

# Contra Legem

2021/2



Jungleland: A new approach to the question «What is Law?»

Menschen lügen

Des Richters Substantiierungslust ist der Parteien Substantiierungslast

Räumt den Appstore!

Strafe definieren 1 & 2

Strafe ohne Gesetz

# Impressum

## **ContraLegem**

ISSN: 2624-6902

## **Chefredaktion**

Marcel Alexander Niggli

## **Redaktion**

Dimitrios Karathanassis  
Louis Frédéric Muskens

## **Redaktionelle Mitarbeit**

Stefan Maeder  
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

## **Layout & Webdesign**

Max Bänziger  
Lukas Götti

## **Kontakt**

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

## **Erscheinungsweise**

3-4 × jährlich  
Erscheint nur elektronisch

## **Titelbild**

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

## **YouTube & Podcast**

ContraLegem veröffentlicht auch Videos und zugehörige Podcasts. Unser YouTube-Kanal findet sich [hier](#). Die PodCasts sind auf jeder gut sortierten Plattform zugänglich.

# Inhaltsverzeichnis

<b><u>Impressum</u></b> .....	2
<b><u>Inhaltsverzeichnis</u></b> .....	3
<b><u>Editorial</u></b>	
Nur fünf Minuten .....	4
<b><u>L</u></b>	
Jungleland, A new approach to the question: «What is Law?» .....	9
Menschen lügen .....	19
Des Richters Substantiierungslust ist der Parteien Substantiierungslast .....	30
<b><u>M</u></b>	
Räumt den Appstore! .....	41
Rechtsgeschäfte unter Gefangenen sind verboten .....	48
Vorschlag einer Revision von Art. 10 Abs. 1 StPO .....	50
Strafe definieren 1: Was nicht funktioniert .....	53
Strafe definieren 2: Strafe als Durchsetzung? .....	61
Strafe ohne Gesetz? .....	64
<b><u>S</u></b>	
Vermisstenanzeige oder Was gehört in eine MROS-Meldung .....	71
Literaturhinweis .....	75
<b><u>Tagungen</u></b>	
Tagungsbericht: 2. Financial Law Conference 2019 .....	76
Internationale Kooperation im Spannungsfeld der Staatsschutzbestimmungen .....	77
Selbstbelastende Aussagen im Enforcementverfahren der FINMA und deren Verwendung im Strafprozess .....	82
<b><u>Leserbrief</u></b>	
«Praktikanten als Richter des Zwangsmassnahmengerichts?» ad ContraLegem 2021/1 .....	89

# Nur fünf Minuten...

Als ich von Marcel Niggli, Chefredakteur und Herausgeber von ContraLegem, angefragt wurde, ob ich Teil der Redaktion von ContraLegem werden wollen würde, benötigte ich keine fünf Minuten, um zuzusagen. Dies mag nach einem Schnellschuss klingen, nach einem Mangel an Abwägung, aber fünf Minuten sind heute in der Mediengesellschaft eine kleine Ewigkeit. Manch einer mag nun schmunzeln, vielleicht widersprechen, von einem Juristen gar eine etwas vertiefte Abklärung verlangen, aber für einen Tweet, der Hunderte auf die Strasse schickt und dazu animiert, Menschen zu attackieren, staatliche und private Gebäude zu stürmen und Strassen zu blockieren, braucht es wahrlich nicht viel länger. Fünf Minuten für eine Entscheidung sind also relativ. Man mag nun zu Recht einwenden, dass persönliche Entscheidungen schon seit je her auch in deutlich kürzeren Zeitspannen gefällt worden sind, man denke da an die berühmten «Bauchentscheidungen». Was aber für die persönlichen Entscheidungen akzeptabel ist, scheint nun durch die Unmittelbarkeit der Kommunikationsmittel (Stichwort: soziale Medien) auch auf gesellschaftliche Kommunikation zuzutreffen. Die bereits angesprochenen Tweets veranschaulichen das bestens.

Es kann deshalb nicht überraschen, dass die Politik sich krampfhaft bemüht, dem Kommunikationstempo der Mediengesellschaft gerecht zu werden und dass bei politischen Auseinandersetzungen zunehmend Tempo und weniger Inhalt von Bedeutung sind. Nun ist gesellschaftliche Beschleunigung in der Kommunikation kein Phänomen unserer Zeit, Telegramme, Telephon und Faxe haben stets beschleunigen-

de Effekte auf die jeweiligen Gesellschaftsstrukturen ausgeübt. Und an diesem Strom der beschleunigenden Kommunikation hat auch die Politik sich stets orientiert, Wahlkampfkampagnen zum Beispiel am Anfang des 19. Jahrhunderts unterscheiden sich deutlich von den heutigen.

Neu hingegen ist, dass die Justiz sich einspannen lässt in dieses Spiel des Wettlaufs. Freilich, wenn die Politik sich und ihre Kommunikationsmittel ändert, wird auch die Justiz sich nolens volens anpassen (müssen), aber seit nun geraumer Zeit macht sie sich daran, die Funktionsweise der Politik tel quel zu übernehmen. Eine Konzentration auf das Tempo statt auf den Inhalt mag für die Politik dienlich, vielleicht sogar geboten sein, bedeutet jedoch, dass zunehmend der Zweck und nicht die Mittel in den Vordergrund rücken, wenn es darum geht, politische Ziele zu formulieren und zu debattieren. Denn eine zunehmende Konzentration auf das Tempo erlaubt lediglich den beabsichtigten Zweck zu formulieren, während die Erläuterung der Mittel und die kritische Betrachtung des Zweckes Fragen des Inhaltes sind und deshalb nicht seriös im Wettlauf berücksichtigt werden können, weil dafür schlicht die Zeit fehlt und weil die Aufmerksamkeitsspanne des Publikums dafür immer weniger ausreicht. Die Klimadebatte macht das sehr deutlich: das Klima muss gerettet werden und diesem Ziel ist Alles unterzuordnen. Die Diskussion, ob die vorgeschlagenen Mittel (Minderung des CO<sub>2</sub>-Ausstosses, Subventionierung von Elektroautos, etc.) ge-



eignet und angemessen sind, hat kaum eine Chance sich zu entfalten.

Für die Justiz und das Recht allgemein bedeutet dies, dass sie sich zunehmend auf den Zweck konzentrieren und klare rechtliche Institute und Vorgaben, welche die – schnelle – Erreichung des Zweckes bremsen könnten, überspielen. Das Urteil des Bezirksgerichts Lausanne – um bei der Klimadebatte zu bleiben – das die Besetzung einer Bankfiliale durch Aktivisten als rechtfertigenden Notstand geschützt hatte, statt sie wegen Hausfriedensbruch zu verurteilen, ist nur ein prominentes Beispiel (vgl. hierzu unsere Videos [1a](#) und [1b](#)). Die Bezugnahme auf den rechtfertigenden Notstand, dieses Gefühl wird man jedenfalls nicht los, war weniger das Resultat einer sauberen juristischen Auseinandersetzung, sondern erfolgte aus der schieren Notwendigkeit heraus, als Gericht die als politisch und medial richtig empfundene Exkulpation der Jugendlichen irgendwie begründen zu müssen (noch sind wir nicht so weit, dass Urteile unbegründet erlassen werden).

Unbestritten ist, dass Justiz und Recht nie vollständig losgelöst von der Politik sind. Man vergesse nicht, dass die obersten Richter im Land von Parteien vorgeschlagen werden (und politisch zunehmend unter Druck geraten). Problematisch aber ist es, wenn sich Justiz und Recht der Politik so sehr anpassen (man ist geneigt zu sagen: anbietern), dass die Grenzen politischer Auseinandersetzung und rechtlicher Strukturen verschwimmen. Dies ist freilich kein Plädoyer für eine Justiz und ein Recht, die sich nicht verändern sollen. Sie sollen aber der Politik und der Gesellschaft diejenigen Strukturen vorgeben, von denen wir nach so einiger schlechten Erfahrung in der europäischen Vergangenheit wissen, dass sie Minderheiten schützen, Rechtsstaatlichkeit garantieren und eine Balance bei der Gewichtung von Argumenten anstreben. Zielt man nur auf den Zweck ab, so öffnet sich die Pforte für eine Dynamik, die Maximalforderungen stellt und für Kom-

promisse keine Zeit hat. Dies, weil Kompromisse eher bei den Mitteln als beim Zweck möglich sind. Dabei bleibt irrelevant, ob der Mangel an Zeit das Symptom einer schnelllebigen Welt ist oder als Mittel zur Diskussionsvermeidung verwendet wird. Werden dann Maximalforderungen noch untermalt mit einem moralischen Anspruch, auf der richtigen Seite der Geschichte zu stehen, so wird – trotz oder gerade wegen des Anspruches für alle Menschen Gutes zu tun – ein totalitärer Weg eingeschlagen. Die Hölle ist bekanntlich voll mit Menschen, die Gutes wollten.

Deutlich wird das in fast jeder grösseren politischen Debatte der letzten Monate, sei es in Bezug auf die Klimarettung, auf Frauenrechte, Genderdebatte oder BlackLivesMatter: Die politischen Akteure und die Medien formulieren nicht verhandelbare Maximalforderungen, ersticken Kritik daran im Ansatz und verhindern damit jede kritische Auseinandersetzung. Wer aber Maximalforderungen stellt und einzig den Zweck in den Mittelpunkt politischen Lebens stellt, der zäumt das Pferd vom Schwanz auf. Denn während eine freie Gesellschaft die Vorgaben debattieren sollte, innerhalb derer sich jeder entfalten und seine Chancen ergreifen können soll, erscheinen die jüngsten politischen Diskussionen immer ergebnisorientiert. Bricht man das Ganze herunter auf das Urelement jeder politischen Diskussion, diejenige der Gerechtigkeit und ihres Kernes, der Gleichheit, so zeichnet sich ein Wandel von der Chancengleichheit weg und hin zur Ergebnisgleichheit.

Eine Gesellschaft jedoch, die Ergebnisgleichheit anstrebt ist *qua definitione* totalitär, weil Gleichheit im Ergebnis keine Entfaltung anderer Interessen zulässt. Alle anderen Ergebnisse werden im besten Fall als lästig, im schlechtesten Fall als Angriff verstanden. Und eine Gesellschaft, die von sich aus Ergebnisgleichheit definiert oder definieren lässt (was sie tun muss, um sie erreichen zu können), muss ausserdem notwendig den Anspruch er-

heben, die absolute Wahrheit und das Gute an sich zu kennen. Denn nur wenn die Wahrheit und das Gute bekannt sind, lässt sich das erwünschte Ergebnis auch legitimieren. Ein für alle zu erreichendes Ergebnis, das nicht auf Wahrheit und dem Guten fusst, wird zwangsläufig durch Willkür delegitimiert, so dass es ins Wanken gerät. Dass die Definition von Wahrheit und Gutem auch der Willkür ausgesetzt ist steht freilich auf einem anderen Blatt Papier.

Verstärkt wird diese Entwicklung dadurch, dass *Ergebnisgleichheit* es einfacher hat in einer Welt, die alles misst und quantifiziert. Die Entwicklung der letzten Jahre zeigt, dass Entscheidungen – auch politische – zunehmend auf Grundlage dieser Messungen und Quantifizierungen, nämlich durch erhobene Datensätze, getroffen werden. Konkrete Ergebnisse lassen sich messen, quantifizieren und als Datensätze bündeln, während die Frage nach den Chancen immer einer langwierigen Analyse bedarf. Es darf daher nicht verwundern, dass die zunehmende Darstellung menschlichen Handelns in Datensätzen politisch und medial die *Ergebnisgleichheit* bevorzugt. Messen und pointiert präsentieren ist im Ergebnis leichter verständlich als langwierige Debatten, ob für alle die gleichen Chancen bestehen.

Schliesslich umgeht die Fixierung auf die Ergebnisgleichheit auch die schwierige Auseinandersetzung mit der (persönlichen) Verantwortung. Wenn der Zweck klar formuliert und das angestrebte Ergebnis definiert sind, dann werden persönliches Scheitern wie auch persönlicher Erfolg zweitrangig, denn die Federführung liegt beim Kollektiv. Fragen nach der individuellen Nutzung (gleicher) Chancen und daraus resultierende Konsequenzen werden überflüssig, weil nur das Ergebnis zählt. Das bedingt aber auch, dass dort, wo das Individuum ausschert und das Ergebnis von sich aus nicht erreicht oder nicht erreichen will, das Kollektiv den Anspruch erhebt, einzugreifen. Die Debatte um die Frage, ob Schulkantinen

Fleisch anbieten dürfen, zeigt, dass ein solchen Eingreifen erst durch Anreize (Stichwort «nudging») und dann durch Verbote erfolgt.

Tritt man etwas in beobachtende Distanz, so wird deutlich, dass diese politische und zunehmend rechtliche Entwicklung ultimativ auf ein konkretes Resultat hinausläuft: die Umkehrung einer lange bestehenden, im Westen hart erkämpften Ordnung auf den Idealen der Aufklärung. In das Zentrum der Diskussionen rückt immer mehr die Frage nach dem «Wer», nach dem «Akteur» und seinen Eigenschaften. Verdrängt wird dafür die Diskussion nach der Handlung, die Diskussion über die Bewertung einer bestimmten Aktion (oder Unterlassung). Das ist wenig überraschend, weil die Ergebnisfixierung das «Wer» im Vergleich zur Handlung bevorzugt, denn Eigenschaften (Alter, Geschlecht, Hautfarbe, etc.) sind objektivierbarer – und deshalb messbarer – als Handlungen, bei denen das subjektive Element stets Schwierigkeiten bereitet. Wer aber (wieder) anfängt, Menschen – vor allem rechtlich – nach ihren Eigenschaften zu bewerten, kommt nicht drum herum, Kategorien (von Menschen) zu schaffen. Die stetig zunehmende Anzahl an Geschlechtern macht das deutlich und betont (auf eine zwangsläufig diskriminierende Art) paradoxerweise die Frage nach dem Geschlecht statt sie zu überwinden. Werden dann aber politische und mediale Kategorien von Menschen (LGBT-Mitglieder, weisse alte Männer, Frauen, Schwarze, etc.) verrechtlicht, ist der Weg nach Auschwitz endgültig angetreten. Und auch hier gilt: gute Vorsätze geben keine Sicherheit, dort nicht zu landen, sondern erhöhen vielmehr die Gefahr. Wer Menschen in Kategorien einteilt – und sei es nur aus einem noblen Ziel heraus –, der diskriminiert zwangsläufig. Und so laufen wir Gefahr, dass Recht primär nicht mehr Handlungen (oder Unterlassungen) bewertet, sondern die Eigenschaften des Menschen. Als der durch Odysseus erblindete Zyklop ihn schreiend nach seinem Namen fragt, antwortet der nur mit «Outis». Niemand. Und dieses Niemand ist die Grundlage unserer li-

beralen westlichen Zivilisation. Dem Monster werden nicht die Eigenschaften des Menschen entgegengeschmettert, sondern es wird gezwungen, sich mit der Handlung des Individuums zu begnügen und sich mit ihr auseinanderzusetzen. Niemand ist jedermann, und damit irrelevant. Relevant ist die Handlung und nicht umsonst beginnen die Qualen des Odysseus, als er sich in einem Anfall von Grössenwahn dann doch zu erkennen gibt.

Ein in diesem Jahr ergangenes Urteil des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte (*Vavricka and others v. The Czech Republic*), das die Impfpflicht für Kinder in Tschechien stützt (unabhängig von der COVID-Pandemie), zeigt deutlich, dass für die Beantwortung der Frage, ob dem Allgemeinwohl (Impfpflicht zwecks Verhinderung der Ausbreitung einer Krankheit) oder dem Individualinteresse (Recht, die Impfung abzulehnen) Vorzug zu geben ist, zwei Kategorien massgebend waren: Geimpfte vs. Ungeimpfte. Zu Recht wies ein Richter in seiner dissenting opinion darauf hin, dass eine ernsthafte Debatte über die Frage, ob die Ablehnung einer Impfung für nicht-ansteckende Krankheiten sich im selben Masse dem Allgemeinwohl (also der Impfpflicht) unterzuordnen habe wie bei ansteckenden Krankheiten, nicht stattgefunden habe. Im Ergebnis entschied das Gericht anhand der Kategorien geimpft/ungeimpft, aufgrund des angestrebten Ergebnisses, nicht aufgrund der gewählten Mittel. Man denke an die eingangs erwähnten fünf Minuten: sie reichen nie aus, um eine noch so klare Handlung zu bewerten, die subjektiven und objektiven Tatbestände dieser Handlung herauszuschälen, die Kausalität für Schäden oder Gewinne zu prüfen. Fünf Minuten reichen aber mithilfe technischer Mittel aus, um primäre und sekundäre Eigenschaften eines Menschen zu erfassen. Die zentrale Frage dabei bleibt: Wollen wir Rechtsfolgen auf der Grundlage der fünf Minuten? Was für eine persönliche Entscheidung ausreichen mag und auf Intuition beruht, darf nicht Gradmesser eines Rechtssystems werden.

Die Schaffung von Kategorien hat ausserdem die Konsequenz, dass die ihr Zugeordneten als Kollektiv verstanden werden. So geht zum Beispiel die Debatte um die Gleichstellung von Frauen davon aus, dass alle Frauen die gleichen Sorgen und Bedürfnisse hätten. Diese und ähnliche Debatten werden so spitz geführt, dass kaum eine ernsthafte Auseinandersetzung darüber möglich ist, weshalb in Unternehmen viel weniger Frauen als Männer in Kaderpositionen tätig sind. Verlangt wird einfach, dass sich dies künftig ändern müsse. Abgesehen von der Tatsache, dass damit alle Menschen weiblichen Geschlechts als Kollektiv mit identischen Wünschen und Bedürfnissen behandelt werden, zeigt sich darin ein Weltbild, das die Bekleidung einer Kaderposition in einem Unternehmen als das ultimative Ziel beruflicher Verwirklichung darstellt. Als Ergebnis werden nicht nur den Unternehmen Quoten auferlegt, sondern auch den Frauen ein einheitliches und keineswegs unumstrittenes Weltbild als Ideal vorgegeben. Die Debatte um die Gleichstellung der Frauen ist deshalb ein gutes Beispiel, weil sie im Kern eine politische Debatte ist, die nicht die rechtliche Gleichstellung, also die Gleichberechtigung betrifft (die existiert bereits), sondern die gesellschaftliche Gleichstellung der Frau. Dass dafür rechtliche Mittel gefordert werden (cf. Art. 734f OR) ändert daran nichts, sondern zeigt bloss deutlich, dass das Recht (gleiche Rechte für alle, was bereits verwirklicht ist), politisch instrumentalisiert wird, um Ergebnisgleichheit auf gesellschaft(srecht)licher Ebene zu erreichen (ebenso viele Männer wie Frauen in bestimmten Kaderpositionen). Nicht umsonst werden diese Quoten dann auch am stärksten von Frauen abgelehnt, die bereits Kaderpositionen bekleiden. Das Leistungsprinzip als inhärenter Teil jeder Debatte um Chancengleichheit weicht hier einer mit Vehemenz geforderten, aber auf das Geschlecht des Kaders reduzierten Ergebnisgleichheit. Wollte man ausserdem konsequent sein, so müsste man sich die Frage stellen, warum eine 50/50-Quote in Kaderpositionen nicht auch in anderen Berufen gelten sollte – und warum sie



denn überhaupt nur für Führungspositionen, und nicht für alle Ebenen zu verwirklichen sei.

Schliesslich bedeutet die Abkehr von den Idealen der Aufklärung auch, dass nun Moral vor Recht tritt. Denn Aufklärung mag in einer kollektivistischen Welt nicht mehr en vogue sein, immerhin aber liefert sie das ethische und weltanschauliche Fundament, das einen liberalen Rechtsstaat erst ermöglicht. Lehnt man die Ideale der Aufklärung ab, so müsste man zumindest auch den Mut aufbringen, den liberalen Rechtsstaat abzulehnen und eine auf Eigenschaften statt auf Handlungen orientierte Werteordnung einzufordern. Staaten, die als Vorbilder dienen, gibt es genügend, vergangene, aber auch gegenwärtige. Ob die sich diskriminiert fühlenden Gruppen in diesen Modellen/

Staaten besser aufgehoben wären, darf freilich bezweifelt werden. Unbehagen bereitet jedoch die Tatsache, dass die kollektivistischen Strömungen im Westen einhergehen mit dem Erstarren kollektivistischer Ordnungen in China, Russland und der unmittelbaren Peripherie Europas und es ist nur Ironie der Geschichte, dass die kollektivistisch orientierte Moral, die unsere politischen Debatten durchdringt, die Kerkopoporta ist, durch das totalitäre Gedanken-gen in die liberale Werteordnung des Westens eindringt.

**Dimitrios Karathanassis**

Zürich, im Sommer 2021





# Jungleland

M. A. Niggli & Markus Husmann

## A new approach to the question «What is Law?»

Should we try to define law? If not, what sense does it make to speak of «soft law»? But if so, should we define it by its content, its character or by something else? And how are we to distinguish a decision of law from other decisions, e.g. political, social or economic? We suggest that the criterion, which defines law and distinguishes it from other realms, is the fact that the decision at issue can be appealed.

### INHALTSÜBERSICHT

I. Why ask the question? . . . . .	9
II. On the merits of the question itself. . .	11
III. Traditional & Less Traditional Rule Making and Enforcing . . . . .	12
IV. Law as Text & Law as Decision . . . . .	13
V. Why text in the first place? . . . . .	14
VI. The difference between legal and non-legal decisions. . . . .	15
VII. Consequences of the definition. . . . .	16
VIII. Advantages of appealability as the decisive criterion of law . . . . .	17

*Outside the street's on fire  
In a real death waltz  
Between what's flesh and what's fantasy  
And the poets down here don't write nothing at  
all  
They just stand back and let it all be  
And in the quick of a knife, they reach for their  
moment  
And try to make an honest stand  
But they wind up wounded, not even dead*

**Bruce Springsteen:** Jungleland (1975)

### I. Why ask the question?

The notion of «torture» has become opaque, the concept of the «unlawful combatant» is still used, and – regardless of so many presidents' promises – Guantanamo still exists and dozens of people are still held in indefinite detention there. France declared a state of emergency and extended it six times, only to finally transpose its provisions into national law. No need to mention Afghanistan, Iraq, Egypt, Libya, Ukraine or Syria; it will suffice to call attention to the fact that all over the world people are killed by drones. British Defence Secretary

frankly vowed to eliminate all surviving British ISIS fighters to prevent them from coming back to the UK. Or shall we mention the Greek crisis and the role the International Monetary Fund or the European Central Bank played? Or the refugee crisis and Europe's countries introducing border controls in complete disregard of all European law and procedures? Or the EU's deal with Turkey, another flagrant violation of international law? Not to speak of the Corona measures with which governments around the world suspend constitutional rights and define *ad hoc* – day by day – the entire sphere of life.

An innocent observer might easily get the impression that the law is retreating, globally. But, is this impression correct? *What* is it, that is retreating?

When we tried to expound the topic we are currently working on to a former colleague at the CTLS, she, being very bright, immediately and without hesitation asked: Why would someone want to know that? What could we possibly gain by answering that question? Or in other words: Is the question really an interesting, a fruitful one? This is probably the first and foremost question of all, and she made us think quite a lot about it. To be honest, we had not done so before, first because – being curious by nature – we do not ordinarily put into question the questions we are interested in, and second – having grown up in a continental, more precisely, in the German tradition of thought – a precise clarification of the concepts we use, seems to us so adequate and helpful, that it constitutes almost a value in itself. Hence, before presenting our concept of law, we will first try to answer the question, why it is helpful to define law or – at least to distinguish it from other, similar concepts:

In order to review this impression, it seems necessary to go to the very roots and ask the – somewhat unexpected – question: What is law – and *what is it not*? Hence, first of all we will try to distinguish law from other, similar concepts:

Many are the definitions of law that have been proposed hitherto. Definitions are distinctions. In order to understand a distinction, we need to understand its aim: what objective does its creator pursue, what ends does the definition serve? Simplifying very much,<sup>1</sup> we can, by and large, distinguish three fundamentally different perspectives (leaving aside for now systems

<sup>1</sup> And necessarily falsifying it by doing so, of course, but if you want to have an overview you must overlook many a thing, as the philosopher **Max Scheler** once said, or in the words of **William James** (Principles of Psychology, Chapter 22): «The art of being wise is the art of knowing what to overlook.»

theory and its autopoietic and necessarily self-circular conception according to which everything is law that is regarded as such by the law):

(1) Most *philosophers* have tried to conceive law in perspective of justice. They have understood law as a specific type or aspect of justice. Justice, however, to them normally goes far beyond law and frequently serves as a basis and legitimation to fight certain legal rules, or even to declare them as non-law, illegitimate or outspoken illegal. The problem with such a perspective is evident: If you define law as a province of justice, you need to define justice, an endeavour not really successfully undertaken up until now. This is especially due to the fact that «justice» in general is (or can at least be) completely different from justice in the specific concrete case.<sup>2</sup> As long as we do not have a universally valid argument for the one or the other, the question of justice will always remain *contentious*.

(2) *Sociologists* (and analytical jurisprudence), on the other hand, understand law in the context of rule-making and rule-execution. The concept of law primarily serves them to distinguish one set of rules, rule-making and rule-execution from other such sets of rules as e.g. morals, ethics, politics, economy and so on.

<sup>2</sup> **Michel de Montaigne**, *Essays*, III/13, Of Experience: «All which makes me remember the ancient opinions, 'That 'tis of necessity a man must do wrong by retail who will do right in gross; and injustice in little things, who would come to do justice in great: that human justice is formed after the model of physic, according to which, all that is useful is also just and honest: and of what is held by the Stoics, that Nature herself proceeds contrary to justice in most of her works: and of what is received by the Cyrenaics, that there is nothing just of itself, but that customs and laws make justice: and what the Theodorians held that theft, sacrilege, and all sorts of uncleanness, are just in a sage, if he knows them to be profitable to him.' There is no remedy: I am in the same case that Alcibiades was, that I will never, if I can help it, put myself into the hands of a man who may determine as to my head, where my life and honour shall more depend upon the skill and diligence of my attorney than on my own innocence. I would venture myself with such justice as would take notice of my good deeds, as well as my ill; where I had as much to hope as to fear: indemnity is not sufficient pay to a man who does better than not to do amiss. Our justice presents to us but one hand, and that the left hand, too; let him be who he may, he shall be sure to come off with loss.» Translated by Charles Cotton, ed. by W. C. Hazlitt; online to be found at: [www.gutenberg.org](http://www.gutenberg.org)

This perspective conceives law essentially by linking it to the question of power. In a sociological perspective law should be distinguished or distinguishable from other forms of ruling, i.e., other forms of power. The enforcement of rules becomes the central element in such a perspective. Alas, if enforcement is the core of law, then, of course, as is easy to understand, transnational law suffers enormously, since most of it does not constitute law at all. If we do not follow, e.g., **Hathaway & Shapiro**<sup>3</sup> who recognize «outcasting» as a non-violent form of law-enforcement, we are required to use the mickey-mouse-concept of «soft law» (we would even say: «abuse», since it seems rather irritating and confusing to call something law that lacks the core element of what the same self definition of law requires. We can, of course, call black also «soft white» or vice versa, but doing so does not really add to clarity).

Calling something «soft law» that lacks a core element of law, is like calling black «soft white».

(3) Finally, there is the perspective that tries to define law by its form or by formal factors. Here, you will find *legal theorist*, especially the positivistic school (**H. Kelsen** as well as **H. L. A. Hart**). To a certain extent, of course, we find here also the other two groups: the philosophers asking whether something having the form of

<sup>3</sup> **Oona A. Hathaway & Scott J. Shapiro**: Outcasting: Enforcement in Domestic and International Law, 121 (2), Yale Law Journal, 2011, 252-349.

law could possibly not be law or overruled by something like natural justice; and the sociologists using formal criteria like, e.g., the form of enforcement (**M. Weber** and his understanding of law as being enforced or enforceable by a specialised entity within the community, the «Rechts-Stab», a staff of people holding themselves specially ready for that purpose). The formal approach, however, has its shortcomings. It suffers, as is evident, from the fact, that essentially the distinction between «positive» and (any kind of) «natural» law cannot be upheld completely, as **Kelsen's** problems and his use of the «Grundnorm» (the basic norm) beautifully show. It is not possible to imagine a natural law completely devoid of positive (or positivistic) elements, and it is impossible as well to imagine a purely positive law without natural law elements.

If this summary is (more or less) correct (and if we allow for the fact that there are many more differing positions) we might conclude for the sake of our current endeavour: A definition of law seems meaningful if and inasmuch as it permits to understand and conceive law *without reference* to either (1) justice, (2) power or (3) its form. Our goal to define law therefore not only serves the purpose of distinguishing the concept («law») from justice and power, it tries to conceptualize «law» possibly without any reference to justice, power or law's proper form.

## II. On the merits of the question itself

In the realm of transnational law, scholars have a strong tendency to assume law for structures they traditionally would not have. They do so, because they lack an anchor of «law» as the state would ordinarily provide for. Everything that transcends national borders becomes difficult. As long as recourse to national law or – as a complement of it – multi- and international law is possible, things remain relatively quiet. However, where internationally binding (and enforceable) rules are absent, the concept of law itself becomes questionable and sort of a nuisance, because it forces the legal profes-

sion to acknowledge either its helplessness or its lawlessness. Consequently, in transnational matters the concept of law is applied to circumstances and structures it would not traditionally be applied to in the realm of national law. Legal theorists widen the concept and enlarge it, calling it, e.g., «soft» law, a confusing concept, that designates a type of law that is not (according to the legal theorists' own criterion) true or «hard» law, but some sort of a bastard.

Where internationally binding rules are absent, the concept of law becomes questionable, because it forces the legal profession to acknowledge either its helplessness or its lawlessness.

An excellent example is Corporate Social Responsibility (CSR) and the question of globalization of law. Many – mostly system theorist – authors hail the advent of a global society and of a corresponding global law.<sup>4</sup> Some praise the universal condemnation of e.g. child labour, which is described as an effect of global law and global Corporate Social Responsibility. Independent of national legal orders,

<sup>4</sup> See e.g. Mikhail Xifaras, *The Global Turn in Legal Theory*, *The Canadian Journal of Law & Jurisprudence*, 2016/8.

the aftermath of the Deepwater Horizon catastrophe is described as a convincing example of global law, where not national or international administrations but the global community itself – through the means of the international media exerted the necessary pressure to ensure compliance with their rules and regulations.<sup>5</sup> We, for once, as researchers in criminal law, are less enthusiastic and convinced, and essentially this was the starting point of our reflections. Doing so, especially in the realm of transnational law, leads to results much less convincing and welcome than one would think.

### III. Traditional & Less Traditional Rule Making and Enforcing

In order to reflect on the quality of decision-making by the media, let us think for a moment about Deepwater Horizon and a very similar affair a few years before, Brent Spar, almost a companion to it. In 1995, media coverage was as intense for Brent Spar as it would be for Deepwater Horizon in 2010. As a result of the international protest, Shell (the owner of Brent Spar) had to refrain from sinking the platform at the very place it had been swimming for years. Instead it had to tow it to Amsterdam where the platform was disassembled. Today, even fierce environmentalists probably would agree that it would have been better to dump the platform, as it had been planned, right where it was swimming. As to Deepwater Horizon, is it not striking that the platform's owner (British Petrol) did everything to prevent the oil from staying at the sea's surface, everything to make sure it would be solved and sink to the bottom of the sea? A very clever idea, indeed, since this prevented photos of animals drowning and dying because of the oil spilt. And such photos would produce a devastating impression on the public opinion of the catastrophe, as they did in the case of Amoco Cadiz, a ship that sunk before the French coast in 1978 and thereby caused an oil spill. These two

<sup>5</sup> See e.g. Anne Mirjam Schneuwly, *Corporate Social Responsibility an der Schnittstelle von Wirtschaft, Recht und Politik: transnationales CSR-soft law im globalen Kontext*, Basel 2012.



examples, at least, in our mind, do not speak loudly in favour of international media coverage as a means of pressure to enforce rules. Neither do so examples of criminal law. The case of Dominique Strauss Kahn, former director of the International Monetary Fund and at

The judicial decision always remains essentially free, another judicial decision by another court might simply void its validity and force.

that time potential candidate for the presidency of France, will suffice to show this. Everybody will remember the photos of DSK awaiting his hearing before the NY judge that brought his career to a sudden end. Media coverage itself (independent of its content) could easily be construed as damaging, or even as the main factor of damage. Or take another, more recent example: When in May 2015 some FIFA officials were arrested in a hotel in Zurich, journalists were already waiting in the hotel lobby when police arrived. Why on earth should a prosecutor inform the media beforehand of his plans to arrest someone? Obviously, media coverage seems to benefit some. What exactly makes us feel uncomfortable with a concept according to which media coverage or public pressure could be considered as law? In order to answer this, we need first to discuss another aspect of law.

#### IV. Law as Text & Law as Decision

In most continental jurisdictions (civil law countries), law would be linked – and closely so – to a text. That text, in turn, would be conceived as «the» law, it would constitute the law which in turn could be applied or not, applied correctly or incorrectly to a specific case. It is this aspect (the importance and structural role) the text plays which is mostly brought forward to distinguish common law from civil law jurisdictions. The distinction, however, is only partially correct since the important distinction between the two systems is not the text and its structural position itself, but the types of text referred to. While civil law countries primarily use «statutes», that is abstract texts framing typological symptomatic situations, common law countries primarily refer to the texts of specific decisions, so called precedence.<sup>6</sup>

But focussing on text does not help us. In any jurisdiction and any legal system the important question does not concern text or precedence, but the decision itself. Fact is, law essentially consists of decisions. One can have as many texts as one wants, if one does not have a decision, these texts remain silent and useless (no matter whether statutes or precedence). And, of course, it is not texts that force a court to decide in one sense or another, not even other courts, i.e., other decisions, can do that. The judicial decision always remains essentially free, another judicial decision by another court might simply void its validity and force. Texts merely serve as a guideline. They do contain neither their own meaning nor their interpretation. Texts cannot fix themselves or their meaning or interpretation, they are the mere objects and instruments of people that use them, and law-people are especially trained to use texts in any way they want. We could now delve into the philosophy of language and Wittgenstein and its philosophy of meaning

<sup>6</sup> We can safely ignore the distinction of a reference to a case and one to the text of the case, since it would lead astray for the scope of the present paper.

and interpretation, but we do not need to do so. Simply imagine a text (be it statute or precedence). Further, imagine an overwhelming majority of people (or to be even more blunt: the totality of all people ever having read it) understanding that text in a specific sense, reading a specific meaning into it. Now, imagine a court simply understanding that text in a completely differing way from everybody else, or – less disturbing – simply not applying that text to a specific case to which everybody else would have applied it. This example does not constitute law not being applied or not being applied correctly, because for such a proposition to be meaningful you must assume that your vision of the text (statute or precedence) is the correct and decisive one. Alas, this decision in a state under the rule of law belongs to the competent court, and explicitly not to anyone else. This is the reason why Oliver Wendell Holmes famously can define law as follows: *The prophecies of what the courts will do in fact, and nothing more pretentious, are what I mean by the law.*<sup>7</sup>

If in a lawsuit (any lawsuit), we remove decisions, we are left with nothing else than mere texts, and texts by themselves cannot help to solve the issue. But if we take away texts, we still have decisions. One must be a very fierce positivist to deny all decisions not referring to any text the quality of law. Hence, the notion of law does not necessarily contain a reference to texts and their meaning, but it always, and necessarily so, must focus on decisions.

Hence, the distinction between law in the books and law in action as well as that between positive and national law do only make sense for someone who links the concept of law to text. But such a link is neither necessary nor really helpful. But we might advance our understanding of the matter by asking what function texts serve in a legal dispute.

<sup>7</sup> O. W. Holmes, *The Path of Law*, 10 *Harvard Law Review* 457 (1897); find the full text under: [www.gutenberg.org/files/2373/2373-h/2373-h.htm](http://www.gutenberg.org/files/2373/2373-h/2373-h.htm).

## V. Why text in the first place?

Historically, the idea to introduce and rely on text in legal disputes stems from a thorough (and mostly well founded) mistrust of one party towards another. Text essentially has the function of a guarantee against the stronger

«...valgono finché valgono, rebus sic stantibus, finché la natura, la passione, la follia non prendono il sopravvento.»

party. But this, of course, must remain a mere (if understandable) wish, since the stronger party remains the stronger one and not only the decision to apply the text to a specific case but also its interpretation remain completely dependent upon her will and understanding. Salvatore Satta, an Italian professor of civil procedure (famous rather for his incredible novel «The Day of Judgement») puts the dilemma beautifully:

*Queste promesse che gli uomini, paurosi l'uno dell'altro, si scambiano in una carta più o meno solenne sono come le promesse di eterna fedeltà nell'amore: valgono finché valgono, rebus sic stantibus, finché la natura, la passione, la follia non prendono il sopravvento.*<sup>8</sup> In English translation: *These promises that human beings, fearful of each other, more or less solemnly exchange on paper are like the promises of eternal*

<sup>8</sup> Salvatore Satta, *Il Mistero del Processo*, Piccola Biblioteca Einaudi 324, 2a edizione, Milano: Adelphi 2013.

*faithfulness in matters of love: they are valid as long as they are valid, rebus sic stantibus (as long as things stay the same), until nature, passion or folly do prevail.*

Therefore, using text as an instrument to limit the power of those who decide can never be successful, since texts can neither enforce their own application to a specific case nor provide their own interpretation. Only the person who decides can do that. This essential failure is the reason why texts (instead of binding and limiting the deciding powers) multiply. Texts do not create limits or clarity but give birth to other texts, as **Montaigne** knew.<sup>9</sup>

The fact that there is no necessary link of law to text and textualization should be most welcome to theorists of transnational law. Since text is not a necessary condition to a legal decision, neither is a national or multinational legislator. But this, of course, begs the question, how we possibly could distinguish decisions of law from, e.g. a political, economic or aesthetic or any other kind of decision.

## VI. The difference between legal and non-legal decisions

If we are correct in assuming that the original goal of introducing text to the realm of legal decisions consisted in the attempt to limit the decider's powers, we might maintain that goal but try to achieve it by different means. Again, a criminal law perspective might be helpful: If we think of a criminal case, a criminal accusation, texts give us the impression (or the illu-

sion) to protect us from the pure and overwhelming discretionary powers of the powerful party (the state, the prosecution) because they seem to create possibilities of defence. If the prosecution is obliged to declare openly its accusations, the defendant can argue against it. But this, and this is the crucial point, holds only true if there exists a possibility of appeal. If, and only if, the accusation (or for that matter, any other decision) can be appealed, the decider's powers can thereby be limited. Hence, discretionary powers are restricted not by means of texts, but by means of appeals.

