises en cas de restrictions illicites à la concurrence, c'est-à-dire par la décision même qui constate l'illicéité d'une pratique et non dans un second temps. Véritable programme occulte de l'introduction de l'art. 49a LCart, il s'agissait également de pouvoir punir les personnes morales en plus des personnes physiques puisque la notion d'entreprise au sens de l'art. 2 al. 1 LCart ne s'attache pas à la forme juridique concrète (cf. art. 2 al. 1bis LCart). Créer une sanction administrative permettait, dans l'esprit du législateur, de contourner la conception pénale selon laquelle les personnes morales n'ont pas la capacité pénale (*societas delinquere non potest*), faute de culpabilité propre. On re-

trouve d'ailleurs explicitement, dans le Message du Conseil fédéral précité, une telle justification du recours à la sanction administrative et, par là même, de l'abandon de la culpabilité :

*« L'art. 49a du projet instaure par une sanction administrative, visant à faire respecter les obligations de droit administrative [sic]. [...] La sanction administrative, contrairement à la sanction pénale, ne présuppose pas de faute, c.-à-d. qu'elle peut être prononcée sans preuve qu'une personne physique se soit rendue coupable d'un comportement enfreignant le droit pénal. Ce n'est qu'à cette condition qu'une entreprise peut être sanctionnée. En effet, d'après la doctrine dominante, les entreprises, en tant que personnes morales, ne peuvent pas commettre de délits parce qu'on ne peut (pénalement) leur attribuer de responsabilité juridique subjective. Les aspects subjectifs qui sont importants dans l'optique de la culpabilité pénale (en particulier l'aspect répréhensible, le manque de scrupules, etc.) et qui sont en premier lieu liés à la personnalité du délinquant ne peuvent donc pas être pris en compte. D'autres éléments subjectifs en revanche sont pris en compte (p. ex. le rôle que le membre d'un cartel a joué au sein de ce cartel, sa propension à collaborer, la récidive, etc.) lors de l'évaluation de la gravité de l'infraction et se joignent ainsi aux critères objectifs dans l'appréciation de la sanction. »* (FF 2002 1911 ss, 1922 s.)

Les sanctions administratives en matière bancaire et financière (LFIMNA) ainsi qu'en matière de droit des cartels (LCart) semblent ainsi jaillir d'un scepticisme teinté d'angoisse face au droit pénal (administratif), d'une crainte que celui-ci ne soit pas assez efficace, pas assez préventif, trop peu incisif, des motifs que l'on retrouve au demeurant derrière chaque révision du droit pénal lui-même. Un rapide regard dans le récent [Message du 25 avril 2018 du Conseil fédéral relatif à la loi fédérale sur l'harmonisation des peines et la loi fédérale sur l'adaptation du droit pénal accessoire au droit des sanctions modifié](#) (FF 2018 2889 ss) permet de s'en assurer :

« La crédibilité du droit résulte de son application rigoureuse et équitable. Si les peines prévues sont sans rapport avec la valeur du bien juridiquement protégé par la collectivité et, finalement, s'écartent complètement des peines réellement prononcées, le droit pénal perd tout à la fois de son crédit et de son efficacité préventive. » (p. 2891)

Il reste à déterminer si cette défiance est justifiée ou s'il s'agit davantage d'une chimère.

## II. Caractère infondé de cette défiance

H.P. Lovecraft commençait ainsi son célèbre essai sur l'horreur en littérature : « *The oldest and strongest emotion of mankind is fear, and the oldest and strongest kind of fear is fear of the unknown.* » (Howard Philips Lovecraft, *Supernatural Horror in Literature*, 1927). Les juristes seraient bien inspirés de se plonger dans la théorie littéraire du fantastique. Les frustrations ou la défiance éprouvées à l'égard du droit pénal, loin de justifier la création d'un semblant de droit pénal par l'introduction de sanctions dites administratives, auraient dû et devraient au contraire susciter un intérêt renouvelé pour le droit pénal, ses mécanismes et possibilités d'évolution. Ce d'autant plus que les craintes fréquemment énoncées par les adeptes des sanctions administratives se révèlent souvent infondées. Il s'agira dans les lignes qui suivent de déconstruire certaines d'entre elles au moyen même du droit pénal.

Le recours aux sanctions administratives est parfois motivé par le fait que le droit pénal ne permettrait pas d'atteindre les personnes morales. Or, le Code pénal (RS 311.0) connaît depuis 2003 une disposition permettant de punir une personne morale (art. 100<sup>quater</sup> et 100<sup>quinquies</sup> aCP, aujourd'hui art. 102 CP). Plus est, la LIFD (RS 642.11) comporte depuis son entrée en vigueur en 1995 une disposition permettant de punir une personne morale en cas d'évasion fiscale (art. 181 LIFD). On ne saurait dès lors justifier – comme le fait le message de 2001 relatif à la révision de la LCart – le recours à une sanction administra-

tive et l'abandon de la culpabilité par la volonté d'atteindre également les personnes morales. Une telle affirmation est tout simplement fallacieuse puisqu'elle prête au droit pénal un défaut qu'il ne présente pas.

Les sanctions administratives réunissent les inconvénients d'une procédure pénale sans bénéficiaire de ses avantages.

D'aucuns vont jusqu'à craindre qu'une procédure pénale, qui exclut de par sa nature toute obligation de coopérer pour le prévenu et prévoit de strictes garanties de procédure, ne permette pas de sanctionner efficacement les infractions. Il n'en est rien, et les chiffres de l'Office fédéral de la statistique permettent de s'en assurer. En dépit de la présomption d'innocence et des garanties procédurales inhérentes à la procédure pénale, plus de cent mille condamnations sont prononcées chaque année en Suisse (cf. OFS, Statistique des condamnations pénales (SUS), état du casier judiciaire 30.04.2018). Le CPP, tout comme le DPA, ne dépendent pas d'une quelconque obligation de collaborer. Ils ont bien mieux : des mesures de contrainte (art. 196 ss CPP ; art. 45 ss DPA). Un prévenu qui exerce son droit de se taire est donc rapidement confronté aux investigations menées par l'autorité qui ordonnera par exemple la perquisition de ses locaux et de ses dossiers. Or, les découvertes fortuites faites au cours d'une perquisition sont en principe pleinement exploitables tant selon le CPP (art. 243 CPP ; BSK StPO-GFELLER/THORMANN, art. 243 N 30 ss)

que selon le DPA (arrêt du TPF du 7 décembre 2017, BV.2016.19 et BV 2016.20, consid. 5.2: « *Die Beschwerdekammer hat die Verwertbarkeit von Zufallsfunden auch ohne eine gesetzliche Grundlage im Verwaltungsstrafrecht grundsätzlich bejaht.* »). Quelle personne douée de raison ne collaborerait pas volontairement avec une autorité pénale sinon capable d'obtenir par la force les renseignements demandés et prête à engager de nouvelles poursuites en lien avec toute infraction découverte fortuitement ?

Il est parfois soutenu que seul un tribunal peut infliger de vraies peines, les autorités devant se contenter de sanctions administratives. Une telle approche méconnaît que la plupart des procédures pénales se terminent par une ordonnance pénale non frappée d'opposition. Or l'ordonnance pénale est de la compétence du ministère public, une autorité certes pénale mais non un tribunal. Par ailleurs, le CPP prévoit explicitement à son art. 17 al. 1 que la Confédération et les cantons peuvent déléguer la poursuite et le jugement de contraventions à des autorités administratives. Une amende est une vraie peine que la FINMA pourrait tout à fait prononcer si la loi lui en reconnaissait la compétence. C'est d'ailleurs le propre du DPA que de voir une autorité administrative poursuivre et juger une infraction (cf. art. 1 DPA). L'art. 21 al. 1 DPA ne prévoit la compétence d'un tribunal que pour les peines et mesures entraînant la privation de liberté ainsi que pour les expulsions au sens des art. 66a et 66a<sup>bis</sup> CP.

Quant aux arguments insistant sur une prétendue lenteur de la procédure pénale (administrative) – que l'on retrouve par exemple au point 4.3 du rapport de la CFB sur les sanctions – ils consistent à déduire une nécessité d'une pure contingence. La procédure pénale (administrative) n'est pas lente en soi. Lorsqu'une procédure pénale (administrative) est ouverte parallèlement à une procédure administrative, rien n'impose de suspendre la procédure pénale jusqu'à droit connu en matière administrative. Corollaire de ces constats, le

remplacement d'une procédure pénale (administrative) par une procédure administrative n'est, en tant que tel, pas propre à accélérer l'instruction ou le jugement d'une infraction. En matière d'infractions à la LCR (RS 741.01), il est d'ailleurs d'usage que le contrevenant soit d'abord confronté à une procédure pénale puis à une procédure administrative (retrait du permis de conduire). Le Tribunal fédéral a jugé cette double procédure conforme au principe *ne bis in idem* tout en soulignant, à plusieurs reprises, que l'autorité administrative ne pouvait s'écarter des faits retenus par l'autorité pénale qu'à certaines conditions (cf. not. ATF 137 I 363, consid. 2.3.2 et 2.4). La rapidité ne plaide donc aucunement en faveur des procédures administratives.

Les considérations qui précèdent tendent à montrer la vacuité des motivations sous-jacentes aux sanctions administratives. Rien ne permet de justifier d'y avoir recours en lieu et place de sanctions pénales.

### III. Sanctions administratives comme sanctions pénales inavouées

Les sanctions administratives ne sont que des sanctions pénales improprement dites, des peines inavouées, que l'on tente par tous les moyens de dissimuler sous le maigre voile d'une procédure administrative pour en faire oublier le caractère éminemment pénal. La rhétorique contorsionniste du Conseil fédéral et du Tribunal fédéral ne fait que le souligner avec davantage de vigueur.

Ainsi, dans l'arrêt de principe dans lequel le Tribunal fédéral a dénié la nature pénale de l'interdiction d'exercer de l'art. 33 FINMA figure la phrase suivante: « *In Durchbrechung des Grundsatzes der Institutsaufsicht [...] kann die FINMA Personen, die durch ihr individuelles Fehlverhalten kausal und schuldhaft eine schwere Verletzung aufsichtsrechtlicher Bestimmungen bewirkt haben, für eine Dauer von bis zu fünf Jahren die Tätigkeit in leitender Stellung bei einer oder einem Beaufsichtigten untersagen [...]* » (ATF 142 II 243, consid. 2.2). Insidieusement, le

Tribunal fédéral complète donc la lettre de l'art. 33 LFINMA en précisant que cette soi-disant sanction administrative frappe toute personne qui, par son **comportement propre causal et fautif**, a commis une violation grave des règles prudentielles. N'est-ce pas là, la preuve qu'il s'agit précisément d'une peine ? Le Message de 2006 décline lui aussi le champ lexical de l'infraction pénale : « *L'interdiction d'exercer au sens de l'art. 33 LAUFIN sanctionne quant à elle une violation grave des règles prudentielles et non une quelconque infraction commise dans l'exercice d'une profession. Ce traitement plus sévère se justifie étant donné que, dans la surveillance des marchés financiers, des biens protégés tels que le bon fonctionnement des marchés financiers, la protection des créanciers, des investisseurs et des assurés revêtent une importance majeure. C'est pourquoi l'autorité de surveillance doit pouvoir prendre des mesures préventives et répressives comme l'interdiction d'exercer à l'encontre de personnes exerçant une fonction dirigeante.* » (FF 2006 2741 ss, p. 2974). Caractère répressif, lien étroit avec un comportement ayant porté atteinte à un bien juridique protégé, caractère plus sévère qu'une infraction pénale, exigence d'une faute... Tout est dit, il s'agit d'une peine.

Une brève analyse de l'art. 49a LCart ne conduit d'ailleurs pas à un autre résultat. Les mots utilisés par le Conseil fédéral dans son message trahissent la vraie nature de la sanction prévue par cette disposition : « *Les pratiques illicites aux termes de l'art. 5 al. 3, et de l'art. 7 LCart peuvent être sanctionnées par une amende pouvant atteindre un montant maximal de 10% du chiffre d'affaires réalisé en Suisse au cours des trois derniers exercices.* » (FF 2002 1911 ss, p. 1925) Pudiquement, ce lapsus fut corrigé et le texte entré en vigueur parle non plus d' « amende » mais de « montant ». Comprenne qui voudra.

A l'heure actuelle, tant la LFINMA que la LCart prévoient des sanctions administratives qui, de par leur nature, sont en réalité des peines. La notion de droit « quasi pénal » (cf. Message du 22 février 2012 du Conseil fédéral relatif à la révision de la loi sur les cartels et à une loi

sur l'organisation de l'autorité de concurrence, FF 2012 3631, p. 3632) en constitue l'aveu le plus manifeste puisqu'il ne peut que faire référence à des sanctions pénales inavouées, intervenant à l'issue de procédures administratives dans lesquelles la personne concernée (*recte* : le prévenu) ne jouit pas des garanties de la procédure pénale, comme le droit de refuser de collaborer.

#### IV. Sanctions administratives, la pire des solutions

La procédure pénale, nous l'avons vu, se caractérise par des garanties de procédure importantes et des mesures de contrainte qui permettent d'instruire sans dépendre de la coopération du prévenu. La procédure administrative, au contraire, ne connaît typiquement pas ces mesures de contrainte mais impose aux parties une obligation de collaborer. L'interdiction d'exercer de l'art. 33 LFINMA ainsi que la sanction de l'art. 49a LCart sont donc imposées au terme de procédures administratives dans lesquelles règne une obligation de collaborer (art. 13 al. 1 litt. c PA cum art. 29 al. 1 LFINMA ou art. 40 LCart). Dans le cas de l'art. 49a LCart, des mesures de contraintes limitées (pudiquement nommées « mesures d'enquête ») sont prévues par la LCart, les autorités en matière de concurrence n'étant pas pleinement dépendantes de l'obligation de collaborer (cf. art. 42 al. 2 LCart qui autorise à procéder à des perquisitions et à saisir des pièces à conviction).

Or, les garanties procédurales qui règnent en matière pénale s'attachent non à la classification formelle de la sanction ni au type de procédure applicable mais à la vraie nature de la sanction (cf. Niggli, Was ist eine Sanktion ? ContraLegem 2018/2, dans ce numéro). C'est là, le principe consacré par l'arrêt CourEDH Engel c./Pays-Bas du 8 juin 1976 (série A n° 22) mais également par le Tribunal fédéral (cf. not. ATF 142 II 243, consid. 3.4 ; 140 II 348, consid. 3.2.1 ; 139 I 72, consid. 2.2.2). Autrement dit, même une procédure administrative doit respecter les garanties de procédure idoines si celle-ci aboutit au prononcé d'une peine. Au titre des garanties concernées

par une obligation de collaborer se trouve le principe *nemo tenetur se ipsum accusare vel prodere* explicitement codifié à l'art. 14 ch. 3 litt. g Pacte ONU II (RS 0.103.2) mais également déduit du droit à un procès équitable au sens des art. 6 al. 1 CEDH et 29 Cst et de la présomption d'innocence au sens des art. 6 al. 1 CEDH et art. 32 al. 1 Cst (cf. ATF 131 IV 36, consid. 1). L'obligation de collaborer ne saurait dès lors être maintenue si la personne concernée risque de s'exposer, par ses déclarations, à une poursuite pénale. Toute déclaration néanmoins consentie serait inexploitable (cf. en matière de CPP : art. 113 al. 1 cum art. 158 al. 1 et 2 et art. 141 al. 1 CPP).

Les sanctions administratives, autrement dit les sanctions pénales rendues à l'issue d'une procédure administrative, s'avèrent la pire des solutions possibles puisqu'elle implique de respecter les garanties du procès pénal sans bénéficier des mesures de contraintes, pendant nécessaire de l'absence d'obligation de collaborer. En d'autres termes, les sanctions administratives réunissent les inconvénients d'une procédure pénale sans bénéficier de ses avantages, une situation difficilement justifiable, tant du point de vue des autorités administratives que des personnes directement concernées par ces procédures.

Même si pour l'heure, le Tribunal fédéral n'admet pas encore le caractère pénal de l'interdiction d'exercer (art. 33 LFINMA, ATF 142 II 243, consid. 3.4 ; cf. Niggli, *Höchstrichterlicher Schabernack beim FINMAG-Berufsverbot 1 et 2*, *ContraLegem* 2018/2, dans ce numéro), il a reconnu celui de l'art. 49a LCart (ATF 139 I 72, consid. 2.2). Sans doute la reconnaissance d'un caractère pénal était-elle moins dommageable dans le cas de l'art. 49a LCart vu les possibilités de perquisition prévues par la LCart. Ces mesures d'enquête sont toutefois moins étendues que les mesures de contraintes prévues par le DPA (art. 45 ss DPA) ou le CPP (art. 196 ss CPP).

Il est désormais grand temps de reconnaître et d'assumer la nature pénale de ces sanctions, de prévoir les mesures de contraintes nécessaires et de sortir de l'impasse du droit « quasi pénal » dans laquelle le législateur s'est engouffré il y a plusieurs années de cela et dans laquelle il persiste à vouloir se perdre. Au-delà des clarifications et avantages procéduraux qu'une telle reconnaissance apporterait, il en résulterait également une sécurité juridique souhaitable notamment en ce qui concerne la prescription ou, plus généralement, l'application de la partie générale du CP (cf. art. 333 al. 1 CP).

# Höchstrichterlicher Schabernack beim FINMAG-Berufsverbot 2

Marcel Alexander Niggli

## Vom kuriosen Umgang des Bundesgerichtes mit Entscheiden (BGE 142 II 243)

### I. Das Bundesgericht zitiert (BGE 142 II 243, 253 f.)

«Nicht in Abrede zu stellen ist, dass selbst ein zeitlich befristetes Berufsausübungsverbot die freie Berufswahl des vom Verbot Betroffenen empfindlich zu tangieren vermag; *diese Ver-ringerung der Berufswahlmöglichkeiten qualifiziert jedoch hinsichtlich ihrer Art und Schwere vorab als eine polizeirechtlich moti-vierte und zeitlich limitierte Einschränkung der verfassungsrechtlich garantierten Wirtschafts-freiheit* (Art. 27 in Verbindung mit Art. 36 BV; BGE 135 I 130 E. 4.2 S. 135; BGE 130 I 26 E. 4.1 S. 40f.) *und nicht als eine Vergeltung begange-nen Unrechts* (Urteil des EGMR vom 19. Febru-ar 2013 Müller-Hartburg gegen Österreich [Nr. 47195/06], § 48; Urteile 2C\_344/2007 vom 22. Mai 2008 E. 1.3; 2C\_407/2008 vom 23. Oktober 2008 E. 3.5 ...[bis auf Uhlmann ist übrigens die gesamte zitierte Lehre anderer Ansicht]). Unter diesem Aspekt *erweist sich das von der FINMA gegen bei einer Beauf-sichtigten in leitender Stellung tätige Personen verhängte Berufsverbot gemäss Art. 33 FINMAG als identisch mit einem zeitlich beschränkten Berufsausübungsverbot, welches die Aufsichts-kommission aus Gründen des Publikums-schutzes und zur Wahrung von Treu und Glauben im Geschäftsverkehr* (BGE 139 II 173 E. 1 S. 179; BGE 125 I 417 E. 5a S. 426; BGE 123 I 12 E. 2c/aa S. 16f.) *als Disziplinar-massnahme gegen eine Rechtsanwältin oder einen Rechts-*

*anwalt aussprechen kann* (Art. 17 Abs. 1 lit. d BGFA [SR 935.61]), *und unterscheidet sich substantiell von Sanktionen, welche unter Einschränkung der persönlichen Freiheit* (Art. 10 Abs. 2 BV) *die Sicherstellung eines Anstaltsbe-triebs bzw. die Aufrechterhaltung einer Haus-ordnung bezwecken* (jedoch ebenfalls als Diszi-plinarmassnahmen qualifizieren, BGE 125 I 104 E. 3 S. 109ff.)»

Liest man das, so gewinnt man wohl den Ein-druck, ein Berufsverbot sei gemäss der Praxis des Bundesgerichtes eine polizeirechtlich moti-vierte Disziplinar-massnahme und keine Strafe. Was aber sagen die zitierten Entscheide bzw. die angeführten Passagen tatsächlich?

### A. BGE 135 I 130 E. 4.2 S. 135

« 4.2 Il n'est ni allégué ni démontré que l'art. 26 de la Constitution neuchâteloise aurait une portée plus large que l'art. 27 Cst., de sorte que le grief soulevé doit être examiné exclusivement à la lumière de cette dernière disposition. Selon l'art. 27 al. 1 Cst., la liberté économique est garantie. Elle comprend notamment le libre choix de la profession, le libre accès à une activité économique lucrative privée et son libre exercice (art. 27 al. 2 Cst.). Cette liberté protège toute activité économique privée, exercée à titre professionnel et tendant à la production d'un gain ou d'un revenu (...). Elle peut être invoquée tant par les personnes physiques que par les

personnes morales (...). Le Tribunal fédéral a eu l'occasion de se prononcer sur la question de savoir si des mesures fiscales constituent une restriction de la liberté économique. A la différence de l'interdiction d'exercer une activité économique ou du fait de la soumettre à auto-risation, le prélèvement de contributions ne constitue pas une restriction juridique, mais il peut de fait influencer sur l'exercice de la liberté économique. Toute mesure ayant une incidence sur la liberté en question ne constitue toutefois pas une limitation de celle-ci et il y a lieu de se montrer restrictif pour admettre l'existence d'une telle limitation (...). Il faut au demeurant distinguer selon le type de contribution en cause. Les impôts spéciaux (Gewerbesteuern) ne sont admissibles au regard de la liberté économique que pour autant qu'ils ne soient pas prohibitifs. Une telle contribution est prohibitive si son montant «empêche la réalisation d'un bénéfice convenable dans le commerce ou la branche en question, en rendant impossible ou excessivement difficile l'exercice de la profession» (...). Tel n'est pas le cas si «elle peut être transférée à l'acheteur, c'est-à-dire si, ajoutée au prix de vente, elle n'empêche pas l'entreprise de soutenir la concurrence» (...). »

Inwiefern diese Passage die Behauptung der Qualifikation als «polizeirechtlich motivierte und zeitlich limitierte Einschränkung der verfassungsrechtlich garantierten Wirtschaftsfreiheit» stützen könnte, bleibt zweifelhaft.

#### **B. BGE 130 I 26 E. 4.1 S. 40 f.**

«4.1 Die Wirtschaftsfreiheit gewährleistet insbesondere den freien Zugang zu einer privatwirtschaftlichen Erwerbstätigkeit (Art. 27 Abs. 2 BV). Auch Medizinalpersonen, insbesondere Ärzte, können sich darauf berufen (...). Sie verschafft – unter Vorbehalt des bedingten Anspruchs auf gesteigerten Gemeingebrauch (...) – jedoch grundsätzlich keinen Anspruch auf staatliche Leistungen (...). Sodann steht die Ausübung einer staatlichen Tätigkeit oder eines öffentlichen Amtes nicht unter ihrem Schutz (...). Dies gilt auch für die ärztliche Tätigkeit, soweit sie im Rahmen einer öffentlich-rechtlichen Anstalt

in einem entsprechenden Dienstverhältnis erfolgt (...); die Wirtschaftsfreiheit gibt keinen Anspruch darauf, an staatlich subventionierten Spitälern eine private Erwerbstätigkeit ausüben zu können (...).»

Auch diese Passage vermag dem Unvoreingenommenen die Qualifikation als «polizeirechtlich motivierte und zeitlich limitierte Einschränkung der verfassungsrechtlich garantierten Wirtschaftsfreiheit» nicht wirklich zu belegen.

#### **C. 2C\_344/2007 E. 1.3**

«1.3 Der Beschwerdeführer hat sich auf Art. 6 Ziff. 1 EMRK berufen und die Durchführung einer öffentlichen Verhandlung verlangt, wobei er diesen Antrag (lapidar) damit begründet, dass «eine Busse [...] eine Strafmassnahme dar[stelle]». Er scheint sich also bewusst zu sein, dass die genannte Konventionsbestimmung nur auf zivil- und strafrechtliche Verfahren Anwendung findet (...), aber die Auffassung zu vertreten, beim streitbetroffenen Disziplinarverfahren handle es sich um eine **strafrechtliche Anklage** im Sinne der Konvention. Mithin verkennt er offensichtlich, dass die **Disziplinaufsicht über die Rechtsanwälte nicht pönalen, sondern administrativen Charakter hat; sie soll das rechtsuchende Publikum bzw. die Rechtspflege schützen und die anwaltliche Standeswürde wahren und nicht etwa begangenes (strafrechtlich relevantes) Unrecht vergelten**. Ferner kann ausgeschlossen werden, dass hier mit Blick auf die Höhe der ausgesprochenen Disziplinarbusse ausnahmsweise dennoch eine strafrechtliche Anklage im Sinne von Art. 6 EMRK vorliegt (...). Fragen könnte sich allenfalls, ob im Lichte des Urteils 53146/99 des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) vom 15. Dezember 2005 i.S. Hurter c. Schweiz (...) ein «civil right» betroffen ist und Art. 6 Ziff. 1 EMRK deshalb anwendbar wäre (...). Wie es sich damit verhält, braucht jedoch nicht weiter erörtert zu werden: Grundsätzlich besteht zwar in Verfahren über zivilrechtliche Streitigkeiten im Sinne von Art. 6 Ziff. 1 EMRK ein Anspruch darauf, dass mindestens einmal ein Gericht eine öffentliche Verhandlung durch-

führt (...). Der Anspruch auf eine öffentliche Verhandlung wäre jedoch vor dem Verwaltungsgericht als letzter kantonaler Rechtsmittelinstanz geltend zu machen gewesen (...). Ein dahingehender Antrag wurde dort nicht gestellt.»