We can generalize this finding and state as our central criterion of definition:

*The characteristic and defining aspect of law (legal decisions) consists in the fact that legal decisions provide the possibility of an appeal. Appealability, then, is the proprium of law. Therefore, let us consider as «legal decision» any decision that provides a possibility of appeal. Further, let us consider as «legal decisions» only those decisions that provide such a possibility.*

It is typical for political, economic, aesthetic or technical decisions that a possibility of appeal is absent. Of course, in most fields and most cases it is possible to complain about a decision and invoke compassion or grace, but we would not call this a proper appeal. It is not a second decision on the same grounds and the same assumptions; rather it constitutes a change of decision system or the omission or the waiver of a decision. But, in order to clarify what is meant when we speak of appealability, let us call appealable only decisions that provide for an appeal (1) beforehand and (2) on certain, pre-defined conditions (although not necessarily written ones).

*In short, we shall call «law» every decision that offers (or contains) a remedy against itself.<sup>10</sup>*

<sup>9</sup> **Michel de Montaigne**, *Essays*, III/13, *Of Experience*: „Who will not say that glosses augment doubts and ignorance, since there's no book to be found, either human or divine, which the world busies itself about, whereof the difficulties are cleared by interpretation. The hundredth commentator passes it on to the next, still more knotty and perplexed than he found it. When were we ever agreed amongst our-selves: «This book has enough; there is now no more to be said about it»? This is most apparent in the law; we give the authority of law to infinite doctors, infinite decrees, and as many interpretations; yet do we find any end of the need of interpreting? is there, for all that, any progress or advancement towards peace, or do we stand in need of any fewer advocates and judges than when this great mass of law was yet in its first infancy? On the contrary, we darken and bury intelligence; we can no longer discover it, but at the mercy of so many fences and barriers.” Translated by Charles Cotton, ed. by W. C. Hazlitt; online to be found at: [www.gutenberg.org](http://www.gutenberg.org)

<sup>10</sup> This, of course, directly leads to the question of what exactly is meant by a «remedy», and whether e.g. an only (limited) cognition of an appellate court should or should not be counted as such a «remedy»; an important question, no doubt, but one that

## VII. Consequences of the definition

(1) First and foremost, a definition of law by the criterion of appealability is – as was our intention – independent of justice, power or the decision's form. Therefore, we do not need to refer to justice, power or form in any way when talking about law. We so can distinguish law from politics, a distinction deeply troubling not only to critical legal studies and **Marrti Koskenniemi**.<sup>11</sup> The trouble consisting in the Wittgensteinian problem, that law can be conceived as politics and politics as law, depending on how you look at them.<sup>12</sup> In civil law jurisdictions, the relationship of law and politics has been puzzling legal theory for a long

We shall call «law» every decision that offers (or contains) a remedy against itself.

time already: How is it possible that politicians decide about law texts, but independent courts decide about their meaning? Or think of the criticism of being «political» that is often brought forward against court decisions for which there is a great political and public interest. How could we ever distinguish a «legal» decision from a «political» one?

(2) Following our definition, the second consequence is that legal statutes as well as prece-

---

will not be discussed here but in a later analysis. However, it is most interesting to note, that e.g. the European Court of Human Rights cannot set aside the contested decision but only declare it to be contrary to the ECHR.

<sup>11</sup> See e.g. **Marrti Koskenniemi**, *The politics of international law*, *European Journal of International Law*, 1990, 4-32,

<sup>12</sup> See also *The Hague Academic Coalition: As a rabbit or a duck?* which can be found online.

dence, or for that reason, texts in general do not constitute any part of law. They are instruments and/or means of and for law, but they do not form any part of it.

(3) A third consequence is that certain decisions would appear to be legal decisions which ordinarily would not be counted or understood as such, especially due to the fields these decisions are rendered, e.g., in sports, economics or even religion. In all these fields, decisions, which offer a remedy, would be considered as legal decisions.

(4) Finally, a fourth consequence of our conception of law would be that no final decision of any kind or body of decision could be conceived as legal. If the appealability of a decision is the criterium individuationis, a decision that is not appealable could not be qualified as a legal one. Such a decision could not belong to law, even if was taken in a field traditionally conceived as law, and even if it was taken by a deciding body ordinarily qualified as a legal body of decision, e.g., by a court. This might be the most puzzling aspect of the proposal: Since most often, there does not exist a possibility to Supreme Court decisions, such decisions must be viewed not as law in our understanding, but as the exertion of power, as proper politics.

The political character of final, unappealable decisions becomes most obvious in the fact that a final decision is necessarily a correct one.<sup>13</sup> Very much like the Pope (who is officially infallible since the decree of 1870), a final decider (any supreme court judge) is necessarily infallible, simply because the decision is final. A quotation by the famous Justice Robert Jackson might catch this best: «We are not final because we are infallible, but we are infallible only because we are final.»<sup>14</sup> But then, infallibility is no legal concept and it does not work well

---

<sup>13</sup> This applies nota bene only in relation to a specific case. In terms of time, of course, a change of jurisdiction is possible.

<sup>14</sup> **Brown v. Allen** 344 U.S. 443 (1953).



with law where appealability reigns. That appealability should be central for law, is of course not new.<sup>15</sup>

Appeals are known for a very long time. It is remarkable, however, that a right to appeal is by no means very old, evident or uncontested, especially in the Common law. And even where it is accepted, there remains a lot of vagueness. To give you just one example: **Montesquieu**, certainly not a man famous for a limited knowledge or understanding of law, writes in his *Pensées diverses* (our translation): «When you have appealed to a judge against the judgment

«Multiply the possibilities of appeal to courts, and you will see them to be occupied less with rendering justice to citizens than with the correction of each other.»

*of another judge, and the appellate judge has pronounced her verdict, it is an abuse to allow an appeal to a third judge, because man's character is such that we do not like to follow others' ideas, so we find it natural to overturn what has been decided by those we deem of lower intelligence. Multiply the possibilities of appeal to courts, and you will see them to be occupied less with rendering*

<sup>15</sup> See e.g. **Joseph Raz**, *The Authority of Law: Essays on Law and Morality*, Oxford UP 1979, 6-7. Raz lists «natural justice» (or due process) and judicial oversight as among the essential components of the rule of law.

*justice to citizens than with the correction of each other.»<sup>16</sup>*

In fact, it is by no means evident why there should be any appeal at all and if so, why there should be more than one appellate court. And, of course, it is as dubious why the appellate procedure should be limited at all, even more so to only two or three courts. All these questions cannot be addressed with a traditional approach to the concept of law, but sure enough with our conception.

### VIII. Advantages of appealability as the decisive criterion of law

To sum it up, using appealability as the defining criterion of law, things do change quite a bit in national matters. First, texts and the genesis of rules are seen as less important factors. Second, enforcement is not seen anymore as the dominant criterion defining law, and third, decisions that are not appealable are not understood anymore as legal decisions.

In transnational matters, all this seems much less of a threat and much more of a chance: We would not have to discuss the hard or «soft» character (lacking enforcement elements) of law, or its lack of justice, its proximity to power or its incomplete textuality. Instead of discussing and disagreeing about material issues, about values, power and economy, we could concentrate on practical (and procedural) issues and start to provide possibilities for appeal. We could do so in a very general way: By (1) defining the deciding bodies and institutions (national or international) against which we

<sup>16</sup> In the original French this reads: „Quand on a appelé d'un juge à un autre, et que celui-ci a prononcé, c'est un grand abus de permettre de recourir à un troisième, parce que l'esprit de l'homme est fait de manière qu'il n'aime pas à suivre les idées des autres, qu'il se porte naturellement à réformer ce qui été fait par ceux à qui il croit des lumières inférieures. Multipliez les degrés des tribunaux, vous les verrez moins occupés à rendre la justice aux citoyens qu'à se corriger les uns les autres.” (Tiré d'un travail inédit: Sur la manière d'étudier la jurisprudence, qui est à la Brède, l.c., 184). De l'Abus des juridictions, **Charles-Louis de Secondat, Baron de La Brède et de Montesquieu**, *Pensées diverses*, Edition Garnier, Paris 1879, vol. 7, 181, the French text can be found online at: [https://fr.wikisource.org/wiki/Pensées\\_diverses\\_\(Montesquieu\)](https://fr.wikisource.org/wiki/Pensées_diverses_(Montesquieu)).

provide the possibility of an appeal, (2) defining the kind of decisions they render and (3) the appellate body competent to decide about the appeal.

In the end, perhaps a new approach could prove to be more promising than just to stand back and let it all be – while the law quietly perishes.



# Menschen lügen

Urs Thalmann

## Ich glaube keiner Statistik, die ich nicht selbst gefälscht habe

### INHALTSÜBERSICHT

I. Zahlen lügen nicht, Statistiken lügen auch nicht. ....	19
II. Das Nenner-Problem oder Basisraten	20
III. Gold, Silber, Bronze-Rankings, Indizes, Punkte (Scores). ....	21
IV. Zahlenmüde? Statistikmüde? .....	22
V. 478 oder ein Zwischenspiel .....	23
VI. Evidenzbasierte Entscheidungen .....	23
VII. Die Polonaise der Medien: Zahlen und Statistiken haben Folgen .....	25
VIII. Famous last Words (8.5.2020) .....	29

Das Bonmot im Untertitel wird üblicherweise Winston Churchill zugeschrieben, obwohl es nicht direkt mit ihm in Zusammenhang gebracht werden kann. Aber vielleicht passt es just deshalb gut hierher. Es genießt eine weite Verbreitung und wird gerne und oft zitiert – völlig unerheblich ist dabei, von wem es ursprünglich stammt. Das gegenwärtig grassierende SARS-CoV-2 Virus, Auslöser der Covid-19 Krankheit und die unsichere Datenlage in dieser Pandemie verleiten gerade dazu, dieses wohlfeile Zitat nach Gutdünken zu verwenden und einzusetzen.

Hin und wieder ist im Text eine Stelle aus dem Buch «Schnelles Denken, langsames Denken» (Siedler Verlag, München, 2012, 622 Seiten) des Psychologen **Daniel Kahnemann** eingefügt. **Kahnemann** (\*5.3.1934) hat sich in seinen Forschungen und Experimenten Jahrzehnte mit

dem Entscheidungsverhalten von Menschen befasst, ihrem intuitiven und assoziativen (schnellen) Denken und dem rationalen (langsamen) Denken. Für seine Arbeiten ist er 2002 als bisher einziger Psychologe mit dem Wirtschaftsnobelpreis ausgezeichnet worden.

«Zwischen unserem statistischen Denken und unserem Denken über Einzelfälle besteht eine gewaltige Kluft.» (**Kahnemann**, 217)

### I. Zahlen lügen nicht, Statistiken lügen auch nicht

Ganz vereinfacht ausgedrückt beruhen Statistiken auf Zahlen. Zahlen per se lügen aber nicht, denn sie haben selbst nichts an sich, was auch nur im Entferntesten mit Moral zu tun hätte, wie zum Beispiel mit Lügen. Es kann aber sein, dass falsch gezählt oder auch das Falsche gezählt und ein bestimmter Sachverhalt deshalb nicht adäquat abgebildet wird. Es kann auch sein, dass aus verschiedenen Gründen etwas unter der Annahme gezählt wird, den interessierenden Sachverhalt mit genügender Zuverlässigkeit oder Annäherung wiederzugeben. Die Zahl der Coronatoten setzt sich zusammen aus der Zahl Verstorbener AN Corona plus der Zahl Verstorbener MIT Corona. So zählt das deutsche Robert Koch Institut, und andere federführende Institutionen zählen ebenfalls so. Daran ist grundsätzlich nichts falsch, denn die Feststellung der eigentlichen Todesursache kann sehr aufwendig und/oder zeitraubend sein. Insofern ist es ein effizienter Ansatz. Er eliminiert gewisse Diagnoseunsicherheiten und spart Zeit, zählt aber eben nicht genau das, was man hinter dem Wort «Coronatote» verstehen

könnte. Die Definition der Variablen spielt also eine sehr wichtige Rolle.

Da Statistiken auf Zahlen aufbauen, muss eine Statistik also nicht zwangsläufig gefälscht werden, um etwas darzustellen oder zu untermauern, um ein gewünschtes Ziel zu erreichen. Denn auch für Statistiken gilt, dass sie keine eigene Moral haben – sie lügen nicht von sich aus. Sie können aber falsch gemacht werden – absichtlich oder unabsichtlich – oder eben auf nicht ganz durchsichtigen Zahlen basieren und so manches verschleiern.

Die Zahl der Coronatoten setzt sich zusammen aus der Zahl Verstorbener AN Corona plus der Zahl Verstorbener MIT Corona.

## II. Das Nenner-Problem oder Basisraten

Für Vergleiche oder besseres Abschätzen von Auswirkungen werden oft Zahlen in einen Bezug zu einer anderen Grösse gesetzt, um zum Beispiel die Mortalitätsrate von Covid-19 zu berechnen, oder auf einen standardisierten Wertebereich umgerechnet. Am bekanntesten sind vielleicht Angaben in Prozenten. In Bezug auf die Mortalitätsrate von Covid-19 herrscht immer noch grosse Unsicherheit. Ein Grund dafür ist, welche Bezugsgrösse genommen und was in den Medien verbreitet wird. Zwei Studien sind im Moment (Stand 20. April 2020) für jeden mit Internetzugang leicht verfügbar und auch recht gut verständlich: Die Studie zum

Kreuzfahrtschiff «Diamond Princess» (gepostet auf Internet am 9. März 2020) und die Studie zur stark betroffenen Gemeinde Gangelt im Kreis Heinsberg in Deutschland (datiert 9. April 2020). Sie sind keinesfalls in einem weitergehenden Sinne repräsentativ, helfen aber das Problem mit den Bezugsgrössen zu beleuchten – und die Rahmenbedingungen sind überschaubar. In einem Experiment würde man vielleicht von quasikontrollierten Bedingungen sprechen.

*«Statistische Basisraten werden im Allgemeinen untergewichtet und manchmal völlig ausser Acht gelassen, wenn spezifische Informationen über den vorliegenden Fall verfügbar sind» (Kahnemann, 210)*

Auf dem Kreuzfahrtschiff «Diamond Princess» wurde am 1. Februar ein Passagier positiv auf eine Coronainfektion getestet und bereits am 18. Februar waren es 454 Infizierte. Die Infektionsrate auf dem beengten Schiff sank deutlich nach der Einführung von Quarantänemassnahmen. Von den 3'711 Passagieren und Personal waren 619 infiziert, wovon 301 Symptome zeigten. Sieben Passagiere starben. Die Sterblichkeitsrate betrug bezogen auf alle Passagiere also 0.18%, bezogen auf die Infizierten 1.13% und bezogen auf die Infizierten mit Symptomen 2.20%. Sechs der Verstorbenen waren 70-79 Jahre alt, einer gehörte in die Gruppe der 80-89jährigen.

Da Passagiere auf Kreuzfahrtschiffen durchschnittlich älter sind als in einer üblichen Landesbevölkerung, hat [John P.A. Ioannidis](#), Professor für Medizin, öffentliche Gesundheit (Public Health) und Epidemiologie sowie biomedizinische Statistik und Datenanalyse an der Stanford Universität die Zahlen mit allen gebührenden Vorbehalten auf die Altersstruktur der amerikanischen Bevölkerung umgelegt. Die Sterblichkeitsrate würde für die USA demnach bezogen auf infizierte Amerikaner 0.125% betragen, irgendwo zwischen 0.025% bis 0.625% – umgerechnet auf die Altersstruktur.



«Die statistischen Daten [...] wurden so behandelt, wie Basisraten normalerweise behandelt werden – zur Kenntnis genommen und ad acta gelegt.»  
(Kahnemann, 305)

In der Gemeinde Gangelt mit 12'529 Einwohnern wurde eine repräsentative Stichprobe gezogen und mittels Antikörper- und PCR-Test auf Corona getestet. Der Antikörpertest zeigt an, ob eine Abwehr gegen eine Infektion stattgefunden hat, der PCR-Test zielt direkt auf den Nachweis von Viren-Erbsubstanz, mithin eine aktuelle Infektion. Die Mortalität in Gangelt betrug bezogen auf die Gesamtbevölkerung 0.06%, bezogen auf die Infizierten ca. 0.37%. Die Johns Hopkins Universität gibt für Deutschland eine Letalitätsrate bezogen auf die Infizierten von knapp 2% an, also rund 5 mal höher als die Ergebnisse der Studie über die Gemeinde Gangelt.

Ende Februar und Anfangs März hatte die WHO die Mortalitätsrate mit 3.8 bzw. 3.4% angegeben, berechnet als Anzahl Coronatote dividiert durch nachweislich infizierte Menschen. Bei gleicher Berechnungsweise käme man heute (27. April) aufgrund der aktualisierten Angaben der WHO global auf eine Mortalitätsrate von 6.8%, mithin 18 mal (!) höher als jene in Gangelt. (Im Umkehrschluss heisst das: Es gibt sehr, sehr viele nicht nachgewiesene Coronainfektionen, aktuell oder überstanden.)

«Das Gehirn des Menschen und anderer Säugetiere enthält einen Mechanismus, der darauf ausgelegt ist, schlechten Nachrichten den Vorrang zu geben.» (Kahnemann, 370)

### III. Gold, Silber, Bronze-Rankings, Indizes, Punkte (Scores)

In einer Pressekonferenz Ende Februar verkündete US-Präsident Donald Trump laut, dass kein Land besser als die USA auf eine Pandemie vorbereitet sei, und das war ausnahmsweise nicht einmal gelogen. Der Wahrheit kam es aber keinesfalls nahe, was bei Trump auch kaum überrascht. Er berief sich auf den Global Health

Security Index 2019, erarbeitet und herausgegeben von der Nuclear Threat Initiative, dem Johns Hopkins Center for Health Security, The Economist Intelligence Unit und unterstützt von 21 Experten aus 13 verschiedenen Ländern; eine hochkarätige Besetzung. Darin werden 195 Länder im Hinblick auf den Umgang mit globalen Gesundheitsrisiken wie zum Beispiel dem Coronavirus beurteilt und eingestuft.

Tatsächlich liegen die USA mit der höchsten Punktzahl in der Gesamtrangliste auf Platz 1, vor Grossbritannien und den Niederlanden. Die Schweiz liegt auf Platz 13 und schliesst damit die Gruppe der besser vorbereiteten Länder ab. Deutschland auf Platz 14 zählt schon zu den weniger gut vorbereiteten Ländern. Nun ist am besten vorbereitet ganz einfach nicht dasselbe wie genügend oder gar gut vorbereitet. Im Bericht wird denn auch gross und explizit betont: «Kein Land ist voll auf Epidemien oder Pandemien vorbereitet, und jedes Land muss wichtige Lücken angehen.»

Der Gesamtindex wird aus sechs Indikatoren gebildet, die unterschiedlich gewichtet in die Berechnung eingehen. Aus dem 315-seitigen Bericht nur einige bemerkenswerte Beispiele: Für den Indikator «Schnelle Reaktion auf und Bekämpfung einer Epidemie» bekommt Grossbritannien die Goldmedaille, die USA Silber und die Schweiz Bronze. Deutschland liegt hier auf dem 28. Rang hinter Ländern wie zum Beispiel Madagaskar (22) und Uganda (25), aber immerhin noch vor Japan (31). Beim Bruttoinlandprodukt (BIP) pro Kopf lag gemäss Weltbank Madagaskar im Jahre 2018 auf Rang 171 von 193 Ländern und beim Human Development Index (HDI) der Vereinten Nationen auf Rang 162 von 189; Uganda auf den Plätzen 166 (BIP) respektive 159 (HDI). Was machen Madagaskar und Uganda besser als zum Beispiel Deutschland und Japan? Meine jahrelange Arbeitserfahrung in Madagaskar und gelegentliche Kontakte mit dem Gesundheitssystem lassen mich bei einem solchen Resultat über alle Massen erstaunt zurück. Denn das Gesundheitswesen in Madagaskar war lamentabel.

Neben der Goldmedaille für den Gesamtsieg bekommen die USA bei den sechs Indikatoren 4x Gold und 1x Silber und stehen nur einmal nicht auf dem Treppchen. Ob dieses überlegene Abschneiden im Medaillenspiegel die Bewohner New Yorks stolz gemacht und beruhigt hat? Was ist hier los? Obwohl die USA beim Indikator «Gesundheit» die Goldmedaille gewannen, lagen sie bei einer Grösse mit Einfluss auf diesen Indikator gerade einmal auf Platz 174 von 195 Ländern: Beim Zugang zum Gesundheitssystem. Nur gerade bei einem der sechs Indikatoren (Risk Environment and Vulnerability to Biological Threats) landeten die USA nicht auf einem Medaillenplatz, sondern auf Platz 19. In diesen Indikator fliessen unter anderem politische, sozio-ökonomische und weitere Aspekte im Zusammenhang mit dem Gesundheitswesens mit ein.

Die Aussagekraft von Rankings kann also sehr limitiert und irreführend sein. Was dahinter steht und wie manchmal sehr viele Variablen auf eine einzige Zahl eingedampft werden, ist nicht immer ganz klar – wenn es denn überhaupt jemanden interessiert. Und ob eine Goldmedaille mit grossem oder kleinem Vorsprung auf die Silbermedaille gewonnen wird, ist meistens ebenfalls sekundär. Der Wert einer Variablen, wie in diesem Fall der miserable Zugang zum Gesundheitssystem, der in einer Epidemie/Pandemie ja durchaus wichtig scheint, kann einfach getarnt und ausgeblendet werden.

#### IV. Zahlenmüde? Statistikmüde?

Das wäre absolut kein Wunder! In diesem Beitrag waren es bisher schon gut fünfzig Zahlen: Absolute Zahlen, Prozentzahlen, Datumsangaben, Ränge; mal standen sie für dies, mal für das oder jenes. Vielleicht haben sie nur bis hierher gelesen, wenn überhaupt, weil diese Zahlen im Zusammenhang mit der gegenwärtigen Corona-Pandemie präsentiert wurden und sie durch die Medien einem Sperrfeuer von verwirrenden Zahlen und Statistiken ausgesetzt sind, oder vielleicht durch einen «Lockdown», ein momentanes Berufsverbot oder das Unter-

richten Ihrer Kinder zu Hause oder eine ausgerastete Frisur betroffen sind. Der Umgang mit Zahlen und Statistiken oder mathematischen Operationen gehört nicht zur biologischen Grundausstattung des Menschen, sondern ist eine kulturelle Entwicklung: Er muss erlernt werden. Manche Menschen denken deswegen mit Schrecken an die Schule zurück und hegen lebenslang eine abgrundtiefe Abneigung gegen Zahlen – und erst recht gegen Statistiken.

Eine Schale Erdbeeren können kleine Kinder auch ohne Zahlen- und Rechenkenntnisse unter einander aufteilen: «Eine für mich, eine für dich, eine für sie, eine für ihn, eine für mich...». Am Schluss bleibt vielleicht ein Rest und ein Kind käme zu kurz. Auch das ist zu lösen. «Beim nächsten Mal bekomme dann aber ich mehr.» Diejenigen, die mehr bekommen haben, nicken einträchtig und erinnern sich dann hoffentlich beim nächsten Mal auch daran. Das ist nichts anderes als eine Division und funktioniert tadellos ohne jegliche Zahlenkenntnisse und abstrakte Operationen. Auch das möglichst gerechte Aufteilen eines Stücks Kuchen unter zwei Menschen oder Kindern ist nicht allzu schwierig. Das eine Kind halbiert das Stück, das andere Kind darf dafür zuerst wählen. Bei drei Beteiligten kann das schon schwieriger werden. Ganz sicher darf derjenige, der das Kuchenstück drittelt, erst das letzte Stück nehmen. Die anderen zwei sollten die Reihenfolge irgendwie ausknobeln. Ab mehr als zwei Beteiligten sind unterschiedliche Szenarien und Ausgestaltungen möglich.

Erst vor etwas über 5000 Jahren, mit der Entstehung von Städten in Mesopotamien, der Ausbildung von nicht produzierenden Gesellschaftsschichten und Eliten, die sich von der Arbeit anderer ernährten, wurden Zahlen, Aufzeichnungen und Listen von Gütern notwendig: Administration. Eine Umverteilung musste stattfinden, sonst wären einzelne Gesellschaftsschichten und Eliten schlicht verhungert, was offensichtlich nicht passiert ist. Verhungert sind höchstens die Nahrungspro-

duzenten. Genau! Steuern. Tatsächlich sind rund 90% der ersten Lehmtafeln mit Listen und Tabellen von Waren befasst. Gäbe es den modernen Menschen in der heutigen Form seit Mitternacht, wären Zahlen, Listen und Tabellen erst am späten Abend um ca. 23:13 Uhr entstanden. Es ist also überhaupt kein Wunder, wenn sie mit Zahlen und Statistiken nicht allzu viel anfangen können und wollen.

## V. 478 oder ein Zwischenspiel

478! 478 was? 478 ist die Summe aller 151 Ziffern von 0-9 im Text bis zu diesem Kapitel: 2191920202092020920201184543700619301018113220707980890125002506251252900603725383427681820192119511314315222531201819316218916615941174195195000902323.

*«Die Tendenz, Muster in Zufallsereignissen zu erkennen, ist einfach unwiderstehlich – sie ist gewiss eindrucksvoller als irgend so ein Typ, der eine Studie macht» (Kahnemann, 149)*

Die Zahl 478 ohne weitere Erklärungen ist schlicht sinn- und bedeutungslos. 478 könnte aber beispielsweise die höchste Punktzahl bei einem Wettbewerb sein und eine Goldmedaille einbringen. Wie der 1. Rang zu Stande kommt, ist sekundär. Auch die aneinander gereihten Ziffern helfen nicht, die Bedeutung der Zahl 478 wirklich zu verstehen. Könnten es Werte für Eingangsgrößen (Variablen oder Indikatoren) zur Ermittlung des Goldmedaillengewinners sein? Vielleicht. Könnten sie ganz einfach sinnlos sein? Auch möglich. Sind sie sinnlos oder könnte doch eine Bedeutung dahinter stecken? Ein Statistiker würde diese Frage in einem ersten Schritt ganz einfach angehen, indem er die Häufigkeiten der einzelnen Ziffern zählt und statistisch testet ob die Ziffern zufällig auftreten oder bestimmte Ziffern unwahrscheinlich häufiger als andere vorkommen. Am häufigsten, 30x, kommt die Ziffer 1 vor, gefolgt von der 0 (27x), am wenigsten häufig kommen die 4 und die 7 vor (je 6x). Der statistische Test zeigt, dass die Häufigkeiten, mit der die einzelnen Ziffern auftreten, mit grösster Wahrscheinlichkeit, in diesem Fall mit an Si-

cherheit grenzender Wahrscheinlichkeit, nicht zufällig sind und deshalb vermutlich auch eine Bedeutung dahinter steckt. Welche Bedeutung? Das wissen Sie immer noch nicht, und auch ein Statistiker weiss das nicht. Es ist nicht möglich, zu rekonstruieren, was ursprünglich hinter der Zahl 478 steckt und wie sie zu Stande gekommen ist. Aber wer sollte das schon wollen?

Diese kleine Zahlenspielerei zeigt, wie die grundlegenden Informationen für eine Statistik verloren gehen und nicht mehr rekonstruiert werden können. Statistik ist eine Einbahnstrasse. Das entwertet Statistiken keineswegs. Der Verlust grundlegender Informationen wird zugunsten übergeordneter Informationen in Kauf genommen – muss in Kauf genommen werden. Ob das die Journalisten wissen? Wollen sie es überhaupt wissen? Viel einfacher ist es schliesslich, Experten einzuladen in der Annahme, die wüssten schon, was sie tun und was die Zahlen bedeuten, und würden vollständig transparent und aufrichtig Auskunft geben. «Entschuldigung, die Zeit reicht leider nicht mehr, genauer auf dieses Thema einzugehen.» Und Menschen haben Interessen!

Sollten sich einige Leser nach diesem Abschnitt an die Zahl 42 aus dem Klassiker «Per Anhalter durch die Galaxie» (Hitchhiker's Guide to the Galaxy) von Douglas Adams erinnert fühlen, dann ist das durchaus gewollt. 42 war die Antwort des Hochleistungscomputers *Deep Thought* nach 7.5 Millionen Jahren intensiven Rechnens auf die Frage nach dem Sinn, «nach dem Leben, dem Universum und dem ganzen Rest». Genau, eine durch und durch hilfreiche Antwort.

## VI. Evidenzbasierte Entscheidungen

Obwohl ich bisher die aktuelle Corona-Pandemie beispielhaft beigezogen habe, sei wiederholt: Das ist kein Beitrag über die SARS-CoV-2-Pandemie – aber sie soll weiterhin, und zwar ausgiebig verwendet werden. Es geht um ein paar einfache Themen im Zusammenhang mit Zahlen und Statistiken; es folgen aber nicht mehr viele Zahlen. Es geht auch nicht darum,

getroffene politische Entscheidungen zu beleuchten, zu kritisieren oder zu bewerten – obwohl ich natürlich eine eigene Meinung dazu habe.

«[...] Menschen neigen dazu kausales Denken unsachgemäss anzuwenden, nämlich auf Situationen, die statistisches Denken erfordern.» (Kahnemann, S. 103)

Evidenzbasierte Entscheidungen, das heisst Entscheidungen aufgrund möglichst objektiver Informationen und Daten, werden heute überall propagiert und gefällt – oder es wird vorgegeben, Entscheidungen würden so gefällt. Vorzugsweise werden dazu Zahlen und Statistiken beigezogen. Keine Frage, die Daten- und Informationslage zu Beginn der Corona-Pandemie war miserabel und nicht wirklich geeignet, um evidenzbasierte Entscheidungen zu treffen. Krankenhauskapazitäten für schwer verlaufende Infektionen fehlten, Tests und Testmöglichkeiten fehlten und anderes mehr, allenthalben Verunsicherung.

«Seien Sie gewarnt: Ihre Intuitionen liefern Vorhersagen, die zu extrem sind, und Sie werden dazu neigen, ihnen allzu grossen Glauben zu schenken.» (Kahnemann, 242)

Nachdem der bereits erwähnte **John P.A. Ioannidis** die Daten des Kreuzfahrtschiffes «*Diamond Princess*» genauer angeschaut hatte, schrieb er am 17. März einen Beitrag mit dem Titel: «*A fiasco in the making? As the coronavirus pandemic takes hold, we are making decisions without reliable data*». Weiter schrieb er im Text: «In manchen Ländern sind drakonische Massnahmen ergriffen worden. Falls die Pandemie damit vorbei geht – entweder von selbst oder wegen der verordneten Massnahmen – mögen kurzfristiges extremes *Social distancing* und *Lockdowns* tragbar sein.» Er plädierte dringendst dafür, die benötigten Daten so schnell wie möglich zu erheben und schloss mit dem Satz: «Wenn wir uns entscheiden, von einem Felsen hinunterzuspringen, brauchen wir Daten, um zu begründen, weshalb wir so etwas machen sollen, und Möglichkeiten, irgendwo sicher zu

landen.» Zuverlässige benötigte Daten fehlen nach sechs Wochen offenbar immer noch, obwohl es mittlerweile genügend Tests, Testmöglichkeiten und Laborkapazitäten gibt.

Es gibt weitere Entscheidungen zu fällen, auch wenn Grundlagen für evidenzbasierte Entscheidungen nicht vorliegen: Zum Beispiel über die sogenannte Corona-Tracing-App, die mittels Handy darüber Auskunft geben kann, ob ein infizierter Mensch (aktuell oder überstanden) in der Nähe ist: Digitales Contact-Tracing. Es gibt viele Verfechter einer solchen App; in der Schweiz zum Beispiel den Hofepidemiologen der grössten Schweizer Mediengruppe Tamedia und des öffentlich-rechtlichen Fernsehens und Radio SFR, Marcel Salathé, seines Zeichens Professor für Epidemiologie an der ETH Lausanne. In einem Interview mit Tamedia unter dem Titel «Es ist der richtige Zeitpunkt» gab er am 15. April Auskunft über die von ihm mitentwickelte App (nur Auszüge): «Technisch sind wir so weit, dass wir die App im Mai lancieren können. Das hängt aber auch von Google und Apple ab, die müssen da auch mitspielen. [...] Sie legt völlig anonyme Listen an von Smartphones, mit denen man in physischer Nähe war. [...]». Aha! Völlig anonym und Google und Apple sind mit im Boot ... Am 17. April teilte Herr Salathé via Twitter seinen Austritt aus der internationalen Entwicklergruppe mit, weil deren europäische App namens PEPP-PT nicht offen genug und nicht transparent genug sei. PEPP-PT steht übrigens für Pan European Privacy Protecting Proximity Tracing.

Soll bei der nach wie vor unübersichtlichen Datenlage eine solche App, die weitgehende Folgen haben könnte, eingeführt werden? Und wer garantiert den Datenschutz und die Datensicherheit? Der Schweizer Staat, der Ende letzten Jahres nach 15 Jahren ein Projekt zur Einführung des E-Votings aus Sicherheitsgründen bis auf weiteres auf Eis gelegt hat? Ist es deshalb der richtige Zeitpunkt, weil in der jetzigen Situation so eine App leicht eingeführt werden kann, und auch bei grundsätzlich freiwilliger Installation und Nutzung auf dem



eigenen Smartphone jetzt die Bereitschaft dazu besonders gross ist? Immerhin hat der Bundesrat am 18. März die eidgenössische Volksabstimmung vom 17. Mai gerade deshalb verschoben, weil «[...] die ordnungsgemässe Durchführung einer Volksabstimmung [bedingt], dass eine freie Meinungsbildung stattfinden kann. (Art. 34 BV). Die Stimmberechtigten sollen ihren Entscheid gestützt auf einen umfassenden Prozess der Meinungsbildung treffen können.» Aber im Moment entscheiden ja nicht die Stimmberechtigten. Wozu sollte diese App gut sein, wenn die Corona-Krise vorbei ist? Was kann sie sonst noch allerhand?

*«Im Gegensatz zu den Regeln von Wissenschaftstheoretikern, die empfehlen, Hypothesen dadurch zu überprüfen, dass man sie zu widerlegen versucht, suchen Menschen (und recht häufig auch Wissenschaftler) eher nach Daten, die mit ihren gegenwärtigen Überzeugungen vereinbar sind.» (Kahnemann, 107/108)*

Das Bundesamt für Gesundheit BAG hat die Umfrage «Einstellungen zur Corona-App» bei der Forschungsstelle sotomo – spezialisiert auf Meinungsforschung und sozialräumliche Analysen – in Auftrag gegeben. Gemeinsam wurde ein Fragenkatalog mit 42 Fragen in verschiedenen Themenblöcken wie zum Beispiel «Haltung und Wissen» oder «Verhalten» erarbeitet. Von den 42 Fragen sind alleine 11 «Fragen zur Person», und zwar ohne die vier Fragen zum «Verhalten» gerechnet. Es entzieht sich meinem Verständnis, weshalb nach dem höchsten Bildungsabschluss, nach der Erwerbssituation und der bevorzugten politischen Partei gefragt wird. Alle «Fragen zur Person» erfordern zwingend eine Antwort, während Antworten auf Fragen zur Corona-App selber nicht zwingend gegeben werden müssen. Sind die Personendaten wichtiger als die Daten zur Corona-App? Durch den Fragenkatalog entsteht bei mir der Eindruck, dass primär ausgelotet werden soll, was die Menschen noch knapp akzeptieren könnten. Das Parlament hat die Einführung der App gebremst und verlangt eine gesetzliche Grund-

lage. Die App wird erst in einer Testphase betrieben.

*«Wir können gegenüber dem offensichtlichen blind sein, und wir sind darüber hinaus blind für unsere Blindheit.» (Kahnemann, 37)*

## Völlig anonym und Google und Apple sind mit im Boot ...

### VII. Die Polonaise der Medien: Zahlen und Statistiken haben Folgen

Der Titel spielt nicht auf den klassischen Tanz an. Viele kennen es: Ein ausgelassener gesellschaftlicher Anlass und zu fortgeschrittener feuchtfröhlicher Stunde formiert sich wie aus dem Nichts ein Tatzelwurm von Menschen – jemand voraus und alle mit den Händen auf den Schultern des Vordermenschen hinterher. Alle? Natürlich nicht! Einige bleiben sitzen, schauen belustigt oder missmutig zu und hoffen, der Kelch gehe an ihnen vorüber, sich dem eindimensionalen Wurm anschliessen zu müssen.

*Tatsächlich tun Schlagzeilen nichts anderes, als unser Bedürfnis nach Kohärenz zu befriedigen: Man nimmt an, dass ein bedeutendes Ereignis Folgen hat, und Folgen brauchen als Erklärung Ursachen.» (Kahnemann, 101)*

Eine eingehende Medienschau zur Corona-Pandemie ist selbstverständlich nicht möglich, eine ausgewogene Würdigung schon gar nicht. Den Medienkonsum habe ich ohnehin sehr schnell sehr stark reduziert. Es sind mir also nur pauschale und oberflächliche Eindrücke möglich. Das Spektrum von Qualität und Information scheint breit, von sehr informativ bis zu verantwortungslos. Alles wie immer? Nicht ganz!, so mein Eindruck als normaler Medien-

konsument. Nach den ersten angeordneten Massnahmen schienen manche Medien ihre kritische Distanz umgehend verloren zu haben und begannen mit einer Polonaise: Verengte Perspektive, die immergleichen Experten, vorgefasste Meinungen, die nach Bestätigung heischen; mir nach und alle hinterher.