Entweder wird hier behauptet, Disziplinaraufsicht sei reines Administrativrecht und deshalb keine strafrechtliche Anklage i.S.v. Art. 6 EMRK, oder aber es wird umgekehrt aus der Verneinung einer strafrechtlichen Anklage i.S. der EMRK abgeleitet, die fragliche Bestimmung weist keinen pönalen Charakter auf (zum vollständigen Fehlgehen dieses Argumentes: **Niggli**, Strafrechtliche Anklage, ContraLegem, 2018/2, in diesem Heft)

«diese Verringerung der Berufswahlmöglichkeiten qualifiziert ... vorab als eine polizeirechtlich motivierte und zeitlich limitierte Einschränkung ...»

**D. 2C\_407/2008 E. 3.5**

«3.5 Die ebenfalls gerügte Verletzung der Unschuldsvermutung (Art. 6 Ziff. 2 EMRK) geht fehl, weil die **Disziplinaraufsicht über die Rechtsanwälte nicht pönalen, sondern administrativen Charakter hat**. Da auch im Blick auf die ausgesprochene Sanktion **keine strafrechtliche Anklage** im Sinne von Art. 6 EMRK vorliegt (vgl. Urteil 2C\_344/2007 vom 22. Mai 2008 E. 1.3 mit Hinweis auf Urteile des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte [EGMR] vom 15. Dezember 2005 i.S. Hurter c. Schweiz und

vom 31. August 2006 i.S. Landolt c. Schweiz, wonach allenfalls <civil rights> betroffen sind und Art. 6 Ziff. 1 EMRK deshalb anwendbar wäre), ist Art. 6 Ziff. 2 EMRK hier nicht anwendbar.»

Zur Vergeltung scheint hier nicht wirklich etwas enthalten.

**E. BGE 139 II 173 E. 1 [recte: 5.1] S. 179**

«5.1 Art. 12 lit. d BGFA ist in die Rechtsordnung einzubetten, wozu namentlich die Verfassung (...) gehört. Die Freiheit kommerzieller Werbung, die über die Wirtschaftsfreiheit des Art. 27 BV und die Meinungsäusserungsfreiheit der Art. 10 EMRK und Art. 19 UNO-Pakt II (SR 0.103.2) gewährleistet wird (...), ist dabei ebenso zu berücksichtigen wie der Umstand, dass der Rechtsstaat auf das Vertrauen des Publikums in die freie Anwaltschaft angewiesen ist. Der Zugang zum Recht erfolgt über die Anwaltschaft; ohne sie ist es dem Einzelnen regelmässig verwehrt, seinen Standpunkt in juristischen Angelegenheiten wirksam zur Geltung zu bringen (...). Es besteht daher ein besonderes öffentliches Interesse an einer sorgfältigen und gewissenhaften Berufsausübung (vgl. Art. 12 lit. a BGFA). Entsprechend kann der Staat zum Publikumschutz sowie zur Wahrung von Treu und Glauben im Geschäftsverkehr Regeln für eine ordnungsgemässe und qualitativ hochstehende Ausübung der Anwaltstätigkeit aufstellen (...). Unter Einhaltung dieser Regeln dient Anwaltswerbung auch ideellen Interessen, indem sie der Klientschaft eine sachgerechte Anwaltswahl erlaubt und damit einen Beitrag zum guten Funktionieren der Rechtspflege leistet (...).»

Zum Berufsverbot für Rechtsanwälte wird hier schlicht nichts ausgesagt.

**F. BGE 125 I 417 E. 5a S. 426**

«5a) Das Publikum soll darauf vertrauen können, dass Rechtsanwälte, wenngleich Gewerbetreibende, sich in ihrer Berufsausübung nicht vor allem von Gewinnstreben beherrschen lassen, sondern in erster Linie ihre Verantwortung im Rahmen der Rechtspflege wahrnehmen.



In dieser Funktion sollen sie die Rechtsuchenden bei der Verfolgung ihrer subjektiven Rechtsschutzinteressen beraten und unterstützen, sie gegebenenfalls aber auch davon abhalten, aussichtslose Prozesse zu führen (...). Der Wettbewerb zwischen den Berufskollegen soll auf fachlicher Ebene und nicht über die Werbung geführt werden (...). Ein Verbot aufdringlicher Werbung liegt daher im Interesse des Schutzes von Treu und Glauben im Geschäftsverkehr und dient der Erhaltung von Vertrauenswürdigkeit und Unabhängigkeit des Anwaltsstandes (...). Das Argument, bei Art. 14 FG/BE gehe es nicht hierum, vielmehr werde Konkurrenzschutz – also eine unzulässige Lenkung des Wettbewerbs (...) – bezweckt, ist nicht stichhaltig; die fragliche Werbebeschränkung gilt für alle Rechtsanwälte gleichermaßen und wirkt sich daher wettbewerbsneutral aus.»

Zum Berufsverbot für Rechtsanwälte wird hier schlicht nichts ausgesagt.

#### **G. BGE 123 I 12 E. 2c/aa S. 16f.**

«2c/aa) Das Bundesgericht hat in seiner Rechtsprechung ein striktes Werbeverbot für Anwälte zwar stets abgelehnt, es andererseits aber als zulässig erachtet, die Werbetätigkeit von Anwälten besonderen Schranken zu unterwerfen (...). Den Kantonen ist es insbesondere erlaubt, aufdringliche und irreführende Werbung zu untersagen. Der Zweck entsprechender Normen lässt sich auch heute nicht beanstanden, selbst wenn ihre Anwendung mit Blick auf die veränderten gesellschaftlichen Verhältnisse (im Vergleich zu diesen älteren Entscheiden des Bundesgerichts) allenfalls gewisser Anpassungen bedarf. Das Publikum soll darauf vertrauen können, dass Rechtsanwälte, wenngleich Gewerbetreibende, sich in ihrer Berufsausübung nicht von Gewinnstreben beherrschen lassen, sondern in

erster Linie ihre Verantwortung als «Diener des Rechts» und «Mitarbeiter der Rechtspflege» wahrnehmen und in dieser Funktion die Rechtsuchenden bei der Verfolgung ihrer subjektiven Rechtsschutzinteressen beraten und unterstützen (...), sie gegebenenfalls aber auch davon abhalten, aussichtslose Prozesse zu führen. Kommerzielle Werbemethoden dürfen darum im Interesse des Schutzes von Treu und Glauben im Geschäftsverkehr und zur Erhaltung der Vertrauenswürdigkeit und der Unabhängigkeit der Anwaltschaft ausgeschlossen werden, während zurückhaltende und sachlich zutreffende Werbung dem Bedürfnis des Publikums nach Information entgegenkommt und dem Anwalt deshalb nicht grundsätzlich verwehrt sein kann (...). Wo die Grenzen zwischen zulässiger Information und verpönter kommerzieller Werbung liegen, kann im Einzelnen umstritten sein, zumal die Auffassungen darüber in jüngster Zeit einem gewissen Wandel unterworfen sind (...), braucht hier aber nicht allgemein erörtert zu werden. Auf jeden Fall hat die anwaltliche Werbung zurückhaltend zu sein, darf keine unrichtigen Erwartungen wecken, hat auf sensationelles und reklamehaftes Sich-Herausstellen gegenüber Berufskollegen zu verzichten und muss von hohem Informationsgehalt sein (...).»

Zum Berufsverbot für Rechtsanwälte wird hier schlicht nichts ausgesagt.

#### **II. Schlussfolgerung**

Wie der Unvoreingenommene angesichts dieser «Belege» je auf die Idee kommen könnte, die bundesgerichtliche Qualifikation des Berufsverbotes ergäbe sich oder finde nur schon in irgendeiner Weise Unterstützung durch die zitierten Urteile, muss rätselhaft bleiben. Es wäre wohl integrer gewesen, schlicht nichts zu zitieren.

# Einschränkung des Briefverkehrs in der Untersuchungshaft

Duri Bonin/Diego R. Gfeller/Adrian Bigler

## I. Der Blick ins Gesetz

Ein Blick ins Gesetz zeigt: «Die inhaftierte Person darf in ihrer persönlichen Freiheit nicht stärker eingeschränkt werden, als es der Haftzweck sowie die Ordnung und Sicherheit in der Haftanstalt erfordern» (Art. 235 Abs. 1 StPO). Abgesehen vom Entzug der Freiheit sind demnach alle weitergehenden Einschränkungen rechtfertigungsbedürftig, wobei dasselbe Ziel nicht mittels milderer Mittel erreichbar sein darf und alles zu vermeiden ist, was sich als vorgezogene Bestrafung auswirken könnte.

## II. Einschränkung des Korrespondenzrechts

Was ist vor diesem Hintergrund von einer vom 28. März 2018 datierenden Verfügung zu halten, die Haftkorrespondenz eines Beschuldigten werde auf einen Brief zu höchstens 3 A4-Seiten pro Woche beschränkt, was mit dem Administrativaufwand, der mit der Briefzensur verbunden ist, begründet wurde? Nach Ansicht der Autoren handelt es sich um ein unzulässiges staatsanwaltschaftliches Ansinnen.

Gegen die Verfügung wurde denn auch fristgerecht Beschwerde erhoben. Das Zürcher Obergericht (UH180136 vom 29. Mai 2018) kam zum gleichen Ergebnis:

«(...) Eine Einschränkung des Korrespondenzrechts als Grundrechtseingriff hat stets verhältnismässig zu sein. Insbesondere muss die Massnahme im Hinblick auf den angestrebten

Zweck erforderlich sein, d. h. sie hat zu unterbleiben, wenn eine gleich geeignete, aber mildere Massnahme für den angestrebten Erfolg ausreichend wäre. Daraus folgt, dass *nicht in jedem Fall, in welchem die Gefahr besteht, das Korrespondenzrecht könnte missbraucht werden, eine zahlen- und/oder umfangmässige Beschränkung des Briefverkehrs gerechtfertigt und verhältnismässig ist. Um einer allfälligen Kollusionsgefahr und der damit selbstredend einhergehenden Missbrauchsgefahr des Korrespondenzrechts hinreichend zu begegnen, reicht es aus, wenn – wie die Verteidigung zutreffend vorbrachte – jeweils im konkreten Fall, d. h. wenn bei einer Briefkontrolle ein den Haftzweck oder die Ordnung und Sicherheit in der Haftanstalt gefährdender Inhalt festgestellt wird, der fragliche Brief nicht weitergeleitet wird (BGE 100 Ia 454 Erw. III.b.). (...) In diesem Zusammenhang ist anzumerken, dass allein der Umstand, dass ein Brief ein laufendes Verfahren zum Gegenstand hat, nicht zwangsläufig bedeutet, dass damit der Untersuchungszweck oder die Wahrheitsfindung im Strafverfahren gefährdet wäre. Nur wenn Letzteres zutrifft, darf die Verfahrensleitung die Weiterleitung ablehnen. (...) Im Übrigen ist anzumerken, dass sich auch mit der von der Staatsanwaltschaft verfügten Einschränkung des Korrespondenzrechts Vorfälle wie jener, bei welchem der Beschwerdeführer einen Mitinsassen vor dessen Entlassung aus der Haft beauftragte, einen Brief hinauszuschmuggeln, nicht verhindern liessen.»*

So weit so richtig und dem Rechtsstaat genüge getan? Leider nur partiell. Denn für zwei Monate wurde empfindlich in die Grundrechte des Inhaftierten eingegriffen: So lange dauerte es nämlich, bis das Obergericht obige Erwägungen zu Papier brachte und den Parteien zustellte.

Den Antrag auf aufschiebende Wirkung der Beschwerde lehnte die Beschwerdeinstanz mit dem Hinweis ab,

*«dass es nicht angeht, der vorliegenden Beschwerde mittels Anordnung der aufschiebenden Wirkung und Aufhebung der Einschränkung des Briefverkehrs schon mit einer superprovisorischen Verfügung praktisch zum Durchbruch zu verhelfen».*

Als ob der die aufschiebende Wirkung verweigernde Entscheid nicht genau das auch tut. Einfach mit den umgekehrten Vorzeichen: Der unzulässigen Verfügung für die Dauer des Beschwerdeverfahrens «praktisch zum Durchbruch zu verhelfen».

Allenfalls wäre der Blick über den Tellerrand der strafprozessrechtlichen Literatur hinein ins Zivilprozessrecht nicht verkehrt: Dort ist das Konzept der Hauptsachen- und Nachteilsprognose längst etabliert. Dies auf den vorliegenden Fall angewandt hätte wohl zu den Schlüssen geführt, dass sowohl Hauptsachen- wie Nachteilsprognose (die Frage danach, welche Partei welche Nachteile zu gewärtigen hätte) zu Gunsten des Beschwerdeführers ausfallen: Während die Staatsanwaltschaft ja vorwiegend administrativen Aufwand reklamierte, wurde durch die Verfügung der Staatsanwaltschaft massiv in die Grundrechte des Beschwerdeführers eingegriffen und zwar in einer Art und Weise, die nicht wieder gut gemacht werden konnte, zumal bei Durchführung eines doppelten Schriftenwechsels mit jeweils zehntägigen Fristen zur Stellungnahme. Mit anderen Worten: Mit der heutigen Praxis ist der Rechtsschutz des Inhaftierten ungenügend gewährleistet, nützt es dem Gefangenen doch

reichlich wenig, wenn er nach zwei Monaten erfährt, dass die Voraussetzungen der Beschränkung des Briefverkehrs nicht gegeben gewesen wären. Der Nachgeschmack ist um so schaler, als der Verdacht sich aufdrängt, dass die Einschränkung des Korrespondenzrechts als Disziplinierungsmassnahme missbraucht worden sein könnte.

### III. Das Haftregime in den Zürcher Untersuchungsgefängnissen

Ist der geschilderte Fall tatsächlich ein Grund für Aufregung? Wir meinen ja: Das Haftregime in den Untersuchungsgefängnissen ist bereits grundsätzlich dergestalt, dass das Ausleben menschlicher Kommunikationsbedürfnisse starken Einschränkungen unterliegt: Inhaftierte können zumindest im Kanton Zürich pro Woche einen Besuch mit einer maximalen Dauer von einer Stunde empfangen, wobei mitunter selbst der Besuch des Anwaltes an dieses Besuchskontingent angerechnet wird. Auch der Zugang zu Telefon oder Internet ist losgelöst vom Haftgrund pauschal untersagt, was sich namentlich bei blosser Fluchtgefahr nur schwer begründen lässt. Weiter gibt es in den Untersuchungsgefängnissen viel zu wenig Arbeits- oder andere Beschäftigungsmöglichkeiten. In der Mehrzahl der Fälle sind die Inhaftierten deshalb zur Untätigkeit verdammt. Und dies regelmässig in Einzelhaft während 23 Stunden am Tag.

Vor dem Hintergrund des restriktiven «Grundsystems» wird erst verständlich, wie empfindlich eine Einschränkung des Briefverkehrs die Insassen trifft. Auch kann es niemanden ernsthaft erstaunen, dass die Nationale Kommission zur Verhütung von Folter sowie das Schweizerische Kompetenzzentrum für Menschenrechte scharfe Kritik gerade am Zürcher Haftregime äussern und sich beschämenderweise ernsthaft die Frage stellt, ob der hiesige Vollzug von Untersuchungshaft den Mindeststandards von Art. 3 EMRK genügt. Das obige Beispiel mit dem alleinigen Haftgrund der Fluchtgefahr wieder aufnehmend, ist exemplarisch festzuhalten, dass die heutige Praxis mit

der Unmöglichkeit des direkten Kontakts mit Familienangehörigen (durch das absolute Telefonverbot verbunden mit einem rigiden Besuchsregime) den menschenrechtlichen Minimalvorgaben nicht genügt. Kollege Thomas Heeb hat richtigerweise darauf hingewiesen, dass «ein gesichertes Hotelzimmer und eine gut ausgebaute Telefonzentrale» i.d.R. genügen würden, um die mit der Untersuchungshaft verfolgten Zwecke zu erfüllen. Alles was darüber hinaus geht, ist von Art. 235 StPO nicht gedeckt und stellt damit faktisch eine gesetzlich nicht vorgesehene Bestrafung einer bloss verdächtigen – also von Gesetzes wegen unschuldigen – Person dar. Es erscheint denn nur als

Vor dem Hintergrund des restriktiven «Grundsystems» wird erst verständlich, wie empfindlich eine Einschränkung des Briefverkehrs die Insassen trifft.

logisch, dass bei der derzeitigen Ausgestaltung der Haft das persönliche Beziehungsnetz und die Persönlichkeit der Inhaftierten ernstlichen Schaden zu nehmen drohen, was letztlich die «Resozialisierung» eines allenfalls Unschuldigen beschlägt. Selbst das Bundesgericht spricht sich denn auch für eine Lockerung der Haftbedingungen mit zunehmender Dauer der Untersuchungshaft aus.

Aufgrund der nicht enden wollenden Kritik an der Vollzugspraxis hat die Zürcher Justizdirektorin Jacqueline Fehr im Jahr 2015 versprochen, «jeden Stein umzudrehen». Konkret hat sie hierfür eine interdisziplinäre Arbeitsgruppe eingesetzt, welche Vorschläge zur Verbesserung der sozialen Kontakte für Untersuchungshäftlinge ausarbeiten soll. Zu den Vorschlägen gehört zum Beispiel die Einführung eines sogenannten 2-Phasen-Modells: In einer ersten Phase sollen die Haftbedingungen weiterhin strikt «gehalten sein», in einer zweiten Phase werden sie gelockert – namentlich für Verdächtige, bei denen keine Kollusionsgefahr besteht. In dieser zweiten Phase wären beispielsweise Besucher ohne Trennscheibe und telefonischer Kontakt zur Aussenwelt möglich. Auch könnte ein Gruppenvollzug eingeführt werden, was bedeutet, dass die Zelltüren tagsüber offenstehen und die Häftlinge sich gegenseitig besuchen dürfen.

Kurzum: Die Kritik ist einhellig und der Reformbedarf unbestritten. Geplant war denn auch ein Pilotversuch mit rund 70 Plätzen für die zweite Haftphase im Gefängnis Limmattal, der im Sommer 2018 hätte starten sollen. Mittlerweile ist zu vernehmen, dass der Zeitpunkt für den Pilotversuch nach hinten verschoben und die Anzahl der davon profitierenden Untersuchungsgefangenen auf 35 halbiert werden soll. Die Verbesserung für die Untersuchungsgefangenen besteht bis dato darin, dass sie nunmehr unter der Woche täglich duschen dürfen, statt wie bisher nur zweimal: Verdankenswerterweise hat das entwürdigende Stinken anlässlich der Vorführungen bei Polizei, Staatsanwaltschaft und Gerichten ein Ende. Diese «Lockerung» ist mithin gleichermassen erfreulich wie im Kern erschütternd. Die zögerlichen Schritte sind unverständlich, zumal in anderen Kantonen ein menschenwürdigerer Umgang mit den Untersuchungsgefangenen längst Praxis ist.

# Naheliegende & besonders naheliegende Möglichkeiten

Marcel Alexander Niggli

## Die unmittelbare Gefahr ist keine konkrete Gefahr (Bundesgericht, 6B\_698/2017 vom 13. Oktober 2017)

«5.2. Gemäss Art. 90 Abs. 3 SVG wird mit Freiheitsstrafe von einem bis zu vier Jahren bestraft, wer durch vorsätzliche Verletzung elementarer Verkehrsregeln das hohe Risiko eines Unfalls mit Schwerverletzten oder Todesfolgen eingeht, namentlich durch besonders krasse Missachtung der zulässigen Höchstgeschwindigkeit, waghalsiges Überholen oder Teilnahme an einem nicht bewilligten Rennen mit Motorfahrzeugen.

Eine Gefahr ist die Möglichkeit eines Schadens. Eine mögliche Gefahr ist die Möglichkeit der Möglichkeit eines Schadens.

Art. 90 Abs. 3 SVG stuft qualifiziert grobe Verkehrsregelverletzungen als Verbrechen ein (BGE 142 IV 137 E. 9.1 S. 147). Wie dem Wortlaut des Gesetzes (<namentlich>) zu entnehmen ist, zählt Art. 90 Abs. 3 SVG die verbotenen Verhaltensweisen beispielhaft auf (BGE 142 IV

137 E. 6.1 S. 142). In casu ist die vorsätzliche Begehung unbestreitbar gegeben (vgl. BGer, 6B\_136/2016 vom 23. Januar 2017, E. 2.1 und E. 2.3 zu einer behaupteten psychischen Störung und Alkoholintoxikation). Es besteht volle Schuldfähigkeit. Art. 90 Abs. 3 SVG setzt (anders als Art. 129 StGB) keine konkrete Gefährdung des Lebens voraus, jedoch eine gegenüber Art. 90 Abs. 2 SVG gesteigerte, sozusagen qualifiziert erhöhte abstrakte Gefahr. Da bereits die erhöhte abstrakte Gefahr im Sinne von Art. 90 Abs. 2 SVG die naheliegende Möglichkeit einer konkreten Gefährdung voraussetzt, ist für die Erfüllung von Art. 90 Abs. 3 SVG die besonders naheliegende Möglichkeit einer konkreten Gefährdung zu verlangen. Die Gefahr muss mithin unmittelbar sein. Die allgemeine Möglichkeit der Verwirklichung einer Gefahr kann in Anlehnung an Art. 90 Abs. 2 SVG nur genügen, wenn aufgrund besonderer Umstände, wie Tageszeit, Verkehrsdichte, Sichtverhältnisse usw. der Eintritt einer konkreten Gefahr oder gar einer Verletzung besonders nahe lag und es letztlich nur vom Zufall abhing, dass sie sich nicht verwirklicht hat (BGer, 6B\_148/2016 vom 29. November 2016, E. 1.4.2 mit Hinweisen).

Entgegen der Beschwerde (S. 34) erfordert der Tatbestand von Art. 90 Abs. 3 SVG nicht die konkrete Gefährdung des Lebens oder der Gesundheit Dritter. Wie GERHARD FIOKA festhält, normiert der Tatbestand ein abstraktes Gefährdungsdelikt, wobei das Gefährdungselement der Intensität und dem Ausmass des

*Risikos nach qualifiziert und ein Erfolgseintritt vergleichsweise nahe liegen muss (a.a.O., N. 116f. zu Art. 90 SVG).»*

Da nässt sich doch der unvoreingenommene Leser ein. Es gibt nach der Ansicht des Bundesgerichtes also

- konkrete Gefahren,
- unmittelbare Gefahren (besonders naheliegende Möglichkeit einer konkreten Gefährdung),
- erhöhte abstrakte Gefahren (wohl: naheliegende Möglichkeit einer konkreten Gefährdung) und
- abstrakte Gefahren (wohl: Möglichkeit einer konkreten Gefährdung).

Wie das Gericht diese Abgrenzungen vornehmen wollte, bleibt unerfindlich, insbesondere der Unterscheid von unmittelbaren zu konkreten Gefahren dürfte wohl bloss kriminalpolitischen Zielsetzungen entsprechen: Wenn die unmittelbare keine konkrete Gefahr ist, dann können die beiden Strafbestimmungen (Art. 129 StGB und Art. 90 Abs. 3 SVG) erfüllt sein, ohne dass die eine die andere konsumieren würde. Sie treten also in Konkurrenz, was zur Anhebung

des Strafrahmens um 50% führt (Art. 49 StGB), wobei wohlgemerkt – auch dies eine der bemerkenswerten Perversionen des gegenwärtigen Sicherheitswahns – das abstrakte Gefährdungsdelikt (Art. 90 Abs. 3 und 4 SVG) ein Strafmaximum von zwar nur 4 Jahren kennt, das ist aber dennoch härter als dasjenige des konkreten Gefährdungsdelikt (Art. 129 StGB: 5 Jahre), weil – anders als die Geschwindigkeitsstrafnorm in Art. 90 SVG – die Lebensgefährdung nach Art. 129 StGB die Möglichkeit einer Geldstrafe vorsieht.

Würde nämlich die konkrete Gefährdung nach Art. 129 StGB die bloss abstrakte Gefährdung nach Art. 90 SVG konsumieren, wenn niemand anderer als die konkret gefährdete Person gefährdet wird, so müsste nach der bisher stets vertretenen Position des Bundesgerichtes selbst, das Erfolgsdelikt (die konkrete Lebensgefährdung nach Art. 129 StGB) das bloss Tätigkeitsdelikt (abstrakte Gefährdung nach Art. 90 SVG) konsumieren. Einzig dies vermag die lächerlichen Unterscheidungen zu erklären, die das Bundesgericht vornimmt, ohne auch nur ein halbwegs einsichtiges Abgrenzungskriterium anzugeben. Wohl, weil das schlicht unmöglich ist.

# Deutschsprachige Soziologen vor Spaltung

*Birger Antholz*

«Manchmal braucht es einen Martin Luther», tönt ETH Zürich Professor Andreas Diekmann bei der Mitgliederversammlung der Deutschen Gesellschaft für Soziologie. Nach Kongressen in Wien (1926), Zürich (1928 und 1988) und andernorts könnte der Soziologie-Kongress in Göttingen Ende September 2018 der letzte gemeinsame deutschsprachige gewesen sein. Grund: Es droht eine Spaltung durch eine 2017 gegründete Parallelgesellschaft, durch die Akademie für Soziologie. Den Gründungsauftrag haben rund 100 Lehrstuhlinhaber unterschrieben, d. h. rund ein Drittel der über 300 Soziologieprofessuren in Deutschland. Die Akademie-Mitglieder verstehen sich als empirisch-analytisch denkend und werfen der DGS-Gesellschaft qualitative Theorielastigkeit vor. Es stehen sich also auf der einen Seite die standardisiert arbeitenden, anwendungsorientierten Soziologen und auf der anderen Seite die sophisticated denkenden, epistemologischen Soziologen gegenüber. Europäisch ist die Spaltung längst vollzogen. 1992 fand der erste Kongress der European Sociological Association ESA statt, und seit 2000 gibt es Konkurrenz durch die European Academy of Sociology EAS. Auch in der EAS übernimmt Andreas Diekmann führende Positionen.

Überdies bekommt man als Norddeutscher den Eindruck, dass der Soziologenaufstand von Süddeutschland ausgeht. Neuer Akademie-Vorsitzender ist Thomas Hinz von der Universität Konstanz gleich neben der schweizerischen

Grenze und auch weitere Akademie-Verfechter sind aus dem Süden: der Österreicher Josef Brüderl, Tobias Wolbring (Nürnberg), Katrin Auspurg (München) und die ganze Mitarbeiterschaft um GESIS Mannheim (Präsident Christof Wolf). Bewahrheitet sich hier Max Webers protestantische Ethik-Idee, dass der calvinistisch-pietistische Evangelismus der Antriebsmotor effizienter Innovation im Kapitalismus/Wissenschaftsbetrieb ist?

Was bedeutet eine Spaltung deutschsprachiger Soziologen für die (Schweizer) Kriminologie? Nicht besonders viel ...

Was bedeutet eine Spaltung deutschsprachiger Soziologen für die (Schweizer) Kriminologie? Nicht besonders viel, denn auf dem Soziologentag in Göttingen spielen Vorträge über abweichendes Verhalten oder Kriminalität keine Rolle. Es gibt eine Sitzung zur Sicherheits-

produktion. In der deutschsprachigen Kriminologie / europäischen Kriminologie gibt es seit einigen Jahren eine kleine Gruppe quantitativer Kriminologen um den Österreicher Heinz Leitgöb. Aber es gibt bei den Kriminologen keine Notwendigkeit einer Akademie oder Teilung, denn in der großen Mehrheit arbeiten diese anwendungsorientiert. Dabei berück-

sichtigen selbst Juristen die Zahlen. Für die deutschsprachigen Kriminologen oder die europäischen Kriminologen ist eine Spaltung in Praktiker und Theoretiker keine Gefahr. Momentan muss man sich auch als Soziologe noch nicht entscheiden. Doppelmitgliedschaften, momentan sogar gekoppelt mit Ämtern, sind noch möglich.



# Was ist eine Sanktion?

Marcel Alexander Niggli

## I. Einleitung

Im Rahmen der Frage, ob etwas eine Strafe darstelle, findet sich regelmässig der Begriff der Sanktion, der etwas anderes bezeichnen soll als derjenige der Strafe, am Auffälligsten vielleicht im Kartellgesetz, das Verwaltungs- (Art. 49a ff. KG) und Strafsanktionen (Art. 54 ff. KG) unterscheidet. Ähnliche Eigenheiten finden sich aber überall, wo der Strafcharakter einer staatlichen Reaktion bestritten oder bezweifelt werden soll. So wird im Disziplinarrecht häufig von Disziplinar massnahmen, Disziplinarsanktionen oder eben Disziplinarstrafen gesprochen, ganz so als handelte es sich um völlig verschiedene Dinge.

## II. Etymologisch...

Das erste, was auffällt, ist dass Sanktion einerseits eine Strafe meinen kann, andererseits aber auch eine Billigung, also etwa «X hat diese Praxis sanktioniert» im Sinne von gutgeheissen, gebilligt, angenommen. Diese doch recht gegenläufige Bedeutungen sind auf den ersten Blick verwirrend. Aber vielleicht hilft die Etymologie zum Verständnis des Begriffes weiter. Sanktion nämlich leitet sich von neulat. *sanctio* her und meint Heilung, Anerkennung, Bestätigung, Billigung, Strafandrohung. *Sanctio* wiederum kommt von lat. *sancire*, das «heiligen, durch Weihe unverbrüchlich festsetzen, gesetzlich bekräftigen, bei Strafe verbieten» meint. *Sancire* bzw. Sanktion beziehen sich also auf etwas Heiliges, Bedeutsames, etwa eine wesentliche Wertvorstellung. Die Sanktion heiligt, bekräftigt und bestärkt dieses Heilige, diese Wertvorstellung. Das kann geschehen, indem ein Verhalten bestätigt wird, es gebilligt und

genehmigt wird. Es kann aber auch dadurch geschehen, dass ein Verhalten, welches das Heilige bzw. Bedeutsame verletzt oder beleidigt, bestraft wird, vergolten bzw. als Falsch gekennzeichnet. Daher die beiden scheinbar völlig gegenläufigen Bedeutungen.

Nach dem Duden sind Synonyme für Sanktion zum einen «Akzeptanz, Anerkennung, Annahme, Befürwortung, Beipflichtung, Bestimmung, Bejahung, Bestätigung, Billigung, Einverständnis, Einwilligung, Erlaubnis, Genehmigung, Gewährung, Zusage, Zustimmung; (bildungssprachlich) Autorisierung, Plazet, Sanktionierung; (umgangssprachlich) Absegnung, Okay, Segen; (veraltend) Konsens; (Völkerrecht) Ratifikation, Ratifizierung», zum anderen aber eben auch «Abstrafung, Bestrafung, Druck[mittel], Gegenmassnahme, Massregelung, Strafaktion, Strafe, Strafmassnahme, Vergeltungsakt[ion], Vergeltungsmassnahme, Zwangsmassnahme; (gehoben) Ahndung; (bildungssprachlich) Repressalie, Sanktionierung; (veraltend) Revanche».

Sanktionen stehen also immer im Zusammenhang mit bedeutsamen Wertvorstellungen. Es handelt sich nicht um blosser Regulierungsmassnahmen oder Konsequenzen blosser Ordnungsvorschriften bzw. deren Verletzung.

## III. Sanktion im StGB

Unter dem Titel «Keine Sanktion ohne Gesetz» bestimmt Art. 1 StGB: «Eine Strafe oder Massnahme darf nur wegen einer Tat verhängt werden, die das Gesetz ausdrücklich unter Strafe stellt.» Diese Norm hatte bis zur Revision 2007 unter

dem Titel «Keine Strafe ohne Gesetz» bestimmt: «Strafbar ist nur, wer eine Tat begeht, die das Gesetz ausdrücklich mit Strafe bedroht.» Man könnte nun aufgrund dieser Entwicklung auf die Idee verfallen, «Sanktion» sei der Oberbegriff für «Strafen» und «Massnahmen», dass also der Begriff seinen Konnex zum Heiligen, zur Bekräftigung von Wert- und Normvorstellungen verloren habe. Doch geht das leider fehl. Wer von der Bezeichnung strafrechtlicher Massnahmen als «Sanktionen» darauf schliessen wollte, jede staatliche Reaktion, die keine Strafe sei, könne als «Sanktion» bezeichnet werden, irrt nicht nur, er vernebelt die eigentliche Bedeutung des Begriffs.

Im Recht bezeichnet Sanktion eine Reaktion auf die Erfüllung eines Tatbestandes.

«Sanktion» nämlich ist der Überbegriff für staatliche Reaktionen nur dort, wo zentrale Wertvorstellungen bzw. Rechtsgüter angegriffen bzw. verletzt werden, und nicht etwa für jede staatliche Reaktion. Sowohl Strafen als auch Massnahmen des Strafgesetzbuches setzen die Begehung eines Straftatbestandes voraus, d. h. die Verletzung einer derartig fundamentalen Wertvorstellung. Sie unterscheiden sich primär dadurch, dass Massnahmen – im Gegensatz zu Strafen – keine Schuld des Täters voraussetzen. Erinnerung sei daran, dass die Bezeichnung «Sanktion» sich eben in Art. 1 StGB findet, also im Bestimmtheitsgebot, das damit als gültig gerade für Strafen und Massnahmen erklärt wird. Rechtsfolgen der Verwirklichung eines Straftatbestandes rechnet die herrschende Lehre bisher auch dort dem Strafrecht zu, wo keine Schuld vorausgesetzt wird. Mit dem Begriff «Sanktion» eine Reaktion zu bezeichnen,

die nicht dem Strafrecht angehören sollte, ist zumindest verwirrend.

#### IV. Sanktion im KG

Wendet man die Unterscheidung nun z. B. auf das Kartellgesetz und seine Dichotomie von Verwaltungs- und Strafsanktionen an, dann müssen sich beide Kategorien – sofern sie mit «Sanktionen» korrekt bezeichnet sind – auf Begehung von Straftatbeständen beziehen, d. h. auf die Verletzung wesentlicher Wertvorstellungen bzw. Rechtsgüter. Beide sind also dem Strafrecht zuzurechnen. Der Unterschied der beiden «Sanktionen» müsste – in Analogie zum StGB – darin bestehen, dass Verwaltungssanktionen – anders als Strafsanktionen – keine Schuld voraussetzen. Dies aber vermag nichts an ihrer Zugehörigkeit zum Strafrecht zu ändern.

Sollte eine der beiden Kategorien sich nicht auf die Verwirklichung von Straftatbeständen beziehen, so wäre ihre Bezeichnung als «Sanktion» schlicht falsch. Sollte «Verwaltungssanktionen» dagegen staatliche Reaktionen meinen, die nicht dem Strafrecht angehören (und dies war wohl die Intention des Gesetzgebers), so wäre zu fragen, was anderes denn eine staatliche Reaktionen sein könnte, die weder auf die Durchsetzung geltenden Rechts noch auf die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes ausgerichtet ist (und dies lässt sich nun bei den Art. 49a ff. KG beim besten Willen nicht vernünftig behaupten). Es wird gerade nicht nur Gewinn abgeschöpft oder ein spezifisches Verhalten unterbunden, sondern auf eine Rechtsverletzung reagiert, und zwar – mit der Einführung der direkten Sanktionen nach Art. 49a KG – nicht erst durch Verfügung der WEKO als Resultat eines bestimmten Verhaltens, sondern eben unmittelbar als Konsequenz ebendieses Verhaltens, das nur noch festgestellt werden muss. Damit steht der Strafcharakter ausser Frage.

Der Rechtsbruch wird durch Verwaltungssanktionen genauso wenig geheilt oder rückgängig gemacht wie durch Strafsanktionen. Auch setzen weder Verwaltungs- noch Straf-

sanktionen Normen durch, wie dies z. B. Kontrollen oder Bewilligungen zu tun vermöchten, denn Sanktionen kommen immer erst zum Tragen, wenn die fraglichen Normen gerade verletzt wurden. Eine potentielle general- oder spezialpräventive Wirkung ist bloss (empirisch nicht nachweisbare) Hoffnung. Eine derartige Wirkung ist zudem rein hypothetisch, indem ein tatsächlich eingetretener Rechtsbruch in Bezug gesetzt wird zum Nichteintreten möglicher Rechtsbrüche, von denen niemand wirklich weiss, ob und ggf. wie häufig sie tatsächlich eintreten würden. Natürlich kann man das «Durchsetzen» nennen, aber dann wird ein an Ausserirdische gerichtetes Verbot, die Erde

anzugreifen oder Menschen zu entführen, auch durchgesetzt durch eine Strafandrohung. Strafen bzw. Sanktionen setzen überhaupt nichts Konkretes durch. Sie schaffen Gerechtigkeit, indem sie das Nicht-Durchgesetzte auszugleichen suchen, die nicht wiedergutzumachende Verletzung ausgleichen. Und darin unterscheiden sich Verwaltungs- und Strafsanktionen nicht einmal in Details.

Eine *Verwaltungssanktion* ist damit zweifellos eine *Verwaltungsstrafe*. Bleibt einzig die Frage, was denn eine Strafsanktion sein könnte? Ein sinnloser Pleonasmus, lautet wohl die ehrliche Antwort.

# Über Geheimnisse und Argwohn

Dimitrios Karathanassis

## Vertrauen und Geheimnisse als Grundelemente freiheitlicher Ordnung

«*There is nothing makes a man suspect much, more than to know little*» schreibt **Francis Bacon** und gibt gleich selber den Rat, wie dieser Argwohn zu beheben sei: «*and therefore, men should remedy suspicion by procuring to know more*» («Suspicion», in: *The Works of Francis Bacon*, Vol. 1, Philadelphia 1844).

Es ist nicht erstellt und nach Wissen des Autors auch nie Gegenstand eines Forschungsvorhabens gewesen, ob **Francis Bacons** Werke zum Lesekanon der Compliance-Abteilungen von Banken gehören. Allerdings scheint es, dass sich die Banken, bewusst an **Francis Bacon** anlehnd oder aber unbewusst ihn bestätigend, seinen Ratschlag streng zu befolgen versuchen.

Vor einigen Tagen, wie immer um diese Jahreszeit, wurden den Klienten in meiner Kanzlei Rechnungen zugestellt. Wie bei vielen anderen Rechtsanwaltskanzleien erfolgt die Abrechnung quartalsweise. Den anwaltlichen Standesregeln verpflichtet wird jede Leistung aus einem Mandat festgehalten. Der Klient hat die Wahl, ob er diese Leistungen detailliert beschrieben und am Ende der Rechnung als Anhang aufgelistet haben möchte, oder aber die Rechnung von der Auflistung der einzelnen Leistungen separat erhalten will.

Der Herr X, ein Mandant, erhielt die Rechnung ohne Details, weil es so von ihm gewünscht war. Nachdem einige Tage vergangen waren, rief Herr X etwas ratlos an. Er hatte bei seiner

Bank in Zürich die Zahlung in Auftrag gegeben, aber sein Kundenbetreuer hatte ihn postwendend kontaktiert, dass man die Zahlung erst auslösen könnte, wenn man die dazugehörige Anwaltsrechnung erhalten würde. Die Compliance-Abteilung hatte darum gebeten.

Noch bevor Herr X erklärt werden konnte, dass er dazu weder vertraglich noch gesetzlich verpflichtet sei, erklärte er, dass er die Rechnung der Bank schon geschickt hätte, aber die Compliance-Abteilung nun immer noch nicht bereit wäre, die Auslösung der Zahlung zu genehmigen, weil sie erst den Inhalt der in Rechnung gestellten Leistungen «kennen müsse».

Es passiert nicht häufig, aber bei dieser Antwort wäre der Telephonhörer fast runtergefallen. Um ganz sicher zu sein, erfolgte die schriftliche Rückfrage beim Klienten, ob er denn wirklich richtig verstanden worden wäre, dass die Bank den Mandatsinhalt wissen müsste, bevor sie ihrer vertraglichen Pflicht nachkäme, die Zahlung auszulösen. Der Klient bestätigte dies und war selbst verwundert. Kurz daraufhin fand ein Telephonat mit dem Kundenbetreuer der Bank statt, in dem letzterer bestätigte, dass die Bank diese Informationen bräuchte und eigentlich damit meinte, dass die Bank sie wollte.

Später, zu Hause angekommen, kramte ich meine alte Werkausgabe von **Bacon** heraus. Und siehe da, in den **Meditationes Sacrae** (1597)

taucht der lateinische Spruch «*ipsa scientia potestas est*» auf, den sein damaliger Sekretär, Thomas Hobbes, später im Leviathan als «*scientia potentia est*» übernehmen sollte (allerdings mit weniger Überzeugung). Es ist dieses Zitat von Bacon, das seitdem immer wieder zitiert und mal mehr, mal weniger stark aus dem Kontext gerissen ein beliebtes Sujet von Powerpoint-Präsentationen und Hobbystaatsphilosophen ist.

Nach Bacon ist Wissen also Macht. Daraus folgernd kann Macht geschützt werden, indem das Wissen, das die Macht begründet, geschützt wird. Diese elementare Aufgabe kommt dem Geheimnis zu. Vom biblischen Beginn, bei dem Gott Adam und Eva das Wissen über die Welt bewusst nicht offenbart, über die Priesterkassen des antiken Babylons und Ägyptens, über die mittelalterlichen Klöster, über die Entstehung von Staatsgeheimnissen parallel zum Aufkommen der Nationalstaaten und bis heute anhaltend kommt dem Geheimnis eine machtbegründende Aufgabe zu. Diese machtbegründende Aufgabe wechselt im rechtsstaatlichen Kontext aber zu einer machteinschränkenden Funktion: Geheimnisse gelten nicht nur für die Mächtigen, sondern vor allem gegen die staatliche Macht. Das Individuum wird von der Staatsmacht geschützt, indem ihm Geheimnisse materiell (z.B.: Persönlichkeitsrechte, Informationelle Selbstbestimmung, Bankgeheimnis), aber auch formell (z.B. Folterverbot) gesetzlich gewährt und als Teil seiner Rechte zugestanden werden. Das Zugeständnis des Staates an seine Bürger, Geheimnisse haben zu dürfen, ist der konsensuelle Unterbau der Regierenden mit den Regierten in einem Rechtsstaat. Der allwissende und damit allmächtige Staat wird abgelehnt, denn ohne Allwissen und ohne Recht auf Allwissen gibt es auch keine Allmacht. Die Möglichkeit von Geheimnissen erlaubt sodann eine Unterscheidung zwischen öffentlichem und privatem Leben. Während in ersterem Alle einsehen und partizipieren können, bildet letzteres einen Schutz des Einzelnen vor seinen Mitmenschen. Zwischen diesen beiden Säulen, dem Schutz vor dem Staat und

dem Schutz vor den Mitmenschen, befindet sich der Nährboden individueller Freiheit in einem liberalen Rechtsstaat. Entscheidend dabei ist, dass dieser durch Geheimnisse geschützte Bereich keinen Argwohn erwecken darf. Tut er dies aus Gründen der Neugier oder des Machtstrebens doch, was allzu menschlich ist und nicht zu verhindern sein dürfte, so schreitet das Gesetz ein und schützt über das Geheimnis hindurch das Individuum. Das Individuum wird also gegen den Argwohn des Staates und seiner Mitmenschen abgeschirmt.

Das Zugeständnis des Staates an seine Bürger, Geheimnisse haben zu dürfen, ist der konsensuelle Unterbau der Regierenden mit den Regierten in einem Rechtsstaat.

Zurück zur Bank und ihrer Compliance-Abteilung. Man könnte sich jetzt seitenlang auslassen über die Unverschämtheit einer Schweizer Bank, die Rechnung einer Schweizer Anwaltskanzlei sehen zu wollen, über das Fehlen eines vertraglichen oder gesetzlichen Anspruches darauf, über die Tatsache, dass wäre die Anfrage der Bank direkt an die Anwälte gegangen, es sich dabei um eine Anstiftung zur Verletzung des Anwaltsgeheimnisses handeln würde, über die Tatsache, dass dies für den Kunden Kosten generiert, über die Tatsache, dass es nicht Aufgabe der Bank ist, die Ausführung von Zahlungsaufträgen vom Erhalt anderer, das Kunden-Bank Verhältnis nicht tangierenden Informationen abhängig zu

machen. Über dies Alles ist aber genug Literatur vorhanden, die Stellung des Anwaltsgeheimnisses in einem Rechtsstaat ist ausführlich aufgearbeitet und die Manie der Banken, mit der sie ihren vermeintlichen Sorgfaltspflichten nachgehen, ist inzwischen auch hinreichend bekannt.

Der Finger sei deshalb auf den Argwohn gelegt. Es sind dieser Argwohn, zusammen mit der inzwischen fast hysterischen Angst, die am ehesten in der Lage sind, die Grundfesten des liberalen Rechtsstaates zu erschüttern. Sollte Argwohn des Staates und der Bürger untereinander (wieder) zunehmend rechtlich erlaubt und sollten die Argwöhnischen gegenüber den Geheimnisträgern weitere «Eingriffsrechte» erhalten, so dürfte der Rechtsaat, immer verstanden als Konstrukt von Abwehrrechten, welche Freiheitsräume schaffen, schnell seinem Ende entgegenblicken. Das Menschenbild, das unserer Rechtsordnung zugrunde liegt, geht von einem Individuum aus, das für seine Handlungen, solange sie im rechtlich erlaubten Rahmen stattfinden, keine Rechenschaft abzulegen hat, und zwar weder dem Staat, noch seinen Mitmenschen gegenüber.

Die vielgehörte Formel «ich habe nichts zu verbergen», welche vor allem nach Terroranschlägen dem Ruf nach staatlichen Eingriffsrechten Verständnis gegenüberbringt, ist das Einfalltor für individuelle Restriktionen. Abgesehen davon, dass jeder was zu verbergen hat (und manchmal auch nur die Scham), gesteht diese Formel dem Argwohn zu, eine rechtliche Berechtigung zu haben. Der hinreichende Tatverdacht im Strafrecht, ohne den keine Zwangsmassnahme angeordnet werden darf, steht sinnbildlich dafür, dass es mehr als Argwohn braucht, um das Recht auf Geheimnisse aufzuheben.

Doch während der Argwohn des Staates seit Beginn der Aufklärung zunehmend eingeschränkt wurde (freilich mit grossen Rückfällen im 20. Jahrhundert) und heute in der westlichen Welt vermeintlich in enge rechtliche

Schranken gesetzt wurde, werden Stimmen lauter, die aus Angst vor Terror und Katastrophen diese Schranken lockern wollen. Dieser Konflikt ist noch lange nicht ausgestanden und sein Ausgang dürfte wegweisend sein für den Fortbestand des liberalen Rechtsstaates westlicher Prägung. Dass es anders gehen kann, zeigt das in China inzwischen implementierte Bonus-system, welches jede private wie öffentliche Handlung von Individuen im Verhältnis zur staatlichen Doktrin bewertet und sie folglich mit Bonuspunkten belohnt oder sanktioniert.

Im Schatten dieses Konfliktes aber haben zunehmende Auflagen an Banken und Finanzintermediäre dazu geführt, dass staatliche Kontrollmechanismen, mit allen ihren Restriktionen, nun Privaten übertragen werden. Die Überprüfung von Geldein- und -ausgängen ist für die Banken zur Pflicht geworden und wird als Massnahme gegen Terrorismus und Geldwäscherei verstanden. Die Bussen und die negativen Konsequenzen in Form von Imageverlusten durch mediale Kreuzigung, die im Falle verfehlter Sorgfaltspflichten drohen, führen jedoch dazu, dass Banken immer vorsichtiger und damit immer argwöhnischer werden. Sie übernehmen unter dem Schirm der Compliance staatliche Kontrollaufgaben und werden zu staatlichen Ausführungsgehilfen. Während der Staat jedoch erst bei einem konkreten Tatverdacht aktiv werden kann, verweigern Banken auch unbedenkliche und völlig legale Transaktionen, wenn sie selbst dadurch, nota bene nach eigenem Ermessen, Risiken eingehen würden. Der dadurch erreichte «chilling effect» erweitert im Ergebnis die Kontrolle durch den Staat und faktisch auch durch Private in Bereichen, die durch Geheimnisse geschützt sind. Private selber haben übrigens die Möglichkeit entdeckt, den Argwohn (insbesondere der Banken) gegen das Recht auszuspielen: In einem anderen Fall erliess in einer privatrechtlichen Streitigkeit eines anderen Mandanten ein Londoner Gericht eine world wide freezing order (WFO) gegen sein Vermögen. Dieses Instrument kann selbstverständlich nicht direkt in der Schweiz angewendet werden, es

bedarf der Exequatur. Die Gegenseite drohte aber, die WFO samt gesamter Dokumentation direkt an die Banken zu senden, um damit bankinterne Kontosperrungen an den staatlichen Gerichten vorbei zu erzwingen. Diese Kontosperrungen wären nicht durch staatliche Gerichte oder staatsanwaltliche Verfügung erfolgt, sondern durch ein Eingreifen der Banken nach eigenem Ermessen. Das Resultat aber wäre das gleiche und es zeigt auf, zu welchen Ergebnissen der zunehmende Argwohn führen kann. Erst der Hinweis, dass ein solches Vorgehen strafrechtliche Konsequenzen auslösen würde, hinderte in diesem Fall die Gegenseite daran. Wie die Banken hingegen reagieren würden, wenn sie «nur» telephonisch und ohne Vorlage der WFO über das Urteil informiert würden, bleibt abzuwarten.

Schliesslich sei noch der «Nebeneffekt» erwähnt, dass die Informationen, welche aus Argwohn verlangt und eingeholt werden, selbst einen Wert per se haben. Das wird im konkreten Fall besonders deutlich. Der von der Bank geforderte Mandatsinhalt steht in keinem Zusammenhang mit den gesetzlichen Sorgfaltspflichten. Vielmehr verlangte die Bank nach zusätzlichen, ihr nicht zustehenden Informationen, um mehr Wissen über ihren Kunden zu generieren. Wenn Wissen aber in der Tat Macht ist und Bacon Recht behält, dann wird schnell deutlich, wie durch dieses Wissen die Bank in eine privilegierte, sprich mächtigere

Position, versetzt wird. Sie kann ohne Rücksprache und ohne Aufforderung durch Gerichte die Gelder des Klienten einfrieren und die Zahlungen verweigern, zum Beispiel im hier nur hypothetisch aufgeführten Falle, dass der Mandatsinhalt Beratung in einem Strafverfahren enthält und diese Tatsache alleine der Bank unwohl ist. Der Kunde kann sich gegen dieses Vorgehen wehren, aber diese Abwehr ist kosten- und zeitintensiv und selbst ein Obsiegen vor Gericht garantiert nicht, den Sachverhalt unbeschadet zu überstehen.

Es bleibt also dabei: Wird Argwohn zugelassen, so entfaltet er eine machtschützende Funktion, denn um ihm (vermeintlich) zu begegnen wird die Aufgabe der Geheimnisse verlangt, die eigentlich macheinschränkend wirken sollten. Francis Bacon selber hat den Argwohn mit mehr Wissen bekämpfen wollen. Historisch bedingt hat er freilich die elementare Notwendigkeit von Geheimnissen für die Existenz des Rechtsstaates nicht erkennen können. Und doch scheint er einleitend zu seinem Text über Argwohn gespürt zu haben, dass der Argwohn des Staates früher oder später die Freiheit einschränkt und zur Diktatur führt: «*They [suspicions] dispose kings to tyranny [..].*»

Die Bank zahlte übrigens nachdem sie mit Nachdruck darauf hingewiesen wurde, dass der Mandatsinhalt rechtlich geschützt ist und sie keinen Anspruch hat, diesen zu kennen.