*«Eine zuverlässige Methode, Menschen dazu zu bringen, falsche Aussagen zu glauben, ist häufiges Wiederholen, weil Vertrautheit sich nicht leicht von Wahrheit unterscheiden lässt. Auch autoritäre Institutionen und Marketing-Spezialisten wissen das seit jeher.» (Kahnemann, 85)*

**A. Kaum Lügen–die Wahrheit aber auch nicht**  
Tendenziöse Informationen? Ja. Auslassungen? Ja. Selektive Auswahl von Informationen und Experten? Ja. Aber glatte Lügen? Kaum. Eine habe ich aber entdeckt. Am 20. April, kurz nach der Ankündigung von Lockerungsmassnahmen durch den Bundesrat, aber in Ungewissheit darüber, ob eine Maskentragpflicht verhängt würde, lautete der Titel eines Beitrags von 20 Minuten: «Corona-Umfrage: Die Mehrheit ist für eine Maskenpflicht». Die repräsentative Umfrage wurde von 20 Minuten und Tamedia bei der darauf spezialisierten Firma LeeWas in Auftrag gegeben. Auf die Frage «Wollen sie eine Maskenpflicht?» gab es fünf Antwortmöglichkeiten: eher Ja (30%), Ja (29%), eher Nein (22%), Nein (16%), Weiss nicht (3%). Aus «eher Ja» plus «Ja» wurde kurzerhand eine befürwortende Mehrheit von 59%. Da das immerhin so aufgeschlüsselt im Text abgebildet ist, sollte es vielleicht nicht glatte Lüge heissen. Vielleicht holprige Lüge?

Sicher, 20 Minuten gehört nicht zu den Medien mit dem seriösesten Ruf, und dies zurecht. Gemäss der am 21.1.2020 aufgeschalteten Pressemitteilung des Bundesamts für Kommunikation BAKOM zum «Medienmonitor Schweiz für 2018» und dem entsprechenden Bericht ist einer der wichtigsten Befunde: «20 Minuten / 20 minutes / 20 minuti [ist] hinsichtlich Meinungsmacht klare Schweizer Nr. 1.». Als Pendlerzeitung ist 20 Minuten einerseits gegen-

wärtig nicht so gefragt, andererseits klicken gemäss NZZ am Sonntag vom 14.3.2020 täglich 1.7 Millionen Menschen die deutschsprachigen News von 20 Minuten an. Die Printausgabe wurde in vor-Corona Zeiten von 1.2 Millionen gelesen.

*«Die Konsistenz der Informationen, nicht ihre Vollständigkeit, ist das, was für eine gute Geschichte massgeblich ist. tatsächlich ist es so: Es ist leichter, alles, was man weiss, in ein kohärentes Muster einzupassen, wenn man wenig weiss.» (Kahnemann, 114)*

## **B. Geld oder Leben**

Am 31.3.2020 wurde in der wöchentlichen Diskussionssendung Club des SRF unter dem Titel «Corona–Was bringt die Staatshilfe?» auch darüber diskutiert, wie aus der schwierigen ökonomischen Lockdownsituation herauszukommen wäre. Die Moderatorin spitzte Aussagen der ehemaligen Ökonomieprofessorin Margit Osterloh, aktuell eine Direktorin des Center for Research in Economic, Management and the Arts zu. Es gehe also um das «Aufwiegen wirtschaftlicher Interessen gegen Menschenleben»? Widerspruch von Osterloh war sicher. Sie wies auf bekannte gesundheitlich sehr nachteilige Begleiterscheinungen ökonomischer Krisen im Allgemeinen und spezifisch in dieser Lockdownsituation hin; die Frage sei daher nicht «Geld oder Leben». In ähnlicher Weise wurden Diskussionen in Talkshows im öffentlich-rechtlichen Fernsehen in Deutschland geführt. In der Tat eine sehr schwierige Frage.

*Verfügbarkeitskaskaden: «Die Gefahr wird in dem Masse überzeichnet, wie die Medien um reisserische Schlagzeilen konkurrieren. Wissenschaftler und andere, die versuchen, die wachsende Angst und Abscheu zu dämpfen, finden wenig Beachtung, und die meiste davon ist feindseliger Natur: Jeder, der behauptet, die Gefahr werde übertrieben, wird der Beteiligung an einer »ruchlosen Vertuschung« verdächtigt.» (Kahnemann, 179)*

Mir kam umgehend die Frage, wann denn seit der Entstehung von hierarchischen Gesell-

schaften und den ersten Stadtstaaten in Mesopotamien jemals Menschenleben wirtschaftliche Interessen aufgewogen hätten. Es gab ganze Wirtschaftszweige, die auf Sklavenarbeit beruhten, kurzlebige Leibeigene zuständig für die Versorgung von Eliten – die Reihe der Beispiele ist endlos. Als aktuelleres Beispiel könnte der Einsturz einer Textilfabrik im Jahr 2013 in Bangladesh mit über 1000 Todesopfern zitiert werden, Billigarbeitern zur Produktion möglichst günstiger Textilien für Konsumenten in Industrieländern. Verstehen sie mich bitte nicht falsch! Es wäre wunderbar, wenn das Gewicht von Menschenleben gegenüber wirtschaftlichen Interessen ausgeglichener wäre, nur war es nie so. Jetzt aber soll es durch diese Pandemie plötzlich so sein oder werden?

Wann hätten seit der Entstehung von hierarchischen Gesellschaften und den ersten Stadtstaaten in Mesopotamien Menschenleben jemals wirtschaftliche Interessen aufgewogen?

Menschen durch notrechtliche Massnahmen das Leben retten? Nur zu ihrem besten und ihrem eigenen Glück? Was für eine scheinheilige Diskussion ist das denn?

### C. Eine Übung wird von der bösen Realität ein- und überholt

Auch Auslassungen sind in dieser Medienpolonaise ganz aufschlussreich. 2014 führte die Schweiz die «Sicherheitsverbandsübung 2014 (SVU)» durch. Sie «sollte aufzeigen, ob der Sicherheitsverbund Schweiz (SVS) gleichzeitig zwei bis drei grosse Ereignisse bewältigen und dazu internationale Unterstützung wirkungsvoll koordinieren kann». Die Übung setzte sich mit dem Szenario Stromausfall und langandauernde Strommangellage überlagert von einer Grippepandemie auseinander. Meine Frau erzählte mir, einer der damaligen Verantwortlichen sei in einem Interview dazu gefragt worden und er habe nicht eine Frage klar und zufriedenstellen beantworten können.

Der Schlussbericht mit Empfehlungen zuhanden der «Politischen Plattform SVS (Schweizerischer Sicherheitsverbund)» ist etwas für Leute, die sich spezifisch damit befassen müssen. Ich habe den Bericht zwar nur überflogen und fand nicht, was ich suchte: Eine Antwort auf die Frage nämlich, ob der Bund genügend vorbereitet war und das für den Fall einer Pandemie benötigte/gelagerte Material (z.B. Schutzmasken) überprüft wurde. Dass die Situation nicht annähernd beruhigend war, kam zu Beginn der Pandemie und den notrechtlichen Massnahmen schnell zum Vorschein und wurde auch verschiedentlich in den Medien thematisiert. Fragen danach wurden oft ausweichend beantwortet und auch schnell ad acta gelegt. Ein Satz ist mir beim Überfliegen des Berichts aufgefallen: «Das Funktionieren der Krisenorganisation BAG konnte nicht überprüft werden, da diese wegen den Ebola-Ereignissen für eine Übung nicht zur Verfügung stand.» Ebola! Auch ohne genaue Zahlen ist die Mortalitätsrate von Ebola um ein Vielfaches höher als jene von SARS-CoV-2. erinnern Sie sich an die schlimmen Bilder dieser Epidemie und die damit verbundene Materialschlacht unter schwierigsten logistischen Bedingungen in einem der «schwierigsten» Länder Afrikas? Das

BAG musste sich bewusst sein, wie in einem schweren Fall eine Epidemie verlaufen kann.

Die Frage, ob die Schweiz schlecht auf die jetzige Pandemie vorbereitet gewesen sei und ob das untersucht würde, konnte ganz einfach mit dem Hinweis abgetan werden, jetzt sei keine Zeit für so Etwas, zuerst müsse die akute Krise überstanden werden. Später sei dafür Zeit. Selbstverständlich verstehe ich das und stimme dem an sich auch zu. Dennoch scheinen Zweifel daran nicht übermässig skeptisch.

*«Die Neigung, die Geschichte der eigenen Überzeugungen im Lichte der tatsächlichen Ereignisse umzuschreiben, erzeugt eine robuste kognitive Illusion.» (Kahnemann, 252)*

#### **D. Nicht alle mögen eine Tatzelwurm-Polonaise**

Wie bei den Tatzelwurm-Polonaisen, wo einzelne hin und wieder ausscheren und neue sich einklinken, gab und gibt es in den Medien Beiträge, die nicht ganz der mehrheitlichen Richtung folgten. Es fielen besonders Beiträge im Hinblick auf mögliche Kompetenzüberschreitungen durch den Bundesrat oder andere Exekutiven in den Kantonen auf – da lagen meine persönlichen Befürchtungen. Wer dem Bundesrat am Zeug flickte, konnte allerdings in Leserkommentaren gehörig unter die Räder geraten. «Absolut unwichtig ob gesetzeskonform oder nicht. Wichtig ist nur, dass Menschenleben gerettet werden können. [...]»: Ein (harmloser) Kommentar (als Beispiel für viele sehr viel weniger harmlose) zu einem kritischen Beitrag im «Blick», der Nummer 6 betreffend Meinungsmacht in der Schweiz, hinter dem bereits erwähnten 20 Minuten und vier öffentlich-rechtlichen Rundfunkangeboten. Es ging um die Verfassungsmässigkeit von Bussen und Verurteilungen im Zusammenhang mit «Corona-Sündern». Auch unter Notrecht gibt es Grenzen!

*«Es ist nur wenig übertrieben, zu sagen, dass Glück die Erfahrung des Zusammenseins mit Menschen ist, die einem lieben und die man liebt.» (Kahnemann, 487)*

Das Parlament des Kantons Zürich setzte seine wöchentlichen Sitzungen nur kurze Zeit aus und tagte wieder seit dem 27. März. Das Bundesparlament brach die Frühjahrsession Mitte März wegen der Coronakrise ab, trifft sich aber seit dem 4. Mai für eine Sondersession, einberufen durch die Präsidenten von National- und Ständerat. Unter anderem wurde mit klarer Mehrheit beschlossen, die Einführung der Corona-Tracing-App bedürfe einer gesetzlichen Grundlage, weshalb sie nur in einem Testbetrieb eingeführt werden kann. Die Machtfülle, die Exekutivpolitiker sich selbst entschlossen verordnet hatten, kam langsam wieder unter Kontrolle.

Nicht selten hinterlassen Anlässe mit Polonaise-Tatzelwürmern einen ganz üblen Kater. Glücklicherweise scheinen sich die Medien auf recht breiter Front im Gleichschritt mit den Lockerungsmassnahmen ebenfalls zu lockern. Es kommen mehr und breitere Meinungen zur Sprache, Virologen und Epidemiologen sind auf dem Weg ins hintere Glied. Ein Zahlenchaos herrscht aber immer noch.

*«Die Logik setzt sich durch, wenn keine konkurrierenden intuitiven Einschätzungen vorhanden sind.» (Kahnemann, 200)*

Die Realausbreitung des Virus liesse sich mit einer stichprobenartigen Untersuchung der Allgemeinbevölkerung eruieren. In Deutschland schlug Ende März Sucharit Bhakdi, Facharzt für Mikrobiologie und Infektionsepidemiologie und langjähriger Leiter des Instituts für Medizinische Mikrobiologie und Hygiene der Universität Mainz in einem offenen Brief Bundeskanzlerin Merkel genau das vor. Er schätzte den Aufwand für eine solche Stichprobenerhebung auf ungefähr sieben bis zehn Tage. Eine solche Studie aber scheint in der Schweiz nicht zu existieren.

*«Das menschliche Gehirn beschäftigt sich nicht mit Nichtereignissen.» (Kahnemann, 248)*

Wie eingangs erwähnt: Zahlen lügen nicht. Auch Statistiken tun das nicht. Man kann falsch, das



Falsche oder auch gar nicht zählen. Statistiken werden dadurch aber nicht besser oder auf wunderliche Art richtiger. Nur eines ist gewiss: Zählen abstrahiert vom einzelnen Fall. Das Konkrete geht dabei immer verloren. Zahlen und Statistiken lassen daher keinen Rückschluss auf die Tragik des einzelnen Falls zu. Diese Information geht verloren. Zumindest das sollte eine Binsenwahrheit sein. Nochmals das Zitat von Daniel Kahnemann am Anfang:

«Zwischen unserem statistischen Denken und unserem Denken über Einzelfälle besteht eine gewaltige Kluft.» (Kahnemann, 217)

#### VIII. Famous last Words (8.5.2020)

In Anlehnung an ein Lehrbuch habe ich einst Studierenden für statistisches Arbeiten zehn Regeln ans Herz gelegt. Besonderes Gewicht hatte und hat dabei die zehnte Regel, weil sie ebenso einfach und einprägsam, wie bedeutsam ist: «Garbage in, garbage out».

«Unsere beruhigende Überzeugung, dass die Welt einen Sinn hat, ruht auf einem sicheren Fundament: Unserer beinahe unbegrenzten Fähigkeit, die eigene Unwissenheit zu ignorieren.» (Kahnemann, 249)



# Des Richters Substantiierungslust ist der Parteien Substantiierungslast

Urs Pfister

**Der Zivilprozess gliedert sich in verschiedene Phasen. Eingeleitet wird er mit dem sog. Behauptungsstadium. In diesem sind dem Gericht alle für die Begründung des Anspruchs und für dessen Bestreitung erforderlichen Tatsachen und Beweismittel zu nennen. Zum Behauptungsstadium gehört im ordentlichen Verfahren ein einfacher oder zweifacher Schriftenwechsel. Hier spielt die sog. Substantiierungslast eine wesentliche Rolle.**

## INHALTSÜBERSICHT

1.	Worum geht es? .....	31
2.	Sachbehauptungen .....	31
3.	Substantiierung .....	31
4.	Risiken und Fragen .....	31
5.	Wenig klare Kriterien .....	31
6.	Die richterliche Funktion .....	32
7.	Der Baumangel (Werkvertrag) als Beispiel (Beispiel 1) .....	32
8.	Beurteilung anhand eines TU-Vertrags .....	32
9.	GU- oder Einzelwerkvertrag .....	33
10.	Der Streit über die Ursache .....	33
11.	Werkvertrag, Fallbeispiel zu hypothetischen Fragen (Beispiel 2) .....	34

## INHALTSÜBERSICHT

12.	Werkvertrag, mehrere Mängel (Beispiel 3) .....	35
13.	Prozessvorbereitung .....	35
14.	Planungsfehler .....	36
15.	Gerichtsexpertise .....	36
16.	Schadenersatz, Auftrag (Beispiel 4) .....	36
17.	Forderung, Honorar aus Auftrag (Beispiel 5) .....	37
18.	Bedeutung der Gerichtspraxis (Beispiel 6) .....	37
19.	Übertriebene Anforderungen? ..	38
20.	Durchsetzung des Rechts .....	38
21.	Konsequenzen .....	39
22.	Fazit .....	39

### 1. Worum geht es?

Zum relevanten Sachverhalt gehören diejenigen Tatsachen, welche zur Begründung eines konkreten Anspruches erforderlich und tauglich sind. Was in diesem Sinne relevant ist, ergibt sich aus den im Einzelfall massgebenden Gesetzesbestimmungen. Diese geben die Tatbestandsmerkmale vor, welche in Form von Tatsachenbehauptungen in den Prozess eingebracht werden müssen.

### 2. Sachbehauptungen

Dem Gericht ist in schlüssiger Weise darzulegen, worum es geht und welche Beweismittel zur Untermauerung der Sachverhaltsbehauptungen zur Verfügung stehen. Die Behauptungen müssen ein vollständiges Bild der Streitsache ergeben. Solange einfache Sachverhalte zur Beurteilung anstehen ist eine verlässliche Übersicht über den relevanten Sachverhalt ohne weiteres zu erlangen. Abschluss des Kaufvertrages, Übergabe der Kaufsache und Bezahlung des Kaufpreises sind Zusammenhänge, die sich einfach darstellen lassen. Aufwändiger wird es, wenn die Kaufsache Mängel aufweist. Was aber gilt bei komplexen Sachverhalten? Wie weit geht die Behauptungslast insbesondere bei technischen Zusammenhängen? In diesem Umfeld sieht sich eine klagende Partei aufgrund der Praxis zur Substantiierung mit Fragen von grundsätzlicher Tragweite konfrontiert.

### 3. Substantiierung

Die Anforderung, einen Sachverhalt in substantiierter Weise darzutun, bedeutet: «Die Vorbringen sind ... nicht nur in den Grundzügen, sondern in Einzeltatsachen zergliedert so umfassend und klar darzulegen, dass darüber Beweis abgenommen oder dagegen der Gegenbeweis angetreten werden kann».<sup>1</sup> Die Schwierigkeit liegt hier darin, dass sich gerade in komplexen Fällen die letzten Facetten des massgebenden Sachverhalts gelegentlich erst im Rahmen des Beweisverfahrens erschliessen. Wie soll der Kläger in solchen Fällen argumentieren?

<sup>1</sup> Berner Kommentar Schweizerische ZPO, N 25 zu Art. 55.

### 4. Risiken und Fragen

Wer nicht die Übersicht über alle Details und Eventualitäten eines Sachverhaltes und nicht die Gewissheit hat, alle Eventualitäten in den Prozess eingebracht zu haben, riskiert, über die Substantiierungslust des Gerichts zu stolpern wegen nicht hinreichender Beachtung der Substantiierungslast. Die Folge ungenügender Substantiierung besteht in der Abweisung der Klage ohne Beweisabnahme.<sup>2</sup> Doch wer hat schon zu Beginn einer Auseinandersetzung eine abschliessende Übersicht über alle Eventualitäten! Daher stellt sich jedenfalls bei komplexen technischen Zusammenhängen die Frage, ob der Klageerhebung in jedem Fall eine vorsorgliche Beweisführung vorausgehen soll oder ob ein Gutachten eingeholt werden muss. Wie ist sodann vorzugehen, wenn - wie im Normalfall - selbst die Fachleute nicht einhellig einer Meinung sind und verschiedene Elemente ungleich gewichten? Welcher Fachmeinung ist bei der Ausarbeitung der Klageschrift zu folgen? Zusätzliche Schwierigkeiten ergeben sich aus dem Umstand, dass sich der Umfang notwendiger Substantiierung erst aus dem prozessualen Verhalten der beklagten Partei erschliesst.<sup>3</sup> Art und Ausmass ihres Bestreitens bestimmen massgeblich den zu substantiierenden Prozessstoff.

### 5. Wenig klare Kriterien

Dass zu beweisen - und damit vorab zu behaupten - hat, wer Ansprüche geltend macht, ist trivial. Die Substantiierungslast und insbesondere die Folgen bei deren Nichtbeachtung stellen dagegen Schöpfungen der Praxis dar und sind in dieser Ausprägung von der Zivilprozessordnung nicht vorgesehen. Dabei kann es offenbar vorkommen, dass ein kantonales Gericht den Anspruch als hinreichend substantiiert einschätzt und zu dessen Beurteilung schreitet, während das Bundesgericht den gleichen Anspruch auf der Basis der gleichen Behauptungen und Urkunden als nicht hin-

<sup>2</sup> Berner Kommentar Schweizerische ZPO, N 24 zu Art. 221.

<sup>3</sup> Berner Kommentar Schweizerische ZPO, N 23 zu Art. 221.

reichend substantiiert qualifiziert und die Klage deswegen abweist.<sup>4</sup> Die Konturen der ggf. als Killerkriterium eingesetzten Substantiierungslast sind offensichtlich wenig scharf. Damit wirkt diese Wunderwaffe in für die Parteien schlecht vorhersehbarer Weise.

## 6. Die richterliche Funktion

Mit der Formel: *da mihi factum, dabo tibi ius* wird zum Ausdruck gebracht, die Anwendung des Rechts sei Sache des Gerichts, die Parteien könnten sich darauf beschränken, dem Gericht den Sachverhalt zu unterbreiten. Die teilweise extensive Anwendung von Art. 55 ZPO stellt sehr hohe Ansprüche an den Detaillierungsgrad

Die Konturen der ggf. als Killerkriterium eingesetzten Substantiierungslast sind offensichtlich wenig scharf.

der Sachverhaltsdarstellung. Die Aufgabe der klägerischen Partei: *da mihi factum*, oder eben: *die Parteien haben dem Gericht die Tatsachen, auf die sie ihre Begehren stützen, darzulegen*, wird dadurch bisweilen massiv erschwert oder gar illusorisch. Die bundesgerichtliche Formel, wonach es genügt, «wenn die Tatsache in einer den Gewohnheiten des Lebens entsprechenden Weise in ihren wesentlichen Zügen und Umrissen behauptet worden ist»<sup>5</sup>, vermittelt den Eindruck einer leicht umsetzbaren Maxime. Bei komplexen, insbesondere technischen (Kausal-) Zusammenhängen wird in der heutigen Praxis

aber jedes einzelne Element des Kausalzusammenhanges zu einer eigenständigen Tatsache, welche für sich behauptet, substantiiert und bewiesen werden muss.<sup>6</sup> Fehlen nach Ansicht des Gerichts Behauptung und hinreichende Substantiierung auch nur eines Elementes in einer Kausalkette (im nachfolgenden Beispiel 2 ein einzelner, zu Verzögerungen führender Bauablauf), greifen die Folgen fehlender Substantiierung. Anhand der nachfolgenden Beispiele aus Literatur und Praxis wird exemplarisch aufgezeigt, was das bedeutet.

## 7. Der Baumangel (Werkvertrag) als Beispiel (Beispiel 1)

In der Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins<sup>7</sup> findet sich in einem Aufsatz<sup>8</sup> zur Illustration der Substantiierungslast folgendes Beispiel: «Behauptet der Bauherr im Prozess gegen den Unternehmer..., die Lüftung des Hauses sei mangelhaft, so hat er den Mangel bei Bestreitung durch den Unternehmer zu substantiieren. ... Besteht der Mangel beispielsweise darin, dass die Luft im Zimmer trotz Lüftung stickig ist, so hat der Kläger konkret darzulegen, dass die Lüftung ... den erforderlichen Luftumsatz von 45 m<sup>3</sup>/h nicht erreicht und für diese Behauptung den Beweis zu offerieren, etwa ein Gutachten». In dieser Analyse werden Mangel und Ursache verwechselt. Wer so argumentiert, genügt den Anforderungen an eine hinreichende Substantiierung bei weitem nicht.

## 8. Beurteilung anhand eines TU-Vertrags

Soll die Substantiierung derart detailliert erfolgen, wie im angesprochenen Referat dargestellt, hätte der Bauherr in diesem Beispiel zu behaupten, (1) die nach Vertrag geschuldete Leistung der Lüftung bestehe in einem Luftumsatz von 45 m<sup>3</sup>/h, (2) der effektive Luftumsatz erreiche diesen Wert nicht und (3) die Luftqualität (stickige Luft) stelle (a) einen Mangel dar und sei (b) Folge des ungenügenden Luftumsatzes. Die Autoren übersehen in ihrem

<sup>4</sup> Urteil 4A\_586/2017 vom 16. April 2018.

<sup>5</sup> BGE 136 III 322 E. 3.4.2.

<sup>6</sup> Berner Kommentar Schweizerische ZPO, N 25 zu Art. 55.

<sup>7</sup> ZBJV Heft 4, 2018, 280.

<sup>8</sup> Alexander R. Markus, Melanie Huber-Lehmann.



Beispiel die Definition des Mangels als Abweichung vom (Werk-) Vertrag.<sup>9</sup> Das Gericht kann die Klage nur gutheissen, wenn (1) das Vorliegen eines Mangels bejaht wird und (2) die Kausalität von Ursache (ungenügende Luftumwälzung) und Folge (stickige Luft) als gegeben beurteilt werden kann. Dazu ist die Behauptung erforderlich, die vertraglich geschuldete Leistung bestehe in der Installation einer Lüftung mit einer bestimmten Kapazität und die installierte Anlage entspreche dieser Vorgabe nicht. Die Folge davon sei eine mangelhafte Qualität der Raumluft. Im einleitend zitierten Beispiel wird stillschweigend vorausgesetzt, dass die stickige Luft ein Mangel sei und dass deren Ursache in einer ungenügenden Lüftungsleistung liege. *Stillschweigend voraussetzen* bedeutet jedoch nach Auffassung jener Autoren: nicht hinreichend substantiieren. Es fehlen in diesem Beispiel daher wesentliche Elemente der Kausalkette.

Zudem unterliegen die Autoren einem weit verbreiteten Irrtum, indem nicht die Ursache eines Mangels zu rügen ist, sondern der Mangel selbst.<sup>10</sup> Der Bauherr stellt - gemäss Beispiel - die stickige Luft fest und rügt diese als Mangel. Zum Nachweis des Mangels wird er die Luftqualität überprüfen lassen um festzustellen, welche chemischen Stoffe die Raumluft als stickig erscheinen lassen. Werden dabei die Gesundheit oder die Behaglichkeit beeinträchtigende Stoffe festgestellt (zum Bsp. Formaldehyd oder aus Räuchereichenparkett austretendes Ammoniak), ist der Mangel (mangelhafte Luftqualität) nachgewiesen. Gleiches gilt, wenn die Messung einen CO<sub>2</sub> Wert nachweist, welcher Kopfschmerzen auslöst, oder wenn übermässige Feuchtigkeit in der Zimmerluft vorherrscht. Der Rechtsnatur als Kausalhaftung entsprechend reichen solche Erkenntnisse aus, um die Gewährleistung im Totalunternehmerwerkvertrag (Planung und Ausführung) auszulösen.

<sup>9</sup> Peter Gauch, Der Werkvertrag, 6. Auflage N 1355.

<sup>10</sup> Peter Gauch, a.a.O. N 2131.

## 9. GU- oder Einzelwerkvertrag

Wird dagegen ein Generalunternehmervertrag oder werden einzelne Werkverträge pro Gewerk abgeschlossen, hat der Kläger zusätzlich darzutun, weshalb die Nachbesserung in den Verantwortungsbereich des ins Recht gefassten Unternehmers fällt. Liegt in der gerügten *stickigen Luft* ein Mangel und kommen mehrere Baubeteiligte als Verantwortliche hierfür in Frage, ist die Ursache zu ermitteln. Steht diese fest und liegt sie in der Planung oder Erstellung der Lüftung, trifft die entsprechenden Fachingenieure und/oder Unternehmer eine Nachbesserungspflicht. Entspricht die installierte Leistung allerdings den (fehlerhaften) Berechnungen des Fachingenieurs, ist der Unternehmer *prima vista* entlastet, es haftet der Fachplaner. Hat die stickige Luft eine andere Ursache, beispielsweise eine bestimmte Emissionsquelle, richtet sich die Nachbesserungspflicht gegen andere. In der Klage sind daher die Umstände darzulegen, weshalb die Nachbesserung in den Verantwortungsbereich der ins Recht gefassten Planer und/oder Unternehmer fällt. Das ist indessen nicht eine Frage der Substantiierungspflicht sondern Ausfluss des materiellen Rechts und der Beweislast. Das einleitend zitierte Beispiel übergeht jedoch alle diese Aspekte, vermag mit anderen Worten nicht einmal der auf materielles Recht gestützten Behauptungslast zu genügen.

## 10. Der Streit über die Ursache

Zudem klammert das Beispiel weitere entscheidende Aspekte einer Substantiierung aus. Diese wird namentlich da zum Problem, wo sich der klagende Bauherr unter Verwirklichung entschliessen muss, welchen von mehreren möglichen technischen Zusammenhängen er seiner Klage zum Nachweis von Mangel und Verantwortlichkeit zugrunde legen soll. Das einleitend erwähnte Beispiel geht von einer Konstellation aus, bei welcher eine Ursache einer Folge gegenübersteht und bezeichnet die Ursache (ungenügende Lüftung) als den eigentlichen Mangel. Diese Vorstellung entspricht nicht dem Normalfall. Als zu behebender

Mangel wird kaum je die eigentliche Ursache gerügt, diese ist vielmehr in der Regel strittig, allenfalls konkurrieren unterschiedliche Auffassungen zu möglichen Ursachen. Der Mangel liegt im zitierten Beispiel in der ungenügenden Qualität der Raumluft. Ob sich die Qualität der Raumluft aber tatsächlich als normwidrig erweist, ob neben der nicht hinreichenden Leistung der Lüftung auch andere Ursachen für die ungenügende Qualität der Raumluft verantwortlich sind und in wessen Aufgabenbereich schliesslich die Verantwortung fällt, ergibt erst das Beweisverfahren. Welche Argumente und Behauptungen am Schluss den Ausschlag geben, lässt sich zu Beginn des Verfahrens selten abschätzen. Unter Berufung auf die Substantiierungspflicht verlangen die Gerichte vom Kläger eine Darstellung des Sachverhalts mit detaillierter Darlegung aller Einzelheiten, so dass darüber Beweis abgenommen werden kann.<sup>11</sup> Verlangt aber die Substantiierung, dass alle objektiv möglicherweise relevanten Sachverhaltselemente vollständig in die Rechtsschriften einfliessen, müsste die klagende Partei über das Wissen verfügen, welches das Gericht nach abgeschlossenem Schriftenwechsel, Anhörung beider Parteien und durchgeführtem Beweisverfahren hat. Die Klage derart präzise, mithin substantiiert, abfassen, kann nur, wer das Beweisergebnis zumindest in den Grundzügen bereits kennt.

### **11. Werkvertrag, Fallbeispiel zu hypothetischen Fragen (Beispiel 2)**

Der Baumängelprozess gibt Anlass zu weiteren kritischen Betrachtungen. Die fehlerhafte Beschaffung eines für die vorgesehene Applikation nicht tauglichen Geräts durch den Generalplaner in einer Submission nach ÖBG/ÖBV hatte erhebliche Bauverzögerungen zur Folge. Die Bauherrschaft musste umdisponieren und den Bauablauf den veränderten Umständen anpassen. Jede Entscheidung von Bauherr und Bauleitung hat in dieser Situation Auswirkungen auf Kosten und Termine und kann hinterfragt werden. Kaum eine Entscheidung ist alter-

nativlos, jede basiert auf einer Evaluation von Vor- und Nachteilen. Wird zum Bsp. eine erneute Submission durchgeführt, erfolgt dies deshalb, weil der Lieferant des untauglichen Gerätes einen Widerruf des Zuschlags mittels Beschwerde anfechten könnte. Welches Vorgehen führt aber zu längerer Verzögerung: Widerruf des Zuschlags und Wahl des zweitrangierten Bewerbers oder Neuausschreibung? Ist ein Notdach wegen verlängerter Bauzeit wirklich notwendig oder könnte nicht eine Beschleunigung der Arbeiten mit anderen Mitteln tiefere Mehrkosten ermöglichen? Welche Verzögerung ist Folge welcher Massnahme oder welcher Störung des Ablaufs durch einen Mangel? Solche Fragen bedürfen einer Abwägung. Deren Beantwortung beruht immer auf einer hypothetischen Betrachtung aller Eventualitäten.

Macht der Bauherr den Schaden bei den verantwortlichen Planern und Unternehmern geltend, hat er sich bei der Substantiierung desselben u.U. zu seiner Schadenminderungspflicht zu äussern. Wird die Substantiierungslast im Sinne der Praxis verstanden, bedeutet dies, jeder Beschluss von Bauherr und Bauleitung mit Auswirkung auf das Schadensquantitativ ist mit allen relevanten Aspekten und Folgen aufzuarbeiten. Vor- und Nachteile jeder Lösung und deren Folgen sind zu behaupten und mit geeigneten Beweisangeboten zu unterlegen. Wie aber lassen sich Arbeitshypothesen beweisen? Erhebt zudem die beklagte Partei im zweiten Schriftenwechsel neue Einwände, zu welchen der Kläger zuvor weder Tatsachenbehauptungen aufgestellt noch Stellung genommen hat, riskiert die Klage, an der fehlenden Substantiierung zu scheitern, da nach durchgeführtem zweitem Schriftenwechsel neue Vorbringen nicht mehr zulässig sind. Anwälte sind zwar kreativ, aber sie sind keine Hellseher. Längst nicht alle möglichen Einwände findiger (Gegen-) Anwälte sind vorhersehbar. Daher ist der Sachverhalt auch bei ausführlichster Darstellung in einem solchen Fall kaum je mit abschliessender Gewissheit hinreichend substantiierbar im Sinne der Praxis. Das macht die

<sup>11</sup> Berner Kommentar Schweizerische ZPO, N 25 zu Art. 55.

Prozessführung für die Parteien ziemlich risikoreich.

### 12. Werkvertrag, mehrere Mängel (Beispiel 3)

Zwei Unternehmer verursachen Mängel im Aufbau des Bodens von Wohnungen. Während der Parkettleger falschen Leim verwendet, mangelhafte Verlegearbeit leistet und teilweise falsches Material einbaut, verdichtet der Ersteller des Unterlagsbodens den Estrich zu wenig, womit dessen Festigkeit nicht gewähr-

Anwälte sind zwar kreativ, aber sie sind keine Hellseher. Längst nicht alle möglichen Einwände findiger (Gegen)Anwälte sind vorhersehbar.

leistet ist. Fazit: wird der Parkett ausgebrochen, bleibt teilweise der halbe Unterlagsboden daran kleben. Zum Teil wird der ganze Bodenaufbau inkl. Bodenheizung neu erstellt, Bewohner müssen ihre Wohnung vorübergehend verlassen. Als Ersatz werden einzelne Wohnungen in der Siedlung freigehalten. Weil die Unternehmer auch in der Nachbesserung pfuschen, muss teilweise mehrfach nachgebessert werden. Betroffen davon sind gegen 90 (Eigentums- und Miet-) Wohnungen.

Für Bauleitung und Liegenschaftsverwaltung entsteht dadurch enormer Aufwand. Neben den Baukosten fallen Honorare für Bauleitung,

Verwaltung, Experten und Anwalt an. Zudem entgeht dem Bauherrn Gewinn durch das Freihalten von Wohnungen. Die Drittkosten sind mehrheitlich dokumentiert durch Rechnungen und Rapporte.

Eine Ausgangslage mit zwei nicht solidarisch haftenden Unternehmern gestaltet sich komplex. Aufwand und Dokumentation nehmen in einem solchen Fall exorbitante Ausmasse an. Hier waren gesamthaft über 40'000 Rechnungspositionen zu erläutern. Ein Verweis auf Rechnungen und Rapporte anstelle einer Begründung in der Rechtschrift ist praxisgemäss nur ausnahmsweise zulässig. Die Substantiierungslast verlangt hier, dass jede Einzelheit behauptet und im Detail dargelegt, eben: substantiiert wird. Daher wäre ein Verweis auf Rechnungen und Rapporte in Kombination mit dem Antrag, es sei ein Augenschein durchzuführen, nicht ausreichend gewesen, obwohl sich gewisse Schadensmuster wiederholt haben. Wenn jeder Eintrag auf jedem Rapport und jede Position auf jeder Rechnung in der Rechtschrift erläutert werden müssen, entsteht rasch ein literarisches Werk von 1'000 Seiten Umfang oder mehr.

Auch hier ist zudem bei jedem Beschluss von Bauherrschaft und Bauleitung der Ermessensspielraum zu beleuchten und auch hier gilt es, möglichen Einwänden der Gegenparteien proaktiv zu begegnen. Alles in allem bedeutet dies einen Aufwand von Monaten zur Erarbeitung einer Klageschrift, soweit eine Aufarbeitung im Nachhinein überhaupt noch möglich ist. Vermeiden lässt sich dieser Aufwand nicht, soll Klage erhoben werden, denn bei der Substantiierungspflicht geht es um alles oder nichts. Angesichts der endlosen Vielzahl an zu dokumentierenden Abläufen wurde in diesem Schadenfall schliesslich auf die Klageeinreichung verzichtet.

### 13. Prozessvorbereitung

Aus all diesen Beispielen resultiert für den Bauherrn die Schlussfolgerung, Mangel und Ursache müssen vor der Prozesseinleitung mit

allen Eventualitäten zweifelsfrei eruiert und in beweisbarer Weise beschrieben werden, damit eine Klage überhaupt ins Auge gefasst werden kann. Dem Beweisverfahren kommt anschliessend «nur» noch die Bedeutung zu, die Behauptungen abzuarbeiten und sie auf ihre sachliche Richtigkeit zu überprüfen. Hinreichende Substantiierung im vorbeschriebenen Sinn ist ohne aufwändige Vorabklärung nicht denkbar. Als Mittel dazu stehen das Gutachten oder das Schiedsgutachten zur Verfügung, gegebenenfalls auch das gerichtliche Verfahren der vorsorglichen Beweisführung. Eventuell kann auch eine reine Parteiexpertise zielführend sein. Damit schiesst der Bauherr aber die Kosten für zwei aufwändige Beweisverfahren vor, nämlich für jenes vorgängig der Prozesseinleitung und für jenes im Prozess.

#### 14. Planungsfehler

Erhebliche praktische Schwierigkeiten entstehen, wenn (auch) die Verantwortlichkeit von Planern zur Disposition steht, was in der Mehrheit der Streitigkeiten der Fall sein dürfte. Die im Auftrag des Bauherrn tätigen Planer wären an sich erste Anlaufstelle bei der Suche nach den Ursachen von gerügten Mängeln. Unterstützen sie den Bauherrn in dieser Arbeit nicht, ist er auf externe Hilfe angewiesen. Dabei wird diese Hilfe kaum von einem als Experten eingesetzten Fachmann erfolgen können. Bereits zur Einsetzung eines Gutachters benötigt der Bauherr nämlich Fachwissen, über welches Otto-Normalverbraucher üblicherweise nicht verfügt. Damit hat er im Ergebnis ein dreistufiges Verfahren zu durchlaufen, nämlich (1) Analyse und Beurteilung im Hinblick auf eine oder mehrere Expertisen, (2) die Begutachtung durch den Experten und (3) die Beweisführung im Prozess.

#### 15. Gerichtsexpertise

Sodann stellt sich die Frage, wie mit einem Fall umzugehen ist, in welchem sich die Experten nicht einig sind. Verfasst der Bauherr die Klage aufgrund einer Expertise, deren Ergebnis vom späteren Gerichtsexperten nicht geteilt wird, ist die Klage zwar schlüssig und substan-

tiert, entspricht jedoch nicht dem im Beweisverfahren etablierten Ergebnis. Die Meinung des gerichtlichen Experten kann aber durchaus eine Verantwortung der/des ins Recht gefassten Unternehmer(s) oder Planer(s) mit anderer tatsächlicher Begründung bejahen (sog. überschüssendes Beweisergebnis). Diese wurde jedoch in der Rechtschrift nicht in substantiiert Weise dargetan. Darf das Gericht die Klage nun aufgrund eines nicht substantiiert behaupteten und begründeten Sachverhalts gutheissen? Die Frage wird kontrovers diskutiert.<sup>12</sup> Ohne übertriebene Substantiierungspflicht würde sich die Frage indes gar nicht stellen.