# Die Kompetenzen des Eidgenössischen Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragten (EDÖB)

*Simon Roth*

Mit der App Helsana+ sollten (Grund-)Versicherte der Helsana zu einem gesundheitsbewussten Verhalten animiert werden, indem sie über die App gesunde Aktivitäten erfassen und Pluspunkte sammeln, die dann in Barauszahlungen oder Partnerangebote umgewandelt werden können.

Gegen diese Geschäftsidee meldete der Eidgenössische Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragte (EDÖB) jedoch Bedenken an. Mit **Empfehlung vom 26. April 2018** trug er der Helsana auf, über Helsana+ keine geldwerten Rückerstattungen an Kunden fliessen zu lassen, die bei der Helsana ausschliesslich grundversichert sind.

Diese Empfehlung einer *Datenschutzbehörde* gründet auf Art. 62 des *Krankenversicherungsgesetzes*, der die besonderen Versicherungsformen der Krankenversicherung regelt. Es fehle, so der EDÖB in Erwägung 2 der Empfehlung, an einer gesetzlichen Grundlage für die Rückerstattung; und ohnehin verletze eine solche das Prinzip der gleichen Prämien gemäss Art. 61 KVG. Daher sei die Rückerstattung rechtswidrig.

Keinerlei Bezug macht die besagte Erwägung hingegen zum Datenschutzgesetz, über dessen Einhaltung der EDÖB bekanntlich zu wachen hat (Art. 27 Abs. 1 DSGVO). Erst das Dispositiv der Empfehlung findet zum Datenschutz und gibt der Angelegenheit einen scheinbar datenschutzrechtlichen Gehalt: Helsana solle im Zusammen-

hang mit Helsana+ auf die Bearbeitung von *Kassenzugehörigkeits- und anderen Daten* von ausschliesslich grundversicherten Kunden verzichten.

Wird der EDÖB immer dann, wenn in einem aufsichtsrechtlich relevanten Zusammenhang Personen-daten bearbeitet werden, zur Nachprüfung berufen?

Das Bundesamt für Gesundheit (BAG), seines Zeichens Aufsichtsbehörde über die soziale Krankenversicherung (Art. 56 KVAG), hatte vor Erlass der Empfehlung des EDÖB jedoch grünes Licht für die App und das Bonusprogramm gegeben.

Zweifelsohne statuiert das Datenschutzgesetz als einen der Bearbeitungsgrundsätze, dass



Personendaten nur rechtmässig bearbeitet werden dürfen (Art. 4 Abs. 1 DSG). Bearbeitungszwecke, die sich aus datenschutzfremden (z.B. krankversicherungsrechtlichen) Gründen rechtswidrig erweisen, sind auch datenschutzrechtlich unzulässig (zumindest ohne Rechtfertigungsgrund, Art. 13 DSG).

Doch wird der EDÖB dadurch immer dann, wenn in einem aufsichtsrechtlich relevanten Zusammenhang Personendaten bearbeitet werden, unter dem Titel der datenschutzrechtlichen Rechtmässigkeitskontrolle zur Nachprüfung des aufsichtsbehördlichen Handelns berufen?

Wohl kaum. Der EDÖB als nicht-sachkompetente Behörde wird im Bereich der Auslegung des Krankversicherungsrechts an den Entscheid

des BAG als sachkompetente Behörde gebunden. Hat das BAG also entschieden, Helsana+ sei krankversicherungsrechtlich zulässig, so geht es nicht an, dass der EDÖB diese Auffassung unter datenschutzrechtlichen Vorwänden nachprüft. Die Rückerstattung als solche hat für die Zwecke von Art. 4 Abs. 1 DSG als rechtmässig zu gelten. Alles andere käme einer Kompetenzüberschreitung des EDÖB gleich.

Es bleibt also zu hoffen, dass das Bundesverwaltungsgericht in der mittlerweile eingereichten Behördenklage des EDÖB den Kompetenzbereich desselben besser abzustecken vermag. Denn wenn für etwas keine gesetzliche Grundlage besteht, dann für eine unbeschränkte Nachprüfungsbefugnis des EDÖB in datenschutzfremden Rechtsgebieten.

# Das Gedicht: S'i fosse foco

*Cecco Angiolieri*

*Mit dieser Nummer beginnen wir, auf Gedichte (aber auch andere literarische Texte) hinzuweisen, die unsere Ziele bzw. diejenigen von **ContraLegem** erläutern bzw. illustrieren. Das kann etwas zum Recht oder zum Gesetz sein, muss aber nicht. Gedichte wären ja, eigentlich, das ideale Ausdrucksmittel von Kritik; sie sind kurz und prägnant, und eine gelungene Kritik entwickelt immer eine gewisse Poesie. Dass kaum mehr Gedichte gelesen werden, spricht Bände über den aktuellen Zustand unseres geistigen Lebens.*

*Beginnen wollen wir mit einem Gedicht von **Cecco Angiolieri** (geboren ca. 1260 in Siena, gestorben 1313 ebenda). Sein vielleicht berühmtestes Sonett soll den Reigen eröffnen, weil es für alles steht, was heute verloren scheint: Wagemut, Kritik, Aufrichtigkeit und dann auch noch Humor.*

S'i' fosse foco, arderei 'l mondo;  
s'i' fosse vento, lo tempesterei;  
s'i' fosse acqua, i' l'annegherei;  
s'i' fosse Dio, mandereil'en profondo;

s'i' fosse papa, sare' allor giocondo,  
ché tutti cristiani imbrigherei;  
s'i' fosse 'mperator, sa' che farei?  
A tutti mozzarei lo capo a tondo.

S'i' fosse morte, andarei da mio padre;  
s'i' fosse vita, fuggirei da lui:  
similemente farìa da mi' madre,

S'i' fosse Cecco, com'i' sono e fui,  
torrei le donne giovani e leggiadre:  
e vecchie e laide lasserei altrui.

# Materielle Wahrheit

Marcel Alexander Niggli

Es gibt keine materielle Wahrheit.

Kaum ist das gesagt, erhebt sich auch schon wütiges Gebrüll. Ein wahrer Sturm der Entrüsteten: Wie können Sie es wagen! Ziel des gesamten Strafverfahrens ist doch die Suche nach der materiellen Wahrheit. Das können Sie doch in jedem Lehrbuch, jedem Skriptum nachlesen. Die materielle Wahrheit ist unersetzbarer Pfeiler des modernen Strafprozesses und Teil seines Gerechtigkeitsanspruches.

Materielle Wahrheit existiert dort, wo sie nichts nützt, und verschwindet, sobald man sie braucht.

Mag sein. Aber manchmal hilft ja weiter, sich darüber klar zu werden, was wir eigentlich meinen, wenn wir etwas sagen, was wir meinen, wenn wir von materieller Wahrheit sprechen bzw. wovon wir nicht sprechen. Was immer nämlich der Begriff der materiellen Wahrheit meinen könnte, er bezeichnet in erster Linie den Gegensatz zur formellen Wahrheit. Die Dichotomie ist typisch für den Zivilprozess, wo formelle Wahrheit den Sachverhalt bezeichnet, der aufgrund bestimmter prozessrechtlicher Kriterien und Regeln festgestellt wird, im Gegensatz dazu meint materielle

Wahrheit den Sachverhalt, wie er sich tatsächlich zugetragen hat.

Im Strafprozessrecht geht die Pflicht zur Erforschung der materiellen Wahrheit auf die *Constitutio Criminalis Carolina* von 1532 zurück, was allgemein als grosser Fortschritt betrachtet wurde und wird. Erinnerung sei immerhin daran, dass diese Pflicht – überall dort, wo keine anderen Beweismöglichkeiten bestanden – unmittelbar die überragende Bedeutung des Geständnisses begründete (*confessio regina probationum*). Und dies wiederum führte wie selbstverständlich zur Folter, wenn sich denn die Königin der Beweismittel partout anders nicht einstellen wollte. An der umfassenden Fortschrittlichkeit der Pflicht zur Ermittlung der materiellen Wahrheit lässt sich also durchaus zweifeln, wenn nicht gar verzweifeln, doch lassen wir das.

Vorliegend soll nicht der unfruchtbare Streit zwischen objektiver Wahrheit und postmodernen Zweifeln daran bereichert werden. Wir wollen nicht danach fragen, ob es überhaupt eine Wahrheit gebe und ob wir sie je erkennen können. Wir wollen auch nicht auf die Frage eingehen, ob man je die Wahrheit sagen könne, weil das Erzählen der Wahrheit eben nicht die Wahrheit ist, da es notwendig etwas weglässt, hinzufügt, durch das Erzählen verändert, und nur das unmittelbare Erleben überhaupt je Wahrheit sein und damit erlebt werden könnte, das niemals gesagt oder erzählt werden kann. Auch dies ist nicht unser Thema.

Es geht uns also nicht darum, *ob* es eine Wahrheit gebe, sondern darum, *ob* es eine *materielle* Wahrheit gebe, also eine Form der Wahrheit, die sich von der *formellen Wahrheit* unter-

scheidet. Wir wollen also danach fragen, ob es eine Wahrheit gebe, die *nicht* von formellen Kriterien abhängt. Denn dies ist doch der eigentliche Sinn des Begriffes der *materiellen Wahrheit* (oder er soll es zumindest hier sein): Eine Wahrheit, deren Gültigkeit nicht von formellen Kriterien abhängt. Und dies herauszufinden, sollte eigentlich mittels Nachdenkens möglich sein:

Nehmen wir *exempli gratia* an, es gebe eine materielle Wahrheit, also eine Wahrheit, die ohne Zuhilfenahme formeller Kriterien konstituiert werden bzw. Geltung erlangen könne. Nehmen wir weiter an, dass diese Wahrheit tatsächlich auch von jemandem erkannt und festgestellt werden könne.

Was geschieht, wenn jemand eine Wahrheit erkennt und seine Erkenntnis äussert? Was genau geschieht, wenn jemand behauptet, das grosse Spaghettimonster sei ihm erschienen? Nun, dasselbe wie bei allen Äusserungen: Wir können dem Sprechenden entweder glauben oder eben nicht, d. h. seine Äusserung für wahr hinnehmen oder eben nicht. Glauben wir ihm, so werden wir keinen Beleg für die Wahrheit seiner Äusserung fordern, weil das nicht notwendig ist. Zweifelsfreie Gültigkeit werden seine Aussagen allerdings v. a. in drei Konstellationen erlangen: 1. wenn sich seine Erkenntnis mit der unseren deckt, 2. wenn sie für uns bedeutungslos bleibt, und 3. wenn wir ihm Autorität zuschreiben und seinen Feststellungen kraft dieser Autorität Geltung zukommt.

Eine Wahrheit ist also jedenfalls dann eine materielle Wahrheit, hängt also nicht von formellen Kriterien ab. Sie ist zweifelsfrei gültig, wo sie entweder unstrittig oder gleichgültig ist oder wo sie autoritativ festgestellt wird. Überprüfbarkeit ist nicht notwendig, weil keine Zweifel bestehen.

Zweifeln wir hingegen an der Wahrheit einer Aussage und nehmen ihre Feststellungen nicht einfach hin, sondern hinterfragen sie, so löst sich dadurch das, was *materielle* Wahrheit war,

solange es nicht bezweifelt wurde, sofort in Nichts auf, entpuppt sich als Phantasie. Allein schon durch die Frage an den Erkennenden, wie er denn diese materielle Wahrheit erkannt habe, zerstört sie notwendig. Sobald er uns nämlich ein Kriterium nennt, durch welches sich die (materielle) Wahrheit von der Unwahrheit unterscheidet, mutiert sie zu einer formellen Wahrheit. Wird nämlich Wahrheit von Unwahrheit mittels eines *Kriteriums* unterschieden, das eine Überprüfung erlaubt, handelt es sich notwendig nicht mehr um eine materielle, sondern um eine formelle Wahrheit. Denn *jede* Wahrheit, die überprüfbar sein soll, muss dazu notwendig Kriterien verwenden.

Materielle Wahrheit existiert mithin nur dort, wo keine Zweifel bestehen, sie bleibt also immer und notwendig unüberprüfbar. Sie ergibt sich unmittelbar, von selbst, als fraglose und zweifelsfreie Evidenz, gleich einem Gottespruch. Sobald aber daran gezweifelt wird und nur schon nach dem Kriterium dieser Wahrheit gefragt wird, verwandelt sich die materielle Wahrheit notwendig und unumgänglich in eine formelle.

Daraus ergibt sich: Wird von materieller Wahrheit gesprochen, so wird dadurch die Gültigkeit einer formellen (also überprüfbaren) Wahrheit in Zweifel gezogen. Dies geschieht paradoxerweise indem auf etwas verwiesen wird, das selbst gerade nicht überprüfbar ist, sei es, weil das Kriterium seiner Überprüfbarkeit nicht offengelegt werden soll, sei es, dass die Gültigkeit der materiellen Wahrheit sich schlicht von der Autorität des Feststellenden ableiten soll. Wer von materieller Wahrheit spricht, nimmt die Rolle eines Priesters ein, dem wir *qua* seiner Funktion zu glauben haben.

Denn *materielle Wahrheit* kann nichts anderes meinen, als den autoritativen (nicht zu hinterfragenden) Anspruch auf Geltung einer Feststellung ohne eine Möglichkeit ihrer Überprüfung oder nur schon Kenntnisnahme des massgeblichen Kriteriums ihrer Geltung. Materielle Wahrheit erweist sich als metaphysi-

sches, wenn nicht religiöses Konzept. Sie existiert überall dort, wo weder Zweifel noch Dissens bestehen (oder zugelassen werden), mutiert aber zur formellen Wahrheit, sobald die Kriterien ihrer Feststellung bestimmt oder genannt werden. Kurz: Materielle Wahrheit

existiert dort, wo sie nichts nützt, und verschwindet, sobald man sie braucht. Wir müssen daher unseren Eingangssatz geringfügig ergänzen:

Es gibt keine **überprüfbare** materielle Wahrheit.

# GAFI/FATF und die Forderung nach Transparenz – Ein Erfahrungsbericht

Carola Göhlich

Eine der grundlegenden Empfehlungen der GAFI ist die Förderung der Transparenz.

Vor kurzem stolperte ich über einen Widerspruch, der – so offensichtlich er ist – dennoch niemanden zu interessieren scheint. Entstanden ist aus ersten empörten Diskussionen nun dieser Erfahrungsbericht und ein kleiner Ausflug in die Strukturen und Prinzipien der GAFI (Group d'action financière) bzw. FATF (Financial Action Task Force).

Die GAFI ist eine 1989 gegründete Organisation, die sich selbst auf ihrer Homepage als «policy-making body» beschreibt (GAFI). Sie gibt Empfehlungen heraus und überwacht die Umsetzung dieser Empfehlungen. Das Ziel – laut Homepage – ist dabei die Sicherung des internationalen Finanzmarktes vor Missbrauch. Hier sei angemerkt, dass diesem Ziel keinerlei rechtliche Basis zugrunde liegt, mangels Satzung unterliegt die GAFI vielmehr einer «unverbindlichen und selbstdefinierten Mission» (M. Roberts, Terrorismusfinanzierung, Diss.,

Frankfurt am Main 2011, 66). Die GAFI evaluiert und überprüft nationale Regelungen im Bereich der Geldwäscherei und der Terrorismusfinanzierung und erlässt in diesen Bereichen entsprechende Empfehlungen für die Einhaltung von Sorgfaltspflichten etc.

Eine der grundlegenden Empfehlungen der GAFI ist die Förderung der Transparenz und Verfügbarkeit von Informationen über den wirtschaftlich Berechtigten etc. (International Standards on Combating Money Laundering and the Financing of Terrorism & Proliferation – *The FATF Recommendations*, 6). Die Forderung nach Transparenz spielt insgesamt auf unterschiedlichen Ebenen eine grosse Rolle, wenn etwa die Möglichkeiten von Bargeldzahlungen in der Summe beschränkt werden sollen. Dass ein wesentlicher Fokus auf Transparenz liegt, überraschte wenig. Die Überraschung kam erst ein wenig später, als ich versuchte herauszufinden, wer eigentlich für die Schweiz bei der GAFI sitzt. Immerhin ist der Einfluss der GAFI auf die schweizerischen Finanzmarktregulierungen sehr gross. Doch, obwohl Transparenz bei der GAFI gross geschrieben wird, fand ich keine Informationen dazu, wer aus den einzelnen Ländern entsandt wird.

In einem kurzen Exkurs sei angemerkt, dass sich dieses Problem nicht nur im Zusammenhang mit der GAFI stellt. Ein anderes – hier willkürlich herausgegriffenes Beispiel – ist die

Wahl der Richter des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR). Obwohl der Gerichtshof von herausragender Bedeutung und allgemein bekannt ist, steht man vor erstaunlichen Hürden, sobald es um die Prozesse der genauen Zusammensetzung des Gerichts geht.

Informationen sind in der heutigen Zeit keine rare Ressource ([Editorial ContraLegem 2018/1, S. 4 ff](#)). Die Herausforderung liegt im Filtern der Informationen. Dennoch herrscht überall die Forderung nach mehr Informationen und auch die Bemühungen um die Kontrolle des Finanzmarktes bilden hier keine Ausnahme.

Meine Bemühungen, herauszufinden wer tatsächlich als Repräsentant bei der GAFI am Tisch sitzt, begannen auf der Homepage der GAFI. Neben einer Auflistung der Mitgliedsstaaten und der verschiedenen als «Observer» qualifizierten Staaten und Organisationen findet sich dort eine interaktive Karte, die entweder die Mitglieder unterschiedlicher der GAFI ähnlichen Organisationen anzeigt, oder nähere Informationen zu einem der Mitgliedsländer liefert ([GAFI](#)). Zu der Frage wer oder auch wie viele Repräsentanten der Mitgliedsländer entsandt werden, fand sich allerdings nichts.

In Zeiten der Internetrecherche ist auch Google immer ein zuverlässiger Helfer. Hierüber liess sich herausfinden, dass auch die FINMA Einsitz bei der GAFI nimmt ([FINMA](#)). Ebenso liess sich auf diesem Weg herausfinden, dass das Staatssekretariat für Finanzfragen (SIF, dem EFD untergeordnet) als Leitung der schweizerischen Delegation auftritt.

Schliesslich griff ich zum Telefonhörer. Nach einigen gescheiterten Versuchen bekam ich

schliesslich schriftlich eine Auskunft von der Sektion Finanzfragen des EDA. Hiernach obliegt die Leitung der Delegation dem SIF. Daneben werden Vertreter folgender Ämter und Behörden hinzugezogen: Bundesamt für Justiz und fedpol/Meldestelle für Geldwäscherei MROS (EJPD), Abteilung sektorielles Aussenpolitiken der Politischen Direktion (EDA), FINMA und die Bundesanwaltschaft. Weiterhin können das SECO (WBF) oder die EZV (EFD) punktuell involviert werden.

Obwohl ich nun also eine Antwort auf meine Frage gefunden zu haben schien, stellte sich das Unterfangen letztlich als recht ergebnisoffen heraus. Denn mit dieser Aufzählung sind so ziemlich alle Stellen erfasst, die in die Finanzmarktpolitik involviert sein könnten. Damit sind die Vertreter weder benannt noch ist irgendwer von der Vertretung der Schweiz bei einer der auf den Finanzmarkt einflussreichsten Organisationen ausgeschlossen. Dass damit genau diejenigen Stellen Teil sind der Überprüfung der nationalen Regelungen, die für ebendiese Regelungen verantwortlich sind, ist zumindest überraschend. Dass aber diese Stellen – qua Teil des Aufsichtsgremiums – Vorschläge zur Änderung der nationalen Gesetzlage machen, also de facto sich selbst Vorgaben machen, auf die sie sich dann – qua untergeordnete nationale Verwaltungsstelle – berufen, ist doch sehr irritierend.

Sehr deutlich aber wird, dass die Forderung nach Transparenz dort gross geschrieben wird, wo sie andere betrifft, dass aber genau das Gegenteil dort gilt, wo es darum geht, Verantwortung zu übernehmen, etwa dadurch dass angegeben wird, wer sich genau hinter institutionellen Bezeichnungen versteckt.

# Von Liebe und Tapferkeit

*Aulus Gellius*

Im Oktober 2017 sprach das Landgericht Bonn Eric X. schuldig der Vergewaltigung. Das Gericht hielt es auf Grund der erdrückenden Beweislage für erwiesen, dass Eric X. am 2. April desselben Jahres auf den Bonner Siegauen eine 23-jährige Studentin vergewaltigt hatte. Gegen das Urteil hat der Verurteilte Revision angekündigt, eine endgültige, rechtskräftige Entscheidung steht noch aus. Soweit das Rechtliche.

Frei ist, wer liebt und  
frei ist, wer tapfer ist.

Was diesen Fall besonders macht, sind seine Begleitumstände. Die Studentin campierte am besagten Abend mit ihrem Freund in einem Zelt. Mitten in der Nacht erschien Eric X. mit einer Astsäge und schnitt die Plane auf. Er bedrohte das Paar, welches ihm sechs Euro und eine Lautsprecherbox im Wert von 120 Euro anbot. Eric X. genügte sich damit nicht, sondern erhob die Astsäge zur Waffe und forderte die Studentin mit den Worten «*come out bitch, I want to fuck you*» auf, nach draussen zu kommen. Das Pärchen, noch unter Schock, beriet sich kurz. Die Studentin entschloss sich dann in Todesangst alleine das Zelt zu verlassen und fügte sich den Aufforderungen des Angreifers. Er zwang sie, sich auf eine mitgebrachte Decke zu legen und vergewaltigte sie, stumm liess sie Tat über sich ergehen. Ihr Freund versuchte

derweilen die Polizei zu alarmieren, im Zelt geblieben rief er den Notruf über sein Telephon an. Als der Täter dies bemerkte, flippte er aus, die Studentin aber behielt die Nerven, strich ihm beruhigend über die Wange, zog ihn an sich und flehte ihn an, er solle es zu Ende bringen und anschliessend verschwinden.

Während des Prozesses vor dem Bonner Landgericht verhönte der Täter sein Opfer, beschimpfte sie als Hure und wies jegliche Schuld von sich, das Gericht verhängte schliesslich eine Freiheitsstrafe von elfeinhalb Jahren. Dem Freund der vergewaltigten Studentin hingegen bescheinigten die Polizei und die Staatsanwaltschaft, richtig gehandelt zu haben. In den sozialen Medien war er zuvor als Feigling beschimpft worden, weil er die Vergewaltigung seiner Freundin nicht hatte verhindern können.

Es ist schwierig über Situationen und die darin «richtige» Verhaltensweise zu schreiben, wenn man Vergleichbares nicht erlebt hat. Allerdings ist dies auch das zentrale Element von Recht: die Abstraktion. Aus der Masse der Gesetzgeber haben nur Wenige diejenigen Sachverhalte erlebt, die in den Gesetzbüchern normiert werden. Eine rechtspolitische Vorstellung wird zu einer Norm, ein Verhalten wird als richtig oder falsch bezeichnet, ohne dass konkret erlebte Beispiele den Abstimmenden als Leitfäden dienen würden. Wenn Polizei und Staatsanwaltschaft dem Freund der vergewaltigten Studentin bescheinigen, richtig gehandelt zu haben, so tun sie dies mit Hinblick auf mögliche Reaktionen des Täters bei alternativem Verhalten. Sie wägen ab, freilich hypothetisch,



und kommen zum Schluss, dass es vorzuziehen gewesen sei, dass die junge Studentin die Vergewaltigung erduldet, statt den Täter zu provozieren und damit sich und ihren Partner einer lebensbedrohlichen Situation auszusetzen. Man kann diese Einschätzung teilen. Sie ist rational, sie ist deeskalierend und sie ist sicherer. Und doch ist sie falsch.

Wer liebt oder mal geliebt hat, wird niemals mit der Polizei und Staatsanwaltschaft zustimmen können. Die Essenz von Liebe, sofern eine solche überhaupt beschreibbar ist, liegt in der Selbstaufgabe, liegt im Ideal, das eigene Ich hinter das der geliebten Person zu stellen. Wiegt das eigene Ich, die eigene Existenz stärker, so kann nicht von Liebe gesprochen werden. Wer sich selber auf Kosten einer oder eines Geliebten schützt, hat es nicht verdient als Liebender bezeichnet zu werden. Wer die rechtliche Abstraktion in die Liebe trägt, wer abstrakt abzuwägen bereit ist, der liebt nicht, der kalkuliert. Auch eine hier nicht bestrittene Todesangst ändert daran nichts. Ganz im Gegenteil: wer liebt überwindet jede Angst.

Es besteht kein Zweifel, wer im konkreten Fall geliebt hat. Geliebt hat die Studentin, die durch ihre Einwilligung und, als die Situation zu eskalieren drohte, durch ihr aktives Eingreifen und Einreden auf den Täter, sich, aber vor allem ihren Freund schützte. Es benötigt viel Liebe, bedingungslose Liebe, dem Vergewaltiger «beruhigend über die Wange zu streichen, ihn an sich zu ziehen und ihn anzuflehen, die Sache zu Ende zu bringen».

Und der Freund? In Todesangst. Im Zelt. Alleine. Mit dem Telefon hantierend, die Polizei alarmierend. Passiv. Der Täter geht nun für elfeinhalb Jahre ins Gefängnis. Die wahre Strafe aber erleidet der Freund. Er muss jeden Morgen in den Spiegel schauen und eine Person erblicken, die, als es darauf ankam, scheiterte einzuschreiten. Die generell scheiterte. Die nicht liebte, als sie bedingungslos geliebt wurde und durch diese bedingungslose Liebe gerettet wurde. Dieses Urteil mag hart sein, es

mag aus der sicheren Distanz heraus gefällt sein, eine solche Situation nie erlebt zu haben, aber es kann und es darf nicht anders lauten.

Im Ergebnis sind die Studentin und ihr Freund am Leben. Sie trägt Stigmata, die sie ein Leben lang begleiten werden, die beste psychologische Behandlung wird daran nichts ändern können. Auch trotz dieser Stigmata muss das Leben lebenswert bleiben. Ihr Partner hingegen trägt seine eigenen Stigmata. Ob das Leben mit diesen lebenswert ist, kann nicht gleichermassen klar beantwortet werden.