#### 16. Schadenersatz, Auftrag (Beispiel 4)

Selbstredend gibt die Substantiierungslast auch ausserhalb von Baumängelprozessen zu reden, beispielsweise beim Auftrag. Mit Urteil vom 16. April 2018 wies das Bundesgericht die Klage eines Geschäftsmanns ab, nachdem das Handelsgericht Zürich diese teilweise gutgeheissen hatte. Die beklagte Bank legte das Vermögen des Geschäftsmannes teilweise entsprechend dem Verwaltungsvertrag an, teilweise holte sie - ebenfalls vertragskonform - Anlageentscheide des Kunden ein. Die Bank nahm indessen auch Transaktionen vor, die nicht durch das Verwaltungsmandat gedeckt waren, ohne die Zustimmung des Kunden einzuholen. Der Kunde erhielt hierauf vom Handelsgericht Zürich Schadenersatz in der Höhe von USD 5'670'090.00 zugesprochen. Das Bundesgericht hob das Urteil auf mit der Begründung, der Schaden sei nicht hinreichend substantiiert worden und wies die Klage endgültig ab.<sup>13</sup>

Nach Ansicht des Bundesgerichts hätte der Geschädigte für jede der vertragswidrig vorgenommenen Transaktionen eine eigenständige Berechnung vornehmen müssen: «Die Schadensberechnung [beschränkt sich] auf die

<sup>12</sup> ZBJV 2018/4, 277.

<sup>13</sup> Urteil 4A\_586/2017 vom 16. April 2018.



Ermittlung der Differenz zwischen dem tatsächlichen Wert der einzelnen pflichtwidrigen Anlagen und dem hypothetischen Wert, den das konkret pflichtwidrig investierte Kapital bei vertragskonformer Anlage hätte» (Erw. 2.2.2). Während das Zürcher Handelsgericht das Portfolio insgesamt einem Vergleich mit dem hypothetischen Verlauf eines Referenzportfolios unterzog und so den Schaden schätzte, befand das Bundesgericht, der Kläger hätte «den Schaden nicht ausreichend anhand der einzelnen, vertragswidrig ausgeführten Transaktionen substantiiert». Mit dieser Begründung wurde die Klage ohne Rückweisung an die Vorinstanz endgültig abgewiesen.

### 17. Forderung, Honorar aus Auftrag (Beispiel 5)

Wer als Arzt, Architekt, Ingenieur, Anwalt oder aus einer anderen Beratertätigkeit Honorar einfordert, hat zunächst die üblichen Voraussetzungen wie Vertragsabschluss und Erfüllung darzutun. Sodann ist die Höhe des Anspruchs zu substantiieren. Es gilt auch hier der Grundsatz, dass eine Rechnung für sich allein nur dann schlüssig ist und dem Substantiierungsgebot genügt, wenn sie auf alle 7 W's eine Antwort gibt (wer/wann/wo/was/wie/wieviel und warum). In diesem Zusammenhang stellen sich keine besonderen Fragen.

Demgegenüber stellt die Substantiierungslast im Fall eines Widerrufs des Auftrags zur Unzeit eine hohe Hürde dar. Welche Methode das Bundesgericht im konkreten Fall zur Ermittlung des Ersatzanspruchs als massgebend erachtet ist nicht ohne weiteres vorhersehbar.<sup>14</sup>

### 18. Bedeutung der Gerichtspraxis (Beispiel 6)

Wie soll eine Partei im Streitfall argumentieren? Welche Sachverhaltselemente müssen zwingend zu Beginn des Verfahrens vorgebracht werden, damit dieses nicht wie im Vermögensverwaltungsfall am Substantiierungshindernis scheitert? Was banal klingt, ist es keineswegs, wie das nachfolgende Beispiel zeigt. Mit Ent-

scheid vom 20. November 2017<sup>15</sup> hatte das Bundesgericht im Zusammenhang mit der Preisbildung bei nachträglichen Leistungs- und Mengenänderungen im Werkvertrag ein Grundsatzurteil zu fällen. Zunächst fasste das Gericht den Stand der Lehre zusammen und hielt fest: «In Anbetracht dieser divergierenden Meinungen überrascht es wenig, wenn in der Lehre moniert wird, die Art. 85-91 SIA-Norm 118 seien nicht leicht zu verstehen, jedenfalls aber auslegungsbedürftig ...».<sup>16</sup> Mit seinem Urteil legte das Bundesgericht erstmals fest, «wie der Preis für einseitige Bestellungsänderungen bei einem Werkvertrag mit Pauschalpreis, welcher der SIA-Norm 118 untersteht, zu bestimmen ist». Für die ARGE Baumeister war demnach bei Einreichung der Klage weder klar noch vorhersehbar, wie die Preisbildung korrekt hätte vorgenommen werden müssen, zu welchen Tatsachen sich die Klage mithin hätte äussern sollen. Das Bundesgericht hob zwar den angefochtenen Entscheid auf und wies die Sache an das Handelsgericht Zürich zurück. Das Verfahren endete indessen trotzdem mit einer Abweisung der Klage mangels hinreichender Substantiierung. Da das Bundesgericht erst auf Beschwerde in diesem Verfahren hin mit seinem praxisbildenden Urteil Klarheit in der massgebenden Frage schuf, vermochte sich die Klägerin naturgemäss bei der Ausarbeitung ihrer Klage hinsichtlich der für die Preisbildung massgebenden Faktoren nicht auf eine bekannte und feststehende Gerichtspraxis zu stützen. Man würde erwarten, dass der betroffenen Partei in dieser Situation das rechtliche Gehör zu gewähren und ihr die Gelegenheit zu einer Ergänzung ihrer Behauptungen im Lichte der höchstrichterlichen Erwägungen einzuräumen wäre. Dem war aber in diesem Fall nicht so. Das Zürcher Handelsgericht urteilte, ohne die Klägerin hierzu nochmals anzuhören und das von der Klägerin nach dem zweiten negativen Entscheid erneut angegangene Bundesgericht erblickte in der Verfahrensinstruktion durch das Handelsgericht keine Verletzung des rechtlichen Gehörs.

<sup>14</sup> BSK ORI-Rolf H. Weber N 18 zu Art. 404.

<sup>15</sup> Urteil 4A\_125/2017, BGE 143 III 545.

<sup>16</sup> E. 4.4.3.

### 19. Übertriebene Anforderungen?

Die Substantiierungslast zwingt die klagende Partei vorab zu aufwändigen vorprozessualen Abklärungen und insbesondere zu weitläufigen Ausführungen in der Klageschrift. Der Vollständigkeit halber sei vermerkt, dass auch die beklagte Partei substantiiert bestreiten muss, mithin nicht wie früher einfach pauschal bestreiten kann. Substantiiert heisst zwar gemäss Handelsgericht nicht notwendigerweise ausführlich, sondern «nur» konkret und nachvollziehbar argumentieren und Selbstverständliches und allgemein Übliches braucht nicht behauptet zu werden.<sup>17</sup> Bloss, was heisst das im Einzelfall? Was darf als dem angerufenen Gericht natürlicherweise bekannt und selbstverständlich vorausgesetzt werden? Nicht alles, was den Parteien und ihren Anwälten geläufig und üblich erscheint, ist es für das Gericht auch. Mündliche Äusserungen von Gerichtspersonen im Rahmen von Urteilsberatungen oder von Vergleichsverhandlungen geben bisweilen Anlass zu Zweifeln, in welchem Umfang ein Aspekt als Selbstverständlichkeit zu gelten hat. Daher behauptet und argumentiert im Zweifelsfall dennoch ausführlich und extensiv, wer nicht über die Substantiierungslast stolpern will. Dies hat Folgen für den Umfang von Prozessakten.

Darüber hinaus strapaziert die so verstandene Substantiierungslast die anwaltliche Arbeit und damit das Portemonnaie des Klienten ganz erheblich. Bis der Streitfall in allen seinen Einzelheiten konkret und nachvollziehbar präsentiert werden kann, bis eine Kausalkette mit allen Eventualitäten in alle Einzelaspekte zerlegt, verständlich, schlüssig und belegt vorgetragen werden kann, bedarf es intensiver Abklärung und Aufarbeitung von Sachverhalten. Nimmt das Gericht für sich in Anspruch, vorab quasi im Sinne einer Checkliste zu prüfen, ob alle seiner Ansicht nach notwendigen Elemente in den Prozess eingebracht wurden, und wenn nicht, die Beweisabnahme

<sup>17</sup> Christian Josi, Handelsgerichtspräsident, Weiterbildungskurs für Juristen (BWJ), 12.04.2018.

zu verweigern, wird die «Last» der Sachverhaltsermittlung sehr weitgehend auf die Parteien abgeschoben, womit sich diese zweimal überlegen müssen, ob sie den Prozess überhaupt zu finanzieren und das finanzielle Risiko zu tragen vermögen.

Schliesslich ist die höchstrichterliche Praxis alles andere als immer klar und konsistent, soweit eine solche im Einzelfall überhaupt besteht. Hängt aber u.a. von dieser Praxis ab, wie ein Anspruch substantiiert werden muss (die Schadensberechnung im Vermögensverwaltungsfall, die Elemente der Preisbildung bei Bestellungsänderungen), werden die Parteien schlicht im Regen stehen gelassen, wenn eine Praxis entweder nicht besteht, geändert wird oder unklar ist. Hier wird die Substantiierungslast zur unfairen Waffe, da den Parteien keine Möglichkeit zur Abschätzung der Prozesschancen offensteht.

### 20. Durchsetzung des Rechts

Der Zivilprozess dient der Durchsetzung des materiellen Rechts, der Durchsetzung der im Privatrecht begründeten subjektiven Rechte. Das Zivilprozessrecht hat daher im Verhältnis zum materiellen Recht eine dienende Funktion.<sup>18</sup> Der Bauherr hat Anspruch auf ein mängelfreies Werk, der Gläubiger hat bei ausgewiesener Forderung Anspruch auf Leistung. Das Prozessrecht darf die Durchsetzung dieser Rechte nicht davon abhängig machen, ob der Anspruchsteller in der Begründung seiner Forderung sämtliche möglichen Einwände bereits vorweg entkräftet, oder ob die Begründung zwar die Tatsachen *in ihren wesentlichen Zügen und Umrissen*<sup>19</sup> darlegt, die Stringenz der Begründung im Lichte des Beweisergebnisses jedoch noch weiterer Ausführungen bedarf. Dazu dient der 2. Parteivortrag in der Hauptverhandlung.

<sup>18</sup> Oskar Vogel/Karl Spühler, Grundriss des Zivilprozessrechts und des internationalen Zivilprozessrechts in der Schweiz, Bern 2006, 36.

<sup>19</sup> Berner Kommentar Schweizerische ZPO, N 25 zu Art. 55.

Insbesondere im Zusammenhang mit technischen Gegebenheiten sind der Substantiierungslast Grenzen zu ziehen. Beispielsweise weisen die im Bereich Energie/Umwelt zu beachtenden Normen eine derart hohe technische Komplexität auf, dass der Laie keine Chance hat, dem Diskurs der Fachleute zu folgen. Zuweilen durchschaut nicht einmal der Fachmann die Interdependenz der haustechnischen Systeme und der bauphysikalischen Zusammenhänge. Vom klagenden Bauherrn zu verlangen, er müsse dem Gericht schlüssig sämtliche potenziell relevanten Elemente eines Schadenfalles abschliessend und vollständig vortragen, verträgt sich nicht mit der dienenden Funktion des Prozessrechts. Folge ungenügender Substantiierung ist die Abweisung der Klage ohne Abnahme der angebotenen Beweise, womit der Gewährleistungsanspruch oder eine andere im Recht liegende Forderung zufolge der Rechtskraft des Urteils definitiv untergeht, bevor über deren Berechtigung überhaupt Beweis geführt wurde.<sup>20</sup> Das Prozessrecht dient in diesem Fall nicht der Durchsetzung des materiellen Rechts, sondern dessen Vereitelung.

### 21. Konsequenzen

Wird die prozessrechtlich begründete Pflicht zu hinreichender Substantiierung in der beschriebenen Weise gehandhabt, hat dies weitreichende Konsequenzen auf die einer Klageerhebung vorausgehende notwendige Vorbereitung. Aufwändige Sachverhaltsabklärung ist Pflicht. Trotz bestmöglicher Klärung besteht aber das Risiko nicht hinreichender Substantiierung im Falle des Ausbleibens einer einheitlichen Expertenmeinung. Der Aufsatz in der ZBJV schliesst mit dem Hinweis: «Die ZPO ... legt gleichzeitig den Schwerpunkt auf eine gut ausgebildete, sorgfältig arbeitende Anwaltschaft».<sup>21</sup> Der Hinweis geht fehl. Der Anwalt ist weder Fachingenieur noch Bauphysiker. Trotz schlüssig substantiierter Darstellung in den Rechtschriften von bestausgebildeten Anwälten besteht ein schwer kalkulierbares Risiko, an

der Substantiierung zu scheitern, wenn in der vorprozessualen Beurteilung ein Element aus der Fülle der technischen Einzelheiten als nicht wesentlich eingestuft und weggelassen wird, dasselbe sich nach Abschluss des Schriftenwechsels oder im Beweisverfahren jedoch als entscheidend erweist. Der Kläger zahlt zwar einen erhöhten Preis für die aufwändige vorprozessuale Sachverhaltsermittlung, er trägt aber aufgrund der Praxis zur Substantiierungslast dennoch ein erhöhtes Risiko.

### 22. Fazit

Der gut ausgebildete, sorgfältig arbeitende Anwalt ist heute gehalten, Abklärungen und Rechtschriften stark aufzublähen, um rein vorsorglich jedes im Moment auch noch so unwichtig erscheinende Detail im Gesamtzu-

Der Anwalt ist weder  
Fachingenieur noch  
Bauphysiker.

sammenhang darstellen zu können. Andernfalls läuft er - respektive der Klient - Gefahr, über die Substantiierungspflicht zu stolpern und nicht einmal zum Beweis zugelassen zu werden.

Die ZPO, so die eingangs zitierten Autoren, «gibt ... dem Anliegen einer geordneten, effizienten Rechtspflege mehr Gewicht als der materiellen Wahrheit».<sup>22</sup> Damit entledigt sich der Staat, der für sich zu Recht das Monopol in der autoritativen Streiterledigung beansprucht, eines Teils seiner Aufgabe durch Übertragung auf die Parteien. Die Sachverhaltsermittlung, mithin die Wahrheitsfindung, ist und war indes seit jeher klassische Aufgabe des Gerichts.<sup>23</sup>

<sup>20</sup> Berner Kommentar Schweizerische ZPO, N 28 zu Art. 55.

<sup>21</sup> ZBJV, a.a.O. S. 296.

<sup>22</sup> ZBJV Heft 4, 2018, 296.

<sup>23</sup> Max Kummer, Grundriss des Zivilprozessrechts, Bern 1978, 10.



Dessen Rolle beschränkt sich entgegen anderslautender Ansicht<sup>24</sup> nicht darauf, «die Rechtsnormen auf den behaupteten und festgestellten Sachverhalt zur Anwendung zu bringen» (sog. Subsumtion). Ist aber die Erforschung des Sachverhalts im Rahmen der Beweisabnahme Sache des Gerichts, kann es sich durchaus ergeben, dass das Beweisverfahren weitere, dienliche Sachverhaltselemente zu Tage fördert, die von den Parteien im Rahmen einer Darstellung der Tatsachen *in ihren wesentlichen Zügen und Umrissen* nicht geltend gemacht wurden. Diese Funktion ist Teil der Aufgabe des Beweisverfahrens.

Ob mit der aktuellen Anwendung von Art. 55 ZPO tatsächlich ein Effizienzgewinn verbunden ist, darf angesichts der regelmässig festzustellenden Aufblähung des Prozessstoffes mit Fug bezweifelt werden. Das Eingeständnis, die Wahrheitsfindung sei zweitrangig, verträgt sich hingegen klar nicht mit der dienenden Funktion des Prozessrechts und schadet der Akzeptanz von Gerichtsurteilen und damit letztlich dem Ansehen der Justiz. Wird schliesslich in Rechnung gestellt, dass der durchschnittliche Kläger aufgrund dieser Gerichtspraxis im Streitfall zunehmend höhere Kosten und Risiken zu übernehmen hat, stellt sich in der Tat die Frage: *quo vadis justitia?*

Es wäre Aufgabe der Wissenschaft, hier korrigierend einzugreifen. Die Zitate stammen jedoch aus einem Referat, das vor dem Schweizer Verband der Richter in Handelssachen gehalten wurde.<sup>25</sup> Justiz und Wissenschaft gehen anscheinend Hand in Hand in der weiteren Implementierung der Substantiierungspflicht, übersehen dabei aber gelegentlich selber die massgebenden Zusammenhänge, wie das einleitende Beispiel des Hochschullehrers aufzeigt. Etwas Zurückhaltung wäre in Bezug auf die Strenge der Substantiierungslast wohl angebracht.

<sup>24</sup> ZBJV 2018/4, 271.

<sup>25</sup> ZPJV 2018/4, 296.





# Räumt den App-Store!

Camill Droll

## Wie das neue Geldspielgesetz die Unterhaltungsspielindustrie kriminalisiert

Das neue Geldspielgesetz (nachfolgend BGS; Bundesgesetz über Geldspiele) ist seit Anfang 2019 in Kraft. Zweck des Gesetzes ist die einheitliche Regelung von Geldspielen, welche zuvor vom Spielbanken- und Lotteriegesezt erfasst wurden. Als wesentliche Neuerungen können eine Erweiterung von Spielkategorien und deren Legaldefinitionen in Art. 3 BGS, die viel diskutierte Massnahme zur Netzsperrung von nicht bewilligten Spielangeboten in Art. 86 ff. BGS, welche im Rahmen des Referendums oftmals als «Internetzensur» bezeichnet wurden sowie die Verschärfung der Strafbestimmungen gemäss Art. 130 f. BGS, genannt werden. Anlass für das neue Gesetz war die im Jahre 2012 angenommene Volksinitiative «Für Geldspiele im Dienste des Gemeinwohls». Das Geldspielgesetz setzt damit den mit Annahme der Initiative neu eingeführten Art. 106 BV um. Während unter dem alten Spielbankengesetz ein Verbot für Online-Durchführungen von Glücksspielen galt, ist mit Inkrafttreten des neuen Gesetzes diese Tätigkeit für konzessionierte Spielbanken erlaubt. Gleichzeitig werden solche Angebote von nicht konzessionierten und damit überwiegend ausländischen Anbietern gesperrt, was im Sinne des Geldspielmonopols liegen dürfte. Der Erlass soll eine zweck- und zeitgemässe Regelung des Geldspiels schaffen, die Bevölkerung angemessen vor den Gefahren des Geldspiels schützen und die Verwendung der Spielerträge für Sozialversicherungen regeln (Botschaft zum Geldspielgesetz vom 21.10.2015, BBI 2015 8387, S. 8389, nachfolgend Botschaft zum BGS). Gleichzeitig wurde wohl versucht, die bisherigen Abgren-

zungsschwierigkeiten der alten Erlasse auszumergen (vgl. zum Ganzen auch [Droll/Niggli, ContraLegem, 2/2018, 29-40](#)).

Vergeblich gesucht wird im neuen Gesetz der Begriff des Glückspiels, welches unter dem alten Recht als «Spiele, bei denen gegen Leistung eines Einsatzes ein Geldgewinn oder ein ande-

Das neue Geldspielgesetz geht zu weit und reguliert die Unterhaltungsspielindustrie in einem un-  
terträglichen Masse.

rer geldwerter Vorteil in Aussicht steht, der ganz oder überwiegend vom Zufall abhängt» definiert wurde. Neu werden diese Spiele genereller und ohne das Kriterium des überwiegenden Zufalls unter dem Begriff des Geldspiels in Art. 3 lit. a BGS wie folgt umschrieben: «Spiele, bei denen gegen Leistung eines geldwerten Einsatzes oder bei Abschluss eines Rechtsgeschäfts ein Geldgewinn oder ein anderer geldwerter Vorteil in Aussicht steht». Das problembehaftete Kriterium des überwiegenden

Zufalls wird weggelassen. Bestehen bleibt aber der Begriff des Geschicklichkeitsspiels, das neu als Geldspiel gilt, bei dem der Spielgewinn ganz oder überwiegend von der Geschicklichkeit der Spielenden abhängt. Die Legaldefinition des Geschicklichkeitsspiels beinhaltet damit zwingend das Geldspiel. Zusätzliche Kriterien zur Abgrenzung des Geschicklichkeitsspiels lassen sich dem Art. 2 der Verordnung über Geldspiele (nachfolgend VGS) entnehmen. Eine wichtige Ausnahme vom Geltungsbereich der Geschicklichkeitsspiele wird in Art. 1 Abs. 2 lit. b BGS festgehalten; Geschicklichkeitsspiele, die weder automatisiert noch interkantonal noch online durchgeführt werden, sind vom Geltungsbereich des Geldspielgesetzes ausgenommen. «Jassen» und ähnliche Spiele sind damit nicht vom Geldspielgesetz erfasst, sofern solche Spiele kantonal in einer geschlossenen Gruppe und nicht über eine App mit online Teilnehmern gespielt werden, selbst wenn um Geldeinsätze gespielt wird. Erste Abgrenzungsschwierigkeiten lassen sich für die Zukunft unschwer daran erkennen, dass beispielsweise das Pokerspiel explizit von Art. 3 lit f BGS erfasst wird, weil es nach Dafürhalten des Bundesgerichts im Unterschied zum Jassspiel überwiegenden Zufallscharakter hat (BGE 136 II 291, E. 5 ff.) und deshalb kein Geschicklichkeitsspiel darstellt. Abgesehen vom Pokerspiel ist dies aber für kein anderes Kartenspiel abschliessend geklärt. Die Abgrenzungsproblematik zum überwiegenden Zufall eines Spiels bleibt damit trotz der neuen Definition des Geldspiels vorhanden.

Geldspiele sind zusammengefasst neu nur unter drei Kriterien zulässig: a) Es handelt sich um ein Geldspiel, das gemäss Art. 1 Abs. 2 lit. a BGS im privaten Kreis gespielt wird. Dabei ist die Abgrenzung des privaten Kreises zwar eng auszulegen, hängt aber von diversen Kriterien ab (Botschaft zum BGS, S. 8433), welche teilweise in Art. 1 VGS genannt sind. b) Das Geldspiel stellt ein Geschicklichkeitsspiel dar, das unter Art. 1 Abs. 2 lit. b BGS fällt. Bis auf das Pokerspiel bleibt ungeklärt, wann ein Gewinn nicht mehr überwiegend durch das Ge-

schick des Spielers entschieden wird, sondern der Zufallscharakter überhandnimmt (man könnte dafür allenfalls die altrechtlichen Qualifikationsverfügungen der ESBK heranziehen. Dies entsprechen aber nicht mehr der neuen Konzeption von Spielkategorien). c) Der Anbieter des Geldspiels verfügt über die nötige Bewilligung oder Konzession gemäss dem Geldspielgesetz.

### Das Problem mit den App Spielen

Wer künftig Grossspiele (Lotterie, Sportwetten oder Geschicklichkeitsspiele, die automatisiert, interkantonal oder online durchgeführt werden) nach Art. 3 lit. e BGS anbieten will, braucht dafür eine Bewilligung nach Art. 21 ff BGS. Das Anbieten von Geschicklichkeitsspielen birgt damit strengere Auflagen als früher. Einerseits benötigt die Veranstalterin von Grossspielen als solche eine Bewilligung der interkantonalen Behörde, welche nur unter Voraussetzung der in Art. 22 BGS genannten Kriterien erteilt wird. So muss sie unter anderem eine juristische Person nach Schweizer Recht sein, einen guten Ruf geniessen, sich über die rechtmässige Herkunft der Geldmittel ausweisen und finanzielle oder sonstige Beteiligungen an anderen Unternehmen offenlegen. Andererseits bedarf es einer eigenständigen Bewilligung zur Durchführung des Grossspiels nach den Artikeln 24 ff BGS. Diese Doppelaufgabe dürfte – sollte sie tatsächlich und umfassend durch die interkantonale Behörde umgesetzt werden – zu erheblichen Problemen in der Spielindustrie, insbesondere in der Kleinspielindustrie, wie in den App-Stores, führen.

Die auf den App-Stores (google Play, Apple Store, Amazon Appstore etc.) vorhandenen Applikationen sind Programme, welche durch ein Rechtsgeschäft, d.h. durch das Herunterladen auf das eigene Gerät, erworben werden. Ohne Belang ist, ob die Applikation «gratis» zur Verfügung gestellt oder käuflich erworben wird. Denn einerseits wird heute oft mit der Weitergabe persönlicher Daten «bezahlt» und andererseits ändert die Unentgeltlichkeit an dem Rechtsgeschäft nichts. Schon durch das Her-

unterladen der Applikation kann damit allenfalls das Kriterium des «Abschluss eines Rechtsgeschäftes» gemäss Art. 3 lit. a BGS erfüllen, womit man sich im Bereich des Geldspiels bewegt.

Bei der Analyse von Umsatzzahlen fällt ins Auge, dass die umsatzstärksten Applikationen vorwiegend kostenfrei downloadbare Spiele sind. Auf den vordersten Rängen liegen oftmals die Spiele «Candy Crush», «Clash of Clans», «Fornite» und «Pokemon GO». Einzig die Applikationen «Tinder» und «Netflix» vermögen mit den Umsätzen dieser Spiele zu konkurrieren. Das Problem mit dem neuen Geldspielgesetz wird damit offenkundig: Ein Spielumsatz kann für kostenfrei herunterladbare Spiele nur ge-

Die neue und einheitliche Definition des Geldspiels, das sowohl altrechtliche Glücksspiele wie Geschicklichkeitsspiele erfasst, erlaubt keine klare Grenzziehung mehr.

neriert werden, wenn Spieler für In-App Käufe bezahlen, m.a.W. einen Geldeinsatz leisten. Unbestritten dürfte sein, dass es sich bei den erwähnten Spielen um Geschicklichkeitsspiele handelt, welche online sowie interkantonal durchgeführt werden und teilweise automatisiert ablaufen. Somit sind sämtliche Kriterien von Art. 3 lit. e BGS erfüllt. Zu prüfen bleibt die Kausalität zwischen dem Einsatz oder

Rechtsgeschäft und dem «in Aussicht stellen eines Geldgewinnes oder eines anderen geldwerten Vorteils».

Dies bedarf einer genaueren Analyse. Denn es ist nicht ohne weiteres klar, dass dieses Kriterium bei der Mehrzahl von Spielen auf dem App-Store gegeben ist. Beispielhaft wird dies am App-Store Spiel «Clash of Clans» gezeigt, welches seit Jahren unter den umsatzstärksten App's rangiert. Die Mehrzahl der angebotenen Spiele funktioniert nach ähnlichen Prinzipien.

Das Spiel «Clash of Clans» kann gratis im App-Store heruntergeladen werden. Nach einer Registrierung bekommt jeder Spieler ein fiktives Dorf. Dieses Dorf kann sukzessive ausgebaut und verbessert werden. So kann man durch den Auf- und Ausbau von Goldminen, Waffenschmieden und Truppenausbildungszentren das Dorf vorantreiben und so stärkere Kampftruppen ausbilden. Diese werden eingesetzt, um die Dörfer anderer Spieler zu «plündern». Dafür wird nach Einsatz einer bestimmten Goldeinheit online ein Angriff gegen einen zufälligen Teilnehmer gestartet, mit welchem je nach Geschicklichkeit des Spielers und Stärke seiner Truppen mehr oder weniger Ressourcen des Gegenspielers geplündert werden. Die Ressourcen werden wiederum dazu verwendet, das Dorf aufzubessern, Truppen oder Angriffe zu verstärken usw. Ziel des Spiels ist es, sein eigenes Dorf und die Ressourcen durch Mauern, Truppen und Verteidigungsstellungen vor anderen Angriffen zu schützen und gleichzeitig möglichst effektiv andere Dörfer anzugreifen, um die fremden Ressourcen zu ergattern. Die Ressourcen (Gold, Juwelen etc.) können nicht nur bei anderen Spielern geholt werden, sondern durch Geldbeträge im Store (sogenannte In-App-Käufe) gekauft werden. So kosten bspw. 14'000 Juwelen CHF 100.00. Diese Juwelen können verwendet werden, um das Dorf schneller auszubauen, Gold für den Bau von neuen Häusern zu kaufen oder spezielle Angebote in Anspruch zu nehmen. Die Ressourcen stellen damit geldwerte Vorteile dar, weil die Vorteile nicht nur erspielt, sondern

ebenfalls durch Geld erkaufte werden können. Ergo erspielt man sich durch den Einsatz solcher Ressourcen und seine Geschicklichkeit wiederum Ressourcen, die einen umgewandelten Geldwert haben. Diese Ressourcen können nicht wieder in Geld umgewandelt werden, was gemäss Gesetz aber kein Kriterium für die Bejahung eines Geldspiels ist. Voraussetzung bildet einzig, dass durch Rechtsgeschäft oder Leistung eines geldwerten Einsatzes ein Geldgewinn oder ein anderer geldwerter Vorteil in Aussicht steht. Ein Geldgewinn oder geldwerter Vorteil muss demnach weder ausbezahlt, noch überhaupt erwirtschaftet werden. Die geplünderten und erspielten Ressourcen fungieren im Spiel als Geldersatz (quasi als Spieljetons), zumal sie einerseits als Zahlungsmittel im Spiel benützt werden, andererseits sogar durch tatsächliche Geldzahlungen an den Anbieter gekauft werden können.

Die Botschaft zum BGS führt aus, das Geldspiel werde durch zwei Elemente charakterisiert: die Leistung eines Einsatzes einerseits und die damit verbundene Gewinnmöglichkeit andererseits. Beide Elemente müssten in Geld oder Geldsurrogat bestehen. Dem geldwerten Einsatz ist der Abschluss eines Rechtsgeschäftes irgendwelcher Art gleichgestellt. Als solche seien etwa der Kauf von Spieljetons, das Entgelt für eine Dienstleistung oder ein Abo-Abschluss verbunden mit der Vergabe von Spielteilnahmen zu handhaben. Kein Geldspiel liegt hingegen vor, wenn zwar ein geldwerter Einsatz geleistet wird, der Geldgewinn aber entfällt, wie bspw. bei einem Flipperkasten (Botschaft zum BGS, S. 8436). In diesem Fall dient der Geldeinsatz nur der Unterhaltung ohne Aussicht auf einen Gewinn.

Weil ein geldwerter Vorteil nur in Aussicht stehen und nicht mehr primäres Ziel des Spiels sein muss, wird mit der Legaldefinition des Geldspiels belanglos, ob ein Spiel vorwiegend der Unterhaltung dient oder nur auf die Erwirtschaftung eines Gewinnes abzielt. Ist ein erspielbarer Vorteil ebenfalls käuflich erwerblich, handelt es sich unbestritten um einen

geldwerten Vorteil. Durch die neue und einheitliche Definition des Geldspiels, welches sowohl altrechtliche Glücksspiele wie Geschicklichkeitsspiele erfasst, kann keine klare Grenze mehr gezogen werden, ob ein Spiel der Unterhaltung dient oder ein pekuniäres Ziel verfolgt. Wer einen geldwerten Einsatz leistet oder ein Rechtsgeschäft abschliesst und damit eine Tätigkeit in Form eines Spiels freischaltet, das wiederum einen geldwerten Vorteil in Aussicht stellt, befindet sich neu im Bereich des bewilligungspflichtigen Geldspiels.

### Internationaler Diskurs zum Geldspiel

Die geschilderte Problematik wird zurzeit international diskutiert und bildet nicht nur in der Schweiz Zündstoff für die Spielindustrie. «Skin Gambling» bezeichnet international die teilweise bereits beschriebene Verwendung von virtuellen Währungen (Ressourcen, Ausrüstungen, Punkte etc.) als Einsatz oder Handelsware innerhalb von Online-Spielen oder zum Wetten auf bestimmte Ereignisse. Dafür gibt es diverse Anbieter, welche bis heute trotz in Kraft treten von den Art. 86 ff. BGS uneingeschränkt zugänglich sind (gamdom.com, csgoempre.com usw. [vgl. [Glärner/Körner/Schmid](#), Lootboxen und Skin Gambling im Schweizer Glücksspielrecht, [Jusletter 21.01.2019](#), Rz. 9]). Die virtuellen Währungen werden unter dem Begriff «Skins» zusammengefasst. «Lootboxen» sind virtuelle Schatzkisten, die im Spiel gefunden, erspielt, erworben oder gewonnen werden können. Der Inhalt der Boxen kann bekannt oder unbekannt sein. Massgaben für den Charakter einer Lootbox ist nur der beinhaltete Vorteil für das Spiel (vgl. auch [Glärner/Körner/Schmid](#), a.a.O., Rz. 7).

Die belgische Glücksspielkommission hat als eine der ersten den Einsatz von Lootboxen in gewissen Spielen dem Glücksspiel zugeordnet. So wurden die Spiele Overwatch, Counter-Strike: Global Offensive und FIFA 18 als Glücksspiele qualifiziert und verboten, weil die Spiele Lootboxen angeboten haben. Die Anbieter von Overwatch und Counter-Strike haben die Lootboxen aus dem Spiel entfernt. Der Anbieter



von FIFA 18 (Electronic Arts) hat sich vorerst dagegen gewehrt und die Lootboxen weiterhin angeboten. Nachdem Belgien ein Ermittlungsverfahren gegen den Anbieter eingeleitet hatte, knickte dieser ein und entfernte die Lootboxen aus dem Spiel.

Bemerkenswert an diesem Beispiel ist, dass es sich bei den drei Spielen dem Charakter nach um reine Unterhaltungsspiele handelt, welche auf der Playstation, X-Box oder einem handelsüblichen Computer gespielt werden. Die Spiele werden käuflich erworben. Die Lootboxen im Spiel können, müssen aber nicht gekauft werden und bilden nicht primäres Ziel des Spiels. Das Spiel kann auch ohne den Kauf dieser Lootboxen gespielt werden. Da der Inhalt teilweise unbekannt ist, folglich vom Zufall abhängt, was man erhält, gelten sie nach belgischem Recht als Glücksspiel. Die Anbieter der Spiele sind international tätige Unternehmen mit erheblichen Ressourcen. Die Auswirkungen auf die Kleinspielindustrie von App-Stores sind offensichtlich und werden nicht auf sich warten lassen.

### Fazit

Das Geldspielgesetz bringt einige Lösungsansätze mit sich, welche den hohen und kaum mehr überschaubaren technischen Möglichkeiten zum Geldspiel Einhalt gebieten sollen. Die neue Legaldefinition des Geldspiels verzichtet zwar komplett auf das Element des Zufalls, führt dies durch die Verwendung der Legaldefinition des Geschicklichkeitsspieles jedoch durch die Hintertür wieder ein, womit diese Teilproblematik letztlich nicht gelöst wurde. Es werden nur innerhalb der Kategorie des Geldspiels Unterscheidungen zwischen Geschicklichkeitsspiel, Lotterie und Sportwetten getroffen. Erfasst soll jedes Spiel sein, das «gegen Leistung eines geldwerten Einsatzes oder bei Abschluss eines Rechtsgeschäftes einen Geldgewinn oder einen anderen geldwerten Vorteil in Aussicht stellt». Da der Abschluss eines Rechtsgeschäftes irgendwelcher Art dem geldwerten Einsatz gleichgestellt ist, erfüllt man beim Eingehen einer Verpflichtung, bspw.

schon beim Downloaden eines Spiels, allenfalls das erste Element des Geldspiels. Dem Wortlaut gemäss müssten sogar einseitige Rechtsgeschäfte erfasst sein. Ob das Spiel der Bewandnis nach der Unterhaltung dienen soll oder ein klassisches Casinospiegel darstellt, hat keine Bedeutung mehr, sofern im Spiel geldwerte Vorteile erspielt werden können. Wo früher ein sinnvoller Unterschied zwischen Geschicklichkeit- und Glücksspiel vorgenommen wurde, ist eine solche nur noch innerhalb der Kategorie des Geldspiels vorhanden. Die Konzeption scheint misslungen. Denn jedes Spiel wird entweder durch ein Zufallselement oder die Geschicklichkeit des Spielers entschieden. Damit sind fortan vom Anwendungsbereich des Geldspielgesetzes nur noch jene Spiele aufgenommen, welche in Art. 1 Abs. 2 BGS ausdrücklich genannt sind und solche Spiele, bei denen keine Art von geldwertem Gewinn zu erwarten ist (bspw. Flipperkasten, Dart etc.). Kann ein allfälliger Gewinn in Form einer virtuellen Währung wiederverwendet werden, sprich als Zahlungs- oder Tauschmittel benützt oder weiter investiert werden, bewegt man sich im Bereich eines geldwerten Vorteils. Klar erfüllt ist das Element des geldwerten Vorteils, wenn der erspielte Vorteil durch echtes Geld oder andere Skins gekauft werden kann. Die Auszahlung des geldwerten Vorteils in Form von Geld ist kein Kriterium für die Bejahung des Geldspiels. Der Gewinn darf als virtuelle Währung im Spiel verbleiben und erfüllt trotzdem den Begriff des geldwerten Vorteils. Das Element des Einsatzes, welches kumulativ zum gewinnbaren geldwerten Vorteil vorliegen muss, wird neu derart weit gefasst, dass es nach hier vertretener Auffassung praktisch immer erfüllt ist. Ob das Rechtsgeschäft einseitig oder zweiseitig abgeschlossen wird, ist nicht relevant. Der Begriff des Geldspiels erfasst damit neu die überwiegende Mehrzahl der auf dem Markt (App Stores, Spielkonsolenspiele, PC-Spiele) vorhandenen Spiele. Spiele die käuflich erworben werden verfügen meist über Lootboxen im Spiel, um den Umsatz für den Anbieter zu steigern. Kostenlos verfügbare Spiele bauen oft massgeblich darauf auf, dass der Spieler im Spiel In-App

Käufe tätigt, um Skins oder Geldsurrogate zu erwerben, ansonsten sich die Umsatzzahlen solcher Spiele nicht erklären lassen. Können gewonnen Vorteile eines Spiels über Drittplattformen verkauft oder gehandelt werden, erfüllen diese «Skins» den Begriff eines geldwerten Vorteils, obwohl der Anbieter des Spiels den Handel selbst allenfalls nicht einmal anbietet, geschweige denn kontrollieren kann. Die überwiegende Mehrzahl der heute angebotenen Spiele beinhaltet damit Vorteile in Form von Lootboxen oder Skins oder das Spiel basiert sogar massgeblich nur auf geldwerten Ressourcen, die im Spiel immer weiter investiert werden. Nach dem Wortlaut des Gesetzes erfüllt jedes dieser Elemente den Begriff des Geldspiels.

Eine Differenzierung muss einzig für Lootboxen vorgenommen werden: Kann eine Lootbox als Teil des Spiels ohne Einsatz eines geldwerten Einsatzes geöffnet werden, handelt es sich trotz Zufallselement nicht um ein Geldspiel, sofern man das Angebot nicht als einseitiges Rechtsgeschäft betrachtet. Wird es als Schenkung betrachtet, wäre es nur vom Wortlaut ausgenommen, wenn es zur Verkaufsförderung gemäss Art. 1 Abs. 2 lit. d BGS dient. Muss ein Einsatz für das Öffnen der Lootbox getätigt werden, ist der Inhalt der Lootbox aber bekannt, so handelt es sich um einen einfachen Kauf innerhalb des Spiels. Ist für das Öffnen der Lootbox ein Einsatz nötig und dem Spieler unbekannt, was er dafür erhalten wird, liegt ein Geldspiel vor, wenn der Inhalt einen geldwerten Vorteil darstellt. Das Verwenden solcher Lootboxen wäre dann - wie in Belgien - nach dem neuen Geldspielgesetz verboten.

Die neue Konzeption des Geldspielbegriffes ist misslungen, weil ein «Gegenpol» zu dieser Kategorie fehlt. Denn der überwiegende Teil von modernen Spielen ist dergestalt, dass innerhalb des Spiels Punkte in Form einer virtuellen Währung gewonnen und weiterverwendet werden können. Wird aber in irgendeiner Form um geldwerte Vorteile gespielt, befindet man sich in der Kategorie des Geldspiels. Ob es sich um ein klassisches Glückspiel handelt oder das

Spiel der Unterhaltung dient, ist kein massgebendes Kriterium mehr. Es wäre eine zweite Kategorie zur Abgrenzung von der Unterhaltungsspielindustrie zwingend angezeigt.

### **Die Zukunft der Unterhaltungsspielindustrie unter dem neuen Geldspielgesetz**

Für die Unterhaltungsspielindustrie und die Spieler bedeutet das neue Geldspielgesetz ein Rückschlag. Letztlich wird es der Politik und den Vollzugsbehörden (ESBK und Comlot) überlassen sein, wie weit man den Anwendungsbereich des neuen Geldspielgesetzes legt und wie strikte man das Gesetz umsetzt. «Wo kein Richter, da kein Henker». Wird das Gesetz künftig im Rahmen des hier Beschriebenen Anwendung finden, müssten praktisch sämtliche Spielanbieter, seien dies Grossanbieter von Konsolenspielen oder Kleinanbieter von App-Store Spielen, die nötigen Konzessionen und Spielbewilligungen einholen. Die Voraussetzungen dazu sind streng, d.h. man muss insbesondere eine juristische Person nach schweizerischem Recht sein und all seine finanziellen Beteiligungen an anderen Unternehmen offen legen. Der Schweizer Markt dürfte für die geforderten Anstrengungen zu wenig lukrativ sein, weshalb das Mekka der Spielindustrie auch künftig nicht in der Schweiz ihren Sitz finden wird.

Wäre das Ziel des neuen Geldspielgesetzes das Suchtpotenzial und die schädlichen Auswirkungen von Spielen aller Art generell zu bekämpfen, müssten die neuen Regelungen begrüsst werden. Dies liegt aber nicht mehr im Sinn und Zweck des Art. 106 BV. Das neue Geldspielgesetz geht zu weit und erfasst die Unterhaltungsspielindustrie in einem unerträglichen Masse. Wird das neue Gesetz in seinem vollen schöpferischen Potential zur Anwendung kommen, muss ein Grossteil der Unterhaltungsindustrie im schweizerischen Markt blockiert werden.

Wie mit den diskutierten Unklarheiten in der Unterhaltungsspielindustrie tatsächlich ver-



fahren wird, bleibt abzuwarten. Sollte die hier vertretene Ansicht ihre Richtigkeit behalten, scheint der gesetzliche Auftrag der Vollzugsbehörden zur Bekämpfung illegalen Geldspiels angesichts der Masse an Spielen eine Herkulesaufgabe darzustellen, welcher sie auch mit den neuen Massnahmen des BGS nicht nachkommen kann. Beachtet man, dass heute noch Casino-spiele als App frei im Apple Store downloadbar sind, dürfte es noch einige Zeit benötigen, bis die Vollzugsbehörden Zeit finden, sich mit der hier beschriebenen Problematik auseinanderzusetzen. Das Beispiel von Belgien zeigt hingegen, dass dies durchaus bereits Realität ist. Gewinner des neuen Gesetzes sind damit nur die Casinos, welche im Unterschied zu früher durch nunmehr gesetzlich verankerten Ausschluss jeglicher ausländischer Konkurrenz auch online die komplette Markthoheit auf dem Spielmarkt in der Schweiz haben. Verlierer ist die Unterhaltungsspielindustrie, welche sich durch das neue Gesetz in gefährliches Terrain begibt. Unklarheiten bleiben bestehen und

führen dazu, dass ein mehrheitlich der Unterhaltung dienendes Spiel schlimmstenfalls als Geldspiel qualifiziert und im Schweizer Markt gesperrt wird, während sich der Anbieter des Spiels sogar wegen eines Verbrechens - meist wohl eines gewerbsmässig begangenen Verbrechens gemäss Art. 130 Abs. 2 BGS - oder einer Übertretung schuldig machen kann und damit bis zu maximal fünf Jahren Freiheitsstrafe riskiert. Gemäss Botschaft wurde mit Übertretungstatbestand in Art. 131 Abs. 1 lit a BGS sogar ein Auffangtatbestand geschaffen, der sicherstellt, dass «die Durchführung von Geldspielen ohne Bewilligung strafbar ist, selbst wenn das betreffende Spiel in keine gesetzlich definierte Spielkategorie fällt» (vgl. Botschaft zum BGS, S. 8416).

So bleibt letztlich, was schon immer bekannt war: Das Casino gewinnt immer.



# «Rechtsgeschäfte unter Gefangenen sind verboten»

Alain Joset

## Aus dem Alltag der Justizvollzugsanstalt Pöschwies

Heute ist der Nebel, wie oft in den Herbst- und Wintermonaten, besonders dicht in Regensdorf. Der diffuse, graue Deckel scheint undurchdringbar und die Sonne weit weg. Durch die vergitterten Fenster der Justizvollzugsanstalt Pöschwies, die grösste geschlossene Vollzugsanstalt der Schweiz, erscheint der Hochnebel noch etwas schwerer und dicker als ausserhalb der Gefängnismauern.

Doch heute ist Montag und der erste Wochentag ist für die Insassen der Abteilung Alter & Gesundheit (AGE) ein besonderer Tag. So auch für Hans Stettler. Er wurde vom Obergericht des Kantons Zürich im Jahre 2003 verwahrt und ist bereits seit 21 Jahren in der «Pöschwies» eingesperrt. Hans Stettler ist 75 Jahre alt.

Hans Stettler freut sich auch heute auf den Montag, denn die Gefangenen der Abteilung Alter & Gesundheit dürfen einmal in der Woche – jeweils Montags – ihren täglichen Hofgang im grossen Hof, zusammen mit den übrigen Gefangenen der «Pöschwies», absolvieren. Der spezielle Hofgang am Montag ist bei den Insassen der Abteilung Alter & Gesundheit auch deshalb beliebt, weil er die Möglichkeit bietet, bei einem internen Kiosk für die Strafgefangenen zusätzlich ein paar kleine Dinge zu kaufen: Zigaretten, Zeitungen, Schokolade, Kaugummis.

Hans Stettler will sich heute eine Stange Zigaretten kaufen, ein «10er Päckli» für 55 Franken. Er erhält von der Strafanstalt für seine Schnitz- Leim- und Feilarbeiten ein Pekulium von 19 Franken pro Tag und kann sich davon ab und zu etwas zur Seite legen. Ein Gericht in

Europa, das zum Schutz und Erhalt der Menschenrechte geschaffen wurde, hat vor ein paar Jahren entschieden, dass Hans Stettler trotz seines fortgeschrittenen Alters im Strafvollzug arbeiten muss. Der Strafvollzug kennt für Verwahrte kein Rentenalter und keinen Ruhestand. Und so muss der 75-jährige Hans Stettler tagein tagaus aus Stücken Schwemmholz kleine Holzfiguren basteln – einige davon

Hans Stettler - verwahrt - muss trotz seinen 75 Jahren arbeiten, um Haftschäden entgegenzuwirken.

werden in der Advents- und Weihnachtszeit bei Richtern, Staatsanwälten und Verteidigern die Weihnachtsdekoration ergänzen. Die tägliche, mühselige und eintönige Arbeit soll nach Ansicht des Bundesgerichts auch bei Inhaftierten, die das Rentenalter erreicht haben, der Entwicklung von «Haftschäden» entgegenwirken. Ein kurzer Blick auf das Erscheinungsbild des Langzeitgefangenen Hans Stettler zeigt deutlich, dass der richterliche Eingriff in die Selbstbestimmung des Gefangenen und der vermeintlich



positive Effekt der Zwangsarbeit gescheitert sind.

Aufgrund seiner chronischen Rückenbeschwerden muss sich Hans Stettler zurzeit mit einem Rollator fortbewegen und der Weg zum Kiosk der Gefangenen im Hof ist entsprechend beschwerlich. Hans Stettler hat deshalb seine Brieftasche einem Mithäftling anvertraut, der sich bereit erklärt hat, für ihn am Kiosk Schlange zu stehen und die Stange Zigaretten zu erwerben. Hans Stettler ist froh über die Hilfe des Mitgefangenen und er dankt ihm herzlich, als dieser kurze Zeit später mit seiner Brieftasche und der Stange Zigaretten zurückkehrt und ihm die beiden Gegenstände überreicht.

Eine Aufseherin, welche die Übergabe der Brieftasche und der Zigaretten beobachtet hat, kommt nun strengen Schrittes auf Hans Stettler zu. Sie hat keine Mühe, den alten Mann mit dem Rollator einzuholen. Selbstsicher erläutert sie Hans Stettler, dass Rechtsgeschäfte unter Gefangenen verboten seien und verweist auf die Hausordnung der Justizvollzugsanstalt Pöschwies (HO PöW). Gemäss § 27 der HO PöW sind Rechtsgeschäfte unter Gefangenen, wie beispielsweise Kauf, Tausch, Schenkung, Ausleihe von Gegenständen und Gewährung von Darlehen, untersagt. Die Anstaltsdirektion kann Ausnahmen gestatten, wenn dies im Interesse aller Beteiligten liegt. So wird die Stange Zigaretten vor den Augen des perplexen Hans Stettler von der strengen Aufseherin konfisziert - die Zigaretten sind weg, die 55 Franken sind ebenfalls weg. Worin das verbo-

tene Rechtsgeschäft beim Erwerb der Zigaretten bestanden haben soll, wird nicht erläutert und scheint auch niemanden zu interessieren. Hans Stettler ist zuerst verdutzt, dann aufgebracht und versucht sich zu erklären, Wut spürt er nach all den Jahren keine mehr. Hans Stettler erhält überdies noch eine Busse von 100 Franken und er könne – so erläutert ihm die Aufseherin selbstgefällig die Rechtslage – froh sein, dass er nicht noch strenger bestraft worden sei und keinen Arrest erhalten habe.

Ein Rekurs gegen die Konfiszierung der gekauften Zigaretten und die Busse – so die jahrelange Erfahrung von Hans Stettler – ist chancen- und deshalb sinnlos. Er erwähnt den Vorfall seinem Rechtsanwalt gegenüber erst, als die Rekursfrist längst abgelaufen ist. An diesem Montag kehrt Hans Stettler konsterniert und ohnmächtiger als üblich in seine Zelle zurück. Glücklicherweise kann er am Nachmittag wieder an seiner Holzfigur, die schon richtig schön geworden und bald fertig ist, herumschleifen und sich dabei etwas ablenken.

Der Nebel in Regensdorf bleibt in den darauffolgenden Tagen besonders hartnäckig und zäh. Es dauert lange, bis sich die Sonne wieder ein wenig zeigt. Hans Stettler ist dem Nebel in Regendorf mittlerweile entkommen, er ist in das Zentralgefängnis in Lenzburg, in die Abteilung 60plus, verlegt worden. Ob der unerträgliche Nebel dort weniger dicht ist, ist ungewiss, genauso wie der Umstand, ob Hans Stettler die Sonne jemals wieder sehen wird.



# Vorschlag einer Revision von Art. 10 Abs. 1 StPO

Peter Aretin

Machen wir es kurz: «the times they are a-changing». Die Schweizerische Strafprozessordnung, sei sie formell noch so jung, so dass sie dieses Jahr ihr Zehnjähriges feiert (Applaus, die meisten Beziehungen haben eine kürzere Haltbarkeit!), basiert auf Grundsätzen, welche einer anderen Zeit anhängen. Einer Zeit ohne Internet, ohne Digitalisierung, einer langsameren Zeit, in der das geschriebene Wort (und Recht) noch Gegenstand komplizierter Gedanken und Überlegungen gewesen ist. Für diese Komplexität haben wir nun wirklich keine Zeit mehr, die Zeiten ändern sich (permanent, Gruss an Heraklit, dieser Artikel wird, wenn Sie geehrter Leser (m/w/d) an sein Ende gelangen sollten, schon ein Stückweit veraltet sein, also beeilen Sie sich bitte) und haben sich seit der Konstituierung strafprozessualer Grundsätze im 19. und 20. Jahrhundert schon sehr geändert.

Wir leben in einer Mediengesellschaft und die sogenannten Sozialen Medien (Frage: was sind eigentlich asoziale Medien?) erlauben jedermann aktiv durch das «Posten» von Artikeln, Meinungen oder auch nur Emojis die Teilnahme am öffentlichen Meinungsbildungsprozess, wie es sonst nur auf der Agora, dem Forum Romanum oder weniger weltgeschichtlich relevant (aber deshalb nicht minder unwichtig) auf dem Landsgemeindeplatz in Appenzell Innerhoden möglich war und ist. Kritische Stimmen (Buh!) mögen nun einwenden, dass dies nur scheinbar der Fall sei, die Flagellantenlike selbstauferlegte Zensur von Facebook, Twitter etc. zeigt deutlich, dass nur Gehör im Sozialen Medienwald findet, wessen Echo den Herren Zuckerberg und Dorsey in den Kram,

sprich ins Business passt (Mr. Trump kann bezeugen, dass dies keine Fake News sind). Diesen Kritikern (Buh!) sei mitgeteilt, dass die Trennung von Seiendem und Scheinenden längst durch die Digitalisierung überwunden ist. Wozu die Höhle verlassen und die Sonne sehen, wenn man viel Spass mit den verführerischen Schatten haben kann und die wahre Sonne neuerdings mit Bildbearbeitungssoftware fast lebensecht in eben dieser Höhle abbildbar ist?

Die Schweizerische Strafprozessordnung soll nur – aber immerhin – noch prüfen, ob die medial ausgetragenen Vorwürfe, Untersuchungen und Sanktionen gerechtfertigt gewesen sind.

Im Dunkeln lässt sich gut munkeln und zum Teufel mit Brecht und seinem Licht. Mit der längst überwundenen Postmoderne mit ihrem Dekonstruktivismus, Poststrukturalismus und

ihrer Diskursanalyse sind auch diese lästigen Gedankenspiele überwunden. Wie auch in den Sachen der Liebe haben es sich die Franzosen in der Gesellschaftsphilosophie zu kompliziert gemacht, denn es ist ehrlich gesagt sehr simpel: Alles gilt und gilt nicht. Das wusste schon Einstein und was für die Physik gilt, kann endlich auch im gesellschaftlichen Miteinander gelebt werden. Quanten Baby, Quanten.

Aber zurück zum Geburtstagskind: Ein Beharren auf einen Prozess, der von sich aus den Anspruch erhebt, eine (ob materiell oder nicht sei mal dahingestellt) Wahrheit zu suchen (cf. Art. 139 Abs. 1 StPO), und von der Unschuld einer Beschuldigten Person solange ausgeht, bis ein Gericht (und nur ein solches, so old, so boring, so non-digital) zu einer auf Fakten und Rechtsanwendung basierten Verurteilung gelangt, ist ein Beharren Ewiggestriger auf ewiggestrigen Prinzipien. Bevor, geehrter Leser (m/w/d), Sie nun in Panik geraten und hier subversive Tendenzen ausmachen, durch die Abschaffung rechtstaatlicher Prinzipien eine Revolution anzetteln zu wollen, bitte ich Sie weiterzulesen (schnell jedoch, siehe oben, die Zeit drängt).

So wie man eine Beziehung nicht an ihrem Jahrestag beendet, so soll auch die Schweizerische Strafprozessordnung in ihrem Jubiläumjahr nicht abgeschafft werden. Sie soll jedoch eine neue, der «realen» Welt mehr entsprechende und die gesellschaftlichen Realitäten klarer widerspiegelnde Funktion erhalten. Die Idee der StPO liegt darin, einen Vorwurf, der einer Beschuldigten Person gemacht wird, prozessual zu bestätigen oder zu entkräften. Der Vorwurf, wenngleich weder im Schweizerischen Strafgesetzbuch noch in der Schweizerischen Strafprozessordnung je explizit erwähnt, ist der Kern des Strafrechts und der daraus herzuleitenden Strafe. In einer Mediengesellschaft wird aber der rechtsbasierte Umgang mit dem Vorwurf zu einem Problem, weil das Volk und die Medien (oder das Volk durch die Medien? Oder waren es die Medien durch das Volk? Oder waren es einfach nur die Medien? Egal.) den

Vorwurf schon unkompliziert, leicht für jedermann fassbar und sexy formulieren. Nun können Kritiker (Buh!) einwenden, dass genau dies die Aufgabe des Strafrechts wäre, einen Vorwurf eben unabhängig vom populistischen und medialen Aufschrei zu prüfen. Nice try, try again. In einer Mediengesellschaft folgt dem Vorwurf sogleich die (fairerweise muss man sagen manchmal etwas schlampige) Untersuchung und die Sanktion, eben alles vereint in den Medien (Herr Kachelmann, das Wetter bitte). Dass dies problematisch ist, wissen wir seit Torquemada, aber während es damals eben ein Einzelner oder eine nicht demokratisch legitimierte Institution gewesen ist (Psst, Gott hört zu), findet die Vereinigung von Vorwurf, Untersuchung und Sanktion nun durch Volksstimme in den Medien statt. Selbst Radbruch müsste hier seine Waffen strecken, mehr demokratische Legitimation gibt es nur in Nordkorea.

Von daher der folgende Vorschlag: Basierend auf dem Konzept von Liliom N. sei die Schweizerische Strafprozessordnung nicht mehr zur Untersuchung eines Vorwurfes zu verwenden, sondern zur Untersuchung eines *Nachwurfes*. Anders gewendet: Die Schweizerische Strafprozessordnung soll nur – aber immerhin – noch prüfen, ob die medial ausgetragenen Vorwürfe, Untersuchungen und Sanktionen gerechtfertigt gewesen sind. Sind sie es, so kann sie im Zuge einer vom Bund forcierten Digitalisierungsoffensive einfach den Namen der Beschuldigten Person online «posten», versehen mit diesem Emoji (hautfarbenneutral in gelb, jegliche Verbindung zu spätrömischer Praxis im Kolosseum ist ungewollt):



Sollten hingegen die medial ausgetragenen Vorwürfe, Untersuchungen und Sanktionen gegen die Beschuldigte Person aus irgendeinem Grund falsch gewesen sein, können die bestehenden Vorgaben der StPO zur Entschädigung für Aufwendungen für die angemessene Ausübung



von Verfahrensrechten (sprich: der Berufung auf die StPO), der Entschädigung wirtschaftlicher Einbußen aus der notwendigen Beteiligung am Strafverfahren (über das muss man reden, denn immerhin würde man hier eine monetäre Belohnung zuschreiben für Personen,

## Das Gericht überprüft in einem Nachwurverfahren Schuld und Sanktion einer Person.

die das Urteil der Medien, pardon, des Volkes angefochten haben) und Genugtuung für besonders schwere Verletzungen ihrer persönlichen Verhältnisse, insbesondere bei Freiheitsentzug (cf. Art. 429 StPO), problemlos angewendet werden. Die dürfte freilich selten der Fall sein, denn die Medien, pardon, das Volk, irrt nie, aber es muss aus rechtsstaatlichen Gründen doch wenigstens die Möglichkeit der prozessualen Überprüfung des *Nachwurfes* geben, insbesondere wenn schon der Vorwurf ausscheiden muss. Dass dies mehr Schein als Sein ist, ist kein Problem, siehe oben. Im Ergebnis würde dadurch nicht nur die Effizienz von Verurteilungen steigen, sondern auch die Kosten der Justiz merklich sinken. Eine klas-

sische win-win Situation (wenn man die Beschuldigte Person aus statistischen Gründen nicht miteinbezieht). Art. 10 Abs. 1 StPO würde dann so aussehen:

### Art. 10 StPO

1 Jede Person gilt bis zu ihrer rechtskräftigen Verurteilung als unschuldig.

1 Das Gericht überprüft in einem Nachwurverfahren Schuld und Sanktion einer Person.

Dies also der Vorschlag. Denn wie jede alternende Person so bedarf auch unser Geburtstagskind einer kleinen Kur, um es weiterhin attraktiv und hipp im Glanze der Mediengesellschaft strahlen zu lassen. Weg mit der Komplexität, weg mit den verstaubten Prinzipien, weg mit den langwierigen Prozessen. Es lebe die Einfachheit. An die Kritiker (Buh!), an ewiggestrige Verfechter von ewiggestrigen Prinzipien sei das eingangs zitierte Lied leicht abgeändert gerichtet:

*Come Courts and lawyers and law and legal doctrine  
Throughout the land  
And don't criticize  
What you can't understand  
Your sons and your daughters  
Are beyond your command  
Your old road is rapidly agin'  
Please get out of the new one if you can't lend your hand  
For the times they are a-changin'*





# Strafe definieren 1: Was nicht funktioniert

M. A. Niggli

**Strafe zu definieren, ist aus der Mode gekommen, obwohl es bitter nötig wäre. Eine Zusammenstellung der wichtigsten Fehlversuche.**

Fragt man danach, was eine Strafe sei, so erhält man in der Regel mindestens drei voneinander abweichende Antworten. Eine bezieht sich auf den Zweck der Strafe, eine zweite auf die Ethik, und die dritte schliesslich – weniger wagemutig – auf die Autorität, namentlich die Rechtsprechung des europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte zum Begriff der strafrechtlichen Anklage. Alle drei sind Nicht-Antworten.

## I. Ziele und Zwecke

Ebenso lange wie fruchtlos streiten wir darüber, ob für die Definition der Strafe ihre Gründe massgeblich sind (Weshalb strafen wir?) oder ihre Ziele und Zwecke (Wozu strafen wir?). Das eine nennen wir absolute Theorien, das andere relative. Das eine ist auf Gerechtigkeit orientiert, das andere auf Prävention (und damit letztlich auf Sicherheit). Nicht selten werden beide Positionen gleichzeitig vertreten, was dann «Vereinigungstheorie» heisst, zu Inkonsistenzen führt und eigentlich alles erlaubt. Dieser Streit soll uns hier nicht kümmern, da er ohnehin ergebnislos bleiben wird, solange wir nicht wissen, ob sich Ziele und Zwecke zur Definition einer Sache überhaupt eignen. Ganz unabhängig davon, ob und welchen Zweck man der Strafe zuschreibt, lässt sich die Tauglichkeit von Zielen & Zwecken zur Definition einer Sache prüfen. Tut man das, so wird offensichtlich, warum der Streit nicht zu entscheiden ist.

Ziele und Zwecke nämlich sind den Dingen nicht inhärent, sie ergeben sich nicht aus ihnen oder ihrer Natur (sog. Entelechie), sondern

müssen ihnen eingeschrieben werden (wozu dient ein Wal oder ein Känguruh?). Im Wesentlichen spiegeln sie die Vorlieben desjenigen, der sie vorbringt (sind also beliebig) bzw. zeigen seine Position an. Wer vorbringt, ein Nachtessen habe die Nahrungsaufnahme zum Ziel/Zweck, der sagt damit, dass er möchte, dass es diesem Ziel und Zweck diene. Zur Definition eines Begriffs und damit auch zur Definition von Strafe taugen deshalb Ziele und Zwecke nicht. Alles, wirklich alles hängt davon ab, welcher Zweck behauptet wird, gleichzeitig ist eine Überprüfung dieser Behauptung mittels davon unabhängiger Kriterien nicht möglich. Daher ist die Aussage, etwas diene einem bestimmten Zweck, immer richtig und gleichzeitig auch immer falsch. Es handelt sich also um einen Glaubenssatz.

Am Beispiel: Was will der Läufer bei einem Schachspiel? Welches Ziel hat er, wenn er den Turm bedroht? Will er ihn schlagen oder nur binden? Welchem Zweck dient ein Schachspiel überhaupt? Oder allgemeiner: Welchen Zweck hat das Leben?

Wird die Strafe als Instrument verstanden, so lässt sie sich zudem über ihr Ziel von anderen Instrumenten kaum unterscheiden. Geht es um konkrete Ziele wie etwa die Verhinderung zukünftigen kriminellen Verhaltens (Prävention), lassen sich diese Ziele genau so gut mit Massnahmen erreichen wie mit Strafen, wenn nicht gar besser. Solange sie andauern, verunmöglichen Freiheitsstrafe und Sicherungsverwah-

rung einen Rückfall gleichermaßen. Der Entzug der Fahrerlaubnis oder die Einziehung eines Fahrzeuges «verhindern» erneute Verkehrswiderhandlungen genau so gut wie Strafen. Ein empirisch überzeugender Nachweis ihrer Wirkungen wird deshalb kaum je gelingen. Was Strafen von Massnahmen unterscheidet, ist weniger ihre äusserlich wahrnehmbare Wirkung, als ihr unterschiedliches Verhältnis zur Willensfreiheit. Strafen setzen notwendig eine Entscheidung des Betroffenen voraus, Massnahmen dagegen nicht. Begriffsnotwendig sind Strafen essentiell freiheitsorientiert, weshalb sie – bis zum Beweis des Gegenteils – Willens- und Handlungsfreiheit schlicht unterstellen. Massnahmen dagegen sind gekennzeichnet durch ein fundamentales Misstrauen individuellen Entscheidungen gegenüber, sofern sie deren Existenz überhaupt zugeben. Massnahmen wollen solche Entscheidungen denn auch nicht abwarten, sondern möglichst umgehen oder gar verhindern.

Über die Ziele und Zwecke, die angestrebt werden, lassen sich Strafen daher von anderem staatlichen Handeln nicht wirklich unterscheiden. Zudem werden häufig mehrere Ziele gleichzeitig verfolgt, was diese Unbestimmtheit noch vergrössert. Als Faustregel kann höchstens gelten, dass je konkreter das angestrebte Ziel, umso eher eine Massnahme vorliegt. Wo etwa Sicherheit (einer Strasse, eines Quartieres, einer Gegend, einer Personengruppe etc.) angestrebt wird, dort werden typischerweise konkrete Massnahmen (Polizeikontrollen, Vorhängeschlössern u. dgl. mehr) deutlich erfolgreicher sein als Strafen. Je konkreter also das angestrebte Ziel, desto weniger kommt eine Strafe in Betracht. Das aber reicht zu ihrer Definition natürlich nicht aus. Und dass sie – anders als andere Massnahmen – nichts durchsetzt, sondern umgekehrt erst auf den Regelbruch und damit das Misslingen der Durchsetzung reagiert, ist eben kein Ziel, sondern eine Beschreibung.

Am Beispiel: Was eine sog. «verwaltungsrechtliche punitive Sanktion» von einer Strafe unter-

scheiden sollte, bleibt unerfindlich. Die Verwaltungsrechtslehre gibt zwar zu, dass damit nichts unmittelbar durchgesetzt wird. Normen sollen damit aber mittelbar «durchgesetzt» werden, indem die Sanktion den Betroffenen motiviert, sich zukünftig pflichtgemäss zu verhalten. Der Betroffene bleibt also weiterhin frei, über sein Verhalten zu bestimmen. Seine und nur seine Entscheidung bleibt massgeblich. Sie soll zwar beeinflusst, aber eben nicht ersetzt werden. Natürlich kann man so etwas als «Durchsetzung» bezeichnen, doch wird damit ein deskriptives Merkmal zu einem normativen

Bloss «mittelbar»  
dient eben praktisch  
alles der Regeldurch-  
setzung, selbst die  
zehn Gebote.

gemacht. Weil sie auf einen Regelbruch reagiert, ihn also voraussetzt, kann eine Sanktion, auch eine verwaltungsrechtlich punitive Sanktion, die Regel gar nicht durchsetzen, sie kann höchstens ihre Befolgung anstreben. Mit «mittelbarer Durchsetzung» wird also nichts anderes gemeint, als dass Regelbefolgung Ziel und Zweck der Sanktion sei. Wer eine verhängte Sanktion als Durchsetzung zukünftiger Regelbefolgung versteht, widerspricht sich notwendig selbst. Bezweckt eine Sanktion die zukünftige Regelbefolgung, so ist sie nur dort legitim, wo sie versagt, d.h. die Regel nicht eingehalten wird. Ist die Sanktion dagegen erfolgreich, wird die Regel also eingehalten, so ist die Sanktion unnötig und illegitim, denn was befolgt wird, muss und kann nicht durchgesetzt werden. Der Begriff der «Durchsetzung» verliert damit jeglichen Gehalt. Bloss «mittelbar» dient eben

praktisch alles der Regeldurchsetzung, selbst die zehn Gebote.

Das lässt sich auch nicht durch die kindliche Unterscheidung von «echten» und «unechten» Strafen retten, weil das eben gar keine Unterscheidung, sondern bloss eine Bezeichnung darstellt. Wie anderswo auch dient die Kategorisierung echt/unecht entweder dazu (1), Dinge unterschiedlich zu bezeichnen, für deren Unterscheidung kein wirkliches Kriterium besteht (echte Männer etc.), oder sie wird gerade umgekehrt verwendet (2), um Dinge derselben Kategorie zuzuordnen, zu der sie eigentlich nicht gehören (so ist das unechte Unterlassungsdelikt natürlich kein Unterlassungsdelikt, sondern ein Begehungsdelikt, das auch durch Unterlassen erfüllt werden kann). Die Unterscheidung echt/unecht ist also nichts anderes als eine Wertung, die sich als Klassifikation aus gibt.

Hellhörig machen sollte schliesslich, dass Ziele und Zwecke im nationalsozialistischen Rechtsverständnis hochwillkommene Argumente waren, eben weil sie den Dingen beliebig einschreibbar sind und sie damit denjenigen, der die Einschreibung vornimmt, in keiner Weise binden. Und dass der finale Handlungsbegriff (Handlung ist, was einen bestimmten Zweck verfolgt) auf **Hans Welzel** zurückgeht, einen doch sehr überzeugten Nationalsozialisten, überrascht ebenfalls nicht.

Kurz gesagt, mittels Zielen und Zwecken lässt sich eine Strafe nicht definieren und von anderen staatlichen Massnahmen unterscheiden.

## II. Ethik

Der Bezug zur Ethik hilft ebenfalls nicht weiter. Denn er muss notwendig unterstellen, es gebe von der Ethik losgelöste Reaktionen auf menschliches Verhalten, von denen sich die Strafe aufgrund ihres ethischen Gehaltes unterscheidet. Das dumme Gerede vom «sozial»ethischen Gehalt der Strafe ebenso wie die Misere der Rechtsgutstheorie sind direkte Folgen dieses Ansatzes. Selbstredend gibt es so etwas

wie eine «Individual»ethik ausserhalb der protestantischen Theologie (des späten 19. Jahrhunderts) überhaupt nicht. Alleine die Tatsache, dass ein Steuerbetrug (Art. 186 DBG) sich ethisch doch nicht von einem kommunen Betrug (Art. 146 StGB) unterscheiden kann, sollte eigentlich genügen zum Beleg der Unhaltbarkeit.

Auch die Rechtsgutstheorie hilft unglücklicherweise nicht weiter. Zum Einen, weil sie längst von der Orientierung auf individuelle Gütern und Schädigungen gelöst wurde, sondern

Das dumme Gerede vom «sozial»ethischen Gehalt der Strafe ebenso wie die Misere der Rechtsgutstheorie sind direkte Folgen dieses Ansatzes.

heute auch und v.a. «Güter» der Allgemeinheit beschlägt, die weder konkret fassbar, noch nachzuweisen sind, weshalb sie nach Belieben erfunden und als Begründung der Strafe angeführt werden können. Zum Anderen, weil nicht mehr nur tatsächliche Schädigungen dieser bereits vagen Güter der Allgemeinheit anerkannt sind, sondern bereits deren bloss Gefährdung, und zwar sogar dort, wo eine «Gefährdung» bloss abstrakt besteht, d.h. also gerade nicht vorliegt.

Behindert wird eine Abgrenzung der Strafe über die Ethik zudem dadurch, dass (wohl unter dem puritanischen Einfluss des angelsächsischen Rechtskreises) Strafrecht zunehmend als Polizeirecht verstanden wird, d.h. als Verhaltenssteuerung. Jede Verhaltenssteuerung muss sich zwingend auf die Ethik beziehen (Was ist gut und richtig?), selbst Verhaltenssteuerung über die – scheinbar der Ethik entgegenstehende – Ökonomie (Was soll welchen Preis haben?). Verhaltenssteuerung lässt sich verstehen als angewandte sie antwortet auf die Frage, was für die Gemeinschaft angestrebt wird oder nicht. Wird dem Strafrecht eine verhaltenssteuernde Wirkung oder zumindest ein solches Ziel eingeschrieben, so lässt es sich damit von anderem Recht durch den Bezug zur Ethik nicht mehr unterscheiden. Soweit Ehe- und Kindesrecht, Vertrags- und Gesellschaftsrecht etc. verhaltenssteuernde Wirkung zugeschrieben wird, gilt für sie natürlich dasselbe: Sie sind angewandte Ethik. Dass die Zuschreibung solcher verhaltenssteuernder Wirkungen völlig falsch ist und allen empirischen Erkenntnissen widerspricht, ändert am notwendigen Bezug zur Ethik überhaupt nichts. Weil mithin *alle* Verhaltenssteuerung immer und notwendig einen Bezug zur und eine Basis in der Ethik hat, lässt sich darüber Strafe nicht definieren und abgrenzen.

Am Beispiel: Der EGMR behauptet gelegentlich (EGMR, Jussila c. Finnland vom 23. November 2006, Nr. 73053/01; EGMR, Grande Stevens u. a. c. Italien vom 27. Mai 2014, Nr. 4455/10), bestimmten Bussen und Disziplinarstrafen gehe die Stigmatisierung ab, sie enthielten keinen ethisches Unwerturteil, weshalb sie keine Strafen seien. Dass nicht jede Strafe eine strafrechtliche Anklage darstellt und nach einem öffentlichen Verfahren verlangt, sei zugegeben. Was anderes aber als Strafen könnten solche Bussen denn darstellen? Im Fall Jussila wird das im nationalen Recht auch ausdrücklich zugegeben («administrative sanction of a punitive nature imposed on the taxpayer for conduct contrary to law»). Was könnte denn eine «administrative Sanktion mit

strafendem Charakter für rechtswidriges Verhalten des Täters» wohl sein? Schadenersatz? Wiedergutmachung? Genugtuung? Aufwandsentschädigung? Zweifellos eine Strafe, nur eben keine, die ein öffentliches Verfahren vor einem unabhängigen Gericht verlangt, also keine strafrechtliche Anklage. Niemand wird ernsthaft behaupten wollen, dass sich der ethische Gehalt einer Busse von 308 Euro von demjenigen einer anderen Strafe unterscheidet. Dass sich dieser Bussenbetrag von anderen und diese Busse von anderen Strafen unterscheidet, ändert an ihrem Charakter als Busse nichts. Wer den Fehler begeht, Strafe und strafrechtliche Anklage gleichzusetzen und als «Strafe» nur «strafrechtliche Anklagen» zu verstehen, die sich von anderen «Sanktionen» laut EGMR durch ihren ethischen Gehalt unterscheiden, der ist genötigt zu behaupten, eine Schweizer Parkbusse von 40 CHF enthalte einen ethisch schwerwiegenderen Vorwurf als eine finnische «Administrativsanktion mit Strafcharakter» von 308 Euro. Denn selbstverständlich ist die Schweizer Busse (noch) eine Strafe.

### III. EMRK

Die dritte Antwort auf die Frage, was eine Strafe sei, bezieht sich auf Autorität bzw. den EGMR und seine Rechtsprechung. Auch dies leider eine Nicht-Antwort. Ein Gericht kann weder den allgemein gebräuchlichen, noch den philosophischen Begriff der Strafe gültig definieren. Gleiches gilt für den Begriff der Strafe im Recht.

#### A. Bestimmtheitsgrundsatz

Dass ein derart zentraler Begriff wie derjenige der Strafe, der sich seit Jahrhunderten im Recht findet, der von **Carl Stooss** mit seinem Vorentwurf 1894 formuliert und mit Inkrafttreten des Strafgesetzbuches 1942 für das gesamte Schweizer Recht gültig festgelegt wurde, erst durch die Praxis eines internationalen Organs definiert werden sollte, ist selbstverständlich ausgeschlossen. Wer für den Begriff der Strafe auf das internationale Recht rekurriert und dessen Vorrang hinweist, verkennt vollständig Bedeutung und Funktion des Bestimmtheits-



grundsatzes, denn natürlich leitet sich der Grundsatz *nulla poena sine lege* nicht von internationalen Erlassen her, sondern von **Paul Johann Anselm von Feuerbach** (1775–1833), der ihn zu Beginn des 19. Jahrhunderts formuliert hat. Kurz: Art. 7 EMRK leitet sich inhaltlich von Art. 1 StGB her (der unmittelbar auf Feuerbach zurückgeht) und nicht umgekehrt.