Die Malaise unserer Zeit illustriert die Einschätzung von Polizei und Staatsanwaltschaft. Das Leben wird höher gewertet als alles Andere. Eine Kultur aber, die eine solche Einschätzung zum Dogma erklärt, ist zum scheitern verurteilt. Leben ist allen Lebewesen inne. Was den Menschen hervorhebt, was ihn zum Menschen selber macht, ist seine Fähigkeit, Höheres als das Leben zu definieren. Das Leben ist dann nicht mehr Selbstzweck, sondern erhält einen vom Menschen, und nur von ihm, gewählten Sinn.

Zu den Höheren gehört die Liebe. Sie ist das wohl einzige universale Prinzip, das allen Menschen gleich ist. Propagiert wird also durch Staatsanwaltschaft und Polizei eine Gesellschaft ohne Liebe. Eine solche Gesellschaft ist sicherlich effizienter, **Huxley** hat dies illustriert. Ob sie deshalb aber als Idealtyp dienen darf, muss stark bezweifelt werden.

Zu den Höheren als dem Leben selber aber gehört auch die Tapferkeit in ihrer abendländischen Tradition. Tapferkeit ist in diesem Kontext nicht nur die Überwindung von persönlichen Ängsten, sondern das Messen mit dem Übermenschlichen, mit einem Schrecken und einer Gewalt, die monströser ist, als die individuellen Probleme, die ein jeder von uns mit sich trägt, allerdings, und das ist zentral, nicht primär für den persönlichen Ruhm oder für den einen eigenen Vorteil, sondern für etwas Höheres. In diesem Messen mit den Monstern

wird in der abendländischen Tradition der Heros geboren. Mit ihm erlangt ein Konzept Einzug in die Kultur, das dem Menschen die Attribute verleiht, die das Abendland in seiner klassischen Tradition geprägt haben: Unangepasstheit gegenüber willkürlichen Obrigkeiten, Freiheit, Individualismus, Kampf für ein hehres Ziel.

Durch den Heros erhält die klassisch-abendländischen Kultur ihr Herzstück, ohne ihn wäre sie nichts mehr als die Fortsetzung der morgenländischen Gehorsams- und Hierarchiekultur jenseits des Bosphorus. Durch das Konzept des Heros gewinnt die klassisch-abendländische Kultur ein sie definierendes Attribut des Menschseins: Freiheit und zwar Freiheit als Ergebnis eines Kampfes gegen eine nicht-gewählte Ordnung, auch wenn der Tod der Preis dafür sein mag.

Der Heros kämpft gegen die bestehende göttliche Ordnung und gegen die Sicherheit des sich mit Allem Abfindens, weil er nicht bereit ist, seine physische Existenz über Allem zu stellen. Achill wird in jungen Jahren gefragt, ob er ein langes, erfülltes Leben wünsche, ein Leben in Eintracht und Freude und falls er dann sterbe, und sterben müsse er, so werden sich seine Kinder an ihn erinnern und um ihn trauern, deren Kinder auch noch etwas, aber er wird dann vergessen werden. Oder aber, ob er ein kurzes Leben wähle, eines im Kampfe, eines im Auf und Ab mit einem schmerzhaften Tode schliesslich, mit diesem Leben aber eine Unsterblichkeit erlange, da Jahrtausende danach sein Name noch erklingen werde. Ohne Zweifel wählt der Pelide letzteres und mit seinem Zorn beginnt dann auch die Ilias, das erste Epos des Abendlandes.

Das Heroentum ist in der klassischen griechisch-römischen Tradition zudem nur wenigen Auserwählten vorbehalten, denn nicht jeder vermag es mit den Monstern aufzunehmen. Heute jedoch wird der Begriff des Heros, sei es in seiner englischen Form «hero» oder in der deutschen Sprache als «Held» so inflationär benutzt, dass jede Lebenslage Helden gebärt,

sei es von Veteranen, die aus einem Kriegseinsatz zurückkehren oder der Fussballer, der ein wichtiges Goal erzielt. Diese semantische Vergewaltigung des Heros bleibt nicht ohne Konsequenzen: Es braucht inzwischen nur noch wenig, um ein Held zu sein. Der Heros wird aber dadurch abgewertet, verweichlicht und damit ultimativ wieder in die Ordnung zurückgedrängt, ohne die Notwendigkeit mehr, Monster zu bekämpfen. Der Heros wird zu einem von Vielen. Eine Kultur aber, die eine (göttliche oder menschliche) Ordnung so hinnimmt, die nicht mehr den bewundert, der sie anzweifelt, sondern der sie bestätigt, die nicht mehr dem nachzuahmen anregt, der sich selbst für das Absolute im Menschlichen zu opfern bereit ist, ja eine solche Kultur kann Vieles sein, aber nicht mehr klassisch-abendländisch, nicht mehr zentriert um das Individuum, nicht mehr freiheitsliebend. Vielmehr verehrt eine solche Kultur das Wohl der Masse, in der die Pseudoheroen lediglich den Schein von Freiheit und Individualismus erwecken, tatsächlich aber nur Gleichschaltung und Konformität prominent vorleben. Und gleiches gilt hier auch für die Liebe: Der Liebende, der kurz die Liebe aussetzt, um sich zu retten, indem er apathisch die Vergewaltigung seiner geliebten Person duldet, kann später nicht das Lieben wieder aufnehmen. Liebe kann und Liebe darf sich, auch um des Lebens wegen, nicht unterordnen.

In dem Kampf um Freiheit, der ein Kampf um das Ich ist, entsteht dann auch das prometheische Konzept des abendländischen Menschen und dadurch wahre Individualität. Menschsein als Auflehnung, als Akt der Rebellion gegen eine nicht-gewählte Ordnung, gegen eine (göttliche) Hierarchie, aus Liebe zu Anderen. Der in der klassischen Antike verehrte Suizid, heute verachtet, zeugt davon. Durch den Freitod ist der Mensch Herr des Endes seiner Existenz und setzt dieses Ende dann an, wenn er es für richtig hält und nicht, wenn Biologie (und Götter) es wollen. An diesem Punkt treffen sich dann Liebe und Tapferkeit. Beide lehnen eine fremdgesteuerte Unterordnung strikt ab, denn jegliche Unterordnung würde dem Höheren,

das der Liebe und der Tapferkeit innewohnt, widersprechen. Die Ablehnung einer ferngesteuerten Unterordnung aber bedeutet nicht, dass überhaupt keine Unterordnung erfolgt. Liebe und Tapferkeit sind immer auch ein Akt einer selbstgewählten Unterordnung unter ein Ideal. Des Liebenden Liebe gilt einer anderen Person (sonst wäre es nur Narzissmus), der Tapfere ist tapfer für das Wohl Anderer (sonst wäre es nur ein Überlebenskampf). So wie Prometheus das Feuer nicht für sich selber stiehlt, so kämpft auch Achill vor den Toren Iliions nicht für seine eigenen Machtgelüste (*«Nicht ja wegen der Troer, der lanzenkundigen, kam ich, Mit hierher in den Streit; sie haben's an mir nicht verschuldet»*, Ilias, 1. Gesang 152 f.). Diese selbstgewählte Unterordnung, im Gegensatz zur fremdgesteuerten, ist Ausdruck einer Freiheit, welcher der Liebe und der Tapferkeit inhärent ist und diese Freiheit, welche gleichzeitig auch die Übernahme von Verantwortung für Dritte ist, kommt erst in der Liebe und in der Tapferkeit zur Geltung: Frei ist, wer liebt und frei ist, wer tapfer ist. Dass Liebe Tapferkeit benötigt und Tapferkeit Liebe (und beide keinen Überlebenswillen), führt diese Ideale in eine wechselseitige Abhängigkeit, in der sich das Lebensübersteigende schliesslich manifestiert.

Der Student, in seiner Angst und in seiner dadurch hervorgebrachten Lähmung, handelte nicht. Er blieb im Zelt. Aus Liebe hätte er handeln müssen und auch aus Tapferkeit. Nicht, um der Welt zu zeigen, dass er kein Feigling ist. Sondern um zu zeigen, dass niemand sich an der Liebe vergehen kann, ohne auf Widerstand zu treffen. Er hätte die Liebe tapfer verteidigen müssen und damit der Tapferkeit selber gehuldigt. Nicht nur der Schutz seiner Freundin wäre also geboten, sondern der Schutz von etwas Höherem als dem Leben. Er verpasste es in die Nähe der Sphäre eines Heros zu kommen. Er schätzte sein Leben höher ein. Er verging sich an der Liebe und er verging sich an der Tapferkeit und blieb damit unfrei. Die Polizei und Staatsanwaltschaft bestätigten ihn dabei. Diese Haltung mag dem Rechtsfrieden dienen, aber es ist eine Haltung, die Ordnung und Sicherheit über das Richtige, über das Unumgängliche, über die Pflicht zur Liebe und über die Pflicht zur Tapferkeit stellt. Wer das aber tut, der raubt dem Menschen und damit dem Leben den Sinn, der propagiert ein sinnentleertes, ein sklavisches, ein der Ordnung und der Sicherheit verschriebenes Leben, ohne Freiheit und ohne Individualismus und vor allem: ohne Liebe.

# Preventive Justice – An Oxymoron

Carola Göhlich

## Why the concept of dangerousness is a danger to justice

Hearing the term preventive justice for the first time may well sound both interesting and attractive. Preventive justice is an irresistible concept. But is preventive justice possible?

Prevention in this context is the aim to prevent crimes. This concept stands in contrast to the retrospective approach to punish crimes that have been committed. Preventive aims have been the basis for establishing a variety of measures aiming to prevent individuals from committing certain acts as well as several changes in criminal law.

Adding the term justice should outline that all preventive measures should be subject to restraining principles. One of those principles frequently mentioned in this context is the presumption of innocence. With this, the concept of preventive justice combines the preventive approach with principles that have been established within the structures of criminal law.

This paper aims to show that a combination of these two concepts is not possible. It will do so by analysing the logic behind preventive measures as well as the logic behind criminal law and the concept of the presumption of innocence.

### I. Prevention and its Characteristics

Increasingly, criminal law is not just applied to deeds that have already been committed, but also, actions yet to be committed become the focus of so-called preventive measures. The qualification of several measures as criminal

sanctions is debatable (for the question whether criminal law can be defined by a criminal accusation: Niggli, *Strafrecht & Strafrechtliche Anklage*, *ContraLegem* 2018/2, in this issue). This paper does not focus on the different measures (for examples and a detailed examination: A. Ashworth/L. Zedner, *Preventive Justice*, Oxford 2014) and the question of whether or not they fall under criminal law. The importance is that by shifting from a retrospective sanction to a preventive goal, the trigger for those measures to be applicable is no longer a specific action but rather certain characteristics of a person such as dangerousness.

Consider the following example of a preventive measure with regard to the Sexual Risk Orders (SRO; Anti Social Crime and Policing Act 2014 as amendment of the Sexual Offences Act 2003 of the United Kingdom, Section 122A [6]): The court

*«... may make a sexual risk order if it is satisfied that the defendant has, whether before or after the commencement of this [Part of the Act], done an act of a sexual nature as a result of which it is necessary to make such an order for the purpose of—*

*(a) protecting the public or any particular members of the public from harm from the defendant, or*

*(b) protecting children or vulnerable adults generally, or any particular children or vulnerable adults, from harm from the defendant outside the United Kingdom.»*

For issuing a SRO, no criminal offence has to be committed. The only thing that has to be done as an act is an «act of a sexual nature». This act in return must make an order «necessary to protect» the public or any member of the public. This criterion of necessity refers to danger and implies a risk assessment. Because someone could get hurt, the likelihood of that event is what the decision of issuing a SRO is based on. For assessing the risk, the Home Office, in its guidelines, suggests that «behaviour that is not wrong by itself but may become so because of the intentions» should be considered (Home Office, Guidance on Part 2 of the Sexual Offences Act 2003, March 2015, 43).

Dangerous people are innocent and guilty at the same time.

Instead of relying on a certain act, the measures are then based on the level of dangerousness; it is based on a risk assessment (for a criminological approach on the question of dangerous offenders see: M. Brown/J. Pratt, *Dangerous Offenders – Punishment & Social Order*, London 2000). The change of this basis may sound as though it is only a slight difference, but it is a trick used to combine two incompatible systems. The slight change in the formulation changes everything. By changing the perspective into the future one cannot refer to a certain act but rather has to use other criteria for applying criminal law. The criminal action no longer needs to be defined; the risk of something that might happen is sufficient.

The problem is, that no one can predict the future. With this, the possibility of different results is included in the option to punish a dangerous offender. Dangerousness as well as the description of someone as an offender are

unclear categories. All they say is that an individual may pose a certain risk to someone or something. A statement about risk is, however, only true in its abstraction. No specific result can be drawn from it whatsoever. One example showing this is the rolling of dice. The probability of throwing a 4 with a true dice is 1/6. The argument is, that indeed probability can be calculated, if the possible cases and options are never ending. Taking the example of the dice, when I throw it once, I cannot make any prediction of whether or not I throw a 4. Also I can throw the dice six times and not get a 4 at all. Only hypothetically, with a never-ending number of throws, would I get the result that one out of six times I would throw a 4. This is what happens in an experiment where only six options exist. Human behaviour has even more possibilities, which makes the prediction of what someone will do impossible. Calculating the future by a risk analysis is simply not possible.

Therefore, if the mere possibility of an event is sufficient ground for a sanction, a system with no limitations whatsoever is created.

## II. The Presumption of Innocence and its Characteristics

In order to define the presumption of innocence, one first has to understand the nature of the presumption in question. The Oxford dictionary defines a presumption as «an idea that is taken to be true on the basis of probability» (Oxford Dictionary). In the Cambridge dictionary it is defined as «the act of believing that something is true without having any proof» (Cambridge Dictionary). What these definitions have in common is an intellectual conclusion that has its basis in either a feeling or at least not proven facts. With this, one might think, using the word presumption implies an intellectual process. A process which implies that there are facts from which a certain conclusion can be drawn. That is why one could easily be misled to the assumption that whether or not a presumption is correct depends on the question of facts. In general that could be the case,

however, in questions of law, especially in regard to the presumption of innocence, it is not. The presumption of innocence is not a presumption at all.

The presumption of innocence applies from the first accusation until the final conviction (E. Tophinke, in: M. A. Niggli/M. Heer/H. Wiprächtinger (eds.), *Basler Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung*, 2nd edition, Basle 2014, Art. 10 N 12), the final conviction being the decision of the judge. Art. 6 (2) of the European Convention on Human Rights states: «Everyone charged with a criminal offence shall be presumed innocent until proved guilty according to law. » Decisive with regard to this wording is the time element. The presumption of innocence applies during a legal proceeding. This needs to be emphasised: innocent until proven guilty or more precisely until found guilty by a judge. The presumption of innocence is not an intellectual conclusion; it does not rely on a factual situation. Rather, it constitutes a decision, according to which no one will be treated as guilty of having committed a specific crime, unless a judge decides otherwise. Therefore, the presumption of innocence constitutes something like a timeline. Figuratively speaking, we need an accusation as a starting point. Since an accusation by and in itself cannot constitute a judgement, the accused – *although* he/she is accused – must be regarded as innocent, until a judge decides to the contrary. The wording is crucial. The accused is not *presumably* innocent. He is innocent, full stop. Presumed innocence does not exist, it is either innocence or guilt. The presumption of innocence means that someone is innocent.

Therefore, the presumption of innocence describes the dividing line between two different options; innocence and guilt. Both of these options must be possible and it must be possible to decide between them.

Referring to the presumption of innocence, the decision of guilt vs. innocence is decided by a judge based on the necessity of proof. Prosecu-

tion brings forward an accusation, which it must prove to be correct. If it is proven beyond reasonable doubt that the criminal offence has been committed, the judge will decide that the alleged act was indeed committed. One could say that the judge's decision then contains the truth. It is a procedural truth, testifying what happened. The necessity of proof beyond reasonable doubt is the necessity of a valid criterion on which the decision is based.

Differentiability as the possibility to decide between two options as well as the necessity of a valid criterion are both reflected in the conception of the presumption of innocence.

### III. Criminal Law and its Characteristics

The developed logic of the presumption of innocence matches the classical logic and conception of criminal law. Someone is punished for something he or she did in the past. An accusation targets a specific person suspected of having committed a specific action. Such an accusation is characterised by the possibility of verification or falsification. Each of those scientific methods guarantees that a hypothesis can either be proved false or true. Additionally, it must be possible to make a decision which one of these two options is true.

In order to achieve this decidability an accusation must be phrased in such a precise manner that there is a clear distinction between the two options. This precision is what characterises criminal law as it is based on the criminalisation of certain types of behaviour. It is a specific action that is subject to sanctions.

There are certain rules of logic behind this emphasis of precision. Criminal law works on the logic that statements can be either true or not. There is neither room for opinion in between nor for probability. If someone is accused of having stolen a painting, then he/she either did steal it or did not. What we do in law is that we define terms, for example we define the act of theft. Then we look at the facts of the case and subsume them under the provisions. This

leads to a certain result, which is then, in the logic of the system, a true statement. This procedural truth is achieved, referring back to the example above, if a judge decides that someone did in fact steal the painting. The system that is established is one of internal coherence. Statements outside the scope of this logic cannot be answered by applying this logic. For example, the statement «I like you» cannot be decided. It can neither be verified nor falsified as the law does not give us any criteria or defined terms to prove this statement correct or false.

Precision gives us the possibility of distinction. Instead of speaking about precision one could also name the necessary requirement as being one of discretion. The meaning of discretion in this context has to be defined. What is meant is not, for example, the discretion of a judge when making a decision. Discretion, as used in the following, describes the possibility of a clear distinction, a separation between options. The contrast to a discrete structure is that of a continuum. In a continuous structure the borders are blurred.

#### IV. Incompatibility of Prevention and the Presumption of Innocence

Within the preventive discourse it is always emphasised that the rule of law and other important principles need to be respected. The presumption of innocence is always mentioned as being one of these principles (A. Ashworth/L. Zedner, *Preventive Justice*, Oxford 2014, 254).

As shown, the logic of prevention is that of a risk-assessment, of probability calculation. In this logic, dangerousness can neither be falsified nor verified. In this logic, dangerous people are innocent and guilty at the same time.

Nonetheless, not only politicians try to integrate the presumption of innocence into a preventive system. Through this endeavour, the principle suffers, due to its incompatibility. It becomes only one of many arguments in a vague

weighing of rights, for example, by referring to the ten-to-one rule. The ten-to-one rule says, «better that ten guilty persons escape, than that one innocent person suffers» (attributed to Blackstone, *Commentaries on the Laws of England*, 358 by E. van Sliedregt, *A Contemporary Reflection on the Presumption of Innocence*, *Revue internationale de droit pénal*, 1/2009, vol. 80, 247). In the current discussion, however, the emphasis on the protection of the innocent is shifted to an argument of protecting the public.

The best example for showing this possibility of reversing the ten-to-one rule is the discussion of countering terrorism. The German interior minister at the time asked whether it would be vital to state, that «we would rather allow ten attacks to take place than restrain one person who might not want to carry out an attack» (Citation of W. Schäuble, in: «Schäuble will die Unschuldsvermutung aufweichen», *Handelsblatt online*, 18.04.2007). The argument of the British prime minister Tony Blair went in the same direction: «The whole of our system starts from the proposition that its duty is to protect the innocent from being wrongly convicted. Don't misunderstand me. That must be the duty of any criminal justice system. But surely our primary duty should be to allow law-abiding people to live in safety. It means a complete change of thinking. It doesn't mean abandoning human rights. It means deciding whose come first. » (Citation of Tony Blair, in: «Blair laid bare: the article that may get you arrested», *Independent*, 28.06.2006).

This rhetoric and logic has a convincing effect. Its main problem is that it opens the door for discussion. We find ourselves in an argumentation weighing fundamental rights against each other. It seems to us like preventive justice is indeed possible. However, this weighing of rights against each other creates the problem. It results from the mingling of categories. Criminal law, in the classical sense, does not know the weighing-up of rights. There are clear rules with clear consequences.

Two different logics that need to be separated are mixed into one. Criminal law with its retrospective approach is mixed with a prospective administrative approach.

The use of the wording is also indicative for the fading away of distinctions. One example is the use of «presumably innocent» (A. Oehmichen, UN-EU-Terrorist Listings – Legal Foundations and Impacts, ZIS 9/2014, 412–420, 412) as a term to describe those that have not yet been convicted. This statement is interesting because it implies the contrary of what it is explicitly stating. If the accused is innocent, why not just say so instead of adding the word presumed, which not only weakens the statement, but undermines it. The relativizing wording is symptomatic for a time in which the commitment to clear statements is in constant decrease. Yet, worse than just relativizing, this wording indicates a wrong conception of the presumption of innocence.

## V. Conclusion

The presumption of innocence is a reflection of the classical concept of criminal law (for a definition of the EU rule of law, see C. Murphy, EU Counter Terrorism Law- Pre-emption and The Rule of Law, 34 et seq.). It is characterised by its precision and by its differentiating effect.

Precision is what characterises law and criminal law in particular. Precision is necessary on

a logical and a linguistic level. Furthermore, a valid criterion is required for the specific decision. For the presumption of innocence, this criterion is proof beyond reasonable doubt.

Differentiability is the other necessity. It has to be possible to draw distinctive lines. As seen in the example of the presumption of innocence, someone cannot at the same time be innocent and guilty or a little guilty or presumably innocent. It is not only a precondition to distinguish between the two options but rather a core-element of the principle itself. It is those precise criteria that constitute the logic of the presumption of innocence as well as the rule of law. With the shift of criminal law towards focussing on the future, the criteria become imprecise and, with this, there is no valid hypotheses that can be verified or falsified. Differentiability is only possible in a retrospective approach. As the future cannot be foreseen, every statement in regard to what will happen is necessarily based on irrationality or probability. Those criteria in turn are not able to provide a discriminatory effect, as they are not sharp or concrete but rather fluent and continuous.

Implementing preventive measures leads to the result that the presumption of innocence cannot be applied. In essence this means that we pay with the rule of law and justice. As a consequence, there is no such thing as preventive justice.



# Für das demokratische Recht, wider die Regulierung

*Dimitrios Karathanassis*

## Wie Regulierung die Freiheit bedroht

Die Möglichkeit menschlichen Zusammenlebens hängt von der Vereinbarung gültiger Regeln ab. Die Ur-Form dieser Regeln besteht aus dem Dualismus «Du darfst – Du darfst nicht». Durch diesen Dualismus werden dem menschlichen Handeln Grenzen gesetzt. Zwecks Zusammenlebens werden gewisse Handlungen verboten. Die Akzeptanz dieses Dualismus, und sei es in einer sehr rudimentären Art und Weise, markiert den ersten Schritt von der Willkür des Stärkeren weg hin zu einer Ordnung, in der menschliches Zusammenleben nicht nur auf Gewalt, sondern auf normative Grundlagen gestellt wird. Nicht Gewalt und Kraft entscheiden über das Mögliche, sondern eine Verabredung unter den Zusammenlebenden. Es ist eine erste Grenzziehung des menschlichen Handelns, eine Freiheitsbeschränkung. Diese mutet notwendig an, weil Evolution, biologisch und soziologisch, eine Gemeinschaft, also ein Zusammenwirken benötigt. Indem also menschliche Handlungen und Verhaltensweisen dem Dualismus des Dürfens/Nicht-Dürfens unterworfen werden, entsteht der Raum für eine kulturelle Entwicklung, die auch die Genese von Recht erlaubt.

In einem sehr rudimentären Stadium reicht für die menschliche Gemeinschaft der Dualismus des Dürfens/Nicht-Dürfens aus. Indem definiert wird, was erlaubt ist (und was nicht), werden die Voraussetzungen für ein menschliches Miteinander geschaffen und eine gewisse, für die weitere Entwicklung notwendige Stabilität geschaffen. Einhergehend mit der weiteren Entwicklung entsteht aber das Bedürfnis nach komplexeren Regeln. Das Zusammen-

leben kann also nicht mehr nur durch diesen Dualismus gesteuert werden, weil die Organisation der Gemeinschaft neben den Einschränkungen gewisse Pflichten entstehen lässt.

Parallel mit der Notwendigkeit der Arbeitsteilung, anfänglich vor allem zwecks besserer Überlebenschancen, wird der Dualismus des Dürfens/Nicht-Dürfens ergänzt durch ein Müssen, also einer konkreten Aufforderung an die einzelnen Individuen, bestimmte Handlungen vorzunehmen. Die Erweiterung des Dualismus Dürfens/Nicht-Dürfens durch das Müssen ist also der zweite Schritt. Und er ist wichtig: eine Gemeinschaft, die nur mit dem Dürfen/Nicht-Dürfen lebt, ist eine Zweckgemeinschaft, in der keine Verantwortung zugeteilt wird. Erst mit dem Müssen entsteht eine Aufforderung, im Sinne eines kollektiven Zieles etwas aktiv zu tun und dafür die Verantwortung zu tragen. Auch hier steht primär das Überleben der Gemeinschaft im Mittelpunkt, so sind beispielsweise in der Erntezeit die Felder zu ernten und die belastbaren Individuen müssen allesamt helfen, die Ernte einzufahren.