Dieser Art. 1 StGB nun bestimmt, dass nur bestraft werden kann, wer eine Tat begeht, die das Gesetz ausdrücklich mit Strafe bedroht. Aus der Perspektive des öffentlichen Rechts wird das nicht selten verengt als Legalitätsprinzip verstanden, mithin als das – dem öffentlichen Recht bestens bekannte – Prinzip, nach welchem staatliches Handeln eine gesetzliche Grundlage benötigt. Das ist in dieser Verengung irreführend, wenn nicht falsch. Es ist nicht nötig, das im Detail hier auszuführen, deshalb nur die Grundzüge: **Feuerbach** reagiert auf das obrigkeitliche, voraufgeklärte Strafrecht des 18. Jahrhunderts und verlangt als guter Schüler **Immanuel Kants** (1724–1804), dass eine Strafe auf eine Entscheidung des Täters reagieren müsse. Das setzt voraus, dass der Bestrafte überhaupt wissen konnte, wie er sich verhalten soll. Dazu aber muss nicht nur die Regel fixiert sein, sondern auch die Folge des Regelbruches. Das Bestimmtheitsgebot umfasst daher logisch zwingend nicht nur das Legalitätsprinzip, sondern gleichermassen Rückwirkungsverbot, Schuldprinzip und den *numerus clausus* zulässiger Strafarten. All dies verlangt Art. 1 StGB.

Funktion und Bedeutung des Begriffes werden leicht erkennbar in Art. 333 Abs. 1 StGB, der bestimmt, dass die Regeln des Allgemeinen Teiles des StGB (Art. 1 bis 110) auf alle Taten Anwendung finden, die in anderen Bundesgesetzen (also anderen Gesetzen als dem StGB selbst) mit Strafe bedroht sind, soweit sie nicht selbst Bestimmungen aufstellen. Gesetzestechnisch dient der Begriff der Strafe also dazu, die wesentlichen Voraussetzungen und Strukturen einer Bestrafung zu regeln, damit das nicht jeder Erlass aufs Neue tun muss. Die

Funktion des AT StGB ist also derjenigen des AT OR vergleichbar.

Wer fälschlicherweise behaupten wollte, der Begriff der Strafe werde von der EMRK vorgegeben, der würde damit auch behaupten, der Anwendungsbereich des Schweizer AT StGB werde davon bestimmt. Er würde sagen, dass die EMRK darüber entscheide, ob die Regelungen des StGB betreffend Vorsatz und Fahrlässigkeit, Verjährung, Versuch, Teilnahme oder Rechtfertigung anwendbar sind oder nicht, und dass dort, wo sie es nicht sind, Regelungen erst neu erfunden werden müssten. Selbstverständlich tut die EMRK nichts von alledem. Sie stellt nicht auf den Begriff der Strafe ab, sondern auf denjenigen der *strafrechtlichen Anklage*. Die beiden Begriffe sind indes weder deckungsgleich, noch haben sie dieselbe Funktion (vgl. **M. A. Niggli**, Strafrecht & strafrechtliche Anklage, *ContraLegem* 2018/2, 49-52). Dass sich der Begriff der Strafe nicht von demjenigen der strafrechtlichen Anklage herleiten kann, wird schon daran deutlich, dass die Garantien von Art. 6 Abs. 3 EMRK jedenfalls gelten, wenn das nationale Recht etwas nur schon als Strafe *bezeichnet*. Die blosser Bezeichnung im nationalen Recht führt zur Qualifikation als strafrechtliche Anklage, definiert also deren Anwendungsbereich jedenfalls teilweise (und nicht umgekehrt!). Es kann sich der Begriff der Strafe gar nicht von der EMRK oder der strafrechtlichen Anklage ableiten. Der Begriff der strafrechtlichen Anklage kann also denjenigen der Strafe sicherlich nicht einschränken, höchstens erweitern.

Mit Sicherheit schliessen lässt sich einzig, dass sich aus der *Bezeichnung* einer Sanktion für den Begriff der Strafe nichts ableiten lässt, wenn alles als Strafe Bezeichnete *jedenfalls* eine strafrechtliche Anklage darstellt, *aber nicht nur das*.

### B. «Strafrechtliche Anklage»

Um die Frage nach der Anwendbarkeit von Art. 6 EMRK zu beantworten, muss der EGMR die Frage beantworten, was eine «strafrechtliche

Anklage» sei. Der Gerichtshof fragt also danach, ob über eine Anklage «von einem unabhängigen und unparteiischen, auf Gesetz beruhenden Gericht in einem fairen Verfahren, öffentlich und innerhalb angemessener Frist verhandelt» (Art. 6 Abs. 1 EMRK) werden soll.

EMRK und EGMR bieten keine Definition von «Strafe», sondern nur eine der «strafrechtlichen Anklage».

Der Begriff der «strafrechtlichen Anklage» ist ein verfahrensrechtlicher Begriff. Wie bereits aus der Formulierung überdeutlich wird, beschlägt er keine anderen Aspekte und Bedingungen von Strafe, wie etwa Bestimmtheitsgebot oder Unschuldsvermutung, die auch die EMRK selbst in anderen Bestimmungen regelt (Art. 7 und Art. 6 Abs. 2 EMRK). Dasselbe gilt – nur umso mehr – für die andere Aspekte wie Versuch, Teilnahme oder Rechtfertigung etc., die Art. 1 regelt und 333 StGB für das übrige Recht für anwendbar erklärt.

In der prozessualen Ausrichtung des Begriffs der «strafrechtlichen Anklage» liegt denn auch der Grund für die Einschränkungen durch den Gerichtshof. Dass nach der Strassburger Praxis z.B. Disziplinarstrafen nicht als «strafrechtliche Anklage» gelten, ist nur verständlich, wenn bei solchen Strafen ein *unabhängiges, unparteiisches Gericht und ein öffentliches Verfahren* nicht unbedingt angemessen oder unabdingbar erscheinen. Das allerdings trägt zur Beantwortung der Frage, ob es sich dabei um Strafen handelt, überhaupt nichts bei. Alleine die Tatsache, dass wir von «Disziplinarstrafen»

sprechen, sollte aufhorchen lassen und führt zur Qualifikation als strafrechtliche Anklage.

*Am Beispiel: Was anderes als eine Strafe könnte ein militärischer Arrest sein, nach dem Militärstrafgesetz eine Disziplinarstrafe (Art. 186 ff. MStG), die in Einzelhaft vollzogen wird (Art. 190 Abs. 2 MStG). Ob eine solche Disziplinarstrafe eine «strafrechtliche Anklage» darstellt oder nicht, hilft nicht weiter. Ob ein unabhängiges, unparteiisches Gericht in einem öffentlichen Verfahren darüber befinden muss, ändert am Charakter einer Strafe nichts. Wäre wirklich vorstellbar, dass eine Änderung der Bezeichnung von Disziplinarstrafe in Disziplinarmassnahme den Charakter des Arrests als Strafe veränderte?*

Der EGMR bietet also gar keine Definition von «Strafe» (und kann dies auch gar nicht tun, weil der EU eben gar keine Strafkompetenz zukommt), sondern nur eine der «strafrechtlichen Anklage». Lässt man einmal die Merkwürdigkeiten beiseite, nach welchen (1) Strafe sich stets an die Allgemeinheit bzw. an alle Personen richten müsse (vgl. dazu bereits [M. A. Niggli](#), Strafrecht richtet sich an die Allgemeinheit? Schrulliges bundesgerichtliches Verständnis von Strafrecht [BGE 142 II 243], [ContraLegem 2018/2](#), 44 f.) und (2) Strafe nur die Freiheitsstrafe und ihre Substitute seien (EGMR, [Müller-Hartburg c. Österreich](#), 19.2.2013, No. 47195/06, Ziff., 44 ff.; zu den beiden Kriterien [M. A. Niggli](#), Strafe definieren 3, [ContraLegem](#), im Erscheinen), so verwendet der Gerichtshof primär die sog. Engel-Kriterien, um den Begriff der strafrechtlichen Anklage bestimmen, um also zu bestimmen, ob die Garantien von Art. 6 EMRK anzuwenden sind. Nach diesen Kriterien gilt eine staatliche Reaktion als Strafe, die (1) vom betreffenden Staat so qualifiziert wird, oder die (2) nach der Art und Schwere als Strafe erscheint, oder (3) deren «wahre Natur» («the very nature») die Bestrafung ist. Das erste dieser Kriterien haben wir eben erläutert. Ganz analoges gilt für das letzte Kriterium, also die

«wahre Natur», die nach dem Zweck einer staatlichen Reaktion fragt.

Wie erläutert sind Zwecke den Dingen aber nicht inhärent, sondern müssen ihnen eingeschrieben werden. Ob eine staatliche Massnahme Repression oder Prävention bezweckt, Ausgleich begangenen Unrechts oder Verhinderung zukünftiger Gefahren, ist ebenso eine Frage der Auslegung, wie diejenige, ob sie allgemeine öffentliche Interessen verfolgt. Stellt man auf Zwecke ab, so ist notwendig immer die Vorstellung desjenigen massgeblich, der diese Zwecke im fraglichen staatlichen Handeln angestrebt bzw. verwirklicht sieht. Gerade bei Strafen wird (je nach Straftheorie, die man vertritt) eine Vielzahl von Zwecken gleichzeitig geltend gemacht und Prävention (also die Verhinderung zukünftigen Unrechts) häufig zumindest *auch* als ihr Ziel und Zweck verstanden. Damit lässt sich also eine Strafe von anderen Massnahmen nicht unterscheiden. Auch muss – so hoffen wir jedenfalls – in einem Rechtsstaat *jeder* Eingriff des Staates in die Grundrechte seiner Bürger (also auch eine rein verwaltungsrechtliche Massnahme) im öffentlichen Interesse liegen. Weder der Zweck einer staatlichen Verfügung, noch das öffentliche Interesse daran helfen also weiter.

Unglücklicherweise gilt nun dasselbe auch für das letzte Kriterium, das der EGMR zur Definition der strafrechtlichen Anklage verwendet: Art und Grad des angedrohten bzw. zugefügten Nachteils. Aus der Schwere dieses Nachteils nämlich will der EGMR ableiten, dass es sich um eine Strafe handle bzw. bei fehlender Schwere eben das Gegenteil. Das aber sollte nun wirklich den letzten Zweifler überzeugen, dass Strafe und strafrechtliche Anklage nicht dasselbe sind. Denn wer mit dem EGMR nach dem Vorliegen einer «strafrechtlichen Anklage» fragt, fragt danach, ob ein öffentliches Verfahren vor einer unabhängigen Instanz notwendig sei. Nun mag es hingehen, dies für Kleinigkeiten zu verneinen, wenn der entsprechende Aufwand unverhältnismässig

scheint. Zur Frage aber, ob es sich dabei um eine «Strafe» handelt (und davon abhängig wie Vorsatz und Fahrlässigkeit, Verjährung, Versuch, Teilnahme oder Rechtfertigung zu regeln wären) kann das Kriterium der Schwere des zugefügten Nachteils doch nichts beitragen. Die Bedingungen des Vorsatzes oder der Rechtfertigung sind nicht unbedeutender oder einfacher dort, wo ein kleiner «Nachteil» angedroht wird. Häufig gilt gerade das Gegenteil. Und ob die Verjährungsregeln nach Art. 97 ff. StGB gelten oder nicht, lässt sich eben beim besten Willen und auch mit viel Phantasie nicht aus der EMRK herleiten. Es kann sicherlich nicht davon abhängen, ob ein grosses oder ein kleines Übel angedroht wird. Damit sind wir also mit unserer Frage, was denn eine Strafe sei, wieder auf uns selbst zurückgeworfen.

### C. EMRK als Reduktion von Garantien?

Fragt man bei einer Sanktion, die vom nationalen Gesetzgeber nicht als Strafe bezeichnet wird, ob sie eine Strafe darstelle, so beantwortet, wer auf die EMRK abstellt, nicht die gestellte, sondern eine ganz andere Frage, nämlich diejenige nach der Qualifikation als strafrechtliche Anklage. Soll die Frage klären, welche Regeln etwa für Versuch, Rechtfertigung, Mittäterschaft oder Verjährung gelten, so ist das mit dieser Antwort nicht zu erreichen (als abstossendes Beispiel sei nur die Frage der Verjährung im Kartellrecht erwähnt).

Wollte man das tatsächlich vertreten, so würde es bedeuten, dass es der nationale Gesetzgeber in der Hand hätte, über die Bezeichnung der Sanktion, den gesamten AT StGB zu umgehen bzw. auszuhebeln. Damit wären – entgegen Art. 1 StGB und seinem Verfassungsrang – nicht nur die Regelungen über Versuch, Zurechnungsfähigkeit, Teilnahme, Rechtfertigung oder Verjährung unbeachtlich, sondern namentlich auch Bestimmtheitsgebot, Rückwirkungsverbot und der *numerus clausus* möglicher Strafarten. Die Berufung auf die EMRK würde also ermöglichen, schwammige Normen mit unbestimmten Sanktionen zu verknüpfen,



die nach Belieben erfunden und zudem rückwirkend angewendet werden dürften. Kurz, die Berufung auf die EMRK würde erlauben, die Rechte der Betroffenen in krasser Weise zu mindern oder gar aufzuheben. Bestimmtheit und Rechtsschutz würden nicht gestärkt, sondern massiv verringert. Das kann nicht richtig sein.





# Strafe definieren 2: Strafe als Durchsetzung?

M. A. Niggli

**Die Vorstellung, Strafe setze Regeln durch bzw. könne ein Verhalten erzwingen, geht fehl, und zwar notwendigerweise.**

Eine Strafe setzt nichts durch, weil sie nichts durchsetzen kann. Strafe als Regeldurchsetzung zu verstehen, verkennt nicht nur ihren Charakter, es behauptet Unmögliches. Das Fehlverständnis von Strafe als Durchsetzungsinstrument gründet möglicherweise darin, dass beide, sowohl Strafe als auch Regeldurchsetzung, voraussetzen, dass eine Regel nicht eingehalten wird. Während Regeldurchsetzung aber in der Gegenwart oder der Zukunft wirkt, bezieht sich die Strafe *immer* auf die Vergangenheit.

Durchsetzen meint üblicherweise, die Einhaltung einer Regel nötigenfalls auch gegen den Willen des Betroffenen erzwingen zu können. Das kann unter den bekannten Strafen wohl einzig die Todesstrafe bzw. ihr Vollzug. Nur sie kann die Einhaltung des Tötungsverbotes tatsächlich durchsetzen, nötigenfalls auch gegen den Willen des Betroffenen, aber auch sie vermag dies eben nur für die Zukunft und nur beim Hingerichteten. Nicht einmal die lebenslange Freiheitsstrafe leistet dasselbe, denn natürlich ist es auch einem lebenslänglich Eingesperrten möglich, das Tötungsverbot zu missachten. Es sei denn, er würde angekettet, sodass ihm physisch verunmöglicht würde, die Regel zu brechen. Das aber wäre gerade keine Wirkung der Strafe, sondern der Fessel. Allgemeiner gilt:

1. Nur etwas, das nicht ohnehin geschieht, lässt sich erzwingen. Einen Toten kann man nicht töten. Wo das Herz nicht schlägt, lässt sich ein

Herzstillstand nicht erzwingen. Solange ein Mensch atmet, kann ich ihn nicht dazu zwingen. Eine Atempflicht lässt sich zwar statuieren, aber nicht durchsetzen. Wo geatmet wird, ist eine Atempflicht unnötig und unmöglich. Wo nicht geatmet wird, bleibt sie nutzlos.

2. Allgemein formuliert: Nur eine Regel, die nicht eingehalten wird, muss (und kann) durchgesetzt werden. Begrifflich ist Durchsetzung nur möglich, wo eine Regel nicht eingehalten wird. Wo die Regel nicht gebrochen wird, ist ihre Durchsetzung nicht nötig, wurde sie aber gebrochen, ist ihre Durchsetzung nicht mehr möglich.
3. Strafe setzt einen Regelbruch voraus. Sie heilt diesen Regelbruch aber nicht und setzt damit die Regel gerade nicht durch. Wurde nämlich eine Regel nicht eingehalten, so kann sie durch die Strafe nicht nachträglich durchgesetzt werden. Das Tötungsverbot kann nicht nachträglich mit einer Strafe durchgesetzt werden. Weil Strafe auf den Regelbruch *reagiert* und ihn voraussetzt, kann sie weder in der Vergangenheit, noch der Gegenwart etwas erzwingen.
4. Mit «Durchsetzung» kann daher höchstens die Zukunft gemeint sein,

also nicht die Strafe selbst, sondern deren Androhung. Die Rede von der Strafe als Durchsetzung einer Regel kann also nur das Erzwingen *zukünftiger* Befolgung der Regel durch die gegenwärtige Androhung von Strafe meinen.

5. Auch das Androhen einer Strafe aber kann die Regel weder in der Vergangenheit, noch in der Gegenwart durchsetzen, kann weder in der Vergangenheit, noch in der Gegenwart Regelbefolgung erzwingen. Eine Regel, die bereits gebrochen wurde, kann nicht nachträglich durchgesetzt werden. Umgekehrt kann eine Regel aber auch nicht durchgesetzt werden, solange sie nicht gebrochen wurde. Was stattfindet, muss nicht, ja es kann begrifflich nicht erzwungen werden. Solange die Regel eingehalten wird, ist es weder nötig noch möglich, ihre Befolgung zu erzwingen. Damit ergibt sich: Nicht nur die Strafe selbst, sondern auch ihre Androhung muss sich notwendig auf die Zukunft beziehen. Das führt unausweichlich zu Paradoxien.
6. Trotz der Androhung von Strafe bleibt es natürlich die Entscheidung des Einzelnen, ob er die Regel befolgen wird oder nicht. Das gerade ist der Witz einer Strafe: Sie reagiert auf eine (falsche oder nicht genehme) Entscheidung. Wo keine Entscheidung möglich ist, da ist auch kein Platz für Strafe. Die Androhung von Strafe setzt daher notwendig voraus, dass die Möglichkeit einer Entscheidung besteht, einer Entscheidung, die eben auch gegen die Regelbefolgung und zugunsten des Regelbruches ausfallen könnte. Wenn beim Schachspiel ein Läufer meinen Turm bedroht, dann zwingt er ihn nicht, sein Feld aufzugeben. Die Drohung des Läufers *setzt nicht durch*, er-

zwingt nicht, dass ich meinen Turm ziehen muss.

7. Dies gerade ist Kern des Schuldvorwurfs: Dass bekannt ist, welches Verhalten erwartet wird, und trotz dieses Wissens und der Möglichkeit, diese Erwartung zu erfüllen, ein anderes Verhalten gewählt wird. Wo keine Entscheidung, da keine Schuld.
8. Wird eine Strafe angedroht, so wendet diese Drohung die Regel gerade nicht unabhängig von der Zustim-

Wo die Regel nicht gebrochen wird, ist ihre Durchsetzung nicht nötig, wurde sie aber gebrochen, ist ihre Durchsetzung nicht mehr möglich.

mung des Betroffenen (seiner Entscheidung dafür oder dagegen) an. Seine Regelbefolgung wird also gerade *nicht* (notfalls auch gegen seinen Willen) *erzwingen*. Die Androhung einer Strafe setzt also nichts durch. Ein Rabattpreis erzwingt den Kauf der Ware nicht. Und die Androhung keiner je vorstellbaren Strafe kann das Tötungsverbot durchsetzen, also erzwingen, dass es, auch gegen den Willen des Betroffenen, eingehalten wird.

9. Will man trotzdem von «Durchsetzen» sprechen, dann muss sich das entweder auf das Androhen der Stra-

fe in der Gegenwart beziehen (in der es nichts durchzusetzen gibt) oder aber auf die zukünftige Befolgung der Regel (die ebenfalls nicht durchgesetzt werden kann, solange sie nicht gebrochen worden ist, die aber, sobald sie gebrochen worden ist, ganz offenbar nicht durchgesetzt wurde bzw. wird).

10. Soweit die Androhung von Strafe also Durchsetzung sein soll, dann setzt sie nicht die Regel durch, sondern gerade umgekehrt, dass die Durchsetzung der Regel unnötig ist (denn wo kein Regelbruch, da keine Notwendigkeit der Regeldurchsetzung).
11. Wäre daher das Androhen von Strafe tatsächlich Regeldurchsetzung, so strebte es nicht nur danach, sich selbst überflüssig zu machen, es könnte sein Ziel auch gar nie erreichen. Wo nämlich die Androhung von Strafe erreicht, was sie anstrebt (Regelbefolgung), ist Strafe nicht nötig. Wo aber Strafe nicht nötig ist, da kann es ihre Androhung auch nicht sein.
12. Nur dort also, wo Strafe bzw. Androhung von Strafe ihr Ziel (Regelbefolgung) nicht erreicht, kann sie überhaupt notwendig sein. Nur dort also, wo Strafe als Regeldurchsetzung gerade versagt, ist sie überhaupt möglich.
13. Soll eine Regel durch Strafe bzw. ihre Androhung durchgesetzt werden, so ist das zwingend entweder unnötig oder erfolglos.
14. Wird Strafe (bzw. ihre Androhung) als Regeldurchsetzung verstanden, so ergibt sich daher: Wo die Androhung von Strafe notwendig ist, scheitert sie. Ist sie hingegen erfolgreich, so ist sie unnötig. Kurz: Wo Strafe oder ihre Androhung notwendig sind, da sind sie untauglich. Erfolgreich sind sie dagegen nur dort, wo sie unnötig sind.
15. Wenn das «Durchsetzung» heissen soll, so stellt es ein höchst merkwürdiges Verständnis von Durchsetzung dar.





# Strafe ohne Gesetz?

Lukas Götti

## Zu den illegalen Ordnungsbussen für Einkaufstourismus am Schweizer Zoll

### I. Ausgangslage

Am 1. April 2020 machte die Regionalpolizei Zurzibiet mit einem Facebook-Post auf Plakate aufmerksam, welche von den Grenzbehörden an den Grenzübergängen aufgehängt worden waren. Darauf war folgendes zu lesen (vgl. Zofinger Tagblatt):

«Ausreisen zum Zweck des Wareneinkaufs sind nicht gestattet. Wareneinkäufe werden bei der Einreise in die Schweiz zurückgewiesen, inkl. Ordnungsbusse.»

Dem Foto des Plakats hatte die Regionalpolizei Zurzibiet folgende Erläuterung beigefügt:

«Wie die Grenzwaache mitteilt, sind ab sofort Ausreisen zum Zweck von Wareneinkäufen nicht mehr gestattet! Dies betrifft vor allem deutsche Staatsangehörige, welche eine Schweizer Aufenthaltbewilligung besitzen.»

Schnell wurde die Frage laut, auf welcher gesetzlichen Grundlage dieses Verbot und die für seine Übertretung angedrohten Ordnungsbussen erlassen worden sind. Dieser Frage und den darauf gegebenen Antworten geht der vorliegende Aufsatz nach.

### II. Bussen für Einkaufstourismus gestützt auf die Covid-19-Verordnung 2?

Bei der Suche nach einer gesetzlichen Grundlage für Bussen im Zusammenhang mit der Pandemie kommt natürlich zunächst die **Covid-19-Verordnung 2** (SR 818.101.24; fortan **Verordnung**) in Frage. Die Verordnung stand vom 13. März bis 22. Juni 2020 in Kraft, also rund drei Monate und erfuhr in dieser Zeit 25 Än-

derungen. Am 1. April 2020 stand die Fassung vom 28. März 2020 der Verordnung in Kraft. Darin wurde zwar durchaus einigen Personenkategorien der Grenzübertritt untersagt und für den Fall der Nichtbeachtung dieses Verbotes auch Strafen angedroht, allerdings gerade nicht für den sogenannten Einkaufstourismus.

Art. 3 Abs. 1 der Verordnung bestimmte zum besagten Zeitpunkt nämlich, dass *allen* Personen aus einem Risikoland oder -region die **Einreise** (!) in die Schweiz verweigert wird, sofern sie nicht u. a. über das Schweizer Bürgerrecht (lit. a) oder über ein Reisedokument und einen Aufenthaltstitel, namentlich eine schweizerische Aufenthaltbewilligung verfügten (lit. b).

Bürgerrecht und Aufenthaltbewilligung sind aber nicht alle, sondern lediglich die erstgenannten Rechtsgründe, die eine Verweigerung der **Einreise** ausschliessen. Art. 3 Abs. 1 listete für den Zeitpunkt des 1. April 2020 noch eine ganze Reihe von weiteren Einreisegründen auf, wozu u. a. auch die blosser Absicht auf Durchreise (lit. e), gewerblichen Warentransport (lit. d) oder auch nur die Zusicherung einer Aufenthaltbewilligung gehörten (lit. b 2.). Von einem **Ausreiseverbot** ganz allgemein, oder zu irgendwelchen spezifischen Zwecken, sei es zur Angehörigenpflege, Kinderbesuch, Wareneinkauf oder selbst zwecks Angelausflugs, sagte die Verordnung überhaupt nichts; ein solches Ausreiseverbot war in ihr also gar nicht vorgesehen.

Die Verordnung konnte also nicht als gesetzliche Grundlage dienen. Nicht nur verbot sie



schlicht niemandem die Ausreise, sondern sie erlaubte Personen mit Schweizer Aufenthaltsbewilligung oder Bürgerrecht (u. a.) sogar explizit und unabhängig vom Zweck die Einreise in die Schweiz.

Wer eine Aufenthaltsbewilligung besass durfte mithin am 1. April 2020 – zumindest nach Schweizer Recht – unter der Verordnung unbeschränkt häufig und vollständig unabhängig vom Zweck aus- und einreisen. Eine gesetzliche Grundlage für Ordnungsbussen wegen Einkaufstourismus, die «vor allem deutsche

mit Schweizer Pass oder Aufenthaltsbewilligung nach Schweizer Recht «theoretisch» frei ein- und ausreisen durften. Im Artikel wurde allerdings zur Frage, ob deutsche Staatsangehörige mit Wohnort in der Schweiz «Einkaufstourismus» betreiben dürften, eine Aussage Bundesrätin Karin Keller-Suters vom Vortag (also 1. April) zitiert, wonach es für Reisen ins Ausland einen «zwingenden Reisegrund» geben müsse und das erfasse laut Keller-Suter «Sicher nicht Einkaufstourismus oder weil sie sich gerade langweilen.» (vgl. hierzu: [youtube.com](https://www.youtube.com)).

Diese Aussagen waren von der Verordnung schlicht nicht gedeckt. Die einzige relevante Anpassung des fraglichen Art. 3 der Verordnung auf den 2. April 2020 war dessen Abs. 1<sup>bis</sup>, der für Menschen mit Grenzgängerbewilligung die Einreise (erneut, gerade nicht die Ausreise!) nur noch aus «beruflichen Gründen» zuließ. Davon abgesehen war dieser Art. 3 aber unverändert und damit durfte jeder Mensch mit Schweizer Pass oder Aufenthaltsbewilligung ohne einen zwingenden Reisegrund ins Ausland reisen und wieder in die Schweiz zurückkehren. Und das auch dann, wenn die Reise nur dem Einkaufen diene oder gar lediglich zur Linderung von Langeweile. Zumindest gestützt auf Schweizer Recht (und darum geht es vorliegend, denn ausländische Rechts- und Zollordnungen vermögen daran nichts zu ändern).

Die bundesrätlichen Äusserungen in den Medien widersprachen also unmittelbar und direkt dem ureigenen, kurz zuvor erlassenen Verordnungsrecht.

Staatsangehörige» anvisiere, fand sich in der Verordnung nicht.

Es überrascht also wenig, dass die Sache innert weniger Tage beträchtliche mediale Aufmerksamkeit erhielt. Am 3. April 2020 berichtete – als soweit im Nachhinein ersichtlich – erstes Medium das Zofinger Tagblatt über den hier zu Beginn erwähnten Facebook-Beitrag der Regionalpolizei Zurzibiet (vgl. [zofingertagblatt.ch](https://www.zofingertagblatt.ch)). Das Zofinger Tagblatt kam zwar anfänglich noch durchaus zum korrekten Schluss, dass aufgrund der Verordnung, auch in der zum Zeitpunkt der Veröffentlichung in Kraft stehenden Version vom 2. April 2020, Menschen

Die bundesrätlichen Äusserungen in den Medien widersprachen also unmittelbar und direkt dem ureigenen, kurz zuvor erlassenen Verordnungsrecht. Dass als Folge davon beträchtliche Verwirrung entstand, überrascht nicht wirklich. So hält denn auch der Artikel des Zofinger Tagblatts unter dem Titel «Ab sofort drohen Ordnungsbussen» – zunächst noch völlig korrekt – fest, dass aufgrund des neuen Art. 3 Abs. 1<sup>bis</sup> und des bereits zuvor bestehenden Art. 3 Abs. 4 der Verordnung, neu Bussen für Grenzgänger vorgesehen seien, die sich nicht an die Reisebestimmungen hielten. Gleich im nächsten Satz aber lässt sich das Tagblatt aber wieder verwirren. Denn der Mediensprecher der Eidgenössischen Zollverwaltung (EZV)

antwortete auf die Frage «Wer zum Einkaufen ins Ausland fährt, wird also ab sofort gebüsst?» mit Ja. Das entsprach so aber schlicht nicht der Gesetzeslage. Dass der Bundesrat und seine Verwaltung die eigentlich einfache Frage, wer denn nun wann genau wofür eine Ordnungsbusse riskiere, nicht korrekt beantworten konnten, mag an mangelhafter Kenntnis des selbst erlassenen Rechts liegen, was angesichts der beinahe hysterischen Frequenz der Änderungen der Covid-19-Verordnung 2 nicht verwundern würde. Letztlich bleiben aber die Gründe dieser Unkenntnis gleichgültig. Sie müssten aber strafrechtlich beachtlich sein: Wenn derjenige, der eine Regel erlässt, ihren Inhalt nicht korrekt wiederzugeben vermag, so geht es wohl nicht an, diese Kenntnis dem Regelunterworfenen einfach zuzuschreiben.

### III. Einkaufstourismus bleibt verboten?

In der Folge hat der Bundesrat auf den 17. April 2020 einen Art. 3a in die Verordnung eingefügt, der nun das Verbot von Einkaufstourismus einführt. Zudem wurde Art. 10f um Abs. 1 lit. d ergänzt, der für Verstösse gegen diesen Art. 3a Busse androhte. Ausserdem wurde das Ordnungsbussenverfahren für Verstösse gegen das Verbot des Einkaufstourismus anwendbar erklärt (Art. 10f Abs. 4 und 5 der Verordnung).

Begleitet wurde die Änderung der Verordnung von einer Medienmitteilung, die den im Lichte der eben erläuterten Rechtslage doch überraschenden Titel trug: «**Coronavirus: Einkaufstourismus bleibt verboten**» (vgl. [admin.ch](#)). Überraschend ist das, weil bisher Einkaufstourismus eben gerade nicht verboten war und ergo auch nicht verboten «bleiben» konnte. Wenn aber der Bundesrat der Überzeugung war, Einkaufstourismus sei bereits verboten, fragt sich doch ernstlich, warum dann die Einführung des fraglichen Art. 3a notwendig gewesen war. Tatsächlich ist Einkaufstourismus erst am 17. April 2020 erstmals verboten worden. Nur am Rande sei vermerkt, dass die Formulierung der Medienmitteilung zumindest merkwürdige anmutet, durch die Anpassungen

und Präzisierungen vom 17. April werde das Bussenregime nun «explizit» geregelt.

Art. 1 StGB (eine Bestimmung, man kann es nicht oft genug wiederholen, mit Verfassungsrang!) bestimmt ausdrücklich, dass Strafen – und Bussen und Ordnungsbussen sind Strafen (vgl. BGer [6B\\_855/2018](#), E. 1.5, allerdings mit Ausnahme des Art. 6 OBG, vgl. hierzu [Stefan Maeder](#), Sicherheit durch Gebühren? AJP 2014, 679-691) – überhaupt nur ausdrücklich, also explizit angedroht werden dürfen. Eine geheimnisvoll-verspielt zwischen den Zeilen der Verordnung hervorschimmernde, implizite Strafdrohung ist von vornherein unzulässig.

Eine geheimnisvoll-verspielt zwischen den Zeilen der Verordnung hervorschimmernde, implizite Strafdrohung ist von vornherein unzulässig.

### IV. Unhaltbare Rechtfertigungen

Mehr und mehr unter medialem Druck nahmen auch die Rechtfertigungsversuche der Behörden immer groteskere Ausmasse an. Denn offenbar wurden Personen mit Schweizer Bürgerrecht oder Aufenthaltsbewilligung auch aus anderen Gründen, als wegen Einkaufstourismus Ordnungsbussen auferlegt. Da hierfür überhaupt nie eine gesetzliche Grundlage bestand, versuchte sich die EZV mit Behauptung zu rechtfertigen, das bestrafte Verhalten sei zwar

nicht ausdrücklich verboten, es sei aber «**nicht im Sinne des Bundesrates**» (vgl. [srf.ch](https://www.srf.ch)). Der fragliche Medienbericht vom Schweizer Radio und Fernsehen stammt vom 8. Mai 2020. Zu diesem Zeitpunkt stand die Verordnung vom 30. April 2020 in Kraft. An den einschlägigen Art. 3 und 3a hatte sich seit dem 17. April nichts Relevantes geändert. Insofern drückte sich am 8. Mai 2020 der Sinn des Bundesrates klar in seiner Verordnung aus und zwar dahingehend, dass Personen, die über das Schweizer Bürgerrecht oder eine Aufenthaltsbewilligung (u. a.) verfügen, nicht gebüsst werden durften, sofern sie die Grenze nicht im Rahmen einer «ausschliesslich dem Einkaufstourismus» dienenden Reise überquerten.

Zu diesen Bussen, die Personen mit Schweizer Bürgerrecht oder Niederlassungsbewilligung ohne Rechtsgrundlage auferlegt wurden, musste auch der oberste Schweizer Zöllner, Dr. Christian Bock Stellung nehmen. Am Point de Presse vom 11. Mai 2020 wurde ihm folgende Frage gestellt (vgl. [youtube.ch](https://www.youtube.com/watch?v=...)):

*«Ich habe zwei Fragen an Herr Bock zu der Praxis am Zoll der Bussen generell. Es war so, dass in den ersten Wochen zumindest nach der Grenzschiessung, Menschen mit Schweizer Pass oder Niederlassungsbewilligung in der Schweiz Bussen verhängt erhielten. Diese Bussen wurden von Rechtsgelehrten als unzulässig beurteilt, also es fehlt die rechtliche Grundlage dazu. Wie kam es zu dieser Praxis und wie ist es heute, erhalten Menschen die Ausflüge machen ins Ausland eine Busse, auch wenn sie nicht eingekauft haben?»*

Die Antwort von Herrn Bock lautet wie folgt:

*«Also das erste: Sie sagen es richtig, es wird von Rechtsgelehrten als unzulässig erachtet. Ich darf das als Jurist sagen: Zwei Juristen, drei Meinungen. Das wird man nachher sehen, ob das einer gerichtlichen Überprüfung standhält. Auch wir werden selbstverständlich unsere Praxis kritisch überlegen. Sehen sie, wir sind eine Einsatzorganisation und etwas Schönes in*

*einer Einsatzorganisation ist der sogenannte After-Action-Review. Da sitzt man zusammen und sagt, was hat gut funktioniert und was hat schlecht funktioniert und ich kann ihnen versichern, da werden auch solche Fragen mit hineinkommen.*

*Zweitens, nein, das war in der Anfangssituation notwendig. Sie erinnern sich, dass Herr Bundesrat Berset immer gesagt hat, wir sind in einem Prozess drin. In der Anfangssituation war die Situation an den Grenzen sehr unübersichtlich, es war ein belastetes System, man wusste noch nicht genau, wie sieht das Risiko aus. Jetzt hat sich das System eingespielt und aus dem Grund hat man dann natürlich auch die Praxis entsprechend angepasst. Und ganz konkret auf ihre Frage: nein, dort werden keine Bussen verhängt. Man hat ja auch die Rechtsgrundlage geändert. Die ursprüngliche Grundlage, das war ein relativ allgemein gehaltener Artikel, Art. 127 des Zollgesetzes. Inzwischen hat man ein Ordnungsbussentatbestand erhoben und dem auch Rechnung getragen. Wenn sie ein einfaches Beispiel möchten, es ist wie im Strassenverkehrsrecht. Im Strassenverkehrsrecht haben sie allgemeine Bussenartikel und sie haben zu einer Vereinfachung des Verfahrens dann einen Ordnungsbussentatbestand. Bis sie aber zu einem Ordnungsbussentatbestand kommen, brauchen sie eine gewisse kasuistische, eine Fallerfahrung und die haben wir jetzt entsprechend bekommen.»*

Daraus ergeben sich primär zwei Fragen. Nämlich (1), ob Art. 127 Zollgesetz (ZG) für den Zeitraum vor der Einführung des Verbots des Einkaufstourismus in der Verordnung als gesetzliche Grundlage herangezogen werden kann und, (2) ob die Analogie zu Art. 90 SVG korrekt ist.

## **V. Bussen für Einkaufstourismus gestützt auf das Zollgesetz?**

Innerhalb von Art. 127 ZG kommen – mit fest zusammengekniffenen Augen – höchstens die Absätze 1 und 2 in Frage. Sie lesen sich, unter der Marginalie „Ordnungswidrigkeiten“, wie folgt:

<sup>1</sup> Sofern nicht der Tatbestand einer Zollwiderhandlung erfüllt ist, wird mit Busse bis zu 5000 Franken bestraft, wer vorsätzlich oder grobfahrlässig verstösst:

a. gegen eine Vorschrift der Zollgesetzgebung, eines völkerrechtlichen Vertrags oder gegen eine ihrer Ausführungsbestimmungen, soweit ein Erlass die Übertretung dieser Vorschrift für strafbar erklärt; oder

b. gegen eine unter Hinweis auf die Strafdrohung dieses Artikels an ihn gerichtete *Verfügung*.

<sup>2</sup> Widerhandlungen gegen mündliche Anordnungen des Personals der EZV oder gegen *Anordnungen*, die durch *Signale oder Tafeln* getroffen werden, werden mit Busse bis zu 2000 Franken bestraft. Für die Anordnung ist kein Hinweis auf die Strafdrohung dieses Artikels erforderlich.