Anfänglich resultiert das Müssen aus der puren Notwendigkeit, gewisse Handlungen vorzunehmen. Die Ernte, die Jagd, das Anlegen von Vorräten. Die Erweiterung der zwischenmenschlichen Regeln, also des Dualismus Dürfens/Nicht-Dürfens, schafft aber, notwendigerweise, eine neue Kategorie von Rollen in der Gemeinschaft: die Herrschaft. Herrschaft ist hier nicht nur die Kumulation von Stärke und Gewalt, sondern die auf Regeln basierende Ausübung

von Macht. Während der Dualismus Dürfen/Nicht-Dürfen einzig bedingt, dass festgesetzt wird, was nicht erlaubt ist, erfordert die Erweiterung der Spielregeln durch das Müssen eine inhaltliche Ausgestaltung, was wann wie getan werden muss. Da in den anfänglichen Strukturen zwischenmenschlichen Zusammenlebens primär das Überleben gesichert werden muss, erstaunt es nicht, dass die Herrschaft, und damit die Ausgestaltung des Müssens, den Ältesten übertragen wird. Diese nämlich verfügen im Gegensatz zu den Jüngeren über die notwendige Erfahrung, was wann wie gemacht werden muss, um das Überleben der Gemeinschaft zu sichern.

In dieser, von **Max Weber** als traditionelle Herrschaft bezeichneten Form der Attributierung von Rollen, entsteht fast automatisch ein System der Hierarchie. Durch die sich herauskristallisierende Hierarchie kann eine effiziente und erfolgreiche Koordinierung der einzelnen Individuen erfolgen, die der zunehmenden Komplexität gerecht wird, respektive diese selber schafft und damit eine weitere Entwicklung erlaubt.

Auch die Erweiterung des menschlichen Handelns durch das Müssen ist eine Freiheitseinschränkung. Und wie beim Dualismus des Dürfens/Nicht-Dürfens mutet diese Einschränkung notwendig an, weil erst durch die vom Müssen getragene Koordination die Grundlage gelegt wird für eine biologische und soziologische Evolution.

Im weiteren Verlauf werden die für das Überleben notwendigen Aufforderungen sodann mit einer Wertung versehen: Das Müssen wird nicht mehr allein durch die Stellung und das Wissen der Älteren legitimiert – diese reichen auf lange Sicht nämlich nicht mehr aus – sondern erhält Geltung durch einen Bezug zu einer metaphysischen Ordnung. Es entstehen Gottheiten und Mythen, welche einerseits das Unklärliche zu erklären versuchen, andererseits aber eine schwer angreifbare Ordnung schaffen. In diesen Anfängen menschlichen Zusammen-

lebens ist das Religiöse vom Politischen (als Struktur gesellschaftlicher Ordnung) kaum zu trennen. Das Müssen als normative Aufforderung zwischenmenschlicher Regeln erhält eine Wertung: es ist nicht nur notwendig, etwas so und dann zu tun, sondern es ist auch richtig, also moralisch, religiös, etc. geboten. Im Vordergrund steht also nicht mehr der freiheitseinschränkende Dualismus des Dürfens/Nicht-Dürfens, der seine Struktur daraus bezieht, was als Dürfen/Nicht-Dürfen zwischen den Individuen vereinbart worden ist. Vielmehr besteht nun eine weitere Freiheitseinschränkung, und zwar nicht nur die Aufforderung als solche, sondern die Aufforderung als Ausdruck einer Wertung. Nicht nur die Handlung, sondern auch ihre Richtigkeit wird den Individuen aufgedrängt. Und selbstverständlich bezieht die Wertung von Handlungen nicht nur das Müssen ein, sondern auch den Dualismus des Dürfens/Nicht-Dürfens, man denke an die Zehn Gebote.

Durch die Wertung zwischenmenschlicher Regeln wird die Büchse der Pandora geöffnet, ein unumkehrbarer Prozess wird losgetreten. Im Zusammenspiel von Religiösem, Moralischem, Ethischem, Ideologischem entstehen Weltbilder, die sich im besten Fall in der jeweiligen Ordnung menschlichen Zusammenlebens widerspiegeln. Durch das immer komplexer werdende Zusammenleben entsteht zudem das Bedürfnis immer mehr ins Detail gehend alle möglichen Facetten menschlichen Handelns abzudecken. Die immer stärker zementierte Herrschaft nimmt Formen der (Gott-)Monarchie und des Absolutismus an, die nicht mehr der Gedanke ans das Überleben der Gemeinschaft trägt, sondern eine bestimmte Ordnung, die ausnahmslos die herrschende Klasse bevorzugt und auf einer klaren Hierarchie basiert. Der Dualismus Dürfen/Nicht-Dürfen wird nicht mehr von der Notwendigkeit zur Koordination zwecks Überlebens getragen (auch wenn es so propagiert wird), sondern ist überlagert durch Postulate unterschiedlicher Ideologien. Das strenge Müssen, aus welchem Grund auch immer legitimiert, verdrängt damit den milderen Dualismus. Es entsteht Recht als ein Me-

chanismus und ein Regelkatalog, welcher die geltende Wertordnung widerspiegelt und die Verstöße dagegen sanktioniert. Recht ist in diesem Stadium kein Schutz vor Willkür, sondern klarerweise ein Instrument zur Durchsetzung von Herrschaft.

Dieser Prozess zieht sich weiter, bis die Freiheitseinschränkungen nicht mehr erträglich werden, meist aus ökonomischen Gründen, wenn also hierarchisch benachteiligte Gruppen ihre zugewiesene Stellung nicht mehr hinnehmen wollen. Es entstehen Gegenbewegungen, die zwecks Vereinigen aller Benachteiligten den Umsturz der geltenden Ordnung «auf ihre Fahnen schreiben» und eine alternative Wertordnung präsentieren. Es war ein solcher Umsturzversuch, der im 5. Jahrhundert in Athen nach heftigem Ringen des Adels und der vermögenden Bürger mit dem einfachen Volk die Demokratie hervorbrachte.

Werte- und ideologiebelastete Regulierung verdrängt liberales, also demokratisches Recht.

Die Demokratie schafft allerdings nicht nur das Recht der Mitbestimmung, sondern bildet vor allem den Nährboden, damit demokratisches Recht entstehen kann. Denn in einer Gemeinschaft, in der Gleichheit herrschen soll, müssen die zwischenmenschlichen Beziehungen neu geregelt werden. Sie können nicht einfach der Willkür eines Herrschers unterworfen werden, sondern müssen durch einen Mechanismus reguliert werden, der für alle gleich und gleich sichtbar ist: demokratisches Recht. Das Recht, bis dahin ein Herrschaftsmechanismus, wandelt

sich zum demokratischen Recht, es erhält eine Schutz- und Abwehrwirkung gegen den Willen und die Willkür der Anderen. Das Müssen weicht damit dem ursprünglichen Dualismus des Dürfens/Nicht-Dürfens, der Prozess wird also umgekehrt, die ersten «Freiheitsrechte» entstehen. Den Höhepunkt findet diese Entwicklung in den modernen, laizistischen Rechtsstaaten des Westens, in denen die liberale Grundordnung wesentlich ist und in vielen Fällen auch ihren Gründungsmythos bildet. Dem demokratischen Recht gelingt es damit, den Dualismus Dürfen/Nicht-Dürfen, freilich in eingeschränkter und doch komplexer Form, als Grundlage menschlichen Zusammenlebens zu definieren, ohne dass ein umfassendes freiheitseinschränkendes Müssen notwendig wäre, um Herrschaft, Ordnung oder das Überleben zu sichern.

Der Erfolg des Westens basiert allerdings nicht nur auf dem demokratischen Recht, sondern in einer für lange Zeit erfolgreichen Symbiose mit dem Kapitalismus. Es darf nicht verwundern, dass die Abnabelung Europas von seinen alten, traditionellen, meist monarchischen Herrschaftssystemen das demokratische Recht und den auf die individuelle Freiheit (Stichwort: Eigentumsschutz) basierenden Kapitalismus gleichzeitig hervorbringt. Das 19. Jahrhundert schafft die Weichen für die Entstehung der westlichen Rechtsstaaten des 20. Jahrhunderts.

Während die erwähnte Symbiose zwischen Kapitalismus und demokratischem Recht zu einem einmaligen Erfolg für den Westen im 20. Jahrhundert führte und schliesslich auch das alternative Modell des Sozialismus/Kommunismus niederrang, werden nun im Westen seit Ende des letzten Jahrhunderts Stimmen laut, die den Kapitalismus verantwortlich machen für Gier und Ausbeutung. Diverse Wirtschafts- und Finanzkrisen haben ihren Beitrag geleistet, dass der Kapitalismus, auch in der Form der sozialen Marktwirtschaft, immer kritischer beäugt wird. Einer der wesentlichen Kritikpunkte lautet, dass die vom Kapitalismus Begünstigten keine gesellschaftliche Verantwortung übernehmen würden, also eine

«Privatisierung der Gewinne und eine Sozialisierung der Verluste» stattfinden würde. Es wird dabei verkannt, dass das Problem nicht der Kapitalismus ist, der ohne Rechtsstaatlichkeit und Rechtssicherheit auf Dauer nicht funktionieren kann, sondern das demokratische Recht, welches eben möglichst den Dualismus des Dürfens/Nicht-Dürfens betont und von jeglicher liberalfeindlichen Ideologie eines Müssens absieht. Ohne ein Müssen aber gibt es, wie oben schon skizziert, auch keine strikte Zuweisung von Verantwortung. Ohne ein Müssen gibt es keine spezifischen Rollen und keine Sanktionierung, wenn gewisse Handlungen nicht vorgenommen werden. Der Freiheit gewährende Dualismus des Dürfens/Nicht-Dürfens erlaubt, immer im Rahmen der geltenden Rechtsordnung, die gesellschaftliche Verantwortung zu minimieren, weil es schlicht keinen umfänglichen Zwang dazu gibt. Die Erhebung von Steuern als Teil des gesellschaftlichen Beitrages fällt da nur wenig ins Gewicht.

Auf der Suche nach einer gesellschaftlichen Antwort darauf hat der Gesetzgeber ein Unwesen erschaffen, dass die unstrittigen Probleme des Verantwortungsvakuums in den westlichen Staaten allerdings verschärft: die Regulierung.

Einhergehend mit den diversen Wirtschaft- und Finanzkrisen der jüngeren Vergangenheit hat sich die Vorstellung durchgesetzt, dass die grossen «Player» auf dem Feld des Kapitalismus «an die Leine genommen» werden müssten. Banken, Fonds, Versicherungen etc. haben in den letzten Jahren in der Schweiz und auf globaler Ebene ein nie da gesehenes Korsett an Spielregeln übergestülpt bekommen, das nicht mehr den Dualismus des Dürfens/Nicht-Dürfens des demokratischen Rechts widerspiegelt, sondern seine Legitimation aus einer Ideologie bezieht, nämlich die, dass strenge Kontrollen und eine rigorose Aufsicht elementar für das Staatswohl seien.

Eine Aufsicht über und eine Kontrolle von Regeln dürfte unbestrittenermassen für jedes gesell-

schaftliche Zusammenleben unabdingbar sein. Die grosse Leistung des demokratischen Rechts ist es sodann, dass es die Kontrolle des Dualismus des Dürfens/Nicht-Dürfens zwar durch die errichteten Instanzen überprüfen lässt, seine Grenzen aber dann erkennt, wenn die Thematik rechtspolitisch wird. In diesen Fällen weicht das demokratische Recht (konkret: die Rechtsprechung) dem Mechanismus der Wahl, also des unmittelbaren Ausdruckes des Willens der (Mehrheit der) Gemeinschaft. Das demokratische Recht prüft also die Handlung daraufhin, ob sie mit der Rechtsordnung kompatibel ist. Nicht geprüft wird, ob die Handlung einer bestimmten Werteordnung gerecht wird. Diese Frage zu beantworten obliegt nicht dem demokratischem Recht, sondern dem *demos*.

Bei der Regulierung hingegen setzt sich die Exekutive (freilich gewählt, aber nicht selten im undurchsichtigen Kleid der Büro- und Technokratie gekleidet) daran, gewisse Handlungen nicht nur durch die Linse des Dürfens/Nicht-Dürfens zu überprüfen, sondern diese mit einem werte- und ideologiebelasteten Inhalt zu füllen. Dies geschieht weniger über die Normen selber – denn diese spiegeln formell in der Regel den Dualismus des demokratischen Rechts, also des Dürfens/Nicht-Dürfens wider –, sondern vielmehr durch die Schaffung und Auslegung der Regulierungsnormen, sowie die Sanktionierung gegen deren Verstösse durch die gleiche Instanz. Die FINMA ist dafür das Paradebeispiel, beherrscht und kontrolliert sie doch faktisch den gesamten Regulierungsprozess als «Hüterin der Finanzinstitute». Von den einzelnen Rundschreiben bis hin zu den Sanktionen bestimmt sie selber, wie sie ihre selbstaufgestellten Regeln angewendet haben will. Sie folgt dabei einer klaren Ideologie, der des «sauberen und transparenten» Finanzplatzes Schweiz und dessen Schutz. Durch ihre faktische Macht, gestützt auch auf die gesellschaftlich dominante Vorstellung der Notwendigkeit der Regulierung und Kontrolle, die Regeln nach ihrem Bild zu gestalten, erweitert sie den Dualismus des Dürfens/Nicht-Dürfens durch ein von ihr definiertes Müssen. Es erfolgt

also eine werte- und ideologiebedingte Freiheits-einschränkung, auch bedingt dadurch, dass die Regulierungsbehörden zunehmend Gründe für ihre eigene Legitimation finden müssen.

Diese Freiheitseinschränkung für private Akteure, so notwendig sie im Lichte der anhaltenden Krisen erscheinen mag, ist jedoch ein Angriff auf das demokratische Recht. Freiheit wird zwecks eines anderen Wertes, z.B. Wohlstand, Umverteilung, Gerechtigkeit – die Liste der Schlagwörter ist endlos – geopfert. Dadurch aber wird das demokratische Recht zurückgestutzt auf nur Recht, also einem Herrschaftsmechanismus, der eine vorgegebene werte- und ideologiebedingte Ordnung einfordert und zu manifestieren versucht. Die Verwässerung der Gewaltenteilung, wie wir sie zunehmend nicht nur im Finanzbereich, sondern auch in anderen Gebieten beobachten (Stichwort: Ausnahmezustand) ist nur der Anfang. Werte- und ideologiebelastete Regulierung verdrängt liberales, also demokratisches Recht. Der Ruf nach Kontrolle, in vielen Lebensbereichen ist dem schon gefolgt worden, wird erweitert mit dem Ruf nach Überwachung, mit dem Ruf nach Ordnung, mit dem Ruf nach Sanktionen, mit dem Ruf nach Sicherheit.

Die Parallelen zu erstmaligen Evolution des Dualismus Dürfen/Nicht-Dürfen hin zu einem Müssen in Zeiten der komplexer werdenden menschlichen Gemeinschaften sind unübersehbar: auch jetzt sehen sich die einzelnen, ursprünglich nationalstaatlich konstruierten Gesellschaften wachsenden Veränderungen ausgesetzt, sei es durch die zunehmende Globalisierung oder den technischen Fortschritt. Es überrascht daher nicht, dass in diesem Vakuum der Unsicherheit, die Einschränkung der Freiheit als ein Ruf nach Ordnung einsetzt. Der Dualismus Dürfen/Nicht-Dürfen erlaubt in einer sich rapide verändernden Welt schlicht eine zu grosse Bandbreite an Handlungen, die wertemässig nicht mehr fassbar sind. Der Ruf nach einem Müssen ist somit auch der Ruf nach einer Einschränkung dieser Bandbreite an Handlungen. Die Gefahr dabei ist jedoch evi-

dent: Das Müssen wird, so bei seiner erstmaligen Emergenz schon und sich seitdem immer wiederholend in allen nicht demokratischen Gebilden (man denke an Monarchien und den Faschismus), nicht demokratisch definiert werden, sondern wie jetzt schon absehbar, als alternativlose Werteordnung präsentiert, als Postulat, das Notwendige zu tun (z.B. die Abschaffung von Bargeld). Dies jedoch bedeutet, dass die regulierenden Instanzen sich auf ein Feld begeben, das ihnen demokratietheoretisch nicht zugeteilt ist: Sie werden zu rechtspolitischen Akteuren. Eine immer mehr zunehmende Anzahl an Privaten wird zu einem Tun verpflichtet, teilweise als Ersatz für mangelnde staatliche Ressourcen, wie bei den Sorgfaltspflichten in der Geldwäschereibekämpfung, bei der Banken die Herkunft und das Ziel der Transaktionen abklären müssen. Mittelbar dazu erfolgt zudem eine Kontrolle aller Akteure, auch der Kunden, also der Bürger: Deren Daten werden ungefiltert gesammelt und über sie Profile erstellt, von denen keiner weiss, wann und wie und von wem sie zukünftig genützt werden. Die Unschuldsvermutung, eine Grundlage des demokratischen Rechts, wird umgekehrt: Die privaten Akteure müssen aktiv darlegen, dass sie nicht gegen Normen verstossen, wobei die Normen von der sie beaufsichtigenden Instanz ausgelegt werden. Regulierung ist also inhaltliche Kontrolle des Tuns. Damit aber bereitet Regulierung das Todesurteil von demokratischem Recht vor. Die Normen, die als Grundlage der Regulierung dienen, spiegeln nicht den Dualismus des Dürfens/Nicht-Dürfens wider, sondern werden zu Eingriffsmechanismen für die Regulierungsbehörden. Demokratisches Recht mit seiner inhärenten Schutzwirkung mutiert zu Recht als Durchsetzungswerkzeug von Macht.

Es soll vorliegend nicht bestritten werden, dass der Mangel an Verantwortlichkeit, den das demokratische Recht in der seiner Symbiose mit dem Kapitalismus gewährt, behoben werden muss. Dieser Mangel darf aber nicht durch die Zuweisung von Rollen, die Definition von richtigem Handeln, kurz: durch eine exzessive

Erschaffung eines Müssens erfolgen. Vielmehr muss die gesellschaftliche Verantwortung durch das demokratische Recht selber erfolgen. Das mag paradox erscheinen, da ja gerade das demokratische Recht die gesellschaftliche Verantwortung, also das Tätigwerden für Andere, minimiert. Die Lösung liegt aber im Merkmal Demokratie: Es braucht eine aktivere Teilnahme am gesellschaftlichen Handeln und an den gesellschaftlichen Beschlüssen, denn dadurch wird ein enger Bezug zur unmittelbaren Umwelt geschaffen. Die in Bürokratie versinkenden Konstrukte der westlichen Staaten gehören föderalistisch in kleinste Einheiten fragmentiert, in der Entscheidungsfindung und Konsequenzen unmittelbar für jedermann deutlich werden. Das Problem ist demnach auch nicht das demokratische Recht selber, obwohl es die Verantwortung zu minimieren versteht, sondern die Entfremdung vom demokratischen Recht, also die Möglichkeit, dieses zu nützen und seine Vorzüge zu geniessen, ohne einen gesellschaftlichen Beitrag zu leisten. Propagiert wird das durch die neoliberale Vorstellung, die den Staat minimiert haben will, indem sie individuelles Handeln frei von gesellschaftlicher Verantwortung halten will. Darin besteht aber das grosse Missverständnis der Demokratie. In der Regel als Herrschaft des Staatsvolkes übersetzt, ist dieser semantische Ansatz unvollständig. Es ist die Herrschaft des Staatsvolkes einerseits und andererseits die Herrschaft des Staatsvolkes für das Staatsvolk und eben nicht *nur* für das Individuum und die persönliche Entfaltung. Dieses Missverständnis trägt der Demokratiebegriff nicht von Geburt an mit sich. Im antiken Athen war es unmissverständlich klar, dass die Belange des Staates jedermanns Sache waren, dass diese von Allen für Alle geregelt werden mussten. Diese Vorstellung kommt auch in der Französischen Revolution zum Ausdruck, neben *liberté* und *égalité* zeigt *fraternité* an, dass auch eine Verantwortung den Anderen gegenüber existiert. Brechen tut mit diesem Demokratieverständnis die amerikanische Unabhängigkeitserklärung, die einige Jahre vor der französischen Revolution von *life, liberty and the pursuit of happiness*

spricht, also einzig die individuellen Merkmale hervorhebt, eine Vorstellung, die noch heute sehr aktuell ist (auch wenn die Erklärung mit «we the people» beginnen mag). Demokratie einzig als *topos* für die Verwirklichung individueller Ziele jedoch funktioniert nur bedingt, es braucht immer auch Verantwortung für die Gemeinschaft. Verantwortung aber entsteht durch aktive Teilnahme, durch die freiwillige Übernahme von Rollen und Funktionen, in der permanenten Auseinandersetzung mit den Vorstellungen Anderer, im Streit und im Kampf um die eigenen Positionen und im schlussendlichen Kompromiss. Fehlt aber so ein Ansatz, fehlt die Motivation der Bürger sich und den *demos* gleichermassen zu stützen, es entsteht ein Ordnungsvakuum, das durch ein wertebelastetes Müssen gefüllt wird, um der mangelnden Ordnung Form und Stabilität zu geben. Aus aktiven Bürgern werden somit ausführende Gestalten, aus freien Menschen weisungsgebundene Adressaten von Postulaten. Ohne Verantwortung also keine Freiheit. In dieser Entwicklung fungiert die Regulierung als Brandzünder: Sie ermöglicht, das demokratische Recht abzuschwächen, indem sie inhaltliche Vorgaben erstellt, gewisse und vordefinierte Vorstellungen überträgt und schliesslich der Exekutive die rechtspolitische Verantwortung überlässt. Am Ende wird das demokratische Recht zu einem simplen Recht abgestumpft, zu einem Herrschaftsmechanismus, der Sicherheit und Ordnung zementiert, notfalls und immer häufiger mit Gewalt, statt den Nährboden für Freiheit zu bilden.

In der Konsequenz gibt es also nur zwei Optionen: Entweder wir ergreifen wieder aktiv vermehrt durch Demokratie und demokratisches Recht in die Belange des *demos* ein und überbrücken damit die Unsicherheit einer unsteten Weltordnung. Oder aber wir überlassen die Gestaltung der Welt Instanzen und Kräften, die uns erst regulatorisch und dann noch zwingender und noch bestimmter ein Müssen aufzwingen, uns somit zu ausführenden Kräften einer fremdkonstruierten Ordnung machen.

# Bankkundengeheimnis & Mitwirkungspflicht nach FINMAG

Peter Aretin

**Bundesstrafgericht (SK 2017.22, Strafkammer, 14. Juni 2018)**

## I. Zum Sachverhalt

Dem Beschuldigten wurde vorgeworfen, «er habe als Geschäftsleitungsmitglied der C. AG im Rang eines Direktors gegenüber der FINMA wissentlich falsche Auskünfte im Zusammenhang mit der Herausgabe von Daten der Zentralstelle für Kreditinformation (nachfolgend: ZEK) an den Kreditvermittler D. erteilt. Er habe damit gegen Art. 45 Abs. 1 FINMAG verstossen» (E. 2).

«Die C. AG mit Sitz in Zürich verfügt über eine Bewilligung der FINMA als Bank [...]. Ihr Geschäftsbereich umfasst insbesondere die Gewährung von Konsumkrediten [...]. Der Beschuldigte war anfangs 2014 General Counsel und Teil der fünfköpfigen Geschäftsleitung der C. AG im Rang eines Direktors mit Kollektivunterschrift zu zweien [...]. Diese Funktion hatte er seit 2007. Er war bis 2012 für die Bereiche Legal und Compliance verantwortlich. Ab 2012 leitete er ausschliesslich den Bereich Legal» (E. 3.1.1).

Im April 2011 erhielt die C. AG einen anonymen Hinweis. «Im Wesentlichen wurde beanstandet, die C. AG würde D. für Kreditneuanträge in grösserem Ausmass ZEK- und bankinterne ABOO-Auszüge in Papierform herausgeben [...]. Unrechtmässig war die Datenherausgabe, wenn es sich um mögliche Neukunden handelte. Die erwähnten Auszüge beinhalteten sensible Kundendaten (Kreditwürdigkeit etc.) im Zusammenhang mit der Kreditvergabe. Ausserdem wurde im anonymen Hinweis beanstandet, dass D. einigen Kunden den Kredit vor Ablauf der Widerrufsfrist sofort auszahle» (E. 3.2).

Es handelte sich um die Daten von ca. 40 000 Kunden. Die ZEK fragte bei der Unternehmung nach. «Die C. AG bzw. der Beschuldigte machte schliesslich in der Stellungnahme an die ZEK vom 18. November 2013 (wider besseren Wissens und entgegen den Tatsachen) geltend, es entspreche nicht der Praxis der Bank, dass im Rahmen der Vermittlung von Kreditverträgen einem Kreditvermittler konkrete ZEK-Daten offengelegt würden [...]. Weiter hielt das Schreiben fest, im Zusammenhang mit der Vermittlung von Kreditverträgen seien in der Vergangenheit im Einzelfall tatsächlich ZEK-Datenbankinhalte durch einzelne Mitarbeiter einer Filiale der Bank mit einem einzelnen Agenten besprochen und teilweise mutmasslich auch an diesen weitergegeben worden [...]. Der genaue Umfang der Weitergabe im Einzelfall sei der Bank nicht bekannt. Die Stellungnahme wurde vom Beschuldigten mitunterschieden» (E. 3.4).

«Nach dem Gesagten steht zweifelsfrei fest, dass die bankinternen Abklärungen und die Antwortschreiben unter der Leitung des Beschuldigten standen» (E. 3.5.9).

Der Beschuldigte bestritt später gegenüber einer Untersuchungsbeauftragten und der FINMA, falsche Auskünfte gegeben zu haben.