Art. 127 ZG ist eine Blankettstrafnorm, also eine Strafnorm, die zwar eine Strafe androht, aber für die (konkrete) Umschreibung der Tathandlung auf eine andere Norm verweist. Eine Blankettstrafnorm enthält typischerweise zwar durchaus einen Tatbestand, allerdings in stark abstrakter Form. So auch bei Art. 127 Abs. 1 lit. b ZG wo, ganz ähnlich wie bei Art. 292 StGB, der Tatbestand mit dem Verstoss gegen eine an den Täter gerichtete Verfügung umschrieben wird. Einen konkreteren, und damit überhaupt erst befolgbaren Tatbestand liefert eine Blankettstrafnorm in der Regel mit dem Verweis auf eine andere Norm.

Damit wird aber der Verweis auf Art. 127 ZG von vornherein suspekt, denn damit dieser Verweis irgendetwas leisten kann, muss zugleich eine andere Norm genannt werden. Blankettstrafnormen können alleine schliesslich gar keine Strafbarkeit begründen. Wenn also die EZV als gesetzliche Grundlage für Bussen wegen Einkaufstourismus eine Blankettstrafnorm angibt (Art. 127 ZG), weiss man schon alleine deshalb, dass damit nur die Hälfte der gesetzlichen Grundlage angegeben worden ist.

Ohne dass auf einen Tatbestand in einer anderen Norm verwiesen wird, die den abstrakten Tatbestand der Blankettstrafnorm konkretisiert und damit genügen präzise umschreibt, dass eine Befolgung – und entsprechend im umgekehrten Fall auch der Vorwurf der Nicht-Befolgung – überhaupt erst möglich werden, besteht für einen Vorwurf der Nicht-Befolgung schlicht keine gesetzliche Grundlage. Wollte man das anders sehen, so wäre das etwa so, als würde man auf der Strafandrohung nach Art. 292 StGB beharren, wäre aber nicht in der Lage, die Verfügung anzugeben, die das relevante Verhalten umschreibt.

Analog und deutlicher gesprochen: Würde eine Behörde Menschen mit Bussen bestrafen, weil sie einen auf einer Stange aufgehängten Hut nicht grüssten – worauf die Behörde mit entsprechenden Plakaten hinweisen würde –, könnte sich die Behörde nicht mit einem Verweis auf Art. 292 StGB rechtfertigen. Art. 292 StGB ist nur anwendbar, wenn die Behörde von vornherein die Kompetenz hat, per Verfügung allfälligen Passanten eine Hutgrüsspflicht aufzuerlegen. Hat sie das nicht, nützt ein Verweis auf Art. 292 StGB nichts. Analog – und damit analog falsch – ist aber die Argumentation der EZV mit Art. 127 ZG.

Lässt man diese Einwände fürs Erste beiseite und schaut sich die Referenzpunkte, die Art. 127 ZG erwähnt, an, verbessert sich das Bild allerdings nicht:

Art. 127 Abs. 1 lit. a ZG verweist auf die Zollgesetzgebung, die völkerrechtlichen Verträge sowie die dazugehörigen Ausführungsvorschriften. Art. 127 Abs. 1 lit. b ZG verweist dagegen auf Verfügungen und Art. 127 Abs. 2 ZG schliesslich verweist auf mündliche Anordnungen oder auf Signale oder Tafeln.

Ein völkerrechtlicher Vertrag, der die Ausreise zum Zwecke des Einkaufstourismus untersagen würde, existiert nicht. Am ehesten kommen noch die folgenden völkerrechtlichen Verträge in Frage: (1) das Abkommen vom 21. Juni 1992



zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten andererseits über die Freizügigkeit und (2) die Verordnung (EU) 2016/399 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 9. März 2016 über einen Gemeinschaftskodex für das Überschreiten der Grenzen durch Personen (Schengener Grenzkodex). Beide aber zielen viel eher auf einen möglichst ungehinderten Grenzverkehr. Man wird also kaum Glück haben, wenn man da eine gesetzliche Grundlage für das Verbot von Einkaufstourismus mit zugehöriger Ordnungsbusse sucht.

Auch die Zollgesetzgebung, also das ZG, enthält keine Bestimmung, die es der EZV erlauben würde, Ausreisen für bestimmte Aktivitäten zu untersagen. Daher erübrigt sich auch die Suche nach Ausführungsvorschriften. Damit ist Art. 127 Abs. 1 lit. a ZG nicht anwendbar und auch die Verfügungen aus Abs. 1 lit. b und die Anordnungen, ob mündlich oder per Tafeln, fallen weg. Denn auch für Verfügungen und Anordnungen von Seiten der Behörden, wäre wiederum eine gesetzliche Grundlage notwendig.

Als Abgrenzungsbeispiel und zur Illustration, wofür Art. 127 ZG zulässigerweise vorgesehen wäre, mag folgende Überlegung genügen: Die Zollbehörden dürfen gestützt auf Art. 101 ZG Personen anlässlich des Grenzübertritts anhalten. Gestützt auf diese Norm dürfen sie anordnen, dass die betreffende Person ihr Fahrzeug anhält, abstellt, aussteigt und sich im Hinblick auf zollbehördliche Abklärungen in die Räumlichkeiten der Zollbehörde begibt. Weigert sich eine angehaltene Person solchen Anordnungen Folge zu leisten, kommt eine Bestrafung nach Art. 127 ZG in Frage.

## VI. Analogie zum Strassenverkehrsgesetz

Auch die Analogie zum Strassenverkehrsgesetz überzeugt nicht. Ordnungsbussen im Strassenverkehrsrecht sind im Anhang 1 der Ordnungsbussenverordnung (OBV) geregelt. Sie kommen laut Ordnungsbussengesetz (OBG) dann zur

Anwendung, wenn (1) eine Übertretung nach einem Gesetz oder einer Verordnung begangen wird, die von Art. 1 OBG aufgelistet werden, und (2) der Übertretungstatbestand nach Art. 1 Abs. 2 OBG in einer der in Art. 15 OBG genannten Listen aufgeführt ist, sowie (3) keine der Ausnahmen der Art. 4 OBG oder 1 Abs. 3 OBG vorliegt. Sind diese Voraussetzungen gegeben, wird das vereinfachte Ordnungsbussenverfahren nach OBG angewandt. Dabei handelt es sich um Strafrecht, weswegen auch die strafrechtlichen Grundsätze gelten, mit der einzigen Ausnahme, dass aufgrund von Art. 1 Abs. 5 OBG Vorleben und persönliche Verhältnisse der beschuldigten Person nicht berücksichtigt werden.

Ein Beispiel wäre etwa das Fahren mit einem Motorrad auf einem Trottoir, was laut Ziffer 301 der Bussenliste 1 in Anhang 1 der OBV mit einer Ordnungsbusse von 100 CHF bestraft wird. Dieser Ordnungsbussentatbestand legt die Ordnungsbusse für die Missachtung von Art. 43 Abs. 2 SVG fest. Und hier liegt auch der kleine, aber feine Unterschied zum gewagten zollbehördlichen Analogieschluss zwischen Ordnungsbussen im Strassenverkehr und den Einkaufstourismus-Ordnungsbussen an der Grenze: Das Fahren mit einem Motorrad auf einem Trottoir ist erstens ohne OBG bereits verboten (Art. 43 Abs. 2 SVG) und zweitens auch ohne OBG bereits mit Strafe bedroht (Art. 90 Abs. 1 SVG). Das OBG und die OBV verändern diesbezüglich nur, dass der Bussenbetrag festgelegt ist und im vereinfachten Ordnungsbussenverfahren ausgesprochen wird, statt in einem ordentlichen Strafverfahren.

Ganz anders hingegen die Ordnungsbussen für Einkaufstourismus, für die vor dem 17. April eben gerade keine gesetzliche Grundlage existierte und für die daher auch nicht eine «gewisse kasuistische, eine Fallerfahrung» entstehen kann. Kasuistik bedingt eine gesetzliche Grundlage. Eine Behörde hingegen, die an den Landesgrenzen stationiert, anderen Menschen ohne gesetzliche Grundlage Geld abnimmt,

betreibt rechtlich betrachtet nicht Kasuistik, sondern höchstens ungerechtfertigte Bereicherung und Wegelagerei.

### VII. Wie weiter?

Das Bundesstrafgericht hatte sich kürzlich mit der Sache zu befassen und kam zum Schluss, dass den Ordnungsbussen für Einkaufstourismus bis zum Erlass von Art. 3a der Verordnung jede gesetzliche Grundlage fehlte (vgl. hierzu [srf.ch](http://srf.ch)).

Die zeitweilig recht intensive Berichterstattung hat auch die Geschäftsprüfungskommission des Ständerates (GPK-S) auf das Vorgehen der Zollverwaltung aufmerksam werden lassen. Die GPK-S kündigte in ihrem Jahresbericht 2020 vom 26. Januar 2021 (abrufbar unter: [parlament.ch](http://parlament.ch), zitierte Stelle S. 78 f.) an sich «[...] insbesondere mit den von der EZV ausgesprochenen Bussen, der Kommunikation der EZV während der Krise und der Zusammenarbeit der verschiedenen Behörden sowohl bei der Vorbereitung der Umsetzung der Beschlüsse als auch bei deren praktischen Umsetzung vor Ort zu befassen». Der ent-

sprechende Bericht ist am 25. Juni 2021 publiziert worden (abrufbar unter: [parlament.ch](http://parlament.ch)).

Das rechtsstaatliche Trauerspiel mit der an den Grenzen der Schweiz (und der Legalität) «Kasuistik» betreibenden «Einsatzorganisation» wird hoffentlich eine Ausnahme bleiben.



**Vgl. auch die Videos auf unserem Youtube-Kanal:**

- [ContraLegem Aktuell, Nr. 1a - Strafe ohne Gesetz.](#)

- [ContraLegem Aktuell, Nr. 1b - Strafe ohne Gesetz.](#)



# Vermisstenanzeige oder Was gehört in eine MROS-Meldung

Die Sorgfaltspflichten von Banken, die sich aus dem Geldwäschereigesetz, der Geldwäschereiverordnung und der Geldwäschereiverordnung-FINMA ergeben, sind hinsichtlich bekannt.

Ebenfalls hinsichtlich bekannt ist die Sorgfalt, mit der die Banken diese Sorgfaltspflichten umsetzen. Etwas Anderes wäre ja auch überraschend.

Die Identifikation der Gelder und der Geschäfte steht dabei im Mittelpunkt. Jedenfalls so sehr im Mittelpunkt, wie die Identifikation der Kunden. Man muss ja Alles wissen. Und etwas mehr. Und die Identifikation des Kunden bezieht sich nicht nur auf die Person des Kunden, sondern wohl auch auf dessen Aufenthalt.

Die hier auszugeschweifte vorgelegte MROS Meldung der Credit Suisse AG («CS») an die Meldestelle für Geldwäscherei zeigt, wie sorgfältig bei der «Identifikation» vorgegangen wird. Die CS erstattete diese Verdachtsmeldung 2016, weil sie bei der «Identifikation» Unregelmässigkeiten vorfand.

Interessant und aufschlussreich sind die Ausführungen der CS unter dem Punkt «Wie hat sich der Vorgang abgespielt, welcher sie zu dieser Meldung veranlasste». Im ersten Abschnitt beschreibt die CS allgemein die Geschäftsbeziehung.

Im zweiten Abschnitt wird sie konkreter: «Gemäss Medienberichten von Anfang Februar 2016 soll seit Wochen unklar sein, wo sich XXXX [i.e. der wirtschaftlich Berechtigte ihres Kunden, nennen wir ihn mal Herr Z.] befinde, so habe er sich auch nicht wie üblich an den Bob-Weltcup Rennen in St. Moritz gezeigt».

Laut Medienberichten soll also unklar sein, wo Herr Z. sich seit Anfang Februar 2016 aufhalte. E contrario heisst das, Herr Z. müsste, um nicht verdächtig zu sein, den Medien stets mitteilen, wo er sich befindet. Etwas Anderes wäre, nun ja, verdächtig. Es stellen sich zwar Fragen, wie beispielsweise welche Medien Herr Z. genau informieren müsste, dies wie oft und ob es ausreiche, dass er regelmässig Bescheid gäbe oder auch spontane Reisen angegeben werden müssten, aber der Grundgedanke ist klar: Nur wenn die Medien wissen, wo Herr Z. sich aufhalte, ist sein Verhalten unverdächtig. Ob

Herr Z. müsste, um nicht verdächtig zu sein, den Medien stets mitteilen, wo er sich befindet.

man den Medien – im Umkehrschluss – eine regelmässige Publikationspflicht in Bezug auf den Aufenthaltsort von Herrn Z. aufbürden kann, ist eine weitere interessante rechtliche Frage, interessierte Dissertanten melden sich bitte bei der Redaktion dieser Zeitschrift. Und es bräuchte, das ist klar, auch eine Liste, welche die Medien nach ihrer Seriosität und Glaubwürdigkeit bewertet, um im Falle widersprüchlicher Angaben entscheiden zu können, ob der Aufenthalt von Herrn Z. nun bestimmbar sei oder nicht.

Die CS hat aber – sorgfältig wie sie ist – ihre Verdachtsmeldung nicht nur auf Medienberichte basiert, sondern eigenständig und gewissenhaft ihren Sorgfaltspflichten folgend noch Abklärungen getroffen. So gibt sie der Meldestelle für Geldwäscherei an, dass Herr Z. sich «auch nicht wie üblich an den Bob-Weltcup Rennen in St. Moritz gezeigt» hätte. Das weiss die CS. Die Frage, die sich aber aufdrängt, ist: woher weiss die CS das? Hat sie Anfragen an alle Hotels (nur mit fünf Sternen oder auch Jugendherbergen?) und Restaurants (nur die von Gault Millau empfohlenen oder auch Bratwurststände am Strassenrand?) in St. Moritz und der Umgebung gestellt? Hat sie, etwas offizieller, in der Gemeinde oder gleich im ganzen Kanton Suchmeldungen bei der

Polizei in Auftrag gegeben? Hat sie von allen in der Schweiz landenden Flugzeugen die Flugzeugpassagierlisten geprüft oder bei der SBB eine entsprechende Anfrage platziert (falls Herr Z. umweltbewusst das Flugzeug gegen den Zug getauscht hätte)? Hat sie den Zoll angerufen und dort gefragt, ob eine Einreise des Herrn Z. vermerkt worden ist? Hat sie die Besucherlisten der Bob-Weltcup Rennen überprüft? Hat sie die Kameras auf privatem und öffentlichem Grund in St. Moritz, in Graubünden oder gleich in der ganzen Schweiz ausgewertet? Oder hat sie, wie auch bei wichtigen Mitarbeitern, sich für den Einsatz von Privatdetektiven entschieden?

Aulus Gellius



# Anhang zur Vermisstenanzeige

18018/61

<b>Meldung gemäss Art. 305<sup>ter</sup> Abs. 2 StGB</b>				
<b>Meldestelle für Geldwäscherei</b> Bundesamt für Polizei Nussbaumstrasse 29 3003 Bern Telefax 031-323 39 39 Telefon 031-323 40 40	<table border="1" style="border-collapse: collapse;"> <tr><td style="text-align: center;">Eingang</td></tr> <tr><td style="text-align: center;">[REDACTED] 2016</td></tr> <tr><td style="text-align: center;">MROS</td></tr> </table>	Eingang	[REDACTED] 2016	MROS
Eingang				
[REDACTED] 2016				
MROS				

## Absender (Angaben zum Finanzintermediär)

Firma	: Credit Suisse AG
Strasse	: Postfach
PLZ / Ort	: 8070 Zürich
Datum der Meldung	: [REDACTED] 2016
Referenz-Nr. des Absenders	: [REDACTED]
Anzahl Seiten (exkl. Beilagen)	: 4

## Angaben zur Geschäftsbeziehung

Ort der Geschäftsbeziehung	: Zürich, Hauptsitz
Konto-/Depot-Nummer(n)	: [REDACTED]

Firma	: [REDACTED]
Domiziladresse	: [REDACTED]

Identifikationsdokument und deren Nummer	: Handelsregisterauszug
Ausstellende Behörde	: [REDACTED]
Art der Korrespondenz-zustellung	: Originale gehen an die [REDACTED], [REDACTED]
Kontoart	: Kontokorrentkonto/Depot

## Angaben zu Bevollmächtigten bzw. Zeichnungsberechtigten

Name und Vorname	: [REDACTED]
Sitz	: [REDACTED]
Bevollmächtigt oder zeichnungsberechtigt?	: Einzelzeichnungsberechtigt sind:
	: [REDACTED]
	: [REDACTED]

Meldung gemäss Art. 305<sup>ter</sup> Abs. 2 StGB

Name und Vorname	:	[REDACTED]
Sitz	:	[REDACTED]
Bevollmächtigt oder zeichnungsberechtigt?	:	Beschränkte EAM Vollmacht

## Anfragen zum wirtschaftlich Berechtigten

Ist der wirtschaftlich Berechtigte identisch mit dem Vertragspartner?	:	Nein
Falls nein, Name, Vorname und Domiziladresse des wirtschaftlich Berechtigten	:	[REDACTED]

## Wie hat sich der Vorgang abgespielt, welcher Sie zur Meldung veranlasste?

Die Geschäftsbeziehung [REDACTED], lautend auf [REDACTED] ([REDACTED]), wurde am [REDACTED] bei der damaligen Bank Leu AG (heute Credit Suisse AG), eröffnet. Die [REDACTED] ist einzelzeichnungsberechtigt, die [REDACTED] hat eine beschränkte EAM-Vollmacht. [REDACTED] (nachfolgend [REDACTED]) ist wirtschaftlich Berechtigter an den eingebrachten Vermögenswerten (Formalitäten, **Beilage 1**). Die Kundin gab an, dass die Vermögenswerte im Zusammenhang mit der Abwicklung des gesamten Zahlungsverkehrs des wirtschaftlich Berechtigten, [REDACTED], stammen. Dabei geht es u.a. um Zahlungen im Zusammenhang mit dem [REDACTED] (nachfolgend [REDACTED]), dessen Präsidium [REDACTED] inne hat. Des Weiteren würde die Ausschüttung von Gewinnen im Rahmen von Beteiligungen erwartet und Hypothekarzinsen für eine Liegenschaft von [REDACTED] in London gezahlt. Die Geschäftsbeziehung weist Vermögenswerte in Höhe von USD 3.24 Mio. aus (Übersicht über die Geschäftsbeziehung, **Beilage 2**).

Gemäss Medienberichten von Anfang Februar 2016 soll seit Wochen unklar sein, wo sich [REDACTED] befinde, so habe er sich auch nicht wie üblich an den Bob-Weltcup Rennen in St. Moritz gezeigt. [REDACTED] soll Russland im Dezember in Richtung Monaco verlassen haben. Hintergrund seien Unregelmässigkeiten bei der russischen [REDACTED], an der er und seine Schwester [REDACTED] wesentliche Anteile besitzen sollen. [REDACTED] soll am [REDACTED] Russland wegen Verdachts auf Betrug und Veruntreuung von Kundenvermögen im Wert von einigen Milliarden Schweizer Franken verhaftet worden sein. Sowohl zu [REDACTED] als auch zu dessen Schwester gibt es entsprechende Einträge in der Datenbank World-Check (Profile der beiden Personen, **Beilage 3** und **Beilage 4**).

# Literaturhinweis: Murder Under the Microscope

Wie werden Tötungen untersucht und welche Rolle spielt die forensische Wissenschaft bei der Ermittlung von Verbrechen? Jim Fraser ist ein forensischer Wissenschaftler, der als Sachverständiger und Gutachter für ungeklärte Fälle an hunderten von Morduntersuchungen beteiligt war. Er hat viele Male vor Gericht ausgesagt. In seinem *Murder under the Microscope* lässt er uns teilhaben an seinen Erinnerungen an ausgewählte Fälle, von den 80er Jahren bis heute. «Mit dabei» sind auch einige Fälle von «bekanntem» Serienmördern, minderjährigen Opfern, Justizirrtümern, fragwürdigen Ermittlungen, polizeilichem Fehlverhalten und Fälle, die bis heute ungelöst oder strittig sind. Jeder Fall birgt seine eigenen Schwierigkeiten mit sich, kein Thema wird ausgelassen. Der Fokus liegt weniger auf den Verbrechen selbst, als auf all dem, was nach der Tat passiert. Wer eine «dünne» Haut besitzt, erspart sich wohl am besten die akribischen, wissenschaftlichen Beschreibungen der Details der einzelnen Taten.

Das Buch ist zum einen eine Einladung in die wissenschaftliche Forensik und ihre Vorgehensweisen. Fraser zeigt unter anderem auf, was alles im Labor überhaupt entdeckt und nachgewiesen werden kann und was nicht, und wie bspw. DNA-, Faser- und Blutflecken-Analysen vorgenommen werden, welche Schlüsse daraus zu ziehen sind und welche Relevanz ihnen im Verfahren zukommt. Lehrreich und überraschend sind dabei die Vorgehensweise und Realität der Forensik.

Darüber hinaus beschreibt und analysiert das Buch aber auch das System der Strafverfolgung im Vereinigten Königreich überhaupt, mit allen beteiligten «Lebenswelten», wie etwa Arbeitskollegen, Polizisten, Anwälten, Gerichten und Medien. Die Lebenswelt der Polizei erfährt

dabei besonders viel Kritik, weil bei mehreren der beschriebenen Fälle gravierende, aber vermeidbare Fehler passiert sind, oder das Ego der Polizisten die Ermittlungen gefährdet und manchmal sogar den ganzen Fall torpediert hat. Je länger man liest, umso unwohler wird es einem. Ein funktionierendes Ermittlungssystem scheint ein Ding der Unmöglichkeit angesichts so vieler unterschiedlicher Zielsetzungen, die sich gegenseitig nicht verstehen und andere Werte priorisieren, was letztlich die Zusammenarbeit gefährdet.

Wer sich für die Justiz und die darin verfangenen Menschen interessiert, dem sei dieses Buch wärmstens empfohlen.

Stefanie Bernet

*Jim Fraser, Murder Under the Microscope, A Personal History of Homicide, Atlantic Books, London 2020.*

# Tagungsbericht: 2. Financial Law Conference 2019

*Niggli & Muskens*

Im Mai 2019 fand die zweite Financial Law Conference statt. Die Tagung widmete sich der Geheimhaltung (Brennendes Geheimnis – Erlangung und Verwertung von Informationen), namentlich Selbstbelastenden Aussagen in Enforcementverfahren der FINMA und deren Verwendung im Strafprozess, der internationalen Kooperation im Spannungsfeld der Staatsschutzbestimmungen und internen Untersuchungen (Von der internen Untersuchung zur externen Heimsuchung – was nützen mir interne Untersuchungen extern?). Die nachfolgenden Beiträge von **Michael Kunz** und **Markus Husmann** stammen von dieser Tagung.



# Internationale Kooperation im Spannungsfeld der Staatsschutzbestimmungen

Markus Husmann

## Amts- und Rechtshilfe im Zeitalter des «Dataismus»

In Frankreich und Spanien ist er ein Held: **Hervé Falciani**. Als Bankmitarbeiter hatte er umfangreiche Sätze von Bankkundendaten entwendet und den französischen Behörden anschliessend entsprechende Listen von mutmasslichen Steuersündern übergeben – mit weitreichenden Folgen.

Die Causa **Falciani** ist kein Einzelfall. Daten haben heute einen ungeheuren Wert, nicht zu Unrecht spricht der Historiker **Yuval Noah Harari** vom Zeitalter des «Dataismus». Während wir im Internet freimütig unsere Alltagsdaten preisgeben, wird dieses Gut anderswo von Privaten und Staaten sorgfältig geschützt. Hierbei bilden die nationalstaatlichen Grenzen weiterhin einen zentralen Faktor. Das Völkerrecht verbietet Übergriffe fremder Staatsgewalt auf das souveräne Gebiet eines anderen Staates. Zulässig ist ein Zugriff nur im Rahmen internationaler Kooperation, d.h. unter Beachtung völkerrechtlicher, zwischenstaatlicher Verträge wie bspw. der zahlreichen steuerrechtlichen Amtshilfeabkommen. Ebenso ist das nationale Amts- und Rechtshilferegelerwerk zu respektieren, dazu gehört etwa das Rechtshilfegesetz (IRSG). Werden diese Regeln nicht eingehalten, tangiert dies die schweizerische Souveränität.

In der Praxis geschieht dies oft, dazu zwei Paradebeispiele: Bestens bekannt ist einmal,

dass im **Common Law** die Parteien – teils unter Androhung von Sanktionen («subpoena») – ungeachtet der Rechtshilfavorschriften gezwungen werden, Beweismittel aus der Schweiz zu beschaffen und den ausländischen Justizbehörden einzureichen. Zum anderen hat der **Steuerstreit** gezeigt, dass – wo der Rechtsrahmen ausländischen Beamten zu eng erscheint (siehe etwa den Ausschluss der Rechtshilfe wegen Fiskaldelikten gemäss Art. 3 Abs. 3 IRSG) – offenbar eine grosse Bereitschaft besteht «alternative» Wege zu finden, dennoch an Daten zu gelangen.

## Staatsschutzbestimmungen als Strafbarkeitsrisiko

Die Schweiz hat in diesem Zusammenhang schon sehr früh strafrechtliche Staatsschutzbestimmungen eingeführt (sog. «**blocking statutes**»). Die bedeutsamste Bestimmung ist Art. 271 StGB, der sogenannte verbotene Handlungen für einen fremden Staat unter Strafe stellt. Wirkungsmächtig ist ebenso Art. 273 StGB zum verbotenen wirtschaftlichen Nachrichtendienst, er verbietet das Auskundschaften von schützenswerten wirtschaftlichen Tatsachen bzw. deren Verrat an ausländische Unternehmung, Organisationen und Staaten. Im Resultat kommt diesen Strafnormen heute die Funktion von Verbotsnormen zum Amts- und Rechtshilferegelerwerk zu, indem sie gegen wilde Amtshilfe, «**entraide sauvage**», gerichtet werden.

Für Akteure, die international tätig sind und mehreren Rechtsordnungen unterworfen sind,

bergen diese Staatsschutzbestimmungen daher ein nicht zu unterschätzendes Strafbarkeitsrisiko. Ein aktuelles Beispiel illustriert das:

### **Strafbare Herausgabe von Bankkundendaten?**

Hintergrund des Falles war der Steuerstreit zwischen der Schweiz bzw. der enorme Druck, der seit der Weltwirtschaftskrise ab 2008 auf dem schweizerischen Finanzwesen lastete. Eine der betroffenen Vermögensverwaltungsgesellschaft beabsichtigte einen Deal mit den US-Behörden, namentlich den Abschluss eines **Non-Prosecution Agreements**. Doch die amerikanischen Behörden verlangten im Gegenzug die Herausgabe von Kundendaten, wobei sie es ablehnten, diese auf dem Rechts- und Amtshilfeweg zu beschaffen. Die Vermögensverwaltungsgesellschaft hatte damit zu rechnen, dass die US-Behörden einschneidende Massnahmen ergreifen würden, wenn sie die einverlangten Informationen nicht offengelegen würde. Vor diesem Hintergrund liess der Verwaltungsrat ein Gutachten erstellen zur Frage, ob eine solche Datenherausgabe ausserhalb des Amts- und Rechtshilfeweges zulässig sei. Dieses erachtete eine Verletzung von Art. 271 als eher unwahrscheinlich («rather unlikely»), ein daraufhin in Auftrag gegebenes professorales Zweitgutachten schloss eine Strafbarkeit gänzlich aus («auf jeden Fall»). In der Folge reiste der Verwaltungsratspräsident in die USA und liess dem **Department of Justice** einen USB-Stick mit insgesamt 109 Kundendossiers übergeben. Die Bundesanwaltschaft klagte ihn in der Folge an wegen verbotener Handlung für einen fremden Staat.

Das **Bundesstrafgericht** (BStGer, **SK.2017.64**, 9.5.2018) sprach den Angeklagten erstinstanzlich frei. Es bejahte vorerst mit einer bemerkenswerten Begründung den objektiven Tatbestand: Wer Dritte betreffende Informationen, die vom schweizerischen **ordre public** geschützt sind – i.c. Bankkundendaten – an eine ausländische Behörde ausserhalb des Amts- oder Rechtshilfewegs bzw. ohne Bewilligung herausgibt, verhalte sich tatbestandsmässig (E. 4.2.7). In subjektiver Hinsicht verneinte es das Wissen

über die Verbotenheit, zumal der Angeklagte – aufgrund der Gutachten – an die Rechtmässigkeit seiner Vorgehensweise geglaubt habe (E. 4.3). Das von der Bundesanwaltschaft angerufene **Bundesgericht** (BGer, **6B 804/2018**, 4.12.2018) hielt u.a. fest, der Glaube an die Rechtmässigkeit der Vorgehensweise sei eine «Fehlvorstellung», «der Bedeutungssinn der Amtshandlung für einen fremden Staat [sei] zutreffend erfasst» worden (E. 3.1, 3.1.2). Damit taxierte es die vorgeworfene Handlung nach hier vertretener Ansicht unzweifelhaft als unrechtmässige Handlung für einen fremden Staat – wenn es auch darauf verzichtete, seine Position zu begründen. In subjektiver Hinsicht widersprach das Bundesgericht der Vorinstanz: Das Bewusstsein der Rechtswidrigkeit sei kein rechtlich geprägtes subjektives Tatbestandsmerkmal. Die irrige Annahme, zur Herausgabe solcher Dossiers berechtigt zu sein, tangiere nicht den Vorsatz, sondern vermöge einen Verbotsirrtum zu begründen. Da vorliegend insbesondere die zwei Gutachten nicht eindeutig (genug) gewesen sein sollen, sei der Verbotsirrtum vermeidbar gewesen (vgl. dazu **Graf**, Zum [Un-]Wert von Rechtsgutachten im Strafrecht, **ContraLegem 2019/1**, 24 ff.). Es wies die Angelegenheit zurück an das **Bundesstrafgericht**, das – dem Bundesgericht folgend – in Verneinung einer Notstandssituation einen Schuldspruch fällte (BStGer, 2.5.2019, **SK.2018.71**). Im Dezember letzten Jahres hatte die neu geschaffene **Berufungskammer des Bundesstrafgerichts** über eine dagegen erhobene Berufung zu entscheiden. Nach eingehender Prüfung ihrer Kognition gelangte die Kammer zum Schluss, dass das Bundesgericht trotz der erwähnten Erwägungen *nicht* rechtsverbindlich über den objektiven Tatbestand entschieden hatte (BStGer, Berufungskammer, **CA.2019.6**, 5.12.2019, E. 3.11.9), was zumindest im Resultat im Lichte des fair trial-Grundsatzes nicht falsch erscheint. In der Folge bejahte die Kammer mit überzeugender Begründung den objektiven Tatbestand: Grundsätzlich dürfen nur Informationen herausgegeben werden, über die frei verfügt werden könne. Dies sei bei identifizierenden Informationen über Dritte nicht der

Fall, weil **nur via Amts- und Rechtshilfe prozessual die Geheimhaltungs- und Offenlegungspflichten abgewogen und der Spezialitätsgrundsatz gewährleistet werden könne** (E. 1.1.1.4). Auch die geltend gemachten Rechtfertigungsgründe wurden verneint. Das Urteil wurde weitergezogen, womit sich erneut das Bundesgericht damit zu beschäftigen hat.

Dass derartige Komplexe selten vor Gericht verhandelt werden, darf nicht darüber hinwegtäuschen, dass der Art. 271 StGB und die Problematik seines Anwendungsbereichs in der Praxis von grosser Relevanz und Aktualität sind (vgl. etwa zur strafbaren Zustellung von Gerichtskorrespondenz in die Schweiz, TPF 2018 16 sowie BStGer, 18.12.2018, SK.2018.28).

#### **Datenhehlerei auf höchster Ebene belohnen?**

Zurück zum Fall **Falciani**: Auch er wurde verurteilt, in einem Kontumazialurteil wurde eine 5-jährige Freiheitsstrafe wegen mehrfachen versuchten qualifizierten wirtschaftlichen Nachrichtendienstes ausgesprochen (SK.2014.46, 27.11.2015, TPF 2016 28). Der französische Staat seinerseits knöpfte sich die angeblichen Steuer-sünder vor und reichte diese sogenannte **Falciani**-Liste offenbar an zahlreiche andere Staaten weiter. Basierend darauf wurden unzählige Steuerstrafverfahren in Frankreich und in zahlreichen weiteren Ländern eröffnet. Als Konsequenz folgte eine Flut von Amts- bzw. Rechtshilfesuchen an Schweiz. In diesem Kontext war die immer gleiche Frage zu beantworten: **Dürfen Informationen geliefert werden, wenn das Gesuch auf gestohlene Daten zurückgeht?**

Bereits in BGE 143 II 202 hatte das Bundesgericht festgehalten, dass der Grundsatz von Treu und Glauben als allgemeiner völkerrechtlicher Grundsatz gelte, weshalb eine Umkehr der Annahme des guten Glaubens zulasten eines fremden Staates auf konkreten Elementen beruhen müsse. Daneben hatte sich das Gericht eingehend mit Art. 7 lit. c StAhiG befasst, wonach auf ein Gesuch nicht einzutreten ist, wenn «es den Grundsatz von Treu und Glauben verletzt,

*insbesondere wenn es auf Informationen beruht, die durch nach schweizerischem Recht strafbare Handlungen erlangt worden sind*». Es hielt fest, dass Handlungen nach Art. 7 lit. c StAhiG in der Schweiz *tatsächlich strafbar* sein müssen. Weil im konkreten Fall das Gesuch zwar auf entwendeten Daten basierte, aber nicht erstellt war, dass die Liste von *schweizerischen* Angestellten stammte (E. 8.6), liege nach Schweizer Recht keine Strafbarkeit vor, weshalb das Gesuch gutgeheissen worden ist.

Damit übersieht das Gericht nicht nur, dass im Rahmen des verbotenen Nachrichtendienstes auch Auslandstaten strafbar sind (*Staatsschutzprinzip*, Art. 4 StGB); darüber hinaus ist auch nicht nachvollziehbar, warum der Grundsatz von Treu und Glauben sich beschränken soll auf Daten, die in der Schweiz lagern. Der völkerrechtliche Grundsatz von Treu und Glauben kann nicht durch eine nationale Neuprägung sublimiert werden. Daran ändert auch nichts, dass offenbar auch andere Staaten daran sind, am Grundsatz des Vertrauens zu sägen (vgl. § 202d StGB-DE, wonach der Tatbestand der Datenhehlerei nicht zur Anwendung gelangt bei der Erfüllung dienstlicher oder beruflicher Pflichten).

BGE 143 II 224 betraf ein französisches Amtshilfesuchen, das seinen Ursprung in der **Falciani**-Liste hatte. Zuvor hatte Frankreich der Schweiz zugesichert, dass die **Falciani**-Daten nicht verwenden würden, um Amtshilfeersuchen zu stellen. Das Gericht hielt fest, dass das Prinzip von Treu und Glauben einen Staat in seinem berechtigten Vertrauen schütze, das der ersuchende Staat durch Erklärungen oder Verhaltensweisen bei ihm geweckt hatte. Betreffend Art. 7 lit. c StAhiG hielt es fest, dass dieser keine unzulässige Einschränkung der internationalen Verpflichtungen der Schweiz darstelle, sondern sich darauf beschränke, die Schweiz als ersuchter Staat zu *verpflichten* (also ein Ermessen ausschliesst), auf ein Gesuch nicht einzutreten, wenn es gegen den Grundsatz von Treu und Glauben verstösst. Im Zusammenhang mit der Amtshilfe in Steuersachen würde ein

Staat, der schweizerische Bankdaten *kauft*, um sie danach für Amtshilfegesuche zu verwenden, ein Verhalten an den Tag legen, das nicht mit dem Grundsatz von Treu und Glauben vereinbar wäre. Da das Ersuchen gegen das aus der Zusicherung gewonnene legitime Vertrauen der Schweiz verstiesse, wurde es abgelehnt.

Der Steuerstreit hat gezeigt, dass – wo der Rechtsrahmen ausländischen Beamten zu eng erscheint – offenbar eine grosse Bereitschaft besteht, «alternative» Wege zu finden, dennoch an Daten zu gelangen.

Ein weiterer Entscheid betraf Indien (BGer, 2C 648/2017, 17.7.18), das offenbar die Daten amtshilfeweise von Frankreich erhalten hatte und das keine Zusicherung abgegeben hatte, dass sich das Ersuchen nicht auf Daten aus nach schweizerischem Recht strafbaren Handlungen abstützte. Das Bundesgericht präzisierete, dass nicht nur bei der Missachtung vorheriger ausdrücklicher Zusicherungen ein treuwidriges Handeln vorliegen könne. Zumindest der Kauf illegal erworbener Daten und ein anschliessend darauf abgestütztes Amtshilfeersuchen stelle auch dann einen Verstoss gegen Treu und Glauben dar, wenn der ersuchende Staat nicht vorab ausdrücklich versichert hat, ein solches Verhalten zu unterlassen

(E. 2.3.4). Umgekehrt entscheide es aber, dass das *bloisse Verwenden illegal erworbener Daten* durch den ersuchenden Staat noch kein treuwidriges Verhalten darstelle, weshalb auf Ersuchen, die sich auf Daten deliktischen Ursprungs stützen, einzutreten sei, solange der ersuchende Staat die Daten nicht gekauft hat, um sie danach für ein Amtshilfeersuchen zu verwenden. Dementsprechend wurde das Gesuch von Bundesgericht gutgeheissen.

Mit anderen Worten konnten die Daten durch das «Weiterreichen» von Frankreich nach Indien nach Ansicht des Bundesgerichts *weissgewaschen werden*. Dass eine solche Position rechtsstaatlich nicht richtig sein kann, hat das Bundesstrafgericht zu Recht – gleichentags! – mit deutlichen Worten festgehalten (BStGer, RR.2017.338, 17.7.2018, E. 3.4.6): «Erlangt der ersuchende Staat die in der Schweiz gestohlenen Bankdaten nicht direkt über den Daten-Dieb, sondern über den Staat, welcher die gestohlenen Daten zuvor vom Daten-Dieb angenommen hat, und stellt er gestützt darauf ein Rechtshilfeersuchen an die Schweiz, stellt nach dem Gesagten ein solches Vorgehen des ersuchenden Staates entsprechend dem seit Jahren unveränderten Rechtsverständnis der Schweizer Rechtshilfebehörden ebenfalls eine Verletzung des Grundsatzes von Treu und Glauben dar.» In der Folge hat das Bundesstrafgericht diese Auffassung mehrfach bestätigt, und dabei betont, dass sich diese Auffassung offenkundig *weder auf Bankdaten noch auf Daten, die in der Schweiz gestohlen worden sind, beschränke* (statt vieler BStGer, RR.2018.285, 5.7.2019, E. 6.4.2).

Das sind seltene Lichtblicke. Die allgemeine Entwicklung lässt demgegenüber keine Zweifel, dass das Bundesgericht den rechtsstaatlichen Schutz Schritt für Schritt relativiert. Genauso wie Frankreich, das die Daten erworben hat, opfert offenbar auch die Schweiz Rechtsstaatlichkeit zugunsten von Wirtschaft und Politik.

**«Aspekte der Praktikabilität» im Rechtsstaat**  
Besonders frappant hat sich das schliesslich an einer anderen Facette von Art. 271 StGB und



der dazu erschaffenen Praxis gezeigt: Um den Fall zu verstehen, muss man wissen, dass die Bundesbehörden einen unkonventionellen, ja pervertierenden Umgang mit Art. 271 StGB entwickelt haben. Sie sind sie dazu übergegangen, die Verbotsnorm in ihr Gegenteil zu verkehren: Gestützt auf die Passage «*wer ohne Bewilligung für einen fremden Staat Handlungen vornimmt*» leiten sie für sich ein Recht ab, solche Handlungen zu erlauben und dafür – ohne jede gesetzliche Grundlage – «*Bewilligungen nach Art. 271 StGB*» zu erteilen. Das wäre ja noch zu akzeptieren, sofern die Betroffenen damit einverstanden sind. Doch die Praxis geht viel weiter.

Das Bundesgericht hatte einen Fall (BGer, 2C 1156/2016, 29.6.2018) zu beurteilen, in dem – wiederum im Steuerstreit – eine derartige Bewilligung zu Gunsten eines Finanzinstitutes verlängert werden sollte. Dagegen wehrte sich ein Mitglied des Stiftungsrats, dessen Name den Amerikaner bekannt gegeben werden sollte. Er hat just eingewendet, dass eine rechtliche Grundlage für eine solche Bewilli-

gung fehle und darüber hinaus die Bewilligung selbst den Kriterien der bisherigen Praxis (*Marcos-Praxis*, VPB 61.82, E. III.4.) widersprechen würden.

Was sagt das höchste Schweizer Gericht dazu? Ohne die Einwände überhaupt zu prüfen hält es fest, dass solchen Argumenten «*Aspekte der Praktikabilität*» entgegenzuhalten seien: «*Das gilt umso mehr, als die Umsetzung dieses Allgemeininteresses [an der richtigen Rechtsanwendung!] den Ablauf des Bankenprogramms übermässig erschweren würde und sich in keiner Weise als notwendig erweist.*» (E. 3.3.3) Im Ergebnis verneint es, trotz ausdrücklicher Bejahung eines aktuellen Rechtsschutzinteresses, sogar die Legitimation, und weist den Beschwerdeführer an, via Zivilverfahren ein Herausgabeverbot anzustreben. Was kann man da noch sagen?



# Selbstbelastende Aussagen im Enforcementverfahren der FINMA und deren Verwendung im Strafprozess

Michael Kunz

Enforcement, d.h. die Durchsetzung des Finanzmarktaufsichtsrechts, zählt heute laut Jahresbericht 2018 der Eidg. Finanzmarktaufsicht FINMA zu deren Kernaufgaben. Enforcement versteht sie als Mittel zur Erreichung der Aufsichtsziele. Seit ein paar Jahren spüren das auch Organe und Mitarbeitende von Banken und anderen Finanzintermediären. Die Ungeöhnlichkeit des Themas, welche sich bereits im Titel des Beitrags andeutet, beginnt bereits hier: Organe und Mitarbeitende von Banken sind nicht Beaufsichtigte gemäss Bundesgesetz über die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht (Finanzmarktaufsichtsgesetz, FINMAG) und unterstehen damit keiner direkten Aufsicht der FINMA. Trotzdem kann die FINMA gegen sie als Parteien Enforcementverfahren führen und Enforcementverfügungen erlassen. Dies gilt selbst dann, wenn sie gar nicht mehr bei einem Beaufsichtigten tätig sind.

Enforcementverfahren werden von der FINMA eröffnet, wenn ein Verdacht auf eine Verletzung von Aufsichtsrecht besteht, der abgeklärt werden muss. Betroffen von Ermittlungen können sowohl Bewilligungsträger (als Beaufsichtigte) als auch potenziell illegal tätige natürliche oder juristische Personen sein. Wurde Aufsichtsrecht verletzt, muss die FINMA für die Wiederherstellung des gesetzmässigen Zustandes sorgen und kann bei schweren Verletzungen Sanktionen erlassen.

Enforcementverfahren können schwerwiegende Konsequenzen für natürliche Personen als Betroffenen haben. Die FINMA kann gegen sie gestützt auf Art. 33 FINMAG Berufsverbote bis zu fünf Jahren erlassen. Faktisch führt bereits die Eröffnung des Enforcementverfahrens zu einem Ausscheiden aus der Bank oder einem «garden leave». Spätestens mit dem Erlass eines Berufsverbots ist die Karriere im Finanzsektor meist beendet. Dies gilt selbst dann, wenn das Berufsverbot noch nicht rechtskräftig ist oder in einem Beschwerdeverfahren vollständig sogar vollständig aufgehoben wird.

Angesichts der drohenden persönlichen Konsequenzen stellen sich für die von Enforcementverfahren betroffenen natürlichen Personen, auf deren Situation sich der vorliegende Text beschränkt, verschiedene Fragen:

- Handelt es sich beim Enforcementverfahren um ein Verwaltungs- oder um ein Strafverfahren?
- Wie ist das Verhältnis zwischen Enforcementverfahren und Strafverfahren?
- Welche Regelungen gelten für das Enforcementverfahren und müssen Betroffene im Enforcementverfahren Aussagen machen, die sie belasten könnten?
- Können selbstbelastenden Aussagen im Enforcementverfahren in an-



schliessenden Strafverfahren gegen Betroffene als Angeschuldigten verwendet werden?

Das Bundesgericht hat in BGE 142 II 243 die erste Frage mit Bezug auf Enforcementverfahren zum Erlass eines Berufsverbots klar mit nein beantwortet. Diese seien keine strafrechtliche Anklage im Sinne von Art. 6 Ziff. 1 EMRK und Art. 14 Ziff. 3 lit. g UNO-Pakt II. Das von der FINMA gegen bei einer Beaufsichtigten in leitender Stellung tätige Personen verhängte Berufsverbot wird vom Bundesgericht als identisch mit einem zeitlich beschränkten Berufsausübungsverbot bezeichnet, welches die Aufsichtskommission aus Gründen des Publikumschutzes und zur Wahrung von Treu und Glauben im Geschäftsverkehr (...) als Disziplinarmassnahme gegen eine Rechtsanwältin oder einen Rechtsanwalt aussprechen könne. Rechtsanwälte können sich der Disziplinierung durch die Aufgabe ihrer forensischen Tätigkeit und Löschung im Anwaltsregister entziehen. Banker können hingegen selbst im Falle einer Tätigkeit ausserhalb des Finanzsektors immer noch mit einem Berufsverbot im Finanzsektor bestraft, pardon: diszipliniert werden. Einmal Banker, immer Bankster.

Weil das Bundesgericht die Beschwerde trotzdem gutgeheissen und das Verfahren zur Ergänzung des Sachverhalts (!) an die Vorinstanz zurückgewiesen hatte, war ein Gang nach Strassburg im betroffenen Verfahren nicht erforderlich. Die Vorinstanz hob das Berufsverbot der FINMA nach zwei weiteren Jahren rechtskräftig auf. Das Urteil des Bundesgerichts zur Rechtsnatur des Enforcementverfahrens wurde in der Lehre, soweit ersichtlich, überwiegend kritisiert, auch in diesem Forum. Dessen ungeachtet bestätigte das Bundesgericht seine Praxis in einem neueren Urteil 2C 177/2019 vom 22. Juli 2019 bezüglich der Publikation eines Verbots, eine bestimmte Finanzintermediäre Tätigkeit auszuüben (sog. «naming and shaming»). Die Publikation des Verbots stelle wie das Berufsverbot eine verwaltungsrecht-

liche Sanktion und keine strafrechtliche Sanktion dar.

Stellt das Verfahren auf Erlass eines Berufsverbots keine strafrechtliche Anklage dar, finden die dafür vorgesehenen Garantien wie das Verbot der Selbstbelastung des Betroffenen («nemo tenetur») im Enforcementverfahren keine Anwendung (E. 3.2-3.4): «In auf Auferlegung eines Berufsverbots gerichteten Verfahren kann auf Aussagen abgestellt werden, welche die natürliche Person im gegen die Beaufsichtigte geführten Verfahren getätigt hat: Das Selbstbelastungsverbot steht einer Verwertung dieser Aussagen nicht entgegen, weil das Berufsverbot hinsichtlich seiner Art und Schwere eine wirtschaftspolizei-rechtlich motivierte Einschränkung der Wirtschaftsfreiheit und nicht eine strafrechtliche Anklage i.S.v. Art. 6 Ziff. 1 EMRK ist.»

Kommen wir zur zweiten Frage, dem Verhältnis zwischen Enforcementverfahren und Strafverfahren gemäss Strafprozessordnung. Beide Verfahren können von einander unabhängig geführt werden. Sie können zeitlich gestaffelt oder auch gleichzeitig stattfinden. In der Praxis findet das Enforcementverfahren meist vor dem Strafverfahren statt. Das hat einen einfachen Grund: Die FINMA ist verpflichtet, bei den zuständigen Behörden Strafanzeige einzureichen, wenn sie Kenntnis von strafbaren Handlungen erlangt. Soweit es um Verstösse gegen das Finanzmarktaufsichtsrecht geht, dürften die zuständigen Strafverfolgungsbehörden kaum je ohne Anzeige der FINMA davon erfahren.

Die FINMA muss für die Strafanzeige Informationen aus dem Enforcementverfahren verwenden. Zwischen den beiden Verfahren besteht aber noch ein weiterer Berührungspunkt. Das Finanzmarktaufsichtsgesetz ermächtigt die FINMA und die Strafverfolgungsbehörden zur gegenseitigen Amtshilfe. Sie tauschen die im Rahmen der Zusammenarbeit und «zur Erfüllung ihrer Aufgaben notwendigen Informationen» aus. Das ist ganz praktisch,

weil jede Behörde bei der Beschaffung von Informationen, die für die andere Behörde interessant ist, ihre eigenen Verfahrensregeln anwenden kann. Beide Behörden gelangen dadurch an Informationen, an die sie durch die eigenen Verfahrensregeln nicht gelangen könnten.

Die FINMA kann zwar laut ausdrücklicher gesetzlicher Bestimmung die Herausgabe von Informationen und Akten an die Strafverfolgungsbehörden (und andere inländische Behörden) verweigern. Das muss aber diese nicht kümmern. Verfügen sie wie Strafverfolgungsbehörden über entsprechende Kompetenzen, können sie die von der FINMA verlangten Informationen und Akten im Strafverfahren direkt bei den Betroffenen einverlangen. Über die Amtshilfe haben sie von deren Existenz ja bereits Kenntnis erlangt. So geschehen bezüglich eines Berichts, denn eine Anwaltskanzlei für eine grosse Bank erstellt hatte. Nachdem die FINMA die Herausgabe des Berichts an die Bundesanwaltschaft verweigert hatte, beschaffte sich diese den Bericht durch eine Hausdurchsuchung bei der Bank gleich selbst. Die – seltene – Verweigerung der FINMA lief dadurch ins Leere. Die Strafverfolgungsbehörde hatte das im Finanzmarktaufsichtsgesetz für solche Meinungsverschiedenheiten ausdrücklich vorgesehene Streitschlichtungsverfahren zwischen den Behörden mit der Hausdurchsuchung ganz einfach umgangen und ad absurdum geführt. Rechtsmissbrauch scheint nur für Privatpersonen verboten.

Nun zur dritten Frage: Formell ist für das Enforcementverfahren das Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren (Verwaltungsverfahrensgesetz, VwVG) anwendbar. Das Verwaltungsverfahrensgesetz verpflichtet die Parteien in Art. 13, an der (amtlichen) Feststellung des Sachverhalts mitzuwirken. Diese Aufforderung wird im Finanzmarktaufsichtsgesetz zum Zwang: Die Beaufichtigten müssen der FINMA nach Art. 29 Abs. 1 FINMAG alle Auskünfte erteilen und Unterlagen herausgeben, die sie zur Erfüllung ihrer Aufgaben benötigt. Dies gilt nicht nur, aber auch für Enforcement-

verfahren. Gegenüber der FINMA gilt jedoch nicht nur eine Aussage- und Herausgabepflicht. Beaufichtigte sind auch zur Wahrheit verpflichtet. Die vorsätzliche Erteilung von falschen Auskünften gilt gemäss Art. 45 FINMAG als Vergehen, die fahrlässige Begehung als Übertretung.

Organe und Mitarbeitende sind wie erwähnt keine Beaufichtigte. Trotzdem ist bisher unbestritten, dass sie gegenüber der FINMA auskunftspflichtig sind. Ist die Beaufichtigte eine juristische Person, so ist sie zwar Partei und auskunftspflichtig, kann aber selbst nicht handeln und Auskunft geben. Gemäss Botschaft zum FINMAG sind in diesem Fall die Organe Adressaten der Auskunftspflicht. Sie liefern der FINMA die verlangten Informationen und Unterlagen. Zur Sache der Beaufichtigten werden die Organe von der FINMA befragt. Die natürliche Person kann im Enforcementverfahren auch als Partei auskunftspflichtig sein. Das Verwaltungsverfahrensgesetz sieht keine formelle Einvernahme der Partei vor, diese können nur befragt werden. Mitarbeitende von Beaufichtigten werden von der FINMA hingegen formell als Zeugen befragt. Die FINMA gehört gemäss Art. 14 VwVG zu den Verwaltungsbehörden, welche zur Durchführung von formellen Zeugeneinvernahmen ermächtigt ist.

Weder das FINMAG noch das VwVG sehen ein formelles Aussageverweigerungsrecht im Falle einer Selbstbelastung für Betroffene vor. Obwohl nemo tenetur im Verwaltungsverfahren wie erwähnt nicht gilt, macht die FINMA Organe und Mitarbeitenden in den Befragungen bzw. Zeugeneinvernahmen dennoch darauf aufmerksam, dass sie zwar zur wahrheitsgemässen Auskunft verpflichtet sind, jedoch aufgrund analoger Anwendung von Art. 16 VwVG i.v.m. Art. 42 Abs. 1 des Bundesgesetzes über den Bundeszivilprozess die Beantwortung von Fragen verweigern können, falls sie sich dabei der Gefahr der strafrechtlichen Verfolgung oder einer schweren Benachteiligung der Ehre aussetzen könnten oder ihnen ein unmittelbarer vermögensrechtlicher Schaden



verursacht würde, die FINMA in diesem Fall aber die Verweigerung der Mitwirkung freiwürdigen kann. Die FINMA weist in den Befragungen von Parteien und Organen weiter auf die Strafdrohung bei Erteilung falscher Auskunft gemäss Art. 45 FINMAG, ihre Pflicht

Mit dieser Vorgehensweise schafft die FINMA eine strafbewehrte Aussagepflicht gegenüber Untersuchungsbeauftragten, wo das Finanzmarktaufsichtsgesetz keine vorsieht. Es gibt Strafrechtler, welche diese Vorgehensweise als strafbare Nötigung qualifizieren.

zur Strafanzeige gemäss Art. 38 Abs. 3 FINMAG sowie auf ihre Pflicht zur Rechtshilfe gemäss Art. 38 Abs. 1 FINMAG hin

Die FINMA überträgt die Feststellung des Sachverhalts in Enforcementverfahren in den meisten Fällen an Untersuchungsbeauftragte. Das ist praktisch, weil das VwVG für Untersuchungsbeauftragte nicht gilt. Trotzdem besteht für Beaufschlagte bzw. deren Organe gemäss Art. 36 Abs. 3 FINMAG gegenüber Untersuchungsbeauftragten eine Aussage- und Her-

ausgabepflicht. Das ist aber noch nicht genug: Die FINMA weist die Beaufschlagten und deren Organe im Dispositiv der Einsetzungsverfügungen für Untersuchungsbeauftragte regelmässig auf die Strafdrohung von Art. 48 FINMAG, Missachten von Verfügungen der FINMA, hin. Mit Busse bis zu 100 000 Franken wird bestraft, wer einer von der FINMA unter Hinweis auf die Strafdrohung dieses Artikels ergangenen rechtskräftigen Verfügung oder einem Entscheid der Rechtsmittelinstanzen vorsätzlich nicht Folge leistet. Anschliessend wird ihnen im Dispositiv unter Androhung von Busse gemäss Art. 48 FINMAG die Pflicht auferlegt, den Untersuchungsbeauftragten sämtliche Informationen und Unterlagen zu den Geschäftsaktivitäten zur Verfügung zu stellen und Zugang zu den Räumlichkeiten zu verschaffen sowie keine relevanten Unterlagen und Dateien jeglicher Art zu verändern, zu vernichten oder vernichten zu lassen. Mit dieser Vorgehensweise schafft die FINMA eine strafbewehrte Aussagepflicht gegenüber Untersuchungsbeauftragten, wo das Finanzmarktaufsichtsgesetz keine vorsieht. Es gibt Strafrechtler, welche diese Vorgehensweise als strafbare Nötigung qualifizieren. Im Dispositiv der Einsetzungsverfügung ergeht zudem der Hinweis auf die Strafdrohung für falsche Auskunft gemäss Art. 45 FINMAG.

Das VwVG ist für Untersuchungsbeauftragte wie erwähnt nicht anwendbar. Sie führen mit den Beaufschlagten bzw. deren Organe und Mitarbeitenden deshalb formlose Befragungen durch. Die Untersuchungsbeauftragten weisen in ihren Befragungen eingangs auf die Aussagepflicht gemäss Art. 36 Abs. 3 FINMAG hin. Seit wenigen Jahren weisen sie auch auf das Aussageverweigerungsrecht im Falle einer möglichen Selbstbelastung sowie die Würdigung einer allfälligen Verweigerung der Aussage nach freiem Ermessen hin. Wie sich das Aussageverweigerungsrecht mit der strafbewehrten Auskunfts- und Herausgabepflicht in der Einsetzungsverfügung verträgt, ist bisher nicht geklärt.

Wenden wir uns nun der letzten, entscheidenden Frage zu, ob selbstbelastende Aussagen aus dem Enforcementverfahren in anschliessenden Strafverfahren verwendet werden können. Wie erwähnt muss die FINMA Strafanzeige einreichen, wenn sie von strafbaren Handlungen Kenntnis erlangt. Für die Widerhandlungen gegen die Strafbestimmungen des FINMAG oder der Finanzmarktgesetze ist das Bundesgesetz über das Verwaltungsstrafrecht (VStrR) anwendbar, soweit das FINMAG oder die Finanzmarktgesetze nichts anderes bestimmen. Verfolgende und urteilende Behörde ist nach Art. 50 Abs. 1 FINMAG das Eidg. Finanzdepartement, das in seinem Rechtsdienst für solche Verfahren einen sog. Strafrechtsdienst geschaffen hat. Die sachliche Zuständigkeit dieser Behörde für die Untersuchung der Straftaten ergibt sich auch aus Art. 20 VStrR.

In der Praxis läuft es ganz anders: Verdächtig die FINMA beispielsweise eine unbefugte Entgegennahme von Publikumseinlagen durch Personen, welche dafür nicht über die erforderliche Bewilligung verfügen, erstattet die FINMA nicht etwa eine Strafanzeige beim Strafrechtsdienst. Sie eröffnet selbst ein Enforcementverfahren und klärt den Sachverhalt in eigener Regie ab. Sie übernimmt damit die Untersuchung für die möglicherweise strafbare Handlung gleich selbst und führt unter dem Deckmantel des Verwaltungsverfahrensrechts faktisch eine strafrechtliche Untersuchung. Ob darin eine Amtsanmassung liegt, wurde bisher leider noch nicht geklärt. Dessen ungeachtet schliesst die FINMA ihre Untersuchung mit einer Verfügung gemäss VwVG ab, in welcher sie die unbefugte Entgegennahme von Publikumseinlagen, d.h. den objektiven Tatbestand der strafbaren Handlung, «aufsichtsrechtlich» feststellt. Wird die Feststellungsverfügung rechtskräftig, so erstattet sie beim Strafrechtsdienst Anzeige gegen die im Verwaltungsverfahren involvierte(n) Partei(en) wegen Verletzung von Art. 44 FINMAG, Tätigkeit ohne Bewilligung. Sie übergibt dem Strafrechtsdienst mit der Strafanzeige eine Kopie ihrer eigenen amtlichen Akten. Darin befinden sich auch alle

Erkenntnisse, welche die Parteien im Enforcementverfahren der FINMA oder Untersuchungsbeauftragten unter Aussage- und Wahrheitszwang zu ihrer eigenen Belastung ausgesagt oder unter Herausgabezwang an die FINMA oder Untersuchungsbeauftragte herausgegeben haben. Ebenso sind diese Erkenntnisse meist in der Sachverhaltsdarstellung der Verfügung, in welcher die unbefugte Entgegennahme von Publikumseinlagen festgestellt wurde, enthalten. Die FINMA überlässt es dem Strafrechtsdienst, über die Verwertung der selbstbelastenden Aussagen zu entscheiden.

In Verwaltungsstrafverfahren gilt das Verbot der Selbstbelastung grundsätzlich. Zwar ist auch nach Praxis des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) nicht jede Pflicht unzulässig, Informationen zur Verfügung stellen zu müssen, die auch Strafsanktion nach sich ziehen können. Wie in BGE 140 II 384 E.3.3.2 dargelegt, verbietet Art. 6 EMRK (nur) die sogenannte «improper compulsion», d.h. eine missbräuchlich bzw. unverhältnismässig ausgeübte Form von Zwang. Als solche «improper compulsion» erachtet der EGMR etwa eine unter Strafandrohung erzwungene Herausgabe von potenziell belastenden Dokumenten z.B. in einem Zollstrafverfahren im Urteil Funke gegen Frankreich vom 25. Februar 1993 oder in einem Steuerhinterziehungsverfahren im Urteil Chambaz gegen Schweiz vom 5. April 2012.

Zur Beurteilung der Frage, ob das Recht, zu schweigen und sich nicht selbst belasten zu müssen, verletzt ist, stellt der EGMR auf die Natur und den Grad des angewandten Zwangs zur Erlangung des Beweismittels, die Verteidigungsmöglichkeiten sowie den Gebrauch des Beweismaterials ab. Wird in einem Enforcementverfahren der FINMA eine Aussage gestützt auf eine Aussagepflicht und Strafandrohung gemäss Art. 48 FINMAG im Weigerungsfall erlangt, läge nach hier vertretener Auffassung eine «improper compulsion» vor. Diese müsste gemäss EGMR im Verwaltungsstrafverfahren beachtet werden, selbst wenn sie in einem anderen Verfahren erfolgt war, sofern zwischen

beiden Verfahren ein genügend enger Bezug besteht. Dies scheint über die Anzeigepflicht der FINMA der Fall zu sein.

Wehrt sich ein Angeschuldigter im Verwaltungsstrafverfahren gegen die unzulässige Verwendung von Informationen und Unterlagen, welche durch eine «improper compulsion» im Enforcementverfahren der FINMA erlangt wurden, und verlangt eine gerichtliche Beurteilung, so dürfte er ein blaues Wunder erleben. Es könnte ihm wie dem Angeschuldigten ergehen, der zur Klärung dieser Frage bis ans Bundesstrafgericht gelangte. Die Vertreterin des Strafrechtsdienstes beantragte in ihrem Schlussplädoyer in der öffentlichen Verhandlung vor dem Einzelrichter die Bestrafung des Angeschuldigten und machte in letzter Sekunde des mehrjährigen Verfahrens erstmals eine Ersatzforderung des Staates von mehreren hunderttausend Franken gelten. Eingeschüchtert von diesen unerwartet drohenden finanziellen Konsequenzen zog der Angeschuldigte sein Begehren um gerichtliche Beurteilung zurück und verzichtete auf die gerichtliche Klärung der Frage, ob die aufgrund einer «improper compulsion» von ihm erlangten Informationen und Unterlagen im Verwaltungsstrafverfahren gegen ihn verwendet werden dürfen. Im Ergebnis führten (nur) sie zu seiner Verurteilung.

Soweit ersichtlich ist die Frage bis heute nicht geklärt und selbstbelastende Aussagen aus dem Enforcementverfahren, welche durch eine «improper compulsion» erlangt wurden, dürfen in Verwaltungsstrafverfahren weiterhin trotz Verbot gegen die Angeschuldigten verwendet werden. Das raffinierte Vorgehen des Strafrechtsdienstes, welches im Übrigen in der publizierten Einstellungsverfügung des Einzelrichters nicht erwähnt wird, verhinderte bisher mutmasslich in vergleichbaren Fällen Versuche zur gerichtlichen Klärung erfolgreich.

So schockierend die Verwertung von selbstbelastenden, unter Zwang erlangten Aussagen aus dem Enforcementverfahren der FINMA im

anschliessenden Verwaltungsstrafverfahren aus rechtsstaatlicher Sicht auch sein mag, so konsequent erscheint sie angesichts der Kumulierung merkwürdiger Konstellationen. Zusammenfassend hier noch einmal die wichtigsten Faktoren:

- Im aufsichtsrechtlichen Enforcementverfahren bestehen ausserordentlich weit gehende Auskunft- und Herausgabepflichten sowie eine strafbewehrte Wahrheitspflicht für natürliche Personen;
- Die FINMA führt Enforcement- und damit Verwaltungsverfahren gegen natürliche Personen, welche nicht Beaufschlagte im Sinne des Gesetzes sind und dem FINMAG damit persönlich gar nicht unterstehen;
- Das Enforcementverfahren stellt bei Straftatbeständen im Finanzmarktaufsichtsrecht faktisch eine Voruntersuchung zu strafbaren Handlungen durch die FINMA als Verwaltungsbehörde dar;
- Die Auslagerung der Sachverhaltsermittlung an Untersuchungsbeauftragte unter Ausschluss der Anwendung des VwVG in Verbindung mit der rechtswidrigen Anordnung einer strafbewehrten Auskunft- und Herausgabepflichte für die Beaufschlagten und deren Organe führt zu einer unzulässigen «improper compulsion». Kommt es später zu einer Strafanzeige, erfolgte die Untersuchung einer strafbaren Handlung durch die Untersuchungsbeauftragten als private Unternehmen;
- Die FINMA hält in einer Feststellungsverfügung als Verwaltungsbehörde fest, dass der objektive Tatbestand einer Verwaltungsstrafbestimmung erfüllt ist;



- Die enge Verknüpfung von Enforcement- und Strafverfahren mit zwangsweise ungehindertem Austausch von Informationen und Unterlagen führt zur ungehinderten Überführung von Informationen und Unterlagen, welche im Enforcementverfahren durch selbstbelastende Aussagen oder Herausgabe von Unterlagen erlangt wurden, in ein Strafverfahren;
- Im Verwaltungsstrafverfahren gelangt der Grundsatz von nemo teneatur nicht oder nur ungenügend zur Anwendung.

Hier manifestiert sich nach hier vertretener Auffassung eine schon länger festgestellte Entwicklung in der Auslegung von Aufsichtsrecht. Zur Anwendung gelangt meist die fünfte, in keiner Verfügung und keinem Urteil erwähnte Auslegungsmethode: Die utilitaristische Auslegung – vom Ergebnis her gedacht. Aus rechtsstaatlicher Sicht ist die Situation unbefriedigend. Inwieweit das Verhalten von FINMA-Beaufichtigten und deren Exponenten in den letzten Jahren die Haltung der Behörden negativ beeinflusst hat, kann hier offenbleiben.

Der Grund für diese Ungereimtheiten liegt auch in einem konzeptionellen Fehler des FINMAG. Ursprünglich hatte ihre Vorgängerbehörde, die Eidg. Bankenkommision, für Enforcementverfahren ein umfassendes Sanktionensystem mit

eigenem Sanktionsverfahren vorgesehen, das sich in prozessualen Fragen nicht nur am Strafverfahren orientierte, sondern auch als solches gelten wollte. Der Gesetzgeber wollte es jedoch anders. Neben dem Berufsverbot überlebte nur die Einziehung unrechtmässiger Gewinne das ursprüngliche Konzept. Auf ein eigenes Sanktionsverfahren hat der Gesetzgeber ebenfalls verzichtet. Dies hätte eigentlich dazu führen müssen, dass die Untersuchung bei Verwaltungsstrafatbeständen gemäss Art. 20 VStrV durch die «beteiligte Verwaltung» - hier dem Strafrechtsdienst - erfolgen müsste. Die Zuständigkeit für die Untersuchung im Verwaltungsstrafverfahren hat die FINMA jedoch usurpiert und führt an dessen Stelle ein verwaltungsrechtliches Enforcementverfahren durch, mit den beschriebenen Konsequenzen. Hier liegt der eigentliche Hund begraben.

Stellen selbstbelastende Aussagen und/oder die selbstbelastende Herausgabe von Unterlagen im Enforcementverfahren die einzigen oder zumindest massgebenden Beweise für eine möglicherweise strafbare Tätigkeit eines Beaufichtigten bzw. von dessen Organen und/oder Mitarbeitenden dar, muss die Aussage bzw. Herausgabe bereits im Enforcementverfahren verweigert werden. Anders kann der Schutz vor Selbstbelastung im Verwaltungsstrafverfahren vorläufig nicht sichergestellt werden.





# «Praktikanten als Richter des Zwangsmassnahmengerichts?» ad ContraLegem 2021/1

Regionales Zwangsmassnahmengericht Berner Jura-Seeland

## Ein Leserbrief

Mit einigem Erstaunen haben wir Kenntnis genommen vom Artikel «Praktikanten als Richter des Zwangsmassnahmengerichts? — Rechtsstaatlichkeit als Schmierentheater in der Ausgabe ContraLegem 2021/1.

Die darin erhobenen Vorwürfe an die Adresse unseres Regionalen Zwangsmassnahmengerichts Berner Jura-Seeland (ZMG) wiegen schwer. Wir bedauern es sehr, im Vorfeld nicht zum Faktencheck kontaktiert worden zu sein. Da der Verfasser des Artikels offenbar anonym bleiben mochte, richten wir unsere nachträglichen Bemerkungen zum Artikel an Sie als Herausgeber. Wir können die Vorwürfe jedenfalls nicht unkommentiert im Raum stehen lassen.

Folgende Behauptungen im erwähnten Artikel entsprechen nicht den Tatsachen resp. erwecken einen falschen Eindruck:

### 1. Ausschliesslich Zivilrichter als ZM-Richter

Aktuell gibt es 10 Zwangsmassnahmenrichter/innen (ZMR) am Regionalgericht Berner-Jura Seeland (RG BJS). Der kantonale Staatskalender ist offenbar nicht aufdatiert. Wir haben dies der zuständigen Stelle gemeldet. Es ist zutreffend, dass alle ZMR in Biel erstinstanzlich der Zivilabteilung angehören. Im Kanton Bern wird jedoch niemand als Zivilrichter/in oder Strafrichter/in gewählt, sondern als Gerichtspräsident/in. Wahlvoraussetzung dafür sind fundierte Kenntnisse in *beiden* Rechtsgebieten. Die

Zuteilung auf die Straf- oder Zivilabteilung hängt letztendlich von organisatorischen Faktoren ab. Es kommt auch immer wieder zu Abteilungswechseln. In Biel sind so aktuell die Hälfte der ZMR ehemalige Richter/innen der Strafabteilung.

### 2. ZMG als «Nebengeschäft», keine separate Zeit einberechnet

Seit Jahren verfügt das RG BJS für seine ZMG-Aufgaben über ausgeschiedene Richterstellenprozente. Aktuell sind dies 70 Stellenprozent welche im Verhältnis zum jeweiligen Anstellungsspensum auf die 10 ZMR aufgeteilt sind. Die ZMG-Einsätze der einzelnen Richter/innen finden jeweils wochenweise von Montag zu Montag statt, inkl. Pikett über das Wochenende. Eine Pikettwoche hat im Schnitt 8.5 Geschäftseingänge. Bei 100 Stellenprozent kommt ein/e Richter/in während 7-8 Wochen jährlich zum Einsatz. Die Richter/innen können sich Monate im Voraus auf diese Pikett-Wochen einstellen und ihre Kalender entsprechend organisieren.

### 3. Keine Zeit für ZMG wegen notorischer Gesamtüberlastung in Biel

Um den seit der Reorganisation im Jahr 2011 gestiegenen Eingangszahlen gerecht zu werden, hat die Geschäftsleitung des Obergerichts mit Verfolgung vom 23. Februar 2017 die Gerichtspräsidenten des Kantonalen Zwangsmassnahmengerichts (KZMG) per 1. März 2017 und seither jährlich wiederkehrend als ausseror-

dentliche Gerichtspräsidenten für das RG BJS eingesetzt. Seither kann das ZMG somit auf die Unterstützung von weiteren drei Richtern zahlen. Im Jahr 2020 übernahm das KZMG total 60 ZMG-Geschäfte des RG BJS. Unabhängig davon wird jedem einzelnen ZMG-Fall die gebührende Aufmerksamkeit geschenkt; wir nehmen unsere richterliche Verantwortung auch in Phasen hoher Arbeitslast sehr ernst.

#### 4. Entscheidungskompetenz wird an Praktikantinnen delegiert

Im Jahr 2020 hatte das ZMG am RG BJS 455 Geschäftseingänge. Davon wurden 12 infolge Unzuständigkeit, Rückzugs oder Gegenstandslosigkeit erledigt. Von den verbleibenden 443 Geschäften wurden 60 vom KZMG und 383 vom RG BJS behandelt. 15 Entscheidentwürfe wurden von Gerichtsschreiber/innen verfasst. 79 Entscheide wurden samt Begründung von den zuständigen ZMR selber redigiert, ohne Mitwirkung eines Praktikanten oder eines Gerichtsschreibenden. Die verbleibenden 349 Entscheidentwürfe wurden von Praktikantinnen und Praktikanten lediglich vorbereitet. Teilweise wurden sie dabei von Gerichtsschreiber/innen betreut. Jedes dieser Dossiers wurde vom zuständigen ZMR studiert, je nach Fall bereits vorgängig instruiert und der vorgelegte Entscheidentwurf sodann persönlich korrigiert resp. überarbeitet. Dies betrifft auch das Entscheidungsergebnis selbst: Insgesamt wurden in 73 der 443 Fälle die Anträge der Staatsanwaltschaft teilweise oder ganz abgewiesen (Haftentlassung, Kürzung der beantragten Haftdauer, mildere Ersatzmassnahmen, verweigerte Entsiegelungen etc.). Die Staatsanwaltschaft unterlag somit in jedem sechsten der beurteilten Geschäfte mindestens teilweise. In fünf weiteren Fällen wurden Verfahrensverletzungen verbindlich festgestellt (Verletzung des Beschleunigungsgebots und Fristverstosse). Es ist zutreffend, dass die Praktikantinnen und Praktikanten — wie übrigens in jeder der vier bernischen Gerichtsregionen — gerade in den schriftlichen Massengeschäften und im ZMG oft zum Einsatz kommen. Es sei daran erinnert, dass sie alle über einen juristischen Masterabschluss ver-

fügen. Ihr Einsatz in Summar- und ZMG-Fällen entspricht dem Ausbildungsauftrag der Gerichte. Gerade in solchen Verfahren erlernen Praktikantinnen und Praktikanten an der Seite von Gerichtsschreibern und Richter/innen das Handwerk der strukturierten Entscheidungsbegründung. Dass die ZMR dabei auch gerade noch ihre Entscheidungskompetenz abtreten sollen, ist eine haltlose Behauptung. Gleiches gilt für die Unterstellung, Praktikantinnen und Praktikanten würden systematisch von der Richterschaft angewiesen, ihre Entscheidungswürfe nach den Anträgen der Staatsanwaltschaft zu richten. Das gerichtsinterne Merkblatt zur redaktionellen Strukturierung von ZMG-Entscheiden enthält keine solche Anweisung. Im Gegenteil wird dort ausdrücklich auf das Selbstverständliche hingewiesen, dass Inhalt und Aufbau des individuellen Entscheids letztendlich in der Kompetenz des jeweilig zuständigen ZMR steht. Auch in der Betreuung der Praktikantinnen und Praktikanten durch die Gerichtsschreiberei sind keine Anweisungen zur systematischen Gutheissung der staatsanwaltlichen Anträge vorgesehen. Praktikantinnen und Praktikanten werden generell ermutigt, möglichst umfassend und kritisch zu subsumieren und Textbausteine lediglich für die Rechtstheorie zu verwenden. Die beschuldigten Parteien sind zudem in allen unseren Haftverfahren anwaltlich vertreten. Jeder unserer Entscheide ist beschwerdefähig. 2020 wurden insgesamt in 24 der 443 Fällen Beschwerde gegen den ZMG-Entscheid erhoben. Auf sechs der Beschwerden wurde oberinstanzlich nicht eingetreten resp. sie wurden abgeschrieben und eine Beschwerde ist noch am Bundesgericht hängig. Von den verbleibenden 17 Beschwerden wurden 14 oberinstanzlich abgewiesen. Nur gerade 3 Beschwerden wurden teilweise oder ganz gutgeheissen und führten zu einer Abänderung des betreffenden ZMG-Entscheids.

Die Art und Weise, wie hier ein Regionalgericht — ohne vorgängige Überprüfung der Fakten — in einem öffentlich zugänglichen juristischen Periodikum von anonymen Seiten verunglimpft



wird, scheint uns unreflektiert und unprofessionell. Wir vertrauen jedoch darauf, dass Sie unseren Bemerkungen die nötige Beachtung schenken und die Tatsachen richtigstellen werden.

#### Unterschriften

Gerichtspräsidentin Gutmann  
Gerichtspräsident Horisberger  
Gerichtspräsidentin Jacober  
Gerichtspräsidentin Dr. iur. Marti-Schreier  
Gerichtspräsidentin Miescher  
Gerichtspräsidentin Schwendener  
Gerichtspräsident Sidler  
Gerichtspräsident Walser  
Gerichtspräsident Wuillemin  
Gerichtspräsidentin Würsten