## II. Das Bundesstrafgericht zu nemo tenetur

Der zentrale Passus der bundesstrafgerichtlichen Ausführungen zur Mitwirkungspflicht und dem Verbot des Selbstbelastungszwanges lautet wie folgt:

**E. 5.8.2.8** «Gemäss Art. 29 Abs. 1 FINMAG besteht aber im **Verwaltungsverfahren der FINMA für Beaufsichtigte eine Mitwirkungspflicht**. Die Mitwirkungspflicht basiert auf dem Grundgedanken, dass sich die **Finanzmarktakteure mit der Übernahme einer bestimmten bewilligungspflichtigen Tätigkeit**, welche der Staat aufgrund ihrer besonderen Gefährlichkeit für gewichtige öffentliche Interessen, wie etwa funktionsfähige Finanzmärkte (siehe E. 4.2 und 6.3.3), **unter die Aufsicht der FINMA gestellt hat, freiwillig und wissentlich in ein besonderes Rechtsverhältnis zum Staat begeben**, von welchem sie auch profitieren. Im Rahmen solcher **«Sonderstatus- bzw. Sonderrechtsverhältnisse»** dürfen Grundrechte stärker eingeschränkt werden als im gewöhnlichen Hoheitsverhältnis zwischen Staat und Bürgern, und zwar in dem Masse, wie es die Natur des finanzmarktaufsichtsrechtlichen Sonderstatusverhältnisses verlangt. [...] Mit der Unterstellung unter das besondere Rechtsverhältnis haben sich die Finanzmarktakteure der entsprechenden Spezialgesetzgebung von Art. 29 FINMAG inklusive ihrer besonderen Auskunfts- und Herausgabepflichten unterworfen. Gemäss Bundesgericht kann sich auch eine juristische Person grundsätzlich auf das strafprozessuale Verbot des Selbstbelastungszwangs berufen (BGE 142 IV 207 E. 8.3.3). **Der «nemo tenetur»-Grundsatz ist jedoch in dem Sinne restriktiv zu handhaben, dass der aufsichtsrechtliche und strafprozessuale Zugriff auf Unterlagen, welche das beschuldigte Unternehmen aufgrund verwaltungsrechtlicher (insbesondere wie Banken konzessionsrechtlicher) Gesetzesvorschriften erstellen, aufbewahren und dokumentieren muss, nicht unterlaufen werden darf** (BGE 142 IV 207 E. 8.3.3, 8.18.3; 140 II 384 E. 3.3.4 S. 392f. m. H.). Gerade im Rahmen von Finanzdelikten stehen die Strafverfolgungsbehörden regelmässig vor schier unüberwindbaren Beweisschwierigkeiten [...], dies umso mehr, wenn die Informationen aus dem Verwaltungsverfahren einem Beweisverwertungsverbot unterstünden, weshalb ein Beweisverwertungsverbot im Strafprozess hinsichtlich der mittels finanzmarktrechtlicher Mitwirkungspflichten gemäss Art. 29 FINMAG erlangter

Informationen die Strafverfolgung in diesen Fällen faktisch verunmöglichen würde [...]»

«Ob die von der FINMA eingereichten Unterlagen im Verwaltungsstrafverfahren verwertet werden dürfen, ist aber insbesondere mit Blick auf die Rechtsprechung zu Art. 6 Ziff. 1 EMRK zu entscheiden. Nach der Praxis des EGMR und des Bundesgerichts gilt das Selbstbelastungsprivileg von Art. 6 EMRK als ungeschriebenes Grundrecht nicht «absolut» (BGE 142 IV 207 E. 8.4). Es verstösst gegen das Gebot der praktischen Konkordanz der Verfassungsinteressen, das Anliegen des Schutzes von Verfahrensrechten zu verabsolutieren und das ebenfalls verfassungsrechtliche Anliegen der Wirksamkeit des materiellen Rechts zu vereiteln. **Gerade bei juristischen Personen** ist eine differenzierte Abwägung vorzunehmen zwischen ihren grundrechtlich garantierten Verfahrensrechten und dem öffentlichen Interesse an einer effizienten strafprozessualen Wahrheitserforschung [...]»

«Nach dem Gesagten steht fest, dass die **Auskünfte des Beschuldigten und die Akten des Enforcementverfahrens verwertbar** sind. Die FINMA als Aufsichtsbehörde verlangte vom Beschuldigten gestützt auf Art. 29 FINMAG die Erteilung von Auskünften und drohte in den Auskunftersuchen vom 19. November 2013 und 14. Februar 2014 mit keinerlei Zwangsmitteln. Nach dem Gesagten würde aber nur dies zu einer strafprozessualen Unverwertbarkeit der falschen Aussagen führen (BGE 142 IV 207 E. 8.3.1., E. 8.11.) **Der Beschuldigte hätte sich persönlich durch eine umfassende und den Tatsachen entsprechende Auskunftserteilung gegenüber der FINMA keiner strafrechtlichen Verfolgung ausgesetzt. Aus alledem folgt ein Vorrang der finanzmarktrechtlichen Mitwirkungspflicht gemäss Art. 29 Abs.1 FINMAG gegenüber der Selbstbelastungsfreiheit.** Die Erteilung der mehrfachen falschen Auskünfte ist nicht durch das Verbot des Zwangs zur Selbstbelastung gerechtfertigt.»

Der Entscheid ist in vielerlei Hinsicht bemerkenswert. Bemerkenswert falsch.



### III. Wer genau ist beschuldigt?

#### A. Unternehmen und seine Organe

Das erste, was einem bei der Lektüre auffällt, ist, dass andauernd zwischen dem Unternehmen und seinen Angestellten bzw. Organen hin- und hergesprungen wird. Das ist allerdings keine Besonderheit des Entscheides, sondern konzeptuell bereits im Gesetz angelegt, man denke nur an Art. 33 FINMAG (Berufsverbot), wo von «der verantwortlichen Person» die Rede ist, der «die Tätigkeit in leitender Stellung bei einer oder einem von ihr Beaufsichtigten» verboten werden könne. Die geschlechtsneutrale Formulierung täuscht nicht darüber hinweg, dass völlig unklar ist, wer denn genau die «verantwortliche Person» sei. Wer immer aber dies auch sei, ihr (dieser «verantwortlichen Person») wird die Tätigkeit untersagt bei einem der Aufsicht unterstehenden Unternehmen («einer oder einem von ihr [der FINMA] Beaufsichtigten»). Es dürfte nicht unwichtig sein, dass hier eine natürliche Person bestraft wird, die nicht der Aufsicht untersteht, indem ihr eine Tätigkeit untersagt wird bei einer juristischen Person, die der Aufsicht untersteht.

#### B. Die «Beaufsichtigte»

In casu etwa ist symptomatisch, dass auf Art. 29 Abs. 1 FINMAG und die dort statuierte Mitwirkungspflicht der «Beaufsichtigten» abgestellt wird. Diese Norm allerdings bezeichnet als «Beaufsichtigte» nicht etwa nur die Beaufsichtigte, sondern die *«Beaufsichtigten, ihre Prüfgesellschaften und Revisionsstellen sowie qualifiziert oder massgebend an den Beaufsichtigten beteiligte Personen und Unternehmen»*. Die Botschaft zum FINMAG verweist für den Begriff der «Beaufsichtigten» auf Art. 3 FINMAG. Dort wird geregelt: *«Der Finanzmarktaufsicht unterstehen: a. die Personen, die nach den Finanzmarktgesetzen eine Bewilligung, eine Anerkennung, eine Zulassung oder eine Registrierung der Finanzmarktaufsichtsbehörde benötigen; und b. die kollektiven Kapitalanlagen»*. Den Angeklagten konnte das als «General Counsel» und Mitglied der Geschäftsleitung jedenfalls nicht erfassen. Ein Gesellschaftsorgan ist ja nicht *per se* «qualifiziert oder massgebend» an einem Unternehmen beteiligt.

#### C. Bewilligungspflichtige Tätigkeit und freiwillige Unterstellung unter die Aufsicht?

Auch das nächste Argument des Bundesstrafgerichts folgt dieser Verwirrung: Finanzmarktakteure hätten sich mit der Übernahme einer bewilligungspflichtigen Tätigkeit unter die Aufsicht der FINMA gestellt. Das stimmt für Angestellte und Organe beaufsichtigter Unternehmen schlicht nicht. Auch dass sich sie *«freiwillig und wissentlich in ein besonderes Rechtsverhältnis zum Staat begeben»* hätten, trifft einfach nicht zu. Glaubt das Bundesstrafgericht tatsächlich, dass sich ein Geschäftsleitungsmitglied oder ein Compliance Officer einer Bank in ein besonderes Rechtsverhältnis zum Staat begeben? Zum Staat? Das erscheint doch als extrem kollektivistisch-planwirtschaftliche Sichtweise. Dass das Gericht von «Sonderstatusverhältnis» spricht, erscheint denn auch indikativ für die vollständige Verwirrung. Angestellte und Organe einer beaufsichtigten Unternehmung als eine Art Strafgefangene, Soldaten oder Beamte? Das kann nicht ernst gemeint sein.

#### D. Unternehmensorgane als Objekte von Sonderstatusverhältnissen?

Dass die *«Grundrechte [von Angestellten und Organen beaufsichtigter Unternehmungen] stärker eingeschränkt werden [dürften] als im gewöhnlichen Hoheitsverhältnis [!] zwischen Staat und Bürgern [im gewöhnlichen Hoheitsverhältnis zwischen Staat und Bürgern!]»*, muss in höchstem Masse erstaunen. Und dass diese Einschränkung individualrechtlicher (!) Grundrechte abhängen soll von der Massgabe *«der Natur des finanzmarktaufsichtlichen Sonderstatusverhältnisses»* kann nur erschrecken. Denn – soweit man überhaupt von einem «finanzmarktaufsichtlichen Sonderstatusverhältnis» sprechen könnte, träfe es eben die beaufsichtigte Unternehmung, nicht deren Mitarbeiter oder Organe, und schon gar nicht die für die Compliance zuständigen beratenden Stabsstellen.

#### E. Pflichten des Unternehmens

Und weiter in der Nebelwerferei: *«Der «nemo tenetur»-Grundsatz [sei] jedoch in dem Sinne res-*

triktiv zu handhaben, dass der aufsichtsrechtliche und strafprozessuale Zugriff auf Unterlagen, welche das **beschuldigte Unternehmen** aufgrund verwaltungsrechtlicher (insbesondere wie Banken konzessionsrechtlicher) Gesetzesvorschriften erstellen, aufbewahren und dokumentieren muss, nicht unterlaufen werden» dürfe. Eben! Das beschuldigte Unternehmen. Um das Unternehmen aber geht es im vorliegenden Entscheid gerade nicht. Nicht das Unternehmen ist in casu beschuldigt, sondern sein General Counsel. Und zwar wegen Verletzung der Auskunftspflicht. Ausführungen zum Unternehmen und seinen Pflichten können daher die Rechtsposition eines Angestellten oder Organes gerade nicht betreffen.

Angestellte und Organe einer beaufsichtigten Unternehmung als eine Art Strafgefangene, Soldaten oder Beamte? Das kann nicht ernst gemeint sein.

#### F. Beweisverwertungsverbote und Strafverfolgung

«Gerade im Rahmen von Finanzdelikten stehen die Strafverfolgungsbehörden regelmässig vor schier unüberwindbaren Beweisschwierigkeiten [...]». Das kann nicht massgeblich sein. Den Strafverfolgungsbehörden stehen ja Zwangsmassnahmen zur Verfügung. So ist etwa eine Durchsuchung von Wohnungen etc. nach Art. 48 VStrR ohne Überprüfung eines Zwangsmassnahmengerichtes, alleine auf schriftlichen Befehl des «Direktors oder Chefs der beteiligten Verwaltung»

zulässig. Wie sich der Zwang zur Selbstbelastung rechtfertigen liesse, bleibt unverständlich. Solcherart gewonnene Informationen unterstünden ja auch keinem Beweisverwertungsverbot. Aber auch dass ein entsprechendes Beweisverwertungsverbot «Strafverfolgung in diesen Fällen faktisch verunmöglichen würde», kann nicht zutreffen. Genau das nämlich gilt ja – nach jahrelangem Würgen und Ächzen im Steuerstrafrecht. Das Bundesstrafgericht wird nicht ernsthaft behaupten wollen, dass unser Steuerstrafrecht nicht funktionstüchtig sei. Oder etwa doch?

#### G. Abwägung von Verfahrensrechten mit Interesse an effizienter Strafverfolgung

Auch der nächste Passus bleibt in derselben Verwirrung bzw. Verwirrtheit von Unternehmung und natürlicher Person: «**Gerade bei juristischen Personen** [sei] eine differenzierte Abwägung vorzunehmen zwischen ihren grundrechtlich garantierten Verfahrensrechten und dem öffentlichen Interesse an einer effizienten strafprozessualen Wahrheitserforschung». Mag ja sein. Doch ist Gegenstand des Verfahrens und Urteils des Bundesstrafgerichts eben keine juristische Person, sondern der Angeklagte. Und er ist eben gerade nicht mit dieser Person identisch.

#### IV. Auskunftspflicht und Strafbarkeitsrisiken

##### A. Verfolgungskompetenz und Verfahrensordnung

Die möglicherweise erschreckendste Fehleinschätzung aber kommt erst jetzt: «Der Beschuldigte hätte sich persönlich durch eine umfassende und den Tatsachen entsprechende Auskunftserteilung gegenüber der FINMA keiner strafrechtlichen Verfolgung ausgesetzt.» Stimmt diese apodiktische Aussage? Leider nein.

Nach Art. 50 FINMAG werden Widerhandlungen gegen das FINMAG oder die Finanzmarktgesetze vom Eidgenössischen Finanzdepartement nach dem Verwaltungsstrafrecht (SR 313.0) verfolgt und beurteilt. Anderes gilt nur, wenn FINMAG oder die Finanzmarktgesetze anderes bestimmen. Finanzmarktgesetze sind nach Art. 1 FINMAG die folgenden Erlasse:

1. Pfandbriefgesetz vom 25. Juni 1930;
2. Versicherungsvertragsgesetz vom 2. April 1908;
3. Kollektivanlagengesetz vom 23. Juni 2006;
4. Bankengesetz vom 8. November 1934;
5. Börsengesetz vom 24. März 1995;
6. Geldwäschereigesetz vom 10. Oktober 1997;
7. Versicherungsaufsichtsgesetz vom 17. Dezember 2004;
8. Finanzmarktinfrastrukturgesetz vom 19. Juni 2015.

### B. Geheimnisse

Bemerkenswert ist nun, dass Art. 47 Bankgesetz eine Ausnahme zur Kompetenz der verfolgenden Behörde und der Prozessordnung statuiert. Verletzungen des Bankkundengeheimnisses nämlich werden gemäss Art. 47 Abs. 6 BankG durch die Kantone verfolgt. Zur Anwendung gelangt entsprechend (e contrario Art. 1 VStrR [VStrR ist anwendbar, wenn Verfolgung/Beurteilung einer Verwaltungsbehörde des Bundes obliegen]) die Strafprozessordnung. Dieselbe Struktur bzw. dieselbe Ausnahme macht auch das Finanzmarktinfrastrukturgesetz (FinfraG, SR 958.1). Nach dessen Art. 156 nämlich unterstehen Verfolgung und Beurteilung von Widerhandlungen nach Art. 154 und 155 FinfraG der Bundesgerichtsbarkeit, wobei eine Übertragung der Zuständigkeit von Verfolgung und Beurteilung an die kantonalen Behörden ausdrücklich ausgeschlossen wird. Das genaue Gegenteil aber wird in Art. 156 Abs. 2 FinfraG für die Verfolgung und Beurteilung von Widerhandlungen nach Art. 147 FinfraG bestimmt. Verletzungen des Berufsgeheimnisses verfolgen und beurteilen danach die Kantone. Was wiederum (e contrario Art. 1 VStrR) zur Anwendung der StPO führt.

Verletzungen der Geheimnisse (Bankkundengeheimnis, Berufsgeheimnis) werden mithin (1) nicht vom Eidgenössischen Finanzdepartement verfolgt und (2) nicht nach Verwaltungsstrafrecht. Dass sowohl Art. 47 BankG als auch Art. 147 FinfraG jeweils Vorbehalte zugunsten eidgenössischer und kantonaler Bestimmung über die Zeugnispflicht und Auskunftspflicht

gegenüber einer Behörde statuieren, vermag daran nichts zu ändern. Es können nämlich weder Auskunftspflichten eines beaufsichtigten Unternehmens, noch irgendwelche ominöse Sonderstellungen, und schon gar nicht das öffentliche Interesse an einer effizienten Strafverfolgung die Verletzung eines Geheimnisses rechtfertigen, das einen Einzelnen Kunden betrifft. Wollte man das nämlich behaupten, so müsste man sich offen zum Kollektivismus bekennen: Die Geheimhaltungsinteressen des einzelnen, individuellen Geheimnisherrn müssten grundsätzlich und allgemein als weniger bedeutsam gewertet werden, als die Strafverfolgungsinteressen der Gemeinschaft in einem völlig anderen Verfahren, vor anderen Behörden und nach anderer Verfahrensordnung. Das mag in Nordkorea richtig sein. Hier in der Schweiz – jedenfalls der Schweiz, wie wir sie bisher kannten – hatten wir für eine andere Prioritätenordnung optiert.

### C. Kooperation

Nur der Vollständigkeit halber sei auf Art. 38 FINMAG hingewiesen, nach welchem die FINMA und die zuständigen Strafverfolgungsbehörden die notwendigen Informationen austauschen und zur Erfüllung ihrer Aufgaben verwenden. Die FINMA ist nach Art. 38 Abs. 3 FINMAG sogar *verpflichtet*, gemeinrechtliche Verbrechen und Vergehen gegen die Finanzmarktgesetze (wie eben die Verletzung von Bankkunden oder Berufsgeheimnis) den zuständigen (kantonalen) Strafverfolgungsbehörden zu melden. Schöne Weihnacht all den betroffenen Personen!

### V. Die einschlägigen Bestimmungen

#### Art. 33 FINMAG Berufsverbot

<sup>1</sup> Stellt die FINMA eine schwere Verletzung aufsichtsrechtlicher Bestimmungen fest, so kann sie der verantwortlichen Person die Tätigkeit in leitender Stellung bei einer oder einem von ihr Beaufsichtigten untersagen.

<sup>2</sup> Das Berufsverbot kann für eine Dauer von bis zu fünf Jahren ausgesprochen werden.

**Art. 38 FINMAG    Strafbehörden**

<sup>1</sup> Die FINMA und die zuständige Strafverfolgungsbehörde tauschen die im Rahmen der Zusammenarbeit und zur Erfüllung ihrer Aufgaben notwendigen Informationen aus. Sie verwenden die erhaltenen Informationen ausschliesslich zur Erfüllung ihrer jeweiligen Aufgaben.

<sup>2</sup> Sie koordinieren ihre Untersuchungen, soweit möglich und erforderlich.

<sup>3</sup> Erhält die FINMA Kenntnis von gemeinrechtlichen Verbrechen und Vergehen sowie Wider-

handlungen gegen dieses Gesetz und die Finanzmarktgesetze, so benachrichtigt sie die zuständigen Strafverfolgungsbehörden.

**Art. 45 FINMAG    Erteilen falscher Auskünfte**

<sup>1</sup> Mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe wird bestraft, wer vorsätzlich der FINMA, einer Prüfgesellschaft, einer Selbstregulierungsorganisation, einer Beauftragten oder einem Beauftragten falsche Auskünfte erteilt.

<sup>2</sup> Wer fahrlässig handelt, wird mit Busse bis zu 250 000 Franken bestraft.

# Tagungsbericht: Financial Law Conference

*Marcel Alexander Niggli/Louis Frédéric Muskens*

Im Mai 2018 fand die erste Financial Law Conference statt (die Ankündigung der zweiten findet sich am Ende dieser Nummer). Die Tagung widmete sich den besonderen Sorgfaltspflichten gemäss GwG, namentlich der Überwachung von Transaktionen. Die nachfolgenden drei Bei-

träge von **Othmar Strasser**, **Christoph Winzeler** und **Dave Zollinger** stammen von dieser Tagung.

Als Ergänzung dazu findet sich hier eine Zusammenstellung der Entwicklungen im Bereich der Geldwäscherei als PDF zum Download.

# Fehler, Defizite und Inkonsistenzen in der jüngsten Entwicklung des schweizerischen Geldwäschereirechts

Othmar Strasser

## I. Steuergeldwäscherei – toter Buchstabe?

Am 1. Januar 2016 sind in der Schweiz die neuen Bestimmungen über Steuergeldwäscherei in Kraft getreten. Es handelt sich um Art. 305<sup>bis</sup> Ziff. 1 und 1<sup>bis</sup> StGB, Art. 14 Abs. 4 VStrR und Art. 9 Abs. 1 lit. a Ziff. 2 GwG. Damit hat die Schweiz die Vorgaben der FATF («tax crimes») und der OECD umgesetzt. Der Schweizer Gesetzgeber hat keinen neuen, autonomen Straftatbestand für die Steuergeldwäscherei geschaffen, sondern einfach den Vortatenkatalog im System des DBG/StHG und des VStrR erweitert. An der bisherigen Konzeption der Geldwäscherei als Vereitelung der Einziehung nach Art. 70 StGB hat er nichts geändert. Voraussetzungen der Einziehungsverweigerung sind die Einziehungsfähigkeit (Tatobjekt der Geldwäscherei) und die Einziehbarkeit (Tathandlung). Das Problem der Lokalisierbarkeit und der Zuordnung von Steuereinsparungen (Tatobjekt), das z.B. nur bei Quellensteuern nicht besteht, hat die höchstrichterliche Rechtsprechung behoben (BGE 119 IV 10, 120 IV 365, 137 IV 145). Unlösbar ist indessen die Krux, dass der Fiskus deliktische Steuervorteile nicht einziehen kann, weshalb eine Vereitelungshandlung tatbestandsmässig nicht in Betracht kommen kann. Dies gilt sowohl für die direkten als auch für die indirekten Steuern. Strafrechtlich ist die Steuergeldwäscherei somit toter Buchstabe. Die

Meldepflicht für Steuerdelikte gemäss Art. 9 Abs. 1 lit. a Ziff. 1 GwG gilt es aber trotzdem unter Strafdrohung nach Art. 37 GwG zu erfüllen. Neue Risikofelder sind: Grundstücksgeschäfte und personenbezogene Gesellschaftsstrukturen im KMU-Segment.

## II. Strafrechtliche Risiken im neuen Verdachtsmeldesystem

Ausgenommen bei Terrorismusverdacht erfolgt eine Meldung nach Art. 9 GwG ohne unverzügliche Sperre der involvierten Vermögenswerte. Bis zur Vornahme der gesetzlich vorgeschriebenen Sperre nach Mitteilung der MROS an die Strafverfolgungsbehörden haben die Finanzintermediäre nach Art. 33 GwV-FINMA Kundenaufträge bis zu einer von ihnen selbst festzulegenden Schwelle auszuführen. Nach erstatteter Meldung gilt zur Vermeidung des Tipping-off-Risikos nach Art. 10a GwG ein – von einer Ausnahme abgesehen – striktes Informationsverbot. Bis zur Schwelle nach Art. 33 GwV-FINMA hat der Gesetzgeber das vom GwG geschützte Ermittlungsinteresse über das von Art. 305<sup>bis</sup> StGB geschützte Einziehungsinteresse gestellt. Mit dieser Inkonsistenz haben der Gesetzgeber und die FINMA ein nicht unbeachtliches strafrechtliches Risiko für die Finanzintermediäre geschaffen. Legen sie die Schwelle in der Rückschau des Strafrichters nicht

richtig fest, riskieren die Verantwortlichen bei zu tiefer Schwelle wegen Begünstigung nach Art. 305 StGB und bei zu hoher Schwelle wegen Geldwäscherei nach Art. 305<sup>bis</sup> StGB bestraft zu werden. Immerhin bleiben sie bei einer Überweisung ins Ausland künftig straffrei, wenn sie die Grenze nach Art. 33 GwV-FINMA richtig gezogen und den Paper-Trail gewahrt haben (BGE 144 IV 172).

Die Kritik an einer Ausdehnung des GwG und auf weitere Branchen, insbesondere auf Anwälte und Treuhänder ist allein schon aus Gründen der Effektivität berechtigt.

### III. Verifizierung der wirtschaftlich berechtigten Person oder der wirtschaftlichen Berechtigung

Die FATF wirft der Schweiz im Länderbericht 2016 vor (S. 178 f. und 237), es existiere keine Pflicht zur systematischen Verifizierung der wirtschaftlich berechtigten Person, was mit Nr. 10 der FATF-Empfehlungen nicht vereinbar sei. Eine Analyse der Empfehlungen (samt Interpretationsnote Rz 5 lit. b zu Nr. 10) und des Länderberichts Schweiz 2016 ergibt, dass sich die FATF wohl mit einer Verifizierung der wirtschaftlich berechtigten Person zu begnügen scheint, was die Stellungnahme von Swiss Banking zur neuen Bestimmung von Art. 9a E-GwV-FINMA über die Pflicht zur Verifizierung der wirtschaftlichen Berechtigung bestätigt. Wirtschaftliche Berechtigung bedeutet mehr

als nur (Identität der) wirtschaftlich berechtigten Person. Damit ist ein Sachverhalt bzw. eine Konstellation gemeint. Für eine solche Erweiterung fehlt es indessen an einer hinreichenden gesetzlichen Grundlage im GwG, weshalb die entsprechende Bestimmung in der am 18. Juli 2018 veröffentlichten Fassung der GwV-FINMA fehlt. Sie ist Gegenstand der GwG-Vernehmlassungsvorlage des Bundesrates vom 1. Juni 2018 (Art. 4 Abs. 1 E-GwG). Danach muss der Finanzintermediär mit der nach den Umständen gebotenen Sorgfalt die wirtschaftlich berechtigte Person feststellen und die erhaltenen Angaben überprüfen. Interessant festzustellen bleibt, dass in Art 6 Abs 1 lit. c VSB 08 noch die Rede war von einer Verifizierung, «ob die abgegebene Erklärung über die wirtschaftliche Berechtigung zutrifft». Diese Lösung wäre m.E. die sachgerechte.

### IV. Forderung nach mehr Verdachtsmeldungen und Aufhebung des Melderechts nach Art. 305<sup>ter</sup> StGB

Die FATF rügt die Schweiz im Länderbericht, dass die Ausübung der Meldepflicht zu zurückhaltend erfolge. Der überwiegende Teil der Meldungen an die MROS erfolgt auf der Grundlage von Art. 305<sup>ter</sup> Abs. 2 StGB. Die MROS ihrerseits fordert mehr Meldungen auch ohne Vorliegen eines begründeten Verdachts nach Art. 9 GwG. Diese Auffassung stützt auch die Rechtsprechung des Bundesgerichts (BGE 4A\_313/2008 E. 4.2.2.3). Gewollt sind ganz offensichtlich mehr Verdachtsmeldungen auch ohne begründeten Verdacht nach Art. 9 GwG. Ob mehr Meldungen an die MROS die Effektivität der Geldwäschereibekämpfung erhöhen, ist eine offene Frage. Fraglich ist insbesondere, wer die Filterfunktion für eine steigende Zahl von Meldungen (Deutschland erwartet jährlich 50 000 bei 5 000 Weiterleitungen an die Staatsanwaltschaften) erfüllt. In Deutschland soll dies die FIU (Meldestelle) sein, während die MROS die Erfüllung dieser Aufgabe von den Finanzintermediären (In der CH stammen 2017 91% von Banken) erwartet. Ohne mehr Befugnisse und Ressourcen der MROS ist eine Ausdehnung der Meldepflicht mit gleichzeitiger

Abschaffung des Melderechts in der Schweiz schlicht nicht praktikabel. Die Stossrichtung der Revision des GwG, die der Bundesrat am 1. Juni 2018 lanciert hat, ist eine Ausdehnung des GwG und auf weitere Branchen, insbeson-

dere auf Anwälte und Treuhänder, die (Sitz-) Gesellschaften beraten bzw. gründen (Panama-Papers). Die Kritik an diesem Ansinnen ist allein schon aus Gründen der Effektivität berechtigt.



# Know your Customer

Christoph Winzeler

## Ausgewählte Thesen zu Hintergrund und Vorstufen der Geldwäschereiregulierung

### I. Sorgfaltspflicht – ein schillernder, sich wandelnder Begriff

#### A. Sorgfaltspflicht: Begriff aus einer «principles-based» World

- Prinzipienbasierte Regulierung beschränkt sich auf Grundsätze und gibt dem eigenverantwortlichen Unternehmen Raum für kreative, innovative Lösungen (Beispiel: die Richtlinien der Schweizerischen Bankiervereinigung für Vermögensverwaltungsaufträge).
- Nachteil des prinzipienbasierten Regulierens ist, dass man es im Ausland nicht gut kennt und unsere Behörden dort ein entsprechend grosses Erklärungspensum haben.
- Gegenstück zur prinzipienbasierten ist die regelbasierte oder «rules-based» Regulierung. Sie nimmt bei der Geldwäschereibekämpfung auch in der Schweiz grossen Raum ein (Beispiel: die Sorgfaltspflichtvereinbarung der Schweizerischen Bankiervereinigung).

#### B. Ursprüngliche Quelle: Auftragsrecht (Art. 398 Abs. 1–2 OR) mit Verweis auf Arbeitsvertragsrecht (Art. 321a Abs. 1 OR)

- Der als Grundtyp des Bankgeschäfts geltende Auftrag ist eine Schöpfung des römischen Rechts, was Begriffe wie «Mandat» oder «Honorar» – zu Deutsch Ehrensold – anklingen lassen. Vermutungsweise Unentgeltlichkeit (Art. 394 Abs. 3 OR) und jederzeitige Kündbarkeit (Art. 404 Abs. 1 OR) lassen er-

kennen, dass der Auftrag nicht auf das Kundengeschäft einer Bank des 21. Jahrhunderts zugeschnitten ist.

- «Art. 398 Abs. 1–2 OR: Der Beauftragte haftet im Allgemeinen für die gleiche Sorgfalt wie der Arbeitnehmer im Arbeitsverhältnis (Abs 1); Er haftet dem Auftraggeber für getreue und sorgfältige Ausführung des ihm übertragenen Geschäftes (Abs. 2).»
- «Art. 321a Abs. 1 OR: Der Arbeitnehmer hat die ihm übertragene Arbeit sorgfältig auszuführen und die berechtigten Interessen des Arbeitgebers in guten Treuen zu wahren.»
- Diese Formulierungen sind – wenn auch in einem anderen Rechtsgebiet – herausragende Beispiele für eine prinzipienbasierte Regulierung.

#### C. «Due Diligence»: Begriff aus der angelsächsischen, «rules-based» World

- Die privatrechtliche Wirtschaftspraxis verwendet den Begriff für die Prüfung eines Unternehmens oder Vermögens im Detail, bevor es Gegenstand einer Transaktion sein kann. Schon das Wort zeigt, welchem Rechtsraum die Methodik entstammt.
- Kaum zufällig ist auch die Sorgfaltspflichtvereinbarung der Bankiervereinigung, die auf Englisch «Due Diligence Agreement» heisst, ein geradezu unschweizerisch detailliertes Werk.

## II. Regulierung – ein ebenso schillernder Begriff

### A. Kombination von Aufstellen, Durchsetzen und Überwachen von Regeln

- Finanzmarktregulierung ist nicht nur Schaffung von Regeln, wie der Begriff suggerieren könnte. Sie lässt sich beschreiben als Kombination des Aufstellens, Durchsetzens und Überwachens von Regeln (St. Galler Handbuch zum Schweizer Finanzmarktrecht, Bd. 1, 2018, § 7 Rz. 1 m.w.H.). Das zeigt auch ein Blick in die Geschichte des amerikanischen Verwaltungsrechts: Behörden wie z. B. die FTC oder die SEC haben von jeher so gearbeitet.

### B. Spannungsverhältnis zur klassischen Gewaltenteilung

- Mit klassischer Gewaltenteilung hat dies wenig zu tun. Doch Art. 7 Abs. 1 Bst. b FINMAG, der die Rundschreiben der FINMA neben deren Verordnungen ausdrücklich zu einer Form der Regulierung erklärt, hat diese – wenn man so will – «amerikanische» Form bestätigt. Am Erfordernis einer gesetzlichen Grundlage und dem Gebot der Verhältnismässigkeit hat sich dadurch nichts geändert (Art. 5 Abs. 1–2, Art. 36 Abs. 1 und 3 BV).
- Die Geldwäschereibekämpfung bewegt sich mit der GwV-FINMA im Bereich der etwas reineren Lehre. Denn es handelt es sich dabei um eine klassische Verordnung, die nur mit einer besonderen Gesetzesdelegation ergehen durfte (Art. 7 Abs. 1 Bst. a FINMAG i. V. m. Art. 3 Abs. 5, Art. 17, Art. 18 Abs. 1 Bst. e und Art. 41 Abs. 2 GwG).

### C. Doppelnormen als Phänomen unserer Zeit

- Doppelnormen sind ein Phänomen nicht der «Regulierung» im vorgenannten Sinn, sondern der Gesetzgebung und Gesetzesauslegung.
- Im Strafrecht gab es sie schon immer: Wenn das StGB den Insiderhandel verbot, war dieser dadurch logischerweise auch verwaltungs- und zivilrechtlich verboten (heute z. T. wieder separat geregelt in Art. 142 FinfraG verwaltungs- und in Art. 154 strafrechtlich), also eigentlich sogar eine Tripelnorm. Ähn-

liches gilt im Geldwäschereibereich, wo heute ein Nebeneinander von Straf- und Verwaltungsrecht besteht.

- Die praktische Bedeutung einer Doppelnorm äussert sich u. a. beim Rechtsschutz: Im Privatrecht muss ein Unternehmen die Initiative ergreifen und ein Prozessrisiko eingehen, um ihr Recht durchzusetzen; zuständig ist der Zivilrichter. Im Verwaltungsrecht handelt die Aufsichtsbehörde von Amtes wegen; anfechten muss man ihre Verfügungen beim Verwaltungsrichter.
- Doppelnormen haben den Vorteil, dass in beiden Rechtsschutzverfahren materiell dasselbe gilt. Ob es sich bei einem Gesetzesartikel um eine Doppelnorm handelt, ist Auslegungsfrage und nicht immer von vornherein klar.

### D. Selbstregulierung als «More of the same»

- Die Selbstregulierung bildet im schweizerischen Finanzmarktrecht einen Sonderfall durch die Mitwirkung und «Anerkennung» der FINMA; man nennt sie auch «gesteuerte» Selbstregulierung oder mit **Urs Zulauf** «Koregulierung» (Jusletter vom 04.11.2013, Titel und Rz. 13–14.). Ihre Durchsetzung erfolgt hauptsächlich durch die Aufsicht via Prüfungsgesellschaften, im Fall der VSB zusätzlich durch ein Verbandsverfahren mit Vertragsstrafe (und im Extremfall auch noch durch den Strafrichter, vgl. Art. 305<sup>ter</sup> StGB).
- Die Vorteile der Selbstregulierung liegen – so **Peter Nobel** – «in der Sachnähe der Regulierungskonzepte, in der Fähigkeit zur Verarbeitung höherer Komplexitäten und in der Verbesserung der Akzeptanz» (FG Chapuis, 1998, S. 120). Hinzu kommt der unbürokratischere, speditivere Prozess als bei behördlichen Regulierungen, was schnellere Reaktionen auf den Markt erlaubt.

### E. Sorgfaltspflichtvereinbarung der Schweizer Banken (VSB), seit 1977 bis heute

- Die VSB diente ab 1977 bis zum Inkrafttreten des GwG sozusagen als Übergangslösung.
- Sie enthielt im Wesentlichen schon alles, was später als Grundpflichten im GwG kodifiziert

werden sollte (Art. 3–5 GwG): Pflicht zur Identifikation des Kunden und Vertragspartners, ggf. des wirtschaftlich Berechtigten und, wenn nötig, die Wiederholung der Identifikation.

**F. Später und bis zum Inkrafttreten des GwG die Geldwäschereirichtlinien der EBK**

- Sie waren vor dem Erlass des GwG eine damals umstrittene Regulierung der Aufsichtsbehörde (René Rhinow/Manfred Bayerdörfer, Rechtsfragen der schweizerischen Bankenaufsicht, Die Aufsichtsbefugnisse der Banken-

kommission im Rahmen der Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit (1990), passim) ohne Gesetzesdelegation, allein gestützt auf den Gewährsartikel (Art. 3 Abs. 2 Bst. c BankG; Christoph Winzeler, Das «Einfallstor» der Finanzmarktregulierung, Ständige Bewilligungsvoraussetzungen einer Bank, insbesondere die Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit; ZSR 2013 I, S. 444 m.w.H.) und lange vor Art. 7 Abs. 1 FINMAG.

- Heute sind an ihre Stelle GwG, GwV und GwV-FINMA getreten.

# Die Geldabflussvorschriften der GwV-FINMA und andere Sonderbarkeiten

Dave Zollinger

Dies ist kein wissenschaftlicher Text. Sondern eine kritische (gelegentlich etwas polemische) Rückschau auf die Geldwäschereiverordnunggebung der letzten 15 Jahre.

Zwanzig Jahre ist es her, dass am 1. April 1998 das Geldwäschereigesetz GwG im Rahmen des «Dritten Massnahmepaketes zur Bekämpfung der organisierten Kriminalität» in Kraft trat. Zeitgleich dazu hatte die Eidgenössische Bankenkommision EBK das Rundschreiben RS 98/1 erlassen, welches das RS 91/3 ersetzte und den unterstellten Instituten als Auslegungshilfe für das neue Gesetz dienen sollte. Im April 2001 berief die EBK eine Arbeitsgruppe ein, welche dieses Rundschreiben überarbeiten sollte. Quasi über Nacht (erinnerlich zwischen der zweiten und der dritten Sitzung der Arbeitsgruppe) wurde aus einem Rundschreiben ein Verordnungsentwurf, der schliesslich in seiner von der EBK erlassenen Fassung per 1. Juli 2003 in Kraft trat.

Die EBK packte in die «GwV-EBK» alles hinein, was sie zur Ausführung des GwG für notwendig erachtete. Teilweise war sie der Zeit sogar voraus: So hielt sie in Art. 1 lit. c der damaligen Verordnung fest, in dieser würden «terroristische Organisationen gelten als: Kriminelle Organisationen im Sinne von Art. 260<sup>ter</sup> StGB». Das war gut gemeint, auch wenn das positive Recht die Definition von «Terrorismus» in Art. 260<sup>quinquies</sup> StGB erst per 1. Oktober 2003 (also gut drei

Monate nach Inkrafttreten der GwV-EBK) erstmals erwähnte. Die Frage, ob der Begriff «gelten als» nicht auf eine widerlegbare *praesumptio juris* hindeute (so dass also prinzipiell eine terroristische Organisation hätte widerlegen können, dass sie eine kriminelle Organisation im Sinne des Gesetzes ist), blieb unbeantwortet.

Ebenfalls recht frei handhabte die EBK das Territorialitätsprinzip: So hielt sie in den Art. 3 und 9 fest, dass auch ausländische Gruppengesellschaften des Finanzintermediärs die grundlegenden Vorschriften zu befolgen hätten, und dass auch im Ausland die Rechts- und Reputationsrisiken global zu erfassen, begrenzen und überwachen seien. Die Frage, wie denn Sanktionen bei der Verletzung dieser – notabene im Gesetz nicht genannten – Pflichten aussehen würden, blieb ebenfalls unbeantwortet.

Etwas strenger als im positiven Recht ging sie mit dem «Verbot der Annahme von Vermögenswerten aus Korruption und anderen Verbrechen» in Art. 4 um: Sie verzichtete im Gegensatz zum – immerhin seit dem 1. August 1990 in Kraft stehenden – Art. 305<sup>bis</sup> Ziff. 3 StGB auf die Voraussetzung der «doppelten Strafbarkeit» bei Auslandstaten.

Und sie führte – notabene auf dem Verordnungsweg und als Aufsichtsbehörde (nicht etwa

als Gesetzgeberin!) – eine Frühform des Informationsaustausches ein: Gemäss Art. 15 musste neu bei Zahlungsaufträgen ins Ausland Name, Kontonummer und Domizil der auftraggebenden Vertragspartei angegeben werden. Also keine «*by order of one of our clients*» Aufträge mehr.

Die Sorgfaltspflichten schliesslich dehnte sie bereits etwas aus, indem sie in Art. 17 *praeter legem* den Finanzintermediär bei Geschäftsbeziehungen oder Transaktionen mit erhöhten Risiken dazu verpflichtete, den «*Verwendungszweck abgezogener Vermögenswerte*» abzuklären; und nach Art. 28 sollte dieser bei Abbruch einer zweifelhaften Geschäftsbeziehung (wo notabene kein begründeter Verdacht auf Geldwäscheerei besteht!) den «*Rückzug bedeutender Vermögenswerte nur in einer Form gestatten, welche allenfalls den Strafverfolgungsbehörden erlaubt, die Spur weiterzuverfolgen (paper trail)*». Gesetzgebung ist mühsam, wenn Referenden drohen – da ist es doch viel praktischer, auf dem Verordnungsweg Pflichten festzulegen, die nicht zwingend auch im Gesetz eine Grundlage haben müssen.

Mit Schaffung der FINMA als Nachfolgeorganisation der EBK trat per Januar 2009 eine revidierte Fassung der nunmehr «*GwV-FINMA 3*» genannten Verordnung in Kraft. Mittlerweile war per 1. Oktober 2003 der schon erwähnte Tatbestand «*Finanzierung des Terrorismus*» in Art. 260<sup>quinquies</sup> StGB in Kraft getreten. Das Parlament hatte dieser Norm mit Rücksicht auf spendensammelnde nahöstliche NGO die Zähne gezogen und ins Gesetz geschrieben, dass die eventualvorsätzliche Terrorismusfinanzierung (also das Spenden an Organisationen, bei denen man in Kauf nimmt, dass sie mit den Spendengeldern auch Terroranschläge finanzieren) straflos ist und dass keine «*terroristische Straftat (gegeben ist), wenn sie auf die Herstellung oder Wiederherstellung demokratischer und rechtsstaatlicher Verhältnisse*» gerichtet ist. Also das, was eigentlich alle «*Freiheitskämpfer*» wollen: Ein Staat nach ihrem rechtsstaatlichen Gusto. Mit anderen Worten: Die bis heute einzige

Definition von Terrorismus im Schweizer Recht bestraft nur die direkte Finanzierung von Gewalttaten, während alle übrigen (also die eventualvorsätzlich dem Terrorismus dienenden) Finanzströme «*nicht strafbar*» sind. Etwas enger sieht dies die FINMA, welche in Art. 4 der Verordnung dem Finanzintermediär grad sämtliche «*Geschäftsbeziehungen mit Unternehmen oder Personen..., von denen er weiss oder annehmen muss, dass sie den Terrorismus finanzieren*», verbot. Was aber würde sie nun einem Finanzintermediär sagen, der eine Geschäftsbeziehung zu einer «*Hilfsorganisation*» im Nahen Osten unterhält, die für ihre Bombenanschläge auf ein kleines Land am roten Meer und dessen Bewohner notorisch ist? Darf er diese Beziehung unterhalten, weil ja hier die Möglichkeit der Finanzierung eines Bombenanschlages lediglich in Kauf genommen wird (was gemäss Gesetz straflos ist), oder ist sie durch die engere Bestimmung in der Verordnung verboten?

Etwas im Obligationenrecht tummelte sich die FINMA in Art. 5 der Verordnung, wo sie festhielt, dass eine «*Geschäftsbeziehung im Moment des Vertragsschlusses als aufgenommen*» gilt. Was aber sollte damit gemeint sein: Der Moment, in welchem der Kundenberater und der Kunde am Tisch sich einig sind (was wohl im Sinne von Art. 1 OR der Vertragsschluss wäre)? Oder der Moment, in welchem alle notwendigen Formulare unterschrieben sind, der formelle Vertragsschluss also? Oder der Moment, wo alle notwendigen Formulare ausgefüllt sind, der KYC-Check durchgeführt und die Kontoeröffnung im CIF freigeschaltet sind und dem Kunden die freudige Nachricht mitgeteilt wird, dass er nun seine Vermögenswerte überweisen kann? Immerhin deutet auch hier die Verwendung des Wortes «*gilt als*» auf eine widerlegbare *praesumptio juris* hin, so dass also der Finanzintermediär prinzipiell widerlegen können müsste, dass die Geschäftsbeziehung schon im Moment des Vertragsschlusses aufgenommen worden war.

Nachdem das Bankgeheimnis 2003 bereits für Zahlungsaufträge ins Ausland in Bezug auf den

Auftraggeber aufgehoben worden war, erfolgte nun in Art. 13 dieselbe Aufhebung für den Zahlungsverkehr im Inland, jedenfalls für Zahlungen über mehr als Fr. 1500.

Und auch hier wurden die Sorgfaltspflichten des GwG insofern ausgedehnt, als nach Art. 45 der Finanzintermediär bei Abbruch einer Geschäftsbeziehung «Vermögenswerte im Betrag von 25 000 Franken und mehr nur in einer Form zurückerstatten (darf), die es den Behörden erlaubt, deren Spur weiterzuverfolgen (paper trail)». Es mag schon sinnvoll sein, dass man schaut, wohin das Geld fliesst. Aber festzuhalten bleibt, dass in den genannten Fällen gerade kein konkreter Verdacht auf Geldwäscherei vorhanden ist, die Vermögenswerte mithin «sauber» sind und das GwG selbst kein solches Verbot einer Barabhebung vorsieht.

Wer meint, dass sich eine Ausführungsverordnung auf den Gesetzestext stützen müsse, wird jedenfalls bei der Geldwäschereibekämpfung immer wieder eines Besseren belehrt.

Per Januar 2011 trat erneut eine revidierte Form der Verordnung in Kraft, die nun nur noch «GwV-FINMA» (ohne Nummer) hiess. Während sie in Art. 3 klar festhielt, dass ihr Geltungsbereich (nur) für Finanzintermediäre in der Schweiz gilt, hielt sie aber dennoch in Art. 5 erneut die Pflicht des Finanzintermediärs fest, auch bei seinen Zweigniederlassungen und

Gruppengesellschaften im Ausland für Ordnung (bzw. für die Einhaltung der Verordnungs-Normen) zu sorgen – ein Umfang, den selbst das GwG nicht vorsieht, denn es richtet sich ja bekanntlich «nur» an Finanzintermediäre in der Schweiz. Einmal mehr eine Ausdehnung der Aufsicht durch die Hintertüre der Verordnungsgebung.

Konsequenterweise erfolgte nun in Art. 10 auch noch die Pflicht zur Nennung des Auftraggebers bei Zahlungsaufträgen unter Fr. 1500, also nun bei sämtlichen Zahlungen. Weshalb die per 2009 eingeführte Bagatellunterschwelle nun per 2011 wieder aufgehoben wurde, ist nicht restlos klar – oder vielleicht ist umgekehrt nicht klar, weshalb überhaupt eine solche eingeführt worden war.

Per 2016 wurde schliesslich parallel zur Revision des GwG (und zur Revision der VSB) eine ebenfalls revidierte GwV eingeführt. Nun war der Text gendergerecht formuliert. So heisst es seit da in Art. 10: «Der Finanzintermediär der Auftraggeberin oder des Auftraggebers gibt den Namen, die Kontonummer und die Adresse der Auftraggeberin oder des Auftraggebers sowie den Namen und die Kontonummer der begünstigten Person an.» Schade nur, dass dabei die Finanzintermediärinnen vergessen gingen.

Weil nun neu auch die qualifizierten Steuer- vergehen Vortaten für Geldwäscherei wurden, hält Art. 7 fest, dass keine Vermögenswerte aus Verbrechen oder qualifizierten Steuer- vergehen entgegengenommen werden dürfen, «auch wenn das Verbrechen oder das Vergehen im Ausland begangen wurde». Wenn man schon 2003 auf das Erfordernis der doppelten Strafbarkeit bei Auslandstaten verzichten konnte, weshalb sollte man es denn nun hier einführen?

Zurzeit ist erneut eine Revisionsvorlage in der Entstehung. Auch hier gibt es wieder einen Strauss von interessanten Neuerungen. So soll in Art. 6 eine vollständige «globale Überwachung der Rechts- und Reputationsrisiken» (notabene einmal mehr auf dem Verordnungsweg!) vor-

geschrieben werden. In Art. 10 soll der Finanzintermediär bei Zahlungsaufträgen jeglicher Grösse sicherstellen, «dass die Angaben zur Auftraggeberin oder zum Auftraggeber **zutreffend und vollständig** und die Angaben zur begünstigten Person **vollständig** sind». Damit kann nichts anderes gemeint sein, als dass sich der Finanzintermediär prinzipiell bei jeder Transaktion (jedenfalls im internationalen Zahlungsverkehr) darüber vergewissern muss, dass die Auftraggeberin oder der Auftraggeber auch wirklich zutreffende und vollständige Angaben machen. Wie aber soll er das tun?

Immerhin ist die FINMA nach der Vorkonsultation von der ursprünglich in Art. 9a vorgesehenen «Verifizierung der wirtschaftlichen Berechtigung» abgekommen, wo sie vorgesehen hatte, dass der Finanzintermediär «anhand risikobasierter Massnahmen (verifiziert), ob die als wirtschaftlich berechtigte angegebene Person tatsächlich die wirtschaftlich berechtigte Person

ist». Nachdem ein bedeutender Teil der im Rahmen der Vorkonsultation angehörten Fachpersonen die gesetzliche Grundlage einer solchen Norm bezweifelt hatten, entfernte die FINMA diese Bestimmung aus der Vorlage. Sie konnte vermutlich auch die Frage nicht beantworten, wie denn der Finanzintermediär diese Verifikation (will heissen: Überprüfung anhand eines Dokumentes) bei einer Person vornehmen soll, die gar nicht Vertragspartner ist.

Es wird also auch in Zukunft nicht langweilig werden, den Aufsichtsbehörden (formell zwar: dem Bundesrat) bei der Verordnungsgebung auf die Finger zu schauen. Wer meint, dass sich eine Ausführungsverordnung auf den Gesetzestext und die dortigen Grundlagen stützen müsse, wird jedenfalls bei der Geldwäschereibekämpfung immer wieder eines Besseren belehrt: Der gute Zweck heiligt die nachlässigen Mittel.

## Financial Law Conference #2

### Brennendes Geheimnis – Erlangung und Verwertung von Informationen

Dienstag, 14. Mai 2019, 14:00 – 18:15 Uhr

KV Zürich Business School

Dass nicht jede Information jedem zugänglich sein kann und soll, ist nicht mehr selbstverständlich. In Zeiten, in denen Staaten deliktische Datenerlangung belohnen und Datendiebe wie Helden gefeiert werden, die sich zum Wohle der Allgemeinheit opfern, scheint die Art der Informationserlangung rasant an Bedeutung zu verlieren. Staaten sehen den Weg der Rechtshilfe als Hindernis, in Verwaltungsverfahren aufgrund von Mitwirkungspflichten gewonnene Informationen werden zwanglos in Strafverfahren verwendet, interne Untersuchungsergebnisse auch extern verwendet. Die Tagung widmet sich drei Aspekten dieses Themas: den verbotenen Handlungen für einen fremden Staat, dem Konflikt von Auskunftspflicht und Geheimhaltungspflicht bei der Finanzmarktaufsicht sowie den internen Untersuchungen.

#### Leitung

Prof. Dr. Marcel Alexander Niggli, in Zusammenarbeit mit dem Institute for International Business Law (IBL) der Universität Freiburg und Klein Rechtsanwälte (Zürich).

#### Ort

KV Zürich Business School  
Bildungszentrum Sihlpost, Sihlpostgasse 2,  
8004 Zürich

#### Anmeldeschluss

Dienstag, 16. April 2019

#### Kosten

CHF 350.– inkl. Pausenerfrischungen und «Apéro riche»  
Das Tagungsgeld wird nach Anmeldung in Rechnung gestellt.  
Die Teilnehmerzahl ist beschränkt.

#### Weitere Informationen und Anmeldung

[www.financial-law.ch](http://www.financial-law.ch)